

تفویت فرصت بهبودی بیمار و ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته در پرتو مطالعه تطبیقی

حمیدرضا صالحی^۱
محمود عباسی

چکیده

با مذاقه در ماهیت و مبنای مسؤولیت مدنی حرف پزشکی درمی یابیم که اگرچه فقها به صراحت نظریه از دست دادن فرصت بهبودی یا شفای بیمار را مطرح و بررسی نکرده اند، ولی از فحوای عبارات آن‌ها در خصوص مفهوم ضرر و معیار عرفی که برای سنجش امر ضرری پیش بینی کرده اند، این امر به وضوح هویداست و با عنایت به این که در حال حاضر، عرف جامعه این قبیل فرصت‌ها را ارزشمند می‌داند و در نتیجه از دست دادن آن‌را نوعی ضرر تلقی می‌کند، بنابراین از منظر فقه اسلامی در این قبیل موارد، حرف پزشکی که سبب تفویت فرصت بهبودی بیماران خود شوند، از این حیث مسؤولیت خواهند داشت و این مسؤولیت ماهیتاً منصرف از مسؤولیت ناشی از مرگ یا معلولیت یا تشدید بیماری و امثال آن می‌باشد. در حقوق کشورهای اسلامی، نظام حقوقی کامن‌لا و خصوصاً در نظام حقوقی فرانسه، این نظریه را در حقوق پزشکی به نحوی گسترده قابل اعمال می‌دانند و بر مبنای آن آرای متعددی صادر شده است؛ به طوری که یکی از مباحث بحث برانگیز مسؤولیت مدنی در زمینه رابطه سببیت و مسلم بودن ضرر در این قبیل موارد بوده است. در حقوق موضوعه ایران به نظر می‌رسد این نظریه در مسؤولیت مدنی حرف پزشکی، صرف نظر از این که آن‌را فرصت از دست رفته یا ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته بدانیم، قابلیت اجرا دارد و با اصول کلی حقوقی و احکام مذهبی نیز مغایرتی ندارد.

واژگان کلیدی

مسؤولیت مدنی؛ تفویت فرصت بهبودی بیمار؛ جبران خسارت؛ صاحبان حرف پزشکی و وابسته؛ بیمار

۱. عضو باشگاه پژوهشگران جوان واحد کاشان (نویسنده‌ی مسؤل)

تفویت فرصت بهبودی بیمار و ایجاد خطر ناروا و تحقق یافته در پرتو مطالعه تطبیقی

آمد طبیب بر سر بیمار خویش لیک فرصت گذشته بود و مداوا ثمر نداشت^۱

در نظام حقوقی برخی از کشورها از دست دادن فرصت حصول به منفعت یا اجتناب از ضرر را قطع نظر از درجه احتمال ورود خسارت، ضرر شناخته‌اند و از دست دادن چنین فرصت‌هایی را فی‌نفسه نوعی ضرر تلقی کرده‌اند، البته میزان ضرر را تابع درجه احتمال ورود آن می‌دانند. (کاتوزیان، ۱۳۸۷ش، ج ۱، ص ۲۸۱) به عبارت دیگر، فرصت حصول منفعت یا دفع ضرر به منزله حق یا مالی است که تلف آن باعث مسؤولیت می‌شود و ارزش این حق، وابسته به درجه احتمال یا اصابت امکان به هدف آن است و حسب مورد متغیر خواهد بود. مثلاً جراحی که در موعد مقتضی دستور جراحی لازم را صادر نمی‌کند و یا طبیبی که با تفسیر اشتباه خود از تصاویر پرتو نگاری بیمار، او را سالم معرفی می‌کند یا بیماری او را به موقع تشخیص نمی‌دهد و به سبب این تأخیر، وخامت بیماری تشدید شود و به سایر اعضای او نیز سرایت کند و در نهایت بیمار را از درمان به موقع، ارزان‌تر، آسان‌تر و با موفقیت بیشتر و صعوبت کم‌تر محروم کند، با اجتماع شرایطی که در متن مقاله به تفصیل درباره آن سخن خواهیم گفت، مسؤولیت مدنی خواهد داشت. در این مقاله موضوع مورد بحث در سه بخش مورد بررسی قرار گرفته است. گفتار اول به مفهوم تفویت فرصت بهبودی بیمار و توجیه قابل جبران بودن آن پرداخته و بخش دوم به تردید در قابل جبران بودن خسارات ناشی از «فرصت از دست رفته» و توجیه آن از لحاظ رابطه سببیت و قطعی بودن و ارزشمند بودن فرصت‌های از دست رفته بیمار یا اقربای او اختصاص داده شده و در نهایت در

بخش سوم به مطالعه تطبیقی نظریه تفویت فرصت بهبودی بیمار در فقه اسلامی و حقوق موضوعه ایران، فرانسه و برخی کشورهای اسلامی و کامن‌لا پرداخته شده است.

بخش اول: مفهوم تفویت فرصت بهبودی بیمار و توجیه قابل جبران بودن آن

۱. مفهوم تفویت فرصت بهبودی بیمار

در ابتدا لازم است مفهوم از دست دادن فرصت و تفاوت آن با مفاهیم مشابه نظیر عدم‌النفع و مفهوم ایجاد خطر بررسی شود و به منشأ تردیدی که در قابل جبران دانستن این نوع خسارات وجود دارد و راه‌حلهایی که در این خصوص پیش‌بینی شده پردازیم.

گاهی شخص در موقعیتی قرار دارد که امکان تحصیل منفعتی در آینده و یا فرصت جلوگیری از وقوع خسارتی را دارد و یا حداقل می‌تواند از گسترش آن ممانعت به عمل آورد، مثلاً بیمار هنوز فرصت برای درمان و اقدامات لازم را دارد ولی اگر به دلیل تقصیر صاحبان حرف پزشکی این فرصت از بین برود، مسأله از دست دادن فرصت، مطرح خواهد شد؛ مانند این‌که: بیماری به پزشک مراجعه نماید، اما پزشک به‌علت قصور یا اشتباه، بیماری یا نوع آن را صحیح و یا به‌موقع تشخیص ندهد، با این‌وجود بعداً معلوم شود که تشخیص، اشتباه بوده است و اگر قصور پزشک و... نبود، بایستی بیماری یا نوع آن صحیحاً تشخیص داده می‌شد و علی‌الاصول بیمار تحت فرآیند درمان صحیح قرار می‌گرفت و احتمال درمان بیماری وجود داشت، در حالی که اکنون این احتمال منتفی شده است. (توت، ۱۹۹۷م، ص ۳۱۴) در این قبیل موارد آنچه به‌عنوان زیان و خسارت، موردنظر است و در قابلیت جبران آن بحث است، نفس همین فرصت از دست رفته است، نه آن ضرر نهایی مثل فوت یا معلولیت بیمار و یا نفع نهایی که احتمال تحصیل آن

وجود داشته ولی با تقصیر یا اشتباه پزشک و... در واقع غیرقابل تحصیل شده است. بنابراین فرصت از دست رفته را نباید با از بین رفتن نفع مورد انتظار که از آن تعبیر به «عدم النفع»^۲ می‌کنند، اشتباه کرد و یا آنرا با ضرر نهایی که در اثر از دست رفتن فرصت اجتناب از آن واقع می‌شود، یکی دانست. (ژوردن، ۱۹۹۲م.، ص ۱۰۹) البته نمی‌توان به‌طور قطع گفت که اگر بیمار تحت درمان قرار می‌گرفت، حتماً معالجه می‌شد و بهبود می‌یافت، بلکه فقط احتمال آن وجود داشته است؛ زیرا حیات و ممات از امور الهی است که ما جزماً نمی‌توانیم، وقت دقیق آنرا تعیین نماییم (الحسینی، ۱۹۸۷م.، ص ۱۶۱)؛ لکن مسلم است که چنین فرصتی از دست رفته است و تقصیر صاحبان حرف پزشکی هم سبب از بین رفتن آن بوده است، لذا نویسندگان حقوقی از دست دادن فرصت را به دو قسم، تقسیم می‌کنند:

الف: فرصت تحصیل منفعت

در عین شباهت با عدم‌النفع، با آن تفاوت اساسی دارد که پرداختن بدان از حوصله این بحث خارج است.^۳

ب: فرصت اجتناب از ضرر^۴

در این قبیل موارد، بیمار فرصت دارد تا از وقوع ضرر جلوگیری نماید، ولی تقصیر صاحبان حرف پزشکی باعث از بین رفتن این فرصت می‌شود. مثلاً در اثر تقصیر پزشک، بیمار فرصت معالجه و شانس بهبودی را از دست می‌دهد. (شاباس، ۱۹۹۱م.، ص ۱۳۱)

تفاوت بین فروض یاد شده تا حدودی به تفاوت بین عدم‌النفع و ضرر بر می‌گردد و علی‌رغم برخی تشابهات بین این دو مفهوم، در احکام آنها تفاوت‌هایی وجود دارد، مثلاً در قابل جبران بودن خسارت ناشی از عدم‌النفع تاحدی اختلاف نظر وجود دارد و در فقه اسلامی، علی‌الظاهر قول مشهور قائل به این است که عدم‌النفع ضرر نیست، لذا قابل جبران نیست. (صالحی، ۱۳۹۰ ش.، ص ۱۲۹) حتی

در حقوق فرانسه هم که در قابل جبران بودن فرصت از دست رفته تقریباً اجماع وجود دارد و رویه قضایی نیز آن را پذیرفته است. (شعبه یک مدنی، ۱۶ مارس ۱۹۶۵ م. و ۱۰ ژانویه ۱۹۹۰ م.)

