

مسئولیت وکیل مستعفی در قبال خسارت‌های وارد به موکل

بنت الهدی شفیعی^{۱*}، علی تولائی^۲، سمانه شریعتمداری^۳

۱. کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی، پردیس فارابی دانشگاه تهران

۲. استادیار دانشکده علوم انسانی، دانشگاه یزد

۳. کارشناس ارشد فقه و حقوق اسلامی، دانشگاه یزد

(تاریخ دریافت: ۹۱/۷/۱۳؛ تاریخ تصویب: ۹۱/۱۰/۱۶)

چکیده

"وکالت"، عقدی جایز است و به موجب ماده ۶۷۸ قانون مدنی، به سبب عزل موکل یا استعفای وکیل، مرتفع می‌شود. طبق متون فقهی، وکیل امین می‌باشد و جز در صورت تعدی و تفریط، ضامن نخواهد بود. اما آیا وکیل می‌تواند با استفاده از حق خود، بدون توجه به وضعیت موکل و اقداماتی که انجام داده است، استعفا داده و امور مربوط به موکل را رها سازد؟ در این صورت، آیا می‌توان گفت در قبال موکل هیچ گونه مسئولیتی ندارد، یا این که استعفای بی مورد او به مثابه تعدی و تفریط تلقی شده و مسئول خسارت‌های وارده به موکل است؟ پاسخ به این سؤال در گرو تبیین نوع وکالت، شرایط وکیل، زمان و اوضاع و احوال مربوط به استعفای وکیل است. رفتارهایی چون عدم اعلام به موقع استعفا به موکل، نابهنگام بودن استعفا، تقصیر و قصد اضرار وکیل نیز مسلماً او را در موضع مسئولیت قرار خواهد داد. در این موارد، رفتار وکیل، مشمول یکی از این مبانی فقهی و حقوقی است: قاعده «لا ضرر»، نظریه «سوء استفاده از حق» و نظریه «از دست دادن فرصت». «ماهیت ضرر و زیان وارد شده به موکل» نیز مورد توجه خواهد بود.

واژگان کلیدی

از دست دادن فرصت، استعفا، تقصیر، سوء استفاده از حق، ضرر، مسئولیت وکیل، موکل.

طرح مسئله

"وکالت"، عقدی است جایز و به تصریح قانون مدنی، به سبب عزل موکل یا استعفای وکیل مرتفع می‌شود، مگر این که وکالت وکیل یا عدم استعفای او، ضمن عقد لازمی مانند بیع، شرط شده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۷، ص ۴۴۸ و ماده ۶۷۸ ق.م). سؤال مهمی که در این جا پیش می‌آید، این که آیا وکیل، با استفاده از حق خود در استعفا از وکالت، می‌تواند بدون توجه به شرایط و وضعیت موکل و اقداماتی که انجام داده است، دست به استعفا بزند و امور مربوط به موکل را رها نماید؟ در این صورت آیا می‌توان گفت وکیل، در قبال موکل هیچ‌گونه مسئولیتی ندارد؟ به عنوان مثال: وکیلی که برای پی‌گیری و دفاع از دعوایی منصوب شده، می‌تواند در یک زمان نامناسب، پی‌گیری پرونده را رها کند و با استعفا، خود را از مابقی جریانات پرونده کنار بکشد؟

قانون مدنی به این سؤالات پاسخ روشنی نداده است. در ماده ۶۶۶ این قانون، به طور کلی بیان شده است: «هرگاه از تقصیر وکیل، خسارتی به موکل وارد شود که عرفاً وکیل، مسبب آن محسوب می‌گردد، وکیل مسئول خواهد بود.» بر اساس این ماده، اگر وکیل در جایی که قرارداد وکالت وجود دارد، از اجرای آن خودداری نموده، یا آن چه را برعهده دارد به تأخیر اندازد، به نحوی که به ورود خسارت به موکل منجر شود، مسئول زیان‌هایی خواهد بود که از این راه به موکل وارد می‌شود. این امر بنا به تأکید برخی حقوق‌دانان، با حق استعفای وکیل منافاتی ندارد؛ زیرا درست است که وکیل می‌تواند هرگاه بخواهد عقد را فسخ کند، اما تا زمانی که عقد گسسته نشده است، به اجرای آن متعهد و مسئول پیامدهای احتمالی تخلف خویش خواهد بود (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۷۶). ممکن است گفته شود: این ماده را می‌توان با تفسیر موسع، شامل خسارت‌های ناشی از استعفای وکیل دانست؛ زیرا این ماده تمام مواردی را که از تقصیر وکیل، خسارتی به موکل وارد می‌شود، شامل می‌شود. بر این اساس، چنان چه به دلیل تقصیر وکیل مستعفی، خسارتی به موکل وارد شود، می‌توان به استناد این ماده، او را مسئول به حساب آورد. اما آن چه صحیح‌تر به

نظر می‌رسد این است که با توجه به مبانی فقهی ماده ۶۶۶ ق.م، این ماده، تنها در مورد تعدی یا تفریط وکیل در اعمالی است که به عنوان وکالت انجام می‌دهد. از طرفی قرار گرفتن ماده ۶۶۶ در فصلی با عنوان «تعهدات وکیل» و سیاق سایر مواد این مبحث، می‌تواند تأییدی بر این برداشت باشد. ماده دیگری که به ضمان وکیل اشاره نموده، ماده ۴۵ ق.آ.د.م مصوب ۱۳۷۹ است. در این ماده آمده است: «وکیلی که در وکالت نامه حق اقدام یا حق تعیین وکیل مجاز در دادگاه تجدیدنظر و دیوان عالی کشور را داشته باشد، هرگاه پس از صدور رأی یا در موقع ابلاغ آن، استعفا و از رؤیت رأی امتناع کند، دادگاه باید رأی را به موکل ابلاغ نماید. در این صورت، ابتدای مدت تجدیدنظر و فرجام خواهی، روز ابلاغ به وکیل یاد شده محسوب می‌شود، مگر این که موکل ثابت نماید از استعفای وکیل بی‌اطلاع بوده است. در این صورت ابتدای مدت از روز اطلاع وی محسوب خواهد شد و چنان چه از اقدام وکیل، ضرر و زیانی به موکل وارد شود، وکیل مسئول می‌باشد. در خصوص این ماده، دادخواست تجدیدنظر و فرجام وکیل مستعفی، پذیرفته می‌شود و مدیر دفتر دادگاه موظف است به طور کتبی به موکل اخطار نماید که شخصاً اقدام کرده یا وکیل جدید معرفی کند و یا اگر دادخواست ناقص است، نقص آن را برطرف نماید».

در این ماده دو عبارت قابل توجه است:

- الف. در صورت استعفا و امتناع وکیل از رؤیت رأی، دادگاه مکلف است رأی را به موکل ابلاغ کند. بدیهی است این تدبیر به این جهت پیش‌بینی شده است که از ضررهای احتمالی که ممکن است بر اثر بی‌اطلاعی موکل ایجاد شود، جلوگیری نماید.
- ب. بر اساس قانون پیشین مصوب سال ۱۳۱۸^۱، در صورت استعفای وکیل یا امتناع او

۱. ماده ۶۷ قانون آیین دادرسی مدنی مصوب ۱۳۱۸: «وکیلی که در وکالت نامه حق دادرسی در دادگاه بالاتر هم به او داده شده باشد و مجاز برای دادرسی در دادگاه بالاتر باشد و یا حق تعیین وکیل مجاز برای دادرسی در دادگاه بالاتر را داشته باشد، هرگاه پس از صدور رأی یا در موقع ابلاغ، استعفا کند و از رؤیت امتناع نماید، مؤثر در ابلاغ نخواهد بود و ابتدای مدت پژوهش یا فرجام از روز ابلاغ به وکیل محسوب است و هرگاه از این حیث زیانی به موکل وارد شود، وکیل مسئول خواهد بود. در مورد این ماده دادخواست پژوهش و یا فرجام وکیل مستعفی پذیرفته می‌شود و مدیر دفتر دادگاه مکلف است به موکل کتبا اخطار نماید که وکیل خود را تعیین و معرفی نماید»

از رؤیت رأی، ابتدای مدت پژوهش یا فرجام در هر حال، از زمان ابلاغ به وکیل محسوب می‌شد و موکل در صورت بی‌اطلاعی، تنها می‌توانست ضررهای وارد را از وکیل مطالبه نماید. اما بر اساس قانون جدید، موکل می‌تواند بی‌اطلاعی خود از استعفای وکیل را ثابت کند. در این صورت، ابتدای مدت از روز اطلاع او محسوب می‌شود. به علاوه می‌تواند ضرر و زیان وارده از جهت اقدام وکیل را از او مطالبه نماید.

ماده ۳۶ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵ مقرر می‌دارد: «در صورتی که وکیل بخواهد از وکالت استعفا نماید، باید قبلاً طوری به موکل و محکمه اطلاع دهد، که موکل بتواند وکیل دیگری در موقع برای خود معین و به محکمه معرفی کند». گفتنی است ماده ۴۵ قانون آ.د.م سال ۱۳۷۹، به گونه مطلق مسئولیت وکیل را در صورت استعفا و ورود خسارت به موکل بیان داشته است. اطلاق این ماده مورد تردید است؛ زیرا چگونه می‌توان از یک سو، حق استعفای وکیل را به رسمیت شناخت و از سوی دیگر او را در مورد خسارت‌های وارده به موکل مسئول دانست، گرچه ناشی از تقصیر یا تعدی و تفریط او هم نباشد؟! برای توجیه این مسئله، نظرات متعددی مطرح شده است که در ادامه به آن‌ها اشاره خواهد شد. از طرفی با وجود تدبیر اندیشیده شده در ماده مذکور، فرض ورود ضرر و زیان از اقدام وکیل، بسیار نادر خواهد بود؛ زیرا دادگاه در صورت استعفای وکیل، موظف است رأی را به موکل ابلاغ نماید، بنابراین، چنان چه دادگاه این عمل را به موقع به انجام برساند، به سبب استعفای وکیل و امتناع او از رؤیت رأی، ضرر و زیانی به موکل وارد نخواهد شد. از این گذشته با فرض ابلاغ رأی به موکل، ادعای او مبنی بر عدم اطلاع از استعفای وکیل، وجهی نخواهد داشت، مگر آن که دادگاه در وظیفه قانونی خود کوتاهی کرده و رأی را به موقع ابلاغ نکرده باشد؛ یا به دلایلی چون مقررات و ضوابط اداری، ابلاغ در مهلت مقرر برای تجدیدنظر میسر نباشد و حکم، زمانی به موکل ابلاغ شود که مهلت قانونی تجدیدنظر پایان یافته باشد. این جاست که تصور وارد شدن ضرر و زیان به موکل، به سبب استعفای وکیل، دور از ذهن نبود و نیازمند کنکاش خواهد بود.

و اگر دادخواست ناقص باشد، نقص آن را رفع نماید».

۱. کلیات

۱.۱. وکالت از دیدگاه فقها

فقهای امامیه، وکالت را عقدی جایز الطرفین دانسته اند (نجفی، بی‌تا، ص ۳۶۵؛ الموسوی الخوئی، ۱۴۱۰ق، ص ۲۴۰؛ شیخ طوسی، ۱۳۸۷، ص ۳۶۰؛ الموسوی الخمینی، بی‌تا، ص ۴۵؛ الحسینی العاملی، بی‌تا، ص ۵۲۳). بنابراین، هر یک از طرفین عقد، یعنی وکیل و موکل می‌تواند در هر زمان، بدون اعلام علت و به میل خود آن را منحل کند. فقهای حنفی، اصل در وکالت را جائز الطرفین می‌دانند، به جز در مواضعی که مورد وکالت متعلق حق غیر باشد که در این صورت، وصف لزوم بر آن عارض می‌شود؛ مانند وکالت در بیع رهن و وکالت در تسلیم عین مال به دیگری در غیاب موکل.

