

تحلیل اراده باطنی در فرآیند احراز گذشت

زهرا مشایخی*

مقدمه

درخصوص جرایم تعزیری قانون گذار کیفری ذیل مبحث سوم از فصل یازدهم قانون مجازات اسلامی، گذشت شاکی را در جرایم قبل گذشت یکی از موارد سقوط مجازات دانسته است که موجب موقوفی تعقیب و یا موقوفی مجازات خواهد شد.^۱ در مواردی که شاکی رأساً از شکایت خود صرف نظر کرده و گذشت خود را به نحوی از انحصار به دادسرا و یا دادگاه اعلام می‌دارد، مرجع قضایی حسب مورد، اقدام به صدور قرار موقوفی تعقیب یا مجازات می‌کند. لیکن ممکن است فرضی مطرح شود که شاکی علی‌رغم تواافق با مشتکی^۲ عنه، گذشت مشروط خود را به نحوی قید و شرط به مقام قضایی اعلام نماید. وفق ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی، به گذشت مشروط ترتیب اثر داده نمی‌شود. اینجاست که مقام رسیدگی کننده با احراز وجود شرط در حق واقع، در صدور قرار موقوفی تعقیب با این تردید مواجه می‌شود که آیا به اعلام منجز وی بسنده کند و یا آنکه با وجود اعلام منجز، قصد واقعی طرفین را احراز نماید؟ در دادنامه مورد تحلیل، این موضوع مورد توجه دادگاه قرار گرفته است که در ادامه به بررسی بیشتر ابعاد موضوع خواهیم پرداخت.

* دانشجوی کارشناسی ارشد حقوق خصوصی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران
z.mashayekhi@outlook.com

۱. موقوفی تعقیب و اجرای مجازات نیز در بند (ب) ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری به همین ترتیب مورد شناسایی قرار گرفته است.

مشخصات رأی

شماره دادنامه: ۱۳۹۰۹۹۷۲۶۴۹۰۰۰۱۳۹

تاریخ رسیدگی: ۱۳۹۶/۰۳/۰۵

مرجع رسیدگی: شعبه ۱۰۱ دادگاه کیفری دو شهرستان طالقان

موضوع اتهام: ایراد صدمه بدنی غیرعمدی بر اثر تصادف در حین رانندگی

خلاصه جریان پرونده

ماجرای پرونده از این قرار است که در اثر سانحه رانندگی، سرنشین خودروی مقابل مجروح شده و پس از حضور طرفین در کلانتری، بر آن توافق می‌شود که راننده مقصو، کلیه خسارات واردہ به اتومبیل طرف دیگر را پرداخته و در مقابل، شاکی اعلام گذشت کند. پس از گزارش امر به مقام قضایی و حضور شاکی نزد دادگاه و ارائه پاره‌ای از توضیحات درخصوص شرح موقعی، دادرس با احراز شروط و توافقات فی‌مایین شاکی و مشتکی^۱‌عنه به گزارش کلانتری مبنی بر اعلام گذشت منجز وقعي ننهاده و از صدور قرار موقوفی تعقیب امتناع می‌ورزد. البته با ادامه فرآیند رسیدگی، شاکی دلیلی مبنی بر وقوع ایراد صدمه بدنی ارائه نمی‌کند و لذا دادرس نظر به فقدان دلیل، قرار منع تعقیب صادر می‌نماید.

پرونده کلاسه فوق در وقت فوق العاده تحت نظر است. ملاحظه می‌گردد آقای... در تاریخ ۲۲ اردیبهشت سال جاری در اثر تصادف با یک دستگاه خودروی پراید دیگر به اتهام ایراد صدمه بدنی غیرعمدی دستگیر می‌شود. دادگاه با تشکیل جلسه دادرسی وأخذ اظهارات متهم درخصوص شکایت مطروحه، ضمن اعلام ختم دادرسی با استعانت از خداوند متعال، با تکیه بر شرف و وجودان و با توجه به محتويات پرونده و ادله موجود، به شرح زیر انشاء رأی می‌نماید:

متن رأی

«در رابطه با اتهام آقای ...، فاقد سابقه کیفری دایر بر ایراد صدمه بدنی غیرعمدی بر اثر رانندگی با وصف تقصیر راننده؛ صرفنظر از رضایت شاکی - بدین شرح که با حضور در کلانتری صور تمجلس رضایت بدون قید و شرط خود را امضاء کرده، حال آنکه توافق میان طرفین و اعلام گذشت مشروط به انجام تعهد از سوی متهم برای دادگاه محجز است و متهم در اظهارات شفاهی نیز بیان داشته است که: «توافق ما بر آن بود که من تمام هزینه‌های تعمیر خودرو را

