



تحلیل حقوقی گذشت مشروط و آثار آن^۱

رسول احمدزاده*، زهرا مشایخی**

چکیده

از یک منظر جرائم به دو نوع غیرقابل گذشت و قابل گذشت طبقه‌بندی می‌شوند. جرائم قابل گذشت آن دسته از جرائمی هستند که علاوه بر جنبه عمومی، حیثیت خصوصی درخور اعتنایی دارند. قانون‌گذار در این دسته از جرائم، سهم بسزایی برای اراده شاکی قائل شده به نحوی که شروع، ادامه تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات منوط به شکایت شاکی و عدم گذشت وی است. پژوهش حاضر ناظر به یکی از فروض امر در خصوص اعلام گذشت شاکی است که مقدم بر اعلام گذشت، توافقاتی میان شاکی و مشتکی عنه حاصل می‌شود؛ در این فرض شاکی با اعلام گذشت بی‌قید و شرط در واقع سرپوشی برای اراده باطنی خود که همانا مبتنی بر شروطی میان طرفین است می‌یابد تا از این رهگذر از دام غیر مؤثر واقع شدن گذشت مشروط برهد. در این پژوهش در پی پاسخ به این سؤال خواهیم بود که ماهیت حقوقی گذشت چیست و آیا توافقات پیشین می‌تواند آن را مقید سازد؟ فرضیه نویسندگان عبارت است از اینکه گذشت ماهیتاً یک نوع ایقاع است و با وجود آنکه توافقات مسبوق بر آن می‌تواند ایقاع را مشروط سازد، لکن عملاً تأثیری در فرآیند قضایی ندارد. واژگان کلیدی: گذشت از جرم، گذشت مشروط، جرائم قابل گذشت، تشریفات قضایی، ایقاع مشروط، شرط تبانی

۱. نگارندگان بر خود وظیفه می‌دانند از آقای دکتر محسن صادقی (دانشیار دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران) بابت راهنمایی‌های بی‌دریغ ایشان در طول نگارش مقاله سپاس‌گزاری و قدردانی نمایند.

* قاضی دادگستری، دانشجوی دکتری حقوق کیفری و جرم‌شناسی دانشکده حقوق دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول)
Rahmadzadeh@live.com

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

تاریخ دریافت: ۱۳۹۷/۰۳/۲۸ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۷/۰۷/۰۳

مقدمه

قانون‌گذار کیفری ایران ذیل مبحث سوم از فصل یازدهم قانون مجازات اسلامی گذشت شاکي را در جرائم قابل گذشت تعزیری یکی از موارد سقوط مجازات دانسته است که موجب موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات خواهد شد.^۱ با وجود آنکه جرائم به جهت گره خوردن با نظم عمومی جامعه در اصل غیرقابل گذشت تلقی می‌شوند و از بدو تصویب قوانین کیفری به تأثیر از حقوق فرانسه، اصل بر غیرقابل گذشت بودن جرائم بوده است (صدقی، ۱۳۹۰: ۳۱)، لکن به نحو احصائی و مبتنی بر شرع آن دسته از جرائمی که جنبه خصوصی آن‌ها پررنگ‌تر از جنبه عمومی‌شان باشد، قابل گذشت هستند. البته به موجب موازین فقهی دسته‌بندی دیگری تحت عنوان جرائم حق‌اللهی و جرائم حق‌الناسی نیز مطرح است که به‌رغم شباهت‌های فراوان با این دسته‌بندی، مفهوم و قلمرو آن‌ها یکسان نیست (آقایی جنت مکان، ۱۳۹۰: ۳۷۳). در مواردی که شاکي رأساً از شکایت خود صرف‌نظر کرده و گذشت خود را به‌نحوی از انحاء به دادسرا یا دادگاه اعلام می‌کند، مرجع قضایی حسب مورد اقدام به صدور قرار موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات خواهد کرد^۲، لکن ممکن است شاکي و مشتکی‌عنه بدو فی‌مابین خود اموری را مورد توافق قرار دهند و گذشت شاکي مبتنی بر آن توافقات اعلام شود. در فرض پیش‌گفته وفق ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی به گذشت مشروط ترتیب اثر داده نخواهد شد. حال اگر توافقات پیشین حاوی شروطی برای گذشت باشد و ضمن آن طرفین توافق کنند که شاکي منجزاً اعلام گذشت کند، می‌تواند ماهیت گذشت را از حیث مشروط یا منجز بودن برای مقام قضایی مشتبه کند و بدین جهت پرداختن به این موضوع حائز اهمیت است. از این‌رو سؤال اصلی پژوهش آن است که اساساً ماهیت حقوقی گذشت چیست و آیا تراضی طرفین می‌تواند آن را مقید یا مشروط سازد؟ پس از پاسخ به این پرسش، به این موارد خواهیم پرداخت که اولاً ماهیت توافقاتی که میان شاکي و مشتکی‌عنه منعقد می‌گردد، چیست؟ ثانیاً چه آثاری بر توافقات حاصله میان طرفین، مترتب است؟ ثالثاً مشروط تلقی کردن گذشت چه کارکردها یا معایبی به همراه دارد؟

در پاسخ به سؤال اصلی پژوهش چند فرضیه قابل طرح است:

۱. موقوفی تعقیب و اجرای مجازات نیز در بند ب ماده ۱۳ قانون آیین دادرسی کیفری به همین ترتیب مورد شناسایی قرار گرفته است.
۲. هر چند با تصویب ماده ۱۰۴ قانون، عملاً ماده ۷۲۷ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۵ نسخ گردیده است اما قانونگذار صریحاً در ماده ۷۲۸ قانون نسخ صریح ماده ۷۲۷ قانون سال ۱۳۷۵ را مورد اشاره قرار داده است. توضیح مطلب آنکه این ماده با احصا موادی خاص از قانون مجازات اسلامی، مقرر می‌داشت: «جرائم مندرج در مواد ... جز با شکایت شاکي خصوصی تعقیب نمی‌شود و در صورتی که شاکي خصوصی گذشت نماید دادگاه می‌تواند در مجازات مرتکب تخفیف دهد و یا با رعایت موازین شرعی از تعقیب مجرم صرف‌نظر نماید.» بنابراین ماده ۷۲۷ سابق در مرحله شروع به تعقیب، ضرورت شکایت شاکي را مورد قبول قرار داده بود اما در صورت گذشت شاکي، تنها برای دادگاه حق تخفیف، مجازات یا توقف تعقیب را ایجاد نموده بود، امری که در جای خود قابل انتقاد بود (الهام و برهانی، ۱۳۹۳: ۲۵۵).

نخست، گذشت صرفاً یک فرایند قضایی و قالبی برای اعلام اراده طرفین است و آنچه که اصیل است، تراضی قبلی میان آن‌ها خواهد بود. بدین ترتیب توافقات حاصل شده در قالب عقد نامعین تشریفاتی قابل تحلیل خواهد بود که تشریفات آن همانا اعلام گذشت نزد مرجع قضایی است.

فرضیه دیگر آن است که حق گذشت به مثابه حقوق خصوصی که از جرم تولید می‌شود با توافق طرفین مورد صلح واقع شده و اعلام گذشت، شرط ضمن عقد صلح خواهد بود. از این نظر گذشت ماهیت مستقلی نداشته و صرفاً تعهدی است که شاکی ضمن عقد صلح به انجام آن متعهد شده است. عقد صلح در فرضیه حاضر لازم بوده و هیچ‌یک از طرفین نمی‌توانند با انصراف ارادی یک‌جانبه از انجام تعهدات آن سرباز زنند. سومین فرضیه ناظر بر موردی است که گذشت را ماهیتاً نوعی ایقاع بدانیم که حاوی شروطی است که میان طرفین شکایت از قبل مقرر شده است. به عبارت دیگر طرفین در توافقات اولیه تعهدات متقابلی را می‌پذیرند که حاوی تعهد به گذشت از سوی شاکی و تعهدی نظیر پرداخت وجه یا انجام فعل برای مشتکی عنه است؛ فلذا گذشت مشروط بوده و مشمول حکم ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

در تحلیل موضوع حاضر، عمده مطالب پیش‌رو به روش کتابخانه‌ای گردآوری شده‌اند. رویه قضایی موجود در محاکم کیفری نیز به تناسب، مورد بررسی قرار گرفته است. همچنین به علت ضعف ادبیات موجود و بدیع بودن موضوع پژوهش، زمینه‌ای برای تحلیل و استنتاج بر اساس مبانی و آموزه‌های حقوقی، برای نگارندگان این پژوهش فراهم آمده است. در خلال پژوهش حاضر، استقرای کاملی در لابه‌لای متون حقوقی صورت گرفته است؛ لکن در هیچ‌یک از کتب حقوق کیفری به این فرع پرداخته نشده و نویسندگان حقوقی صرفاً با اکتفا به بیان کلیاتی در باب گذشت از تشریح موضوع حاضر مغفول مانده‌اند. لذا انجام پژوهشی جهت روشن‌تر کردن ابعاد موضوع و ارائه راهکاری جهت کاربست در رویه قضایی کیفری ضروری می‌نمود.

مقاله‌ای تحت عنوان گذشت در جرائم قابل گذشت به برخی فروع و ابعاد گذشت نظیر ماهیت گذشت، کسانی که حق گذشت دارند، تأثیر گذشت در مراحل تعقیب، تحقیق، دادرسی، قبل و بعد از صدور حکم غیرقطعی و بعد از حکم قطعی و اجرای حکم، اراده متهم یا محکوم‌علیه، تجزیه گذشت در صورت تعدد متهمان و تعدد جرم پرداخته است (زراعت، ۱۳۸۵: ۹-۳۸). تفاوت پژوهش حاضر با مقاله مذکور در این است که در جستار حاضر به بُعد دیگری از نهاد گذشت که ناظر بر توافقات حقوقی مقدم بر آن می‌باشد، پرداخته خواهد شد و گذشت مشروط را از این نقطه نظر بررسی خواهد کرد. در منابع حقوقی نیز مقاله‌ای تحت عنوان مفهوم و پیشینه تاریخی عقد صلح ضمن اشاره به نقش تاریخی عقد صلح که همان رفع تنازعات است، عقد صلح در مقام معاملات را نیز مورد بررسی قرار داده است (محمد حسینی طرقي، ۱۳۸۱: ۴۳-۵۶). همچنین سایر مقالات مربوط به عقد صلح، صرفاً منازعات حقوقی را مطرح نظر قرار داده و به تنازعات کیفری نپرداخته‌اند. جستار پیش‌رو در دو بخش مفهوم و ماهیت گذشت و نیز آثار مؤثر دانستن شرط تبانی بر گذشت تدوین شده است. در بخش اول به بررسی ماهیتی اکتفا نموده و در بخش دوم به کارایی و تأثیر مشروط دانستن گذشت در چارچوب مسئله می‌پردازیم.