مالکیه اعتقاد دارند، چنانچه وکیل با خصم، سه جلسه متوالی نزد حاکم حاضر شود، هر چند در یک روز باشد، وکالت مطلقاً لازم می‌شود و هیچ یک حق فسخ آن را ندارند؛ مگر با عذر قابل قبول.

شافعیه معتقدند که وکالت از عقود جائز است، جز در دو حالت که لازم می‌شود؛ یکی در حالتی که کناره‌گیری وکیل از وکالت، مستلزم تلف یا نقضی در مال موکل شود و دیگر در زمانی که وکالت با لفظ اجاره محقق شده باشد.

حنابله هم بدون ذکر این قیود، وکالت را از عقود جائز دانسته اند^۱ (الجزیری، ۱۴۲۴، ص ۱۸۱).

قابل ذکر است فقهای امامیه، ید وکیل را ید امانی می‌دانند. بنابراین، جز در مورد تعدی یا تفریط، وکیل در مورد ضرری که به موکل وارد می‌شود مسئول نخواهد بود. در این مورد هم تفاوت نمی‌کند که وکالت مجانی باشد یا در برابر اجرت (الحسینی العاملی، بی‌تا، ص ۶۰۰؛ الموسوی الخمینی، بی‌تا، ص ۸۳؛ نجفی، بی‌تا، ص ۴۲۱؛ العاملی الجبعی و

۱. برای دیدن تفصیل نظرات فقهای اهل سنت رک: مجموعه من المؤلفین، مجله جامعه ام القرى، ش ۱۳،

شهیدثانی، ۱۳۸۴، ص ۲۸۳) عدم ضمان وکیل هم در مواردی که مورد وکالت تلف یا ناقص شود یا ضرری به موکل وارد شود، به واسطه حاکمیت و شمول قاعده عدم ضمان امین است که در تمام کتاب‌های قواعد فقهی، از آن به نحو مبسوط یاد شده است (الموسوی البجنوردی، ۱۴۱۳، ص ۶ و ۹۱). یکی از موارد بحث ما در این مقاله، که با بحث امین بودن وکیل در ارتباط است، این که آیا می‌توان استعفای نابهنگام وکیل را، در صورتی که به ایراد ضرربه موکل، یا مانع تحصیل منفعتی احتمالی از جانب او منجر گردد، به نوعی تعدی از حدود اذن متعارف دانست و به این استناد، او را در مورد جبران زیان وارده مسئول دانست؟

۲.۱. شیوه‌های انحلال وکالت

"وکالت"، عقدی است جائز؛ اما این عقد، با اعتماد و تکیه بر شخصیت طرفین بسته می‌شود. بنابراین، طبیعی است که به خواست هریک از دو طرف یا فوت و حجر یکی از آنان منحل شود. ماده ۶۷۸ ق.م در این باره اذعان می‌دارد: «وکالت به طریق ذیل مرتفع می‌شود: ۱. به عزل موکل، ۲. به استعفای وکیل، ۳. به موت یا جنون وکیل یا موکل». موارد انحلال وکالت را به دو گروه می‌توان تقسیم نمود:

۱. موارد فسخ، که به اراده وکیل یا موکل صورت می‌گیرد. وجه تمایز این گروه در لزوم اعلام فسخ است که به انحلال وکالت منتهی می‌شود و در هیچ صورتی به صورت قهری و خود به خود انجام نمی‌گیرد. عزل موکل و استعفای وکیل، در این دسته جای می‌گیرند.

۲. موارد انفساخ، بدون احتیاج به تصمیم خاص و به حکم قانون انجام می‌شود؛ مانند فوت یا جنون یکی از دو طرف که عقد را خود به خود منحل می‌کند. از بین رفتن مورد وکالت، محجوریت موکل یا وکیل در مواردی که مانع توکیل یا اقدام است و اجرای مورد وکالت توسط موکل قبل از اقدام وکیل، از جمله موارد انفساخ عقد وکالت هستند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۹۵؛ شهید ثانی، ۱۳۸۴، ج ۴، ص ۳۷۰ و محقق حلی، ۱۳۸۹، ج ۲، ص ۴۲۶).

از نگاهی دیگر، می‌توان اسباب انحلال وکالت را به دو دسته تقسیم نمود:

۱. اسباب عام: اسبابی که به قاعده عمومی قراردادها بر می‌گردد؛ مانند اتمام عمل موضوع وکالت، فسخ، افلاس و نقص در اهلیت، انقضای مدت معین برای اجرای وکالت.
۲. اسباب خاص: اسبابی که مختص عقد وکالت است، این اسباب دارای دو خصوصیت است: یکی اعتبار و شخصیت موکل و وکیل و دیگری جایز بودن عقد وکالت (السنهوری، ۱۳۸۳، ص ۷۹).

با این توضیح، استعفای وکیل را می‌توان از اسباب خاص انحلال وکالت به شمار آورد. نکته قابل ذکر دیگر این که وکالت به محض تحقق یکی از اسباب انحلال وکالت پایان نمی‌پذیرد؛ بلکه لازم است وکیل از آن آگاه شود. برای مثال: در مورد عزل وکیل یا فوت موکل، چنانچه وکیل قبل از آگاه شدن از عزل خود یا فوت موکل، اعمالی در جهت اجرای وظیفه خود انجام دهد، نافذ خواهد بود (السنهوری، ۱۳۸۳، ص ۸۳).

۲. مسئولیت وکیل مستعفی

استعفای وکیل اگر در جریان دادرسی باشد و در فرجه ای صورت گرفته که حقی از موکل ضایع نگردد، مشکلی ایجاد نخواهد کرد؛ اما در صورتی که اعلام استعفای وکیل در هنگامی باشد که موجب تضییع حق از موکل شود، وکیل مسئول خسارات وارده خواهد بود؛ زیرا عملاً با این اقدام، قدرت دفاع به موقع را از موکل سلب کرده است؛ چرا که ممکن است بدین سبب، رأی علیه موکل وکیل مستعفی صادر گردد. چند صورت در مورد مسئولیت وکیل مستعفی به نظر می‌رسد: صورت اول این است که شرایط ضرر قابل جبران و قابل مطالبه در مورد ضرری که به موکل در نتیجه استعفای وکیل وارد شده وجود داشته باشد. به عبارت دیگر، ضرر محقق و مسلم (اعم از مادی و معنوی)، فعل زیان بار و رابطه سببیت بین تقصیر وکیل و زیان وارده وجود دارد. در این صورت، ارکان مسئولیت مدنی کامل‌اند و بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی، می‌توان وکیل را به جبران خسارت وارده به موکل ملزم کرد. از طرف دیگر، ضرری قابل جبران بر اساس این قواعد است که مسلم، مستقیم، مشروع، شخصی، جبران نشده، قابل پیش‌بینی باشد و ناشی از فعل زیان‌دیده

نباشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۲-۲۴۳). رکن دیگر مسئولیت مدنی، ارتکاب فعل زیان بار است. این فعل باید در نظر اجتماع ناهنجار باشد و نیز در قانون برای آن مجوزی قرار داده نشده باشد (دالوند، ۱۳۸۶، ص ۲۱ و ۲۲). ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، به عبارت بدون مجوز قانونی اشاره نموده است؛ یعنی اگر فعل با مجوز قانونی صورت پذیرد، شخص، در مورد خسارت ناشی از آن مسئول نیست. در غیر قانونی بودن فعل زیان بار، به ذات عمل توجه می‌شود که باید ذاتاً و نوعاً نامشروع باشد؛ بنابراین، در مورد اتلاف که مسئولیت بر تقصیر مبتنی نیست، خود تلف کردن مال که از فعل نامشروع (غیر قانونی) سر می‌زند، موجب مسئولیت می‌شود؛ هر چند به تقصیر فاعل مستند نباشد (دالوند، ۱۳۸۶، ص ۲۲). با توجه به این که وکالت عقدی است جائز، استعفای وکیل را نمی‌توان عملی نامشروع و بدون مجوز قانونی عنوان کرد. رکن سوم مسئولیت مدنی، وجود رابطه سببیت بین فعل زیان بار و خسارت وارده است، در حالی که در مثال مورد بحث ما، این تنها یک احتمال است که اگر استعفای نابهنگام وکیل نبود، زیان هم که عبارت است از اتمام فرصت تجدیدنظر یا فرجام خواهی، وارد نمی‌شد. احتمال دیگر هم این است که رأی بدوی حتی در صورت تجدیدنظر یا فرجام خواهی در دادگاه عالی تأیید می‌شد. بنابراین، نمی‌توان به طور قطع بین استعفای وکیل و زیان وارده به موکل رابطه سببیت را احراز نمود. لذا در حالت عادی، با استناد به قواعد عام مسئولیت مدنی نمی‌توان حکم به الزام وکیل به جبران خسارت وارده داد. تنها راه، استناد به نظریه‌هایی است که در ذیل مورد اشاره قرار می‌گیرد و با عنوان مبانی ضمان وکیل می‌توان آن‌ها را مورد بررسی قرار داد.

۱.۲. نظریه‌های ارائه شده برای توجیه ضمان وکیل مستعفی

۱.۱.۲. تعدی و تفریط وکیل (قواعد عمومی مسئولیت مدنی)

اولین راه حل این است که به تعدی و تفریط وکیل استناد شود. با توجه به امانی بودن عقد وکالت، وکیل امین است و نسبت به تلف آن چه در اختیارش قرار دارد، ضامن نیست، جز در صورت تعدی و تفریط (محقق حلی، ۱۳۸۹، ص ۴۸۳؛ شهیدثانی، ۱۳۸۴، ص ۳۸۴ و نجفی، بی تا، کتاب الوکاله). برای استناد به قواعد عام مسئولیت، باید تعدی و تفریط وکیل

یا عدم رعایت مصلحت موکل از جانب او به اثبات برسد؛ به این صورت که استعفای نابهنگام او، در زمانی که می‌داند موکل وقت کافی برای توکیل به غیر یا اتخاذ تصمیم دیگری را ندارد؛ از مصادیق تعدی و تفریط یا در نظر نگرفتن مصلحت موکل قلمداد کنیم. در این صورت است که عمل مشروع وکیل، ید امانی او را به ید ضمانی تبدیل می‌کند و او در مورد زیان وارده به موکل مسئول شناخته می‌شود. بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی، از جمله ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی، وکیل، در برابر افرادی چون موکل، طرف مقابل، همکاران حرفه‌ای خود، قضات و دادستان، دارای مسئولیت مدنی است؛ بدین معنا که علاوه بر دارا بودن مسئولیت قراردادی ناشی از عقد وکالت، مسئولیت قهری نیز دارد (قهرمانی، ۱۳۷۷، ص ۴۵). این مسئولیت بر اساس قانون است نه قرارداد. به طور خاص نیز در مواد ۴۵ قانون آ.د.م و ماده ۳۶ قانون وکالت مصوب ۱۳۱۵، به ضمان وکیل در صورت اضرار به موکل در اثر استعفای نابهنگام و عدم اطلاع به موقع به موکل، اشاره شده است. دلیل این امر آن است که وکیل نسبت به موکل در این گونه مواقع مانند اشخاص ثالث است و طبق مقررات مربوط به قاعده تسبیب، ضامن می‌باشد و اجازه در انجام دادن امر وکالت، از او رفع مسئولیت نمی‌کند (صدقی طارمی، ۱۳۷۴، ص ۹۴).