تقبل کنم و رضایت بدهنند». و این از نظر دادگاه «گذشت مشروط» تلقی می‌شود چراکه تفسیر اراده طرفین در راستای پاسداری از حقوق اصحاب دعوا بر عهده دادگاه است و این دادگاه برخلاف رویه محاکم معتقد است اعلام گذشت از سوی بزه‌دیده، نمی‌تواند مستقل از اراده قابلی آن دو و توافق صورت پذیرفته باشد و اعلام گذشت در چنین مواردی (هرچند بدون قید و شرط در محضر دادگاه) فی الواقع یک گذشت مشروط است؛ چراکه قانون‌گذار در مقام اعلام گذشت صرفاً به دنبال اعلام یک اراده آزاد از سوی بزه‌دیده است اما در پرونده حاضر، قطعاً اراده‌ها مستقل از همیگر نیستند و مشخصاً اعلام اراده بزه‌دیده بر گذشت، تابع قرارداد قابلی بوده است و پیرو آن، اعلام گذشت می‌کند و بی‌قید و شرط تلقی کردن آن موجب اختتام سلطه‌وى بر جریان کیفری خواهد بود – نظر به عدم وجود گواهی پزشکی قانونی بر وجود خدمات بدنی و فقدان دلیل مبنی بر ایراد صدمه بدنی دادگاه مستند به ماده ۲۶۵ قانون آیین دادرسی کیفری، قرار منع تعقیب نامبرده را صادر و اعلام می‌دارد. رأی صادره، حضوری بوده و در راستای ماده ۴۲۷ قانون آیین دادرسی کیفری ظرف مدت ۲۰ روز پس از ابلاغ، در دادگاه تجدیدنظر استان‌البرز قابل تجدیدنظرخواهی خواهد بود.»

۱. تحریر محل نزاع

به طور کلی در رویه قضایی ایران دو رویکرد نسبت به احراز گذشت متعاقب توافقات طرفین قابل ملاحظه است:

۱. غالباً قضاة محاکم کیفری و دادسراها فارغ از ورود به ماهیت و چند و چون توافقات میان بزه‌کار و بزه‌دیده، صرف اعلام گذشت بی‌قید و شرط از سوی شاکی، پرونده را برای اختتام جریان کیفری (اعم از مرحله تحقیق و تعقیب) کافی می‌دانند.
۲. عده‌ای برخلاف رویه غالب برآنند که صرف اعلام گذشت بی‌قید و شرط از سوی شاکی پرونده بدون نظر به ماهیت موضوع، موجب اختتام سلطه‌وى بر جریان کیفری نخواهد بود و چنانچه به هر طریقی غیر از اعلام اراده شاکی، مشروط بودن گذشت محرز شود، گذشت اعلامی از سوی شاکی قابل دسته‌بندی در ردیف گذشت‌های مشروط خواهد بود.

دادگاه در دادنامه صادره با اتخاذ رویکرد دوم، اراده شاکی را مستقل از اراده طرفینی آنها ندانسته و گزارش کلانتری را که بدون توجه به این موضوع تنظیم شده بود معتبر تلقی نکرده است. برای تحلیل بیشتر این دو رویکرد ابتدا به بررسی مفهوم «گذشت» و سپس تحلیل حقوقی آن می‌پردازیم.

۲. مفهوم گذشت

«گذشت» در لغت به معنای «بخشایش و عفو کردن» است؛ گذشن از چیزی به معنای «صرفنظر کردن از آن» است.^۱ البته در قانون مجازات اسلامی تعریفی از واژه مزبور به‌چشم نمی‌خورد که شاید مؤید نظر قانون‌گذار بر حقیقت عرفی این لفظ باشد، ولیکن می‌توان این‌گونه تعریف کرد: «هرگاه فردی که حقوق، آزادی‌ها و یا شخصیتش مورد تعدی و آزار واقع گردیده است به جای انتقام، سزاده‌ی و یا تنفر و انجار بخواهد طریق ملاطفت و چشمپوشی را در پیش بگیرد گذشت نموده است». اصطلاح «گذشت از جرم» از باب مسامحه، به معنای بخشودن مجرم است نه بخشودن جرم، زیرا شاکی با گذشت خود، از تعقیب و مجازات مجرم صرفنظر می‌کند و نه از اصل جرم. بنا به استنباط از تعریف مذکور، کلیه حقوق طبیعی و اخلاقی افراد، محترم است و صرف نقض جزئی هریک از آنها می‌تواند برای فرد حقی بر انتقام ایجاد کند. حال «اسقاط چنین حقی از سوی فرد مورد تعریض قرار گرفته» را گذشت می‌نامیم.

۳. ماهیت حقوقی گذشت

درخصوص ماهیت حقوقی گذشت بهطورکلی می‌توان سه نظر مطرح کرد:
۱.۳. گذشت درواقع تشریفات یک عمل حقوقی است که پیش از این با اراده طرفین انشاء شده است. این تحلیل در مسئله حاضر این‌گونه تبیین می‌شود که توافق شاکی با راننده مقص نزد کلانتری در قالب یک عقد نامعین تشریفاتی منعقد می‌شود و تشریفات آن همانا اعلام گذشت نزد مقام قضایی است. از این منظر، گذشت به صرف یک فرآیند قضایی و تشریفات ساده تقلیل می‌یابد، لکن این نظر به دلایل زیر غیرقابل پذیرش است:

اولاً، اگر شاکی بدون هیچ نوع توافقی با مشتکی^۲ عنه اعلام گذشت کند چون گذشت، متعاقب یک عمل حقوقی صورت نگرفته است نمی‌توان آن را تشریفات یک عمل حقوقی پنداشت.

۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی تهران: انتشارات ادنا، ۱۳۸۱، ص ۱۴۳۸.

ثانیاً، در جرایم قابل گذشت نظر به اهمیت جنبه خصوصی جرم بر جنبه عمومی آن، قانون‌گذار بهدلیل آنکه حقوق بزه‌دیده خاصی از وقوع بزه مخدوش گردیده است، این امتیاز و این اثر را برای اراده وی قائل شده است که بتواند از حق خود بر ادامه تعقیب کیفری صرف‌نظر کند. این امر بهخوبی از ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی قابل استنباط است.

