

## بررسی فقهی ضمان از دست رفتن فرصت<sup>۱</sup>

جمیله جعفری\*

سید محمدهادی مهدوی\*\*

### چکیده

نظریه از دست دادن فرصت که به دنبال جبران خسارت وارده در نتیجه فوت فرصت مطرح می‌شود، حدود نیم قرن است در جامعه حقوقی جهان مطرح شده ولی همچنان در این مقوله تشدد آراء وجود دارد و وحدت رویه قضایی ایجاد نشده است، در حقوق موضوعه ایران نیز تلاشی در راستای محقق شدن ضابطه‌ای برای قابل مطالبه بودن خسارات ناشی از فرصت از دست رفته انجام نگرفته است. در دنیای امروز فرصت‌های ارزشمند افراد که می‌تواند موجب تحصیل منفعتی در آینده و یا دفع ضرری در آینده باشد، مورد توجه و اعتناء بوده و از بین رفتن آنها از جانب عرف مورد اغماض قرار نمی‌گیرد. این پژوهش به دنبال یافتن راه حل مناسب با استمداد از قواعد عام فقهی چون قاعده لاضرر و اتلاف و تسبیب و بر مبنای بنای عقلاء است و با قرار دادن این فرصت‌ها در زمره دارایی‌های ارزشمند و ملموس و قابل تقویم افراد، تردیدهای موجود در اثبات ضمان فرصت از دست رفته را کنار گذاشته و گام مثبتی در جهت آماده نمودن زمینه‌های مناسب حقوقی برای پذیرش صرف فرصت به عنوان ضرر قابل مطالبه برداشته است.

**کلید واژه‌ها:** ضمان، از دست رفتن فرصت، تحصیل منفعت، اجتناب از ضرر.

۱- تاریخ وصول: ۱۳۹۴/۳/۲۶ تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۸/۹

\* استادیار گروه حقوق، واحد زرقان، دانشگاه آزاد اسلامی، زرقان، ایران j.jafari@zariau.ir

\*\* استادیار گروه حقوق، واحد نجف‌آباد، دانشگاه آزاد اسلامی، نجف‌آباد، ایران

## ۱- بیان مسأله

عمر، یکی از سرمایه‌های زندگی انسان است که با بهره‌مندی صحیح از این سرمایه می‌تواند تحولاتی در حیات خویش ایجاد کند. بدین جهت در متون دینی تأکید زیادی بر استفاده از عمر و فرصت‌ها شده است. این اهمیت در بهره‌مندی از فرصت‌ها در زندگی بزرگان و دانشمندان بسیار مشهود است، به حدی که از لحظه‌لحظه‌ی عمر خویش نهایت بهره را برده‌اند. گاهی از دست‌رفتن زمان همراه با ضرر و زیان است که این امر را، با حسرت مضاعف همراه می‌سازد؛ زمان از دست رفته؛ زمانی که از بین رفته و دیگر باز نمی‌گردد و زیان به جا مانده، گاهی برای انجام بعضی از کارها و کسب یک موقعیت، فقط یک بار زمان ایجاد می‌شود و ممکن است هیچ وقت فرصت تکرار نشود. اما گاهی در اثر عملکرد دیگری، فرد فرصت تحصیل منفعت و یا اجتناب از ضرر آینده را از دست می‌دهد. نظریه فرصت از دست رفته به دنبال جبران خسارت ناشی از تفویض فرصت‌های ارزشمند افراد است (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۱). یکی از اصول پذیرفته‌شده در نظام‌های حقوقی دنیا عدم جواز اضرار به دیگری است و در صورت فعل و ترک فعلی که موجبات اضرار فراهم نماید، جبران خسارت لازم می‌باشد.

ضمان ناشی از فوت فرصت، یکی از انواع خسارت‌هایی است که اختلاف‌نظرهای زیادی در مورد آن وجود دارد. شبهاتی که موجب تردید در قابل مطالبه‌بودن این نظریه شده، مسلم و معین نبودن این نوع ضرر و همچنین روشن نبودن رابطه سببیت است. برخی حقوقدانان با تبیین و توسعه دامنه ضرر و شرح و تفسیری جدید از رابطه سببیت سعی نموده‌اند به رفع این ایراد بپردازند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۸۲). به این ترتیب این فرصت را به منزله حق یا مالی می‌دانند که تلف آن موجب مسؤولیت مدنی شده و میزان آن بسته به درجه احتمال یا رسیدن به هدف، متغیر است. در این مقاله با بیان مفهوم از دست‌رفتن فرصت و تعیین موضع بحث و رویه قضایی بعضی از کشورها، به بررسی امکان مطالبه خسارت فوت فرصت، با استناد به مبانی فقهی لاضرر، اتلاف و تسبیب، جواز مقابله به مثل و بنای عقلا می‌پردازیم.

## ۲- مفهوم از دست رفتن فرصت

فرصت تفویض شده می‌تواند منصرف به تحصیل نفعی در آینده یا اجتناب از ضرری در آینده باشد. فرصتی که برای تحصیل منفعت یا دفع ضرر، از دست می‌رود نیز می‌تواند ناظر به منافع یا ضررهای مادی یا معنوی افراد باشد (امینی، ناطق نوری، ۱۳۹۰، ۳۹). پیشینه حقوقی این نوع از خسارت، غالباً به صورت

دعاوی زیر، عنوان می‌گردد: شخصی که در کنکور ورود به دانشگاه ثبت نام نموده و آماده رقابت شده، در روز امتحان به علت اشتباه در صدور کارت ورود به جلسه، از شرکت در امتحان محروم می‌شود و شانس قبولی در دانشگاه را از دست می‌دهد و یا مریضی برای درمان بیماری خود به پزشک مراجعه می‌کند و تقصیر پزشک و عدم تشخیص به موقع نوع بیماری باعث می‌شود که وی فرصت معالجه را از دست بدهد و یا وکیلی که در ارائه دلایل دعوا، پیگیری دعوا و یا تسلیم به موقع دادخواست در مراجع بالاتر مرتکب تقصیر یا خطا شده و به این ترتیب موکل، فرصت برنده شدن در دعوا را از دست می‌دهد. آنچه به عنوان زیان و خسارت مطرح و در قابلیت جبران آن بحث می‌شود، فرصت تحصیل منفعت و اجتناب از ضرر؛ تحصیل منفعتی که در عرف عقلا برای به دست آوردن آن هزینه می‌شود، نه آن نفع یا ضرر نهایی. به این ترتیب: از دست‌دادن فرصت دارای دو صورت می‌باشد که عبارتند از: الف. فرصت تحصیل منفعت ب. فرصت اجتناب از ضرر؛ که هر دو صورت به هم شبیه هستند. زیرا در نهایت به شخص، نوعی زیان رسیده است که فرصت جلوگیری از آن وجود داشته است (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۱۷).

## ۲-۱- فوت و تفویت

فوت در لغت به معنای مردن، درگذشتن، مرگ و نیستی است (فرهنگ معین، واژه فوت) و واژه تفویت از فوت به معنای از دست‌رفتن چیزی که قابل برگشتن باشد گرفته شده است. از این رو تفویت، یعنی انجام کاری که منجر به فوت شود (ابن منظور، ۷۱۱، ۳۴۳؛ معجم مقاییس اللغة، ۳۹۵، ۴۵). تفویت اعم از اتلاف است، چون در موارد اتلاف و غیراتلاف صادق است، مانند زندانی کردن شخص کاسب که حبس چنین شخصی تفویت منافع وی می‌باشد، ولی اتلاف بر آن صادق نیست (محقق ثانی، ۹۴۰، ۲۲۱؛ حکیم، ۱۳۸۲، ۱۷۲-۱۷۳).

## ۲-۲- تفاوت استعمال واژه فوت و تفویت در نظریه از دست‌رفتن فرصت

برخی از فقها، میان تفویت منفعت و فوات آن تفکیک قائل شده‌اند و عدم‌النفع را به مفهوم متداول و امروزی آن تفویت منفعت نمی‌دانند. آنها تفویت منفعت را جایی می‌دانند که از منافع شخص استیفا شده باشد، در این صورت مسؤولیت، ناشی از عدم‌النفع نبوده بلکه ناشی از غصب و ید غاصبانه می‌باشد. در حالی که عدم‌النفع به معنا یا اصطلاحی آن فوات منفعت می‌باشد. یعنی تلف شدن منفعت بدون اینکه کسی از آن

منتفع گردد یا استیفا نماید (طباطبائی، ۱۳۳۱، ۳۳۳؛ حلی، ۷۲۶، ۳۸۲). با توجه به همین خصوصیت یعنی عدم غصب و استیفاء از فرصت، استعمال واژه فوت، (نه تفویض) در نظریه فوت فرصت را توجیه می‌کند.