۲.۱.۲. سوء استفاده از حق^۱

نظریه دوم که برای توجیه ضمان وکیل مستعفی ارائه شده است، نظریه منع سوء استفاده از حق می‌باشد. در بسیاری از موارد، منشأ ایجاد مسئولیت، نامشروع بودن نفس عملی است که با ضرر ارتباط دارد. به عبارت دیگر: صاحب عمل، حق انجام دادن آن عمل را نداشته است. لذا با انجام دادن آن، شرط اصلی ایجاد مسئولیت را به وجود آورده است. اما این سؤال نیز قابل طرح است که در صورت داشتن حق مشروع، چگونگی استفاده و به کار بردن آن حق نیز می‌تواند شخص را به دایره مسئولیت‌ها وارد کند یا خیر؟ در مورد وکیل نیز این سؤال قابل طرح است که با وجود حق وکیل در برخی موارد، مانند استعفا، آیا او می‌تواند در هر زمان و به هر صورتی به این عمل اقدام کند، حتی بدون در نظر

1. Abuse of Right

گرفتن شرایط و موقعیت زمانی موکل؟ با اذعان به این مطلب که برخی از حقوق‌دانان، به منظور توجیه مسئولیت وکیل در صورت استعفای نابهنگام و ایراد ضرر به موکل، به نظریه «منع سوء استفاده از حق» اشاره کرده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۹۵، ش ۹۱). لازم می‌بینیم ابعاد مختلف این نظریه را به نحو مختصر مورد بررسی قرار داده و در نهایت به ایراد نظر پردازیم (برای مطالعه بیشتر در این مورد رک: بهرامی احمدی، ۱۳۷۷ و کاتوزیان، ۱۳۵۸).

۲.۱.۲. الف. معیار تحقق سوء استفاده از حق

پاسخ این سؤال که آیا می‌توان با استناد به این نظریه، وکیل مستعفی را که به خسارت به موکل منجر شده است، مسئول جبران خسارت دانست یا خیر؛ به معیاری بستگی دارد که برای تحقق این قاعده در نظر گرفته می‌شود. آیا برای تحقق سوء استفاده از حق، سوء نیت صاحب حق در اعمال آن ضروری است، یا باید رفتار او را در اعمال حق، با انسانی عاقل و محتاط سنجید؟ آیا باید زیان وارده به فرد دیگر را معیار تحقق سوء استفاده از حق دانست یا اهداف و غایات اجتماعی حقوق را در شناخت این نظریه لحاظ کرد؟ این بحث به این دلیل مطرح می‌شود که انتخاب معیار اشتباه، ما را به نتیجه‌گیری‌های غلط می‌کشاند و آثار نامطلوبی به جا می‌گذارد. از آن جا که در حقوق ما این معیار توسط قانون‌گذار به صراحت معین نشده است، به ناچار با استفاده از معیارهایی که علمای حقوق از سایر کشورها ارائه کرده‌اند، برآیند تا زمینه ایجاد رویه قضایی بومی و ملی در این مورد را فراهم آوریم. در مورد ضابطه تحقق «سوء استفاده از حق»، نظریه‌های مختلفی ارائه شده است:

ارتکاب تقصیر در اعمال حق، قصد اضرار صاحب حق و تجاوز به غایت اجتماعی حقوق، سه نظریه‌ای است که به ترتیب در حقوق فرانسه، آلمان و روسیه طرفدارانی دارد (نک: بهرامی احمدی، ۱۳۷۷، ص ۶۴ به بعد). به اختصار می‌توان گفت که اجرای قواعد عمومی مسئولیت مدنی در اجرای حق که به نوعی در نظریه اول مورد تاکید است، نه تنها راه اعتدال میان نظریه‌های دوم و سوم است، بلکه ضابطه تمییز سوء استفاده از حق را نیز به طور روشن به دست می‌دهد. یعنی باید پذیرفت که تصمیم درباره سوء استفاده از اختیار، تا اندازه زیادی به طبیعت حقوقی آن ارتباط دارد (کاتوزیان، ۱۳۵۸، ص ۱۱۱). ماده

۱۳۲ قانون مدنی ایران نیز غیر متعارف و خارج از نیاز بودن استفاده از حق را نوعی انحراف از حدود عرف تلقی کرده و آن را منشأ مسئولیت دانسته است که نتیجه ذکر شده را تایید می‌کند.

بر اساس مطالبی که ارائه شد، برای اثبات مسئولیت وکیلی که در مقام اجرای حق خود، مرتکب اعمال زیان باری شده است، در صورت تحقق معیار «سوء استفاده از حق»، می‌توان به این نظریه استناد نمود؛ بدین معنا که او در اعمال حق خود از حدود متعارف تجاوز کرده و موجب ورود زیان به موکل شده است. چنان چه تحقق «سوء استفاده از حق» در دادگاه به اثبات برسد، وکیل مورد نظر باید ضرر نامشروعی را که به بار آورده جبران کند. همان‌گونه که برخی از استادان حقوق، برای اثبات مسئولیت وکیلی که با استعفا نابهنگام و غیر متعارف خود سبب ورود زیان به موکل شده است، به نظریه «سوء استفاده از حق» استناد نموده‌اند (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ش ۹۱، ص ۹۵؛ زهدی یکن، بی‌تا، ص ۲۰۳، السنهوری، ۱۹۷۰، ص ۶۶۸ و طالیوس صابر، ۱۹۹۸، ص ۳۴۶). ماده ۸۰ لایحه استقلال کانون وکلای دادگستری مصوب ۱۳۳۴، اذعان می‌دارد: «در موارد ذیل متخلف به مجازات انتظامی درجه ۴ محکوم می‌شود». در بند ۹ این ماده آمده است: «در صورتی که برای تطویل دادرسی به وسیله خدعه آمیز از قبیل رد دادرسی یا داور یا استعفا از وکالت و قبول مجدد آن متوسل شود». نکته مهم در خصوص این ماده آن است که مواردی که در این بند عنوان شده‌اند حصری نبوده، بلکه هر کاری را که وکیل صرفاً به منظور اطاله دادرسی انجام دهد، شامل می‌شود. به نظر می‌رسد تعیین این مجازات به دلیل پذیرش ضمنی نظریه سوء استفاده از حق در قانون می‌باشد.

۳.۱.۲. از دست دادن فرصت^۱

راه حل سوم به منظور توجیه مسئولیت وکیل مستعفی، استناد به نظریه «از دست دادن فرصت» است. وجود احتمال به عنوان عنصر اساسی در نظریه «از دست دادن فرصت»

1. The Loss of a Chance.

مطرح است (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۹). گاه شخص در موقعیتی قرار دارد که امکان تحصیل منفعتی در آینده را دارد؛ مثلاً شخص امکان شرکت در یک مسابقه را دارد و شرکت او در مسابقه فرصتی است که او می‌تواند برای به دست آوردن جایزه مسابقه از آن بهره‌برد و گاه شخصی که در معرض وقوع زیانی قرار گرفته است، فرصت دارد برای جلوگیری از وقوع آن و یا دست کم جلوگیری از گسترش و توسعه آن اقدام نماید؛ مثلاً فردی که به بیماری مبتلا شده است، هنوز فرصت دارد برای معالجه و درمان آن اقدام نماید و خود را درمان کند. هر گاه تقصیر دیگری باعث شود که فرد، این فرصت را از دست بدهد، مسئله «از دست دادن فرصت» مطرح می‌شود. به طور مثال: بر اثر تقصیر وکیل و عدم ارائه به موقع دادخواست تجدیدنظر، وقت تجدیدنظر خواهی از بین می‌رود و رأی، قطعی می‌شود و بدین ترتیب موکل فرصت تجدیدنظر خواهی و در نتیجه شانس نقض حکم را از دست می‌دهد. در این موارد، نمی‌توان گفت که اگر وکیل به موقع دادخواست تجدیدنظر می‌داد، حتماً رأی دادگاه بدوی نقض می‌شد، اگر چنین قطع و یقینی وجود می‌داشت و نقض حکم حتمی بود، وکیل مورد نظر بدون شک مسئول به حساب می‌آمد؛ زیرا وی باعث از بین رفتن منفعتی شده که به طور قطع قابل تحصیل بوده است و عدم‌المنفع مسلم هم ضرری است مسلم و قابل جبران (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ش ۸۹، ص ۲۲). آنچه باعث می‌شود اظهارنظر در این زمینه با احتیاط صورت گیرد، این است که از یک طرف این نوع فرصت‌ها به آینده مربوطند و اثر آن‌ها با گذشت زمان روشن می‌شود؛ یعنی باید زمان بگذرد و شخص این فرصت را تجربه کند، تا معلوم گردد که آیا به نتیجه می‌رسد و مقصود تحقق پیدا می‌کند یا خیر. لذا پیشگویی در این مورد مشکل است و پاسخ مسئله به طور کلی به آینده بستگی دارد. به علاوه تکرار این فرصت‌ها نیز ممکن نیست؛ یعنی وقتی فرصت تجدیدنظر خواهی از بین رفت، حکم قطعی شده و شانس نقض حکم از بین می‌رود. از طرف دیگر، دسته‌ای عوامل خارجی هستند که در این رابطه نقش اساسی دارند و بر تحقق و عدم تحقق این فرصت‌ها در عرض تقصیر خواننده، مؤثرند و تعیین سبب و به تبع آن مسئول زیان را دشوار می‌سازند (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۸۸). اما به هر حال آنچه مسلم است، این که تقصیر ابتدایی خواننده باعث از بین رفتن فرصت شده است، هر چند نمی‌توان گفت که سبب

وقوع زیان نهایی و یا عدم تحصیل منفعت گردیده است. برای توجیه قابل جبران بودن یا نبودن این نوع از فرصت‌های از دست رفته، دو نظر قابل ارائه است:

۱. ضرر قابل جبران، باید مسلم و قطعی بوده و بین تقصیر خواننده و زیان وارده رابطه سببیت وجود داشته باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ش ۱۰۶ و یزدانیان، ۱۳۷۹، ص ۴۵ و ۴۶). اما در هریک از فروض از دست دادن فرصت، یکی از ارکان مسئولیت مدنی و قابل جبران بودن ضرر محقق نیست؛ مثلاً در فرض از دست رفتن «فرصت تحصیل منفعت»، چون تحقق نفع در آینده مسلم نیست، بلکه محتمل است. پس شرایط ایجاد مسئولیت وجود ندارد، زیرا در مسلم بودن ضرر تردید وجود دارد. در فرض دیگر مسئله، از دست رفتن «فرصت اجتناب از ضرر»، هرچند بعداً ضرر محقق می‌شود و تحقق ضرر مسلم و بالفعل است، ولی وجود رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و ضرر ایجاد شده، مسلم و قطعی نیست و از این جهت مسئولیت ایجاد نمی‌شود؛ زیرا نمی‌توان اثبات نمود که چنانچه فرد با تقصیر خود این فرصت را از زیان‌دیده نمی‌گرفت، ضرر محقق نمی‌شد؛ رکن رابطه سببیت بین تقصیر خواننده و زیان در این فرض مورد تردید است. بنابراین، نمی‌توان حکم به جبران خسارت وارده نمود.

۲. در فرض اول مسئله هرچند نسبت به نفع نهایی (مثلاً نقض حکم در دادگاه تجدیدنظر) به خاطر تردید در وقوع آن، قطع وجود ندارد، تحصیل نفع محتمل است و عدم النفع محتمل هم زیان محسوب نمی‌شود؛ ولی نفس «فرصت از دست رفته»، نوعی ضرر است و باید جبران شود. بنابراین، هرگاه زیان نهایی را در نظر بگیریم، چون تحقق آن در آینده محتمل است، حق با کسانی است که فرصت از دست رفته را به خاطر مسلم نبودن ضرر قابل جبران نمی‌دانند. اما چنانچه نفس از دست رفتن فرصت را به عنوان ضرر مستقلی تلقی کنیم، تمام شرایط قابل جبران بودن آن و به تعبیری ایجاد مسئولیت وجود خواهد داشت. تنها تفاوت، در موضوع این ضرر با ضررهای مادی و جسمانی است؛ چرا که این ضرر جزء هیچ کدام از ضررهای ذکر شده نیست؛ اما این مانع از ضرر محسوب کردن آن نیست؛ چرا که فرصت از نظر عقل و عرف دارای ارزش بوده و از بین رفتن آن ضرر محسوب می‌شود. با این حساب، ضرر مسلم جود دارد؛ زیرا وجود فرصت

مسلم است، از طرفی این فرصت از دست رفته و تقصیر خواننده باعث از بین رفتن آن شده است. بنابراین، رابطه سببیت هم وجود دارد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۲). در فرض دوم، یعنی از دست دادن فرصت اجتناب از ضرر، وجود ضرر محقق است، ولی از جهت وجود رابطه سببیت، در قابلیت جبران آن تردید شده است. صرف نظر از تعاریف مختلفی که از سببیت ارائه شده است، دست کم عملی را می‌توان سبب نامید که برای تحقق ضرر لازم باشد، به گونه‌ای که عدم آن باعث عدم تحقق ضرر گردد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۳۷۴ به بعد).