ثالثاً، قانون مجازات اسلامی قانون ماهوی و قانون آیین دادرسی کیفری قانونی شکلی است. فلذا اگر گذشت صرفاً یک فرآیند، تشریفات و امر شکلی بود می‌باشد در قانون آیین دادرسی به طریقتی آن اشاره می‌شد درحالی‌که در مبحث سوم فصل یازدهم بخش دوم کتاب اول قانون مجازات اسلامی به بیان احکام گذشت شاکی پرداخته شده است.

رابعاً، از قواعد عمومی بهخوبی برمی‌آید که اصل بر رضایی بودن عقود است و بهنحو استقرایی از بررسی عقود نیز افاده می‌گردد که بهصرف تراضی طرفین، عقود منعقد می‌گردند اما انشاء عقود تشریفاتی علاوه بر تراضی، منوط به تشریفاتی است که در قانون برای آن مقرر شده است. نمونه‌های بارز آن، خرید و فروش املاک ثبت‌شده بهموجب ماده ۲۲ قانون ثبت و انتقال سرقفلی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر (مصوب ۱۳۵۶) و نیز فروش اموال توقيف شده به منظور اجرای احکام که باید از طریق مزایده باشد و در ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی از آن یاد شده است، می‌باشد.^۱

نظر به رضایی بودن عقود، آیا اراده طرفین نیز علاوه بر اراده قانون‌گذار می‌تواند منشأ ایجاد تشریفات باشد؟ که پاسخ بدان مستلزم بررسی ارکان عقود است. عقود رضایی تنها با ایجاب و قبول واقع می‌شوند لکن عقود تشریفاتی علاوه بر دو رکن مذکور منوط به تحقق تشریفات خاصی است و گرنه اصلاً عقدی انشاء نخواهد شد.

از سویی درمورد امکان تعلیق در عقود رضایی حقوق‌دانان و فقهاء با تفکیک میان تعلیق در انشاء و منشأ معتقد‌نند در مرحله انشاء، عقد را نمی‌توان به امر دیگری

۱. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۹۲، ص. ۵۰.

معلم نمود ولی طرفین می‌توانند تأثیر عقد - منشأ - را منوط و ملحق به تحقق معلم‌علیه نمایند. فلذا تعليق در انشاء، باطل است.^۱ برخی از فقهاء با این استدلال که انشاء، جزء اعتباریات است تعليق در انشاء را از حیث عقلی ممکن دانسته‌اند^۲ و عده‌ای هم آن را نوعی احداث و ایجاد قلمداد کرده‌اند با این باور که وجود فعلی یک شیء نمی‌تواند به چیز دیگری وابسته باشد.^۳ آنان در این راستا به عدم امکان عقلی در انشاء و نبود انشاء فعلی و عدم قابلیت استناد به اصل صحت استناد نموده‌اند. در میان حقوق‌دانان گروهی نیز به صحت تعليق در انشاء به صورت واجب مشروط نظر داده‌اند^۴ لکن اکثر حقوق‌دانان «تعليق در انشاء» را نمی‌پذیرند و برخی به عدم امکان عقلی تعليق در انشاء استدلال کرده‌اند.^۵ و عده‌ای نیز عدم حرکت اراده و درنتیجه، تحقق نیافتن عقد را دلیل بطلان تعليق در انشاء دانسته‌اند.^۶

به‌نظر می‌رسد با تعليق در انشاء، طرفین در اصل «تراضی» مرددند در حالی که می‌دانیم ایجاب و قبول باید با جزمیت صورت گیرد تا عقد محقق شود.^۷ بنابراین با عنایت به رضایی بودن عقود، اراده طرفین در تشریفاتی کردن عقود غیرتشریفاتی همان تعليق در انشاء می‌باشد زیرا عدم رعایت تشریفات در عقود تشریفاتی مانع تحقق عقد است.

۱. تفکیک میان تعليق در انشاء و منشأ نخستین بار توسط شیخ انصاری مطرح شد و تا قبل از آن فقهاء «تنجیز» را مطلقاً شرط تحقق عقد می‌دانستند و تمایزی میان تعليق در انشاء و منشأ قائل نبودند و حداقل قول مشهور فقهای امامیه شرطیت تنجیز در عقود و مبطل بودن تعليق بوده است.

۲. موسوی خمینی، سیدمصطفی، *كتاب البيع* تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره، ۱۴۱۸، ج. ۱، ص ۷۱؛ سیدحسن حکیم، *نهج الفاقهه* قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تاراج، ۱، ۱۰۸.

۳. غروی‌نایینی، میرزا محمدحسین، *منية الطالب في حاشية المكاسب* تهران: المکتبة المحمدية، ۱۳۷۳، ج. ۱، ص ۱۱۲؛ سیدمحمد‌کاظم طباطبائی یزدی، *حاشية المكاسب* قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱، ص ۴۴۱.

۴. امامی، حسن، *حقوق مدنی* تهران: کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۴۰، ج. ۱، صص ۱۶۵-۱۶۶.

۵. جعفری‌لنگرودی، محمدجعفر، *مجموعه محشی قانون مدنی* تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲، ص ۱۶۱.

۶. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)* تهران: انتشارات مجده، چاپ ششم، ۱۳۸۶، ج. ۱، ص ۷۴.

۷. قبولی درفشان، سیدمحمدتقی و درفشان، سیدمحمد‌هادی، *بازشناسی تعليق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران*، فصلنامه آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۷ (۱۳۹۲)؛ ص ۹۱.