### ۳- عدم‌النفع و فوت فرصت

از دست‌دادن فرصت که از صور فرصت تحصیل منفعت است، شبیه «عدم‌النفع» است و در مواردی با آن اشتباه می‌شود، اما این فرض با عدم‌النفع متفاوت است. رکن اساسی در موضوع فوت فرصت، «احتمال» در محقق‌شدن آن است و به طور مسلم به وقوع پیوستن فرصت در آینده، یک احتمال است، زیرا که یک فرصت و شانس صد در صد امکان تحقق ندارد و گرنه عنوان شانس نداشت، بلکه عدم‌النفع محتمل است نه ضرر مسلم. یعنی نمی‌توان به یقین گفت: اگر شخصی در آزمون وکالت که اکنون در اثر عملکرد دیگری از شرکت در آن محروم شده است شرکت می‌کرد، حتماً موفق می‌شد و امروز عنوان وکیل داشت. ممکن است هم موفق نمی‌شد. در این فرض، «از دست‌دادن فرصت»، با «عدم‌النفع» شباهت دارد و در فرض دیگر (فرصت اجتناب از ضرر)، با مفهوم «ایجاد خطر» شبیه است نه عدم‌النفع (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۸۲). ولی می‌توان گفت: «از دست‌دادن فرصت» با هر یک از این دو مفهوم تفاوت دارد. در این جا آنچه به عنوان خسارت مطرح می‌باشد و در قابل جبران بودن آن بحث است، نفس «فرصت از دست رفته» است، نه ضرر نهایی (مثلاً فوت یا عدم قبولی در آزمون) که واقع شده است و نه آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن وجود داشته و با تقصیر دیگری غیر قابل تحصیل شده است (بهبودی یا پذیرفته‌شدن در آزمون). بنابراین «فرصت از دست رفته» را نباید با از بین رفتن نفع مورد انتظار که از آن تعبیر به «عدم‌النفع» می‌شود اشتباه نمود و یا آن را با ضرر نهایی که در اثر از دست‌رفتن فرصت اجتناب از آن واقع می‌شود، یکی دانست. بنابراین در این پژوهش آن چه مورد نظر ماست صرف فرصت فوت شده هست نه ضرر نهایی، تا اشکالاتی که در بحث عدم‌النفع محتمل، آمده است مطرح گردد.

### ۴- فروض تسبیب

برای این که ضرری قابل جبران باشد، باید ضرر مسلم باشد، به علاوه بین ضرر و تقصیر خواننده رابطه سببیت وجود داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۴۵). در خصوص جبران خسارت ناشی از فرصت از

دست رفته، تردید در وجود این دو شرط مسؤولیت مدنی است که موجب اعتقاد برخی به عدم ضمان، در این مسأله شده است.

آنچه در هر دو فرض از دست رفتن فرصت؛ یعنی فرض تحصیل منفعت و فرض اجتناب از ضرر، مشترک است، این است که برخورداری از فرصت و نافع بودن آن و به وقوع پیوستن آن محتمل است؛ نمی توان گفت اگر شخص در موقعیت مورد نظرش قرار می گرفت، حتماً به هدف می رسید. پس اشکالی که در قابل جبران بودن فرضی که شخص فرصت تحصیل منفعت را از دست می دهد مطرح می شود، مسلم- بودن ضرر است؛ چون تحصیل نفع در آینده قطعی نیست تا منتفی شدن آن، ضرر مسلم محسوب شود. در این فرض، ضرر نهایی همان «عدم النفع» است. در این مورد صرف اینکه ضرر مربوط به آینده است، اشکالی ایجاد نمی کند، زیرا ضرر آینده از نظر برخی فقها و حقوقدانان در صورتی که مسلم باشد قابل جبران است (همان، ۲۶۹). بلکه اشکال این است که در فرض مسأله، وقوع ضرر مسلم نیست، زیرا تحصیل منفعت در آینده محتمل است و حصول اطمینان به آسانی ایجاد نمی شود.

در فرضی که شخص در اثر تقصیر دیگری فرصت اجتناب از ضرر را از دست می دهد و در نهایت متحمل ضرر می گردد، ظاهراً در تحقق ضرر و مسلم بودن آن تردیدی نیست، چون ضرر بالفعل واقع شده است. این فرض به ویژه در مورد خطای پزشکی مطرح می شود؛ مثلاً مریض در اثر تقصیر پزشک فرصت معالجه را از دست می دهد و در نهایت معلول می شود و یا فوت می کند، ولی نمی توان ثابت نمود که هرگاه پزشک مرتکب تقصیر نمی شد و مریض تحت معالجه قرار می گرفت حتماً درمان می شد و از فوت یا معلولیت نجات پیدا می کرد، تا رابطه سببیت ثابت شود. بنابراین در این فرض هم به خاطر تردید در وجود رابطه سببیت در مسؤولیت خوانده تردید وجود دارد و در واقع برای رفع این اشکال یعنی اثبات رابطه سببیت که به ویژه در مسؤولیت پزشکی وجود دارد، این نظریه تأسیس شده است (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۰). در متون فقهی برای سبب اصطلاحی و اتلاف به وسیله آن، تعاریفی ذکر شده است، در یکی از کامل ترین این تعاریف اشاره شده است.

«ان السبب ما له أثر ما فی تولید للموت كما للعله لکنه یشبه الشرط من جهه أنه لا یولد الموت بنفسه بل یولد المولد له و لو بوسائط و قد یتخلف الموت عنه و لا یتخلف عن العله» (نجفی، ۱۴۱۲: ۴۲، ۶۳). سبب چیزی است که نوعی تأثیر - به نحو جزء العله - در تولید موت دارد، لکن از این جهت که به نفسه تولید موت نمی کند، به شرط شباهت دارد؛ زیرا سبب هر چند با واسطه های فقط علت موت را تولید

می‌نماید. همچنین سبب به نحوی است که گاهی با وجود آن موت محقق نمی‌شود - و گاهی محقق می‌شود - ولی با تحقق علت، حتماً موت تحقق می‌یابد. اتلاف به وسیله چنین سببی تسبیب می‌باشد.

با این بیان که سبب جزء‌العله در تحقق فعل است، با تحقق آن لزوماً علت تامه محقق نمی‌شود، بلکه تحقق آن مشروط و منوط به تحقق سایر اجزا و علل ناقصه دیگر می‌باشد. در صورتی که وضع سبب با لحاظ سایر شرایط و اوضاع و احوال موجود، به عنوان علت تامه تلف، تحقق یابد، از بحث تسبیب خارج می‌شود و تحت مصادیق مباشرت قرار خواهد گرفت. در حالی که باید ماهیت سبب به گونه‌ای باشد که در صورت تحقق آن، تحقق نتیجه ممکن‌الحصول باشد. همچنین است اگر سبب جزء اخیر علت تامه باشد. در تمام این موارد، سبب از ماهیت سببیت خویش خارج شده و داخل در ماهیت مباشرت می‌شود (مهدوی راد، ۱۳۹۰، ۷۵). از همین روست که در این باره گفته شده: «لکنه لم یکن عله تامه و لا جزءً اخیراً من العله التامه (محمد عاملی، ۱۴۱۶، ۳، ۱۰۷).

با توجه به تعریف فقها از سببیت در موضوع بحث می‌توان گفت: در مواردی، تقصیر عامل ضرر به نوعی در ایجاد ضرر مؤثر است و وقوع آن را آسان می‌کند، ولی نمی‌توان گفت که تقصیر او سبب وقوع زیان بوده است و یا دست کم شرط لازم آن می‌باشد، زیرا نمی‌توان به طور قطع ادعا نمود که هر گاه تقصیر وی نبوده، ضرر هم واقع نمی‌شد، در حالی که معنای سببیت چنین اقتضایی دارد یعنی عدم آن موجب عدم وجود مسبب می‌گردد (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۱). یکی از فقها در این رابطه می‌نویسد:

«سبب موجب ضمان عبارت از فعلی است که انتظار تلف از آن (ولو احياناً) می‌رود یعنی بعید نیست که تلف مترتب بر آن باشد هر چند سبب شانی نیز نبوده باشد» (رشتی، ۱۴۰۸، ۱۲۳). به عبارت دیگر بعضی از افعال بر حسب نوع، سبب تلف می‌باشند. یعنی از وجود آنها ذاتاً تلف محقق می‌شود و یا اگر برخورد با مانعی نداشته باشند و یا اگر معارض با عدم شرط نباشند موجب تلف هستند. بعضی دیگر از افعال که موجب تلف می‌باشند به اعتبار خصوصیت مورد است مانند آن که کسی به دیگری سیلی بزند و مجنی علیه در اثر ضعفی که دارد تلف شود (شوشتری، ۱۴۲۷، ۱۴۸).

در موضوع مورد بحث ما آنچه مسلم به نظر می‌آید، این است که تقصیر موجب از بین رفتن فرصت شده است، هر چند نمی‌توان گفت که به تنهایی سبب وقوع زیان نهایی و یا عدم تحصیل منفعت گردیده است. زیرا در هر پدیده‌ای عوامل خارجی نیز نقش اساسی دارند و در تحقق و عدم تحقق فرصت‌ها مؤثرند.