مع‌هذا، جبران خسارت در فرض فرصت اجتناب از ضرر، بسیار سهل‌تر است و اختلاف نظر کم‌تری در این خصوص بین حقوق‌دانان این کشور وجود دارد و حتی برخی از حقوق‌دانان، نظریه از دست دادن فرصت را در فرضی که بیمار فرصت معالجه و حیات را از دست می‌دهد، به‌طور قطع قابل اعمال دانسته‌اند. (وینی و ژوردن، ۱۹۷۴ م، ص ۷۷) بنابراین با مسامحه می‌توان گفت که فرض از دست دادن فرصت با عدم‌النفع، تشابه دارد و فرض فرصت اجتناب از ضرر با مفهوم ایجاد خطر شبیه است.^۵

تفاوت بین از دست دادن فرصت و ایجاد خطر این است که در ایجاد خطر بعد از پذیرش و اعمال آن، تمام زیان وارده بر بیمار و یا بعضاً اقبای او جبران می‌شود؛ زیرا معلوم می‌شود که سبب زیان، تقصیر گروه درمان بوده است؛ اما در نتیجه اعمال نظریه از دست دادن فرصت، تمام زیان وارده بر بیمار جبران نمی‌شود و ارتباطی با زیان نهایی ندارد و حتی می‌توان گفت جزئی از زیان نهایی هم محسوب نمی‌شود، زیرا آن‌چه جبران می‌شود، زیان ناشی از فرصت از دست رفته است که مستقل از زیان نهایی است و طبیعتاً کم‌تر از زیان نهایی است، ولی نمی‌توان گفت جزئی از آن است. (وینی؛ ژوردن، ۱۹۷۴ م، ص ۸۵)

لذا یادآوری تذکر این مهم ضروری به‌نظر می‌رسد که در ارزیابی میزان این خسارت، به زیان نهایی هم توجه می‌شود؛ مثلاً زمانی که در اثر تقصیر پزشک، بیمار فرصت معالجه و درمان را از دست دهد و در نهایت فوت کند، اگر پزشک را از باب اعمال نظریه از دست دادن فرصت مسؤول بدانیم، بدین معنی که تقصیر او تنها فرصت معالجه را از مریض گرفته است، وی ملزم به جبران تمام خسارت

وارده بر مریض یعنی فوت نیست و خسارتی هم که به بیمار پرداخت می‌شود با خسارتی که بابت مرگ پرداخت می‌شود (زیان نهایی)، ماهیتاً متفاوت است و جزیی از آن نیست و در واقع این خسارت، فقط برای فرصت از دست رفته است، بنابراین در ارزیابی آن، زیان نهایی هم مدنظر قرار می‌گیرد و با عنایت به آن ارزیابی خسارت صورت می‌گیرد. (کاظمی، ۱۳۸۰ ش. صص ۱۹۷-۱۹۶)

اگر تقصیر، اطلاع ندادن یا هشدار ندادن باشد، بعضاً محاکم فرانسه از دست‌دادن فرصت تصمیم‌گیری مناسب در این زمینه را که می‌توانسته مانع ورود زیان شود را قابل جبران دانسته‌اند، مانند مواردی که جراح نسبت به خطرات ناشی از جراحی به بیمار، اطلاع کافی نداده باشد و حتی در برخی موارد به استناد ماده ۱۳۱۵ ق.م.ا این کشور، اثبات تعهد به آگاه‌سازی بیمار را هم به‌عهده حرف پزشکی گذاشته است. (شعبه یک مدنی، ۱۴ اکتبر ۱۹۹۷ و ۲۵ فوریه ۱۹۹۷)

۲. تفویض فرصت و جبران خسارت

اقتضای قواعد عام مسؤولیت مدنی این است که به‌صرف وقوع خطا از ناحیه صاحبان حرف پزشکی و ورود ضرر به بیمار، برای مسؤول دانستن صاحبان حرف پزشکی کافی نباشد، بلکه شایسته است که ضرر وارده به بیمار در نتیجه تقصیر و خطای صاحبان حرف پزشکی و وابسته به‌وجود آمده باشد و بین خطا و ضرر رابطه سببیت وجود داشته باشد. (ممتو، ۲۰۰۱ م. صص ۳۴۳-۳۴۴) در صورتی مسؤولیت پزشکان و جراحان و حرف وابسته محقق می‌شود که این رابطه موجود باشد، مگر در برخی موارد استثنائی که یا رابطه سببیت مفروض است و یا در اثبات آن سختگیری چندانی به‌عمل نمی‌آید. البته در بسیاری از موارد اگر بیمار یا اقربای او تقصیر و یا اشتباه صاحبان حرف پزشکی را اثبات و ضرر وارده به خویش را نیز اثبات نمایند، در این قبیل موارد، قانون، نوعی رابطه سببیت بین تقصیر و خطای

صاحبان حرف پزشکی و ضرر وارده به بیمار را مفروض می‌دانند. در این موارد بیمار از اثبات رابطه سببیت معاف می‌شود و صاحبان حرف پزشکی برای رهایی از ضمان، بایستی دلایلی مبنی بر نفی رابطه سببیت ارائه نمایند و یا اثبات ضرر را به سبب خارجی که قابل پیش‌بینی و پیشگیری نیست همانند قوه قاهره^۷ منتسب سازند.

رویه قضایی هم از این رابطه غافل نمانده است و بلکه جوهره مسئولیت و شاکله وجودی آنرا رکن مستقل و قائم به ذات رابطه سببیت می‌داند. علاقه سببیت، رابط و حد واصل بین دو رکن تقصیر و ضرر است، بر همین اساس نمی‌توان گفت که این رابطه رکنی از ارکان مسئولیت نیست و تنها وصفی از اوصاف دو رکن اساسی مسئولیت مدنی است. (الجمیلی، ۱۴۳۰ه.ق، ص ۳۹۷) گواه صحت این مدعا آن است که مدعی‌علیه (صاحبان حرف پزشکی و وابسته) برای رهایی از بار مسئولیت، علی‌الاصول از طریق نفی این رابطه اقدام می‌نمایند و یا وجود سبب خارجی^۸ غیرقابل پیش‌بینی و پیشگیری را اثبات می‌نمایند که در این حالت، به‌طور کلی تقصیر و علاقه سببیت در آن زمان، منتفی می‌شود و بالتبع، مسئولیت افراد نیز سالبه به انتفاء موضوع خواهد شد.

یکی از فلسفه‌های وجودی دعوای مسئولیت مدنی، جبران خسارت زیان‌دیده^۹ و اعاده وضع او در حد امکان به حالت اولیه قبل از وقوع ضرر است. (بادینی، ۱۳۸۴ ش، ص ۳۱۷ به بعد- بادینی، ۱۳۸۳ ش، ص ۱۰۳) برای پذیرش چنین دعوایی، خواهان باید اولاً وجود ضرر را به‌عنوان رکن اساسی مسئولیت اثبات نماید و در ثانی رابطه سببیت بین فعل زیان‌بار خوانده (صاحبان حرف پزشکی) و ضرر ایجاد شده را نیز ثابت نماید و در برخی موارد، تقصیر خوانده هم شرط احراز ایجاد مسئولیت است که آن نیز بایستی اثبات گردد. (توله، ص ۳۳۸ به نقل از: ممتو، ۲۰۰۱م، ص ۳۴۳)^{۱۰}

مواردی وجود دارد که تقصیر خوانده به نوعی در ایجاد ضرر مؤثر می‌باشد و

وقوع آنرا تسهیل می‌کند، با این وجود نمی‌توان گفت که تقصیر او سبب وقوع زیان بوده است و یا دست کم شرط لازم آن می‌باشد، زیرا نمی‌توان قطعاً ادعا نمود که هرگاه تقصیر وی نبود، ضرر هم واقع نمی‌شد. در حالی که معنای سببیت چنین اقتضایی دارد؛ بدین معنا که عدم آن موجب عدم وجود سبب می‌شود. (کاظمی، ۱۳۸۰ ش.، ص ۱۸۶) مثلاً اگر در اثر تقصیر پزشک و عدم تشخیص دقیق و به موقع نوع بیماری و امثال آن، بیمار فرصت معالجه و درمان و در نهایت امکان بهبودی و زنده ماندن را از دست بدهد، در این قبیل موارد نمی‌توان قطعاً تقصیر خواننده را سبب وقوع زیان نهایی دانست و اثبات نمود که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی‌شد و بیماری شخص را تشخیص می‌داد و بیمار تحت درمان قرار می‌گرفت، در اثر فرآیند درمان، سلامتی او باز می‌گشت و از مرگ یا معلولیت و... نجات می‌یافت، ولی آنچه مسلم است این است که در این قبیل موارد، تقصیر خواننده به نوعی در تحقق زیان نهایی دخالت داشته است، اگرچه سبب آن نبوده باشد. (الحسینی، ۱۹۸۷ م.، ص ۱۶۱)

آنچه باعث می‌شود که اظهارنظر در این رابطه با احتیاط صورت گیرد، این است که از یک طرف این نوع فرصت‌ها مربوط به آینده هستند و اثر آنها با مرور زمان مشخص می‌شود، بدین معنا که بایستی زمان بگذرد و فرد این فرصت را تجربه کند تا روشن گردد که آیا مقصود محقق می‌شود یا خیر؟ مثلاً بیمار باید تحت درمان قرار گیرد تا معلوم شود که آیا درمان‌پذیر هست یا خیر؟ فلذا پیش‌بینی از این جهت که به آینده مرتبط است، مشکل به نظر می‌رسد، مضافاً این که تکرار دوباره این قبیل فرصت‌ها هم علی‌القاعده میسر نیست و اصولاً با تقصیر صاحبان حرف پزشکی و از دست رفتن فرصت معالجه و فوت بیمار، این فرصت‌ها تقریباً الی‌الابد از بین می‌روند. (بُره، ۱۹۷۴، ش ۱۳) از طرف دیگر یک دسته عوامل خارجی هستند که در این رابطه نقش اساسی دارند و در تحقق یا عدم

تحقق این قبیل فرصت‌ها تأثیر به‌سزایی دارند، مثلاً نوع بیماری، شدت و حدت آن، و عکس‌العمل‌های فیزیولوژیکی بدن و حساسیت‌ها و... در امکان مؤثر واقع شدن معالجه اثر دارند. این عوامل، بدون تردید در تحقق زیان نهایی، در عرض تقصیر خواننده ایفای نقش می‌کنند و تعیین سبب و به تبع آن شناسایی مسؤول زیان را دشوار می‌نمایند. (بُره، ۱۹۷۴م، ش ۱۳؛ ممتو، ۱۹۸۶م، ص ۱۲۴)

آن‌چه مسلم است، این است که تقصیر ابتدایی گروه درمان باعث از بین رفتن فرصت شده است؛ هرچند نمی‌توان گفت که سبب وقوع زیان نهایی و یا عدم تحصیل منفعت شده است. بدون تردید، تقصیر صاحبان حرف پزشکی و وابسته، موجب از بین رفتن فرصت معالجه می‌شوند و اگر بپذیریم که نفس همین فرصت از دست رفته نوعی ضرر است، ارکان مسؤولیت کامل می‌شود و مسؤولیت آن‌ها احراز خواهد شد. (کاظمی، ۱۳۸۰ ش، ص ۱۸۹ به بعد) مع‌هذا در تعیین میزان خسارت قابل پرداخت، تحقق ضرر نهایی مؤثر است؛ زیرا اگرچه تقصیر صاحبان حرف پزشکی و وابسته، سبب واقعی ضرر نهایی (مثل فوت یا معلولیت و... بیمار) نبوده است، ولی بدون تردید، شرایط تحقق و امکان ورود این ضرر را فراهم کرده است. (بُره، ۱۹۷۴م، ش ۲)