۳.۱.۲ الف. تفاوت «از دست دادن فرصت» با «عدم النفع»

براساس این نظریه که برای اثبات مسئولیت وکیل نیز می‌توان در مواردی به آن استناد جست، آنچه به عنوان زیان و خسارت مطرح می‌باشد و در قابلیت جبران آن بحث است، نفس «فرصت از دست رفته» است؛ نه آن ضرر نهایی (مثلاً فوت یا معلولیت مریض یا قطعی شدن حکم) که واقع شده؛ یا آن نفع نهایی که احتمال تحصیل آن وجود داشته و با تقصیر خواننده، غیر قابل تحصیل شده است. بنابراین، «فرصت از دست رفته» را نباید با از بین رفتن نفع مورد انتظار، که از آن تعبیر به «عدم النفع» می‌شود، اشتباه نمود و یا آن را با ضرر نهایی که بر اثر از دست رفتن فرصت اجتناب از آن، واقع می‌شود، یکی دانست (به نقل از کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۲؛ Rafael Bassi Stern, 2008).

به نظر می‌رسد، نزدیک‌ترین مفهوم در فقه و حقوق ما به نظریه از دست دادن فرصت، مفهوم عدم‌النفع باشد. در مورد «عدم‌النفع»، حصول منفعت در آینده مسلم است و تقصیر خواننده مانع ایجاد آن می‌گردد و تنها در این فرض است که «عدم‌النفع» قابل جبران است. لذا گفته می‌شود که عدم نفع مسلم قابل جبران می‌باشد. در صورتی که حصول نفع در آینده محتمل باشد، از دست رفتن امکان تحصیل آن، قابل جبران نیست (حسینی مراغه‌ای، ۱۴۱۷، ص ۳۰۸؛ خوانساری نجفی، بی‌تا، ص ۱۹۹ و مکارم شیرازی، ۱۳۸۲، ص ۴۹) تبصره ۲ ماده ۵۱۵ ق.آ.د.م نیز به این مطلب اذعان دارد؛ زیرا یکی از شرایط قابل جبران بودن ضرر و به عبارتی ایجاد مسئولیت، این است که ضرر مسلم باشد؛ هر چند این ضرر بالفعل نباشد و مربوط به آینده باشد (کاتوزیان، ۱۳۷۶، ص ۲۴۵، ش ۱۰۶). ولی در مورد از دست

دادن فرصت» در هر دو فرض آن تحقق فرصت محتمل است و «احتمال» رکن اصلی آن است (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۲). تفاوت اصلی که بین این دو مفهوم وجود دارد، آن است که در مورد «از دست دادن فرصت» ضرر بالفعل است، ولی در مورد «عدم النفع» ضرر مربوط به آینده است؛ زیرا در مورد «فرصت» آنچه به عنوان ضرر مطرح می‌باشد، نفس «از دست دادن فرصت» است و این بالفعل وجود دارد و غیر از آن نفع نهایی است که مورد انتظار بوده و احتمال تحصیل آن در آینده وجود داشته است و نباید این دو را مخلوط نمود (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۰).

برای این که خسارت ناشی از فرصت از دست رفته قابل جبران باشد، شرایطی عنوان شده است؛ از جمله این که باید ثابت شود این فرصت واقعی بوده و صرف وهم و خیال نیست (به نقل از کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۱۹۰؛ Rafael Bassi Stern, 2008). اثبات این ویژگی برحسب این که شخص در جهت تحقق بخشیدن به فرصت اقدام کرده باشد یا خیر؛ متفاوت است. گاهی خواهان در جهت تحقق فرصت اقدام نموده است؛ اما قبل از تحقق آن، تقصیر خواننده آن را منتفی می‌سازد. مثل این که در حال مسابقه، بر اثر خطای یکی از سوارکاران، شرکت کننده‌ای از اسب سقوط کرده و از دور مسابقه خارج شود. در این گونه موارد، به طور قطع، فرصت وجود دارد و تقصیر خواننده مانع تحقق آن شده است. بنابراین، خسارت ناشی از «از دست دادن فرصت» باید جبران شود. اما در برخی مواقع، فرصت هنوز جریان پیدا نکرده و شخص خواهان اقدامی در جهت تحقق آن انجام نداده است، ولی امید تحقق آن وجود دارد و تقصیر خواننده موجب از بین رفتن این امید می‌شود. در این گونه موارد، ضرر عبارت است از: «از بین رفتن احتمال تبدیل فرصت به منفعت» در آینده. اما برای این که خسارت ناشی از «از دست دادن فرصت» قابل جبران باشد، باید دست کم خواهان به بهره‌برداری از این فرصت توانا باشد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۰۹). به نظر می‌رسد فرصت تجدیدنظر خواهی از مصادیق فرصت جدی و قابل بهره‌برداری است؛ زیرا رأی صادر شده و ارائه دادخواست در وقت مقرر، مانع زوال این فرصت می‌شود. شرط دیگری که در رویه قضایی فرانسه به چشم می‌خورد، این است که برای قابل جبران بودن فرصت از دست رفته، تقصیر خواننده باید در روند تحقق و وقوع زیان نقش داشته و

آن را تسهیل نموده باشد؛ یا حداقل احتمال تأثیر وجود داشته باشد؛ زیرا با فقدان چنین شرطی، می‌توان گفت بین تقصیر خواننده و از دست دادن فرصت رابطه سببیت وجود ندارد (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۰). با این توضیحات معلوم می‌شود، مثالی که موکل به واسطه تقصیر وکیل (اعم از استعفای نابهنگام)، فرصت تجدیدنظرخواهی و نقض حکم بدوی را از دست می‌دهد؛ از مثال‌های معروف و کاربردی این نظریه است. این یک امر موهوم و فرضی نیست، عقل و عرف هم برای بسیاری از این فرصت‌ها ارزش قائل است. لذا اشخاص حاضرند در برابر برخورداری از این نوع فرصت‌ها هزینه‌های زیادی را متحمل شوند. بنابراین، راه‌حل مناسب در مورد جبران خسارت ناشی از فرصت از دست رفته، رجوع به عرف است. چنانچه عرف برای فرصتی ارزش قائل شد، از دست دادن آن به عنوان ضرر مادی یا معنوی محقق و مسلم، قابل جبران است و گرنه خیر (کاظمی، ۱۳۸۰، ص ۲۱۰).

در مورد از دست دادن فرصت تجدیدنظرخواهی یا فرجام خواهی که به دلیل اهمال وکیل و استعفای نابهنگام او محقق شده است، به نظر می‌رسد عرف، نفس از دست دادن این فرصت را دارای ارزش دانسته و از دست دادن آن نوعی ضرر تلقی می‌شود. حتی چنانچه ثابت شود که در صورت تجدیدنظرخواهی حکم در دادگاه عالی تأیید می‌شد، باز هم صرف استفاده از این فرصت، نوعی رضایت خاطر و از دست دادن آن نوعی ضرر معنوی به حساب می‌آید که نباید در قابلیت جبران آن از این نظر تردید نمود. در صورتی که برای اثبات ضمان وکیل مستعفی به نظریه از دست دادن فرصت استناد شود، دیگر زیان نهایی قابل مطالبه نخواهد بود و تنها زبانی که قابل جبران است، همان نفس از دست رفتن فرصت تجدیدنظر یا فرجام خواهی است. دو روش برای تعیین خسارات قابل مطالبه موکل ارائه شده است:

روش نخست که به روش «بازسازی دعوای اصلی به نسبت شانس از دست رفته در حین رسیدگی به دعوای مسئولیت مدنی»^۱ معروف است؛ دادگاه‌ها در جریان رسیدگی به

1. Action Within the Action

دعوای مسئولیت مدنی وکیل، نسبت به شانس از دست رفته موکل او، دعوای اصلی را بازسازی می‌کنند و شانس پیروزی موکل را در دعوای مزبور مورد ارزیابی قرار می‌دهند. به عبارت دیگر: دعوای غیرقابل طرح موکل به جهت انقضای مواعد قانونی را، در ضمن رسیدگی به دعوای مسئولیت مدنی وکیل، نزد خود مطرح می‌کنند و بر اساس استنتاجی که از طرح به موقع آن دعوی، راسا می‌نمایند، خسارت وارده به موکل را تعیین می‌کنند.

روش دوم این است که شانس از دست رفته به عنوان یک حق، قطع نظر از نتیجه احتمالی آن مورد ارزیابی قرار می‌گیرد. در این روش، همان‌گونه که در مقام منازعه، طرفین یک حق ممکن است حق مورد نزاع را به مبلغی به طرف دیگر صلح کنند، حق طرح دعوایی که امکان طرح آن از بین رفته است؛ به عنوان دعوایی که حداقل ۵۰ درصد امکان نتیجه مطلوب از آن می‌رفته است؛ ارزیابی می‌شود. در این روش، برخلاف روش اول، دعوای اصلی مورد بازسازی قرار نمی‌گیرد و میانگین ۵۰ درصد احتمال پیشرفت دعوا، ملاک تعیین خسارات وارده به موکل قرار می‌گیرد. نتایج حاصل از این دو روش کاملاً متفاوت خواهند بود؛ زیرا چنان چه در روش اول، دادرس دادگاه امکان پیشرفت دعوای اصلی را ناچیز تشخیص دهد، مطالبه خسارت ناشی از مسئولیت مدنی وکیل را نخواهد پذیرفت؛ اما در روش دوم، دادرس هرگز به چنین نتیجه‌ای نخواهد رسید و ارزش دعوای ساقط شده را با توجه به ضریب اطمینانی که برای پیشرفت آن فرض می‌نماید، ۵۰ درصد حق موضوع دعوا تعیین خواهد نمود و به همین میزان، وکیل را محکوم به پرداخت آن خواهد کرد (قهرمانی، ۱۳۷۷، ص ۱۸۳ و ۱۸۴).

۲.۲. ماهیت ضرر و زیان وارده به موکل

اولین نکته در مورد ماهیت ضرر و زیانی که وکیل به جبران آن ملزم است، این است که منظور از «زیان موکل» در مباحث مطرح شده، زیان نامتعارف است. زیانی که عرف آن را قابل مسامحه نمی‌داند و به طور معمول، اشخاص در داد و ستدهای خود از آن نمی‌گذرند (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۸۴).

برای تعیین ماهیت زیانی که به موکل به علت استعفای نابهنگام وکیل وارد شده و قابلیت جبران آن و بررسی این نکته که آیا مسئولیت وکیل به جبران خسارات وارد به موکل، شامل عدم‌النفع او (که عبارت است از صرف از دست دادن مهلت اعتراض به رأی) هم می‌شود یا خیر؟ برخی از نویسندگان بر این باورند که مفهوم ضرر طوری نزد عرف روشن است که هر واژه‌ای در ردیف آن آورده شود، دارای وضوح کم‌تری است (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹ق، ص ۲۱۵). با این حال، لغت‌شناسان، ضرر و کلمات هم‌خانواده آن را در معنای، مانند «ضد نفع» (فیروزآبادی، ۱۴۱۲، ص ۷۵؛ ابن اثیر، ۱۳۴۲، ص ۸۱؛ عسکری، ۱۳۵۳، ص ۳۲۸ و ابن منظور، ۱۴۰۸، ص ۴۸۲)، «خلاف نفع» (احمد بن فارس، بی‌تا، ص ۳۶۰ و جوهری، بی‌تا، ص ۷۱۹)؛ «سوء حال» (ابن منظور، ۱۴۰۸، ص ۴۸۲)؛ «نقصانی که در چیزی وارد می‌شود» (ابن منظور، ۱۴۰۸، ص ۴۸۲) و «ضیق» (زبیدی، ۱۳۸۵، ص ۳۴۹) آورده‌اند. در کتاب قواعد الفقهیه در بحث از معنی ضرر آمده است: «ضرر عرفاً عبارت است از: نقص در چیزی از شئون انسان بعد از این‌که وجود یافته است یا مقتضی قریب پدیدار شدن آن وجود دارد؛ به طوری که عرف آن را موجود می‌پندارد» (موسوی بجنوردی، ۱۴۱۹، ص ۱۷۸).