۲. گذشت در قالب عقد صلح قابل تحلیل است. صلح در مقام دعوای محقق یا محتمل الوقوع را «صلح در مقام دعوا» و یا «صلح در مورد تنازع» گویند.^۱ درصورتی که صلح به منظور رفع تنازع و پایان بخشیدن به دعوا انجام شود تابع احکام خاص قانون مدنی و سازش در آیین دادرسی مدنی و قواعد عمومی قراردادهاست.^۲

مقررات ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری^۳ در تبیین حقیقت لفظ مصالحة راهگشا خواهد بود، چه آنکه موقوف کردن آثار سازش و مصالحة به گذشت شاکی، معنای مصالحة را خارج از مزه‌های مفهومی عقد صلح ترسیم می‌کند.

مواد مختلفی در قانون مجازات اسلامی بالأخص در کتاب قصاص به مصالحة اشاره کرده است؛ از جمله ماده ۳۴۷ که تصریح می‌نماید: «صاحب حق قصاص در هر مرحله از مراحل تعقیب، رسیدگی یا اجرای حکم می‌تواند به طور مجاني یا با مصالحة، در برابر حق یا مال گذشت کند».

با استقراری در مقررات جزایی ملاحظه می‌شود «مصالحه» به معنای توافق طرفینی در هیچ‌یک از جرایم بهنحوی که بتواند مستقیماً باعث موقوفی تعقیب یا مجازات شود به رسمیت شناخته نشده است، بلکه النهایه اثر آن موکول به گذشت شاکی می‌باشد. به عبارت دیگر، صرف انعقاد عقد صلح نمی‌تواند باعث پایان بخشیدن به فرآیند رسیدگی کیفری شود و مصالحة صرفاً از سخن مذاکرات مقدماتی میان مجرم و شاکی خصوصی جرم است.

۱. جعفری لنگرودی، محمدمجعفر، *ترمینولوژی حقوق تهران*: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۲، ص. ۴۰۸.

۲. کاتوزیان، ناصر، درسنها بی از عقود معین تهران: گنج دانش، چاپ بیست و یکم، ۱۳۹۳، ج. ۱، ص. ۳۷۳.

۳. این ماده درخصوص مصالحة مقرر داشته است: «در جرایم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، مقام قضایی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با أحد تأمین متناسب، حداکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضایی می‌تواند برای حصول سازش بین طرفین، موضوع را با توافق آنان به شورای حل اختلاف یا شخص یا مؤسسه‌ای برای میانجیگری ارجاع دهد. مدت میانجیگری بیش از سه ماه نیست. مهلت‌های مذکور در این ماده در صورت اقتضاء فقط برای یکبار و به میزان مذکور قابل تمدید است. اگر شاکی گذشت کند و موضوع از جرایم قابل گذشت باشد تعقیب موقوف می‌شود...».

فلذا مهم‌ترین تفاوت عقد صلح با نهاد گذشت، در ماهیت آن دو می‌باشد؛ صلح، هم در زبان فقهاء و هم در ادبیات حقوقی در زمرة عقود و منوط به توافق طرفین است؛ در حالی که گذشت صرفاً با اراده یک طرف (شاکی) اثر خود را به جای می‌گذارد. بنابراین، هم عقد صلح لازم و بایسته است و هم گذشت عمل حقوقی. و با آنکه تخلف از شرط در عقد صلح صرفاً می‌تواند ایجاد خیار تخلف از شرط نماید، عدول در گذشت در موقع عدم تحقق شرط، پذیرفته شده است. از این‌رو، مصالحه در امور کیفری فی‌نفسه فاقد اثر قابل ملاحظه بوده و اراده شاکی -در جرایم قابل گذشت- مناط اعتبار است.

۳. گذشت، ایقاع است^۱ و اراده شاکی در ایجاد اثر حقوقی اصالت دارد. به‌نظر می‌رسد این تحلیل با ماهیت گذشت سازگارتر است. در پذیرش یا عدم پذیرش اصل آزادی ایقاعات، تفاوتی نیست، زیرا «گذشت» یک ایقاع معین است که قانون‌گذار ضمن نام بردن، احکام مربوط به آن را نیز ذکر نموده است. گفتنی است به ایقاعی بودن آن در قانون تصریح نشده است؛ چنانکه قانون‌گذار درخصوص برخی دیگر از ایقاعات نظری خیارات، اشاره‌ای ننموده است ولیکن این خصیصه، جزء ایقاعات به‌شمار می‌رود. ناگفته نماند که حقوق‌دانان و فقهاء به ماهیت ایقاعی خیارات و حق فسخ اشاره کرده‌اند.^۲ به عبارتی برای تعیین ماهیت نهادهای حقوقی، لزومی بر تصریح قانونی بر ماهیت آنها وجود ندارد و درخصوص ایقاعات حتی اگر معین بودنشان مطمئن‌نظر باشد صرف شناسایی آن نهاد (نام بردن) توسط قانون کفایت می‌کند و از این لحاظ نهاد گذشت در قانون مجازات اسلامی به‌رسمیت شناخته شده است.

۶. ماهیت حقوقی گذشت مشروط

با توجه به ایقاعی بودن ماهیت گذشت، برای اظهارنظر درمورد شرط، پیش از آن شایسته است ابتدا به امکان اندرج شرط ضمن ایقاع و آنگاه به میزان الزام‌آوری شروط ابتدایی اشاره کنیم.

