

مسئولیت مدنی تفویت فرصت در حقوق ایران

حسن شم‌آبادی*

چکیده

مسئولیت مدنی تفویت فرصت (شانس) به این دلیل مواجه با تردید است که در تفویت فرصت کسب نفع ضرر بودن آنچه نفویت شده است و در تفویت فرصت اجتناب از زیان، وجود رابطه سببیت بین خواننده و زیان حاصل مورد تردید است؛ در حقوق غرب برای توجیه مسئولیت مدنی تفویت فرصت استدلال‌های متعددی ارائه شده است و در حقوق موضوعه کشورهای مذکور هم رویه‌ها از پذیرش گسترده تا نفی کامل متفاوت است؛ در نظام حقوق ما نصی وجود ندارد و از دیدگاه نظری برای مسئول دانستن تفویت-کننده فرصت (کسب نفع یا اجتناب از ضرر) می‌توان به دلایل و قواعد و حتی برخی فروع فقهی استناد نمود. در حقوق موضوعه ایران مسئول دانستن نسبت به تفویت خود فرصت در صورتی که مصداق زیان مادی باشد تردید چندانی نیست؛ مسئول بودن نسبت به زیان نهایی نیز منوط به صدق عرفی انتساب زیان است.

کلید واژگان

فرصت، اجتناب از ضرر، ضرر، عدم‌النفع، سببیت، مسئولیت مدنی، اتلاف.

* دانش‌آموخته دکتری حقوق خصوصی.

مقدمه

یکی از پرسش‌های حوزه مسئولیت مدنی، مسئول بودن تفویت‌کننده فرصت (شانس)^۱ دیگری برای کسب نفع یا اجتناب از ضرر است؛ ممکن است بر اثر مداخله خواننده، خواهان شانس بدست آوردن یک نفع محتمل یا اجتناب از یک زیان محتمل الوقوع را از دست بدهد؛ پرسشی که مطرح می‌شود آن است که آیا خواننده برای از بین بردن شانس (فرصت) کسب نفع خواننده یا شانس (فرصت) اجتناب از ضرر خواننده مسئول است یا خیر؟ درخصوص فرصت کسب نفع تردید از آن جهت است که یکی از شروط ضرر بایسته جبران در مسئولیت مدنی، قطعی بودن ضرر است^۲؛ در حالی که در فرصت کسب نفع حتی اگر مداخله خواننده نمی‌بود، باز هم حصول نفع مورد نظر امری متحمل و وابسته به شانس (غیرقطعی) بود؛ در فرصت اجتناب از ضرر اما در مورد وقوع زیان تردیدی وجود ندارد؛ زیرا زیان حاصل شده است بلکه آنچه مورد تردید است مداخله خواننده در وقوع

۱. در زبان انگلیسی برای این تعبیر از عبارت *loss of chance* و گاهی نیز *loss of opportunity* استفاده می‌شود در زبان حقوقی فرانسه از *la perte d, une chance* استفاده می‌شود در زبان عربی نیز بیشتر عبارت تفویه الفرصه (عبدالرزاق احمد السنهوری، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ج ۱ ص ۸۶۲) یا حرمان من الفرصه (حسن علی الذنون، النظرية العامة للالتزام ص ۳۰۷) به کار می‌رود در زبان حقوقی فارسی برخی نویسندگان از دست دادن بخت (شانس) استفاده کرده‌اند (ناصر کاتوزیان، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۸۰) برخی نیز عبارت از دست رفتن فرصت را به کار برده‌اند (علیرضا باریکلو، مسئولیت مدنی، ص ۷۱) به نظر ما عبارت تفویت فرصت به دلیل اینکه تفویت بر خلاف از دست دادن جنبه متعدی دارد ضمناً بر خلاف واژه اتلاف، تسبیب را نیز شامل می‌شود با طبع مسئولیت مدنی سازگارتر است؛ فرصت نیز با توجه به معنی لغوی نوعی نیل به نتیجه مطلوب را تداعی می‌کند (لويس معلوف، المنجد، واژه فرص) و به ویژه کاربرد آن در زبان فارسی و نیز کوتاه‌تر بودن کل عبارت، تعبیر مناسب‌تری به نظر رسید؛ با وجود این در این پژوهش واژه شانس را نیز دقیقاً معادل فرصت به کار خواهیم برد.

۲. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۵۸.

زیان است؛ زیرا شرط مسئولیت خوانده آن است که بین فعل خوانده (یا ترک فعل) و وقوع زیان رابطه سببیت قطعی باشد؛^۳ قدر متیقن سببیت قطعی هم آن است که اگر سبب نمی‌بود مسبب واقع نمی‌شد؛ در حالی که در ما نحن فیه، حسب فرض، حتی اگر مداخله خوانده نمی‌بود باز هم اجتناب از زیان امری محتمل بود؛ بنابراین این پرسش مطرح شده است که آیا می‌توان خوانده را در فروض فوق مسئول دانست یا خیر؟ و در صورت مثبت بودن پاسخ مبنای مسئولیت خوانده چیست؟

در این گفتار سعی خواهیم نمود به این پرسش‌ها در حقوق مسئولیت مدنی ایران پاسخ دهیم؛ گفتنی است که در کاوش خود از رویه و دکترین حقوق خارجی و نیز مبانی فقهی غافل نخواهیم بود.

فصل اول: مفاهیم

برای شناخت بهتر محل نزاع بایستی مفهوم فرصت و تفویض آن و نیز انواع تفویض فرصت را بازشناسیم؛ همچنین نسبت بین تفویض فرصت و مفاهیم مشابه را مورد بررسی قرار دهیم.

گفتار اول: مفهوم و انواع تفویض فرصت

بند اول: مفهوم فرصت (شانس)

شانس یک واژه فرانسوی-لاتینی است به معنی رخدادی که بدون قصد یا سبب قابل تشخیص اتفاق می‌افتد.^۴ برخی نیز شانس را مرز بین امید ساده و قطع و یقین دانسته‌اند؛ به

۳. هروی مک گرگور، خسارات، ص ۳۱۲.

۴. فرهنگ حقوقی بلکس واژه شانس.

این معنی که شانس از طرفی از امید ساده بالاتر است و از طرف دیگر به درجه‌ای از اطمینان نرسیده است که تحقق آن در آینده حتمی و یقینی باشد.^۵

برای شناخت مفهوم فرصت بایستی بین فرصت به مفهوم مفعولی و فرصت به مفهوم اسمی آن تفکیک قائل شد؛ فرصت در مفهومی مفعولی، همان نفع نهایی یا ضرر نهایی مورد اجتناب است؛ فرصت در مفهوم اسمی همان خود شانس کسب نفع یا اجتناب از ضرر، قطع نظر از نفع یا ضرر نهایی، است؛ برای اینکه فرصت به مفهوم مفعولی وجود داشته باشد بایستی دارای عناصری باشد؛

۱. محقق یا حتمی نباشد: بدیهی است که وقتی نفعی حاصل شده است یا ضرری واقع شده است یا اینکه حصول نفع یا وقوع زیان امری محتوم و فقط موکول به گذشت زمان است فرصت (شانس) معنی نخواهد داشت و ما حسب مورد با زیان واقعی یا زیان آینده مواجه هستیم؛

۲. ممتنع نباشد: برای صدق فرصت بایستی وقوع آن با فرض عدم مداخله خواننده، امری ممکن باشد؛ بنابراین در صورتی که قطع نظر از مداخله خواننده حصول نفع مورد نظر غیرممکن باشد مانند آنکه مثلاً شخص فاقد شرط سنی شرکت در مسابقه ورودی باشد یا وقوع زیان محتوم باشد مانند اینکه مرگ ناشی از سرطان غیرقابل اجتناب باشد، با فرصت به معنی واقعی کلمه مواجه نیستیم؛ البته در خصوص اینکه درجه احتمال به نتیجه رسیدن شانس بایستی چه میزان باشد اختلاف است؛ برخی رویه‌های قضایی و صاحب نظران برای تبیین فرصت به معیارهای توصیفی بسنده نموده‌اند؛ از نظر برخی فرصت بایستی «جدی»^۶ و

۵. کاظمی، محمود، نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی، ص ۲۰۹، به نقل از ژاک بوره، جبران زیان شانس از دست رفته، شکلی از ارزیابی سببیت عمل زیانبار، شماره ۳۶،

6.Serious.

«واقعی»^۷ یا «جوهری»^۸ باشد؛ برخی صاحب نظران و رویه‌های قضایی برای توصیف چنین شرطی از معیار کمی استفاده نموده‌اند؛ برخی صرف شانس را ولو با درصد پایین برای بایسته جبران بودن فرصت کافی می‌دانند.^۹ اما برخی رویه‌های قضایی حداقل ۲۵٪ احتمال به نتیجه رسیدن را برای تحقق فرصت به مفهوم مورد نظر لازم دانسته‌اند.^{۱۰}

علاوه بر مسأله درجه احتمال تحقق فرصت، برخی نویسندگان واقعی بودن فرصت را نیز شرط دانسته‌اند و اعتقاد دارند فرصت غیر واقعی اصولاً فرصت محسوب نمی‌شود؛ از نظر ایشان اموری که ما از آن به شانس و فرصت تعبیر می‌کنیم دو حالت دارد؛ یا در دنیای واقع و نفس‌الامر و بدون توجه به استنباط ما احتمال تحقق و عدم تحقق آن وجود دارد یا اینکه شانس داشتن نه ناشی از ذات موضوع بلکه ناشی از جهل ما نسبت به روابط علی و معلولی خارجی است؛ مثلاً اینکه یک بلیط بخت‌آزمایی در یک قرعه‌کشی برنده شود یک شانس واقعی است؛ اما اینکه یک مصدوم مراجعه نموده به بیمارستان شانس بهبود دارد یا خیر یک شانس واقعی نیست؛ زیرا در واقع یا امکان نجات وی وجود دارد یا ندارد؛ اینکه ما وی را دارای شانس می‌دانیم ناشی از جهل ما نسبت به واقع امور است.^{۱۱}

بند دوم: مفهوم تفویض

ممکن است عمل خواننده باعث شود که فرصت به طور کلی از بین برود مانند اینکه دیگر امکان حصول نفع مورد نظر وجود نداشته باشد یا اینکه ضرر مورد اجتناب عملاً واقع

7. Real.

8. Substantial.

۹. توری. ای. ویگانند، تفویض فرصت در سوء معالجات پزشکی، ص ۶.

۱۰. رالف. ر. فراسکا، قاعده‌های تفویض فرصت و ارزیابی خسارت‌های تفویض فرصت، ص ۱۷.

۱۱. این نظریه توسط خانم هلن ریس طرح شده است. ر. ک. دیوید. ای. فیشر، جبران خسارت برای تفویض فرصت {مبتنی بر حقوق} خطا ص ۶۲۱.

شود؛ اما تفویض به مفهوم مورد استفاده ملازمه با از بین رفتن کلی شانس ندارد بلکه کاهش شانس هم تفویض تلقی می‌شود؛ مثلاً اگر در مورد کسب نفع، هرچند احتمال یک نفع از بین نرود اما کاهش پیدا کند یا اینکه هرچند زیان مورد اجتناب واقع نشده است اما امکان وقوع آن افزایش پیدا کند (شانس اجتناب کمتر شود) باز هم با تفویض فرصت مواجه هستیم؛ البته در این صورت تفویض فرصت به صورت جزئی خواهد بود.

بند سوم؛ اشکال تفویض فرصت

موضوع فرصت همواره سود و زیان است؛ تفویض فرصت بنابراین دارای دو چهره است تفویض فرصت کسب نفع و تفویض فرصت اجتناب از ضرر؛ در اولی خواهان نفعی می‌توانسته است تحصیل نماید و خواننده باعث عدم امکان حصول نفع یا کاهش احتمال آن شده است، در دومی نیز ضرری واقع شده است یا احتمال وقوع آن افزایش یافته است که در صورت عدم دخالت خواننده ممکن بود اجتناب شود. تفاوت بین این دو مفهوم در واقع تابع تعیین مفهوم ضرر و نفع و نسبت بین آن دو است؛ مشهور بین فقیهان آن است که ضرر از دست دادن داشته‌ها (انتفاء موجود) و عدم النفع محقق نشدن زیادی است.^{۱۲} برخی نسبت بین نفع و ضرر را عدم و ملکه دانسته‌اند؛^{۱۳} در حالی که گروه بزرگی نسبت بین آن دو را تضاد دانسته‌اند و تصریح کرده‌اند که عدم نفع ضرر نیست (عدم النفع لیس بضرر)؛^{۱۴} حتی برخی در نسبت بین آن دو سلب و ایجاب (نقیضین) را نیز محتمل دانسته‌اند^{۱۵} هرچند

۱۲. سیستانی، سید علی، فاعده لاضرر ولاضرار، ص ۲۲۳.

۱۳. خراسانی، محمد کاظم، کفایه الاصول، ص ۳۸۱.

۱۴. صدر، محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ص ۴۵۲.

۱۵. آملی، میرزا هاشم، مجمع الافکار ومطرح الانظار، ص ۱۲۸.

عدم‌النفع ممکن است با لحاظ قیود و ملاحظات عرفاً ضرر محسوب شود اما در معنای مطلق لغوی و بدون قید عدم نفع را ضرر محسوب نداشته‌اند و به خصوص در تفسیر ضرر مذکور در حدیث نفی ضرر آن را به معنی انتفاء موجود دانسته‌اند و بنابراین شامل عدم‌النفع می‌دانند.