در خصوص این که آیا از دست رفتن این قبیل فرصت‌ها قابل جبران می‌باشد یا خیر؟ بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد و در این خصوص دو راه‌حل کلی ارائه شده است که اختصاراً بدان می‌پردازیم:

۱. دیدگاه اول بیان می‌دارد که: با توجه به این که ضرر قابل جبران باید مسلم و قطعی باشد و رابطه سببیت هم باید وجود داشته باشد، در این قبیل موارد چون تحصیل نفع، محتمل است و فقدان آن عدم‌النفع محتمل،^{۱۱} بنابراین شرایط ایجاد مسؤولیت وجود ندارد و در فرصت اجتناب از ضرر اگر چه ضرر بعداً به وجود می‌آید، اما تحقق ضرر مسلم^{۱۲} و بالفعل است (مثلاً بیمار در نهایت فوت می‌کند یا

معلول می‌شود) مع‌هذا وجود رابطه سببیت بین تقصیر صاحبان حرف پزشکی و ضرر ایجاد شده، مسلم و قطعی نیست و در نهایت در این قبیل موارد نمی‌توان حکم به جبران خسارت صادر نمود. (صالحی، ۱۳۹۰ ش، صص ۱۳۲-۱۲۹)

۲. دیدگاه دوم بیان می‌دارد که: نفس فرصت از دست رفته نوعی ضرر است و باید جبران شود و در فرض فرصت اجتناب از ضرر، بین از دست رفتن فرصت معالجه و تقصیر صاحبان حرف پزشکی، قطعاً رابطه سببیت وجود دارد. در واقع بایستی بدون توجه به ضرر نهایی، ضرر را محدود به همان فرصت از دست رفته نماییم و نتیجتاً آن را قابل جبران بدانیم. (الحسینی، ۱۹۸۷ م، ص ۱۵۹). در ارزیابی این فرصت برای تعیین میزان خسارت، به جای این که بررسی شود که مثلاً ۳۰٪ یا ۴۰٪ عدم اطمینان نسبت به وقوع ضرر نهایی وجود دارد، تکیه بر این باشد که ۶۰٪ یا ۷۰٪ اطمینان نسبت به وقوع ضرر وجود دارد، پس به همان نسبت وقوع ضرر مسلم و قابل جبران است. (بُره، ۱۹۷۴ م، ش ۴)

اما مسلم است که این امر موضوع جدیدی است که قدمت چندانی ندارد، حتی در برخی از نظام‌های حقوقی خارجی مانند «لوئیزیانا» از طرح آن بیش از چند سال نمی‌گذرد و بالطبع در نظام حقوقی ما هم سابقه چندانی ندارد. فلذا بایستی ضمن یافتن مبنایی قویم در قواعد سنتی حقوق داخلی، آن را مزین به جلوه‌های جدید مسؤولیت نمود تا در عین پیوند با قواعد سنتی حقوق مدنی، ضروریات نوین زندگی اجتماعی را نیز مرتفع نماید که این امر سختی کار را دوچندان می‌نماید؛ زیرا در این رابطه باید اظهارنظر با حزم بیش‌تری صورت گیرد و برای حل این نقیصه، با بهره‌گیری از آموزه‌های حقوق تطبیقی عاری از تمایل و تعصب، خصوصاً حقوق فرانسه که علاوه بر سنخیت با حقوق داخلی، قدمت بیش‌تری نیز در این موضوع دارد، کمال استفاده به‌عمل آید، البته به تناسب موضوع، از حقوق کشورهای اسلامی و کامن‌لا نیز استفاده شود.

بخش دوم: تردید در قابل جبران بودن خسارات ناشی از تفویض فرصت

برای این که ضرری قابل جبران باشد، باید مسلم باشد؛ مضافاً این که بایستی بین ضرر و تقصیر خوانده رابطه سببیت وجود داشته باشد. آنچه باعث تردید در خصوص خسارت ناشی از فرصت از دست رفته شده است، تردید در وجود این دو شرط مسؤولیت مدنی است که به عقیده مخالفین نظریه، در این موارد وجود ندارد. (وکر، ۱۹۸۷م، ص ۹۰۳؛ ممتو، ۱۹۸۶م، ص ۱۲۵) آنچه در هر دو فرض (فرصت اجتناب از ضرر و فرصت تحصیل منفعت) مشترک می باشد، این است که برخورداری از فرصت و ثمربخش بودن آن و به عبارتی به واقعیت پیوستن آن محتمل است و نمی توان به طور قطعی گفت که مثلاً اگر مریض معالجه می شد، زنده می ماند. اما در فرض فرصت اجتناب از ضرر که در مسائل پزشکی بسیار مبتلا به است، وجود رابطه سببیت در جبران خسارت مورد تردید است که ذیلاً شرح مختصری از آن خواهد آمد. تا چندین سال قبل در نظام حقوقی کامن لا با تمسک به قاعده کلی سببیت، فرصت از دست رفته را قابل جبران نمی دانستند. (فرکلتون، ۱۹۹۹م، صص ۵-۸؛ جُنز، ۱۹۹۶م، صص ۲۳۹-۲۴۳؛ ملکولم؛ رابسن، سوئیفت، ۲۰۰۲م، ص ۲۰۳)

مثلاً اگر صاحبان حرف پزشکی و وابسته موجب از دست رفتن ۴۹٪ فرصت شفا یا حیات بیمار می شدند، از این جهت هیچ گونه مسؤولیتی متوجه آنها نبود؛ لکن اگر تقصیر آنها سبب از دست رفتن ۵۱٪ فرصت شفا یا حیات بیمار می شد آنها را مسؤول تمام خسارات می دانستند. فی الواقع به خاطر نتایج سوء همین اصل «یا همه یا هیچ» بود که محاکم به سمت پذیرش نظریه از دست دادن فرصت متمایل شدند. (هارمر، ۱۹۹۹م؛ جُنز، ۱۹۹۶م، صص ۲۵۵-۲۵۶)

۱. تفویت فرصت و رابطه سببیت

سبب می‌رس که چرخ از چه سفله پرور شد

که کام‌بخشی او را بهانه بی سببیت^{۱۳}

در فرضی که شخصی در اثر تقصیر دیگری فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد و در نهایت متحمل ضرر می‌شود، ظاهراً در تحقق ضرر و مسلم بودن آن تردیدی نیست؛ چون ضرر، بالفعل واقع شده است. این حالت در خطاهای پزشکی بسیار شایع است. مثلاً در اثر تقصیر پزشک، مریض فرصت معالجه را از دست می‌دهد و فوت می‌کند یا معلول و... می‌شود، با این وجود نمی‌توان ثابت نمود که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی‌شد و بیمار تحت معالجه و درمان قرار می‌گرفت، قریب به یقین، درمان مؤثر واقع می‌شد و در نهایت فوت یا معلولیت و... به وقوع نمی‌پیوست. فلذا در این قبیل موارد به لحاظ تردید در وجود رابطه سببیت، در مسؤلیت خوانده تردید وجود دارد و می‌توان گفت که برای رفع این مشکل (اثبات رابطه سببیت)، خصوصاً در مسائل حقوق پزشکی، نظریه از دست دادن فرصت را مطرح کرده‌اند. (توت، ۱۹۹۷م، ص ۳۱۵)^{۱۴} البته غالب حقوق‌دانان این فروض را در مبحث رابطه سببیت مطرح و بررسی نموده‌اند. (جُنز، ۱۹۹۶م، صص ۲۳۸-۲۷۲).

۲. تفویت فرصت به عنوان ضرر مستقل

فرصت از دست می‌رود هشدار عمر چون کاروان بی جرس است^{۱۵}

در فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می‌دهد، هرگاه تحصیل نفع در آینده مسلم و قطعی باشد، تفویت آن نوعی ضرر مسلم^{۱۶} و از باب عدم‌النفع قابل جبران است؛ اما هرگاه تحصیل نفع در آینده محتمل باشد، تفویت آن ضرر

مسلم نیست؛ بلکه ضرر احتمالی است و به نظر می‌رسد قابل جبران نباشد. (صالحی، ۱۳۹۰م، صص ۱۳۲-۱۳۰) اما اگر نفس فرصت از دست‌رفته را به‌عنوان ضرر مستقل تلقی کنیم در قابل جبران بودن آن نباید تردید روا داشت؛ زیرا کلیه شرایط قابل جبران بودن آن (شرایط لازم برای ایجاد مسؤولیت) وجود دارد.

با این وجود این نوع ضرر (از دست دادن فرصت) از لحاظ موضوع ضرر، با موضوعات ضرری معمول و متعارف، مانند: ضررهای مادی، جسمانی، از کارافتادگی و امثال آن متفاوت است؛ اما این تفاوت ظاهری مانع از این نیست که فرصت، عرفاً دارای ارزش نباشد و از بین رفتن آن ضرر محسوب نشود. عقل و عرف برای امثال این فرصت‌ها ارزش قائل است، لذا به همین جهت است که اشخاص حاضرند در برابر برخورداری از این نوع فرصت‌ها هزینه‌های زیادی را متحمل شوند، مثلاً کسی که دارای بیماری خطرناک است، علی‌رغم گفته گروه پزشکی که احتمال بهبودی وی را ناچیز می‌دانند، در عین حال تلاش دارد تا مورد معالجه قرار گیرد و هزینه‌های سرسام‌آور آنرا نیز می‌پردازد. درواقع، طرز عمل شرکت‌های بیمه نیز مبتنی بر همین اندیشه است که فرصت و شانس فی‌نفسه ارزشمند است^{۱۷} (بوت، ۱۹۸۱م؛ لامبر، ۱۹۹۵م). و صرف وجود احتمال در به واقعیت رسیدن فرصت و تحقق آن، آنرا کاملاً موهوم و فرضی نمی‌گرداند و مانع از قابل جبران بودن آن نیست. وجود و شناخت بیمه به‌عنوان قراردادی مشروع و الزام‌آور نشانه آن است که حقوق برای احتمال ورود ضرر و فرصت حصول به منافع ارزش مالی قائل است و آنرا به‌عنوان عوض حق بیمه موضوع قرارداد قبول دارد. فی‌الواقع وجود احتمال، واقعیت از دست دادن امکان منفعت را از بین نمی‌برد و مانع از این که آنرا ضرری بدانیم نخواهد بود. (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ش.، ص ۲۸۱)

این موضوع در حقوق فرانسه مورد توجه و استقبال حقوق‌دانان و قضات این کشور قرار گرفته است. (وینی؛ ژوردن، ۱۹۷۳م، ص ۷۳؛ لوتورنو، ۱۹۷۰م، ص ۱۰۷؛ وِکر،