در حقوق، واژه ضرر از نظر لغوی به معنای گزند و در مقابل نفع و به بدحالی و ناسازگاری تعریف شده است. در عرف قضایی نیز مفهوم ضرر از معنی لغوی آن مایه گرفته و حقوق‌دانان به هنگام بحث از مسوولیت، اعم از مسوولیت جزایی و مدنی، اصطلاح ضرر و زیان را با خسارت مترادف دانسته و آن را شامل زیان‌های مادی و معنوی می‌شناسند (آخوندی، ۱۳۶۸، ص ۷۸). بنابراین، از نظر اصطلاحی، با عنایت به معنای لغوی می‌توان گفت، ضرر بسته به این‌که در مورد نفس، بدن یا مال مورد استفاده قرار گیرد، معنای متفاوتی به خود می‌گیرد. به طوری که اگر برای نفس استعمال شود، به معنای کاستی آن در علم و فضل (حکمت) است و اگر در مورد بدن استعمال شود، به معنای وجود نقص یا جرحی در آن می‌باشد و اگر برای مال به کار رود، به معنای کمبود مال و منال خواهد بود (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷، ص ۵۰۹). حال باید دید خسارت‌هایی مانند از دست دادن منفعت ناشی از اعتراض به رأی و نقص آن، که بر اثر استعفای بدموقع وکیل به

موکل وارد شده است و به عدم‌النفع در فقه معروف است، به کدام معنای ضرر باز می‌گردد و آیا قابل مطالبه است یا خیر.

قول مشهور در فقه امامیه بر این امر قرار دارد که «عدم‌النفع» ضرر نیست و بدین لحاظ خسارت ناشی از آن قابل مطالبه و جبران نمی‌باشد (نجفی، بی‌تا، ج ۳۷، ص ۱۶ و ۱۷؛ جعفری لنگرودی، ۱۳۶۳، ص ۳۰۶). در مقابل قول مشهور، قول دیگری وجود دارد که بر مبنای این قول، منفعت محقق‌الحصول مضمونه تلقی گردیده و عامل تفویت آن ضامن پرداخت خسارت شناخته شده است (حسینی مراغی، ۱۴۲۵، ص ۱۹۷ و ۱۹۸). از قول این دسته از فقها بر می‌آید که هرگونه از دست رفتن منفعت که محقق بوده و شأن و مقتضای آن حاصل باشد، نقص مالی و ضرر قلمداد شده و ضمان بر آن مترتب می‌شود. بنابراین، بسیاری از فقها، تفویت منفعت محقق و مسلم را که مقدماتش فراهم شده باشد، به لحاظ عرف ضرر و قابل مطالبه می‌دانند (خوانساری نجفی، بی‌تا، ص ۱۹۹).^۱ بنابراین، نکته قابل ملاحظه در عدم‌النفع، توجه به عرف است. چنان چه عدم‌النفع به نظر عرف محقق بوده و مقتضیاتش فراهم شده باشد، قابل مطالبه خواهد بود و گرنه، خیر. بحث در مورد عدم‌النفع و دلایل موافقین و مخالفین قابل جبران بودن آن، بحثی مفصل است که به دلیل اطاله کلام از طرح آن خودداری می‌کنیم (برای مطالعه بیشتر در مورد عدم‌النفع رک: سامت، ۱۳۷۷). با توجه به مطالب اشاره شده، در بحث مسئولیت وکیل مستعفی نیز، چنان چه موکل خواستار جبران زیان نهایی توسط وکیل مستعفی باشد، دادرس باید به عرف مراجعه نماید و در هر پرونده‌ای به صورت جداگانه بررسی نماید که آیا مقتضیات منفعت ذکر شده مهیا بوده و فقط فعل وکیل مانع تحقق آن شده است تا عدم‌النفع محقق و قابل مطالبه باشد، یا خیر. نمی‌توان به صورت کلی برای تمام پرونده‌هایی که استعفای وکیل به ورود خسارت به موکل منجر شده است، حکم به ضمان یا عدم ضمان وکیل داد؛ اما در صورتی که موکل تنها زیان ناشی از «ازدست دادن فرصت» را مطالبه کند، با توجه به بحث‌هایی که پیش‌تر مطرح شد، این زیان قابل مطالبه است؛ زیرا تمام ارکان مسئولیت وجود دارد.

۱. «بل يعد عرفاً عدم النفع بعد تامة المتعنى له من الضر»

۳.۲. قلمرو مسئولیت وکیل در صورت استعفا

آن چه در این قسمت مورد بررسی قرار می‌گیرد، این است که برای مسئول شناختن وکیل در صورت اقدام به استعفای نابهنگام، بین وکالت مأجور و بدون اجرت تفاوت وجود دارد، یا خیر. از طرفی استعفای وکیل قبل و بعد از صدور رأی، در میزان یا نوع مسئولیت او تفاوت دارد، یا نه؟

۳.۲. الف. ضمانت وکیل در وکالت مأجور یا وکالت مجانی

همان‌گونه که ذکر شد، در فقه شیعه، وکالت از عقود است که از هر دو طرف عقد جایز است و بنابراین وکیل هر موقع بخواهد می‌تواند از سمت خود استعفا نماید و بیش از این در مورد استعفای وکیل در کتاب‌های فقهی شیعه دیده نمی‌شود. فقهای اهل سنت، در مورد استعفای وکیل، بین فرض مأجور یا تبرعی بودن وکالت تفاوت قائل شده‌اند. ایشان بر این مسئله اتفاق نظر دارند که چنان چه وکالت مأجور باشد، ترک عمل قبل از اتمام دعوا، بدون عذر قابل قبول و یا در وقت نامناسب توسط وکیل جایز نیست؛ مگر این که با رضایت موکل وکالت را ترک نماید. هر چند در موارد ذکر شده استعفای وکیل صحیح است؛ در دو وجه نداشتن عذر قابل قبول یا نابهنگام بودن استعفا، وکیل به جبران خسارت ملزم خواهد بود (السنهوری، ۱۳۸۳، ص ۹۵؛ زین الدین بن ابراهیم، ۱۴۱۳، ص ۲۴۹ و ابن عابدین دمشقی، ۱۴۱۵، ص ۱۲۷). در صورتی که وکالت تبرعی باشد، باز هم فقها بر عدم جواز ترک وکالت توسط وکیل، قبل از اتمام دعوی اتفاق نظر دارند؛ مگر به دلیل عذر، مانند بیماری یا عزل موکل (قاضی زاده، ۱۴۰۶، ص ۱۳۷ و شاهین، ۱۹۹۹، ص ۱۰۷). اگر وکالت به نفع و مصلحت فرد دیگری منعقد شده باشد، مثل این که وکیل متعهد شده است، دینی را که بر ذمه موکل به شخص دیگری است از مالی که در تصرفش می‌باشد، تأدیه کند؛ در این حالت در صورت اخلاف به شرایط سه‌گانه زیر استعفای وکیل جایز نیست:

الف. اسبابی را که دلیل و توجیه استعفا می‌باشد، اقامه نماید؛

ب. وکیل شخص ثالث را که وکالت به نفع و مصلحت اوست، با اخطار آگاه گرداند؛

ج. برای اتخاذ تصمیم یا تدابیری در جهت حفظ مصلحت موکل یا غیر مهلت کافی وجود داشته باشد.

به هر حال، اگر وکیل به یکی از این شروط خللی وارد آورد، به بازگشت به وکالت ملزم نمی‌شود؛ اما مسئول جبران خسارت وارده به موکل یا غیر خواهد بود (السنهوری، ۱۳۸۳، ص ۹۶).

۳.۲. ب. مسئولیت وکیل در صورت استعفا قبل یا بعد از صدور رأی

ماده ۴۵ قانون آ.د.م، در مورد استعفای وکیل بعد از صدور رأی یا در مورد ابلاغ آن است و شامل استعفای وکیل قبل از صدور رأی نمی‌شود. بنابراین، این سوال مطرح است که بین استعفای وکیل بعد از صدور حکم و قبل از آن چه تفاوتی وجود دارد؟ با توجه به این ماده آیا می‌توان گفت که قانون‌گذار استعفای وکیل را بعد از صدور رأی و در وقتی که تنها فرصت محدودی برای درخواست تجدیدنظرخواهی وجود دارد، اماره تقصیر او فرض کرده؛ لذا در این صورت او را مطلقاً مسئول ضرر و زیان وارده به موکل دانسته است.

آن چه به نظر می‌رسد این است که استعفای وکیل چنان چه در موقعیتی صورت گیرد که فرصت توکیل یا اتخاذ تصمیم مناسب برای ادامه کار را از موکل بگیرد و از این نظر به ورود خسارت به او منجر شود، با استناد به نظریات مطرح شده در باب مبانی ضمان وکیل، می‌تواند موجب مسئول قلمداد کردن وکیل در قبال خسارت‌های وارد به موکل شود. تنها تفاوت این است که اگر استعفا بعد از صدور رأی صورت گیرد، ممکن است موجب شود که موکل فرصت تجدیدنظر یا فرجام خواهی را از دست بدهد. در این صورت، موکل می‌تواند زیان ناشی از نفس «از دست دادن فرصت» را حتی در صورت عدم اثبات مسئولیت وکیل به جبران تمام زیان، مطالبه نماید. اما در صورتی که استعفا قبل از صدور رأی صورت گیرد، فرصت اعتراض از دست نرفته تا قابل مطالبه باشد و اگر از استعفای وکیل به جز از دست دادن فرصت، زبانی به موکل وارد شده باشد، مانند بعد از صدور رأی خواهد بود و باید بررسی شود که با کدام یک از مبانی ضمان وکیل مطابقت دارد، وگرنه قابل مطالبه نخواهد بود. نکته قابل ذکر دیگر این که به نظر نگارنده، قانون‌گذار، استعفای وکیل با شرایط مذکور در ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی مدنی را اماره‌ای بر تقصیر او

قرارداده است. در این صورت، وکیل چنان چه بعد از صدور رأی از سمت خود استعفا نموده از دیدن رأی، امتناع نماید، مطلقاً نسبت به جبران زیان‌های وارده به موکل از این بابت مسئول خواهد بود؛ مگر این که عدم تقصیر خود را به اثبات برساند. آن چه از فحوای ماده مذکور به نظر می‌رسد این است که در صورت استعفای وکیل بعد از صدور رأی و امتناع او از مشاهده رأی، اصل بر تقصیر او خواهد بود و از این به بعد کسی که باید عدم تقصیر خود را اثبات کند، وکیل است.

فقهای اهل سنت در این مورد که چنان چه وکیل بدون داشتن عذری، بخواهد قبل از اتمام دعوا و صدور رأی و بعد از مباشرت به وکالت در آن موضوع، از وکالت کناره بگیرد؛ سه نظر ارائه داده‌اند:

اول: جواز مطلق: به این دلیل که وکالت از عقود جائز است و وکیل هر گاه بخواهد می‌تواند از کار خود استعفا داده و دعوا را ترک کند (البته در صورتی که این حق به دیگری تعلق نداشته باشد). این نظر به بیش‌تر فقهای حنفی و شافعی مربوط است (ابن عابدین دمشقی، ۱۴۱۵، ص ۵۳۶؛ قاضی زاده، ۱۴۰۶، ص ۱۲۵ و نووی، ۱۳۷۴، ص ۲۳۱).