با توجه به اینکه نفع ممکن است به شکل مادی یا معنوی باشد، فرصت کسب نفع و به تبع، تفویض فرصت کسب نفع هم ممکن است به شکل تفویض فرصت کسب نفع مادی یا معنوی باشد؛ تفویض فرصت کسب نفع مادی هنگامی است که شخص از امکان بدست آوردن یک نفع مالی مثلاً کسب یک مال محروم شود؛ تفویض فرصت کسب نفع معنوی هم مانند اینکه شخص به واسطه دیر چاپ شدن کتابش توسط ناشر از شانس معرفی شدن به عنوان مؤلف نمونه محروم گردد.

به همین منوال تفویض فرصت اجتناب از ضرر هم ممکن است به شکل تفویض فرصت اجتناب از ضرر مادی یا معنوی یا جسمی باشد؛ فرصت اجتناب از ضرر مادی مثل باعث شدن از بین رفتن شانس خاموش کردن آتش که بر مال کسی افتاده باشد؛ تفویض فرصت اجتناب از ضرر معنوی هم مثل اینکه کارمندی به یک تخلف انضباطی محکوم شده باشد و به واسطه مداخله خوانده مثلاً تصادف با اتومبیل حامل نامه‌های پستی و از جمله اعتراض وی، لایحه تجدید نظر مشارالیه به موقع به مرجع تجدید نظر نرسد و محکومیت انضباطی مذکور قطعی شود.

گفتار دوم: تمییز تفویض فرصت از مفاهیم مشابه

برای تعیین مفهوم دقیق تفویض فرصت بایستی آن را با مفاهیم مشابه در حوزه مسئولیت مدنی مقایسه کنیم؛

بند اول: مقایسه تفویض فرصت کسب نفع با مفاهیم مشابه :

می‌دانیم که در تفویض فرصت کسب نفع تردیدی در سببیت خوانده نیست بلکه تردید در ضرر تلقی شدن آنچه رخ داده است می‌باشد؛ بنابراین مناسب است تفویض فرصت کسب نفع را با نهادهایی مقایسه کنیم که چنین وضعیتی دارند؛ مفاهیم عدم‌النفع و از دست دادن موقعیت عملی در این مقوله قرار دارد؛

الف: مقایسه تفویض فرصت کسب نفع با عدم‌النفع :

در قوانین ایران تعریفی از عدم‌النفع نشده است؛ برخی نویسندگان حقوق مدنی در باب بیان انواع ضرر کسر قیمت کالا، حرمان از موقعیت عملی، محروم ماندن از کار و از دست دادن بخت را ظاهراً از مصادیق عدم‌النفع دانسته‌اند^{۱۶} در حقوق فرانسه عدم‌النفع به محروم شدن زیان‌دیده از دارا شدن چیزی که به طور معقول انتظار آن را داشته است تعریف شده است^{۱۷} این تعریف در حقوق ما نیز می‌تواند درست باشد؛ بنابراین با توجه به تعریف فوق می‌توان گفت تفویض فرصت کسب نفع نوعی عدم‌النفع است؛ زیرا در هر دو شخص از نفعی (مادی یا معنوی) که انتظار حصول آن را داشته است محروم شده است؛ برخی در مقام مقایسه بین عدم‌النفع و تفویض فرصت کسب نفع گفته‌اند که تفویض فرصت کسب نفع اعم از عدم‌النفع است؛ زیرا شامل تفویض فرصت اجتناب از ضرر هم می‌باشد و نیز در عدم‌النفع حصول نفع در آینده مسلم است؛ در حالی که در تفویض فرصت تحقق فرصت مسلم نیست؛ همچنین در تفویض فرصت ضرر بالفعل است و در عدم‌النفع ضرر راجع به

۱۶. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، صص ۲۴۸ تا ۲۵۴ و نیز در کتابنامه آن زیر عنوان عدم‌النفع.

۱۷. ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، (مترجم و محقق مجید ادیب) ص ۱۸۴.

آینده است؛^{۱۸} اما به نظر ما این تفاوت‌ها تصنعی و بعضاً نادرست است؛ زیرا تفاوت اول از فرض مقایسه خارج است و تفاوت دوم نیز صحیح نیست؛ زیرا عدم‌النفع اعم از نفع مسلم و نفع محتمل است و به همین دلیل عدم‌النفع به مسلم و محتمل تقسیم شده است؛ در خصوص تفاوت سوم هم باید گفت فرصت به مفهوم خود فرصت در واقع نوعی زیان و قسیم عدم‌النفع است و تفاوت آن دو در حال یا آینده بودن آنها نیست؛ با وجود این تفویض اگر به شکل کاهش شانس باشد و نه از بین رفتن آن با عدم‌النفع متفاوت خواهد بود؛ زیرا در عدم‌النفع دیگر امکان تحقق نفع متصور نیست؛ به‌علاوه از نظر جبران خسارت نیز تفاوت وجود دارد؛ زیرا در عدم‌النفع اگر بایسته جبران تلقی شود، جبران کامل است؛ اما در تفویض فرصت همواره جبران به صورت بخشی از نفع نهایی است نه همه آن. می‌توان گفت تفویض فرصت کسب نفع نوعی عدم‌النفع محتمل خاص با آثار معین است.

ب: مقایسه تفویض فرصت کسب نفع با از دست دادن موقعیت عملی

از دست دادن موقعیت عملی موردی است که خواهان به‌واسطه فعل خواننده موقعیت عملی (و نه قانونی) را که می‌توانسته انتظار نفعی از آن داشته باشد از دست داده است؛ در این جا موقعیت عملی هر چند مخالف قانون نیست اما مبتنی بر حق قانونی منتفع یا تکلیف قانونی طرف نیز نیست؛^{۱۹} مانند آنکه کسی به‌واسطه وقوع تصادف برادرش را که مستمراً به او انفاق می‌نموده است از دست داده باشد؛ از دست دادن موقعیت عملی شباهت بسیاری به تفویض فرصت کسب نفع دارد؛ زیرا در هر دو حتی اگر مداخله خواننده نبود باز هم حصول نفع مسلم نبوده است؛ با وجود شباهت مذکور از دست دادن فرصت کسب نفع با از

۱۸. کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۴.

۱۹. باریکلو، علیرضا، همان، ص ۷۳.

دست دادن موقعیت عملی این تفاوت را دارد که در اولی اقدام خوانده باعث شده است که اثر بخشی حق قانونی خواهان از بین برود و بنابراین می‌توان گفت که تفویض فرصت کسب نفع اعم از دست دادن موقعیت عملی است؛ از نظر جبران خسارت نیز اگر از دست دادن موقعیت عملی بایسته جبران باشد کل خسارت جبران می‌شود؛ برخلاف تفویض فرصت کسب نفع که جبران، اگر پذیرفته شود، همواره جزئی است.

بند دوم: مقایسه تفویض فرصت اجتناب از ضرر با مفاهیم مشابه

در تفویض فرصت اجتناب از ضرر در وقوع زیان تردیدی نیست؛ اما پرسش در مورد نقش خوانده است؛ از این جهت تفویض فرصت اجتناب از ضرر با مفهوم ایجاد خطر و ضرر محتمل و ضرر آینده قابل مقایسه است.

الف: مقایسه تفویض فرصت اجتناب از ضرر با ایجاد خطر

مفهوم خطر به این معنی است که گاهی اوقات یک عمل هر چند خود عامل ضرر نیست اما زمینه وقوع ضرر را فراهم می‌کند و شرایط آن را تسهیل می‌کند.^{۲۰} در حقوق فرانسه خطر، به این مفهوم، موجب مسئولیت دانسته شده است؛ مانند سپردن مال به شخص غیر صلاحیتدار یا مانور نابه‌جا در رانندگی^{۲۱} در واقع نظریه خطر به این دلیل پیشنهاد شده است که اعمال معیار سنتی سببیت (بات فور) بعضاً، مثلاً در صورت اسباب متداخل، منتج به نتایج غیر قابل قبول می‌شود؛^{۲۲} تفویض فرصت اجتناب از ضرر با ایجاد خطر از جهاتی به یکدیگر شباهت دارند؛ اول آنکه قلمرو اعمال هر دو جایی است که سببیت فعل خوانده به

۲۰. استواج، مارک، سببیت، خطر و تفویض فرصت در تقصیر پزشکی، ص ۲۱۲.

۲۱. کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۶.

۲۲. همان، ص ۱۹۵.

زیان حاصل محرز نیست.^{۲۳} دوم آنکه هدف هر دو نهاد منعطف کردن معیار اثبات سببیت است؛ به علاوه برخی نظریه خطر را مبنای نظریه تفویض فرصت دانسته‌اند.^{۲۴} با وجود شباهت‌های مذکور بین دو مفهوم تفاوت وجود دارد؛ زیرا اولاً تفویض فرصت اجتناب از ضرر برخی اوقات ناشی از قصور در محافظت است و نه ایجاد خطر مثل قصور در تشخیص بیماری^{۲۵} به علاوه به نظر برخی اصطلاح خطر برای توصیف احتمال رخداد یک نتیجه نامطلوب است در حالی که مفهوم شانس در ذات خود بی‌طرفانه، و به این معنی است که رخداد اجتناب از ضرر ممکن است اتفاق بیفتد؛ به عبارت دیگر ایجاد خطر تمایل بیشتری به وقوع زیان دارد تا اجتناب از ضرر^{۲۶}؛ همچنین نظریه خطر، اگر مستلزم مسئولیت باشد، مستلزم جبران همه زیان است در حالی که در تفویض فرصت اجتناب از ضرر، جبران، اگر پذیرفته شود، همواره جزئی است و کمتر از خسارت نهایی است.^{۲۷}

البته تفویض فرصت اجتناب از ضرر در مفهوم افزایش احتمال وقوع زیان (کاهش شانس اجتناب از زیان) با ایجاد خطر بسیار شبیه‌تر است؛ اما در اینجا هم تفاوت‌های فوق صادق است.

ب: مقایسه تفویض فرصت اجتناب از ضرر با ضرر محتمل

تفویض فرصت اجتناب از ضرر با ضرر محتمل نیز قابل مقایسه است؛ منظور از ضرر محتمل جایی است که به واسطه فعل خواننده احتمال وقوع ضرر در آینده به وجود آمده باشد (هرچند ضرر هنوز حاصل نشده است)؛ در این صورت خواننده موظف به یک

۲۳. همان، ص ۱۹۶.

۲۴. گاتل، ایهود وهارل، آلون، برخورد با احتمال و حقوق، چالشی رفتار گرایانه به حقوق و اقتصاد ص ۲۳.

۲۵. فیشر، دیوید. ای، همان، ص ۶۱۲.

۲۶. ویتینگ کریستین، مسئولیت اظهارات مقصرانه، ص ۳۰۰.

۲۷. کاظمی، محمود، همان، ص ۱۹۶.

جبرانی خواهد بود هر چند تعهدی به جبران زبانی که هنوز حاصل نشده است نخواهد داشت؛ مگر اینکه زیان در آینده واقعاً حاصل شود.^{۲۸} این دو نهاد از جهاتی شبیه یکدیگرند؛ در هر دو قطعیت لازم برای حکم به جبران خسارت وجود ندارد؛ به علاوه در ضرر محتمل مانند تفویض فرصت اجتناب از ضرر خوانده خسارت نهایی را نمی‌پردازد؛ به خصوص در فرض کاهش احتمال اجتناب از ضرر شباهت با ضرر محتمل بسیار است؛ زیرا در هر دو هنوز زیان واقع نشده است ولی احتمال وقوع زیان افزایش یافته است؛ با وجود این دو مفهوم تفاوت‌هایی با یکدیگر دارند؛ اولاً در ضرر محتمل وقوع ضرر مورد تردید است نه سببیت فعل خوانده؛ ثانیاً در ضرر محتمل هنوز زیان واقع نشده است و احتمال وقوع آن در آینده وجود دارد ولی در تفویض فرصت اجتناب از ضرر، ضرر عملاً واقع شده است^{۲۹}؛ ثالثاً در ضرر محتمل جبران یک امر موقتی است و ممکن است در آینده با وقوع ضرر نهایی جبران تکمیل شود؛ زیرا برخی مطالبه زیان نهایی را حتی پس از دریافت جبران موقتی مجاز می‌دانند^{۳۰} اما در تفویض فرصت اجتناب از ضرر جبران دیگری در آینده متصور نیست؛ برخی تفاوت دیگری نیز عنوان نموده‌اند به این معنی که در ضرر محتمل هیچ جبران خسارتی وجود ندارد در حالی که در تفویض فرصت اجتناب از ضرر به واسطه تفویض خود فرصت جبران وجود دارد^{۳۱}؛ به نظر می‌رسد این تفاوت خروج از فرض و به علاوه مصادره به مطلوب است؛ زیرا بایسته بودن جبران در تفویض فرصت اجتناب از ضرر خود موضوع بحث است و نه مفروض.

۲۸. سنه‌وری، عبدالرزاق احمد، همان، ج ۱، ص ۸۶۲ و انور، سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ۱، مصادر الالتزام، ص ۴۷۱.

۲۹. سلطان، انور، همان، ص ۴۷۲.

۳۰. السنه‌وری، عبدالرزاق احمد، الموجز لنظرية الالتزام، ص ۳۳۹.

۳۱. حیدریان، علیرضا، حقوق مدنی، قلمرو مسئولیت مدنی، ص ۹۸.