برای رفع این اشکال، باید گفت در این موارد باید بین دو ضرر تفکیک نمود: الف- نفس فرصت (فرصت تحصیل منفعت و اجتناب از ضرر) که به تنهایی دارای ارزش است و در عرف برای برخورداری از آن بها پرداخت می‌شود پس، از دست دادن آن نوعی ضرر مسلم است و باید جبران شود. ب- ضرر نهایی که این ضرر ماهیتاً با ضرر اول متفاوت است و احتمالاً عوامل دیگری نیز در ایجاد آن مؤثر می‌باشند و اشکال مطرح شده به این نوع ضرر مرتبط می‌شود نه ضرر در فرض اول. به این ترتیب، رابطه سببیت بین تقصیر مسبب و از دست رفتن فرصت، در فرض اول (صرف فرصت) تأیید می‌گردد. موضع بحث ما در این پژوهش نیز همین فرض می‌باشد.

در فرض از دست رفتن فرصت، فاعل به چند صورت ممکن است زمینه فوت فرصت را ایجاد نماید که به طور خلاصه در ذیل فروض تسبیب مذکور می‌گردد.

#### ۴-۱- فرض مبتنی بر تقصیر

در متون فقهی ما مبنای مسؤولیت بر تقصیر می‌باشد، که بر اساس آن شخص باید مرتکب یکی از مصادیق بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم مهارت و یا عدم رعایت نظامات دولتی، گردد و رابطه سببیت نیز وجود داشته باشد. این مسؤولیت مبتنی بر تقصیر است. مثلاً در خصوص موردی که وکیل در اثر تقصیر به موقع دادخواست تجدیدنظر نمی‌دهد و فرصت تجدیدنظرخواهی از بین می‌رود، نظریه مشورتی شماره ۱۶۵۲/۷ مورخ ۷۰/۷/۱۰: مستفاد از مواد ۲۱۲ و ۲۱۵ و ۳۱۵ قانون مجازات اسلامی هرگاه دخالت چند سبب یا چند نفر در ایراد ضرب جرح محرز باشد و نوع ضرب جرح وارده از ناحیه هر کدام مشخصاً معلوم نباشد حکم به پرداخت به طور تساوی داده می‌شود. از تنفیح مناط و مفهوم نظریه مزبور می‌توان وضعیت صدمات غیر عمدی اعم از تصادفات رانندگی و موضوع مورد بحث را کشف و استنباط نمود.

#### ۴-۲- فرض مبتنی بر جهل

یکی از اصول مسلم در نظام قضائی این است که جهل به قانون رافع مسؤولیت نیست و مصوبات مجلس شورای اسلامی پس از گذشت مواعد قانونی درحق کلیه کسانی که در قلمرو و حاکمیت زمینی، هوائی و دریایی جمهوری اسلامی ایران هستند اعم از اینکه تبعه ایران باشند یا مقیم و یا افراد خارجی که وارد خاک ایران می‌گردند و اعم از این که عالم باشند یا جاهل آگاهی به قانون داشته باشند یا نه قابل اجرا

می‌باشد. گرچه این عنوان به صورت نص قانونی در میان قوانین مدون به چشم نمی‌خورد ولیکن از عموم و اطلاق بعضی از مواد قانونی به خوبی استنباط می‌گردد و مبنا و مأخذ روش مذکور نیز همین مواد می‌باشد. از آن جمله ماده ۲ و ۳ قانون مدنی است که می‌گوید:

ماده ۲ - قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم‌الاجرا است مگر آن که در خود قانون ترتیب خاصی برای موقع اجرا مقرر شده باشد.

ماده ۳ - انتشار قوانین باید در روزنامه رسمی به عمل آید. همچنین ماده ۳ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ است که می‌گویند: قوانین جزائی درباره کلیه کسانی که در قلمرو حاکمیت زمینی، دریائی و هوائی جمهوری اسلامی ایران مرتکب جرم شوند اعمال می‌گردد مگر این که به موجب قانون ترتیب دیگری مقرر شده باشد.

براین اساس فرض این است که کلیه افراد و آحاد موجود در قلمرو حاکمیت ایران از مصوبات مجلس شورای اسلامی حداکثر تا ۱۵ روز بعد از انتشار آن در روزنامه رسمی مطلع هستند و این مصوبات درباره همگان متبع و لازم‌الاجرا است و هیچ عذر و بهانه‌ای برای ادعای جهل به قانون پذیرفته نمی‌شود. در فرض مسأله مبتنی بر جهل، به عنوان مثال می‌توان گفت: در صورتی که دولت بر اثر جهل به اصول علم اقتصاد به تزریق پول بین مردم بپردازد و ارزش پول کاهش پیدا کرده و ایجاد تورم نماید و در نتیجه سرمایه‌های مردم کاهش پیدا کرده و شخصی که به فرض می‌توانست با ۵۰ میلیون تومان آپارتمانی جهت سکونت خانواده‌اش تهیه نماید اکنون باید ۱۰۰ میلیون هزینه نماید.

#### ۴-۳- فرض مبتنی بر تقدیم اهم بر مهم

قاعده «اهم و مهم» از مستقالات عقلی است که در آن به اخذ اهم و ترک مهم در فرض تراحم اهم با مهم حکم شده است (علیدوست، ۱۳۸۸، ۲۱). مثلاً، هرگاه بین حفظ اصل اسلام و واجبی دیگر و یا بین حفظ جان و مال شخصی، تراحم شود باید به تقدیم حفظ اصل اسلام و جان افراد داوری کرد. این داوری را به عقل نسبت می‌دهند (الکاظمی، ۱۳۸۷، ۱، ۳۳۵). عرف نیز، علاوه بر آن که مرجع تشخیص موضوعات و مصادیق آنها، به شمار می‌آید، می‌تواند بنایی را پی افکند و با امضای شرع منشأ کشف حکم شرعی شود. به این معنی که اگر دو حکم متزاحم بر عرف عرضه شوند، با احراز اهمیت، اهم را بر مهم مقدم می‌دارد که بدان توفیق عرفی گویند (الصفار، ۱۴۲۹: ۲۰۴). حال اگر خلاف قاعده عمل شود به حکم عقل تقصیر



شده است. به عنوان مثال: بیماری به پزشک مراجعه می کند و پزشک جهت حفظ آرامش بیمار، نوع و وخامت بیماری وی تذکر نمی دهد و بیماری او را معمول معرفی می کند، ولی بعدا کشف می شود که در آن زمان بیمار وضعیت وخیمی داشته که اگر پزشک کوتاهی نکرده بود، بیمار جهت درمان اقدام مؤثرتری انجام می داد و تحت معالجه قرار می گرفت و شانس درمان بیماری او وجود داشت ولی اکنون چنین شانس و احتمالی از بین رفته است.

#### ۴-۴- فرض اهمال

برخی در بین طرفداران نظریه «خطا و تقصیر» معتقدند که در هر جامعه، قانون و مقررات، برای عده-ای از مسؤولین امر، تکالیف و وظایفی تعیین نموده است. در بعضی از موارد مهم، اهمال و بی‌مبالاتی در انجام این وظایف و یا قصور و تقصیر در اجرای آنها موجب مسؤولیت کیفری است. آنان اضافه می نمایند که همانطور که رویه قضائی در موارد متعدد بیان داشته است، رئیس مؤسسه قانوناً مسؤول کار صحیح هر مؤسسه و رفتار منظم کارمندان و کارگران خویش است. او باید این وظیفه را به طور کامل و دقیق انجام دهد. حال هرگاه مدیر مؤسسه از انجام این تکلیف خودداری نماید و در اثر همین اهمال و غفلت موجب شود که در مؤسسه تحت نظر وی و یا به وسیله کارمندان و کارگران در حین انجام وظیفه، جرمی اتفاق افتد، او باید مسؤول باشد؛ زیرا وی در انجام وظایف خود مرتکب تقصیر و خطا شده است (صالحی ولیدی، ۳، ۱۵۱). فرض اهمال در مورد بحث؛ در موردی است که زیان دیده به جهت لغو پرواز هواپیما از طرف شرکت هواپیمایی و عدم اطلاع رسانی از طرف شرکت هواپیمایی، از شرکت در امتحان محروم می شود و شانس برنده شدن یا قبولی را از دست می دهد.