۱۹۸۷م، ص ۹۰۳). بنابراین، اگر بپذیریم که نفس از دست رفتن فرصت ضرر است، وجود احتمال در تحقق و به واقعیت پیوستن آن اثری در ماهیت امر ندارد، زیرا تمام شرایط مسؤولیت و جبران خسات موجود است.^{۱۸} در این خصوص دیوان عالی کشور فرانسه در برخی از آرای خود، زیان ناشی از فرصت از دست رفته را یک زیان مسلم و مستقیم دانسته و بیان داشته است که در هر موردی که فرصت تحصیل یک منفعت از بین برود، خسارت ناشی از آن قابل جبران است و میزان این خسارت از زیان نهایی کم تر است و جزیی از آن نمی باشد. (حکم مورخه ۶ ژوئن ۱۹۹۰) النهایه، یادآوری این نکته ضروری است که برای این که نفس از دست رفتن فرصت، ضرر مستقل به حساب آید، لازم نیست عمل تقصیر کارانه‌ای که موجب از بین رفتن آن شده است، فی نفسه و با قطع نظر از آن فرصت، زیان بار باشد. علی‌الاصول بحث از رابطه سببیت و احراز آن فرع بر وجود ضرر است، لذا در مواقعی که در نفس وجود ضرر، تردید باشد، دیگر نوبت به بحث از رابطه سببیت نمی‌رسد و چون در بحث فرصت اجتناب ضرر وجود ضرر ظاهراً محقق به نظر می‌رسد، بحث از رابطه سببیت مطرح می‌شود و از این جهت در قابلیت جبران آن مناقشه وجود دارد. (کاظمی، ۱۳۸۰ ش، ص ۲۰۲)

صرف نظر از تعاریف متنوع و بعضاً متعارض و متشکلی که از سببیت شده است، آنچه در تمام این تعاریف مشترک می‌باشد این است که عملی را می‌توان سبب دانست که دست کم وجود آن برای تحقق ضرر لازم باشد، به گونه‌ای که عدم آن باعث عدم تحقق ضرر گردد. (هارت- هونوره، ۱۳۸۹ ش؛ قربان‌پور، ۱۳۸۷ و ۱۳۸۵ ش، ص ۵۴ به بعد)

با توجه به این مفهوم از سببیت، در فرضی که شخص فرصت اجتناب از ضرر را از دست می‌دهد، نمی‌توان بین تقصیر صاحبان حرف پزشکی و ضرر ایجاد شده، رابطه سببیت را احراز نمود؛ مثلاً: نمی‌توان بین تقصیر طبیب و فوت یا

معلولیت بیمار رابطه سببیت را احراز کرد؛ زیرا اثبات این که اگر طبیب مرتکب تقصیر نمی‌شد (فقدان سبب)، مریض فوت نمی‌کرد یا معلول نمی‌شد (فقدان سبب)، تقریباً محال به نظر می‌رسد. بنابراین تقصیر پزشک سبب وقوع ضرر نیست. شاید با ضرس قاطع بتوان گفت که مبنا و منشأ بسط و توسعه نظریه از دست دادن فرصت خصوصاً در مورد خطاهای پزشکی، حل مشکلات مرتبط با صعوبت اثبات رابطه سببیت بوده است که بار اثبات آن برعهده زیان‌دیده (بیمار یا اقربای او) است. (کاظمی، ۱۳۸۰ش، ص ۲۰۳)

برخی از حقوق‌دانان برای رفع این معضل سعی نموده‌اند تا مفهوم جدیدی از رابطه سببیت ارائه دهند که ترکیبی از قانون سببیت و قانون احتمالات است که تفصیل آن از حوصله این مقاله خارج است. (بُره، ۱۹۷۴م، ش ۱۳). برخی دیگر از حقوق‌دانان برای توجیه جبران خسارات^{۱۸} ناشی از فرصت از دست رفته، راه‌حل ساده‌تر و معقول‌تری را عرضه کرده‌اند. بدین توضیح که اشکال در وجود رابطه سببیت از آن‌جا ناشی می‌شود که ضرر و خسارت وارده بر زیان‌دیده را همان زیان نهایی (فوت، معلولیت و ...) بدانیم، اما اگر نفس فرصت از دست رفته را ضرر تلقی کنیم، تردیدی در وجود و احراز رابطه سببیت باقی نمی‌ماند، زیرا مسلم است که تقصیر پزشک و... سبب از دست رفتن فرصت معالجه شده است. به عبارت دیگر در این صورت رابطه سببیت به مفهوم کلاسیک خود موجود است؛ بدین معنا که اگر تقصیر پزشک نبود، فرصت معالجه نیز از بین نمی‌رفت. صرف‌نظر از این که فرصت از دست رفته را ضرر معنوی^{۱۹} بدانیم یا مادی، زیرا در هر صورت این ضرر دارای ارزش مادی و یا قابل تقویم و تبدیل به ارزش مادی (صرف‌نظر از دلایل انجام این امر) است. (مارتی و ریوند، ص ۴۵۲ به نقل از: کاظمی، ۱۳۸۰م، ص ۱۹۴) یکی از حقوق‌دانان فرانسوی در این خصوص این‌گونه اظهار می‌نماید: برای این که با تمسک به عدم وجود و یا احراز رابطه سببیت، بین ضرر نهایی و تقصیر

پزشک، بیمار به طور کلی از دریافت خسارت محروم نگردد، محاکم برای رفع این خلأ تقنینی، از مفهوم عینی ضرر، یعنی مرگ یا تشدید وخامت بیماری که وجود رابطه سببیت بین آنان و تقصیر طبیب محرز و مسلم نیست، صرف نظر نمودند و یک مفهوم تجریدی و انتزاعی و پایین تر (به معنای کمتر از لحاظ مادی) از ضرر مارالذکر را جانشین آن ساخته‌اند که قطعاً با تقصیر طبیب رابطه سببیت دارد، بدین معنا که تقصیر وی بیمار را در معرض خطر قرار داده است. (وینی؛ ژوردن، ۱۹۷۴م، ص ۱۹۹) در حال حاضر در حقوق فرانسه و نظام حقوقی کامن لا و در حقوق لوئیزیانا هم این نظریه پذیرفته شده است. (ممتو، ۱۹۸۶م، ص ۱۲۵). در حقوق کشورهای اسلامی هم این نظریه نسبتاً مورد قبول واقع شده و بر مبنای آن آرای متعددی صادر شده است.^{۲۰} (الجمیلی، ۱۴۳۰ه.ق، ص ۳۹۹ به بعد)

۳. قطعیت زیان^{۲۱} ناشی از تفویض فرصت

جبران خسارت، مستلزم یک شرط ماهوی مثبت و اساسی، یعنی حتمیت خسارت است. از طرف دیگر، مشروعیت منفعتی که به آن آسیب رسیده، از لحاظ اخلاقی حایز اهمیت بسیاری است. هدف از قطعیت زیان، جلوگیری از جبران زیان‌هایی است که صرفاً احتمال به وقوع پیوستن آن وجود دارد، لذا به حکم عقل، صرف خطر وقوع یک خسارت، قابل جبران نیست. (شعبه یک مدنی، ۱۱ مه ۱۹۶۴)

البته نیازی به این نیست که زیان در واقع رخ داده باشد، بلکه تنها حتمیت آن باید محرز شود، در نتیجه، همین که تحقق زیان در آینده مسلم باشد و عقلاً و عرفاً دنباله مسلم و مستقیم وضعیت فعلی باشد، به نظر می‌رسد در قابل جبران بودن آن نبایستی تردید جدی روا داشت؛ مثلاً هزینه‌های درمانی آینده و محرومیت از درآمد به علت از کار افتادگی از این قبیل ضررها می‌باشند.

البته تذکر این مهم ضروری به نظر می‌رسد که حتمیت لازم، تنها یک قطعیت

نسبی است، بنابراین یک احتمال معقول کفایت می‌کند و درجه این احتمال هم ممکن است بر حسب نوع خسارت متفاوت باشد و حتی در برخی از موارد رویه قضایی و یا دکترین حقوقی می‌توانند فرض را بر تحقق زیان از دست رفته گذارند. (ژوردن، ۱۳۸۵ ش، صص ۱۹۹-۱۹۸) دیوان عالی کشور فرانسه در یکی از آراء خود، نفس از دست دادن فرصت را نوعی ضرر حتمی قلمداد کرده است. (شعبه یک مدنی، ۱۶ مارس ۱۹۶۵ م.)

البته به نظر می‌رسد این رأی قابل خدشه باشد. گواه صحت مدعای ما آرائی است که متعاقباً از دیوان مذکور صادر شده است. مثلاً در پرونده‌ای از دست دادن فرصت دست‌یابی به شغل برای کودک ۹ ساله را قابل جبران ندانسته است. (شعبه دوم مدنی، ۹ نوامبر ۱۹۸۳ م.)

رأی اخیر دیوان کشور فرانسه از وجاهت بیش‌تری برخوردار است، مثلاً بیماری که در سن ۱۲۰ سالگی، خود را به تیغ جراحان می‌سپارد و بنا به دلایلی از قبیل عدم آگاه‌سازی کافی بیمار و امثال آن حین عملیات جراحی فوت نماید، به نظر می‌رسد از باب جبران خسارت ناشی از دست دادن فرصت بهبودی و یا زنده ماندن بیمار نمی‌توان مطالبه خسارت نمود، با این وجود این امر منافعی با جبران سایر خسارات وارده به بیمار یا اقربای او، که ناشی از حکم قانون است، نمی‌باشد و در قابل جبران بودن این دسته از خسارات تردیدی وجود ندارد؛ لکن همان‌طور که بیان شد، شاید عرف با توجه به طول عمر انسان‌های فعلی، از دست دادن فرصت زنده ماندن برای این قبیل معمرین را ضرر به حساب نیاورد. البته داوری در این موارد با عرف آن منطقه و با توجه به شرایط حاکم بر آن جامعه صورت خواهد گرفت؛ بدین معنا که ممکن است در جامعه‌ای با توجه به متوسط طول عمر بالای افراد آن جامعه، حتی در موارد این‌چنینی هم در قابل جبران بودن ضرر ناشی از دست دادن فرصت، تردید جدی وجود نداشته باشد. (صالحی، ۱۳۹۰ ش، صص ۱۴۱-۱۴۰)

البته لازم به تذکر است که برخی از نویسندگان فرانسوی انتقادات بسیاری بر این نظریه وارد کرده‌اند؛ تا جایی که برخی از آنها بیان داشته‌اند که به نظر می‌رسد یک تقصیر، بدون داشتن سبب، موجب مسؤولیت در برابر خسارات می‌شود و طعنه‌وار این سؤال را مطرح کرده‌اند که بعد از مسؤولیت بدون تقصیر، مسؤولیت بدون رابطه سببیت خواهد بود؟ (ساواتیه، ۱۹۷۰م، ص ۱۲۳؛ شاباس، ۱۹۷۳م، ۲۴۴۱)

بخش سوم: مطالعه تطبیقی تفویت فرصت بهبودی بیمار

در این بخش بعد از بررسی مشروعیت و نفوذ نظریه تفویت فرصت بهبودی یا شفای بیمار در فقه امامیه و فقه عامه، به تبیین جایگاه و حدود و ثغور نظریه مارالذکر در حقوق موضوعه ایران و کشورهای خارجی نظیر فرانسه، استرالیا و برخی از کشورهای اسلامی خواهیم پرداخت.