ج: مقایسه تفویض فرصت اجتناب از ضرر با ضرر آینده

ممکن است در هنگام مطالبه زیان، ضرر هنوز وارد نشده باشد؛ اما وقوع آن در آینده عرفاً حتمی باشد؛ در این صورت با ضرر آینده مواجه هستیم؛ مانند آنکه به دلیل سم پاشی خواننده درختان میوه همسایه دچار بیماری شده و قطعاً در آینده فاسد خواهد شد؛ هر چند جبران ضرر آینده را برخی از نظر تحلیلی مشکل دانسته‌اند^{۳۲} اما رویه قضایی بسیاری کشورها^{۳۳} و برخی تصریحات قانونی در بایسته جبران بودن ضرر آینده تردیدی باقی نمی‌گذارد.^{۳۴} زیان آینده از جهتی شبیه به تفویض فرصت اجتناب از ضرر است؛ در خسارت آینده هنوز زیان واقع نشده و در کاهش شانس اجتناب از ضرر که یکی از شقوق تفویض فرصت اجتناب از ضرر است هم زیان واقع نشده است.^{۳۵} شباهت دیگر اینکه ما در هر دو نهاد با عدم قطعیت روبه‌رو هستیم و برخی دادگاه‌ها برای محاسبه زیان تفویض فرصت از معیار زیان آینده استفاده کرده‌اند^{۳۶} با وجود این تفاوت‌هایی نیز وجود دارد؛ اولاً در زیان آینده، علی‌رغم قطعی بودن ورود زیان، هنوز زیان وارد نشده است؛ در حالی که در شق معمول‌تر تفویض فرصت اجتناب از ضرر، زیان وارد شده است؛ ثانیاً در ضرر آینده تردید در سببیت بین فعل خواننده و ضرر وجود ندارد برخلاف تفویض اجتناب از ضرر.^{۳۷} چنانکه برخی گفته‌اند در تفویض فرصت اجتناب از ضرر ما با یک زیان فعلی روبه‌رو هستیم و تفویض فرصت یک پیش آگهی زیان آینده نیست.^{۳۸}

۳۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد سوم (آثار قراردادها و تعهدات) ۱۳۸۲، ص ۲۶۴.

۳۳. همان.

۳۴. ماده ۵۱۵ قانون آیین دادرسی مدنی دادگاه‌های عمومی و انقلاب.

۳۵. دیوید.ای، فیشر، همان، ص ۶۱۳.

۳۶. همان، ص ۶۳۵.

۳۷. کوک جان، حقوق خطا، ص ۱۱۶.

۳۸. دعوای زوجیکس علیه دولت ایالات متحده.

فصل دوم: مبانی نظری مسئولیت مدنی تفویض فرصت

مبانی نظری مسئولیت مدنی تفویض کننده فرصت چیست؟ اگر عناصر مسئولیت مدنی بدون تردید وجود داشته باشد؛ تفویض فرصت نیز بر همان مبانی عمومی مسئولیت مدنی استوار خواهد بود؛ اما به این دلیل در این خصوص موضوع مبنای نظری مسئولیت مدنی مطرح می‌شود که در تفویض فرصت کسب نفع ورود ضرر به خواهان مورد تردید است و در تفویض فرصت اجتناب از ضرر هم رابطه سببیت بین خوانده و ضرر واقع شده مورد تردید است؛ توضیح اینکه در حقوق غرب^{۳۹} برای اینکه شخص مسئول زیان وارده به دیگری محسوب شود بایستی بین فعل وی و زیان وارده رابطه سببیت وجود داشته باشد؛ سببیت نیز با این فرمول که اگر عمل خوانده نبود زیان واقع نمی‌شد (بات فور)^{۴۰} توصیف می‌شود؛ معیار اینکه اگر الف وجود نمی‌داشت زیان ب نیز حاصل نمی‌شد نیز بر اساس احتمال غالب^{۴۱} سنجیده می‌شود؛ به این معنی که اگر غالب (معمولاً بیش از ۵۰٪) آن است که الف سبب ب بوده است پس الف سبب ب تلقی می‌شود و الا خیر؛ پس در تفویض فرصت اجتناب از ضرر اگر شانس خواهان کمتر از ۵۰٪ باشد در واقع عمل خوانده سبب زیان نبوده است؛ بنابراین بایستی بررسی کرد که چرا خوانده مسئول است. در حقوق ایران علاوه بر مسأله صدق یا عدم صدق انتساب ممکن است تصور شود که اجماع یا شهرت فتوایی مخالف ضامن دانستن تفویض کننده فرصت است. بنابراین باید دید مبنای نظری

۳۹. برخی اصطلاح حقوق غرب را به دو نظام حقوقی حقوق نوشته و حقوق کامن لا شامل دانسته‌اند، داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، مترجمان صفائی، حسین و دیگران، ۱۳۶۹، ص ۲۴، منظور ما نیز از اصطلاح حقوق غرب مجموع حقوق نوشته و حقوق کامن لا است.

41. but for.

42. balance of probabilities.

احتمالی امکان حکم به مسئول بودن تفویض‌کننده فرصت چیست؟ در حقوق غرب پاسخ‌هایی به این پرسش داده شده است و در حقوق ما نیز می‌توان تحلیل‌هایی را مورد بررسی قرار داد.

گفتار اول: مبانی نظری در حقوق غرب

در حقوق کامن‌لا و حقوق نوشته برای توجیه لزوم جبران خسارت تفویض فرصت پیشنهادهایی داده شده است و استدلال‌های به‌عمل آمده است؛ برخی از این استدلال‌ها مبتنی بر نهادهای حقوقی موجود است؛ به این معنی که تفویض فرصت را مصداق یکی از آن نهادها تلقی می‌نماید؛ برخی استدلال‌ها مبتنی بر انتقاد و عیب‌جویی از معیار معمول اثبات سببیت (بات فور) است و برخی مبانی پیشنهادی نیز در هیچ کدام از دو گروه فوق قرار نگرفته و ما آنها را مبانی نظری مستقل می‌نامیم.

بند اول: نظریه‌های حقوقی

الف: تفویض فرصت یک ضرر معنوی است

برخی اعلام داشته‌اند که قطع نظر از همه مبانی، تفویض فرصت موجب یک زیان معنوی به کسی است که فرصت وی تفویض شده است؛ وقتی خواهان متوجه می‌شود که فرصت اجتناب از زیان را از دست داده است در واقع دچار یک آسیب روانی می‌شود که سبب آن بی‌تردید خوانده است؛ بنابراین جبران تفویض فرصت جبران همان زیان معنوی خواهد بود؛^{۴۲}

۴۲. ار.پری، استفان، خطر، زیان و مسئولیت منتشره در دیوید. جی.اون، مبانی فلسفی حقوق خطاء {مجموعه مقالات} ص ۳۳۹.

این نظریه از جهاتی واجد نکات مثبتی است؛ اولاً جبران تفویض را بر یک مبنای مقبول و متداول حقوقی قرار می‌دهد؛ چه اینکه زیان معنوی و لزوم جبران آن امری شناخته شده است؛ ثانیاً مبنای مذکور با واقعیت نیز سازگار است؛ زیرا در اینکه تفویض فرصت (چه کسب نفع و چه اجتناب از ضرر) موجب ضرر معنوی به خواهان است تردیدی نیست؛ ثالثاً مبنایی عام‌الشمول است؛ به این معنی که تفویض فرصت کسب نفع مادی و معنوی و نیز تفویض فرصت اجتناب از ضرر مادی و معنوی، چه به شکل تفویض کامل فرصت و چه کاهش شانس را توجیه می‌نماید؛ زیرا در همه شقوق زیان معنوی صادق است؛ اما محدودیتی که این مبنا دارد آن است که جبران زیان معنوی به پول با تردیدهای همراه است؛ به علاوه این مبنا در صورتی صدق می‌کند که خواهان از فوت فرصت مطلع شود و الا زیان معنوی صدق نخواهد کرد.

ب: ارزشمند بودن خود فرصت

برخی اعلام داشته‌اند که فرصت فی نفسه دارای ارزش مادی است و افراد برای تحصیل فرصت حاضر به پرداخت پول‌اند.^{۴۳} و حتی بعضاً شانس در بازار داد و ستد می‌شود؛ بنابراین باید از این ارزش حمایت نمود.^{۴۴} حتی آن گروه که فرصت را به فرصت واقعی و وهمی تقسیم نموده‌اند در خصوص فرصت واقعی آن را واجد ارزش می‌دانند.^{۴۵} پس مبنای مسئولیت مدنی تفویض فرصت، از بین بردن ارزش متعلق به دیگری است. بر نظریه ارزش داشتن فرصت ایراداتی داده شده است؛ اول اینکه این مبنا موجب صدور حکم برای زیان‌های وهمی و خیالی خواهد شد؛ دوم اینکه موجب دور زدن معیار و

۴۳. مارکسینیس، باسیل و دیکین، سیمون، حقوق خطاء، ص ۳۰۰.

۴۴. هیور پت و ن دن، اعمال نظریه تفویض فرصت برای جبران در حقوق پزشکی، ص ۲۳.

۴۵. فیشر، دیوید. ای، همان، ص ۶۲۱.

شرط سببیت می‌شود؛ زیرا هر جا سببیت مورد تردید باشد یک شانس ارزش‌دار می‌تواند موجود باشد و سوم اینکه فقط در خصوص زیان‌های اقتصادی کاربرد دارد و در خصوص آسیب‌های پزشکی کاربرد نخواهد داشت.^{۴۶}

اگر این مبنا پذیرفته شود با واقعیت امر سازگار است، زیرا ارزش داشتن، فرصت و قابلیت خرید و فروش آن یک امر عینی است؛ به‌علاوه عام‌الشمول است، زیرا در همه فروض زیان‌دیده یک ارزش اقتصادی را از دست داده است و بالاخره اینکه قابلیت جبران کاهش فرصت را نیز توجیه می‌نماید؛ زیرا کاهش احتمال رخداد شانس موجب کاهش ارزش آن است.

ج: نقض وظیفه نجات^{۴۷}

در کامن‌لا قصور از وظیفه نجات موجب مسئولیت مدنی است؛ این مفهوم که در اصل یک نهاد حقوق دریایی است به این معنی است که اگر احتمال معقول نجات وجود داشته باشد عدم اقدام به نجات، قطع نظر از درجه احتمال امکان نجات، موجب مسئولیت است؛ برخی مسئولیت مدنی تفویت فرصت را بر این نهاد استوار نموده‌اند؛ به این معنی که مثلاً پزشک با قصور در تشخیص یا درمان در واقع وظیفه نجات خود را انجام نداده است و بنابراین مسئول است.^{۴۸} در ایالات متحده آمریکا در برخی متون حقوقی نیز این مبنا راه یافته است.^{۴۹}

۴۶. هیور، پت و ون دن، همان، ص ۲۵.

47. Rescue duty.

۴۸. هیور، پت و ون دن، همان، ص ۱۴۴ به بعد.

۴۹. همان.

د: تشبیه به زیان آینده

برخی بایسته بودن جبران زیان تفویض فرصت را با تمثیل به زیان آینده توجیه نموده‌اند؛ به این معنی که در زیان آینده نیز با توجه به اینکه ورود زیان قطعی نیست با توجه به درجه احتمال وقوع زیان در آینده خسارت محاسبه می‌شود؛ پس در تفویض فرصت نیز می‌تواند چنین باشد.^{۵۰}

بند دوم: مبنای نظری مبتنی بر نقد معیار سنتی سببیت

چنانکه گفته شد معیار سببیت به طور سنتی، معیار اگر نبود اتفاق نمی‌افتاد (بات فور) است و برای احراز آن هم از معیار احتمال غالب استفاده می‌شود که نتیجه آن همه یا هیچ است؛ به این معنی که یا خواننده مسئول همه زیان است یا هیچ مسئولیتی نخواهد داشت؛ برخی نظریه‌ها طرفدار بایسته بودن جبران تفویض فرصت دقیقاً نقطه انتقاد خود را متوجه این معیار سنتی نموده‌اند و با زیر سؤال بودن درستی آن بایسته بودن جبران تفویض فرصت را توجیه نموده‌اند.

الف: نظریه لزوم توزیع مسئولیت بر حسب درجه احتمال

از نظر این دیدگاه ارائه معیار سببیت برای جلوگیری از خطاء در جایی که ما از واقع امر اطلاع نداریم است؛ تفصیل چگونگی استدلال آنها خارج از حوصله این گفتار است؛ اما به طور خلاصه متضمن این نکته است که توزیع مسئولیت بر حسب درجه احتمال بهتر می‌تواند چنین هدفی را برآورده نماید.^{۵۱}

۵۰. همان، ص ۱۹.

۵۱. لومور سول، مبانی حقوق خطاء، ص ۱۲۷.

ب: ممنوعیت انتفاع از تقصیر

به نظر برخی امکان اثبات سببیت برای خواهان به خصوص در برخی حوزه‌ها مانند پزشکی بی‌نهایت دشوار است؛ این دشواری به واسطه تقصیر خوانده و حدوث زیان دشوارتر هم می‌شود. بنابراین اگر بخواهیم عدم امکان اثبات سبب زیان را به معنی مسئول نبودن خوانده تفسیر کنیم. فی الواقع خوانده از تقصیر خویش منتفع شده است و این امر پذیرفتنی نیست.^{۵۲}

ج: ناعادلانه بودن معیار سببیت سنتی

برخی ادعا نموده‌اند چرا وقتی کسی ۵۱٪ احتمال سبب زیان بوده است بایستی همه زیان را جبران نماید و کسی که ۴۹٪ احتمال سبب زیان بوده است هیچ مسئولیتی نداشته باشد؛ این امر برخلاف عدالت است؛ بنابراین معیار سنتی در چنین مواردی نادرست و غیر قابل قبول است و بایستی معیار دیگری که به عدالت نزدیک‌تر باشد برگزید و آن هم بایسته جبران بودن تفویض فرصت است.^{۵۳}

بند سوم: مبناهای نظری مستقل

این مبناها فارغ از نهادهای حقوقی شناخته شده و یا انتقاد از نظریه سببیت است که ما آن را مستقل نامیده‌ایم؛

۵۲. دعوی مک مولن علیه بیمارستان دولتی ایالت اهایو، ص ۶ و نیز فیشر، دیوید.ای، همان، ص ۶۲۶.

۵۳. هیور، پت و ون دن، همان، ص ۲۵.