۱. ماهیت گذشت

برای بررسی ماهیت گذشت در دو گفتار ابتدا مفهوم و ویژگی‌های گذشت را مورد بررسی قرار خواهیم داد و سپس به مرور انواع آن می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم و ویژگی‌ها

گذشت در لغت به معنای بخشایش و عفو کردن است. گذشتن از چیزی به معنای صرف نظر کردن از آن است (معین، ۱۳۸۱: ۱۴۳۸). رضایت نیز در لغت به معنای خشنودی، خرسندی، پسندیدگی (دهخدا، ۱۳۷۳: ۱۲۴) میل، صلاح، رخصت، راضی شدن، موافقت (ابن منظور، ۱۴۰۸: ۳۲۳)، تصویب (حمیری، ۱۴۲۰: ۲۵۲۰؛ کاتبی، ۱۳۶۳: ۱۳۴) آمده است. البته در قانون مجازات اسلامی تعریفی از گذشت به چشم نمی‌خورد که شاید مؤید نظر قانونگذار بر حقیقت عرفی این لفظ باشد. به نظر می‌رسد گذشت را این‌گونه بتوان تعریف کرد: «هرگاه فردی که حقوق، آزادی‌ها یا شخصیتش مورد تعدی و آزار واقع گردیده است، به جای انتقام، سزادهی یا تنفر و انزجار بخواهد طریق ملاحظت و چشم‌پوشی را در پیش بگیرد گذشت کرده است.» استفاده از اصطلاح «گذشت از جرم» از باب مسامحه در تعبیر است؛ چرا که در واقع گذشت از جرم به معنای بخشودن مجرم است و نه جرم؛ زیرا شاکی با گذشت خود از تعقیب و مجازات مجرم صرف نظر می‌کند و نه از اصل جرم. از تعریف مذکور برمی‌آید که همه حقوق طبیعی و اخلاقی افراد محترم است و صرف نقض جزئی هر یک از آن‌ها می‌تواند برای فرد حقی بر انتقام ایجاد کند. حال اسقاط چنین حقی از سوی فرد مورد تعرض را گذشت می‌نامیم.

در امور کیفری حق بر گذشت مضیق و محدود به مواردی است که قانون‌گذار برای بزه‌دیده به رسمیت شناخته است. بدین ترتیب که قانون‌گذار از دو معیار شرعی و قانونی برای قابل گذشت دانستن برخی از جرائم در مواد ۱۰۳ و ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی استفاده می‌کند. در این دسته از جرائم حقی برای شاکی در شکایت و تعقیب کیفری به رسمیت شناخته شده است که وی می‌تواند داوطلبانه از حق خود بر ادامه تعقیب کیفری صرف نظر کرده و گذشت کند.

وفق مواد ۱۰۰ تا ۱۰۴ قانون مجازات اسلامی ترتب اثر حقوقی بر گذشت منوط به آن است که اولاً جرم قابل گذشت باشد، ثانیاً گذشت منجز بوده و در صورت تعدد بزه‌دیدگان به‌نحو جمعی اعمال شود. مطابق مواد فوق، غیرقابل عدول بودن و به ارث رسیدن از دیگر ویژگی‌های گذشت است. بدین ترتیب گذشت شاکی وفق اوصاف یادشده می‌تواند موجب موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات گردد.^۱

۱. باید توجه داشت اگر قبل از صدور یا قطعیت حکم اعلام گذشت شود، پرونده در هر مرحله‌ای از تعقیب و محاکمه باشد، قرار موقوفی تعقیب صادر می‌شود. اگر پیش از آن رأی غیرقطعی یا هر تصمیم قضایی دیگر مثل قرار تامین اتخاذ شده باشد، تمام تصمیمات و آراء قبلی خود به خود بلااثر می‌شوند. همچنین در صورت گذشت، آثار تبعی مجازات‌ها نیز منتفی خواهد شد و هیچ‌گونه سابقه کیفری برای متهم محسوب نمی‌شود (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۲۲۶-۲۲۷).

از حیث دادرسی نیز نحوه اعلام گذشت شاکی منوط به شکل خاصی نیست و می‌تواند به انحاء مختلف ابراز گردد. به عبارتی شکل اعلام گذشت طریقیست دارد و تنها باید اراده شاکی مبنی بر اعلام گذشت بی‌قید و شرط برای پایان فرایند کیفری احراز شود. افزون بر این، گذشت باید صریح و روشن باشد که در قالب گفته شفاهی، امضای رضایت‌نامه، یا رفتار صریح در گذشت مثل در آغوش گرفتن شاکی و متهم که عرفاً دلالت بر گذشت دارد، نمایان می‌شود. گاهی نیز قانون‌گذار بعضی اعمال را دال بر گذشت شاکی می‌داند؛ مانند وجود چک در دست صادرکننده چک موضوع ماده ۱۷ قانون صدور چک که دلالت بر گذشت دارد؛ مگر اینکه خلاف آن ثابت شود. بنابراین اعمالی که صراحت بر گذشت ندارند، مانند صرف عدم حضور شاکی در جلسه معینی از دادرسی را نباید به منزله گذشت به شمار آورد (حیدری، ۱۳۹۴: ۴۰۰). در هر صورت، انتساب آن به شاکی باید احراز شود؛ زیرا هدف کشف اراده باطنی شاکی است و بر این اساس ضروری است به نحوی ابراز شود.^۱ از حیث زمانی، گذشت باید پس از وقوع جرم در هر یک از مراحل، قبل از شکایت کیفری، تحقیقات مقدماتی، حین دادرسی یا پس از صدور حکم قطعی اعلام شود.

گذشت حسب مورد می‌تواند توسط شخص شاکی، ولی یا سرپرست قانونی وی در صورت محجور بودن شاکی، دادستان به نیابت از شاکی یا ورثه در صورت فوت بزه‌دیده اعلام شود.

چنانچه شاکی محجور باشد، حسب مورد ولی یا قیم وی می‌تواند حق شاکی را در فرایند تعقیب جرم یا گذشت اعمال کند. در این راستا ماده ۷۰ قانون آیین دادرسی کیفری تصریح داشته است: «در مواردی که تعقیب کیفری، منوط به شکایت شاکی است و بزه‌دیده، محجور می‌باشد و ولی یا قیم نداشته یا به آنان دسترسی ندارد و نصب قیم نیز موجب فوت وقت یا توجه ضرر به محجور شود، تا حضور و مداخله ولی یا قیم یا نصب قیم و همچنین در صورتی که ولی یا قیم خود مرتکب جرم شده یا مداخله در آن داشته باشد، دادستان شخصی را به‌عنوان قیم موقت تعیین و یا خود امر کیفری را تعقیب می‌کند و اقدامات ضروری را برای حفظ و جمع‌آوری ادله جرم و جلوگیری از فرار متهم به‌عمل می‌آورد. این حکم در مواردی که بزه‌دیده، ولی یا قیم او به عللی از قبیل بیهوشی قادر به شکایت نباشد نیز جاری است.»

بنابراین حق شکایت شخص محجور به ترتیب اولویت توسط ولی، قیم و قیم اتفاقی اعمال خواهد شد. چنانچه طفل یا مجنون دارای ولی یا سرپرست باشد، اما با اینکه مصلحت طفل اقتضا می‌کند، از تظلم‌خواهی به نفع وی خودداری شود، به موجب ماده ۷۱ قانون آیین دادرسی کیفری دادستان موضوع را تعقیب خواهد کرد و از تمامی اختیارات ولی یا سرپرست قانونی برخوردار است و می‌تواند با رعایت مصلحت طفل یا مجنون در مورد جرم واقع شده اعلام رضایت کند (طهماسبی، ۱۳۹۴: ۱۰۸).

۱. در موارد کتبی مثل اینکه شخصاً توسط وی یا توسط وکیل او تسلیم شود یا در دفتر اسناد رسمی تنظیم و امضای آن توسط سردفتر گواهی گردد و اگر شفاهی باشد در حضور مرجع رسیدگی به پرونده بیان شده و پس از تنظیم صورتجلسه، از سوی شاکی امضاء گردد.

از مواد مختلفی امکان گذشت یا مصالحه نمایندگان قانونی محجور از قبیل ولی، قیم و قیم اتفاقی افاده می‌شود؛ از جمله تبصره دو ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی که مقرر داشته است: «تأثیر گذشت قیم اتفاقی، منوط به تأیید دادستان است.» همچنین ماده ۳۵۴ قانون مجازات اسلامی از امکان گذشت ولی محجور در قصاص یاد کرده است. تفاوتی که میان گذشت ولی با قیم یا قیم اتفاقی وجود دارد، همان طور که در تبصره ماده ۱۰۱ به آن اشاره شده است، آن است که تأثیر گذشت قیم اعم از موقت و دائم منوط به تأیید دادستان است. حال آنکه تأثیر گذشت ولی مستلزم تصویب دادستان نیست. هر چند تبصره فوق تنها از قیم اتفاقی یاد کرده است، ماده ۱۲۴۲ قانون مدنی نیز همین حکم را نسبت به قیم مجری می‌داند: «قیم نمی‌تواند دعوی مربوط به مولی علیه را به صلح خاتمه دهد مگر با تصویب مدعی العموم.» لذا همان طور که اختیار تعقیب جرم یا گذشت برای سرپرستان قانونی محجور به رسمیت شناخته شده است، اعلام گذشت مشروط نیز توسط این افراد بلامانع و مطابق احکام یادشده برای شاکی اصیل می‌باشد.

همچنین تبصره ماده ۱۰۲ قانون مجازات اسلامی اشعار می‌دارد: «حق گذشت، به وراث قانونی متضرر از جرم، منتقل و در صورت گذشت همگی وراث حسب مورد تعقیب، رسیدگی یا اجرای مجازات موقوف می‌گردد.»

فوت شاکی در اثنا تعقیب نیز می‌تواند موجب انتقال حق گذشت او به ورثه قانونی اش باشد. حق ورثه بر گذشت نیز حق جمعی بوده و صرفاً با گذشت همه آن‌ها تعقیب، رسیدگی یا اجرای مجازات موقوف می‌شود. در صورتی که همه وراث گذشت خود را مشروط یا معلق به امری نمایند، گذشت نیز مطابق ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی حسب مورد مشروط یا معلق محسوب می‌شود. دشواری موضوع در موردی است که برخی وراث گذشت خود را به نحو مطلق و برخی گذشت خود را به صورت مشروط اعلام کنند یا آنکه شروط یا معلق علیه هر یک از ورثه متفاوت از سایرین باشد. در این صورت نظر به آنکه حق گذشت به نحو جمعی و نه انحلالی اعمال می‌شود، باید قائل بدان باشیم تا زمانی که شروط یا معلق علیه مدنظر تک وراث محقق نشود، گذشت منجر به موقوفی تعقیب، رسیدگی و اجرای مجازات نخواهد شد.