#### ۴-۵- فرض مبتنی بر ایجاد خطر

در فرضی که مالک ماشین یا یک شیء خطرناک دیگر آن را به دست کسی می سپارد که شایستگی استفاده از آن را ندارد و بدین وسیله محیط خطرناکی را برای زیان دیده ایجاد می کند، در این صورت، وی مسؤول تمام زیان وارده بر زیان دیده است و باید آن را جبران نماید. « و در مواردی که تقصیر خوانده عبارت است از کوتاهی در دادن اطلاعات لازم به زیان دیده، این شیوه در مورد خطای پزشکی به این صورت است که خوانده، ایجاد خطر می کند و محیط خطرناکی را برای زیان دیده ایجاد می کند که بعد با

تحقق ضرر، تقصیر وی می‌تواند سبب تلقی شود و در نتیجه جبران خسارت شود. چنان که در حقوق فرانسه در این صورت حکم به جبران خسارت شده است» (امینی و ناطق نوری، ۱۳۹۰، ۳۴۰).

### ۵- خسارت از دست رفتن فرصت در حقوق ایران

از طرح این موضوع به صورت مستقل در حقوق ایران مدت زمان زیادی نمی‌گذرد و به تبع آن نص قانونی و رویه قضایی هم در این موضوع موجود نیست. اما در قانون موادی مشاهده می‌شود که متضمن این مفهوم می‌باشند و مسؤولیت مشابهی را می‌پذیرند. ماده ۵۶۵ قانون مدنی در مورد اجرت‌المثل عامل جعاله بر این مبنا است: «جعاله تعهدی است جایز و مادامی که عمل به اتمام نرسیده هر یک از طرفین می‌توانند رجوع کنند ولی اگر جاعل در اثناء عمل رجوع نماید باید اجرت‌المثل را بدهد». زیرا فسخ جاعل فرصت دستیابی عامل به هدف مطلوب را از بین می‌برد و میزان ارزش کاری که از دست رفته معیار سنجش ضرر ناشی از این اقدام است. البته در این جا آنچه در نظر گرفته شده است، ضرر نهایی است، نه خود فرصت از دست رفته. زیرا اجره‌المثل کاری که انجام شده را باید بپردازد.

همچنین ماده ۶ قانون مسؤولیت مدنی، به نفعه‌بگیران آسیب‌دیده حق داده است تا خسارت ناشی از موقعیت از دست‌رفته خود را از مسؤول حادثه بگیرند، در واقع نفعه‌بگیران، از فرصت رسیدن به نفعی در آینده محروم مانده‌اند. نفعی که احتمالی است و ممکن است بر اثر عوامل دیگری این حق از او سلب می‌شد. ولی با این وجود قانونگذار آن را قابل مطالبه می‌داند و همین امکان و شانس را برای گرفتن نفعه کافی می‌داند.

اما پذیرفتن چنین ضابطه‌ای، یعنی فرض احتمال قوی که ظاهراً عادلانه به نظر می‌رسد، در حقوق کار دشواری است. زیرا در این صورت ورود خسارت باید احراز شود یا قرینه‌ی معقولی برای ورود آن وجود داشته باشد. از میان حقوقدانانی که به موضوع پرداخته‌اند چند دیدگاه‌های متفاوت مشاهده می‌شود. برخی از ایشان صرف از دست دادن فرصت را ضرر مسلم مادی در نگاه عرف محسوب نکرده، پس آن را قابل مطالبه نمی‌دانند بلکه این نوع ضرر در قالب ضرر معنوی قابل مطالبه می‌دانند (باریکلو، ۱۳۷۲، ۷۲). بعضی دیگر از حقوقدانان معتقدند هرگاه امکان استفاده از فرصتی عرفاً ارزش خاص داشته باشد از بین بردن آن ضرر مسلم محسوب می‌گردد. نوع مشخص آن بلیط‌های بخت‌آزمایی است که از بین بردن این موقعیت ضرری است مسلم که باید جبران شود (کاتوزیان، ۱۳۸۴، ۲۸۴) و نیز در صورتی که اثبات شود فوت

فرصت موجب ضرر معنوی می‌شود، در قالب ضرر معنوی باید جبران شود (باریکلو، ۱۳۷۲، ۷۲). از نظر برخی دیگر از ایشان تفکیک بین فروض مختلف ضرورتی ندارد و در هر مورد که عرف، فرصت از دست-رفته را ارزشمند بداند و فقدان آن را ضرر (اعم از مادی و معنوی) تلقی کند، قابلیت طرح در محاکم دارد و در نهایت قابل مطالبه است (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۱).

در قانون مدنی نسبت به مبنای مسؤلیت مدنی و ضمان قهری دو نظر وجود دارد: برخی مبنای آن را تقصیر می‌دانند و برخی دیگر وارد شدن ضرر را موضوع ضمان می‌شمارند (امامی، ۱۳۷۶، ۳۹۱). بر این مبنا ضمان منافع و اعمال انسان خیلی روشن است؛ زیرا بر این مبنا تنها صدق عنوان خسارت و زیان برای اثبات ضمان کافی است. در ماده ۱ قانون مسؤلیت مدنی، در این باره آمده است: «هر کس بدون مجوز قانونی عمداً و یا در نتیجه بی‌احتیاطی به جان یا سلامتی یا مال یا آزادی یا حیثیت یا شهرت تجارتي یا به هر حق دیگر که به موجب قانون برای افراد ایجاد گردیده لطمه‌ای وارد نماید که موجب ضرر مادی یا معنوی دیگر می‌شود مسؤول جبران خسارت ناشی از عمل خود می‌باشد. بنابراین اگر در موردی عرف نفس فرصت را دارای ارزش ندانست، تردیدی نیست که فقدان آن هم ضرر نبوده و مسؤولیتی در پی ندارد. ولی اگر عرف آن را ضرر محسوب نمود (اعم از مادی یا معنوی) نباید در جبران آن تردید نمود. زیرا که از دست‌رفتن آن نوعی ضرر مسلم محسوب می‌شود.

اما در مورد خطای پزشکی که در حقوق دنیا به عنوان بارزترین نمونه از دست‌رفتن فرصت مطرح شده است، گروهی از حقوقدانان با تأکید بر این نکته که عدم پذیرش مسؤولیت ناشی از تفویت فرصت در خطاهای پزشکی نتیجه ناعادلانه‌ای در پی خواهد داشت. به استناد «ایجاد خطر» فوت فرصت را قابل جبران می‌دانند (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۸۵).

#### ۶- پیشینه ضمان فوت فرصت در فقه اسلامی

در فقه اسلامی نصی به این صراحت وجود ندارد و مسأله‌ای هم که به این موضوع پرداخته باشد دیده نمی‌شود. در گام اول ممکن است چنین برداشت شود که مفهوم «از دست دادن فرصت» چون در ظاهر جزء ضررهای مادی به شمار نمی‌آید و منافع آن محتمل‌الحصول می‌باشد به عنوان ضرر قابل جبران، در فقه قابل مطالبه نباشد، همان طور که ضمان «عدم النفع» در فقه از سوی مشهور فقها به عنوان ضرر به طور مشخص پذیرفته نشده است. می‌توان گفت: درباره مفهوم «عدم النفع» در فقه، آنچه مورد اشکال

است و برخی فقها با آن مخالفت نموده‌اند، عدم‌النفع محتمل است. و آلا در مورد عدم‌النفع مسلم، در صورت تفویت آن، اکثر فقها قابل جبران بودن آن را پذیرفته و به آن رأی داده‌اند (میرفتاح مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ۳۰۸؛ نائینی، ۱۳۷۳، ۱۹۹؛ مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ۴۹).

### ۶-۱- مصادیق فوت فرصت در فقه اسلامی

مواردی در فقه مطرح شده است که بعضی معتقدند در آنها فرصت تحصیل منفعت که تفویت شده، قابل جبران دانسته شده است (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۸۲). البته در این جا میزان خسارت بر مبنای اقداماتی که صورت گرفته تعیین شده که می‌تواند به نوعی اشاره به مفهوم «از دست دادن فرصت» داشته باشد. از جمله در مورد عقد مضاربه (کاظمی، ۱۳۸۰، ۱۵۵) و جعله گفته شده که هرگاه قبل از تحصیل سود از ناحیه عامل، مالک قرارداد را فسخ کند و فرصت تحصیل سود را از بین ببرد، فسخ‌کننده قرارداد باید از عامل جبران خسارت نماید که در این جا میزان خسارت معادل ارزش کاری که از دست رفته یا اجرت‌المثل اعمالی است که وی انجام داده است. چون مطابق عقد مضاربه، عامل فقط در صورت تحصیل سود، از سود حاصله سهمی را می‌برد و در صورت عدم تحصیل سود، مستحق چیزی نیست. در این جا مالک با فسخ عقد باعث تفویت فرصت تحصیل سود شده است (بحرانی، ۱۴۰۵، ۲۵۲؛ نجفی ۱۴۱۲، ۳۸۹؛ حکیم، ۱۳۸۲، ۳۷۶). در این فرع عنصر اساسی «فرصت» که احتمال بودن آن باشد موجود است و نمی‌توان گفت هرگاه عقد مضاربه فسخ نمی‌شد، عامل حتماً تحصیل سود می‌کرد. به نظر برخی حقوقدانان، این پرداخت غرامت می‌تواند در چارچوب نظریه «فرصت از دست رفته» توجیه شود (کاتوزیان، ۱۳۸۲، ۲۸۲). به فرع فقهی فوق این ایراد وارد شده است که پرداخت اجرت‌المثل به این افراد می‌تواند از باب استفاده بلاجهت از عمل دیگری یا استیفا باشد نه از باب جبران خسارت ناشی از زایل شدن فرصت تحصیل منفعت (ناطق نوری، ۱۳۹۰، ۳۱).