الف: بازدارندگی بهتر جبران تفویض فرصت

به نظر برخی بایسته بودن جبران تفویض بهتر می‌تواند بازدارندگی ایجاد نماید؛ زیرا کسی که ۲۰٪ عامل بوده است ۲۰٪ خسارت پرداخت خواهد نمود.^{۵۴} و می‌دانیم که حداقل یکی از اهداف مسئولیت مدنی بازدارندگی از وقوع اعمال زیانبار است.^{۵۵}

ب: تفویض فرصت یک خطاء مستقل

می‌دانیم که در حقوق کامن لا قاعده عام مسئولیت مدنی وجود ندارد و قواعد مسئولیت مدنی مبتنی بر خطاهای مستقل است که خطاء تقصیر^{۵۶} یکی از خطاها است^{۵۷} برخی معتقدند که تفویض فرصت هم مانند تقصیر یک خطاء مستقل و مستلزم مسئولیت مدنی است.^{۵۸}

ج: تفویض فرصت یک نقض حق است

برخی معتقدند محقق ساختن و به نتیجه رسانیدن شانس و فرصت کسب نفع یا اجتناب از ضرر یک حق اساسی اشخاص است و تفویض آن بی‌تردید نقض این حق اساسی است و بنابراین بایسته جبران است؛ پس مسئولیت ناشی از تفویض فرصت مسئولیت ناشی از نقض حق است.^{۵۹}

۵۴. هیور، پت و ون دن، همان، ص ۲۶.

۵۵. بادینی، حسن، هدف مسئولیت مدنی، ص ۵۸.

56. Negligence.

۵۷. فیشر، دیوید. ای، همان، ص ۶۱۷ به بعد.

۵۸. همان.

۵۹. هیور، پت و ون دن، ص ۱۸.

گفتار دوم: مبانی فقهی مسئولیت مدنی تفویض فرصت

نظر به تفاوت بین فرصت کسب نفع و فرصت اجتناب از ضرر هر کدام را جداگانه مورد تحلیل قرار می‌دهیم.

بند اول: مبانی فقهی ضمان تفویض فرصت کسب نفع

در خصوص مبنای فقهی مسئولیت تفویض فرصت باید گفت که اگر منظور از فرصت نفع نهایی باشد با توجه به اینکه نفع نهایی در زمان تفویض حاصل نشده بوده است و حسب فرض حصول آن در زمان بعد حتی اگر فرصت تفویض نمی‌شد امری حتمی نبوده است نمی‌توان گفت که تفویض‌کننده فرصت مسئول زیان نهایی است اما آیا خواننده هیچ مسئولیتی برای از بین بردن خود فرصت، قطع نظر از نفع نهایی، نخواهد داشت؟ به نظر می‌رسد در باب مسئول بودن تفویض‌کننده فرصت نسبت به تفویض خود فرصت بتوان به مبانی زیر استدلال نمود:

الف) قاعده اتلاف

هرچند معروف شده است که من اتلف مال‌الغیر فهو له ضامن و شاید استنباط شود که چون فرصت مال نیست پس قاعده اتلاف شامل آن نمی‌شود؛ اما تفسیر این عبارت با توجه به مبنا و ادله قاعده اتلاف نیازمند دقت بیشتری بوده و از ظرافت خاصی برخوردار است؛ در بحث ادله قاعده اتلاف به آیات ۱۹۴ سوره بقره (فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم)^{۶۰} و نیز آیه ۱۲۶ سوره نحل (و ان عاقبتهم، فعاقبوا بمثل ما عوقبتم به)^{۶۱}

۶۰. موحدی، محمد، معروف به فاضل لنکرانی، القواعد الفقهیه، ص ۴۶، به نقل از شیخ طوسی، المبسوط، ج ۳، ص ۶۰ و حلی، ابن ادریس، سرائر، ج ۲، ص ۴۸۰.

استدلال شده است. همچنین به برخی روایات از جمله (کل شی یضر بطریق المسلمین فصاحبه ضامن لما یصیبه)^{۶۲} استناد شده است؛ همچنین به بنای عقلاء^{۶۳} و قاعده لاضرر^{۶۴} و قاعده احترام مال و عرض مسلمان^{۶۵} استناد شده است. با توجه به مبانی مذکور روشن می‌شود که هیچ دلیلی بر انحصار قاعده ضمان اتلاف به مال وجود ندارد و از این جهت اتلاف هر امر محترمی ضمان آور است و شاید به همین دلیل بوده است که متقدمین شیعه به جای عبارت من اتلف مال الغیر، عبارت من اتلف شیئاً را به کار برده‌اند.^{۶۶} و حتی برخی عبارت اخیر را حدیث دانسته‌اند^{۶۷} به همین دلیل هم برخی فقیهان متعمدانه از به کار بردن من اتلف مال الغیر خودداری و عنوان قاعده را من اتلف شیئاً قرار داده‌اند^{۶۸} و یا برخی عنوان آن را ضمان اتلاف و سببیت قرار داده‌اند.^{۶۹}

۶۱. کزازی عراقی، آقا ضیاء الدین علی بن محمد کبیر، معروف به آقا ضیاء عراقی، قاعده لاضرر، ص ۴۶.
۶۲. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۱۹۸، به نقل از وسائل الشیعه، ج ۱۹، کتاب دیات موجبات ضمان باب ۹ حدیث ۱.
۶۳. مکارم شیرازی، ناصر، همان.
۶۴. مراغه‌ای، میرفتاح، عناوین الفقهیه، ج ۲، ص ۴۳۴.
۶۵. مراغه‌ای، میرفتاح، همان، ص ۴۳۵ و حسن بن آقا بزرگ معروف به میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۶.
۶۶. جالب توجه است که در متون اولیه عبارت من اتلف شیئاً بیش از عبارت من اتلف مال الغیر استفاده شده است؛ مثلاً در منابع زیر: طوسی، شیخ ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، ج ۶، ص ۵۷؛ طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن، المؤلف من المختلف بین ائمه السلف، ج ۲، ص ۴۶۱؛ کیدری، قطب الدین محمد، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه (به تصحیح مدیر شانه‌چی و دیگران)، ص ۴۹۷؛ نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الاحکام، (به تصحیح ابراهیم بهادر مراغی)، ص ۴۲۸.
۶۷. حسینی شیرازی، سید محمد، الفقه القواعد الفقهیه، ص ۲۱۴؛ شریف کاشانی، ملا حبیب الله، تسهیل المسالک الی المدارک فی رئوس القواعد الفقهیه، ص ۱۱؛ به وسائل الشیعه و مستدرک آن رجوع شود.
۶۸. مراغی، سید میرفتاح، همان، ج ۲، ص ۴۳۴.
۶۹. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الاحکام، ص ۴۲۵؛ که ایشان در باب احصاء اسباب ضمان یکی از منابع ضمان مباشرت و تسبیب در تلف دانسته‌اند و روشن است که این تغییر اصطلاح بی دلیل نیست به



در جهت تقریب استدلال ضمان تفویض فرصت به قاعده اتلاف می‌توان استدلال نمود که اولاً اتلاف منحصر به اموال نیست و شامل اتلاف هر حق محترمی می‌باشد. ثانیاً حتی اگر فرض کنیم ضمان اتلاف منحصر به اموال است، فرصت می‌تواند بر حسب معیار مالیت مال تلقی شود؛ زیرا که مال را به مایبذل به المال تعریف می‌نمایند.^{۷۰} ما قصد نقد تعریف مذکور را نداریم اما اجمالاً این امر مسلم است که مال یک اصطلاح ویژه شارع (حقیقت شرعیه) نیست بلکه منظور از مال مفهوم عرفی مال است و می‌دانیم که مال آن چیزی است که ارزش اقتصادی دارد و به تعبیر برخی چیزی که مردم در تدبیر امورشان به آن نیازمندند است؛^{۷۱} فرصت کسب نفع و نیز فرصت اجتناب از ضرر هم عرفاً دارای ارزش اقتصادی بوده و مردم حاضرند برای آن پول پرداخت نمایند؛ پس تفویض آن اتلاف مال است و ضمان آور.

ب: قاعده مسئولیت آور بودن اضرار به دیگری

اگر بتوان تفویض فرصت کسب نفع و اجتناب از ضرر را قطع نظر از نفع نهایی و ضرر نهایی فی نفسه ضرر تلقی نمود می‌توان به قاعده مسئولیت آور بودن اضرار به دیگری (لاضرر) هم برای توجیه بایسته بودن مسئولیت مدنی تفویض فرصت استناد نمود؛ زیرا ضرر حتی در مفهوم مضیق خود (انتفاء موجود) در تفویض فرصت صدق می‌کند. حتی کاهش شانس نیز در این مفهوم ضرر محسوب است؛ البته در خصوص اینکه آیا قاعده مذکور

خصوص با توجه به حوزه شمول قاعده از نظر ایشان که شامل فقط اموال نیست بلکه شامل انفس هم می‌باشد، همان، ص ۴۲۹.

۷۰. نجفی ابروانی، علی، حاشیه المکاسب، ج ۱، ص ۱۶۵.

۷۱. حسن بن آقا بزرگ معروف به میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهیه، ج ۲، ص ۲۰.

مفید حکم به ضمان است یا فقط نفی حکم می‌نماید بحث‌ها جدی است؛ اما به نظر می‌رسد با توجه برخی قضایا^{۷۲} که قاعده لاضرر در آن استفاده شده و برخی مبانی دیگر استفاده حکم اثباتی از قاعده مواجهه با محذوری نیست^{۷۳} به علاوه می‌توان ضرر را به عنوان نقض حق مشروع شخص نیز ضمان آور دانست؛ این استدلال مبتنی بر معنی خاص از ضرر است که برخی فقیهان شیعه مطرح نموده‌اند و هر گونه نقض حق را ضرر دانسته‌اند.^{۷۴} به این تقریب که محقق ساختن آمال مشروع افراد یک حق مسلم شرعی اشخاص بوده و شارع از آن حمایت می‌نماید؛ نقض این حق مشروع بی‌تردید ممنوع است؛ از طرفی بر شارع اسلام فرض است که کلیه تدابیر برای جلوگیری از نقض این حق مشروع یا جبران آن را از جمله حکم به ضمان ناقض تا حد ممکن فراهم آورد و مسئولیت مدنی تفویض فرصت نیز چیزی بیش از این نیست.

ج: برخی فروع فقهی

علاوه بر قواعد مذکور، برخی فروع فقهی وجود دارد که نشان دهنده آشنایی به مفهوم و مورد پذیرش قرار گرفتن مسأله نزد فقهاء است؛ از جمله ضمان حق تحجیر که حسب تعاریف فقهی حق تحجیر مال نیست و مفید اولویت است^{۷۵} اما نقض آن ضمان آور است.^{۷۶}

۷۲. کزازی عراقی، آقا ضیاء الدین علی بن محمد کبیر، معروف به آقا ضیاء عراقی، قاعده لاضرر، ص ۵۴، به بعد.

۷۳. مراغی، سید میرفتاح، همان، ج ۱، ص ۳۱۸ و ۳۱۹ و نیز مکارم شیرازی، ناصر، همان، ج ۱، ص ۸۶.

۷۴. صدر، سید محمد باقر، بحوث فی علم الاصول، ص ۴۵۱.

۷۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۳۸، ص ۵۶.

۷۶. خمینی، سید روح الله، کتاب البیع، ج ۳، ص ۱۳۲، هر چند مشارالیه در جایی دیگری عدم ضمان در حق تحجیر را اقرب می‌داند. خمینی، سید روح الله، وسیله النجاه مع حواشی امام خمینی، ص ۶۳۶.

همچنین فقها حکم داده‌اند در عقود مضاربه و جعاله اگر حسب مورد، مالک یا جاعل عقد را قبل از بدست آمدن سود یا انجام عمل فسخ نماید بایستی اجرت المثل عامل را پرداخت نماید؛^{۷۷} ممکن است استدلال شود که این لزوم ناشی از احترام عمل مسلمان است^{۷۸} اما، چنین نیست؛ زیرا چنانکه برخی تصریح کرده‌اند عامل با انعقاد عقد جایزی که مالک حق فسخ دارد به ضرر خود اقدام نموده است؛^{۷۹} فرع بسیار مهمی که تا حد زیادی نشان پذیرش نظریه است در باب مزارعه می‌باشد؛ برخی فقهاء در فرضی که زارع در نگهداشت زراعت اهمال نماید و در نتیجه محصول کم شود حکم به ضمان زارع نسبت به مابه‌التفاوت محصول در برابر مالک بقدر الحصة داده‌اند؛^{۸۰} یعنی در حالی که حتی اگر اهمال زاع نبود حصول محصول (کسب نفع) مسلم نبود زارع را مسئول مابه‌التفاوت می‌دانند؛ حکم به ضمان زارع نسبت به نفعی که حاصل نشده است دقیقاً پذیرش ضمان‌آور بودن تفویت فرصت حتی به مفهوم نفع نهایی می‌باشد؛ برخی فروع فقهی دیگر وجود دارد که به واسطه تفصیل از ذکر آن صرف نظر می‌کنیم.

۷۷. عاملی، محمد بن مکی، معروف به شهید اول: لمعة الدمشقية فی فقه الامامیه (به تصحیح محمد تقی و علی اصغر مروارید)، ص ۸۹.

۷۸. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۲۶، ص ۳۸۹.

۷۹. عاملی، زین الدین بن علی، معروف به شهید ثانی، الروضة البهیه فی شرح المعه الدمشقية، ج ۴، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۸۰. گیلانی، ابوالقاسم، (معروف به میرزای قمی) جامع الشتات فی اجوبه المسائل، ج ۳، ص ۳۰۸ و یزدی، سید محمد کاظم، عروة الوثقی، ج ۲، ص ۷۳۲، نیز موسوی خویی، سید ابوالقاسم، منهاج الصالحین، ج ۲، ص ۱۰۹، که البته ایشان در فرضی ضمان زارع را تقویت کرده‌اند که بذر متعلق به مالک بوده باشد. همچنین ایشان در جای دیگری ضمان را در صورتی پذیرفته‌اند که زراعت موجود شده باشد و در صورتی که زراعت در زمان تقصیر موجود نباشد ضمان را صحیح نمی‌دانند. رجوع کنید به: موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی العروة الوثقی، ج ۱، ص ۳۹۱.