۱. نظریه تفویت فرصت در حقوق کشورهای خارجی

در حقوق کشورهای خارجی، این نظریه در سطح بسیار گسترده‌ای مورد توجه دکتربین و رویه قضایی آنها قرار گرفته است، به‌عنوان مثال، در فرانسه در سال‌های اخیر آراء زیادی در این خصوص صادر شده^{۲۲} و در دکتربین حقوقی^{۲۳} نیز به‌طور جدی و قابل ملاحظه‌ای مورد بررسی قرار گرفته است. (ممتو، ۲۰۰۱ و ۱۹۹۷م، صص ۳۴۳-۳۴۶ و ص ۲۲؛ بُره، ۱۹۷۴م، ش ۱۳) در حقوق بلژیک هم این نظریه پذیرفته شده است. (نیس، ۱۹۹۷م، ش ۳۴۶)

در نظام حقوقی کامن‌لا هم حقوق‌دانان در مورد خطای پزشکی این حق را برای بیمار به رسمیت شناخته‌اند که او برای فرصت از دست رفته معالجه، تقاضای جبران خسارت کند. در استرالیا اگر چه در برخی دعاوی، جبران خسارات ناشی از

دست دادن فرصت رد شده و اعمال آن محدود شده، اما این نظریه تحت شرایطی توسط رویه قضایی مورد قبول واقع شده است و حقوق دانان این کشور، خواهان پذیرش هر چه بیش تر و سهل تر این نظریه، به خصوص در مسایل پزشکی هستند. (والش، ۲۰۱۰م، ص ۵۵)^{۲۴}

کشورهای اسلامی نیز غالباً در رویه قضایی یا دکتترین حقوقی این نظریه را پذیرفته اند و در کشورهای نظیر عراق (الجمیلی، ۱۴۳۰ه.ق، ص ۴۰۰ به بعد)، الجزایر (الخیاری، ۱۴۲۹ه.ق، ص ۱۶۶)، مصر،^{۲۵} سوریه،^{۲۶} و لبنان (الحسینی، ۱۹۸۷م، ص ۱۶۰) نیز تفویض فرصت را یک ضرر قابل جبران می دانند.

۲. نظریه تفویض فرصت در فقه عامه

فقهای عامه اعتقاد دارند که اگر طبیب برای نجات بیمار تأخیر داشته باشد و این تأخیر سبب پیشرفت بیماری یا مرگ بیمار شود، قاضی محکمه باید علت تأخیر را بررسی نماید که مثلاً طبیب از راه دور برای طبابت آمده است، یا در حال جراحی بیمار دیگری بوده است که طبعاً در حضور به موقع، معذور بوده است. این قبیل معذورات از طرف فقهای اهل سنت قابل پذیرش معرفی شده اند و در این قبیل موارد در صورت پیشرفت بیماری یا مرگ بیمار، مسؤولیتی متوجه پزشک نخواهد بود؛ زیرا اصل آن است که ذمه او از مسؤولیت، یعنی تأخیری که به زیان بیمار - از دست دادن فرصت زنده ماندن و یا فرصت بهبودی - منجر شده است، بری باشد؛ مگر این که بیمار یا اقربای او بینه ای دال بر تقصیر پزشک در حاضر شدن به موقع بر بالین بیمار یا تأخیر غیرموجه در عملیات درمان علیه او اقامه نمایند که در این صورت طبیب از این حیث مسؤول خواهد بود. (زرکا، ۱۴۰۳ه.ق، ص ۵۹، به نقل از: آل شیخ مبارک، ۱۳۸۹ ش.، صص ۲۰۰-۱۹۹)

۳. نظریه تفویت فرصت در فقه امامیه

نظر به این که ظاهراً عدم‌النفع در فقه از سوی فقهای عظام به‌عنوان ضرر پذیرفته نشده است، در خصوص پذیرش نظریه تفویت فرصت در فقه، تردیدهای جدی وجود دارد. با این وجود، تذکر این مهم ضروری به نظر می‌رسد که در خصوص مفهوم عدم‌النفع در فقه، آنچه مورد اشکال است و سبب مخالفت فقها شده است، عدم‌النفع محتمل است و گرنه در خصوص عدم‌النفع مسلم، و در صورت جمع سایر شرایط مقرر و لازم در این مورد، ظاهراً قابل جبران بودن آن پذیرفته شده است و بعضی از فقهای عظیم‌الشأن، صراحتاً متعرض این موارد شده‌اند.^{۲۷} (صالحی، ۱۳۹۰، ش.، در فقه امامیه در برخی موارد از دست دادن فرصت تحصیل منفعت ضرر محسوب شده است؛ مثلاً اگر عامل در عقد مضاربه اقداماتی انجام داده باشد که احتمال تحصیل سود در آن باشد و مالک قبل از اتمام آن اقدام به فسخ عقد نماید، در این قبیل موارد فقها عامل را مستحق اجرت‌المثل می‌دانند؛ هر چند که در سایر موارد فسخ، چنین حقی را برای او به رسمیت نشناخته‌اند. (نجفی، ۱۴۰۲.ه.ق، ج ۲۶، ص ۳۸۹) اگر نفس از دست دادن فرصت را ضرر تلقی نماییم، در این حالت ضرر بالفعل است نه محتمل و مربوط به آتیه. از طرف دیگر و با عنایت به این که تشریح در اختیار شارع است و او می‌تواند هر حکمی را جعل نماید، مع‌هذا بر اساس تعالیم شرع انور، امور ماهوی و تکوینی قابل جعل و تشریح نیستند، درواقع رفع و وضع تکوینی تابع همان اسباب تکوین است؛ بدین معنا که اگر اسباب موجود باشند، حتماً مسبب موجود می‌شود و گرنه معدوم خواهد شد. در شرع یک کبرای کلی به نام «لاضرر و لااضرار فی الاسلام» داریم، اما این که موضوع ضرری چیست در شرع نیامده است؛ لذا بایستی با استعانت از عرف و علم‌اللغه و کذالک، مصادیق و محدوده آن‌را مشخص و تحدید حدود نمود. (موسوی بجنوردی، ۱۳۸۴ ش.، صص ۷۰-۶۳)

برخی از فقها این گونه ابراز عقیده نموده‌اند که برای تعیین این که چه چیزی ضرر است و چه چیزی ضرر نیست، باید به عرف مراجعه نمود و بر این اساس اعلام داشته‌اند که فقیه هرگاه از نظر عرفی احراز نمود که عنوان ضرر صادق است، مقدار ضرر - کم یا زیاد بودن آن - در حکم موضوع تفاوتی ندارد.^{۲۸} برخی از فقهای معاصر نیز در تعریفی که از ضرر ارائه داده‌اند، می‌توان در اثبات، صحت و مشروعیت نظریه از دست دادن فرصت در فقه استفاده نمود. (مکارم الشیرازی، ۱۴۲۷ه.ق، ص ۸۴ به بعد)

حال که روشن شد که مفهوم ضرر یک مفهوم عرفی است و برای تعیین موضوع ضرری بایستی به عرف مراجعه نمود، به نظر می‌رسد فرض متنازع فیه - ضرری بودن از دست دادن فرصت - را عرف ضرر می‌داند، زیرا این قبیل فرصت‌ها عرفاً ارزشمند و قابل تقویم به ارزش مادی هستند، بر همین مبناست که اشخاص حاضرند، در برابر آن هزینه‌های مادی و معنوی - بعضاً گزاف - مصروف دارند؛ مثلاً بیماری که فرصت معالجه و درمان را دارد، صرف این که تحت فرآیند درمان قرار گیرد، برای او حائز اهمیت و شاید در برخی موارد دارای آثار بسیار مهم روانی و معنوی و سبب تسلی خاطر باشد، بنابراین با طیب خاطر، هزینه‌های بعضاً گزاف درمان را متقبل می‌شود، اگرچه ثمر بخش بودن فرآیند درمان محتمل‌الحصول (نه یقینی) باشد.

النهایه این که این نوع ضرر در عرف مسلم است، حتی در برخی موارد با وجود این که نتیجه نهایی ممتنع است، در عین حال باز نفس فرصت و برخورداری فرد از آن، نوعی ترضیه خاطر و دارای ارزش معنوی است و علی‌القاعده وی از این که در راه رسیدن به مطلوب خویش تلاش می‌کند، مسرور است، ولو این که به نتیجه مطلوب دست نیازد؛ لذا چنین فرصتی نوعی ضرر معنوی نیز محسوب می‌گردد. (کاظمی، ۱۳۸۰ ش.، صص ۲۲۰-۲۱۹) مضافاً این که در فقه امامیه فروعی مطرح و

بررسی شده‌اند که فرصت تحصیل منفعت که در اثر تقصیر خواننده تفویت شده، قابل جبران دانسته شده است. (نجفی، ۱۴۰۲.ق، ج ۲۶، صص ۳۸۹-۳۷۶) بنابراین با اندکی دقت می‌توان گفت درباره این موضوع که نفس تفویت فرصت تحصیل سود، ضرر محسوب می‌شود، اختلاف نظر چندانی نیست و به نظر می‌رسد، اختلاف در قابل جبران بودن این ضرر، از جهت سایر شرایط مسؤولیت می‌باشد.