۱-۲. انواع گذشت

طبق ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی: «گذشت باید منجز باشد...» گذشت منجز در نظر قانون گذار به گذشتی اطلاق می‌شود که بدون قید و شرط بوده و معلق نباشد. بنابراین گذشت منجز در ماده یادشده هم در برابر گذشت مشروط و هم در برابر گذشت معلق قرار می‌گیرد. گذشت مشروط هم آن است که گذشت کردن شاکی همراه با وضع شرطی مبنی بر انجام یا عدم انجام کاری باشد (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۲۱-۱۲۲). شرط هم توافقی است که بر حسب طبیعت خاص خود یا مفاد تراضی دو طرف، از توابع عقد دیگری قرار گرفته است (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۲۸۱-۲۸۲). به عبارت دیگر شرط تراضی طرفین به منظور ایجاد التزام تبعی ضمن یک عمل حقوقی است که دارای سه قسم شرط صفت، شرط نتیجه و شرط فعل می‌باشد. مقصود قانون گذار

کیفری از گذشت مشروط ناظر به قسم اخیر شرط است. گذشت معلق نیز به گذشتی اطلاق می‌شود که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به تحقق امری باشد که گذشت نسبت به آن معلق شده است.

ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی در ادامه مقرر می‌دارد: «... و به گذشت مشروط و معلق در صورتی ترتیب اثر داده می‌شود که آن شرط یا معلق علیه تحقق یافته باشد...»

از همین رو گذشت مشروط و معلق تأثیری در ادامه تعقیب کیفری ندارد و اثر جزئی آن صرفاً در اجرای مجازات خواهد بود. در این راستا تبصره ۱ ماده ۱۰۱ بیان می‌کند: «گذشت مشروط یا معلق مانع تعقیب، رسیدگی و صدور حکم نیست، ولی اجرای مجازات در جرائم قابل گذشت منوط به عدم تحقق شرط یا معلق علیه است. در این صورت، محکوم علیه با قرار تأمین مناسب آزاد می‌شود.»

۲. تحلیل حقوقی گذشت

تحلیل حقوقی گذشت و گنجاندن آن در یکی از قالب‌های حقوقی آثار متفاوتی در تحلیل توافقات مسبوق بر آن و نیز امکان مشروط تلقی کردن گذشت دارد. همچنین متلبس کردن گذشت به یک نهاد حقوقی باعث می‌شود تا خلاء قانونی در خصوص جمیع آثار گذشت با احکام و شرایط آن نهاد حقوقی مرتفع شود. برای مثال اینکه در موقوفی تعقیب اصالت را با گذشت بدانیم یا توافقات مسبوق بر آن، در آثار پسینی مؤثر واقع می‌شود و پاسخ پرسش‌های زیر را روشن خواهد ساخت که آیا تخلف از توافقات میان شاکی و مشتکی عنه اصولاً واجد ضمانت اجرا است؟ و با فرض مثبت دانستن پاسخ به این سؤال، ضمانت اجرای تخلف از مفاد تراضی چیست و در صلاحیت کدام یک از شعب حقوقی یا کیفری قرار می‌گیرد؟ در بخش پیش‌رو ذیل چهار مبحث، گذشت به مثابه یک فرایند قضایی، مقایسه عقد صلح و گذشت، ایقاعی بودن گذشت و گذشت به مثابه ایقاع مشروط، ماهیت این نهاد حقوقی را مورد بحث و بررسی قرار خواهیم داد.

۲-۱. گذشت به مثابه یک فرایند قضایی

در یک تقسیم‌بندی عقود بر سه قسم رضایی، عینی و تشریفاتی است. از ماده ۱۹۰ قانون مدنی چنین برمی‌آید که حسب اصل، توافق دو اراده، هم رکن لازم برای انعقاد قرارداد است و هم کافی و به پیرایه و تشریفاتی نیاز ندارد؛ فلذا اصل بر رضایی بودن عقود است.

عقود تشریفاتی آن دسته از عقود هستند که تراضی آن همراه با تشریفات یا با واژه‌های خاص باشد و گرنه نفوذ حقوقی ندارد و التزامی به بار نمی‌آورد (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۹). در فرض پژوهش که طرفین مسبوق بر گذشت، توافقاتی کرده‌اند فارغ از آنکه این سنخ از تراضی را عقد معین یا نامعین بدانیم، باید به این موضوع پردازیم آیا پنداشتن آن تراضی به عنوان یک عقد تشریفاتی که تشریفاتش همان مراجعه شاکی به مرجع قضایی و اعلام گذشت است، موجه است یا خیر؟ به عبارتی آیا تعهدات و توافقات طرفین اصیل و منشأ اثر می‌باشد و گذشت صرفاً یک تشریفات قضایی است که قانون‌گذار بر حسب سازوکارهای دادرسی آن را ضروری تلقی کرده است؟ چنانچه بپذیریم که گذشت صرفاً طریقت دارد و وسیله‌ای برای اعلام همان اراده

مشترکی است که سابق بر این میان طرفین حاصل شده است، موقوفی تعقیب اثر مستقیم ترازی میان طرفین شکایت می‌شود و برای تحقق این اثر صرف اراده شاکی کفایت نمی‌کند و قبول مشتکی‌عنه نیز ضروری است. پس قانون‌گذار باید بزه‌دیده را برای اسقاط حق تعقیب خود ملزم به توافق با بزه‌کار می‌کرد و بر این اساس مجرد گذشت شاکی کافی نخواهد بود. به نظر می‌رسد تلقی کردن گذشت به مثابه یک فرایند قضایی و تحلیل و تقلیل آن به صرف یک تشریفات ساده به دلایل زیر موجه نباشد:

اولاً اگر شاکی بدون هیچ نوع توافقی با مشتکی‌عنه اعلام گذشت کند، چون گذشت متعاقب یک عمل حقوقی صورت نگرفته است، نمی‌توانیم آن را تشریفات یک عمل حقوقی بپنداریم. در حالیکه می‌دانیم قانون‌گذار در ماده ۱۰۰ به اراده شاکی اعتبار بخشیده است.

ثانیاً در جرائم قابل گذشت که قانون‌گذار به جهت اهمیت جنبه خصوصی جرم بر جنبه عمومی آن، به دلیل 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 مبنی بر ادامه تعقیب کیفری صرف نظر کند. این امر به خوبی از ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی مستفاد می‌گردد که «در جرائم تعزیری قابل گذشت، گذشت شاکی یا مدعی خصوصی حسب مورد موجب موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات است.»

ثالثاً قانون مجازات اسلامی قانون ماهوی و قانون آیین دادرسی کیفری قانونی شکلی است. بر این اساس اگر گذشت صرفاً یک فرایند، تشریفات و امر شکلی بود، بایستی در قانون آیین دادرسی به طریقت آن اشاره می‌شد؛ در حالی که در مبحث سوم فصل یازدهم بخش دوم کتاب اول قانون مجازات اسلامی به بیان احکام گذشت شاکی پرداخته شده است.

دلیل دیگری که در رد این فرضیه قابل طرح است، مربوط به ماهیت عقود و توافقاتی است که مسبوق بر گذشت میان شاکی و مشتکی‌عنه منعقد می‌شود؛ چنانچه گذشت از قواعد عمومی به خوبی برمی‌آید که اصل بر رضایی بودن عقود است و به نحو استقرائی از بررسی عقود نیز افاده می‌شود که به صرف ترازی طرفین، عقد منعقد می‌شود. تنها برخی از عقود نظیر هبه، وقف، بیع صرف و رهن تحققشان منوط بر قبض می‌باشد که در زمره عقود عینی لحاظ شده‌اند و قانون مدنی در مواد ۷۹۸، ۵۹، ۳۶۴، ۷۷۲ به این خصیصه آن‌ها تصریح کرده است. نمونه‌های دیگر عقود تشریفات، خرید و فروش املاک ثبت شده به موجب ماده ۲۲ قانون ثبت و انتقال سرقفلی مذکور در تبصره ۲ ماده ۱۹ قانون روابط مؤجر و مستأجر مصوب ۱۳۵۶ و نیز فروش اموال توقیف شده برای اجرای احکام که باید از طریق مزایده باشد و در ماده ۱۱۴ قانون اجرای احکام مدنی از آن یاد شده است، می‌باشند (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۵۰).

بدین ترتیب لازم است به این سؤال پاسخ داده شود که آیا اراده طرفین نیز علاوه بر اراده قانون‌گذار می‌تواند منشأ ایجاد تشریفات باشد یا خیر؟ که پاسخ بدان مستلزم بررسی ارکان عقود است. عقود رضایی تنها با ایجاب و قبول واقع می‌شوند. عقود تشریفات علاوه بر دو رکن عقود رضایی منوط به تحقق تشریفات خاصی است و گرنه اصلاً عقدی انشا نخواهد شد.

در خصوص عقود رضایی فرضی مطرح است که آیا طرفین می‌توانند آن را معلق بر امری نمایند یا خیر؟ نظر مشهور حقوق‌دانان و فقها بر این است که در مرحله انشا، عقد را نمی‌توان به امر دیگری معلق کرد. بنابراین تعلیق در انشا باطل است.^۱ برخی از فقها با این استدلال که انشا جزء اعتباریات است تعلیق در انشا را از حیث عقلی ممکن دانسته‌اند (موسوی خمینی، ۱/۱۳۶۳: ۱۷۱؛ حکیم، بی‌تا/۱: ۱۰۸)، برخی دیگر آن را نوعی احداث و ایجاد قلمداد کرده‌اند و معتقدند وجود فعلی یک شیء نمی‌تواند به چیز دیگری وابسته باشد (نائینی، ۱۳۷۳: ۱۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۱/۱۴۲۹: ۴۴۱). ایشان در این راستا به عدم امکان عقلی در انشا و عدم وجود انشای فعلی و عدم قابلیت استناد به اصل صحت استناد کرده‌اند. در میان حقوق‌دانان نیز برخی به صحت تعلیق در انشا به صورت واجب مشروط نظر داده‌اند (امامی، ۱۳۴۰: ۱۶۵-۱۶۶)، لکن اکثر حقوق‌دانان تعلیق در انشا را نمی‌پذیرند و برخی به عدم امکان عقلی تعلیق در انشا استناد می‌کنند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۲: ۱۶۱). پاره‌ای از حقوق‌دانان نیز عدم حرکت اراده و در نتیجه عدم تحقق عقد را دلیل بطلان تعلیق در انشا دانسته‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۷۴). به نظر می‌رسد که با تعلیق در انشا، طرفین در اصل تراضی مرددند در حالی که می‌دانیم ایجاب و قبول باید با جزمیت صورت گیرد تا عقد محقق شود (قبولی درفشان، ۱۳۹۲: ۹۱).