دوم: چنان چه وکیل دو یا سه جلسه با طرف دعوا مجالست نمود، نمی‌تواند از وکالت کناره‌گیری نماید؛ مگر این که قسم یاد کند که به دلیل عذری، وکالت را ترک می‌نماید و موکل هم حق عزل او را نخواهد داشت؛ زیرا این عزل یا کناره‌گیری، به اطلاع دادرسی و ایراد ضرر به طرف دعوا منجر می‌شود و ضرر شرعاً ممنوع است. این رأی به بسیاری از فقهای مالکی مربوط است (الدسوقی، ۱۲۱۹، ص ۳۷۹؛ المالکی المغربی، ۱۴۳۱، ص ۱۸۷ و الیعمری المالکی، ۱۳۰۱، ص ۱۵۵).^۱

۱. «بغنی أن الموکل إذا قاعد خصمه كئلاث وأراد أن يوکل بعد ذلك وادعی أن له عذرا لكونه قصد سفرا أو أن به مرضا خفيا بباطنه أو أنه نذر اعتكافا ودخل وقته فإنه یحلف أنه ما وکل إلا لهذا العذر فإن حلف وإلا فلیس له توکیل إلا برضا خصمه (ولیس له) أي للموکل (حينئذ) أي حين إذ قاعد الوکیل الخصم ثلاثا سواء كان التوکیل عذرا أم لا (عزله) أي عزل الوکیل عن الوكالة إلا لمتنص كظهور تفريط أو ميل مع الخصم أو مرض أو سفر أو نحو ذلك من الاعذار (ولا له) أي الوکیل حينئذ (عزل نفسه) إلا لعذر وحلف في كسفر كذا يظهر ومفهوم حينئذ أن الوکیل عزل نفسه قبل ذلك وكذلك للموکل عزله قبل ذلك...»

سوم: نظر سوم که متعادل‌تر از دو نظر اول به نظر می‌رسد، این است که با توجه به جایز بودن عقد وکالت، مادامی که موکل کافی برای توکیل به دیگری وقت داشته باشد، وکیل می‌تواند از وکالت استعفا داده و دعوا را به موکل واگذارد. این استعفا در هر مرحله از دادرسی می‌تواند صورت گیرد (شاهین، ۱۹۹۹، ص ۱۰۸). این نظر بنا به عقیده نگارنده؛ هم مصالح موکل را در نظر دارد و هم مصالح وکیل را.

۴.۲. شرایط قابل طرح برای ضمان وکیل در جبران زیان‌های وارد به موکل

در این مبحث می‌خواهیم به بررسی این مطلب بپردازیم که آیا برای تحقق مسئولیت وکیل به جبران زیان وارد به موکل بر اثر استعفا، شرایطی لازم است؟ یا این مسئولیت بدون شرط هم قابل تحقق است؟ به همین منظور آن دسته از شرایطی را که به نظر می‌رسد برای تحقق این مسئولیت لازم باشد، عنوان می‌کنیم و مورد بررسی قرار می‌دهیم تا مشخص شود که کدام یک از این شروط برای تحقق مسئولیت وکیل لازم است.

۴.۲. الف. تقصیر (تعدی و تفریط)

با توجه به امانی بودن عقد وکالت، در صورت تلف یا نقص مال مورد وکالت یا ورود خسارتی به موکل، اصل بر عدم ضمان وکیل است؛ مگر این که مرتکب تقصیر که اعم از تعدی و تفریط است، صورت گرفته باشد. از این رو شاید به نظر برسد تحقق این شرط برای مسئول شناختن وکیل مستعفی در قبال خسارت‌های وارد به موکل نیز لازم باشد. در این مورد، همان‌گونه که برخی از حقوق‌دانان و فقها عنوان کرده‌اند؛ معیار عرف است (کاتوزیان، ۱۳۸۰، ص ۸۴)^۱؛ زیرا تعدی و تفریط در هر حالت و نسبت به هر موضوعی متفاوت است. لذا معیار تحقق آن، شخصی و موضوعی است نه نوعی و کلی (شاهین، ۱۹۹۹، ص ۱۴۱). "تفریط" عبارت است از: ترک عملی که به موجب قرارداد یا عرف، برای حفظ مال غیر لازم است و "تعدی" عبارت است از: تجاوز نمودن از حدود اذن یا متعارف نسبت به مال یا حق دیگری (السنهوری، ۱۳۸۳، ص ۱۰۹). بنابراین، اگر در نظر عرف،

۱. همچنین در استفتائی از آیت‌الله مکارم شیرازی که در مبحث بعدی خواهد آمد، عرف مبنای تشخیص عنوان شده است.

استعفای وکیل در حالتی صورت گرفته باشد که تعدی یا تفریط از حدود وکالت تلقی شود، او مسئول خواهد بود و گرنه نمی‌توان به مسئولیت او حکم داد.

با این توضیحات، می‌توان یکی از شروط تحقق مسئولیت وکیل مستعفی را تعدی یا تفریط او دانست؛ چرا که در صورت تحقق آن، مسئولیت نیز محقق خواهد بود و در صورتی که این شرط وجود نداشته باشد، مسئولیتی نیز نخواهد بود. برای مثال: با توجه به این که بر اساس ماده ۴۵ قانون آ.د.م، در صورت امتناع وکیل از رؤیت رأی، دادگاه مکلف است مراتب را به موکل اعلام نماید؛ آیا می‌توان صرف استعفای وکیل در این زمان را از مصادیق تعدی و تفریط او از حدود وکالت قلمداد نمود؟ در پاسخ به این سؤال به نظر می‌رسد، قانون‌گذار بر اساس این ماده، استعفای وکیل با چنین شرایطی را اماره‌ای بر تقصیر او فرض نموده است؛ اما باید گفت، آن چه تعدی یا تفریط از حدود وکالت تلقی می‌شود، استعفای وکیل در زمانی است که برای اصلاح وضعیت او راهی وجود ندارد؛ که اعم از قبل یا بعد از صدور رأی می‌باشد. بنابراین، شرایط مذکور در ماده را می‌توان از مصادیق تعدی و تفریط وکیل از حدود وکالت عنوان نمود، که اصل بر مسئولیت او خواهد بود؛ مگر این که عدم تقصیر خود را به اثبات برساند (هر چند وکالت از عقود امانی است؛ با تقصیر وکیل، وصف امانت از او زائل می‌شود). ذکر این نکته نیز لازم است که تعدی و تفریط مصادیق بسیاری دارد.

۴.۲. ب. قصد اضرار

از دیگر مواردی که ممکن است برای تحقق مسئولیت وکیل مستعفی به عنوان شرط در نظر گرفته شود، قصد اضرار به موکل یا دیگری است. در مورد استعفای وکیل، چنان چه او از این کار خود به منظور اضرار به غیر استفاده کرده باشد و در نهایت نیز به ورود زیان به او منجر شود؛ مسئول خواهد بود. اگر از استعفا قصد اضرار نداشته باشد، ولی موجب ورود ضرر به او شود، به نظر می‌رسد نمی‌توان به عدم مسئولیت او حکم داد؛ زیرا بر اساس قواعد عمومی مسئولیت مدنی، قصد اضرار در اثبات رابطه سببیت شرط نمی‌باشد. لذا به نظر می‌رسد، قصد اضرار، از شرایط مسئولیت وکیل در صورت ورود ضرر به موکل و اثبات استناد ضرر به قصور یا اقدامات او نمی‌باشد.

۴.۲. ج. عدم اعلام به موقع به موکل

در ماده ۴۵ قانون آیین دادرسی کشورمان که در مورد استعفای وکیل می‌باشد، آمده است: در صورت استعفا و امتناع وکیل از رؤیت رأی، دادگاه مکلف است رأی را به موکل ابلاغ کند. بنابراین، در این ماده، چیزی در مورد وظیفه وکیل در آگاه ساختن موکل از استعفای خود نیامده است. ماده دیگری که می‌توان به آن اشاره نمود، ماده ۳۶ قانون وکالت، مصوب ۱۳۱۵ است که هم اکنون نیز اجرا می‌شود. این ماده اذعان می‌دارد: «در صورتی که وکیل بخواهد از وکالت استعفا نماید، باید قبلاً طوری به موکل و محکمه اطلاع دهد، که موکل بتواند وکیل دیگری در موقع برای خود معین و به محکمه معرفی کند». در فقه شیعه، تنها برخی از فقها شرط علم موکل را مورد اشاره قرار داده و آن را برای جواز استعفای وکیل لازم ندانسته‌اند (محقق اردبیلی، ۱۴۱۶، ص ۴۷۰).^۱

در قانون برخی از کشورها، استعفای وکیل با اعلان به موکل تمام می‌شود. مثلاً در بند یک ماده ۷۱۶ قانون مدنی مصر آمده است: «وکیل هرگاه بخواهد می‌تواند از وکالت استعفا دهد؛ اما این استعفا تمام نمی‌شود، مگر بعد از اطلاع دادن به موکل. از طرفی اگر وکالت مأجور باشد، وکیل به جبران ضرری ملزم خواهد شد که از استعفای او در وقت نامناسب و بدون عذر مقبول به موکل وارد شده است» (جودت الیوسف، ۱۴۲۲، ص ۱۸۶). براساس این نص قانونی، وکیل به اخطار به موقع به موکل ملزم است و در صورت تاخیر در اخطار یا عدم اخطار، به جبران خسارات وارد به او ملزم می‌شود (السنهوری، ۱۹۷۰، ص ۵۸۵). به نظر می‌رسد، عدم اعلام به موقع استعفا از طرف وکیل به موکل را می‌توان از جمله شرایط مسئول دانستن وکیل به شمار آورد؛ زیرا اگر وکیل در موقعی که موکل وقت کافی برای تجهیز مصالح خود داشت، استعفای خود را اعلام می‌نمود؛ ضرری به او وارد نمی‌گشت تا کسی به جبران آن ملزم گردد.

۱. «قدمر أن عقد الوكالة جائز من الطرفين بالاجماع فيجوز للوكيل عزل نفسه ، سواء علم الموكل أم لا . و شرط بعض العامة حضور الموكل وهو منفي بالأصل».

۴.۲.۵. رفتار نامتعارف

در مواردی که وکیل در حدود متعارف رفتار کرده، ولی با وجود این معامله به مصلحت موکل واقع نشود؛ باید معامله را نافذ شمرد (کاتوزیان، ۱۳۷۸، ص ۱۰۳). با توجه به این نکته این نکته قابل طرح است که نامتعارف تلقی شدن استعفای وکیل در مسئول دانستن او شرط است یا خیر. در پاسخ به این نکته باید اذعان نمود که با توجه به جایز بودن عقد وکالت در نظر بسیاری از فقها و حقوق‌دانان، استعفای وکیل امری مشروع و از حقوق او محسوب می‌شود. پس، هر نوع استعفای او را نمی‌توان موجب مسئولیت برای او دانست. بنابراین، نامتعارف بودن استعفا و تحقق آن را در شرایطی که عرف او را مسئول زیان وارده به موکل می‌شناسد، می‌توان از شرایط ضمان وکیل مستعفی به حساب آورد.

۴.۲.۵. تقصیر مفروض (اماره قانونی)

در مباحث مذکور اشاره شد که با استناد به ماده ۴۵ قانون آ.د.م، به نظر می‌رسد قانون‌گذار استعفای وکیل بعد از صدور رأی و امتناع او را از رؤیت رأی به منزله تقصیر برای او فرض کرده است. به طوری که با وجود امانی بودن عقد وکالت و امان بودن وکیل، اصل بر مسئولیت او به جبران خسارات وارده به موکل خواهد بود؛ مگر این که او عدم تقصیر خود در این استعفا را به اثبات برساند. البته نمی‌توان گفت تنها در این مورد استعفای وکیل موجب مسئولیت او خواهد بود؛ بلکه شرایطی که در این مبحث عنوان شد، در هر جایکه محقق شود، موجب می‌شود بار اثبات عدم تقصیر در ایراد زیان به موکل به وکیل منتقل شود. بنابراین، تقصیر مفروض در این ماده (استعفا بعد از صدور رأی) از مصادیق فرض تقصیر توسط قانون‌گذار برای وکیل است، نه تنها مصادیق آن.