اشکال دیگری که از طرف مخالفان این مسؤولیت و جبران خسارت عامل مطرح شده این است که چون عقد مضاربه جایز است، مالک حق فسخ قرارداد را داشته و در واقع حق خود را اعمال کرده است، بنابراین مرتکب تقصیری نشده است. در حالی که در مسؤولیت ناشی از تسبیب، تقصیر عامل، شرط ایجاد مسؤولیت است. چون عامل از ابتدا می‌دانسته که عقد جایز است و مالک ممکن است عقد را فسخ کند، پس در حقیقت خود او به ضرر خود اقدام نموده است و مستحق جبران خسارت نیست (بحرانی، ۱۴۰۵،

۲۵۲؛ نجفی، ۱۴۱۲، ۳۸۹؛ حکیم، ۱۳۸۲، ۳۷۶). در فرض فرصت فوت شده عامل، توسط فسخ‌کننده قرارداد، می‌توان گفت در این جا استفاده بلا جهت و یا استیفا صدق نمی‌کند. چون از عمل عامل استفاده‌ای نشده، بلکه آنچه عامل از دست داده فرصت کسب و تحصیل سود بوده است که با فسخ قرارداد از او سلب شده است. نکته قابل توجه در این مصادیق فقهی ضرر محسوب‌شدن فرصت تحصیل سود است، نه قابل جبران‌بودن آن.

### ۶-۲- مقایسه نظریه «حبس حر کسوب» و نظریه فوت فرصت

موضوع دیگری که فقهای معاصر به آن توجه داشته‌اند و در باب عدم النفع مطرح شده است مربوط به ضمان منافع حر است. به نظر مشهور فقها، حبس‌کننده انسان حر به خصوص اگر حر کسوب باشد، ضامن منافع فوت شده او در زمان حبس است (طباطبایی، ۱۳۳۱، ۳۰۰). چنین دیدگاهی در باب ضمان حبس انسان آزاد می‌تواند نشان‌دهنده تمایل فقها به قابل مطالبه‌بودن خسارت ناشی از فوت فرصت باشد، فرصتی که شخص در صورت آزاد بودن، احتمال کسب درآمد داشته ولی حابس این فرصت کسب را از او سلب نموده است وجه بسا موجبات ضرر بیشتر بر او فراهم آورد (گرسنگی و رنج عیال). مخالفان مشهور، ضمان را صرفاً مترتب بر حبس نمی‌دانند، بلکه معتقدند: ضرر باید مسلم باشد تا حکم به ضمان شود و بنابراین هرگاه شخصی انسانی را حبس کند که عرفاً کارگر و یا صنعتگر و امثال آن محسوب نمی‌شود، ضامن پرداخت دستمزد او نخواهد بود و چنین نیست که به صرف حبس، قیمت کار چند روزه او به حساب آید، بلکه ظن کارکرد نباید به اندازه‌ای قوی باشد که در دید عرف، مسلم به نظر آید که اگر شخص بازداشت نمی‌شد کار می‌کرد و منافی را به دست می‌آورد (طباطبایی، بی تا، ۳۰۰؛ نجفی، ۱۴۱۲، ۳۹).

در پاسخ می‌توان گفت: ظاهراً به نظر می‌رسد، مسأله حبس حر کسوب به موضوع بحث ما ربطی نداشته باشد. در مسأله «از دست‌دادن فرصت» نفس «فرصت از دست رفته» به عنوان ضرری مستقل و جدا از ضرر نهایی مطرح و قابل توجه است. در این فرض، صحبت از زیان آینده یا عدم‌النفع نیست بلکه اگر نفس از دست‌دادن فرصت را ضرر بدانیم، وجود ضرر بالفعل است نه مربوط به آینده. البته ضرری که قابل اعتنا بوده و از نظر عقلا و عرف ارزشمند تلقی گردد. در فقه با توجه به تعریفی که از ضرر شده که در بحث بعد به آن می‌پردازیم، آنچه شارع مقدس متکفل بیان آن است و فقیه تلاش می‌کند از روی ادله تفصیلی آن را استنباط نماید، احکام شرعی است که عارض بر موضوعات‌اند و موضوعات هر چند ممکن است

شرایط آنها در شرع بیان شود ولی این که چه زمانی موضوع تحقق می‌یابد تا حکم آن ثابت شود، یک امر ماهوی است و معمولاً با استعانت از عرف معین می‌گردد. زیرا تشریح در اختیار شارع است و او می‌تواند هر حکمی را جعل کند ولی امور ماهوی و تکوینی قابل جعل و تشریح نیستند.

در فرض مسأله یعنی «از دست‌دادن فرصت» عرف آن را ضرر می‌داند، زیرا این نوع فرصت‌ها از لحاظ عرفی دارای ارزش و قابل تقویم به پول می‌باشد. لذا اشخاص حاضرند در برابر آن، هزینه‌های مادی و معنوی صرف کنند (کاظمی، ۱۳۸۰، ۲۲۰).

گاهی ممکن است نفس فرصت قطع نظر از تحقق یا عدم تحقق آن در آینده، از جهات دیگری دارای ارزش باشد. مثلاً شخصی که برای ارائه دستاورد علمی خود در محفل علمی شرکت می‌کند این که دستاورد او مورد تأیید واقع شود یا نه، یک امر احتمالی است. ولی قطع نظر از آن نفس شرکت در همایش یا مجمع علمی با ارزش است. براین اساس اشکالی که ممکن است مطرح شود مبنی بر مجهول بودن منافع بالقوه‌ای که از دست رفته، مرتفع می‌شود (کاظمی ۱۳۸۰، ۲۲۰).

البته در این موارد، ضرر غالباً و نوعاً معنوی است نه مادی، زیرا با این که ممکن است، نتیجه نهایی ممتنع باشد، باز نفس فرصت و برخورداری فرد از آن، نوعی رضایت خاطر ایجاد می‌کند. گاهی هم ضرر جنبه مادی دارد. در هر حال این موضوع اشکالی در نتیجه امر ایجاد نمی‌کند، زیرا ضرر معنوی هم باید جبران شود و در قابل جبران بودن زیان معنوی بحثی نیست و برخی از فقها به آن اشاره نموده‌اند (مراغه‌ای ۱۴۱۷، ۳۰۹). هر چند که درباره جبران آن از طریق مالی تردیدهایی وجود دارد.

محمدتقی بهجت، از کسانی است که به عدم ضمان در مسأله حر کسوب معتقدند اما کلام ایشان می‌تواند در ضمان از بین رفتن فرصت راه‌گشا باشد: ایشان می‌گوید: «اگر از استفاده از اموال و منافع منع کنند ضامن است ولی منع از منافع حر موجب ضمان نیست که منع از وجود منفعت است نه منع از انتفاع از منفعت موجوده، مگر این که حاکم تعیین کند در موردی که آن به منزله اتلاف است که حکم به ضمان می‌کند». جمله اخیر ایشان (مگر این که حاکم تعیین کند)، بیانگر معیار بودن تشخیص عرف و عقل در تشخیص ضرر می‌تواند باشد. در این مسأله، حاکم به عنوان یکی از عقلاء در تعیین و معرفی ضرر فوت فرصت، نقش بارزی ایفا می‌کند.

اشکال دیگری که در ضمان حر کسوب آمده و ممکن است در نظریه فرصت از دست رفته نیز مطرح شود این است که کاری در خارج انجام نپذیرفته و پرداخت پول به محبوس، در ازای کاری نبوده و از

مصادیق اکل مال به باطل است و آیه قرآن: (لا تأکلوا اموالکم بینکم بالباطل) آن را نفی می‌کند (عابدینی، ۱۳۸۳، ۳۸).

در جواب باید یادآور شد: انجام‌نشدن کار در خارج، به جهت حبس و ظلمی بوده که حبس‌کننده آن را روا داشته است و ربطی به شخص محبوس ندارد. در فوت فرصت نیز یکی از عواملی که باعث شده شخص به اهداف خود نائل نگردد، شخص مانع می‌باشد، که با توجه به مبنای آیت الله بهجت (در ضمان حر کسوب) به منزله اتلاف است.

### ۷- ادله فقهی و اصول کلی ناظر بر ضمان فوت فرصت

بعد از این که موضع بحث در این پژوهش که همان نفس « فرصت از دست‌رفته » است، نه آن ضرر نهایی؛ مشخص شد، تا اشکال‌هایی که در بخش عدم‌النتفع مطرح شده در این نظریه جایگاهی نداشته باشد. با این باور، قواعد و اصول کلی فقهی که برای اثبات ضمان از دست‌رفتن فرصت، می‌توان به آنها استناد کرد عبارتند از: قاعده لاضرر، اتلاف و تسبیب، جواز مقابله به مثل، نظم اجتماعی و بنای عقلا.