طرفین می‌توانند تأثیر عقد را منوط و ملحق به تحقق معلق‌علیه کنند. بدین ترتیب تنها تعلیق در منشأ قابل تحقق است و قانون مدنی حکم صریحی در باب صحت یا بطلان عقود معلق ندارد؛ لکن از عبارت ماده ۱۸۹ که مقرر می‌دارد: «عقد منجز آن است که تأثیر آن بر حسب انشا موقوف به امر دیگری نباشد والا معلق خواهد بود.» وفق مواد ۱۰ و ۷۲۳ قانون مدنی می‌توان به صحت عقود معلق حکم داد. در اذهان غالب حقوق‌دانان ما نیز تردید درباره صحت عقد معلق وجود ندارد و در محاکم نیز کمتر اتفاق می‌افتد که کسی در این باب آغاز سخن کند (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۹). با اوصاف پیش‌گفته و با عنایت به رضایی بودن عقود، اراده طرفین در تشریفاتی کردن عقود غیر تشریفاتی، نظیر تعلیق در انشا می‌باشد؛ چراکه عدم رعایت تشریفات در عقود تشریفاتی مانع تحقق عقد می‌شود و به بیان بهتر تشریفات در مرحله انشا و نه منشأ موثر است. از سوی دیگر تشریفات را حتی نمی‌توان در قالب شرط نتیجه گنجانده؛ به نحوی که ضمن یکی از اعمال حقوقی شرط گردد و مقصود این باشد که موضوع شرط با وقوع عقد خودبه‌خود انجام شود؛ زیرا شرط نتیجه، ویژه امور اعتباری است که به تراضی تحقق می‌یابد. تراضی می‌تواند چگونگی رابطه امور مادی را با اشخاص تغییر دهد؛ ولی توانایی دگرگون ساختن جهان خارج را ندارد (کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۱۳۹)، حال آنکه مراجعه به مرجع قضایی و اعلام گذشت با فرض تشریفاتی بودن، یک عمل مادی تلقی می‌شود که در قالب شرط نتیجه نمی‌گنجد.

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

با عنایت به مطالب فوق، توافقات مسبوق بر گذشت نمی‌توانند یک عقد تشریفاتی ملحوظ شود که بخواهیم گذشت را تشریفات آن منظور کنیم.

۲-۲. مقایسه عقد صلح و گذشت

صلح در لغت به معنی سازش کردن و آشتی و توافق است (عمید، ۱۳۶۳: ۱۶۲۸). ماده ۷۵۲ قانون مدنی در باب صلح مقرر می‌دارد: «صلح ممکن است یا در مورد رفع تنازع موجود و یا جلوگیری از تنازع احتمالی یا در مورد معامله و غیر آن واقع شود.» وفق ماده مذکور و نیز ماده ۷۵۸ قانون مدنی عقد صلح هم می‌تواند در مقام منازعات و هم در مقام معاملات به کار آید. صلح در مقام دعوای محقق یا محتمل الوقوع را صلح در مقام دعوا و صلح در مورد تنازع گویند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۲: ۴۰۸). در صورتی 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 قراردادها است (کاتوزیان، ۱۳۹۳: ۳۷۳). از سوی دیگر یکی از اسباب زوال دادرسی، سازش طرفین دعوا با یکدیگر است. ماده ۱۷۸ قانون آیین دادرسی مدنی راجع به دعوای خصوصی تصریح داشته است: «در هر مرحله از دادرسی مدنی طرفین می‌توانند دعوای خود را به طریق سازش خاتمه دهند.» همچنین بر اساس ماده ۱۴ همان قانون، پس از ایجاد صلح و سازش بین طرفین دعوی به شرح هر یک از موارد ذکر شده، دادگاه رسیدگی را ختم کرده و به جای صدور رأی، مبادرت به صدور گزارش اصلاحی می‌کند. در خصوص دعوای کیفری، موضوع به نحو دیگری است؛ هر چند شأن عمومی جرائم، اعمال مجازات‌ها را از دسترس توافق و دایره اراده متهم و بزه‌دیده خارج کرده است، مقتن در جرائم قابل گذشت با صرف نظر از جنبه عمومی بزه، گذشت شاکی را موجب اختتام جریان کیفری دانسته است. حال باید به این پرسش پرداخت، با آنکه قانون‌گذار در قوانین و مقررات جزایی از عبارت مصالحه به دفعات استفاده کرده است، آیا مفهوم عقد صلح در مقام منازعات مدنظر وی بوده یا آنکه صلح را در مفهوم عرفی آن استعمال کرده است؟

شاید مقررات ماده ۸۲ قانون آیین دادرسی کیفری^۱ در تبیین حقیقت لفظ مصالحه راهگشا باشد؛ چه آنکه توقیف آثار سازش و مصالحه به گذشت شاکی، معنای مصالحه را خارج از مرزهای مفهومی عقد صلح ترسیم می‌کند.

۱. این ماده در خصوص مصالحه مقرر داشته است: «در جرائم تعزیری درجه شش، هفت و هشت که مجازات آنها قابل تعلیق است، مقام قضائی می‌تواند به درخواست متهم و موافقت بزه‌دیده یا مدعی خصوصی و با اخذ تأمین متناسب، حداکثر دو ماه مهلت به متهم بدهد تا برای تحصیل گذشت شاکی یا جبران خسارت ناشی از جرم اقدام کند. همچنین مقام قضائی 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 یک بار و به میزان مذکور قابل تمدید است. اگر شاکی گذشت کند و موضوع از جرائم قابل گذشت باشد، تعقیب موقوف می‌شود...»

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

با استقرایی در مقررات جزایی ملاحظه می‌شود، مصالحه به معنای توافق طرفینی در هیچ‌یک از جرائم به‌نحوی که بتواند مستقیماً باعث موقوفی تعقیب یا مجازات شود به رسمیت شناخته نشده است؛ بلکه نهایتاً اثر آن موکول به گذشت شاکی می‌باشد. به عبارت دیگر صرف انعقاد عقد صلح نمی‌تواند باعث پایان‌بخشیدن به فرایند رسیدگی کیفری شود و مصالحه صرفاً از سنخ مذاکرات مقدماتی میان مجرم و شاکی خصوصی جرم می‌باشد.

مهم‌ترین تفاوت عقد صلح با نهاد گذشت، ماهیت آن دو می‌باشد. در حالی که صلح هم در زبان فقها و هم در ادبیات حقوقی در زمره عقود و منوط به توافق طرفین است، گذشت صرفاً با اراده یک طرف که همان شاکی است، اثر خود را به جای می‌گذارد. هم عقد صلح و هم گذشت عمل حقوقی لازم می‌باشند و با آنکه تخلف از شرط در عقد صلح صرفاً می‌تواند ایجاد خیار تخلف از شرط کند، عدول از گذشت در مورد عدم تحقق شرط جایز است. ازاین‌رو مصالحه در امور کیفری فی‌نفسه فاقد اثر قابل ملاحظه بوده و اراده شاکی - در جرائم قابل گذشت - مناط اعتبار است.

۲-۳. ایقاعی‌بودن گذشت

ایقاع عبارت است از انشا اثر حقوقی که با یک اراده انجام می‌شود. یکی از حقوق‌دانان آن را عملی قضایی و یک‌طرفه دانسته که به صرف قصد انشا و رضای یک طرف منشأ اثر حقوقی است (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۹۲: ۱۰۰). در ایقاع اراده‌کننده هم قصد فعل و هم قصد نتیجه دارد. تفاوت بارز آن با عقد این است که منوط به تلاقی دو اراده برای ایجاد اثر حقوقی نیست (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۳۸).

تفاوت دیگر این دو عمل حقوقی در آن است که برخلاف قراردادها که اصل توقیفی نبودن آن‌ها مقبول همگان است؛ ایقاعات اعمال حقوقی خلاف قاعده و استثنایی بر اصل عدم ولایت‌اند که قانون‌گذار بر حسب ضرورت قائل به وجود آن‌ها شده است (فصیحی‌زاده و کیانی، ۱۳۹۳: ۳۲). تنها ایقاعات معین را می‌توان بر حسب مصلحت و نیاز جامعه در زمره اعمال حقوقی مؤثر قلمداد کرد که قانون‌گذار به‌نحو استثنایی به آن‌ها اعتبار بخشیده است. پاره‌ای از ایقاعات که در قانون معین شده است و احکام خاصی برای آن‌ها ذکر گردیده را به همین اعتبار ایقاع معین نامیده‌اند؛ مانند: طلاق، خیارات، اخذ به شفعه، احیاء اراضی موات و حیازت مباحات و... در برابر ایقاعات معین پاره دیگری از ایقاعات دیده می‌شود که نام و احکام ویژه‌ای در قانون ندارند، ولی طبق قواعد عمومی نافذ هستند؛ مانند ایقاعات اذنی (کاتوزیان، ۱۳۹۲: ۴۳۹). در خصوص ایقاعات نامعین برخی از نویسندگان اصل آزادی ایقاعات را نظیر اصل آزادی قراردادها پذیرفته‌اند (جعفری‌لنگرودی، ۱۳۳۸: ۳۸۷)، اما نظر مشهور بر توقیفی‌بودن ایقاعات است.

بر این اساس با وجود آنکه گذشت تعریف قانونی نشده است و قانون‌گذار تنها در ماده ۱۰۰ قانون مجازات اسلامی اثر موقوفی تعقیب یا مجازات را بر اراده شاکی بار نموده است، ایقاعی بودن آن به دلایل ذیل موجه است:

الف) گذشت ایقاع معین است که قانون‌گذار ضمن نام‌بردن، احکام مربوط به آن را نیز ذکر کرده است. هرچند به ایقاعی بودن آن در قانون تصریح نشده است، در خصوص برخی دیگر از ایقاعات نیز، نظیر خیارات، اخذ به شفعه و... شاهد آنیم که قانون‌گذار به این خصیصه آن‌ها اشاره‌ای نکرده است ولی جزء ایقاعات به شمار می‌روند. حقوق‌دانان و فقها نیز به ماهیت ایقاعی خیارات و حق فسخ اشاره کرده‌اند (شهیدی، ۱۳۸۶: ۲۰۲؛ جعفری‌لنگرودی، ۱۳۸۱: ۲۸۰۳؛ کاتوزیان، ۱۳۹۵: ۵۵؛ یزدی، ۱۴۲۱: ۱۵۳). به عبارتی برای تعیین ماهیت نهادهای حقوقی لزومی بر تصریح قانونی بر ماهیت آن‌ها وجود ندارد و در خصوص ایقاعات که معین بودنشان مطمح نظر است، صرف شناسایی آن نهاد (نام‌بردن) توسط قانون کفایت می‌کند و از این لحاظ نهاد گذشت در قانون مجازات اسلامی به رسمیت شناخته شده است. به عبارتی شناسایی ماهیت مفاهیم قانونی وظیفه دکتین و حقوق‌دانان است.