بند دوم: مبانی فقهی تفویض فرصت اجتناب از ضرر

در خصوص فرصت به مفهوم زیان نهایی با توجه به اینکه در تفویض فرصت اجتناب از ضرر، فی الواقع ضرر واقع شده است؛ پس در وقوع ضرر تردیدی نیست اما تردید در سببیت خوانده است؛ با توجه به تعریف سبب و معیار تشخیص آن در نظام‌های حقوقی غرب تردید در مسئولیت تفویض فرصت نسبت به زیان نهایی به واسطه آن است که رابطه سببیت بین زیان و خوانده بر اساس معیارهای احراز سببیت محرز نیست؛ اما در فقه اصولاً سبب و معیار صدق آن وضع خاصی دارد و لذا اشکال‌های مطرح در آن نظام‌های حقوقی در باب رابطه سببیت بین خوانده و زیان نهایی الزاماً در فقه صدق نمی‌کند؛ بنابراین باید دید آیا با تحلیل قواعد سببیت در فقه شیعه می‌توان، حداقل در برخی شقوق، تفویض فرصت را سبب اضرار دانست و تفویض‌کننده را ضامن یا خیر؛ فقهای شیعه معمولاً به هنگام تقسیم جنایات یا اطلاق به مباشرت و تسبیب، از سبب سخن گفته‌اند؛ ولی بیشتر آنان سبب را تعریف ننموده‌اند یا اگر هم تعریف نموده‌اند تعاریف آنان از سبب متفاوت است^{۸۱} اما این امر چندان اشکالی ایجاد نمی‌کند؛ زیرا در فقه شیعه مسأله سبب اصولاً در ادله وجود ندارد؛ بلکه آنچه وجود دارد انتساب فعل است^{۸۲}؛ بنابراین باید دید اولاً معیار انتساب چیست و ثانیاً آیا می‌توان تفویض فرصت اجتناب از ضرر را عرفاً موجب انتساب کلی یا جزئی ضرر حاصل به تفویض‌کننده فرصت دانست یا خیر؛ اگر پاسخ به پرسش اخیر مثبت باشد تفویض فرصت اجتناب از ضرر قطعاً موجب مسئولیت حتی نسبت به زیان نهایی خواهد بود و الا چنین مسئولیتی وجود نخواهد داشت؛

۸۱. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۳۷، ص ۴۶ و ج ۴۳، ص ۴۳.

۸۲. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، ج ۴۲، ص ۱۹.

اگر در وقوع زیان یا جنایت فقط یک عامل متصور باشد مسأله روشن است ولی تردید وقتی بروز می‌نماید که عوامل متصور متعدد باشند؛ در باب تعدد عوامل جنایت یا تلف در صورت عدوانی بودن بعضی و عدوانی نبودن بعضی دیگر فقهاء عامل عدوانی را مقدم بر بقیه عوامل دانسته و مسئولیت را متوجه وی می‌دانند؛ در صورت تساوی در عدوان یا عدم عدوان هم مباشرت را مقدم بر تسبیب می‌دانند؛ منظور از مباشرت هم دخالت مستقیم و منظور از تسبیب دخالت غیر مستقیم است؛ در صورت تساوی مباشرت نیز همه مباشران را مشترکاً مسئول می‌دانند؛^{۸۳} اما در صورت اجتماع اسباب مسأله تا حدی اختلافی بوده قول مشهور مسئول بودن سبب مقدم در تأثیر است^{۸۴} نظر دیگری که برخی فقیهان برجسته عصر حاضر به آن تمایل نشان داده‌اند هم مفید تقسیم مسئولیت بر تعداد عوامل است.^{۸۵}

به نظر می‌رسد با توجه به ملاک‌های فوق بایستی تعیین نمود که در کدام مصادیق تفویض فرصت عرفاً سبب منحصر یا جزئی از مجموعه اسباب وقوع زیان بوده است؛ اگر عرفاً تفویض فرصت به عنوان سبب تلقی شود در مسئول بودن نسبت به زیان نهایی تردید نباید روا داشت؛ زیرا در فقه، بر خلاف حقوق غرب، معیار بات فور و ملاک احتمال غالب الزاماً تعیین‌کننده نیست؛ با توجه به این نکته و بدون آنکه بتوان به طور عام اظهار نظر نمود

۸۳. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۴۲، ص ۶۶.

۸۴. نجفی، محمد حسن، همان، ج ۴۳، ص ۱۴۶.

۸۵. موسوی خوئی، سید ابوالقاسم، مبانی تکملة المنهاج (تقریر سید محمد تقی خوئی)، ج ۴۲، ص ۳۲۲؛ نیز موسوی خمینی، سید روح الله، تحریر الوسیله، ج ۲، ص ۱۹۳، - هر چند ایشان در جای دیگری نظریه سبب مقدم در تأثیر را ترجیح داده‌اند - همان، ص ۵۶۹ و نیز موحدی، محمد، معروف به فاضل لنکرانی، تفضیل الشریعة فی شرح تحریر الوسیله (الدیات)، ص ۱۰۵ نیز مکارم شیرازی، ناصر، همان، ج ۲، ص ۲۰۸، نیز مدنی کاشانی، حاج آقا رضا، کتاب الدیات، ص ۱۳۹، - هر چند ایشان اصولاً مثال مشهور سنگ و چاه را مناسب مقام نمی‌داند و گذارنده سنگ را ضامن افتادن به زمین می‌داند نه مردن -.

اگر عامل تفویض کننده فرصت عدوانی بوده و عوامل دیگر غیرعدوانی باشد یا، در صورت تساوی در عدوان یا غیرعدوان، عامل تفویض کننده فرصت به شکل مباشرت بوده و عوامل دیگر به شکل تسبیب باشند ظاهراً تفویض کننده فرصت مسئول خواهد بود؛ چه اینکه مفروض تقدم عامل عدوانی بر غیرعدوانی و تقدم عامل مستقیم بر عوامل غیر مستقیم است؛ در صورت تساوی در عدوان و مباشرت یا تسبیب نیز اگر تفویض فرصت با عوامل دیگر همه به شکل مباشرت باشد اشتراک در ضمان مرجح است و تفویض کننده فرصت به عنوان بخشی از سبب مسئول است؛ اما در فرضی که همه عوامل به شکل سبب و در عدوان یا عدم عدوان هم مساوی‌اند؛ اگر نظریه سبب مقدم در تأثیر را بپذیریم تفویض کننده فرصت مسئول نخواهد بود؛ زیرا حسب فرض تفویض فرصت همواره آخرین عامل است و نه اولین آن؛ ولی اگر نظریه تساوی اسباب در ضمان را بپذیریم در اینجا نیز تفویض کننده فرصت به عنوان جزئی از مجموعه سببی مسئول زیان وارده می‌باشد.

البته اگر نتوان تفویض فرصت را به عنوان عامل یا جزئی از مجموعه سببی تلقی نمود آیا تفویض کننده مسئولیتی بابت تفویض خود فرصت دارد؟ پاسخ تابع مسأله ارزش‌دار بودن خود فرصت است و با توجه به مبانی پیش گفته بایسته جبران است.

گفتار سوم: مسئولیت مدنی تفویض کننده فرصت در حقوق موضوعه

پس از بررسی مبانی نظری مسئول بودن تفویض کننده فرصت باید دید که این مبانی نظری تا چه حدی توانسته است در نظام‌های حقوقی راه یافته و موجب وضع قاعده مبنی بر مسئول بودن تفویض کننده فرصت شود؛ در این زمینه بند دو ماده هفت اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی منتشره توسط مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی در

باب خسارات ناشی از نقض تعهد قراردادی تصریح دارد که غرامت (خسارت) ممکن است قانوناً برای از دست دادن فرصت به تناسب احتمال آن در نظر گرفته شود.^{۸۶}

در حقوق موضوعه دیگر کشورها وضع حسب مورد متفاوت است و حتی در نظام حقوقی یک کشور ممکن است در برخی شاخه‌های حقوق پذیرفته و در شاخه دیگر مورد پذیرش قرار نگرفته باشد؛ در حقوق فرانسه در نوشته‌های حقوقی هم مسأله تفویض فرصت در بخش شرایط ضرر قابل جبران و ذیل عنوان قطعی بودن ضرر مورد بحث قرار گرفته است.^{۸۷} و اگر چه در مواد ۱۳۸۲ قانون مدنی و مواد بعدی که در باب مسئولیت مدنی است در این زمینه تصریحی وجود ندارد^{۸۸} اما رویه قضایی این خلاء را جبران نموده و آراء متعدد دیوان کشور فرانسه در قابل جبران بودن فرصت تفویض شده، هم فرصت کسب نفع و هم فرصت اجتناب از ضرر، البته مشروط بر اینکه فرصت تفویض شده جدی و واقعی باشد تردید باقی نگذاشته است.^{۸۹}

در حقوق بلژیک نیز مانند فرانسه فرصت قابل جبران است و از نظر چگونگی جبران نیز معیار امتیاز مورد انتظار و درجه احتمال وقوع آن مورد توجه قرار می‌گیرد.^{۹۰}

۸۶. مؤسسه یکنواخت کردن حقوق خصوصی (مترجمان بهروز اخلاقی و فرهاد امام)، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، ص ۲۷۸، هرچند این ماده در باب خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی است اما از نقطه نظر بحث ما تفاوتی بین خسارت ناشی از نقض عهد و ضمان قهری وجود ندارد.

۸۷. الکس ویل و فروانسوا تر، حقوق مدنی، تعهدات، ص ۶۰۵ و ص ۶۵۸.

۸۸. محمد علی (مترجم)، عقود و تعهدات. از قانون مدنی فرانسه (ترجمه بخشی از قانون مدنی فرانسه) ص ۱۰۲.

۸۹. فیر گریو، دانکن، مسئولیت دولت (حقوق) خطاء، مطالعه حقوق تطبیقی، ص ۲۰۳ و نیز کریستین ون بار و اولریچ درایننگ، و تأثیر حقوق قرارداد و خطاء و حقوق اموال در اروپا، مطالعه تطبیقی، ص ۸۴ و کاظمی، محمود، همان، ص ۲۲۲.

۹۰. کریستین ون بار و اولریچ درایننگ، همان، ص ۸۵.

در حقوق اتریش بین خسارات مثبت و عدم‌النفع تفکیک شده و در خصوص عدم‌النفع برای اینکه بایسته جبران باشد بایستی خطاء سنگین بوده باشد و تفویض فرصت اگر در زمان وقوع دارای ارزش مادی بوده باشد خسارات مثبت تلقی می‌شود و اگر احتمال حصول نفع بالا باشد لازم نیست مسلم بوده باشد.^{۹۱}

در حقوق پرتغال به موجب رای دیوان کشور از سال ۱۹۷۶ میلادی حکم به جبران تفویض فرصت پذیرفته شده است.^{۹۲}

در حقوق ایتالیا علی‌رغم رد اولیه در برخی آراء متأخر (۱۹۸۳) بایسته بودن جبران تفویض فرصت مورد تأکید قرار گرفته است.^{۹۳} برعکس در حقوق اسپانیا خسارات بایستی قطعی باشد و فرصت تفویض شده بسیار غیر قطعی‌تر از آن دانسته شده است که قابل جبران باشد.^{۹۴}

در حقوق انگلستان هرچند قابلیت جبران تفویض فرصت کسب نفع تحت عنوان ارزیابی خسارات در حقوق قراردادها بدون تردید و از مدت‌ها پیش بایسته جبران دانسته شده است اما در خصوص تفویض فرصت اجتناب از ضرر مسأله مورد تردید بوده و هر چند دیوان کشور تا کنون صراحتاً عدم قابلیت جبران را مورد حکم قرار نداده است اما آن را صراحتاً هم نپذیرفته است و در بین نویسندگان هم مسأله مورد اختلاف است.^{۹۵}

در حقوق آلمان هم تفویض فرصت در حقوق قراردادها پذیرفته شده است.^{۹۶}

۹۱. همان.

۹۲. همان.

۹۳. ویلم.اچ. ونبوم و دیگران، خسارت اقتصادی محض، ص ۵۴.

۹۴. ون بار، کریستین و درایننگ، اولریچ، همان، ص ۸۵.

۹۵. فیرگریو، دانکن، همان، ص ۲۰۳.

۹۶. ون بار، کریستین و درایننگ، اولریچ، همان، ص ۸۴.

در حقوق ایالات متحده آمریکا هرچند برخی نویسندگان لزوم قابلیت جبران تفویض فرصت را مورد تأکید قرار داده‌اند اما وضع در ایالت‌های مختلف یکسان نیست و از موافقت کامل با این نظریه تا مخالفت کامل متغیر است.^{۹۷}

در حوزه حقوق کشورهای عربی در مصر مسأله از سال‌ها پیش طرح گردیده و آراء دادگاه‌ها صراحتاً مفید بایسته جبران بودن تفویض فرصت است.^{۹۸} در مورد عراق برخی عدم پذیرش تفویض فرصت کسب نفع به عنوان یک زیان را نقل نموده‌اند.^{۹۹} همچنین در سوریه نیز تفویض فرصت به عنوان ضرر قابل جبران پذیرفته شده است.^{۱۰۰}

اما در حقوق ایران در فقدان نص قانونی برخی نویسندگان موضوع را طرح و هرچند بایسته جبران بودن تفویض فرصت را با وجود شرایطی ترجیح داده‌اند با وجود این پذیرش آن را به عنوان قاعده در حقوق ایران مشکل دانسته‌اند.^{۱۰۱} برای اینکه بدانیم در فقدان رویه قضائی و قانون صریح آیا می‌توان در حقوق ایران تفویض فرصت را قابل جبران دانست یا خیر باید دید که آیا تفویض فرصت شرایط ضرر بایسته جبران را دارد یا خیر؛ در این زمینه بایستی بین تفویض فرصت کسب نفع و تفویض فرصت اجتناب از ضرر تفکیک قائل شد.