۱. محمودی، مرتضی، محمدعالی بابایی و سیده بنی حسینی، «ارکان جرایم قابل گذشت در حقوق کیفری ایران»، *آموزه‌های حقوق کیفری*، دوره جدید پاییز و زمستان، ش ۱۴ (۱۳۹۶): ص ۵۱.
۲. شهیدی، مهدی، پیشین، ص ۲۰۲؛ جعفری لنگرودی، محمد مجفر مبسوط در *ترمینولوژی حقوق* تهران: گنج دانش، (۱۳۸۱)، ج ۴ و ۱، ص ۲۸۰؛ کاتوزیان، ناصر، *قواعد عمومی قراردادها* تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، (۱۳۹۵)، ج ۵، ص ۵۵؛ طباطبائی بزدی، سید محمد‌کاظم، پیشین، ص ۱۵۳.

برخی از حقوق دانان معتقدند در ابراء می‌توان شرط عوض کرد و ابراء، ماهیت حقوقی خود (ایقاع) را از دست نمی‌دهد ولی از جهت شرط، نیازمند به قبول و پذیرش است.^۱ بنابراین نباید بیم تبدیل شدن ابراء به عقد مانع از قراردادن شرط برای آن شود زیرا ابراء، ماهیت خود را حفظ می‌کند بی‌آنکه تابع ماهیت شرط خود گردد. در مقابل، برخی دیگر بر این باورند که ایقاعات، متحمل شروط نمی‌شوند که عده‌ای با صحیح دانستن شرط، آن را باعث تبدیل ایقاع به عقد دانسته‌اند.^۲ از این میان نظراتی درخصوص باطل بودن شرط و یا باطل و مبطل بودن آن به چشم می‌خورد.^۳ یکی از محققان دانش حقوق هم به تبدیل ابراء مشروط به صلح معقد است.^۴ از سویی با نظر به مفهوم شرط به نظر می‌رسد افاده نوعی ارتباط و پیوستن چیزی به چیز دیگر می‌کند و این معنایی است که حسب ارتکاز عرفی از واژه شرط به ذهن انسان متیدار می‌شود. فلذا مفهوم شرط از «ارتباط و پیوند» جدایی‌ناپذیر است. از این‌رو، هر الزام و التزامی را نمی‌توان شرط دانست؛ الزام و التزامی که در ارتباط با عمل حقوقی صورت نگیرد خود عقد مستقلی نامعینی مشمول عمومات «أوفوا بالعقود» می‌شود.^۵ همچنین نظر به ماهیت شرط که فی الواقع عقد است با این تفاوت که در ارتباط با یک عمل حقوقی دیگر انشاء می‌گردد و نیز به‌رسمیت شناخته شدن عقود نامعین براساس عمومات «أوفوا بالعقود» و ماده ۱۰ قانون مدنی شایسته می‌نماید که اصل اندرج شرطِ ضمن ایقاع را بپذیریم. مؤید این مطلب نیز نه تنها طلاق خلع و مبارات، بلکه اشتراط ضمن عتق و شرط در ضمن اجازه عقد فضولی، اباحه به شرط عوض، اسقاط حق قصاص به شرط پرداخت دیه، ابراء دین به شرط عوض و ... می‌باشد. به علاوه، در ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی تصریح شده است: «گذشت باید منجز باشد و به گذشت مشروط و معلق در صورتی ترتیب

۱. صفائی، حسین، قواعد عمومی قراردادها تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰، ج. ۲، ص. ۲۵۳.

۲. جعفری لنگرودی، محمدجعفر، پیشین (۱۳۸۱)، ج. ۴، ص. ۷۶۳.

۳. طاهری، حبیب‌الله حقوق مدنی قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۸، ص. ۱۷۰.

۴. محقق‌داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه تهران: سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۷، ص. ۲۶۵.

۵. فصیحی‌زاده، علیرضا و کیانی، عباس، «تحلیل حقوقی اندرج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن»، آموزه-

های فقه مدنی، ش. ۹ (بهار و تابستان ۱۳۹۳): ص. ۳۹ - ۵۰.

اثر داده می‌شود که آن شرط یا معلق‌علیه تحقق یافته باشد. همچنین عدول از گذشت، مسموع نیست».

مستنبت از ماده فوق اینکه امکان وجود شرط برای گذشت پذیرفته شده است. بنابراین چنان نیست که قانون‌گذار کیفری به طور مطلق شرط ضمن گذشت را باطل یا به‌کلی فاقد اثر بداند؛ چراکه در این ماده اشاره شده گذشت مشروط نیز قابل تحقق است لکن برای تأثیر باید مشروط‌علیه آن محقق گردد. به علاوه، در تبصره یک همین ماده اثر اندک و مهمی برای گذشت مشروط قائل شده است و آن همان منوط کردن اجرای مجازات به عدم تحقق شرط می‌باشد.

تا اینجا اجمالاً پذیرفته‌یم که اشتراط ضمن ایقاع، پذیرفتی است و شرط به هر نحوی از احتجاء که برای مقام قضایی احراز شود، قابل ترتیب اثر است لکن با عنایت به اینکه توافق حاصله در فرض مسئله قبل از گذشت محقق گردیده، و از سویی الزام‌آور بودن شرط ابتدایی در فقه محل تردید است، برای تبیین امر به ذکر توضیحاتی درخصوص شروط خواهیم پرداخت.

شرط به معنای عام خود (التزام)، در ارتباط با عقد یکی از این سه حالت را دارد: ۱. شرطِ پیش از عقد؛ ۲. شرطِ ضمن عقد؛ ۳. شرطِ بعد از عقد (که ملحق به آن می‌شود)، شرط تبانی از قسم نخست است.