ب) با توسل به جزایی بودن ماهیت گذشت و اینکه اصولاً باید آن را بیرون از قالب‌های مدنی تحلیل کرد، عدم تصریح به آن در قانون مدنی را نمی‌توان مستمسک قرار داده و در خصوص ایقاعی نبودن آن القای شبهه کرد. بدیهی است تمام نهادهای جزایی معادل مدنی ندارند؛ اما در خصوص انشای یک اثر حقوقی از طریق اراده، حصر عقلی عقود و ایقاعات در نظام حقوقی ایران قابل کتمان نیست. اینکه شاکی از حق خود بر ادامه تعقیب کیفری صرف نظر می‌کند، در واقع با اراده خود یک اثر حقوقی انشا می‌کند. حال این اثر حقوقی که با یک اراده حاصل شده است، عقلاً ماهیتی جز ایقاع نمی‌تواند داشته باشد. همچنین وجود انسجام و هماهنگی بین نهادهای مدنی و کیفری که شاخصه مهم هر نظام حقوقی می‌باشد، در این مورد نیز صادق است. قانون‌گذار واحد است و برای طراحی چنین نظامی از طرح کلی و واحد بهره می‌برد و نمی‌توان به دلیل پاره‌ای تفاوت میان اقسام حقوق، به‌طور کلی حکم به انفصال مفاهیم و ماهیت حقوقی آن‌ها داد.

۲-۴. گذشت به مثابه ایقاع مشروط

از آنچه که در مبحث پیشین گذشت، ایقاعی بودن این نهاد کیفری آشکار شد. لکن در خصوص فرض مسئله که ناظر به توافقات پیش از گذشت بود نیز ضروری است به این پرسش پاسخ دهیم که چه نوع ارتباطی میان گذشت به مثابه یک ایقاع و توافقات ماقبل آن وجود دارد؟ یعنی چنانچه شروطی ذیل تراضی طرفین برای گذشت مقرر شده باشد، مقام قضایی باید به اعلام منجز گذشت ترتیب اثر دهد یا آنکه گذشت توأم با تراضی مسبوق بر آن را مناط اعتبار بداند؟

با توجه به آنکه مشروط‌بودن گذشت از حیث کیفری می‌تواند مانع از به‌جای‌گذاشتن آثار آن گردد، باید ملاحظه کرد که آیا می‌توان از این اراده مشترک شاکی و مشتکی عنه به‌عنوان شرط تعلق گرفته به ایقاع یاد کرد؟ برای پاسخ به این سؤال ذکر مقدمه‌ای در خصوص امکان اندراج شرط ضمن ایقاع ضروری است.

برخی از حقوق دانان معتقدند که در ابراء می توان شرط عَوْض کرد و ابراء ماهیت حقوقی خود (ایقاع) را از دست نمی دهد؛ ولی از جهت شرط نیاز به قبول می یابد (صفایی، ۱۳۹۰: ۲۵۳). بنابراین نباید بیم تبدیل شدن ابراء به عقد مانع از قرارداد شرط برای آن گردد؛ زیرا ابراء ماهیت خود را حفظ می کند و تابع ماهیت شرط خود نخواهد شد. در مقابل برخی دیگر معتقدند که ایقاعات تحمل شروط نمی کنند. عده ای با صحیح دانستن شرط، آن را باعث تبدیل ایقاع به عقد دانسته اند (جعفری لنگرودی، ۱۳۸۱: ۷۶۳). در این میان نظراتی در خصوص باطل بودن شرط یا باطل و مبطل بودن آن به چشم می خورد (طاهری، ۱۴۱۸: ۱۷۰). یکی از نویسندگان هم به تبدیل ابراء مشروط به صلح معتقد است (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۲۶۵). از سویی با نظر به مفهوم شرط به نظر می رسد که افاده نوعی ارتباط و پیوستن چیزی به چیز دیگر می کند و این معنایی است که حسب ارتکاز عرفی از واژه شرط به ذهن انسان متبادر می شود؛ لذا مفهوم شرط از ارتباط و پیوند جدایی ناپذیر است. از این رو هر الزام و التزامی را نمی توان شرط دانست. به بیان دیگر الزام و التزامی که در ارتباط با عمل حقوقی صورت نگیرد، خود عقد مستقل نامعین و مشمول عمومات «اوفوا بالعقود» می شود. با این حال برخی از نویسندگان عللی چند بر عدم امکان اندراج شرط ضمن ایقاع برشمرده اند که مهم ترین آن ها عبارتند از:

۱. ناسازگاری مفهوم طرفینی شرط با ماهیت یک طرفی ایقاع (شهیدی تبریزی، ۱۳۷۵: ۴۵۱-۴۵۰)؛
 ۲. عدم تصور ضمانت در ایقاع: برخی از نویسندگان با تمسک به تعریف اهل لغت شرط را الزام و التزامی ضمن بیع دانسته اند؛ به نحوی که بیع ظرف و شرط را مظروف آن می شمارند و شرط کردن ضمن ایقاع را ناممکن می دانند (شیخ انصاری، ۱۴۱۵: ۱۴۹)؛
 ۳. عدم امکان اعاده معدوم: با این استدلال که مضامین ایقاعات معمولاً مربوط به امور عدمی هستند و در صورت عدم انجام شرط از سوی مشروط علیه فسخ و انحلال ایقاع به معنای اعاده وضع وجودی خواهد شد (موسوی خویی، بی تا: ۲۷۱-۲۷۰)؛
- در جهت توجیه مبنای نظری مطالب پیش گفته اولاً اگر مقصود از مغایرت مفهوم طرفینی شرط با ماهیت یک جانبه ایقاع، لزوم ایجاب و قبول در خصوص شرط است که این امر از نظر ما نیز پذیرفته است؛ لکن ایقاع محل شرط از تحمل قبول مصون می ماند و صرفاً با یک اراده تشکیل می شود. به عبارت دیگر لزومی ندارد که ماهیت طرفینی شرط بر محل و موقع آن که همان ایقاع است، تسری یابد و از این حیث اندراج شرط مغایرتی با ماهیت یک طرفه ایقاع ندارد؛ ثانیاً از نظر فقها شرط صرف مقارنت و ظرفیت مجرد نیست؛ بلکه منظور التزامی است که در ارتباط با التزام دیگری باشد و ضمانتی که مقصود از آن ظرفیت محض باشد، یعنی عقد به عنوان ظرف برای شرط باشد، بلا اثر است. ایقاع نیز الزامی است که می توان در ارتباط با آن التزام دیگری را گنجانند و حداقل باید به عمومات «المؤمنون عند شروطهم» وفا کرد؛ ثالثاً می دانیم که ایقاعات منحصر به ایقاعات اسقاطی نیست؛ از قبیل اخذ به شفعه و وصیت عهدی و... (فصیحی زاده و کیانی، ۱۳۹۳: ۳۹-۵۰).

همچنین نظر به ماهیت شرط که در واقع عقد است با این تفاوت که در ارتباط با یک عمل حقوقی دیگر انشا می‌شود و نیز به رسمیت شناخته شدن عقود نامعین بر اساس عموماً «اوفوا بالعقود» و ماده ۱۰ قانون مدنی شایسته می‌نماید که اصل اندراج شرط 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 اثر داده می‌شود که آن شرط یا معلق علیه تحقق یافته باشد. همچنین عدول از گذشت، مسموع نیست.»

از ماده فوق افاده می‌شود که امکان وجود شرط برای گذشت پذیرفته شده است. چنان نیست که قانون‌گذار کیفری به طور مطلق شرط ضمن گذشت را باطل یا به کلی فاقد اثر بداند؛ چراکه در این ماده اشاره شده است که گذشت مشروط نیز قابل تحقق است؛ لکن برای تأثیر گذاشتن باید مشروط علیه آن محقق شود. 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 است.

اینکه شرط به چه نحوی ابراز شود و آیا لزوماً باید ضمن اعلام گذشت صورت پذیرد یا آنکه می‌تواند مستقلاً مطرح شود و آیا کتبی بودن یا شفاهی بودن آن، نزد مقام قضایی بودن یا غیر موضوعیت دارد، باید پاسخ داد همان طور که اعلام گذشت طریقت دارد و مهم امکان احراز قاضی است، به طریق اولی شرط ضمن آن هم می‌تواند به هر طریقی که قابل اثبات باشد، ابراز شود.

تا اینجا اجمالاً پذیرفتیم که اشتراط ضمن ایقاع پذیرفتنی است و شرط به هر نحوی از انحاء که برای مقام قضایی احراز شود، قابل ترتیب اثر است. لکن با عنایت به اینکه توافق حاصل شده در فرض مسئله، قبل از گذشت محقق گردیده است و از سوی الزام‌آور بودن شرط ابتدایی در فقه محل تردید است، برای تبیین امر به ذکر توضیحاتی در خصوص شروط خواهیم پرداخت.

شرط به معنی عام خود (التزام)، در رابطه با عقد یکی از این سه حالت را دارد:

۱. پیش از عقد واقع می‌شود؛ ۲. ضمن عقد شرط می‌شود؛ ۳. بعد از عقد ملحق به آن می‌شود.

شرط تبانی از قسم نخست است. شرط ابتدایی شرطی است که پیش از عقد واقع می‌شود، خواه موضوع انشا قرار گیرد و دو طرف خود را ملتزم به مفاد آن سازند یا درباره آن گفتگو کنند و التزام قطعی را منوط به تراضی درباره عقد نمایند. در این فرض هرگاه پیش از وقوع عقد مفاد شرط فراموش شود 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، به‌عنوان 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 شمرد.

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 فقها اختلاف نظر است: 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 در زمره اموری باشد که به حکم عرف عقد بر آن دلالت کند (مانند تعادل عرفی بین عوضین و سلامت مبیع و نقد بودن ثمن) و در زمره 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 بقاء نوعی محسوب می‌شود و الزام آور است و تخلف از آن موجب خیار فسخ می‌گردد. ولی در سایر موارد تبانی دو طرف بدون ذکر صریح 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 هر کدام از ضمیر دیگری آگاه باشد و بر مبنای این آگاهی توافق انجام شود (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۶-۱۲۵).