بند اول: تفویض فرصت کسب نفع

در این زمینه بایستی بین فرصت به مفهوم نفع نهائی و فرصت به مفهوم خود شانس تفکیک قائل شد.

۹۷. توری. ای. ویگانند، تفویض فرصت در سوء معالجات پزشکی و نیز رک ماده یک طرح قانونی شماره ۱۱۵ ایالت یومینگ و نیز پت ون دن هیور، همان، ص ۴۵، به بعد و نیز کاظمی، محمود، همان، ص ۲۲۲.

۹۸. السنهوری، عبدالرزاق محمد، الوسيط فی شرح القانون المدني الجديد، ج ۱، ص ۸۶۲.

۹۹. ذنون، حسن علی، النظرية العامة للالتزام، ص ۳۰۷.

۱۰۰. کاظمی، محمود، همان، ص ۲۲۲، به نقل از محمد وحیدالدین السوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۱، مصادر الالتزام، ص ۱۶.

۱۰۱. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۸۲.

قسمت اول: فرصت به مفهوم نفع نهایی؛ تفویت فرصت در مفهوم نفع نهایی تحلیلاً نوعی عدم‌النفع محتمل است و بنابراین باید دید که در حقوق ایران عدم‌النفع قابل مطالبه است یا خیر.

الف: عدم‌النفع محتمل در سایه قواعد عمومی مسئولیت مدنی

در این زمینه باید گفت که قبل از تحولات حقوقی ناشی از تغییر رژیم سیاسی در سال ۱۳۵۸ در بایسته جبران بودن عدم‌النفع به موجب نصوص متعدد قانونی تردیدی وجود نداشت؛ از جمله ماده ۷۲۸ قانون آئین دادرسی مدنی سابق و بند سه ماده نه قانون آئین دادرسی کیفری سابق و ماده ۴۹ قانون ثبت‌الاعلام و اختراعات و ماده ۱۳۳ قانون اصلاحی قانون تجارت که همگی نص در قابل جبران بودن عدم‌النفع‌اند؛ اما پس از تحولات حقوقی مذکور با این تصور که عدم‌النفع ضرر نیست (عدم‌النفع لیس بضرر) در بایسته جبران بودن آن تشکیک شد و رویه قضائی حتی قبل از تغییر قانون آئین دادرسی در قابلیت جبران تردید نمود^{۱۰۲} هرچند برخی آراء دیوان کشور در جهت مخالف و تأیید قابل جبران بودن عدم‌النفع بوده است^{۱۰۳}؛ اما با تغییر قانون آیین دادرسی کیفری و مدنی که در اولی منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه اعلام و در دومی عدم‌النفع به موجب مواد ۲۶۷ و ۵۱۵ غیر قابل مطالبه اعلام شد؛ اکنون بین نویسندگان این مسأله مطرح است که عدم‌النفع غیر قابل مطالبه کدام است و منافع ممکن‌الحصول قابل مطالبه چیست؟ در این زمینه برخی

۱۰۲. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، ج ۲، ص ۱۹۵، و نیز کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضائی، ۱۳۷۷، ص ۳۰۶.
۱۰۳. اداره وحدت رویه دیوان عالی کشور، همان، ص ۱۶۷ و نیز یدالله بازگیر، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، ص ۱۰۰.

خلاصتاً چنین بیان داشته‌اند که عدم‌النفع غیر قابل مطالبه مذکور در قانون جدید آیین دادرسی مدنی عدم‌النفع محتمل است والا عدم‌النفع مسلم هم فقها و هم قانوناً قابل مطالبه است^{۱۰۴} اما این تحلیل صحیح نیست؛ زیرا علاوه بر خروج از ظهور قانون آیین دادرسی کیفری که منافع ممکن‌الحصول را قابل مطالبه می‌داند و نیز تقیید بی‌دلیل اطلاق ماده ۵۱۵ قانون جدید آیین دادرسی مدنی مستلزم این نتیجه نادرست است که قبل از تغییر قانون و در زمان حکومت قانون سابق عدم‌النفع محتمل هم به عنوان قاعده قابل مطالبه بوده است؛ در حالی که این نتیجه به هیچ وجه پذیرفتنی نیست؛ به علاوه مستلزم قائل شدن به نسخ ضمنی کلیه مقرراتی که متضمن پذیرش عدم‌النفع حتی در شکل محتمل آن است؛ مانند ماده شش قانون مسئولیت مدنی و ماده ۴۹ قانون ثبت علایم و اختراعات خواهد بود؛ روشن است که عدم نسخ اولی است؛ تفسیر دیگری که به عمل آمده است آنکه با توجه به سوابق موضوع هم عدم‌النفع قابل مطالبه قانون سابق آیین دادرسی مدنی و هم عدم‌النفع غیر قابل مطالبه آیین دادرسی مدنی جدید ناظر به عدم‌النفع ناشی از محروم ماندن متعهدله از منافع تعهدی که اگر انجام می‌شد متعهدله از آن برخوردار می‌گردیده است^{۱۰۵} به نظر ما نیز این تفسیر صحیح است و هرچند عدم‌النفع قابل مطالبه بایستی مسلم باشد اما این شرط نه ناشی از وجود ماده ۵۱۵ فعلی بلکه ناشی از لزوم مسلم بودن ضرر است.

نتیجه اینکه به نظر ما مواد قانون جدید آیین دادرسی مدنی شامل خسارت ناشی از ضمان قهری نبوده و ضمان قهری اگر به شکل جرم کیفری باشد مشمول ماده نه قانون آیین دادرسی کیفری و عدم‌النفع مذکور با تصریح قانون قابل مطالبه است و الا تحت قواعد

۱۰۴. اصغری آقا مشهدی، فخرالدین، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، صص ۷۷ تا ۹۴.

۱۰۵. شهیدی، مهدی، ج ۳، (حقوق مدنی آثار قراردادها و تعهدات)، ص ۲۵۵.

عمومی مسئولیت مدنی بوده و بر این اساس هم اگر عدم‌النفع مسلم باشد بی تردید ضرر محسوب و قابل مطالبه است؛ به عبارت دیگر عدم‌النفع هم در قلمرو آیین دادرسی کیفری و هم در قلمرو آیین دادرسی مدنی، البته به جز عدم‌النفع ناشی از نقض تعهد قراردادی، در صورتی که مسلم باشد بی تردید قابل مطالبه است و چون تفویض فرصت به مفهوم نفع نهایی عدم‌النفع محتمل است به عنوان قاعده کلی قابل مطالبه نیست؛ هرچند استثنائاً ممکن است قانونگذار در مواردی لزوم جبران را مورد حکم قرار دهد.

ب: عدم‌النفع در سایه قوانین خاص

قطع نظر از غیر قابل مطالبه بودن عدم‌النفع محتمل به عنوان قاعده مواردی وجود دارد که قانونگذار عدم‌النفع محتمل را قابل جبران دانسته است و بنابراین باید گفت این نوع از تفویض فرصت کسب نفع حتی در مفهوم نفع نهایی محتمل استثنائاً قابل مطالبه اعلام شده است؛

یک: ماده شش قانون مسئولیت مدنی؛ ماده شش قانون مسئولیت مدنی مقرر داشته است: «... در صورتی که در زمان وقوع آسیب زیان‌دیده قانوناً مکلف بوده یا ممکن است بعدها مکلف شود شخص ثالثی را نگاهداری نماید و در اثر مرگ او شخص ثالث از آن حق محروم گردد واردکننده زیان باید مبلغی به عنوان مستمری متناسب تا مدتی که ادامه حیات آسیب دیده عادتاً ممکن و مکلف به نگهداری شخص ثالث بوده به آن شخص پرداخت کند؛ در صورتی که در زمان وقوع آسیب نطفه شخص ثالث بسته شده و یا هنوز طفل به دنیا نیامده باشد، شخص مزبور استحقاق مستمری خواهد داشت.»

روشن است که عدم‌النفع ناشی از محروم ماندن از انفاقی که ممکن بود در آینده شخص واجب‌النفعه مصدوم واقع شود عدم‌النفع محتمل است ولی قانونگذار آن را قابل مطالبه عنوان نموده است.^{۱۰۶}

دو: احکام مضارعه

در باب مزارعه نیز حکمی وجود دارد که نشان دهنده پذیرش قابل جبران بودن نفع محتمل است؛ ماده ۵۳۶ قانون مدنی مقرر داشته است که: «هرگاه عامل به طور متعارف مواظبت در زراعت ننماید و از این حیث حاصل کم شود... عامل ضامن تفاوت خواهد بود»

پرسشی که مطرح می‌شود آن است که مبنایی چنین حکمی چیست؟ برخی به طور کلی مبنای حکم را تسبیب دانسته‌اند^{۱۰۷} اما این استدلال به اندازه کافی روشن نیست؛ توضیح اینکه باید دید مالک چه چیزی را از دست داده است؛ آیا محصول یک نفع مسلم بوده است که تفویض شده است؟ بدیهی است که حصول نفع به هیچ وجه مسلم نبوده و فقط محتمل بوده است؛ بنابراین لزوم پرداخت آن هم پرداخت مابه‌التفاوت توسط زارع فقط با پذیرش لزوم جبران منافع محتمل الحصول قابل توجیه است. هرچند مورد اخیر راجع به خسارت ناشی از نقض تعهد قراردادی است اما از این جهت تفاوتی وجود ندارد.

قمست دوم: فرصت به مفهوم خود شانس

قطع نظر از بایسته بودن یا نبودن جبران تفویض فرصت به مفهوم نفع نهایی باید دید آیا تفویض فرصت به مفهوم خود شانس بایسته جبران است یا خیر؛ در این زمینه باید گفت که

۱۰۶. برخی حکم مقرر در این ماده را مصداق بارز زیان غیر مستقیم دانسته‌اند. زوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، (مترجم و محقق مجید ادیب)، پاورقی ۳، ص ۱۹۳.
۱۰۷. امامی، سید حسن، همان، ص ۱۲۱.

تفویت فرصت در این مفهوم برای قابل جبران بودن یا باید مصداق زیان مادی باشد یا مصداق زیان معنوی.

الف: تفویت فرصت زیان مادی

در برخی چهره‌ها ممکن است فرصت تفویت شده دارای ارزش مادی بوده و مالیت داشته باشد و تفویت آن بی‌تردید یک زیان مادی است؛ مثلاً بلیط بخت‌آزمایی فرصتی است که برای تحصیل آن پول پرداخت شده است و در عرف دارای ارزش مادی و قابل خرید و فروش است و چنانکه برخی تصریح نموده‌اند در مواردی که امکان استفاده از موقعیتی در عرف ارزش خاص دارد مانند بلیط‌های بخت‌آزمایی، از بین بردن این موقعیت ضرری است مسلم که باید جبران شود^{۱۰۸}. اما آیا قاعده‌ای وجود دارد که بتوان تشخیص داد که در چه مواردی فرصت تفویت شده ارزش مادی داشته است؟ هرچند به نظر نمی‌رسد بتوان قاعده کلی در این باب اعلام نمود اما شاید بتوان گفت در هر موردی که نفع نهایی مادی باشد و یا بدست آمدن فرصت، هرچند نفع نهایی نفعی معنوی باشد، نیازمند پرداخت پول است، عرفاً فرصت کسب نفع دارای ارزش مادی بوده و قابل جبران است؛ مثلاً بلیط بخت‌آزمایی با هدف کسب منافع مادی اخذ می‌شود یا بلیط شرکت در یک کنسرت موسیقی هرچند نفع مقصودش جنبه مالی ندارد اما خود فرصت دارای ارزش مادی است؛ زیرا معمولاً کسب چنان فرصتی نیازمند صرف پول است.

۱۰۸. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۸۴.

در حقوق مدنی پاره احکام وجود دارد که بعضاً بر اساس ارزش‌دار و بایسته جبران بودن خود فرصت تفویت شده و تلقی آن به عنوان زیان مادی قابل تحلیل بوده یا تحلیل شده است؛ از جمله ماده ۵۶۵ قانون مدنی مقرر داشته است؛ «... اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرة المثل عمل عامل را بدهد»

این حکم بر فرض عقد بودن و عقد جایز بودن جعالة است و در این صورت چرا بایستی جاعل اجرة المثل پرداخت نماید؟ برخی این لزوم را ناشی از احترام عمل دانسته- اند^{۱۰۹} ولی چنانکه دیدیم در فقه گروهی ضمن مخالفت با این نظر اعلام داشته‌اند که خود عامل با اقدام به عمل در عقد جایز در واقع به ضرر خود عمل نموده است^{۱۱۰}؛ ضمن آنکه اگر احترام عمل مبنای حکم باشد بایستی در صورت فوت جاعل و انفساخ عقد هم چنین حکمی باشد؛ در حالی که چنین نیست؛ برخی مسئولیت مذکور را ناشی از مسئولیت عینی و بدون تقصیر مقرر توسط قانونگذار دانسته‌اند^{۱۱۱} برخی نیز مبنای مسئولیت را عاملیت جاعل در ورود خسارت به عامل دانسته‌اند^{۱۱۲}؛ اگر دو نظر اخیر پذیرفته شود ورود ضرر به عامل مسلم دانسته شده است و می‌توان گفت ضرر وارده به عامل محرومیت از فرصتی است که در صورت عدم فسخ آن ممکن بود به وقوع پیوسته و موجب نفعی برای عامل شود.