شرطی که پیش از عقد واقع می‌شود، خواه موضوع انشاء قرار می‌گیرد و دو طرف خود را ملتزم به مفاد آن سازند یا درباره‌ی آن گفتگو کنند و التزام قطعی را منوط به تراضی درباره عقد نمایند. در این فرض هرگاه پیش از وقوع عقد، مفاد شرط فراموش گردد و دو طرف هنگام تراضی از آن غافل بمانند بی‌گمان نباید آن را جزء مفاد عقد شمرد؛ گفتگوها و وعده‌ها بی‌اثر می‌شود و التزام، اگر مفاد آن امر خارجی باشد، به عنوان قراردادی جداگانه مورد مطالعه قرار می‌گیرد. به بیان دیگر، اگر ارتباط بین تراضی یا گفتگوی پیش از عقد با آنچه پیمان اصلی درباره آن بسته می‌شود در ذهن قطع گردد، عقد را باید مستقل و جدای از آن بهشمار آورد.

هرگاه عقد بر مبنای التزام یا گفتگوهای مقدماتی واقع شود شرط را در اصطلاح «شرط بنایی» یا «شرط تبانی» می‌نامند و درباره لزوم رعایت و آثار آن بین فقهاء اختلاف نظر هست: مشهور، چنین شرطی را الزام‌آور نمی‌دانند و ذکر

در عقد را ضروری می‌بینند و حتی از بعضی نقل شده است که ادعای اجماع بر آن کرده‌اند.

گروه دیگری نیز قائل به تفکیک شده‌اند و چنانچه شرط تبانی از زمرة اموری باشد که به حکم عرف عقد بر آن دلالت کند (مانند تعادل عرفی بین عوضین و سلامت مبيع و نقد بودن ثمن) و در زمرة شروط ضمنی درآید، یا از اموری باشد که صحت عقد منوط به آن باشد (مانند معلوم بودن وصف دو عوض) از این لحاظ در شمار «بناء نوعی» محسوب می‌شود و الزام‌آور است و تخلف از آن موجب خیار فسخ می‌گردد ولی در سایر موارد تبانی دو طرف بدون ذکر صريح یا ضمنی آن در عقد هیچ اثری ندارد. گروه دیگری، این تفصیل را رها کرده‌اند و تبانی درباره شرط را در حکم ذکر در متن عقد می‌دانند، خواه پیش از عقد موضوع التزام دیگری قرار گیرد یا درباره ذکر آن در عقد توافق شود یا هرکدام از ضمیر دیگری آگاه باشد و بر مبنای این آگاهی توافق انجام شود.^۱

قابل ذکر است که نظر فقهاء و حقوق‌دانان درخصوص اعتبار و قدرت الزام‌آوری شرط ابتدایی، به تعریف پذیرفته شده از شرط، وابستگی تام دارد؛ برخی نظیر شیخ انصاری شرط را مطلق الزام و التزام دانسته‌اند لذا شامل شرط ابتدایی به نحو حقیقی می‌دانند. کسانی چون امام خمینی(ره) شرط را به معنای «الزام و التزام ضمن بيع» دانسته و بدین ترتیب، شرط ابتدایی را مشمول تعریف شرط نمی‌داند.^۲ بنا به تعریف ارائه شده از شرط گذشت و عنصر ارتباط و وابستگی میان آن و عمل حقوقی، باید التزامات ابتدایی را تخصصاً خارج از موضوع شرط دانست.^۳ از نظر یکی از نویسنده‌گان، قانون مدنی نیز نظر الزام‌آوری شروط تبانی را موجه دانسته است: خیار رؤیت و تخلف از وصف درواقع چهره‌ای از شروط بنایی درباره اوصاف مورد معامله می‌باشد. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی تصريح می‌کند: «هرگاه در

۱. کاتوزیان، ناصر، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم، ۱۳۸۰، ج. ۳، صص ۱۲۵-۱۲۶.

۲. صابریان، علیرضا، «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و قانون مدنی»، *فصلنامه دین و سیاست*، ش. ۲۱-۲۲ (پاییز و زمستان ۱۳۸۸)، صص ۹۵-۹۶.

۳. فضیحی‌زاده، علیرضا و کیانی، عباس، *پیشین*، ص. ۳۹.

یکی از طرفین صفت خاصی شرط شده باشد و بعد از عقد معلوم شود که طرف مذکور فاقد وصف مقصود بوده، برای طرف مقابل حق فسخ خواهد بود، خواه وصف مذکور در عقد تصریح شده باشد یا عقد متبانیاً بر آن واقع شده باشد.

این انتخاب را که با اصل حاکمیت اراده و رهایی از قید تشریفات سازگارتر است، باید تأیید کرد: پیروان روزافزون اعتبار و لزوم «شروط تبانی» و شروط ابتدایی در میان فقهای معاصر، نه تنها ادعای وجود اجماع مخالف را بیاعتبار میکند، بل شهرت آن را نیز به خطر میاندازد. وانگهی این ادعا که شروط تبانی در عقد بیاثر است، با پارهای از احکام از جمله اثر نامشروع بودن «جهت» در معامله و نظریه اشتباه و خیار روئیت و تحلف از وصف مخالف مینماید و این سؤال را بیپاسخ میگذارد که: اگر نیروی الزام‌آور شرط از «trap» مایه میگیرد چرا باید ذکر در عقد بهمنظور نفوذ شرط لازم باشد بیآنکه مبنای «قصد مشترک» مورد اعتناء قرار گیرد؟

هدف از گفتن یا نوشتن الفاظ، ایجاد تفاهم و تمهید زمینه توافق است. در شروط تبانی با این فرض که چنین تفاهمی از راه گفتگوهای مقدماتی یا از راه دلالت عرف یا اوضاع و احوال بهدست آمده و مبنای تراضی قرار گرفته است، چرا باید این چهره بروز اراده را نادیده گرفت؟^۱