قابل ذکر است که نظر فقها و حقوق دانان در خصوص اعتبار و قدرت الزام‌آوری شرط ابتدایی به تعریفی که از شرط پذیرفته‌اند، وابستگی تام دارد. برخی نظیر شیخ انصاری شرط را مطلق الزام و التزام دانسته‌اند و از این رو شامل شرط ابتدایی به نحو حقیقی می‌دانند. برخی نظیر امام خمینی (ره) شرط را به معنای الزام و التزام ضمن بیع دانسته و بدین ترتیب شرط ابتدایی را مشمول تعریف شرط نمی‌دانند (صابریان، ۱۳۸۸: ۹۶-۹۵). با تعریفی که از شرط گذشت و عنصر ارتباط و وابستگی میان آن و عمل حقوقی ملاحظه شد، باید التزامات ابتدایی را تخصصاً خارج از موضوع شرط دانست (فصیحی‌زاده و کیانی، ۱۳۹۳: ۳۹). از نظر یکی از نویسندگان، قانون مدنی نیز نظر الزام‌آوری شروط تبانی را موجه دانسته است: خیار رؤیت و تخلف از وصف در واقع چهره‌ای از شروط بنایی درباره اوصاف مورد معامله است. ماده ۱۱۲۸ قانون مدنی تصریح می‌کند: «هرگاه در 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 فقیهان معاصر، نه تنها ادعای وجود اجماع مخالف را بی اعتبار می‌کند، شهرت آن را نیز به خطر می‌اندازد. وانگهی این ادعا که شروط تبانی در عقد بی اثر است، با پاره‌ای از احکام از جمله اثر نامشروع بودن «جهت» در معامله و نظریه اشتباه و خیار رؤیت و تخلف از وصف مخالف می‌نماید و این سؤال را بی پاسخ می‌گذارد که اگر نیروی الزام آور شرط از «تراضی» مایه می‌گیرد، پس چرا باید ذکر در عقد برای نفوذ شرط لازم باشد و مبنای «قصد مشترک» مورد اعتنا قرار نگیرد؟

هدف از گفتن یا نوشتن الفاظ ایجاد تفاهم و تمهید زمینه توافق است. در شروط تبانی نیز فرض این است که این تفاهم از راه گفتگوهای مقدماتی یا از راه دلالت عرف یا اوضاع و احوال بدست آمده و مبنای تراضی قرار گرفته است. پس چرا باید این چهره بروز اراده را نادیده گرفت؟ (کاتوزیان، ۱۳۸۰: ۱۲۸-۱۲۷)

چنانچه ملاحظه شد در خصوص اطلاق حقیقی شرط بر شروط تبانی و الزام آوری آن‌ها میان فقها و حقوق دانان محل اختلاف است و هر یک دلایل متعددی را برای اثبات مدعای خود آورده‌اند. 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 زمره شروط دهیم، آن‌طور که برخی گفته‌اند؛ بلکه در وجود ارتباط همین بس که اگر نبود آن شرط، شاید طرفین دیگر رغبتی به انعقاد قرارداد نداشتند، همان‌طور 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.

از تحلیل ماهیت حقوقی گذشت اجمالاً الزام آوری توافقات میان شاکی و مشتکی عنه در روابط فی مابین آن‌ها حاصل شد. حال باید دید که آیا این الزام آوری علاوه بر ضمانت اجرای حقوقی که در خصوص تخلف از شروط در قواعد عمومی قراردادها مقرر است، می‌تواند فرایند دادرسی کیفری را تحت تأثیر قرار دهد؟ به طوری که بتوان مقام قضایی را در احراز قید و شرط و مؤثر دانستن آن بر گذشت ملزم کرد؟ در مبحث پیش رو به این مسأله خواهیم پرداخت.

۳. تأثیر شرط تبانی بر گذشت

در انشای یک عمل حقوقی همواره این‌طور نیست که اراده ظاهری منطبق بر اراده باطنی باشد. بر اساس نظریه حاکمیت اراده باطنی، عنصر اصلی سازنده اعمال حقوقی قصد افراد است و اصولاً الفاظ و اشارات و... کاشف از آن می‌باشد. قاعده «العقود تابعه للقصود» نیز مؤید همین نظر بوده و از اقوال برخی فقها نیز استنباط می‌شود که صرف تراضی متعاقدين را در انعقاد عقد کافی می‌دانند (مفید، ۱۴۱۳: ۵۹۱). ماده ۱۹۱ قانون مدنی نیز در این خصوص بیان می‌کند: «عقد محقق می‌شود به قصد انشا به شرط مقرون بودن به چیزی که دلالت بر قصد کند.» که از مجموعه مواد دیگر نظیر ماده ۱۹۶، ۶۵، ۲۱۸، ۴۶۳ می‌توان اصلت اراده باطنی را در اعمال حقوقی احراز کرد؛ همان‌طور که بسیاری از حقوق دانان معتقدند اراده باطنی یا حقیقی اساس قصد را شکل می‌دهد و طرق مبرز آن کاشف از قصد و رضا می‌باشند (امامی، ۱۳۴۰: ۱۸۱-۱۸۰؛ کاتوزیان، ۱/۱۳۸۸: ۲۴۵).

در موضوع حاضر نیز احتمال تعارض میان اظهارات شاکی و اراده باطنی وی وجود دارد و این احتمال به جهت مقرر ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی تشدید می‌شود؛ زیرا شاکی برای فرار از این مقرره برداشتن مانع از پیش روی تأثیرگذاری گذشت، آن را به صورت بی قید و شرط اعلام می‌کند. بدین ترتیب در تطابق میان گذشت و اعلام آن صور گوناگونی متصور است: نخست آنکه، گذشت و اعلام گذشت هر دو مطلق باشند. در این صورت قرار موقوفی تعقیب به درستی صادر می‌شود؛ دوم آنکه، گذشت مشروط باشد و به

همان نحو مقید و مشروط اعلام شود. در اینجا تا تحقق شرط، تعقیب و رسیدگی ادامه می‌یابد و تنها اثر حداقلی آن موقوفی اجرای مجازات تا حصول شرط یا معلق علیه است؛ سوم آنکه، گذشت مشروط باشد، لکن به نحو مطلق اعلام شود. این فرض محل تنازع و بحث پژوهش حاضر است که در ادامه به تشریح آن می‌پردازیم. در این قسم دو رویکرد تفسیری در خصوص اعمال شرط نسبت به گذشت حائز اهمیت است: اولاً شاکی با اعلام منجز گذشتی که مبتنی بر شروطی بوده است، به نوعی از توافقات پیشین صرف نظر کرده است و وفق ماده ۲۴۴ نیز مشروط‌له می‌تواند از عمل به شرط صرف نظر کند؛ در این صورت مثل آن است که این شرط در معامله قید نشده است. بنابراین گذشت مشروطی که به نحو مطلق ابراز می‌شود، مبین انصراف ارادی شاکی از شرط است؛ دوم آنکه اعلام گذشت از سوی بزه‌دیده، نمی‌تواند مستقل از اراده قبلی آن دو و توافق صورت پذیرفته باشد و اعلام گذشت، هر چند بدون شرط در محضر نظام عدالت کیفری، در واقع یک گذشت مشروط است؛ ولی در این حالت آن دو توافق کرده‌اند که رضایت بدون شرط اعلام شود. در این حالت ظهور فساد در شرط ابتدایی موجب بی‌اعتباری گذشت در حاق واقع می‌شود. اما چون شاکی رضایت خود را به صورت بی‌قید و شرط به دادگاه اعلام کرده است، پس مشروط‌بودن و به تبع عدم تحقق شرط مستلزم اثبات است.

احتمال اول چندان هم موافق واقع نیست؛ زیرا در فرضی که مثلاً شخصیت فردی در اثر بزه توهین مورد تعرض واقع گردیده و موهن برای اخذ رضایت بزه‌دیده تعهد می‌کند که در حضور همان اشخاص از وی عذرخواهی کرده یا آنکه در جرم تصرف عدوانی، مشتکی عنه پرداخت مبلغی را در برابر شاکی به ذمه می‌گیرد، شاکی با نظر به اینکه متهم به تعهدات خود در قبال وی عمل خواهد کرد، اقدام به گذشت می‌کند. اصولاً اراده شاکی جدا و منصرف از تراضی سابق نیست؛ چه آنکه علت گذشت شاکی و انگیزه وی اساساً اجرای شرط توسط مشتکی عنه بوده است. بنابراین اعلام مطلق گذشت نمی‌تواند اماره‌ای بر انصراف وی از شرط محسوب گردد. حال آنکه اگر در مقام تفسیر اراده شاکی باشیم، احتمال دوم موجه‌تر جلوه می‌کند و این در راستای حاکمیت اراده باطنی قابل دفاع خواهد بود. به‌ویژه همان طور که ذکر کردیم، انگیزه شاکی از اعلام مغایر واقع، فرار از تبعات مقررده ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی می‌باشد.

با این حال مقام قضایی می‌تواند خود را مکلف به احراز قصد و اراده باطنی افراد ندانسته و اظهارات شاکی را همان طور که ابراز می‌شود، برای صدور قرار موقوفی تعقیب یا ابقای آن مکفی بداند یا آنکه همان طور که در سایر موارد از جمله اقرار و شهادت است، دادرسی صحت این گونه اخبار را با ترازوی علم خود با نظر به امارات و قرائن می‌سنجد، به بررسی تطابق اعلام رضایتی که از انشای اثر حقوقی اخبار می‌کند، با ماهیت حقیقی گذشت پرداخته یا حتی الامکان در صورت احراز و اثبات تعارض آن دو از گذشت رفع اثر کرده و مجدداً تعقیب و رسیدگی را از سر بگیرد.

برای پذیرش رویکرد اخیر لازم است به این سؤال پاسخ دهیم که قرار صادره موقوفی تعقیب متأثر از اعلام گذشت بی قید و شرط اولاً قابل نقض است؟ ثانیاً نقض قرار مزبور با کدام یک از طرق پیش بینی شده در قانون میسر است؟

قانون گذار در مقام انشای ماده ۱۰۱ به نحو اطلاق از گذشت مشروط یاد کرده است و بر این اساس مشروط بودن گذشت اعم از قصد واقعی شاکی یا اعلام اراده وی است. ضمن آنکه مطابق نظریه حاکمیت اراده باطنی که شرح آن گذشت، اصولاً اراده باطنی شاکی که به نحو مشروط بوده است، بر اراده ظاهری او که بی قید و شرط ابراز شده است، اولویت دارد.

در مورد پرسش دوم راه های اعتراض به قرار در قانون آیین دادرسی کیفری مشخص شده است. مطابق بند الف ماده ۲۷۰ قانون اخیر قرار موقوفی تعقیب به تقاضای شاکی ظرف مهلت ده روز برای اشخاص مقیم ایران و یک ماه برای اشخاص مقیم خارج از کشور قابل اعتراض است.