۱۰۹. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، ص ۱۲۱.

۱۱۰. عاملی، زین الدین بن علی، معروف به شهید ثانی، الروضة البهیة فی شرح المعه الدمشقیة، ج ۴، ص ۲۱۹ و ۲۲۰.

۱۱۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، ص ۵۳۰، هر چند ایشان در جای دیگری پذیرش را مبتنی بر منفعت تلقی شدن بخت و فرصت دانسته‌اند، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۸۲.

۱۱۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی شش، عقود معین، ص ۱۱۰.

در عقد مضاربه نیز هرچند نصی قانونی مانند ماده ۵۶۵ وجود ندارد اما از نظر فقهی همین وضع حاکم بوده و همین استدلالات مطرح است.^{۱۱۳}

ب: تفویت فرصت مصداق زیان معنوی

چنانکه برخی نیز تصریح کرده‌اند^{۱۱۴} ممکن است خود تفویت فرصت کسب نفع یک زیان معنوی تلقی شود؛ مثلاً کسی که بیش از یک سال برای موفقیت در کنکور ورودی دانشگاه تلاش نموده است و احتمال قبولی وی در کنکور و در رشته مورد علاقه‌اش بر حسب آزمون‌های پیش کنکور تقریباً مسلم بوده است، اگر به واسطه فعل زیانبار خوانده فرصت شرکت در مسابقه ورودی دانشگاه را از دست بدهد و بالاخص اگر شرکت مسابقه مزبور آخرین نوبتی باشد که بر حسب شرط سنی وی امکان شرکت در مسابقه را دارد بی‌تردید چنین شخصی متحمل زیان معنوی ناشی از دست رفتن فرصت شرکت در مسابقه خواهد شد؛ در وضوح زیان معنوی تردیدی در امثال مثال فوق وجود ندارد.

اما پرسش این است که آیا زیان معنوی در حقوق ایران قابل جبران است یا خیر؛ در این زمینه نیز، مانند عدم‌النفع، در نظام حقوقی قبل از تغییر رژیم سیاسی در سال ۱۳۵۸ در بایسته جبران بودن زیان معنوی تردیدی وجود نداشت و نصوص متعددی از جمله ماده نه قانون آیین دادرسی کیفری و ماده ۲۱۲ مکرر قانون مجازات عمومی و ماده ۱۳ قانون صدور چک مصوب ۱۳۵۵ و ماده یک و دو و هشت و نه و ده قانون مسئولیت مدنی در

۱۱۳. گفتنی است که برخی حقوق‌دانان ایرانی در مقام توجیه لزوم پرداخت اجرةالمثل در مزارعه اعلام نموده‌اند که این تکلیف مشروط به سوء استفاده از حق (فسخ) نیست. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض، عقود تملیکی، ص ۵۳۲، اما هم ایشان در خصوص عقد مضاربه صراحتاً آن را مشروط به سوء استفاده مالک از حق فسخ دانسته‌اند، کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها، صلح، ص ۱۴۱.

۱۱۴. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، ص ۲۸۴.

این زمینه تصریح داشتند؛ حتی در قانون اساسی جمهوری اسلامی نیز در اصل ۱۷۱ قابلیت جبران زیان معنوی مورد تأکید قرار گرفت؛ با وجود اصل مذکور و نیز ماده ۵۸ قانون مجازات اسلامی، در خصوص قابلیت جبران ضرر معنوی به پول تردید وجود داشت؛ هرچند برخی نظرات مشورتی اداره حقوقی قضائیه^{۱۱۵} و آراء رویه قضایی متضمن لزوم جبران زیان معنوی به پول بود^{۱۱۶} اما گرایش به قابل جبران ندانستن زیان معنوی به پول ابتداء در اظهار نظر شورای نگهبان در خصوص ماده ۳۰ قانون مطبوعات نمود یافت که قابلیت جبران به پول را نفی نمود.^{۱۱۷} در قانون اصلاح قانون چک هم بدون ورود در نزاع عبارت زیان معنوی مذکور در قانون سابق به کلیه خسارات وارده تغییر یافت^{۱۱۸}؛ در این زمینه اکنون نظرات مختلفی مطرح است؛ برخی زیان معنوی را بایسته جبران دانسته‌اند اما نه به پول^{۱۱۹} این نظریه کامل نیست؛ زیرا برخی زیان‌های معنوی مانند زیان ناشی از درد و رنج و زیان محرومیت از لذات حیات را نمی‌توان با عذرخواهی و انتشار در جرائد جبران نمود؛

۱۱۵. نظریه شماره ۷/۵۹۴۷ مورخ ۱۳۶۵/۱۰/۳۰ رجوع کنید به: ژوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی، (مترجم و محقق مجید ادیب) پاورقی ۲، ص ۱۸۸.

۱۱۶. به موجب دادنامه شماره ۲۲۷ مورخ ۱۳۷۷/۴/۱۸ شعبه سوم دادگاه تجدید نظر استان تهران محکوم‌له پرونده کیفری جرم افتراء مستحق ضرر و زیان معنوی ناشی از ملکوک شدن حیثیت شغلی خود دانسته و حکم به جبران مالی این نوع از زیان معنوی داده شده است روزنامه سلام شماره ۲۰۹۵ مورخ ۱۳۷۷/۵ به نقل از علی مکرم، بانک اطلاعات قوانین کشور و نیز دادنامه شماره ۲۲۸ مورخ ۱۳۷۴/۴/۲۱ دادگاه حقوقی یک سراب محکوم‌علیه پرونده کیفری عمل نامشروع را به پرداخت مبلغی بابت زیان مادی و معنوی وارده به خواهان محکوم نموده است. صبری، نور محمد، گزیده آراء دادگاه‌های کیفری، ص ۱۱۹.

۱۱۷. مهر پور، حسین، مجموعه نظرات شورای نگهبان، ج دوم، ص ۳۴۱.

۱۱۸. ماده ۱۴ قانون اصلاحی قانون صدور چک مصوب ۱۳۷۲ دمرچیلی، محمد و دیگران، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، ص ۵۷۹.

۱۱۹. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، ص ۶۸.

برخی نیز قابلیت جبران زیان معنوی را مسلم دانسته و این قابلیت جبران به پول را در برخی انواع زیان معنوی مانند دیه و ارش در از بین رفتن حس بویایی و لذات به تصریح قانون و برخی را نیز با استدلال و استناد به پاره‌ای احادیث مسلم دانسته‌اند.^{۱۲۰} این نظریه هرچند در شناخت مسأله و نتیجه‌گیری آن موفق است اما این انتقاد به آن وارد است که به حقوق موضوعه و تحولات آن توجه کافی نداشته است؛ ممکن است اینگونه اظهار نظر شود که با توجه به حذف بند دو ماده نه قانون سابق آیین دادرسی کیفری در تقنین جدید و در مقام بیان بودن قانونگذار زیان معنوی در حقوق فعلی ایران قابل جبران نیست؛ اما این استدلال صحیح نیست؛ زیرا اولاً: از نظر مبانی فقهی حتی در فقه حرمت اضرار معنوی بلا تردید و با فرض مثبت حکم بودن قاعده لا ضرر جبران زیان معنوی نیز بلا تردید است؛ ثانیاً: اصل قابل جبران بودن زیان معنوی در قانون اساسی و قوانین عادی متعدد پیش‌بینی شده است؛ ثالثاً: حذف بند زیان معنوی در قانون جدید به مفهوم حکم قابل جبران نبودن نیست؛ زیرا حذف فی نفسه ساکت بوده و مفید حکم نیست هرچند مفید حکم به ضمان هم نمی‌باشد؛ به هر حال تفویض فرصت کسب نفع (و حتی تفویض فرصت اجتناب از ضرر) زیان معنوی از نوع تألم و تأثر روحی است و به نظر می‌رسد قابل جبران بودن زیان معنوی از این نوع به پول در حقوق موضوعه فعلی ایران در بوته تردید بوده و مرجح عدم آن است؛ هرچند به نظر ما طبق اصل ۱۷۱ قانون اساسی مقرر نمودن جبران پولی برای زیان معنوی از نوع تأثر و تألم روحی نه تنها مخالف اصل مذکور نیست بلکه دقیقاً موافق آن است.^{۱۲۱}

۱۲۰. قاسم زاده، سید مرتضی، مسئولیت مدنی، میزان چاپ اول ۱۳۸۶، ص ۸۷.

۱۲۱. زیرا در اصل مذکور اعاده حیثیت علاوه بر پرداخت خسارت پیش‌بینی شده است و این نشان می‌دهد که جبران زیان معنوی حتی زیان معنوی از نوع هتک حیثیت به پول لازم است و الا دلیلی نداشت در اصل مذکور اعاده حیثیت علاوه بر جبران زیان پیش‌بینی شده باشد.

بند دوم: وضع حقوقی ضمان تفویض فرصت اجتناب از ضرر در حقوق ایران

در این مورد نیز اگر منظور از فرصت تفویض شده خود شانس باشد همان مطالب راجع به بند قبل در خصوص مصداقیت تفویض خود فرصت به عنوان زیان مادی یا معنوی قابل اعمال است؛ اما اگر منظور از زیان ضرر نهایی باشد در این خصوص هم با توجه به اینکه در حقوق ایران هم، مانند فقه، درباره سبب و معیار صدق و تشخیص آن تعریفی وجود ندارد و بنابراین باز هم مسأله منوط به صدق عرفی انتساب است و اگر عرفاً تفویض فرصت اجتناب از ضرر مصداق سبب بوده باشد تفویض کننده فرصت حسب مورد مسئول زیان نهایی خواهد بود و در غیر این صورت نسبت به زیان نهایی مسئولیتی نخواهد داشت، زیرا فرض عدم صدق عرفی انتساب است. در صورتی که تفویض فرصت عرفاً به عنوان جزء مجموعه سببی تلقی شود مسأله مهم تعیین سبب مسئول است؛ با توجه به قواعد پیش گفته اگر عوامل متعدد و از جمله تفویض فرصت مصداق مباشرت باشند توزیع زیان بر همه عوامل منطبق با قاعده است و در صورتی که همه عوامل مصداق تسبیب باشند در این صورت وضعیت حقوقی تا حدی مبهم است؛ زیرا برخی مقررات همانند ماده ۳۳۵ قانون مدنی و مواد ۳۳۴ و ۳۳۵ قانون مجازات اسلامی مشعر بر توزیع مسئولیت بر اسباب (تساوی اسباب) است؛ ولی ماده ۳۶۴ قانون مجازات اسلامی متضمن مسئول دانستن سبب مقدم در تأثیر است؛ و در نتیجه چون تفویض فرصت همواره در صورت صدق عرفی سبب هم جزء اخیر و مؤخر در تأثیر تلقی می شود بنابراین مسئولیتی متوجه تفویض فرصت نخواهد بود.

نتیجه‌گیری

تفویض فرصت (شانس) در موردی مصداق دارد که خواهان شانس برای به‌دست آوردن نفع یا اجتناب از زیان داشته است و با مداخله خواننده امکان مذکور از دست رفته یا کاهش یافته باشد؛ تردید در مسئول بودن خواننده به آن سبب است که در تفویض فرصت کسب نفع و اجتناب از ضرر به ترتیب حصول نفع یا اجتناب از زیان حتی اگر مداخله خواننده نمی‌بود مسلم نبود. در هر کدام یکی از عناصر مسئولیت مدنی مورد تردید است؛ در تفویض فرصت کسب نفع رابطه سببیت مسلم اما نفع مسلم بودن آنچه از بین رفته محل تردید و در فرصت اجتناب از ضرر هر چند ضرر مسلم اما عاملیت خواننده مورد تردید است؛ تفویض فرصت کسب نفع با هر یک از نهادهای عدم‌النفع و از دست دادن موقعیت عملی شباهت‌ها و تفاوت‌های دارد؛ تفویض فرصت اجتناب از زیان نیز با هر یک از نهادهای ایجاد خطر، ضرر محتمل و ضرر آینده شباهت‌ها و تفاوت‌های دارد؛ در حقوق غرب به مبانی متعددی حقوقی و غیر حقوقی استناد جسته‌اند؛ مبانی حقوقی از قبیل زیان معنوی بودن تفویض فرصت، ارزش داشتن خود فرصت، نقض وظیفه نجات و تشبیه به زیان آینده و نیز مبانی غیر حقوقی از قبیل نظریه توزیع مسئولیت بر حسب درجه احتمال، مشکل بودن اثبات سببیت در حوزه‌های خاص، ناعادلانه بودن اصرار بر معیار سنتی، حدسی بودن معیار احتمال غالب، بازدارندگی بهتر جبران تفویض فرصت، تلقی به عنوان یک خطاء و منبع مستقل مسئولیت، مداخله در استقلال تصمیم‌گیری زیان‌دیده، نقض حق اساسی، تفکیک بین سببیت و محاسبه زیان، ممنوع بودن سود بردن از خطاء؛ در حقوق ایران هم می‌توان برای ضمان تفویض فرصت کسب نفع به قاعده اتلاف و مسئولیت‌آور بودن اضرار به دیگری (لا ضرر) و نیز برخی فروع فتاوی فقهای و برای ضمان تفویض فرصت اجتناب از ضرر به مصداقیت مداخله خواننده به عنوان سبب یا جزء مجموعه سببی استناد جست؛ گذشته از مبانی نظری در حقوق موضوعه هم مسأله قابل بحث است. در حقوق غرب

نظام‌های حقوقی از پذیرش وسیع تا نفی کلی متفاوت هستند اما در حقوق ایران هرچند برخی مواد متفرقه مانند ماده ۵۳۵ قانون مدنی و ماده شش قانون مسئولیت مدنی در محدوده‌های خود در این باب قابل استناد است اما نص صریحی به عنوان قاعده عام وجود ندارد؛ بنابراین اگر خود تفویض فرصت کسب نفع یا اجتناب از ضرر مصداق زیان مادی باشد به اقتضای قواعد عام موجب مسئولیت مدنی است و همچنین اگر مصداق زیان معنوی باشد و زیان مذکور به پول قابل جبران دانسته شود باز هم موجب مسئولیت مدنی خواهد بود والا دلیلی بر مسئول بودن تفویض‌کننده فرصت از نظر مدنی نخواهد بود؛ اما نسبت به نفع نهایی به نظر نمی‌رسد مسئولیتی متوجه تفویض‌کننده فرصت باشد؛ در خصوص زیان نهایی هم فقط در صورتی مسئولیت خواهد داشت که مصداق انتساب عرفی زیان جزئاً یا کلاً بوده باشد.