همان‌گونه که بیان شد درخصوص اطلاق حقیقی شرط بر شروط تبانی و الزام‌آوری آنها میان فقهاء و حقوقدانان محل اختلاف است و هریک دلایل متعددی را برای اثبات مدعای خود اذعان نموده‌اند. حتی اگر بخواهیم عنصر ارتباط و پیوستگی میان عمل حقوقی و شرط را در تعریف آن لحاظ کنیم نیازی نیست حکم به خروج موضوعی شرط ابتدایی از زمرة شروط دهیم - آن‌طورکه برخی چنین گفته‌اند - بلکه در وجود ارتباط همین بس که اگر نبود آن شرط، شاید طرفین دیگر رغبتی به انعقاد قرارداد نداشتند، همان‌گونه که در سایر شروط ضمنی و پسینی محقق است. با این حال تعریف شرط به صرف الزام و التزام نیز زمینه را برای مؤثر دانستن شرط تبانی بر گذشت فراهم می‌آورد.

۱. کاتوزیان، ناصر، پیشین، (۱۳۸۰)، ج ۳، ص ۱۲۷ - ۱۲۸.

۷. اعلان جهت‌گیری دادگاه

دادگاه در بخشی از دادنامه بر این امر تصریح کرده است که «... این دادگاه برخلاف رویه محاکم معتقد است ...» و بر همین اساس، جهت‌گیری خود را در قیاس با رویه قضایی موجود به مخاطبان دادگاه اعلام داشته است. به نظر می‌رسد این امر در جهت رعایت حقوق حاکم و محکوم در امر مطروحه بسیار شایسته تقدير باشد؛ چراکه قضایی صادرکننده دادنامه با درنظر گرفتن رویه و احتمالاً مبنی بر پیش‌فرض غلطانگاری رویه قضایی موجود، اقدام به نگارش چنین دادنامه کرده است.

از حیث ماهوی نیز استدلال دادگاه از قوت حقوقی برخوردار است که کاربست ادبیات و آموزه‌های حقوق خصوصی را به خوبی در رویه قضایی کیفری به نمایش گذاشته است.

زیرا چنانکه می‌دانیم در انشاء یک عمل حقوقی همواره این‌طور نیست که اراده ظاهری منطبق بر اراده باطنی باشد. براساس نظریه حاکمیت اراده باطنی، عنصر اصلی سازنده اعمال حقوقی، قصد افراد است و اصولاً الفاظ و اشارات و ... کاشف از آن می‌باشد. قاعده «العقود تابعة للقصود» نیز مؤید همین نظر بوده و از اقوال برخی فقهاء نیز استنباط می‌شود که صرف تراضی متعاقدين را در انعقاد عقد کافی می‌دانند.^۱ ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز در این خصوص بیان می‌دارد: «عقد محقق می‌شود به قصد انشاء به شرط مقررین بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند» که از مجموعه مواد دیگر نظیر مواد ۶۵، ۲۱۸، ۱۹۶، ۴۶۳ می‌توان اصالت اراده باطنی را در اعمال حقوقی احراز کرد بهنحوی که بسیاری از حقوق‌دانان معتقدند اراده باطنی یا حقیقی، اساس قصد را شکل می‌دهد و طرق مبرز آن کاشف از قصد و رضا می‌باشند.^۲

در موضوع حاضر نیز که تعارض میان اظهارات شاکی و اراده باطنی وی مشهود است و این به جهت مقرره ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی تشدید شده، زیرا شاکی برای فرار از این مقرره و برداشتن مانع از پیش روی تأثیرگذاری گذشت، آن را به صورت بی‌قید و شرط اعلام می‌کند.

۱. عکبری مفید، محمدين محمدبن نعمان، (شیخ المفید)، المقنعة (قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ره)، ص ۵۹۱.

۲. امامی، حسن، پیشین، ص ص ۱۸۱-۱۸۰.

در متن دادنامه به درستی نظریه اراده حاکمیت باطنی مورد اشاره قرار گرفته است و تصریح می‌کند: «... و این از نظر دادگاه «گذشت مشروط» تلقی می‌شود چراکه تفسیر اراده طرفین در راستای پاسداری از حقوق اصحاب دعوا بر عهده دادگاه است و این دادگاه برخلاف رویه محاکم معتقد است اعلام گذشت از سوی بزهديده، نمی‌تواند مستقل از اراده قبلی آن دو و توافق صورت‌پذیرفته قبلی باشد و اعلام گذشت در چنین مواردی (هرچند بدون قید و شرط در محضر دادگاه) فی الواقع یک گذشت مشروط است؛ چراکه قانون‌گذار در مقام اعلام گذشت صرفاً به‌دلیل اعلام یک اراده آزاد از سوی بزهديده است، اما در پرونده حاضر، قطعاً اراده‌ها مستقل از هم‌دیگر نیستند و مشخصاً اعلام اراده بزهديده بر گذشت تابع قرارداد قبلی بوده است و پیرو آن اعلام گذشت می‌کند و بی‌قید و شرط تلقی کردن آن موجب اختتام سلطه‌ی بر جریان کیفری خواهد بود....».