۴.۲.۶. نابه‌هنگام و ناموجه بودن استعفا

استعفای وکیل در مواردی که در نظر عرف ناموجه و نابه‌هنگام جلوه نماید، او را مسئول جبران خسارت‌های وارده به موکل قرار خواهد داد. بر اساس نظر آن دسته از حقوق‌دانانی که برای اثبات ضمان وکیل مستعفی به قاعده سوء استفاده از حق استناد نموده‌اند؛ شرط ناموجه و نابه‌هنگام بودن استعفا از شرایط اساسی تحقق سوء استفاده از

حق مشروع تلقی می‌شود؛ چرا که استعفا در وکالت از حقوق مشروع وکیل است و برای این که منشأ ضمانت او دانسته شود، باید در موقعیتی اتفاق بیفتد که فرصت تجهیز مصالح برای موکل وجود ندارد.

۵.۲. جایگاه بحث استعفای وکیل در لوایح قانونی ایران و استفتائات جدید فقهی

چنان چه وکیل در موقعی به استعفا اقدام نماید که به ایراد خسارت به موکل منجر گردد؛ مثلاً به دلیل عدم داشتن فرصت کافی برای توکیل به غیر یا اقدام شخصی، فرصت تجدیدنظرخواهی یا دفاع از او گرفته شود، وکیل مزبور علاوه بر مسئولیت مدنی به موجب بند ۵ ماده ۸ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا، به مجازات شغلی و حرفه‌ای «تنزل درجه» محکوم می‌شود. با عنایت به قانون خاص وکالت در ایران، در دو صورت وکیل مستعفی، به جبران خسارات وارده مسئول است: نخست در صورت اطلاع ندادن استعفا به موکل و دوم: استعفا در فرجه‌ای که موکل قادر به توکیل به موقع قادر نیست.

فقه‌های متأخر با توجه به مبتلا به بودن موضوع، نظرات خود را بسط داده و برخی جوانب موضوع را روشن نموده‌اند. با نگاهی به استفتائات مراجع تقلید معاصر، می‌توان دریافت که تقریباً ایشان قائلند که در صورت اثبات استناد ضرر به اقدامات یا قصور وکیل، او مسئول جبران خسارات قلمداد خواهد شد. مثلاً در پاسخ به سوال از «وکیلی که استعفا می‌دهد و از ادامه وکالت منصرف می‌شود. موکل متحمل ضرر می‌شود. آیا وکیل ضامن است؟» (نرم افزار گنجینه استفتائات قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، قم، سوال ۹۰۸۳) آیت‌الله بهجت بیان نموده اند که «اگر تضرر موکل مستند به بعض اقدامات وکیل به قصور او نباشد، ضامن نیست». آیت‌الله نوری همدانی معتقدند که «وکیل ضامن نیست، مگر این که ضرر وارد به موکل، به وکیل استناد داده شود». آیت‌الله فاضل لنکرانی (ره) در این مسئله لزوم آگاهی موکل از استعفای وکیل را شرط نموده و معتقدند: «وکالت از عقود جایز است، و وکیل هر زمان که بخواهد می‌تواند از آن منصرف شود؛ لکن باید به اطلاع موکل برساند». آیت‌الله خامنه‌ای و آیت‌الله سیستانی در این رابطه، فقط به پاسخ ضامن نیست، اکتفا نموده‌اند؛ لیکن آیت‌الله خامنه‌ای در مسئله بعدی به نحو روشنی

موضع خود را در این مسئله روشن نموده‌اند، که در ادامه بیان می‌گردد. آیت‌الله تبریزی (ره) نیز در این ارتباط استثنائی وارد نموده و آورده‌اند: «چنانچه وکیل ببیند موکلش مجرم است و دفاع از او موجب ارتکاب حرام است، وکالت او باطل است و مستحق اجرت نیست و اگر با انصراف او، موکل متحمل ضرر هم بشود، او ضامن نیست».

در استفتای دیگری از محضر فقها در پاسخ به سوال «در صورت استعفای وکیل و ورود ضرر به موکل درباره مسئولیت خسارت‌های وارده به موکل بفرماید: الف. آیا وکیل بدون توجه به شرایط و وضعیت موکل و اقداماتی که کرده است، به صورت نابه‌هنگام و نامتعارف، می‌تواند استعفا و امور مربوطه را رها کند، بدون این که مسئولیتی در قبال موکل داشته باشد؟ (مثلاً وکیلی برای پیگیری و دفاع از دعوایی منصوب می‌شود؛ آیا می‌تواند در زمان نامناسب پیگیری پرونده را رها و استعفا کند؟ یا مثلاً مدیر شرکتی که به وکالت از شرکا، متصدی اداره شرکت است، می‌تواند هر زمان خواست، بدون مسئولیتی در قبال زیان‌های وارد به موکلین استعفا بدهد)؟ در صورت مسئول بودن وکیل، آیا ضمانت وی شامل عدم‌النفع هم می‌شود؟ (مثلاً در صورت استعفای وکیل پس از صدور رأی و امتناع از رؤیت حکم دادگاه، ممکن است باعث از دست رفتن فرصت تجدیدنظر یا حقوق دیگر موکل شود...)» (نرم‌افزار گنجینه استفتائات قضایی، دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی، قم، سوال ۹۰۹۹).

آیت‌الله خامنه‌ای در پاسخ به این سوال، به نحو روشنی موضوع را تبیین نموده و فرموده‌اند: «عقد وکالت از عقود جایز است و لذا وکیل در هر مرحله‌ای از عمل مورد وکالت، می‌تواند استعفا کند؛ چه وکالت او مجانی باشد یا در مقابل اجرت. در صورت دوم اگر استعفا داد، فقط نسبت به آنچه از عمل مورد وکالت انجام داده، استحقاق اجرت دارد. البته در صورتی که اجرت، به اتمام کل عمل مشروط نباشد؛ والا اجرتی نخواهد داشت و صرف استعفای وکیل از وکالت موجب اضرار مستند به او نخواهد بود، و اگر در موردی وکیل ضرری (نه عدم‌النفع) بر موکل ایجاد کرد، موجب ضمان او است چه قصد اضرار داشته باشد، یا نداشته باشد».

آیت‌الله صافی گلپایگانی در این خصوص فرموده‌اند «نظر به این که وکالت از عقود جایز است، هر زمان که موکل بخواهد، می‌تواند وکیل را عزل کند؛ همچنان که وکیل هم می‌تواند هر وقت بخواهد استعفا نماید و در جهت جواز برهم زدن بین وکالت مجانی و غیر آن فرقی نیست؛ لیکن در صورتی که عمل وکیل موجب اضرار به موکل شود، وکیل ضامن است. اما چنان چه استعفای وکیل موجب عدم‌النفع موکل گردد وکیل ضامن نیست». آیت‌الله مکارم شیرازی این مسئله را به عرف و عادت مرتبط ساخته و فرموده‌اند: «استعفای وکیل یا مدیر عامل و امثال آن‌ها باید طبق موازین عرف و عادت باشد؛ یعنی در وقتی مناسب که سبب ضرر و زیان نشود و اگر برخلاف موازین عرف و عادت این کار را انجام دهد و خسارتی از آن ناشی شود؛ ضامن است».

آیت‌الله موسوی اردبیلی، پاسخ به سوال را به نوع التزام وکیل در قرارداد وابسته نموده و فرموده‌اند: «وکالت عقدی است جایز، مجانی باشد یا در مقابل اجرت؛ هر وقت خواست می‌تواند وکالت را رها کند، مگر موکل از اول او را ملزم کرده باشد که باید وکالت را به آخر برساند. پس، در صورتی که هریک از وکیل و موکل واجد شرایط مشروع باشند، باید طبق قرارداد عمل کنند و اگر وکیل در انجام دادن وظیفه کوتاهی نمود و حق و مالی از موکل تلف شد، ضامن است، در صورتی که وکیل تعدی و تفریط کرده باشد. همچنین در صورتی که وکیل به پایان رساندن امر وکالت و متعهد به عدم استعفا ملزم باشد و به تعهد خود عمل نکرده و استعفا دهد و از این ناحیه خسارتی متوجه موکل شود، ضامن است و در مورد عدم‌النفع، به نظر اینجانب مسأله محل تأمل و اشکال است».

۶.۲. نتیجه

از بررسی‌های صورت گرفته این نتیجه حاصل می‌شود که چنان چه وکیل در موقعیتی از کار خود کناره بگیرد که به ورود ضرری به موکل منجر شود، در قبال این خسارت‌ها مسئول و ضامن جبران آن‌ها می‌باشد. برای توجیه این ضامن، نظرات متفاوتی ارائه شده است. در میان حقوق‌دانان ایران، نظریه «سوء استفاده از حق» برای توجیه مسئولیت وکیل مستعفی، بیش‌تر مورد توجه قرار گرفته است. در قانون ایران به طور صریح و همه‌جانبه به

این مسئله پرداخته نشده است. با این حال، چنان چه وکیل در موقعی به استعفا اقدام نماید، که به ایراد خسارت به موکل منجر گردد؛ مثلاً به دلیل عدم داشتن فرصت کافی برای توکیل به غیر یا اقدام شخصی، فرصت تجدیدنظرخواهی یا دفاع از او گرفته شود، وکیل مزبور علاوه بر مسئولیت مدنی به موجب بند ۵ ماده ۸ آیین نامه لایحه قانونی استقلال کانون وکلا، به مجازات شغلی و حرفه‌ای «تنزل درجه» محکوم می‌شود. با عنایت به قانون خاص وکالت در ایران، در دو صورت وکیل مستعفی، مسئول جبران خسارات وارده است: نخست: در صورت اطلاع ندادن استعفا به موکل و دوم: استعفا در فرجه‌ای که موکل به توکیل به موقع قادر نیست. اما سایر جوانب استعفای وکیل، مانند قلمرو و شرایط مسئولیت وکیل مستعفی، در قانون مورد بررسی قرار نگرفته است. با این توضیح، به نظر می‌رسد تدوین قوانینی منسجم در مورد جواز یا عدم جواز استعفای وکیل، در هریک از مراحل دادرسی، در حقوق موضوعه ما ضروری است؛ تا جایز بودن عقد وکالت، موجب سوء برداشت یا سوء استفاده از حق استعفا نشود. به این منظور راه‌کارهایی ارائه می‌شود:

- وکیل می‌تواند هر وقت بخواهد استعفا بدهد؛ اما در این حالت لازم است به موکل یا کسی که از جانب او نایب است، یا کسی که وکالت به نفع او منعقد شده است، اخطار نماید و دعوا را به نحوی که مصالح موکل رعایت شود، ادامه دهد.

- وکیل در صورت استعفا، موظف است تا زمانی که موکل، متمکن از اختیار وکیل دیگر نشده است، وکالت را ادامه دهد.

- چنان چه وکیل در زمان نامناسبی استعفا نمود، به نحوی که برای اتخاذ تصمیم یا تدابیری جهت حفظ مصلحت موکل یا غیر که وکالت به نفع او منعقد شده فرصت کافی وجود نداشت، (مثلاً مهلت کافی برای توکیل به غیر، تقدیم دادخواست تجدیدنظر یا فرجام خواهی و یا اقدام توسط خود موکل نبود)، به جبران خسارت وارده به موکل یا غیر ملزم خواهد بود.