#### ۷-۱- قاعده لاضرر

به تحقیق، در صورتی می‌توان، برای قابل مطالبه دانستن خسارت فوت فرصت، به قاعده لاضرر استناد کرد که اموری احراز شود: اولاً از دست رفتن فرصت ضرر محسوب شود و ثانیاً قاعده لاضرر، اثبات حکم نماید.

در کتب لغت و از طرف اهل لغت معانی زیادی برای واژه ضرر آمده است که فقها و نویسندگان در کتب و مقالات خود آنها را مکرر ذکر نموده‌اند با بررسی این تعاریف، به نظر می‌رسد «ضرر» یا «خسارت» واجد یک مفهوم عرفی است و جزء واژه یا اصطلاحاتی است که در مقام توصیف واضح‌تر از تعریف می‌باشد. با توجه به این خصوصیت در تشخیص مصادیق آن نیز باید به عرف مراجعه کرد و دید که آیا عرف آن مورد خاص را ضرر می‌شمارد یا خیر.

به عنوان مثال شرایط و نحوه زندگی اکثر افراد در جوامع پیشرفته امروزی ایجاب می‌کند، هیچ شک و تردیدی در مورد ضرر دانستن حبس انسان آزاد کارگر یا تاجر یا غیر آن نباشد و به این ترتیب عرف، در قضاوت خود به الزامات زندگی اجتماعی و متعارف امور افراد جامعه بی‌اعتنا نبوده و از ملاک‌های نوعی در

تشخیص مصادیق و موارد ضرر استفاده کرده تا حقی معطل بر زمین نمانده و قسط و عدل را اجرا نماید. تشخیص مفهوم و مصادیق ضرر، یک امر موضوعی است که مبتنی بر فهم عرف است، نه یک امر حکمی. از این رو، می‌توان گفت: اظهار نظر فقیهان و حقوقدانان نمی‌تواند، بیش از برداشت آنان از معنا، حجیتی داشته باشد (اسماعیلی، ۱۳۷۴، ۸۱). واقعیت این است که در صدق ضرر بر اصل از دست رفتن فرصت، نزد عرف رایج، تردیدی وجود ندارد و به همین دلیل عامه مردم از دست رفتن فرصت را ضرر می‌دانند، چنان‌که عدم النفع در نزد ایشان از مصادیق ضرر به شمار می‌رود. اگرچه در زمینه تفسیر قاعده لاضرر میان فقها اختلاف نظر وجود دارد ولی به طور کلی می‌توان ادعا کرد که مفاد قاعده لاضرر متضمن این معنا است که در روابط اجتماعی، رفتاری که منتهی به ورود ضرری نامتعارف به افراد شود، مورد تأیید شارع قرار نمی‌گیرد (محقق داماد، ۱۴۰۶، ۱۵۰). حال چه قاعده لاضرر تنها به نفی حکم وجودی اکتفاء کند و یا امور عدمی نیز شامل شود این قاعده هر حکم ضرری را نفی می‌کند و تعیین مصادیق ضرر و موضوع حکم را به عهده عرف می‌گذارد، هرگاه از دست دادن فرصت، عرفاً ضرر تلقی شود، به شرط احراز سایر ارکان مسؤولیت، به تبع قابل جبران خواهد بود. ضررهای مالی با پرداخت معادل مالی و ضررهای روحی و معنوی با مقابله به مثل و یا با به صورتی که با وضع قوانینی که مورد تأیید و تصویب اهل فن باشد، جبران می‌شود.

## ۷-۲- اتلاف و تسبیب

دو قاعده دیگر که با استناد به آنها، فقها عدم‌النفع را قابل جبران دانستند، قاعده اتلاف و تسبیب است. استناد به این دو قاعده برای جبران عدم‌النفع در صورتی صحیح دانسته‌اند که به عدم النفع، مال صدق کند. زیرا، در مواد ۳۲۸ و ۳۳۱ قانون مدنی که مستند قاعده اتلاف و تسبیب است، موضوع آن دو قاعده «مال» است. برخی از فقیهان و مؤلفان حقوقی، با این ادعا که بر عدم النفع، مال صادق نیست، استناد به قاعده اتلاف و تسبیب را برای قابل جبران دانستن آن صحیح نمی‌دانند. به نظر آنها، مال چیزی است که فعلاً موجود باشد، ولی عدم النفع مال نیست، بلکه محروم‌شدن از کسب مال است (نجفی، ۱۴۱۲، ۱۵). صاحب جواهر در بحث منع مالک از فروش مال خود و نقصان قیمت کالا در نتیجه این امر می‌نویسد: «شایسته نیست که در عدم ضمان، تأمل کرد. زیرا تفویض مال به صورت مباشرت یا تسبیب صورت نگرفته است» (نجفی، ۱۴۱۲، ۱۵) و در جای دیگر می‌نویسد: «تسبیب در صورتی مقتضی ضمان است که به تلف مال تعلق بگیرد، ولی منفعت انسان آزاد معدوم است. در نتیجه، فرض تسبیب برای آن متصور نیست»



(همان، ۴۰). دیگری نیز با این استدلال که معنای اتلاف از بین بردن شیء موجود است و نه جلوگیری از تحقق وجود چیزی، تمسک به دو قاعده مزبور را صحیح نمی‌داند (حبیب‌اله رشتی، ۱۴۰۸، ۲۱). واقعیت این است که مال، یک مفهوم عرفی است. مال یعنی چیزی که بتواند مورد داد و ستد قرار گیرد و از نظر اقتصادی ارزش مبادله را داشته باشد (امامی، ۱۳۷۶، ۱۹). به همین دلیل است که منافع، مال شمرده می‌شود. آیت الله خوئی در استدلال به قاعده اتلاف تشکیک نموده می‌فرماید: اما وجه اینکه اتلاف عمل حرّ موجب ضمان بر متلف نمی‌شود این است که قاعده‌ی ضمان به وسیله‌ی اتلاف، روایت نیست تا در موارد مشکوک تمسک به اطلاق آن شود، بلکه قاعده‌ای است که از موارد خاص به دست آمده است و در نتیجه باید در موارد مسلم و یقینی از آن استفاده شود (خوئی، ۱۳۷۸، ۳۴ و ۳۶). ولی هر فردی بر توانایی، مهارت‌ها و تخصص‌های خود مالکیت دارد و می‌تواند آنها را در فرصت مناسب به دیگران واگذار کند که به تأیید عرف و عقلا در ازای این واگذاری، به وی مالی بپردازند و در تعریف مال گفته شده است: (المال ما یبذل بازائه مال). لذا همان گونه که اگر کسی تصرف عدوانی در ملک شخصی دیگری کند، غاصب است و باید ضررهای وارده را جبران نماید، تلف کردن فرصت‌های با ارزش که نتیجه آن، بی‌استفاده ماندن مهارت و تخصص افراد می‌شود نیز موجب ضمان می‌باشد. شاهد بر این مطلب قضاوت عرف مردم نسبت به کسی است که سبب اتلاف وقت و عمر افراد می‌شود. پس او را تالف می‌دانند و بر اساس قاعده تالف ضامن است. برخی، تحقق عنوان اضرار، تعدی و تفریط را شرط ثبوت ضمان در تسبیب دانسته‌اند؛ از این رو گفته‌اند: کسی که در مسیر عمومی در راستای مصلحت مردم چاهی کنده است اگر به تلف کسی بینجامد ضامن نیست (خوئی، ۱۴۱۳، ۲۴۲ و ۲۴۴-۲۴۵؛ نجفی، ۱۴۱۷، ۵۳)؛ لیکن بسیاری از فقها در شماری از احکام تسبیب، ثبوت ضمان را منوط به تقصیر و تعدی مسبب ندانسته‌اند، مانند موارد ضمان مرتبی شنای کودک، جاری‌کننده‌ی آب در ملک خود که به ملک دیگر نفوذ کند و راکب چارپا یا هدایت‌کننده‌ی آن (طوسی، ۱۰۲۶۰-۱۰۳: ۳؛ شهید ثانی، ۹۶۶، ۱۴۹-۱۵۰: ۱۰؛ نجفی، ۱۲۶۶، ۱۰۶ و ۱۳۶: ۱۰؛ خوئی، ۱۴۱۳، ۲۵۱-۲۵۲: ۲؛ اصفهانی، ۱۳۶۵، ۶۵۳؛ خمینی، ۱۴۰۹، ۱۹۲: ۲؛ سیستانی، ۲۴۷). از طرفی محقق رشتی تحقق سببیت را بدان می‌داند که مسبب یک فعل غیر اختیاری باشد، ولی به نظر می‌رسد در صدق سببیت لازم نیست فعل مسبب غیر اختیاری باشد بلکه «بی‌توجهی» شرط صدق سببیت می‌باشد، یعنی عمل بدون التفات انجام شده باشد چه غیر اختیاری باشد مانند افتادن در چاه و چه اختیاری مانند خوردن غذای سمی (شوشتری، ۱۴۰۸، ۱۵۰). تسبیب خود نوعی رابطه بین فعل و فاعل است که موضوع حکم عقلا است با

توجه به موارد یادشده، این دیدگاه در فقه مطرح شده است که صرف استناد عرفی فعل زیانبار (یعنی اتلاف) به مسبب، موجب ثبوت ضمان است و بنابر قاعده‌ی اتلاف یا تسبیب ضامن می‌باشد و در برخی موارد نیازی به اثبات مقصر بودن مسبب نیست؛ هرچند در مواردی تقصیر، راهی برای استناد عرفی فعل به مسبب می‌باشد (خویی، ۱۴۱۳، ۲۵۵-۲۵۶).