۴. نظریه تفویت فرصت^{۲۹} در حقوق موضوعه ایران

با توجه به سکوت قانون‌گذار و فقدان رویه قضایی و جایگاه این موضوع در فقه و این که از لحاظ فقهی، نه تنها در قابلیت جبران این نوع خسارات اشکالی وجود ندارد، بلکه موافق اصول و قواعد فقهی است، به نظر می‌رسد که می‌توان این نظریه را در حقوق ایران پذیرفت. البته برخی از حقوق‌دانان ایرانی هم در برخی فروض، این نظریه را قابل قبول دانسته‌اند و راه‌حلهایی را برای حصول توأمان به نظم و عدالت پیشنهاد کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۸۳ ش.، ص ۴۸) و در خصوص خطاهای پزشکی این چنین تعبیر کرده‌اند که خطاهای صاحبان حرف پزشکی فی‌نفسه خطراتی به وجود می‌آورند که احتمال این که به ورود ضرر منتهی شود، بسیار زیاد است؛ لذا اگر این احتمال تحقق یابد، معلوم می‌شود که بین خطاهای حرف پزشکی و وابسته و ورود ضرر به بیمار یا اقربای او رابطه سببیت برقرار است و می‌توان در این قبیل موارد حرف مزبور را به استناد خطایی که منجر به ایجاد ضرر و موقعیت خطری برای بیمار شده‌اند، مسؤول دانست. (کاتوزیان، ۱۳۸۷ ش.، ص ۲۸۵)

البته مقرر ماده ۵۶۵ ق.م.،^{۳۰} در مورد اجرت‌المثل عامل جعاله نیز بر مبنای از دست دادن فرصت قابل توجیه است؛ زیرا فسخ جاعل، (متعهد به دادن اجرت یا پاداش) فرصت حصول عاملی که کار یا هدف موردنظر را دنبال می‌کرده است، از بین می‌برد و در واقع میزان ارزش کاری که از دست رفته، معیاری برای سنجش و

تقویم خسارات ناشی از این اقدام است. در این موارد، مبنای التزام جاعل به پرداخت اجرت‌المثل، قرارداد اجاره نیست؛ جبران زیان وارده به عامل و نوعی مسؤولیت مدنی است. (کاتوزیان، ۱۳۸۶ ش.، ج ۲، ش ۱۵۲)

با این وجود، تذکر این نکته ضروری به نظر می‌رسد که از آنجایی که یکی از اهداف مهم مسؤولیت مدنی، جبران خسارت است، علی‌القاعده باید وجود ضرر به‌عنوان رکن رکن مسؤولیت اثبات گردد و در فرض فرصت از دست رفته، غالباً از دست دادن آن نوعی ضرر مسلم محسوب می‌شود که تعیین ضابطه آن هم با عرف می‌باشد. بر همین اساس اگر در برخی موارد، عرف، فرصت از دست رفته را دارای ارزش ندانست، بدون تردید، فقدان آن، ضرر محسوب نمی‌شود و طبعاً مسؤولیتی را هم ایجاد نخواهد نمود.

نتیجه

در مواردی که استفاده از موقعیتی برای بیماران از منظر عرف ارزشمند باشد، از بین بردن این موقعیت توسط صاحبان حرف پزشکی، ضرر مسلمی است که بایستی جبران شود. ابهام در تقویم میزان خسارات نیز در اصل ارزشمندی فرصت و امکان از دست رفته بیمار، موجب تردید جدی نخواهد بود؛ همان‌طور که در خسارات معنوی نیز این قبیل ایرادات مانع از شناخت آن نبوده است. ممکن است محروم ماندن از برخی موقعیت‌ها برای بیمار یا اقربای او، زیان‌های معنوی مسلمی نیز به همراه داشته باشد که در قابل جبران بودن این قبیل خسارات نیز تردید جدی وجود ندارد.

التهایه بایستی بین منافع بالقوه و منافع احتمالی صرف، تفاوت قائل شد؛ زیرا منافع بالقوه به‌نحوی است که عقل و عرف در قابل جبران بودن آن تردیدی ندارند. با این وجود، به نظر می‌رسد که میزان احتمال حصول به منافع بایستی در حدی باشد که از منظر عرف، مقتضی ایجاد منفعت باشد؛ لذا در این قبیل موارد، احتمال وجود مانعی که سیر طبیعی امور را برهم زند و حصول به منفعت را منتفی نماید، وجود بالقوه منفعت را احتمالی نمی‌کند و بالطبع در قابل جبران بودن آن خدشه و خللی وارد نخواهد کرد. فرصتی قابل جبران است که به ظن قوی یا یقیناً به کسب منفعت یا دفع ضرر منتهی شود و نتیجه ضروری آن محسوب شود. در تمام موارد بایستی تلاش نمود تا بین آنچه که بیمار یا اقربای او از دست داده‌اند و آنچه به‌عنوان خسارات دریافت می‌کنند تعادل و توازن برقرار باشد و طبعاً در این دایره عرفی، درجه احتمال ایجاد موانع، میزان خسارت قابل پرداخت به بیمار را تقلیل خواهد داد.

پی نوشت‌ها

- ۱- پروین، اعتصامی، مثنویات و غزلیات.
- ۲- در حقوق کامن‌لا از آن تحت عنوان LOSS OF PROFIT و در حقوق فرانسه تحت عنوان PERTE DE PROFIT بحث می‌شود و در حقوق داخلی هم در این خصوص مقالات مفید و متعددی به رشته تحریر درآمده است، برای اطلاع بیشتر بنگرید به: سامت، محمدعلی. (بی‌تا). فوت منفعت یا عدم‌النتفع در حقوق ایران و اسلام. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران. ۷۶-۵۳- پورامینی، محمدحسین. (۱۳۸۳). بررسی عدم‌النتفع در فقه و حقوق موضوعه. ماهنامه ش ۴۷. س ۸. مهر و آبان ۸۳-۸۰-۷۶.
- ۳- برای اطلاع بیشتر در این خصوص بنگرید به: محمود، کاظمی، ۱۳۸۰، ۱۹۱. لازم به یادآوری است که ایشان علاوه بر مقاله ثمین «نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی» که اینجانبان بسیار از آن استفاده نموده‌ایم، در زمینه سایر مباحث حقوق پزشکی نیز دارای مقالات ارزشمندی هستند که مطالعه آن‌ها برای پژوهشگران خالی از لطف نخواهد بود- همچنین ر.ک: امینیان مدرس، محمد (۱۳۸۲). توضیحاتی پیرامون تفویت منافع و عدم‌النتفع، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، ۲۲۹-۲۲۵.
- 4- LA CHANCE D'EVITER UNE PERTE.
- ۵- برای مقایسه این مفاهیم ر.ک: کاظمی، ۱۹۷، ۱۳۸۰-۱۹۳.
- 6- Article 1315: Celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver. Réciproquement, celui qui se prétend libéré doit justifier le paiement ou le fait qui a produit l'extinction de son obligation.
- 7- FORCE MAJEURE.
- 8- CAUSE ÉTRANGÈRE.
- 9- VICTIME.
- ۱۰- البته در مواردی که تعهدات صاحبان حرف پزشکی و وابسته، تعهد به نتیجه باشد، صرف ورود خسارت به بیمار یا اقربای او تقصیر تلقی خواهد شد و سبب مسئولیت افراد یاد شده خواهد شد. (برای اطلاع بیشتر ر.ک به مقاله نگارندگان با مشخصات: صالحی، حمیدرضا؛ عباسی، محمود. (۱۳۹۰). بررسی ماهیت تعهدات پزشکی و جلوه‌های آن در پرتو مطالعه تطبیقی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، شماره ۱۶، بهار ۹۰، ۳۹-۵۸. لکن در صورتی که تعهدات صاحبان حرف پزشکی و وابسته، تعهد به وسیله باشد در این قبیل موارد بیمار یا اقربای او حسب مورد بایستی تقصیر آن‌ها را اثبات نمایند تا حکم به مسؤولیت آن‌ها صادر شود، مگر این که در برخی موارد فرض بر تقصیر صاحبان حرف پزشکی و وابسته شده باشد که در این موارد آن‌ها بایستی برای گریز از مسؤولیت خویش دلیل بیاورند. (برای اطلاع بیشتر در این زمینه ر.ک به مقاله صالحی، حمیدرضا؛ فلاح، حمیدرضا؛ عباسی، محمود. (۱۳۸۹). ماهیت تعهدات پزشکی در پرتو مطالعه تطبیقی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال چهارم، شماره ۱۴، پاییز ۸۹، ۱۵۲-۱۳۱.
- ۱۱- برای اطلاع بیشتر در خصوص مفهوم عدم‌النتفع محتمل و تمایز آن با مصادیق مشابه مانند تفویت

منافع بنگرید به: اصغری آقمشهدی، فخرالدین. (۱۳۸۱). خسارت عدم النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰. مجله نامه مفید. شماره ۲۹. بهار ۸۱. ۹۴-۷۷-اصغری آقمشهدی، فخرالدین. (۱۳۸۳). خسارت عدم النفع در حقوق ایران. مجله قضاوت. سال ۲. شماره ۱۵. ۱۴-۱۰.

12- DAMNUM EMERGANS.

۱۳- حافظ، دیوان اشعار، غزل شماره ۶۴.

14- SI L'ON EST INCAPABLE D'ETABLIR LE LIEN DE CAUSALITE ENTRE LA FAUTE ET LE PREJUDICE FINAL, CELA NE SIGNIFIE PAS QUE LA FAUTE N'A PAS CAUSE D'AUTRES DOMMAGES, PAR EXEMPLE LES SOUFFRANCES MORALES ENDUREES PAR LE PATIENT QUI DEBUTE, DEJA AVEC QUELQUES LONGUEURS DE RETARD, UN COMBAT CONTRE LE CANCER.

۱۵- پروین، اعتصامی، مثنویات و غزلیات.

16- PERTE SUBIE- DAMNUM EMERGANS.

۱۷- برای اطلاع بیشتر در این خصوص بنگرید به: جوهریان، بی تا، ۱۷ به بعد- دریاباری، ۱۳۸۱، ۱۰۰-

ان یكون الضرر محققاً: أي أن يكون حالاً قد وقع فعلاً، فلا يكون افتراضياً أو احتمالياً. في حين يجوز ان يكون الضرر مستقبلاً، بمعنى أنه لم يقع في الحال ولكنه محقق الوقوع في المستقبل، كحدوث ضرر للمريض جراء خطأ الطبيب، غير أن نتائج الضرر لم تظهر الا بعد فترة، فهذا النوع من الضرر يعتبر في الحكم الضرر المحقق، فيتربت المسؤولية و التعويض. كما تثار هنا مسألة تفويت الفرصة، حيث أقر الفقه و القضاء معاً، تحقق الضرر بصدده اذا ثبت فعلاً أن المريض قد فاتته فرصة بسبب خطأ الطبيب، كتقديم الطبيب لتقرير طبي سلبي عن صحة الشخص المتقدم له لاتمام ملف توظيف، فلا يوظف الشخص، فيتضح فيما بعد ان الشخص معافي، فهنا نقول ان فرصة التوظيف احتمالية اي ان قبول الشخص في الوظيفة احتمالي، ولكن تفويت فرصة تقديم الملف الكامل هو الضرر المحقق الذي تقوم عليه المسؤولية. حمليل، صالح (۲۰۰۸). المسؤولية الجزائية الطبية. دراسة المقارنة. ادارار كلية الآداب و العلوم الانسانية. قسم الحقوق. جامعه مولود معمري تيزي وزو. الجمهوريه الجزائريه الديمقراطيه. ۱۱.