لکن این راه حل ناتمام است؛ زیرا زمانی مشروط بودن گذشت در حاق واقع احراز می شود که شاکی به واسطه تخلف مشتکی عنه از تعهدات قراردادی خود درصدد رفع اثر از گذشت برآید که معمولاً مدتی فراتر از مهلت های مقرر در این ماده است. مسیر اعاده دادرسی نیز در این موضوع مسدود است؛ زیرا اصولاً جهات اعاده دادرسی در ماده ۴۷۴ قانون آیین دادرسی کیفری منحصر به احکام دادگاه ها است و قرارهای صادر شده قابلیت اعاده دادرسی ندارند. البته ماده ۴۷۷ مقرر داشته است: «در صورتی که رئیس قوه قضائیه رأی قطعی صادره از هر یک از مراجع قضایی را خلاف شرع بین تشخیص دهد با تجویز اعاده دادرسی، پرونده را به دیوان عالی ارسال تا در شعبی خاص که توسط رئیس قوه قضائیه برای این امر تخصیص می یابد رسیدگی و رأی قطعی صادر شود...» در این ماده کلمه رأی به کار رفته است که اعم از حکم و قرار است.^۱ حتی اگر امکان اعاده دادرسی در مورد گذشت مشروط از طریق ریاست قوه قضائیه مورد پذیرش باشد، این طریق از جمله طرق استثنایی و خاص اعاده دادرسی است که بیشتر در موارد نقض حقوق عمده صورت می گیرد و بسیار فوق العاده، موردی و دور از دسترس است.

راه حل دیگری در ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری برای مراعی نگه داشتن گذشت مشروط وجود دارد. بر اساس این ماده شاکی می تواند بدون اعلام گذشت، تقاضای ترک تعقیب کند تا اگر مشتکی عنه طبق تعهدات خود عمل نکرد، ظرف یک سال بتواند مجدداً تعقیب متهم را درخواست کند. این ابتکار با تمام قیود و شرایطی که دارد به نظر مناسب تر است و هم دستگاه قضایی را از وضعیت بلا تکلیفی در خصوص پرونده می رهاند و هم شاکی می تواند ضمانت اجرای مناسبی برای تخلف متهم از تعهدات قراردادی خود داشته

۱. از نظر برخی از نویسندگان اعاده دادرسی تنها نسبت به احکام امکان پذیر بوده و در مورد قرارها اعاده دادرسی پذیرفته نمی شود (خالقی، ۱۳۹۴: ۱۰۵).

باشد. شایسته است مقامات عدالت کیفری شاکی را از وجود چنین امکانی آگاه سازند تا از اختلافات پسینی پیشگیری شود.

هر چند ماده ۸۲ قانون یادشده نیز امکان دیگری را برای نحوه تحصیل گذشت منجز شاکی فراهم می آورد، محدودیت های زمانی و نیز مضیق بودن مجرای آن به جرائم تعزیری درجه شش تا هشت این ماده را صرفاً به مسکنی بر درد تعارض گذشت مشروط و اعلام بی قید و شرط گذشت در برخی جرائم تبدیل می کند و نمی تواند کاملاً راهگشا باشد.

قابل ذکر است دو راه حل اخیر صرفاً راه حل جایگزین می باشند و ما را از بحث در مورد مسأله پژوهش بی نیاز نمی کنند. با اوصاف پیش گفته همچنان درصدد آنیم که مصالح و هزینه های ناشی از مؤثر دانستن شرط یا منجز تلقی کردن گذشت را بر گروه های ذی نفع ارزیابی کرده و از این رهگذر بهترین راهکار حقوقی را با لحاظ حقوق بزه دیده و جامعه ارائه دهیم.

۳-۱. آثار گذشت مشروط بر حقوق بزه دیده

چشم پوشی دادرسی از توافقات طرفین به بهانه اینکه بزه دیده گذشت خود را به نحو بی قید و شرط اعلام کرده است، زمینه را برای تضییع حقوق وی فراهم می آورد؛ چراکه وی مبتنی بر وعده های مشتکی عنه از حق تعقیب خود صرف نظر کرده است و اگر تعهدات مشتکی عنه در آن توافقات جامه عمل نپوشد، شاکی دیگر تسلطی بر ادامه تعقیب کیفری نداشته و الزام مشتکی عنه نیز منتفی خواهد بود و این خود مجالی برای بزهکار است تا آنکه نه تنها به واسطه تعرض به حقوق دیگری مجازات نشود، بلکه بعضاً با سوء استفاده از حسن نیت بزه دیده وی را مغبون سازد. بدین ترتیب بزه دیده به طور مضاعف و این بار به دلیل تفسیر نادرست قضایی حقوقش مورد تضییع واقع می شود.^۱

چنانکه گفته شد در جرائم قابل گذشت نظر قانون گذار بر ترجیح حقوق بزه دیده بر حیثیت عمومی جرم، حقوق عموم جامعه، تعلق گرفته است؛ به طوری که می توان اصل تفسیری در این دسته از جرائم را حمایت از بزه دیده دانست یا آنکه حداقل در این موارد دست از تفسیر به نفع متهم کشید.^۲ لذا لاجرم باید به سمتی حرکت کنیم که بزه دیده کمترین آسیب را در این نوع از پرونده ها متحمل شود؛ ولی این بدان معنا نخواهد بود که لزوماً با مؤثر دانستن شرط تبانی بر گذشت راهی برای اعتراض شاکی

۱. موردی را تصور کنید که متهم با تعهد به جبران خسارت در بزه تخریب و پرداخت خسارات وارده به بزه دیده رضایت وی را جلب و شاکی رضایت بی قید و شرط خود را در پی چنین تعهدی به دادگاه اعلام و قرار موقوفی تعقیب صادر و دادنامه بدون اعتراض قطعی می شود. حال پس از مدتی متهم از انجام تعهد خود سر باز زده و شاکی به رغم بزه دیدگی سابق، امروز نیز مغبون واقع شده است. بی تردید سوء استفاده از اعتماد و فریب شاکی به مراتب سرزنش پذیرتر از بزه به وقوع پیوسته است.

۲. مواد ۸ و ۹ قانون آیین دادرسی به حیثیت خصوصی ناشی از جرم نیز پرداخته است و اهتمام قانون گذار در اکثر نهادهای کیفری از قبیل تخفیف، تعلیق، تعویق و... بر حراست از حقوق بزه دیده با جلب نظر شاکی یا جبران ضرر و زیان وی می باشد.

بگشاییم. پیش‌بینی راه‌حل‌های پیشینی از قبیل تمهید مقرر یا گوشزد شفاهی عواقب اعلام گذشت منجز، برای جلوگیری از بزه‌دیدگی مضاعف شاکی مناسب‌تر است.

روی دیگر سکه آن است که شاکی و مشتکی‌عنه برای فرار از عواقب گذشت مشروط که همان عدم موقوفی تعقیب است، در توافقات اولیه پیش‌بینی کنند که گذشت منجزاً اعلام شود و از این طریق خود آن‌ها امر را بر دستگاه قضایی مشتبه کرده و واقعیت را کتمان می‌کنند و اکنون که نفع بزه‌دیده از آن توافق حاصل نشده است، می‌خواهد تعقیب کیفری را مجدد به جریان بیندازد. با این استدلال باید وی را از امکان ادامه تعقیب محروم ساخت و این به همان جهتی است که وی دستگاه قضا را با اظهارات خلاف واقع خود به گمراهی کشانده است.^۱

۲-۳. آثار گذشت مشروط بر دستگاه قضایی

به فرض پذیرش پرونده‌ای با مختصات گفته‌شده توسط دستگاه قضایی و اراده قاضی برای ترتیب اثر دادن به شرط ابتدایی لازم است در ابعاد موضوع مذاقه کرد.

وقتی شاکی منجزاً نزد مقام قضایی اعلام گذشت می‌کند و قرار موقوفی تعقیب یا موقوفی اجرای مجازات حسب مورد در دادسرا یا دادگاه صادر می‌شود و بعد از مدتی مجدداً با استناد به توافقاتی که فی‌مابین وی و مشتکی‌عنه بوده است، به دستگاه قضایی مراجعه می‌کند تا با تمسک به ماده ۱۰۱ قانون مجازات اسلامی گذشت را مشروط و تابع همان احکام بداند، چه مشکلات و عوارضی از به جریان‌انداختن مجدد تعقیب ایجاد خواهد شد؟ در مقابل تأمین حقوق بزه‌دیده و رسیدگی به دعوای شاکی خصوصی چه هزینه‌هایی وجود دارد؟

کثرت پرونده‌ها، اطاله دادرسی، از دست رفتن زمان دستگاه قضایی برای رسیدگی به سایر دعاوی، به جریان‌انداختن مجدد پرونده‌ای که از پروسه رسیدگی خارج شده است، می‌تواند منجر به افزایش هزینه‌هایی شود که در نهایت به جامعه تحمیل می‌شود.

۱. مطابق اصل مقابله با مخاطره اخلاقی، یک نهاد حقوقی (مانند یک قانون یا یک قرارداد) نباید چنان امتیازی برای یک فرد مهیا کند که احتمال بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی و در نتیجه، خطر ورود زیان به خود یا دیگران را افزایش دهد. به نظر می‌رسد اگر قانون‌گذار را در تدوین مقرره‌های قانونی حکیم بدانیم به‌نحوی که در حین وضع مقصود وی جلوگیری از ایجاد هرگونه ابهام و نیز اشکال در فرایند اجرایی و قضایی است، باید در تفسیر مواد به‌گونه‌ای عمل کرد که راه را برای هر گونه گریز از مقرره‌های قانونی مسدود کنیم. با توجه به اینکه همگان عالم به قانون فرض می‌شوند و در فرض پیش رو شاکی با علم به تبصره ماده ۱۰۱ اقدام به گذشت منجز کرده است، نباید طریقی بر وی گشوده شود که اکنون که نفع خود را در گذشت منجز می‌بیند، موقوفی تعقیب بگیرد و بعداً که منافعتش به جهت وفای به عهد نکردن مجرم حاصل نشد، گذشت خود را مشروط بشمارد و خواهان به جریان افتادن مجدد تعقیب و مجازات شود. این اصل در تحلیل مسئله نیز می‌تواند جاری شود و برای جلوگیری از مخاطره اخلاقی افراد در استفاده دوگانه از یک مقرر قانونی مقام قضایی را رهنمون سازد.