منابع

۱. آخوندی، محمد (۱۳۶۸ش)، *آیین دادرسی کیفری*، ج ۱، تهران، وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
۲. ابن اثیر، مبارک بن محمد (۱۳۴۲ق)، *النهایه فی غریب الحدیث و الاثر*، ج ۳، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۳. ابن فارس، احمد (بی تا)، *معجم مقاییس اللغه*، ج ۳، بیروت، دارالجمیل.
۴. ابن منظور، محمد بن مکرم بن علی، (۱۴۰۸ق). *لسان العرب*. ج ۴، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۵. ابن عابدین دمشقی، محمد امین بن محمد (۱۴۱۵ق)، *حاشیه رد المحتار علی الدرر المختار*، ج ۵، بیروت، دارالفکر.
۶. ابواسحاق شیرازی، ابراهیم (بی تا)، *المهذب فی فقه الامام الشافعی*، بی جا، دارالکتب العلمیه.
۷. بجنوردی، سید محمد حسن (۱۴۱۹ق)، *القواعد الفقهیه*، تحقیق: سید محمد حسین درایتی و مهدی مهریزی، قم، نشر الهادی.
۸. بهرامی احمدی، حمید (۱۳۷۷ش)، *سوء استفاده از حق (مطالعه تطبیقی در حقوق اسلام و دیگر نظام‌های حقوقی*، تهران، نشر اطلاعات.
۹. التونی، عبدالله (۱۴۱۵ق)، *الوافیه*، به کوشش سید محمد حسین رضوی، قم، مجمع الفکر الاسلامی.
۱۰. الجزیری، عبدالرحمن بن محمد عوض (۱۴۲۴ق)، *الفقه علی المذاهب الاربعه*، ج ۳، چاپ دوم، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۱۱. جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۴ش)، *ترمینولوژی حقوق*، تهران، گنج دانش.
۱۲. _____ (۱۳۶۳ش)، *دوره حقوق مدنی*، حقوق تعهدات. تهران، انتشارات دانشگاه تهران.

۱۳. جودت الیوسف، حسام محمد (۱۴۲۲ق)، *المحاماه فی ضوء الشریعه الاسلامیه و التوازنین العربیه*، چاپ اول، بی‌جا، مؤسسه الریان.
۱۴. جوهری، اسماعیل بن حماد (بی‌تا)، *الصحاح*، ج ۲، بیروت، دارالفکر.
۱۵. حجازی، محمدعلی (۱۳۸۹ش)، *تعهدات وکیل و موکل*، چاپ اول، تهران، نشر میزان.
۱۶. الحطاب، ابی عبدالله محمد بن محمد عبدالرحمن المالکی المغربی (۱۴۳۱ق)، *مواهب الجلیل فی شرح مختصر الشیخ خلیل*، ج ۵، نواکشوت، دارالرضوان.
۱۷. خردمندی، سعید (۱۳۸۲ش)، *وکالت در حقوق تجارت و تطبیق آن با فقه*، قم، مؤسسه بوستان کتاب قم.
۱۸. خمینی، سید روح الله (بی‌تا)، *تحریر الوسیله*، ج ۲، چاپ دوم، قم، مؤسسه مطبوعات دارالعلم.
۱۹. خوئی، سید ابوالقاسم (۱۴۱۰ق)، *منهاج الصالحین*، ج ۲، قم، نشر مدینه العلم.
۲۰. خوانساری نجفی، موسی (بی‌تا)، *منیه الطالب فی حاشیه المکاسب*، تقریرات بیع میرزای نائینی. ج ۲، بی‌جا، بی‌نا.
۲۱. دالوند، فضل الله (۱۳۸۶ش)، *تقسیم مسئولیت مدنی*، چاپ اول، اصفهان، انتشارات دادیار.
۲۲. الدسوقی، احمد بن محمد (۱۲۱۹ق)، *حاشیه الدسوقی علی الشرح الکبیر*، ج ۳، قاهره، دارالفکر.
۲۳. راغب اصفهانی، ابوالقاسم ابن حسین بن محمد (بی‌تا)، *المفردات فی غریب القرآن*، تهران، المکتبه المرتضویه.
۲۴. ره پیک، سیامک (۱۳۸۲ش)، *منع سوء استفاده از حق در نظریه‌های حقوقی و مفاهیم قرآنی*، دانشکده الهیات و معارف اسلامی دانشگاه مشهد. شماره ۶۲، ص ۷۶ و ۶۳.
۲۵. زبیدی، محمد بن محمد بن عبدالرزاق (سید محمد مرتضی) (۱۳۹۰ق)، *تاج العروس من جواهر القاموس*، ج ۳۱، چاپ اول، بیروت، دار احیاء التراث العربی.
۲۶. زین الدین بن ابراهیم (ابن نجیم حنفی) (۱۴۱۳ق)، *الاشباه و النظائر علی مذهب ابی حنیفه النعمان*، ج ۵، بیروت، دارالکتب العلمیه.
۲۷. سامت، محمدعلی (۱۳۷۷ش)، *فوت منفعت یا عدم النفع در حقوق ایران و اسلام*. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۲، ص ۷۶ و ۵۳.

۲۸. سبزواری، عبدالاعلی (بی‌تا)، *مهذب الاحکام فی بیان الحلال و الحرام*، ج ۲۱، نجف اشرف، مطبه الاداب.
۲۹. السنهوری، عبد الرزاق احمد (۱۹۷۰م)، *الوسیط فی شرح القانون المدنی الجدید*، ج ۷، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۳۰. _____ (۱۳۸۳ش)، *وکالت*، مترجم بهرام بهرامی، تهران، انتشارات دنیای سبز.
۳۱. شاهین، اسماعیل عبدالنبی (۱۹۹۹م)، *مسئولیه الوکیل فی الفقه الاسلامی*، در اسه مقارنه بالقانون الوضعی، چاپ اول، کویت، مجلس النشر العلمی.
۳۲. صدقی طارمی، کبری (۱۳۷۴ش)، *ترجمه و تحقیق و تطبیق وکالت از کتاب فقه الصادق علیه السلام*، پایان‌نامه کارشناسی ارشد، علیرضا فیض (استاد راهنما)، دانشکده هیات و معارف اسلامی دانشگاه آزاد واحد تهران شمال.
۳۳. طاهری، حبیب الله (۱۳۷۶ش)، *حقوق مدنی ۶ و ۷*، ج ۴، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳۴. الطوسی، محمد (۱۳۸۷ش)، *المبسوط*، ج ۲، چاپ اول، تهران، المطبعه الحیدریه.
۳۵. طانیوس صابر، شریل (۱۹۹۸م)، *عقد الوکاله فی التشریع و الفقه و الاجتهاد*، بیروت، بی‌نا.
۳۶. العاملی الجبعی، زین الدین بن علی (شهید ثانی) (۱۳۸۴ق)، *الروضه البهیة فی شرح اللمعه الدمشقیه*، ج ۲ و ۴، تهران، مکتبه اسلامیة.
۳۷. العاملی، محمدجواد (بی‌تا)، *مفتاح الکرامه فی شرح القواعد العلامه*، ج ۷، قم، آل‌البيت.
۳۸. عباسپور، مهناز (۱۳۷۷ش)، *قاعده لاضرر*، قسمت اول و دوم مجله مشکوه النور، شماره ۵ ص ۱۳ و شماره ۶، ص ۵۹.
۳۹. العسکری، ابوهلال حسن بن عبدالله بن سهل (۱۳۵۳ق)، *الفروق اللغویه*، قاهره، انتشارات القدسی.
۴۰. فیروزآبادی، محمدبن یعقوب (۱۴۱۲ق)، *القاموس المحیط*، ج ۲ و ۳، چاپ اول، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۴۱. الفیومی، احمدبن محمد (بی‌تا)، *المصباح المنیر فی غریب الشرح الکبیر للرافعی*، بیروت، دارالفکر.

۴۲. قاضی زاده، احمد بن محمود (۱۴۰۶ق)، *نتایج الافکار فی کشف الرموز و الاسرار*، ج ۸، بیروت، داراحیاء التراث العربی.
۴۳. قهرمانی، نصرالله (۱۳۷۷ش)، *مسئولیت مدنی وکیل دادگستری*، تهران، نشر گندم.
۴۴. کاتوزیان، ناصر (۱۳۵۸ش)، *سوء استفاده از حق یا تقصیر در اجرای حق*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۲۱، ص ۱۱۵ و ۱۰۳.
۴۵. _____ (۱۳۷۶ش)، *الزامات خارج از قرارداد (ضمان قهری)*، ج ۱، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۴۶. _____ (۱۳۷۸ش)، *عقود معین*، ج ۴، چاپ سوم، تهران، شرکت سهامی انتشار.
۴۷. _____ (۱۳۸۰ش)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، عقود معین. تهران، کتابخانه گنج دانش.
۴۸. _____ (۱۳۶۴ش)، *دوره مقدماتی حقوق مدنی*، قواعد عمومی قرارداد. ج ۱، تهران: انتشارات بهنشر.
۴۹. _____ (۱۳۷۷ش)، *قانون مدنی در نظم حقوقی کنونی*، چاپ اول، تهران، نشر دادگستر.
۵۰. کاظمی، محمود (۱۳۸۰ش)، *نظریه از دست دادن فرصت در مسئولیت مدنی*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۵۳، ص ۲۲۸ و ۱۸۵.
۵۱. کاسانی، ابوبکر (۱۴۰۶ق)، *بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع*، چاپ دوم، بی‌جا، دارالکتب العلمیه.
۵۲. گنجینه استفتائات قضایی، لوح فشرده دفتر آموزش روحانیون و تدوین متون فقهی قم.
۵۳. لطفی، اسدالله (۱۳۷۸ش)، *قاعده استیمان در سقوط ضمان*، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، شماره ۴۴، ص ۹۱ و ۱۲۲.
۵۴. محقق اردبیلی، احمد بن محمد (۱۴۱۶ق)، *مجمع الفوائد و البرهان*، ج ۱، قم، موسسه النشر الاسلامی.
۵۵. محقق حلّی، نجم‌الدین جعفر بن حسن (محقق حلّی) (۱۳۸۹ق)، *شرایع الاسلام*، ج ۲، چاپ اول، قم، انتشارات اعلمی.

۵۶. محقق حلی، جعفر بن الحسن (۱۴۱۶ق)، *المختصر النافع*، قم، مؤسسه البعثه.
۵۷. ————— (۱۳۶۱ش)، *معارض الاصول*، قم، مؤسسه آل البيت.
۵۸. المراغی، عبدالفتاح بین علی (۱۴۱۷ق)، *العناوین*، ج ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۵۹. مکارم شیرازی، ناصر (۱۴۲۷ق)، *دائرة المعارف فقه مقارن*، چاپ اول، قم، انتشارات مدرسه امام علی بن ابی طالب علیه السلام.
۶۰. ————— (۱۳۸۲ق)، *القواعد الفقهیه*، ج ۱، قم، منشورات دارالعلم.
۶۱. الموسوی البجنوردی، میرزا حسن (۱۴۱۳ق)، *القواعد الفقهیه*، ج ۱ و ۲، قم، مؤسسه مطبوعاتی اسماعیلیان.
۶۲. النجفی، محمد حسن (بی تا)، *جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام*، ج ۲۷ و ۳۷، چاپ اول، تهران، دار الکتب الاسلامیه.
۶۳. نرم افزار مکتبه اهل بیت علیهم السلام.
۶۴. نرم افزار مکتبه الشامله.
۶۵. نووی، یحیی بن شرف (۱۳۷۴ق)، *مغنی المحتاج الی معرفه الفاظ المنهاج*، ج ۲، قاهره، المکتبه التجاریه الكبرى.
۶۶. یزدانین، علیرضا (۱۳۷۹ش)، *حقوق مدنی*، قلمرو مسئولیت مدنی. تهران، ادبستان.
۶۷. الیعمری المالکی، برهان الدین ابی الوفاء ابراهیم بن علی (ابن فرحون) (۱۳۰۱ق)، تبصره *الحکام فی اصول الاقضیه و مناهج الاحکام*، ج ۱، چاپ اول، بیروت، دارالکتب العلمیه.
68. Bassi Stern, Rafael (2008, 25 August), *Civil liability on loss of a chance*. www.encuentroluhmann.cl.