کریمی، آیت. (۱۳۷۷). بیمه اموال و مسؤولیت. جلد اول. چاپ دوم. انتشارات دانشکده امور اقتصادی-بابایی، ایرج. (۱۳۸۲). حقوق بیمه. چاپ اول. انتشارات سمت. به زبان فرانسه بنگرید به:

BOUT, ROGER (1981) LE DROIT DES ASSURANCES, 1ER ÉDITION, PARIS, PRESSE UNIVERSITAIRE DE FRANCE. ET VOIR AUSSI: LAMBERT, YVONNE (1995) DROIT DES ASSURANCES, 9E ÉDITION, PARIS, DALLOZ.

18- REPARATION.

19- DOMMAGE MORALE.

۲۰- این نظریه تحت عنوان فوات الفرصه مورد بررسی قرار گرفته است. برای اطلاع بیشتر بنگرید به:

الابراشی، حسن زکی. (۱۹۵۱). مسئولیه الاطباء و الجراحين المدنيه. مكتبه فؤاد الاول. القاهرة. دارالنشر للجامعات العربيه. ۱۹۴- جمال الدين زکی، محمود. (۱۹۷۸). مشکلات المسئوليه المدنيه. طبعه الاولى. القاهرة: مطبعه جامعه القاهرة. ۳۷۱-۳۷۶.

21- CERTITUDE DU DOMMAGE.

22- voir dans ce sujet: Cour de cassation, 1er civ, 18 janvier 1989, Bull, civ, I, N19_ Cour de cassation, 1er civ, 16 juillet 1991, Bull, civ, I, N248_ Cour de cassation, 1er civ, 7 juin 1988, Bull, civ, I, N180_ Cour de cassation, 1er civ, 10 janvier 1990, Bull, civ, I, N10_ Cour de cassation, 1er civ, 27 mars 1973, Bull, civ, I, N 15_ et voir également: Cour de cassation, 1er civ, 2 mai 1978, Bull, civ, I, N167_ Cour de cassation, 1er civ, 7 juin 1989, Bull, civ, I, N230. voir également: Souplet, Isabelle. (2002). La perte de la chance dans le droit de la responsabilité médicale, thèse de DEA, Université de Lille2.

علاقه‌مندانی که به زبان فرانسه آشنایی ندارند می‌توانند جهت مطالعه اجمالی برخی از این آراء ر.ک به: ژوردن، پاتریس. (۱۳۸۶). تحلیل رویه قضایی فرانسه در زمینه مسؤلیت مدنی. (ترجمه و تحقیق مجید ادیب). چاپ اول. انتشارات میزان. همچنین بنگرید به: ژوردن، ۱۳۸۵. در زیرنویس‌های صفحات متعددی به برخی از این آراء اشاره شده است.

۲۳- در این کشور مباحث بسیار جالب و در خور توجهی در این باره صورت گرفته است که شرح و تفصیل آن‌ها از حوصله این مقاله خارج است، با این وجود در این قسمت به برخی از آن‌ها برای آشنایی محققان و علاقه‌مندان اشاره می‌شود.

PREVOST, P-R. (1983). *LA PERTE DE CHANCE EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE*. THÈSE LILLE.(MÉDECIN). 79 PAGES. HANSON, J-N. (1981). *LA PERTE D'UNE CHANCE DE SURVIE*. THÈSE LILLE.(MÉDECIN). 80 PAGES. CHATELAIN, C. (2002). *LA THÉORIE DA LA PERTE DE CHANCES EN DROIT HOSPITALIER*. THÈSE LILLE.350 PAGES.

24- The decision of the High Court in Tabet v Gett has been widely interpreted as a definitive statement that the common law in Australia does not allow a plaintiff to obtain compensation on the basis of a loss of chance action. However, there are a number of comments in the judgment which indicate that there may be some situations where a plaintiff may be able to be successful on a loss of chance action or at least be able to rely upon an alternative action to obtain compensation where previously they may have been able to rely on a loss of chance action. Some of these possible situations include actions based on increased risk, a contractual claim for a loss of chance, and a loss of a chance action in particular situations. See: Greg Walsh and Anna Walsh (2010) Tabet v Gett: The end of loss of chance actions in Australia?, School of Law, University of Notre Dame, Australia, Medical Law Department, 18 JLM 50, p55.

۲۵- للمزید من البحث حول هذا الموضوع يراجع: سليمان، مرقيس. (۱۹۹۲). الوافی فی الشرح القانون المدنی المصری. فی الالتزامات. فی الفعل الضار. ج ۱. قاهره: ۱۴۶-۱۴۷ به نقل از: کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۲.

۲۶- وحید الدین سوار. النظریه العامه للالتزام. الجزء الاول. مصادر الالتزام. القسمه الثاني. ش ۶۲۹، ۱۶ به نقل از: کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۲.

۲۷- «فقول: لا ريب في صدق الضرر بالماليات... و اما ما هو بالقوه- كثره البستان و نماء سائر الاملاك و منافعه المتجدده على التدرج- فهو كذلك، فان طريان ما يوجب عدم حصول هذه

المنافع مع كون الشان حصولها عادة يعدّ ضرراً، والتسبب له اضراً». برای اطلاع بیشتر ر.ک: الحسيني المراغي، السيد مير عبد الفتاح. (۱۳۲۹). العناوين. مجلد الاول. الطبعة الثالثة. قم المشرفة: موسسه النشر الاسلامي. ۳۰۸ - ناصر، مكارم الشيرازي. القواعد الفقيهيه. الجزء الاول. ۸۴-۹۰.

۲۸- نراقی، احمد. (۱۴۰۸). عوائد الايام. قم المقدسه: مکتبه بصيرتي. ۲۱. در خصوص مفهوم فقهی ضرر در فقه، نظرات مختلفی بیان شده است. اما آنچه که قدر متيقن بين همه تعاریف است، مفهوم عرفی بودن ضرر وارده است. مثلاً در تقریرات میرزای نائینی، ضرر را عبارت از فوت آنچه که انسان واجد آن است، خواه نفس باشد یا عرض یا جوارح معرفی کرده‌اند. البته ایشان عدم‌النفع را هم در صورتی که مقتضی آن کامل باشد، رجوع به عرف را برای جبران این قبیل خسارات پذیرفته‌اند. آخوند خراسانی و شیخ اعظم انصاری نیز در خصوص مفهوم خسارت، تعاریفی مشابه تعریف فوق‌الذکر استعمال کرده‌اند. برای اطلاع بیشتر در خصوص تعاریف لغوی، فقهی و حقوقی مفهوم خسارت ر.ک: مسعودی، راضیه. (۱۳۸۹). بررسی خسارت معنوی و قابلیت جبران آن با تکیه بر یافته‌های دانش روان‌شناسی. پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی. تهران: دانشگاه شاهد. ۱۵-۲۷.

29- PERTE D'UNE CHANCE.

۳۰- ماده ۵۶۵ قانون مدنی: جعله تعهدی جایز است و مادامی که عمل به اتمام نرسیده است، هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند، ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید، باید اجرت‌المثل عمل عامل را بدهد.

فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- آل شیخ مبارک، قیس بن محمد - (۱۳۸۹)، حقوق و مسؤولیت پزشکی در اسلام (ترجمه محمود عباسی)، چاپ دوم، تهران: انتشارات حقوقی
- اصغری آقمشهدی، فخر الدین - (۱۳۸۱)، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران و کنوانسیون بیع بین‌المللی کالا مصوب ۱۹۸۰، مجله نامه مفید، شماره ۲۹، بهار ۸۱، ۹۴-۷۷
- اصغری آقمشهدی، فخرالدین - (۱۳۸۳)، خسارت عدم‌النفع در حقوق ایران، مجله قضاوت، سال ۲، شماره ۱۵، ۱۴-۱۰
- اعتصامی، پروین - (۱۳۸۴)، کلیات دیوان اختر چرخ ادب پروین اعتصامی (به کوشش حسن برازان)، چاپ اول، انتشارات سنبله
- امینیان مدرس، محمد - (۱۳۸۲)، توضیحاتی پیرامون تفویض منافع و عدم‌النفع، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۳، ۲۲۹-۲۲۵
- بابائی، ایرج - (۱۳۸۲)، حقوق بیمه، چاپ اول، انتشارات سمت

- بادینی، حسن - (۱۳۸۳)، هدف مسئولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۶۶، ۵۵-۱۱۳
- بادینی، حسن - (۱۳۸۴)، فلسفه مسئولیت مدنی، چاپ اول، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار پورامینی، محمدحسین - (۱۳۸۳)، بررسی عدم النفع در فقه و حقوق موضوعه، ماهنامه ش ۴۷، س ۸، ۷۶-۸۰
- جوهریان، محمد ولی - (بی تا)، بیمه حوادث ناشی از کار، فصلنامه صنعت بیمه، ۱۱-۲۶
- حافظ شیرازی، خواجه شمس‌الدین محمد - (۱۳۷۱)، دیوان اشعار (تصحیح محمد قزوینی و قاسم غنی)، چاپ دوازدهم، انتشارات اقبال
- دریاباری، سید محمد زمان - (۱۳۸۱)، بیمه مسئولیت پزشک، فصلنامه صنعت بیمه، سال ۱۷، شماره ۳، شماره مسلسل ۶۷، ۶۷-۱۰۰
- ژوردن، پاتریس - (۱۳۸۵)، اصول مسئولیت مدنی همراه با آرای دیوان عالی کشور فرانسه (ترجمه مجید ادیب)، چاپ دوم، انتشارات مجد
- ژوردن، پاتریس - (۱۳۸۶)، تحلیل رویه قضایی فرانسه در زمینه مسئولیت مدنی (ترجمه و تحقیق مجید ادیب)، چاپ اول، انتشارات میزان
- سامت، محمدعلی - (بی تا)، فوت منفعت یا عدم النفع در حقوق ایران و اسلام، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، ۵۳-۷۶ پ.
- صالحی، حمیدرضا - (۱۳۹۰)، مفهوم تقصیر و تاثیر آن در مسئولیت مدنی ناشی از فرآیند درمان، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شاهد
- صالحی، حمیدرضا؛ فلاح، محمدرضا و عباسی، محمود - (۱۳۸۹)، ماهیت تعهدات پزشکی در پرتو مطالعه تطبیقی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال چهارم، شماره ۱۴، ۱۳۱-۱۵۲
- صالحی، حمیدرضا و عباسی، محمود - (۱۳۹۰)، بررسی ماهیت تعهدات پزشکی و جلوه‌های آن در پرتو مطالعه تطبیقی، فصلنامه حقوق پزشکی، سال پنجم، شماره ۱۶، ۵۸-۳۹
- قربان‌پور، امیر مهدی - (۱۳۸۵)، تقصیر و رابطه سببیت در نظام مسئولیت مدنی، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۴، ۱۱-۳۶
- قربان‌پور، امیر مهدی - (۱۳۸۷)، مفهوم و نقش تقصیر در نظام مسئولیت مدنی ایران، مطالعه تطبیقی در فقه امامیه و نظام حقوقی کامن لا، تهران: پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی و معارف اسلامی، دانشگاه امام صادق علیه السلام
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۸۳)، دوره مقدماتی حقوق مدنی، وقایع حقوقی، چاپ هفتم، شرکت سهامی انتشار کاتوزیان، ناصر - (۱۳۸۶)، حقوق مدنی، دوره عقود معین، مشارکت‌ها - صلح، جلد ۲، چاپ هفتم، تهران: انتشارات گنج دانش
- کاتوزیان، ناصر - (۱۳۸۷)، الزام‌های خارج از قرارداد، قواعد حقوقی، جلد اول، چاپ هشتم، انتشارات دانشگاه تهران