مطابق اصل اقتصادی تخصیص بهینه خطر (ریسک)، ریسک انجام یک عمل و نیز مسئولیت‌های ناشی از آن بر شخصی بار می‌شود که با هزینه کمتری می‌توانسته است از بروز آن خطر و خسارات ناشی از آن جلوگیری کند (Chapman, CB, Ward, 1994: 537). بنابراین اگر تردید باشد که از بین چند عامل انسانی، مسئولیت جبران ضرر با کیست یا در یک رابطه قراردادی، یک ریسک قراردادی مشخص، باید به کدام یک از متعاقدین تحمیل شود، رویکرد تحلیل اقتصادی حقوق به کمک اصل تخصیص بهینه خطر، مسئولیت را متوجه شخصی می‌داند که با هزینه کمتر می‌توانسته است از بروز خسارت یا وقوع ریسک جلوگیری کند. مطابق این اصل در فرض مسأله باید به این مهم پرداخت که آیا بزه‌دیده می‌توانسته با هزینه کمتری (اعلام گذشت مشروط و اشاره به شروط فی مابین نزد مقام قضایی) از بروز این ریسک جلوگیری کند یا آنکه دستگاه قضایی با ترتیب اثر دادن به گذشت مشروط وی از پیامدهای بعدی اجتناب کند؟

به نظر می‌رسد بزه‌دیده با منجز اعلام کردن گذشت با وجود آنکه می‌داند حقیقتاً شروطی در قصد مشترک ایشان وجود دارد، می‌تواند هزینه‌های فراوانی را برای جریان مجدد دعوا ایجاد کند و شاکی می‌تواند تنها با اشاره به شروط حین اعلام گذشت یا استفاده از طرقی نظیر درخواست ترک تعقیب از وقوع این ریسک جلوگیری کند. بنابراین هزینه‌کرد بزه‌دیده به مراتب کمتر از مراجع قضایی در مسئله حاضر خواهد بود و وی با سهولت بیشتری امکان پرهیز از عواقب بعدی گذشت منجز را خواهد داشت. شایان ذکر است مسئولیت بزه‌دیده در این دست پرونده‌ها نباید فضای بی‌مبالاتی را برای دستگاه‌های حاکمیتی جهت آگاهی دادن در این خصوص به مردم فراهم کند.

نتیجه

۱. فرض تشریفاتی دانستن عقد نامعین مقدم بر گذشت به جهت تعلیق در انشا پذیرفتنی نیست و نیز طریقت دادن به گذشت و تقلیل آن به یک فرایند اداری با فحواى کلام قانون‌گذار و هدف وی از اثربخشیدن به اراده شاکی در جرائم قابل گذشت مغایرت دارد.
۲. ماهیت گذشت ایقاع است و توافقاتی که مقدم بر آن میان شاکی و مشتکی عنه واقع می‌شود، شروطی هستند که بزه‌دیده مبتنی بر آن اعلام گذشت می‌کند.
۳. شرط تبانی را نیز می‌توان در زمره شروط الزام‌آور محسوب کرد که تنها از حیث زمانی مقدم بر عمل حقوقی واقع می‌شود و از این جهت در فرض حاضر گذشت کردن در حاق واقع مشروط به تراضی قبلی می‌باشد.
۴. مؤثر دانستن شروط با وجود اعلام بی‌قید و شرط در فرایند کیفری مغایر اصل مقابله با مخاطره اخلاقی است و امکان استفاده نابجا از مقرر قانونی را برای شاکی فراهم می‌آورد و با وجود آنکه حداقل فایده‌اش حمایت از حقوق بزه‌دیده است، هزینه‌های فراوانی برای دستگاه قضایی و به تبع جامعه ایجاد می‌کند که قابل اغماض نیست.

۶. به موجب اصل تخصیص بهینه خطر، بزه دیده با اعلام مطابق واقع با صرف هزینه کمتری می توانسته از بروز پیامدهای بعدی جلوگیری کند؛ لذا مسئولیت این ریسک به عهده وی خواهد بود.
- بنا بر نتایج به دست آمده راهکارهای پیشنهادی نویسندگان به شرح زیر است:
۱. گوشزد کردن عواقب اعلام منجز گذشت توسط مقامات عدالت کیفری هنگام اخذ اظهارات شاکی؛ بدین معنا که اگر بعداً وجود قیود و شروطی برای گذشت اثبات شود، بدان هیچ ترتیب اثری داده نخواهد شد.
 ۲. رهنمون ساختن شاکیانی که گذشت خود را منوط به انجام تعهداتی از سوی مشتکی عنه کرده اند به سوی نهاد ترک تعقیب کیفری مقرر در ماده ۷۹ قانون آیین دادرسی کیفری در صورت وجود شرایط مقرر در آن ماده.
 ۳. ایجاد رویه واحد برای مقامات قضایی به منظور تصمیم گیری در خصوص نحوه برخورد با گذشت مشروطی که به نحو منجز اعلام شده است در قالب آیین نامه به نحوی که حداقل از اخذ تصمیمات مختلف در این خصوص جلوگیری شود.
 ۴. راهنمایی شاکیانی که به جهت تخلف مشتکی عنه از تعهدات خود و اعلام منجز گذشت، از ادامه دادرسی کیفری بازمانده اند، به طرح دعوی حقوقی مبنی بر الزام مشروط علیه به انجام شرط و در صورت عدم امکان الزام، تقاضای جبران خسارت.

منابع

فارسی

- آقایی جنت مکان، حسین (۱۳۹۰)، حقوق کیفری عمومی، جلد دوم، تهران: نشر جنگل.
- الهام، غلام حسین؛ برهانی، محسن (۱۳۹۳)، درآمدی بر حقوق جزای عمومی (واکنش در برابر جرم)، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- امامی، حسن (۱۳۴۰)، حقوق مدنی، جلد اول، تهران: کتابفروشی اسلامیه.
- حیدری، علی مراد (۱۳۹۴)، حقوق جزای عمومی (بررسی فقهی - حقوقی واکنش علیه جرم)، تهران: نشر سمت.
- حسینی، محمد؛ طرقي، مرتضی (۱۳۸۱)، «مفهوم و پیشینه تاریخی عقد صلح»، ماهنامه کانون، شماره ۳۹.
- خالقی، علی (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری، جلد دوم، تهران: انتشارات شهر دانش.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، لغت نامه، تهران: دانشگاه تهران.
- زراعت، عباس (۱۳۸۵)، «گذشت در جرائم قابل گذشت»، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۵۵.
- صابریان، علیرضا (۱۳۸۸)، «ماهیت شرط بنایی از نظر فقه امامیه و قانون مدنی»، فصلنامه دین و سیاست، شماره ۲۱-۲۲ (پاییز و زمستان).
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی (تشکیل قراردادها و تعهدات)، ج اول، تهران: نشر مجد.
- شهیدی، مهدی (۱۳۸۶)، حقوق مدنی (سقوط تعهدات)، جلد پنجم، تهران: نشر مجد.
- صادقی، محسن (بی تا)، تحلیل اقتصادی حقوق، تهران: بی نا.
- صدقی، منصور (۱۳۹۰)، «گذشت در جرائم»، نشریه پیام آموزش، تهران.

- صفایی، سیدحسین (۱۳۹۰)، قواعد عمومی قراردادها، جلد دوم، تهران: نشر میزان.
- طاهری، حبیب الله (۱۴۱۸)، حقوق مدنی، چاپ دوم، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- طهماسبی، جواد (۱۳۹۴)، آیین دادرسی کیفری (کلیات دعوی عمومی و دعوی خصوصی)، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- فصیحی زاده، علیرضا؛ کیانی، عباس (۱۳۹۳)، «تحلیل حقوقی اندراج شرط در ضمن ایقاع و آثار آن»، آموزه‌های فقه مدنی، شماره ۹ (فصل بهار - تابستان).
- قبولی درفشان، سیدمحمدتقی؛ درفشان، سیدمحمدهادی (۱۳۹۲)، «بازشناسی تعلیق در انشاء در فقه امامیه و حقوق موضوعه ایران»، فصلنامه آموزه‌های فقه مدنی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۷ (بهار و تابستان).
- کاتبی، حسینقلی (۱۳۶۳)، فرهنگ حقوق فرانسه - فارسی، چاپ اول، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۸۰)، حقوق مدنی قواعد عمومی قراردادها، جلد سوم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۲)، دوره مقدماتی حقوق مدنی اعمال حقوقی قرارداد- ایقاع، تهران: نشر شرکت سهامی انتشار.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۳)، درس‌هایی از عقود معین، جلد اول، تهران: گنج دانش.
- کاتوزیان، ناصر (۱۳۹۵)، قواعد عمومی قراردادها، جلد پنجم، تهران: شرکت سهامی انتشار.
- محقق داماد، سیدمصطفی (۱۳۸۷)، قواعد فقه، تهران: سمت.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۹۲)، ترمینولوژی حقوق، ج ۲۵، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۱)، مبسوط در ترمینولوژی حقوق، ج ۴ و ۵، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۸۲)، مجموعه محشی قانون مدنی، چاپ دوم، تهران: گنج دانش.
- جعفری لنگرودی، محمدجعفر (۱۳۳۸)، دایرةالمعارف حقوق مدنی و تجارت، تهران: مشعل آزادی.
- عمید، حسن (۱۳۶۳)، فرهنگ لغت، جلد دوم، چاپ اول، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- معین، محمد (۱۳۸۱)، فرهنگ معین، تهران: انتشارات ادنا.

عربی

- ابن منظور (۱۴۰۸ق)، لسان العرب، بیروت: داراحیاء التراث العربی.
- انصاری، مرتضی (۱۴۱۵ق)، کتاب المکاسب المحرمة و البیع و الخیارات، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.
- حمیری، نشوان ابن سعید (۱۴۲۰ق)، شمس العلوم و دواء کلام العرب من الکلوم، جلد چهارم، قم: دالفرک.
- شهیدی تبریزی، میرزا فتاح (۱۳۷۵)، هدایة الطالب الی اسرار المکاسب، تبریز: چاپخانه اطلاعات.
- موسوی خمینی، سیدمصطفی (۱۴۱۸ق)، کتاب البیع، ج ۱، تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی قدس سره.
- موسوی خویی، سیدابوالقاسم (بی تا)، مصباح الفقاهه، ج ۶.
- حکیم، سیدمحسن (بی تا)، نهج الفقاهه، ج ۱، قم: انتشارات ۲۲ بهمن.
- مفید، محمد بن محمد بن نعمان عکبری (۱۴۱۳ق) المقنعة (للشیخ المفید)، قم: کنگره جهانی هزاره شیخ مفید - رحمة الله علیه.
- نائینی، میرزا محمدحسین غروی (۱۳۷۳)، منیة الطالب فی حاشیة المکاسب، جلد ۱، تهران: المكتبة المحمدية.
- یزدی، سید محمدکاظم طباطبایی (۱۴۲۱ق)، حاشیة المکاسب، دوم، قم: مؤسسه اسماعیلیان.

انگلیسی

- Chapman, CB, Ward, SC (1994), **The efficient allocation of risk in contracts**, Omega, Volume 22, Issue 6 (November).