### ۷-۳- جواز مقابله به مثل

یکی از ادله‌ای که با استناد به آن می‌توان، خسارت از بین رفتن فرصت را مطالبه نمود، همان‌طور که برخی از فقها در بحث خسارت عدم‌النفع مطرح نموده‌اند جواز مقابله به مثل است که از آیاتی از قبیل «فمن اعتدى علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدى علیکم» (بقره، ۱۹۴) یا «جزأ سیئه سیئه مثلها» (شوری، ۴۰) استنباط می‌شود. بر اساس این آیات و آیات دیگری که به عنوان مستندات این قاعده فقهی ذکر شده است، هر گاه فردی موجب تفویت منفعت دیگری شود، از عامل آن، مطالبه نماید (انصاری، ۱۳۸۴، ۳۷۳). سید بحرالعلوم نسبت به عدم النفع ناشی از محرومیت از کار، استدلال می‌کند که حبس کننده، متعدی است و مجازات عمل بد، عملی مانند آن است که مجوز تقاص مظلوم می‌باشد (حسینی عاملی، ۱۴۱۸، ۴۷). با توجه به شباهت از دست رفتن فرصت با عدم‌النفع و نیز از آن‌جا که در بحث از دست رفتن فرصت خود فرصت دارای ارزشی است که می‌تواند مورد ضمان واقع شود استناد به این دلیل صحیح به نظر می‌رسد. اما، برخی فقیهان بیان داشته‌اند، آیات مزبور دلالتی بر ضمان و جبران خسارت ندارد. استدلال برای ضمان به آیات فوق مورد خدشه و مناقشه قرار گرفته است (انصاری، ۱۴۱۷، ۶۹). نهایت چیزی را که بتوان، از آیات مزبور (در ضمان حبس حر) استنباط کرد، این است که زیان دیده بتواند، حبس کننده را، برای مدت زمانی که حبس شده است، حبس نماید (انصاری، ۱۳۸۴، ۳۷۳). در صورت پذیرش این قاعده، در بحث فوت فرصت امکان مقابله به مثل به شکلی که بعضی از صاحب نظران پیشنهاد داده‌اند ممکن نیست. مثلاً بیماری که فرصت معالجه را از دست داده است چگونه می‌تواند فرصت معالجه را از پزشک سالم خود بگیرد و یا شخصی که فرصت مسابقه را از دست می‌دهد به چه صورت همین فرصت را از شخص خاطی از بین ببرد پس در این موضوع مقابله به مثل می‌تواند به شکل مطالبه خسارت ظاهر شود. گاهی ضرر نهایی مشخص است که دادرس مقدار آن را تشخیص می‌دهد و متضرر مطالبه می‌نماید و گاهی مقدار آن معلوم نیست مثل منفعت محتمل‌الحصول که باز صرف فرصت، به عنوان ارزش از دست رفته باید لحاظ

گردد. به این ترتیب شاید بهترین راه حل این باشد که این گونه امور به عقلای قوم یعنی متخصصین امر واگذار گردد تا با وضع قوانین مناسب و خاص همه افراد جامعه را به حقوق خویش برسانند.

#### ۷-۴- بنای عقلا

با مراجعه به زندگی خردمندان و رویه حاکم بر جامعه، این نکته مسلم مشاهده می‌گردد که عقلاً هنگامی که فردی، به عمد یا غیر عمد مبادرت به از بین بردن مال دیگری کند یا او را از تحصیل نفع مسلمی که قابل وصول باشد، محروم نماید، زیان‌زننده را مسؤول جبران خسارت وارده می‌دانند. بر اساس ادله مذکوره در باب ضمان به نظر می‌رسد مسؤولیت افراد در برابر اموال، نفوس و اعراض یک امر طبیعی و حقوقی است نه تعبدی و تشریحی تا نیازی به بیان جزء به جزء شارع داشته باشد و ذکر مواردی خاص در کتاب و سنت فقط به عنوان مصداق بوده است و در مقام حصر حکم به موارد بیان شده نیست، فقها نیز اغلب حکم را دائر مدار موارد مذکور ندانسته‌اند، بلکه از موارد ذکر شده می‌توان الغاء خصوصیت نمود. در غیر این صورت پویایی فقه مفهوم نداشت. شاید همین رویه موجب شده تا در قوانین کشورهای مختلف علاوه بر خسارت عدم‌النفع از بین رفتن فرصت را نیز قابل مطالبه بدانند. در اعتبار استناد به این دلیل باید گفت: بنای عقلا مطلقاً معتبر است و خصوصیتی برای بنای عقلانی موجود در زمان شارع مقدس نیست. پس اگر بنای عقلانی تازه بوجود آمده باشد، غیرشرعی نیست و بنای عقلا نیاز به امضای شارع ندارد بلکه عدم الردع کافی است. مانند حق التألیف که اگر چه در زمان شارع نبوده ولی در عمومات آیات و روایات می‌توان ردع یا عدم آن را به دست آورد. پس در بنای عقلا اصول کلی اسلام لحاظ می‌شود لذا در ردع بر بنای عقلا یا عدم آن مطابقت با شرع مقدس لازم نمی‌باشد (شوشتری، ۱۴۲۷، ۶۱). این سیره به عنوان یک ارتکاز عقلانی است که در مرتکبات جمیع عقلای عالم در تمام زمان‌ها وجود دارد، به طوری که اگر فردی فرصت ارزشمندی را از شخص محترمی سلب نماید ولی او را موظف به پرداخت غرامت ندانیم، یک امر نامطلوب و غیر قابل قبولی در نزد عقلا محسوب می‌شود. بنابراین، بر طبق سیره عقلانیه نباید تردیدی نسبت به ضمان از بین رفتن فرصت وجود داشته باشد، به خصوص که امروزه در بسیاری از موارد موجب اختلال در نظم عمومی می‌گردد.

#### ۷-۵- اقتضای نظم عمومی

وجود نظم و انضباط در جوامع مدنی امری حیاتی است و قانون، وسیله ضروری این مهم است.

حکومت‌ها برای حفظ نظم عمومی و آرامش اجتماعی ناچار به وضع قواعدی هستند تا روابط شهروندان به گونه‌ای تنظیم شود که هرکس، بدون ایجاد تهدید برای منافع دیگران، از امتیازهای خویش بهره گیرد. قانون در ایفای چنین نقشی آن‌گاه کارایی دارد که همگان به ویژه افراد حکومتی در هر رده‌ای خود را ملزم به رعایت آن کرده و کارهای خود را بر آن منطبق سازند. فلسفه‌ی بسیاری از قواعد از جمله قاعده فراش، قاعده سوق، قاعده احسان، قاعده ید، قاعده اتلاف، همان فلسفه کلی تشریح احکام و نظام قانونگذاری عام یعنی نظم عمومی و ممانعت از اختلال و هرج و مرج در امور اجتماعی است. اهتمام شارع به نظم عمومی به عنوان فلسفه احکام به قدری مشهود است که اگر اجرای خود احکام نیز در بعضی شرایط مستلزم ایجاد هرج و مرج و بی‌نظمی باشد، شارع با ایجاد قاعده فقهی، مانع از اجرای آن حکم می‌شود. مفاد و مضمون قاعده نفی عسروجرج، رفع حکم اولیّه حرجی در شرایط ویژه است و لاضرر از این نوع است. از دیگر دلیل‌های فقهی مبنی بر ضمان فوت فرصت می‌توان از قاعده اقتضای نظم اجتماعی نام برد؛ به این معنا که اگر اتلاف وقت و فرصت افراد آثاری چون ضمان و تقاص در بر نداشته باشد، هر کسی به راحتی به خود اجازه می‌دهد تا به عمد هر نوع تفویضی مرتکب شود و یا در وظایف و مسؤولیت خود اهمال و بی‌توجهی نماید چون خود را به هیچ شکلی مسؤول نمی‌داند. رواج چنین تفکری، موجب می‌شود تا جامعه پر از ظلم و تجاوز گردد. اما در صورتی که قانون وقت و فرصت شهروندان را ارزشمند بدانند، افراد جامعه نیز خود را در مقابل هموعان خود مسؤول می‌دانند و موجبات اتلاف وقت دیگران فراهم نخواهند کرد و بدین ترتیب، نظم بیشتری هم در جامعه و محاکم قضایی فراهم می‌گردد. بنابراین عملکرد اتلاف-کنندگان فرصت مردم در ادارات و عدم پاسخ به مراجعه‌کننده که گاهی با امضاء به موقع یک نامه اداری فرصت استخدام در یک مؤسسه یا اداره دولتی را به دست می‌آورد و یا ممکن است تأخیر در امضاء آن این فرصت را از او بگیرد، دارای حکم وضعی است و ضامن وقت مردمی هستند که شغل و کار مشخصی دارند و اکنون عمرشان بی‌جهت تلف می‌شود و از کسب منافع مورد انتظارشان یا دفع ضررخاص باز می‌مانند. بی‌تردید وجود این رویه در بعضی مراکز خدماتی و اجتماعی یا قضایی می‌تواند منجر به ضایع شدن حقوق افراد زیادی در اجتماع گردد که تدوین قوانین مناسب راه را برای این گونه بی‌عدالتی‌ها مسدود می‌نماید.