کاظمی، محمود - (۱۳۸۰)، نظریه از دست دادن فرصت در مسؤولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی تهران، شماره ۵۳، ۱۸۵-۲۲۸.

کریمی، آیت - (۱۳۷۷)، بیمه اموال و مسؤولیت، جلد اول، چاپ دوم، انتشارات دانشکده امور اقتصادی مسعودی، راضیه - (۱۳۸۹)، بررسی خسارت معنوی و قابلیت جبران آن با تکیه بر یافته‌های دانش روانشناسی، پایان‌نامه کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، تهران: دانشگاه شاهد

موسوی بجنوردی، سید محمد - (۱۳۸۴)، فقه تطبیقی، بخش جزایی، چاپ اول، انتشارات سمت

هارت، اچ ال ای - هونوره، تونی - (۱۳۸۹)، سببیت در حقوق (ترجمه حسین آقائی‌نیا)، چاپ اول، نشر میزان

ب) منابع عربی

الابراشی، حسن زکی - (۱۹۵۱)، *مسئولیه الاطباء و الجراحین المدنیه*، مکتبه فؤاد الاول، القاها: دارالنشر للجامعات العربیه

جمال الدین زکی، محمود - (۱۹۷۸)، *مشکلات المسئولیه المدنیه*، طبعه الاولی، القاها: مطبعه جامعه القاها

الجمیلی، اسعدعبید - (۱۴۳۰ه.ق)، *الخطاء فی المسئولیه الطبیعه المدنیه*، الطبعه الاولی، عمان: دارالثقافه للنشر و التوزیع

الحسینی المرآغی، السید میر عبد الفتاح - (۱۴۲۹ه.ق)، *العناوین*، مجلد الاول و الثاني، الطبعه الثالثه، قم المقدسه: مؤسسه النشر الاسلامی

الحسینی، عبدالطیف - (۱۹۸۷)، *المسئولیه المدنیه عن الاخطاء المهینه، الطیب، المهندس المعماری، والمقاول، المحامی*، الطبعه الاولی، بیروت: الشركه العالیه للکتاب

حمیل، صالح - (۲۰۰۸)، *المسئولیه الجزائیه الطبیعه*، دراسه المقارنه، ادرار کلیه الآداب و العلوم الانسانیه، قسم الحقوق، جامعه مولود معمری تیزی وزو، الجمهوریه الجزائریه الدیمقراطیه

الخیاری، احمدحسن - (۱۴۲۹ه.ق)، *المسئولیه المدنیه للطیب*، الطبعه الاولی، عمان: دارالثقافه للنشر و التوزیع

مکارم الشیرازی، ناصر - (۱۴۲۷ه.ق)، *القواعد الفقهیة، ثلاثون قاعده فقهیة عامه تجری فی مختلف ابواب الفقہ، الجزء الاول و الثاني*، قم المقدسه: الطبعه الثانيه، مدرسه الامام علی بن ابی طالب (ع)

نجفی، محمدحسن - (۱۴۰۲ه.ق)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۴۳، ۴۲ و ۲۶. بیروت: داراحیاء التراث العربی

نراقی، احمد - (۱۴۰۸ه.ق)، *عوائد الایام*، قم المقدسه: مکتبه بصیرتی

ج) منابع انگلیسی

Freckelton, Ian. (1999). *The Evolution of Loss of Chance*. 7 JLM 5 at 5-8. Editorial.

Hamer, David. (1999). *Chance Would Be a Fine Thing: Proof of Causation and Quantum in an Unpredictable World*. 23 MULR 557.

- Jones, Michael. A .(1996). *Medical Negligence. Tort Law Library*. London: Sweet & Maxwell.
- Malcolm, Khan-Michelle, Robson-Kristina, Swift (2002) *Clinical Negligence*. Second Edition. London _ Sydney: Second Edition. Cavendish Publishing Limited.
- Nys, Heman (1997) *Medical Law in Belgium*. Kluwer Law International. London.
- Walsh, Greg and Anna .(2010). *Tabet v Gett: The end of loss of chance actions in Australia?*. School of Law. University of Notre Dame. Australia: Medical Law Department. 18 JLM 50. 50-57.

(د) منابع فرانسوی

- Boré, Jaque .(1974). L'indemnisation pour les chances perdues, une forme d'appréciation de la causalité d'un fait dommageable. J. C. P.1-2620.
- Bout, Roger .(1981). Le droit des assurances. 1er édition. Paris: Presse Universitaire de France.
- Chabas, F .(1973).Vers un changement de nature de l'obligation médicale. J.P.C.G. I. 2541.
- Chabas, F .(1991). La perte d'une chances en droit de la responsabilité civile. Centre d'études européennes. Zurich.
- Code civil Français .(2011). Dernière modification du texte le 01 avril 2011. Document généré le 20 avril 2011. Copyright (C) 2007-2008. Legifrance.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 10 JANVIER 1990. BULL. CIV. I. N10.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 16 JUILLET 1991. BULL. CIV. I. N248.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 18 JANVIER 1989. BULL. CIV. I. N19.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 2 MAI 1978. BULL. CIV. I. N167.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 25 FEVRIER.1997. GAZ. PAL. 27-29 AVR.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV.27 MARS 1973. BULL. CIV. I. N 15
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 7 JUIN 1989. BULL. CIV. I, N230.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 14OCTOBRE 1997. RESP. CIV. ET ASSUR.1997.COMM. 3.
- COUR DE CASSATION FRANÇAISE. 1ER CIV. 7JUN 1988. BULL, CIV, I, N180.
- Cour de cassation française. 1re chambre civile. le 10 janvier 1990.
- Cour de cassation française. 1re chambre civile. le 11 mai 1964.
- Cour de cassation française. 1re chambre civile. le 16 mars 1965
- Cour de cassation française. 1re chambre civile. le 16 mars 1965.
- Cour de cassation française. 2e chambre civile. le 9 novembre 1983.
- CHATELAIN, C .(2002). LA THEORIE DA LA PERTE DE CHANCES EN DROIT HOSPITALIER. THESE LILLE. 350 PAGES.
- Geneviève, viney et Patrice, Jourdain.(1974).Traité dr droit civil. Tome 2. les conditions de la responsabilité. 2e éd. L.G.D.J.

- HANSON, J-N .(1981). LA PERTE D'UNE CHANCE DE SURVIE. THESE LILLE.(MEDECIN). 80 PAGES.
- JOURDAIN, PATRICE .(1999). RESPONSABILITE CIVILE, OBLIGATION D'INFORMATION DU MEDECIN; EXTENSION DE L'OBLIGATION AUX RISQUES EXCEPTIONNELLES GRAVES, RTD CIV1. JANVIER-MARS99.
- L'arrêt de 6 juin .(1990). Revue trimestrielle de droit civil. N1. note de Patrice Jourdain.
- LAMBERT, YVONNE .(1995). *DROIT DES ASSURANCES*. 9E ÉDITION. PARIS: DALLOZ.
- Le Tourneau, Philippe.(1979) *La responsabilité civile*. Paris: Dalloz.
- Mémeteau, Gérard .(1986).*La perte de chance en droit médical français*. J.D. McGill.
- Mémeteau, Gérard .(1997).*Perte de chances et responsabilité médicale*. Gaz. Pal. 24-25 octobre. N spécial. Droit de la santé.
- Mémeteau, Gérard .(2001). *Cours de droit médical*. Les études Hospitalières. Bordeaux: Edition 38.
- PREVOST, P-R .(1983). *LA PERTE DE CHANCE EN RESPONSABILITÉ MÉDICALE*. THÈSE LILLE.(MÉDECIN). 79 PAGES.
- SAVATIER, RENÉ.(1970). *UNE FAUTE PEUT-ELLE ENGENDRER LA RESPONSABILITÉ D'UN DOMMAGE SANS L'AVOIR CAUSÉ?*. DALLOZ. CHR.123.
- Souplet, Isabelle.(2002). *La perte de la chance dans le droit de la responsabilité médicale*. thèse de DEA. Université de Lille2.
- Tôth, François .(1997). *Responsabilité du médecin pour un diagnostic erroné: commentaire de l'affaire Massinon c. Ghys*, (1996-97) 27 R.D.U.S, 319-318.
- Vacaire ,(1987). *La perte de chances*. R.R.J. 899-906.
- Welsh, Sylvie .(2003). *Responsabilité du médecin*. 2e édition. Paris: Litec.

یادداشت شناسه مؤلفان

حمیدرضا صالحی: عضو باشگاه پژوهشگران جوان واحد کاشان (نویسنده‌ی مسؤل)

نشانی الکترونیک: Salehi_hamid1202@yahoo.com

محمود عباسی: مدیر گروه حقوق پزشکی و رییس مرکز تحقیقات اخلاق و حقوق پزشکی دانشگاه علوم پزشکی شهید بهشتی، دبیر انجمن علمی حقوق پزشکی ایران و عضو سازمان جهانی حقوق پزشکی

نشانی الکترونیک: Dr.Abbasi@sbmu.ac.ac.ir

تاریخ دریافت مقاله: ۱۳۹۰/۸/۵

تاریخ پذیرش مقاله: ۱۳۹۰/۱۱/۴