نتیجه

از رهگذر تبیین ماهیت حقوقی گذشت چنین منتج می‌گردد که گذشت مشروط به‌مثابه ایقاعِ مشروط است و مبنای اعلام اراده شاکی، مستقل و منفک از تراضی قبلی طرفین نیست. در این دوراهی احراز قصد واقعی طرفین و اعلام خلاف واقع، مقام قضایی می‌تواند مستقل به قاعده اقدام، خود را مکلف به احراز قصد و اراده باطنی افراد ندانسته و اظهارات شاکی را همان‌طور که ابراز می‌شود برای صدور قرار موقوفی تعقیب یا اباقی آن مکفی بداند یا همان‌گونه که دادرس در سایر موارد از جمله اقرار و شهادت، صحت این نوع اخبار را با ترازوی علم خود با نظر به امارات و قرائن می‌سنجد، به بررسی تطابق اعلام رضایت - که از انشاء اثر حقوقی اخبار می‌کند - با ماهیت حقیقی گذشت پرداخته یا حتی‌الامکان در صورت احراز و اثبات تعارض آن دو از گذشت رفع اثر کرده و مجددأ تعقیب و رسیدگی را از سر بگیرد.

قانون‌گذار در مقام انشاء ماده ۱۰۱ بهنحو اطلاق از گذشت مشروط یاد کرده است و بر این اساس، مشروط بودن گذشت، اعم از قصد واقعی شاکی و یا اعلام اراده‌ی می‌باشد. ضمن آنکه مطابق نظریه حاکمیت اراده باطنی - که شرح آن گذشت - اصولاً اراده باطنی شاکی که به‌شیوه مشروط بوده است بر اراده ظاهری او که بی‌قید و شرط ابراز شده، اولویت دارد.

اهتمام به این نکته ظریف حقوقی علیالخصوص تا زمانی که منجر به صدور قرار موقوفی تعقیب نشده است باید مدنظر دادرسان قضایی قرار گرفته و بدین واسطه وحدت عملی برای تضمین حقوق شاکی که ممکن است با ناکامی ناشی از تخلفات مشتكی[ُ] عنه از تعهدات قراردادی مواجه شود، منظور گردد.

فهرست منابع

۱. امامی، حسن، حقوق مدنی، ج ۱ تهران: کتابفروشی اسلامیه، ۱۳۴۰.
۲. جعفری لنگرودی، محمد جعفر، *ترمینولوژی حقوق* تهران: گنج دانش، چاپ بیست و پنجم، ۱۳۹۲.
۳. _____ *مبسوط در ترمینولوژی حقوق*، ج ۱ و ۴ تهران: گنج دانش، ۱۳۸۱.
۴. _____ *مجموعه محسنی قانون مدنی* تهران: گنج دانش، چاپ دوم، ۱۳۸۲.
۵. حکیم، سید محسن، *نهج الفقاهه*، ج ۱ قم: انتشارات ۲۲ بهمن، بی‌تا.
۶. شهیدی، مهدی، *حقوق مدنی تشکیل قراردادها و تعهدات* ج ۱ تهران: انتشارات مجد، چاپ ششم، ۱۳۸۶.
۷. صابریان، علیرضا، «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و قانون مدنی»، *فصلنامه دین و سیاست*، ش ۲۱-۲۲ پاییز و زمستان ۱۳۸۸.
۸. صفایی، حسین، *قواعد عمومی قراردادها*، ج ۲ تهران: نشر میزان، ۱۳۹۰.
۹. طاهری، حبیب‌الله، *حقوق مدنی* قم: دفتر انتشارات اسلامی، چاپ دوم، ۱۴۱۸.
۱۰. طباطبایی‌یزدی، سید محمد‌کاظم، *حاشیة المکاسب* قم: مؤسسه اسماعیلیان، چاپ دوم، ۱۴۲۱.
۱۱. عکبری مفید، محمد بن محمد بن نعمان (شیخ المفید)، *المقنعة* قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید ره، ۱۴۱۳.
۱۲. غروی‌نائینی، میرزا محمد‌حسین، *منیة الطالب في حاشية المکاسب*، ج ۱ تهران: المکتبة المحمدیة، ۱۳۷۳.
۱۳. فصیحی‌زاده، علیرضا و عباس کیانی، «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن»، *آموزه‌های فقه مدنی*، ش ۹ بهار - تابستان ۱۳۹۳.
۱۴. قبولی درفشنان، سید محمد تقی و سید محمد‌هادی درفشنان، «بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»، *فصلنامه آموزه‌های فقه مدنی* دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ش ۷ (۱۳۹۲).

۱۵. کاتوزیان، ناصر، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد ایقاع تهران: نشر شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم، ۱۳۹۲.
۱۶. ——— حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، ج ۳ تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ سوم ۱۳۸۰.
۱۷. ——— درس‌هایی از عقود معین، ج ۱ تهران: گنج دانش، چاپ بیست و یکم ۱۳۹۳.
۱۸. ——— قواعد عمومی قراردادها، ج ۵ تهران: شرکت سهامی انتشار، چاپ دهم ۱۳۹۵.
۱۹. محقق‌داماد، سیدمصطفی، قواعد فقه تهران: سمت، چاپ هشتم، ۱۳۸۷.
۲۰. محمودی، مرتضی، محمدعلی بابایی و سیدبنی حسینی، «ارکان جرایم قابل گذشت در حقوق کیفری ایران»، مجله آموزه‌های حقوق کیفری، ش ۱۳۹۶ ۸۵.
۲۱. معین، محمد، فرهنگ فارسی تهران: انتشارات ادنا، چاپ ۳۰، ۱۳۸۱.
۲۲. موسوی خمینی، سیدمصطفی، کتاب‌البیع، ج ۱ تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سرہ، ۱۴۱۸.