فهرست منابع

الف) فارسی

۱. اصغری آقا مشهدی، فخرالدین، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، نامه مفید شماره ۲۹، بهار ۱۳۸۱، صص ۷۷ تا ۹۴.
۲. امامی، سید حسن، حقوق مدنی، ج ۱، کتاب فروشی اسلامیة، چاپ سوم، تهران ۱۳۶۴.
۳. بادینی، حسن، هدف مسئولیت مدنی، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۶۶، زمستان ۱۳۸۳، صص ۵۵ تا ۱۱۳.
۴. باریکلو، علیرضا، مسئولیت مدنی، میزان، چاپ اول ۱۳۸۵.
۵. بازگیر، یدالله، آراء دیوان عالی کشور در امور حقوقی، نشر بازگیر، ۱۳۸۳.
۶. جوردن، پاتریس، اصول مسئولیت مدنی (ترجمه و تحقیق مجید ادیب) میزان، چاپ دوم ۱۳۸۵.
۷. حیدریان، علی رضا، حقوق مدنی، قلمرو مسئولیت مدنی، نشر دبستان، چاپ اول ۱۳۷۹.
۸. خوانساری، محمد، منطق صوری، انتشارات آگاه، تهران، چاپ سوم ۱۳۵۹.
۹. داوید، رنه، نظام‌های بزرگ حقوقی معاصر، مترجمان صفائی، حسین و دیگران، مرکز نشر دانشگاهی، چاپ دوم ۱۳۶۹.
۱۰. مرچیلی، محسن و دیگران، قانون تجارت در نظم حقوقی کنونی، انتشارات خلیج فارس، چاپ اول ۱۳۸۰.
۱۱. دیوان عالی کشور، مذاکرات و آراء هیأت عمومی دیوان عالی کشور، چاپ دوم، تهران ۱۳۸۳.

۱۲. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی، جلد سوم (آثار قراردادها و تعهدات)، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ اول، تهران ۱۳۸۲.
۱۳. شهیدی، مهدی، حقوق مدنی شش، عقود معین، مجمع علمی و فرهنگی مجد، چاپ چهارم ۱۳۸۴.
۱۴. صبری، نور محمد، گزیده آراء دادگاه‌های کیفری، انتشارات فردوسی، ۱۳۸۱.
۱۵. قاسم زاده، سید مرتضی، مسئولیت مدنی، میزان، چاپ اول ۱۳۸۶.
۱۶. کاتوزیان، ناصر، الزام‌های خارج از قرارداد، دانشگاه تهران، چاپ پنجم ۱۳۸۵.
۱۷. کاتوزیان، ناصر، توجیه و نقد رویه قضائی، نشر دادگستر، چاپ اول، تهران ۱۳۷۷.
۱۸. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، مشارکت‌ها، صلح، گنج دانش، چاپ دوم ۱۳۶۸.
۱۹. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی، معاملات معوض عقود تملیکی، بهنشر، چاپ سوم ۱۳۶۳.
۲۰. کاظمی، محمود، نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی، نشریه دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشکده حقوق دانشگاه تهران، شماره ۵۳، پائیز ۱۳۸۰، ص ۱۸۵ تا ۲۲۸.
۲۱. گیلانی، ابوالقاسم (معروف به میرزای قمی) جامع الشتات فی اجوبه المسائل، مؤسسه کیهان، چاپ اول، تهران، ۱۴۱۳ ه.ق.
۲۲. مکرم، علی، نرم‌افزار بانک اطلاعات قوانین کشور ثبت کتابخانه ملی به شماره ۱۶۷۴ مورخ ۱۳۸۰/۵/۲۹ نسخه ۱۰/۱ بهار ۱۳۸۶.
۲۳. مؤسسه بین‌المللی یکنواخت کردن حقوق خصوصی (یوندوقوا)، مترجمان، اخلاقی بهروز و امام فرهاد، اصول قراردادهای تجاری بین‌المللی، مؤسسه مطالعات و پژوهش‌های حقوق، شهر دانش، تهران، چاپ اول، ۱۳۷۹.

۲۴. مهرپور، حسین، مجموعه نظارت شورای نگهبان، انتشارات کیهان، چاپ اول تهران ۱۳۷۱.

۲۵. نوری، محمد علی (مترجم)، عقود و تعهدات... از قانون مدنی فرانسه (ترجمه بخشی از قانون مدنی فرانسه) گنج دانش تهران، چاپ اول ۱۳۸۰.

ب) عربی*

۲۶. قرآن مجید.

۲۷. آملی، میرزا هاشم، مجمع الافکار ومطرح الانظار، المطبعة العلمیه، چاپ اول ۱۳۹۵ ه.ق.

۲۸. خمینی، سید روح الله موسوی، تحریر الوسیله، مؤسسه دارالعلم، چاپ اول، قم ایران.

۲۹. خمینی، سید روح الله موسوی، کتاب البیع، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی بدون تاریخ و محل نشر.

۳۰. خمینی، سید روح الله موسوی، وسیله النجاة مع حواشی امام خمینی، مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی، ۱۳۸۰ قم بدون نوبت چاپ.

۳۱. خوئی، سید ابوالقاسم موسوی، مبانی العروة، (تقریر سید محمد تقی توحیدی) بدون تاریخ ناشر محل.

۳۲. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، مبانی تکملة المنهاج (تقریر سید محمد تقی خوئی) بدون ناشر و محل نشر.

* مشخصات برخی منابع مذکور در این فهرست بر اساس مشخصات موجود در نرم افزار نور (جامع فقه اهل البيت ع) از انتشارات مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی درج شده است.

۳۳. خویی، سید ابوالقاسم موسوی، منهاج الصالحین مدینه العلم، چاپ ۲۸، ۱۴۱۰ ه.ق، قم.
۳۴. ذنون، حسن علی، النظرية العامة للالتزام مطبعة معارف، بغداد ۱۹۴۹ بدون نوبت چاپ.
۳۵. سلطان، انور، النظرية العامة للالتزام، ج ۱، مصادر الالتزام دارالمعارف، چاپ دوم ۱۹۵۸ میلادی.
۳۶. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، دار احیاء التراث العربی، بیروت لبنان بدون نوبت و تاریخ چاپ.
۳۷. سنهوری، عبدالرزاق احمد، الموجز لنظرية الالتزام، دار احیاء التراث العربی، بیروت لبنان بدون تاریخ و نوبت چاپ.
۳۸. سیستانی، سید علی، قاعدة لا ضرر ولا ضرار، بدون ناشر، تاریخ و محل نشر.
۳۹. صدر، محمد باقر، بحوث في علم الاصول، مؤسسه دایرةالمعارف فقه اسلامی، ۱۴۱۷ قم بدون نوبت چاپ.
۴۰. طبرسی، امین الاسلام فضل بن حسن، المؤتلف من المختلف بین ائمه السلف، مجمع البحوث الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۰ ه.ق مشهد.
۴۱. طوسی، شیخ ابو جعفر محمد بن حسن، الخلاف، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم، چاپ اول ۱۴۰۷ ه.ق قم.
۴۲. عاملی، محمد بن مکی معروف به شهید اول، لمعة الدمشقية في فقه الامامية (به تصحيح محمد تقی وعلى اصغر مرواريد)، دار التراث و دار الاسلامیه، چاپ اول ۱۴۱۰ بیروت.
۴۳. عاملی، زین الدین بن علی معروف به شهید ثانی، الروضة البهية في شرح المعة الدمشقية، کتاب فروشی داوری، چاپ اول ۱۴۱۰ قم.

۴۴. کزازی، آقا ضیاء‌الدین علی بن محمد کبیر معروف به آغا ضیاء‌عراقی، قاعده لاضرر، دفتر تبلیغات حوزه علمیه قم ۱۴۱۸ ه.ق، چاپ اول قم.
۴۵. کلینی، ابو جعفر محمد بن یعقوب، الکافی، دار الکتب الاسلامیه، چاپ چهارم ۱۴۰۷ ه.ق تهران.
۴۶. کیدری، قطب الدین محمد، اصباح الشیعه بمصباح الشریعه (به تصحیح مدیر شانه‌چی و دیگران)، مؤسسه امام الصادق ع ۱۴۱۶ قم.
۴۷. مدنی کاشانی، حاج آقا رضا، کتاب الدیات، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم چاپ اول ۱۴۰۸ ه.ق.
۴۸. مراغی، سید میرفتاح، عناوین الفقهی ۱۴۱۷ جامعه مدرسین قم ایران.
۴۹. مظفر، محمد رضا، اصول الفقه، ج ۳ و ۴ (در یک مجلد) دارالنعمان نجف عراق، چاپ دوم ۱۳۸۶ ه.ق.
۵۰. معلوف، لوئیس، المنجد، انتشارات اسماعیلیان، چاپ اول تهران ۱۳۶۲.
۵۱. مکارم شیرازی، ناصر، القواعد الفقهی، مدرسه امام امیرالمؤمنین ۱۴۱۱ ه.ق، قم ایران.
۵۲. موحدی، محمد معروف به فاضل لنکرانی، تفضیل الشریعه فی شرح تحریر الوسيله (الدیات)، مرکز فقهی ائمه اطهار، چاپ اول ۱۳۱۸ قمری.
۵۳. موحدی، محمد معروف به فاضل لنکرانی، القواعد الفقهی، بدون ناشر محل و تاریخ نشر ونوبت چاپ.
۵۴. موسوی بجنوردی، حسن بن آقا بزرگ معروف به میرزا حسن بجنوردی، القواعد الفقهی، نشر الهادی ۱۴۱۹ ه.ق، چاپ اول قم ایران.
۵۵. نجفی، محمد حسن، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، دار احیاء التراث العربی، چاپ هفتم بیروت لبنان بدون تاریخ ونوبت چاپ.

۵۶. نجفی ایروانی، علی، حاشیه المکاسب، کتابخانه رشدیه، تهران چاپ دوم ۱۳۷۹ ه.ق.
۵۷. نراقی، مولی محمد بن احمد، مشارق الاحکام، (به تصحیح ابراهیم بهادر مراغی)، کنگره نراقیین ملا محمد و ملا احمد، چاپ دوم ۱۴۲۲ ه.ق. قم.
۵۸. یزدی، سید محمد کاظم و دیگران، عروه الوثقی، مؤسسه الاعلی للمطبوعات ۱۴۰۹ ه.ق، چاپ دوم بیروت

پ) لاتین

59. Black, Henry Campell; Black, S Law Dictionary; 6th Edition. Westpublishing 1990 London England.
60. Cooke L. John; Law Of Tort, Longman ;5 Th. ??
61. Fairgrieve' Duncan; State Liability In Tort; Acomparative Law Study ; Oxford University Press ??
62. Fischer ,David A.; Tort Recovery For Loss Of Chance; Forest Law Rewiew; Vol36 (2002) Pp605-655
63. Frasca 'Ralph R.; Loss Of Chance Rules And Valuation Of Loss Of Chance Damages ; Www.Homepage.Udayton.Edu\
64. Guttel Ehud And Harvel Alon ;Probability Matching And The Law Of Behavioral Chanllenge To Law And Economics ;August2004 Www.Ratio.Huji.Ac.II
65. Heever Pat Van Den; The Application Of The Doctrine Of A Loss Of A Chance To Recover In Medical Law; Pretoria University Law Press, 2007
66. Levmore 'Sal; Fundations Of Tort Law; Oxford University Press 1994.

67. Weil ,Alex Et Terre ,Francois; Droit Civil Les Obligation 2th Edition Dalloz 1975.
68. Markesinis ,Basil And Deakin,Simon ; Law Of Tort ; Oxford And Cambridge 1998.
69. Mc Gregor, Harvey, Q.C., D.C.L., S.J.D, Mc Gregor On Damages, Sweet & Maxwell, 17th, 2003.
- Mcmullen V. Ohio State University Hospitals; www.Homepage.Udayton.Edu.
70. Perry R. Estephen; Risk Damage And Responsibility ; Published In Owen David G. Philosophical Foundations Of Tort Law, Clarendon Press. Oxford, 1995.
71. State Of Wyoming ;House Bill Hbo115.
72. Stauch Marc; Causation, Risk, And Loss Of Chance In Medical Negligence; Oxford Journal Of Legal Studied, Vol 17, No 2 Summer 1997 Pp205-25.
73. Van Boom,Willem H. And Koziol,Helmut And Witting Christian A.; Tort And Insurance Law; Vol 9 Pure Economic Loss ; Springer Wien New York .
74. Von Bar'christian And Drobing 'Ulrich; The Interaction Of Contract Law And Tort And Propertylaw In Europe ;A Comparative Study ; European Law Publishers.
75. Weigand Tory A; Loss Of Chance In Medical Malpractice: The Need For Caution, Massachusetts Law Review, Vol87n1 2007.
76. Witting Chritian, Liability For Negligent Misstatements, Oxford University Press, 2004.
77. Zuchowics V. United State Court Of Appeals www.Home.Uchicago.Edu.