#### ۸- نتیجه

عمر و فرصت افراد از هر قشر و طبقه‌ای که باشند، ارزشمند است بلکه ارزش عمر افراد از ارزش مالشان بیشتر است؛ با توجه به برداشت عرف از ماهیت مال، ادله‌ای که ضمان مال را بیان می‌کند، با

اولویت قطعی ضمان از دسترفتن فرصت را در بر می‌گیرند و از آنجا که هدف از قوانین مسؤولیت مدنی جبران ضرر است، وجود ضرر به عنوان رکن اساسی مطرح می‌گردد و تعیین ضابطه آن با عرف است. بنابراین اگر در موردی عرف، نفس فرصت را دارای ارزش دانست، تردیدی نیست که فقدان آن ضرر محسوب شده و ایجاد مسؤولیت می‌کند، اما در غالب موارد نفس فرصت از دسترفته، خود دارای ارزش مستقل است (معنوی یا مادی) که از دسترفتن آن ضرر مسلم است. با توجه به بررسی جایگاه این موضوع در فقه، این بحث استنباطی و تفریعی است و در آیات و روایات چنین عنوانی وجود ندارد. البته آیات و روایات و اصول کلی وجود دارد که به عنوان کبرای موضوع می‌تواند واقع شود. لذا جبران این نوع خسارت-ها، موافق با اصول و قواعد فقهی چون قاعده لاضرر، اتلاف و تسبیب، جواز مقابله به مثل و به خصوص بنای عقلا است و به نظر می‌رسد که پذیرش ضمان این نوع ضرر در حقوق ایران با اشکال منطقی مواجه نباشد. به ویژه اینکه در اکثر نظام‌های حقوقی مطرح دنیا، قابل جبران بودن این نوع ضرر پذیرفته شده است با توجه به اهمیت عرف در فقه امامیه، پذیرش آن با عدالت و انصاف سازگارتر است. اما در مورد چگونگی محاسبه این نوع خسارت باید متذکر شد؛ همان گونه که عمر افراد مختلف، دارای ارزش‌های متفاوتی برای صاحبان آنان است، ضمان این ارزش توسط اهل فن محاسبه می‌شود. تعیین قیمت مشخص برای هر نوع فرصت براساس سوابقی که شخص در حال عادی انجام می‌دهد است و یا با توجه هم صنف‌های مشابه و همچنین میزان آلام و ناراحتی او می‌تواند ارزیابی شود و به صورت قانون مشخص، ارائه شود.

### فهرست منابع

- ۱- اسماعیلی، محسن، (۱۳۷۷)، نظریه خسارت، امیرکبیر، تهران، چاپ اول.
- ۲- الفقیه، محمدتقی، (۱۴۰۷)، قواعد الفقه، دارالاضواء، بیروت، چاپ دوم.
- ۳- امینی، منصور، ناطق نوری، سوده، (۱۳۹۰)، مطالعه تطبیقی نظریه ازدست رفتن فرصت، پژوهش‌های حقوق تطبیقی، دوره ۱۵، شماره ۳، ۳۷-۲۱.
- ۴- انصاری، شیخ مرتضی، (۳۹۰)، رسائل، اسماعیلیان، قم.
- ۵- باریکلو، علیرضا، (۱۳۸۷)، مسؤولیت مدنی، بنیاد حقوقی میزان، تهران، چاپ دوم.
- ۶- بجنوردی، سیدحسن آقابزرگ موسوی، (۱۴۱۹)، القواعد الفقهیه، ۷ جلد، نشر الهادی، قم - ایران.
- ۷- بحرانی، شیخ یوسف، (۱۴۱۹)، الحدائق الناظره فی احکام العتره الطاهره، جلد ۲۱، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.

- ۸- بهرامی، حمید، (۱۳۷۰)، سوءاستفاده از حق، مؤسسه اطلاعات، تهران.
- ۹- تبریزی، جعفری، محمدتقی، (۱۴۱۹)، رسائل فقهی (علامه جعفری)، دریک جلد، مؤسسه منشورات کرامت، تهران.
- ۱۰- حسینی عاملی، محمدجواد، (۱۴۱۸)، مفتاح الکرامه، جلد ۱۴، دارالتراث، بیروت، چاپ اول.
- ۱۱- حلی، علامه، حسینی و سفین مطهراسدی، (۱۴۱۸)، تذکره الفقهاء، جلد ۲، مؤسسه آل‌البیت علیهم السلام، قم.
- ۱۲- خمینی، سیدروح الله موسوی، (۱۴۰۹)، تحریر الوسیله، مؤسسه مطبوعات دارالعلم، قم.
- ۱۳- خوبی، سیدابوالقاسم، (۱۳۶۸)، مصباح الفقاهه، مقرر، محمدعلی توحیدی، انتشارات وجدانی، قم، چاپ دهم.
- ۱۴- خوبی، سیدابوالقاسم موسوی، (بی تا)، مبانی تکمله المنهاج، ۲ جلد.
- ۱۵- سیستانی. سیدعلی حسینی، (بی تا)، منهاج الصالحین؛ مکتب آیت الله سیدسیستانی، قم.
- ۱۶- شوشتری، سیدمحمدحسن مرعشی، (۱۴۲۷)، دیدگاه‌های نودر حقوق، دوجلد، نشر میزان، تهران.
- ۱۷- صافی گلپایگانی، لطف‌الله، (۱۳۸۵)، جامع الاحکام، دفتر نشر آثر آیت الله صافی گلپایگانی، قم.
- ۱۸- طباطبائی، سیدعلی، (۱۴۲۷)، ریاض المسائل فی بیان الاحکام بالادلة؛ مرکز نشر العلوم الاسلامی، تهران.
- ۱۹- کاتوزیان، ناصر، (۱۳۸۲)، الزام‌های خارج از قرارداد، انتشارات دانشگاه تهران.
- ۲۰- کاضمی، محمود، (۱۳۸۰)، نظریه ازدست دادن فرصت در مسؤولیت مدنی، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، ش ۵۲، ص ۲۲۸-۱۸۵، تهران.
- ۲۱- گیلانی، نجفی، میرزاحبیب الله رشتی، (۱۴۰۸)، فقه الامامیه، مکتبه الداوری.
- ۲۲- عابدینی، احمد، (۱۳۸۸)، ربا در حالت تورم و ضمانت سقوط پول، انتشارات اقیانوس معرفت، اصفهان.
- ۲۳- میرزای قمی، (۱۳۳۲)، جامع الشتات، مؤسسه تحقیقات و نشر معارف اهل البیت.
- ۲۴- میرفتاح مراغه‌ای، (۱۴۱۷)، العناوین، جداول، مؤسسه النشر الاسلامی، قم.
- ۲۵- محقق داماد، سیدمصطفی، (۱۳۷۰)، قواعد فقه (بخش مدنی)، اندیشه‌های نو در علوم اسلامی، تهران، چاپ سوم.
- ۲۶- محمدی، ابوالحسن، (۱۳۷۰)، قواعد فقه، نشر یلدا، تهران، چاپ اول.
- ۲۷- مکارم شیرازی، ناصر، (۱۳۸۲)، القواعد الفقهیه، جداول، منشورات دارالعلم، قم.
- ۲۸- نائینی، میرزاحمدحسین غروی، (۱۳۸۲)، منیه الطالب فی حاشیه مکاسب، المکتبه المحمدیه، تهران.
- ۲۹- نجفی، شیخ محمدحسن، (۱۴۱۲)، جواهر الکلام، جلد ۲۶، دارالکتب الاسلامی.