

معیارهای پذیرش اشتباه در سیستم های کیفری ملی و دیوان کیفری بین المللی

زهراء میرزایی^۱، ابوالفتح خالقی^۲

^۱ دانشجوی کارشناسی ارشد رشته حقوق جزا و جرم شناسی دانشگاه قم.

^۲ دانشیار دانشکده حقوق دانشگاه قم.

نام نویسنده مسئول:

زهراء میرزایی

تاریخ دریافت: ۱۳۹۹/۱/۷

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۹/۳/۱۰

چکیده

اشتباه به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری، نه فقط در سیستم های کیفری ملی بلکه در بعد فراملی یعنی در منحصر به فردترین مرجع کیفری بین المللی نیز پذیرفته شده است. اما معیارهای پذیرش و دامنه ی آن در سیستم های کیفری ملی و دیوان کیفری بین المللی متفاوت می باشند، بدین ترتیب که برخی از این سیستم های کیفری ملی بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی تفکیک قائل شده اند. در حالی که برخی دیگر صرف نظر از انفکاک میان اشتباه موضوعی و حکمی، از معیارهایی مانند متعارف و منطقی بودن اشتباه برای پذیرش آن استفاده کرده اند. اساسنامه رم به عنوان عالی ترین سند بین المللی کیفری، صرف نظر از پذیرش اشتباه موضوعی و حکمی، به تاثیر اشتباه بر روی رکن روانی جرائم توجه نموده است. از این رو در این پژوهش به شیوه ی توصیفی-تحلیلی، اشتباه به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری بررسی شده و دستاورد این مقاله شامل مشخص نمودن؛ معیارهای پذیرش اشتباه در مهمترین سیستم های کیفری ملی و دیوان کیفری بین المللی می باشد.

واژگان کلیدی: معیار اشتباه، اشتباه موضوعی، اشتباه حکمی، سیستم های کیفری ملی، دیوان کیفری بین المللی.

مقدمه

اشتباه در لغت به معنای پوشیده شدن، نهفته ماندن، مانند شدن، بازشناختن، مانند شدن چیزی به چیز دیگر در نظر انسان یکی را به جای دیگری گرفتن، کاری به غلط انجام دادن، سهو و خطا آمده است.^۱ اما در اصطلاح عبارتست از تصور خلاف واقع از یک واقعیت خارجی است که یا بصورت حکمی یا موضوعی می‌باشد.^۲ اشتباهدر کلیه سیستم های کیفری ملی، اشتباه به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری پذیرفته شده است. عوامل رافع مسئولیت کیفری شخصی و نه عینی بوده یعنی مستقیماً" در ارتباط با شخص مجرم هستند، (جنون، کودکی، اکراه، اجبار، مستی، خواب، بی هوشی و اشتباه همگی به شکل مستقیم با مجرم ارتباط دارند.) و این ارتباط بین مجرم و عوامل رافع از حیث وضعیت روانی شخص مجرم می‌باشد، به عبارت دیگر عوامل رافع مسئولیت کیفری باعث مخدوش شدن رکن روانی اشخاص می گردند. رکن روانی خود شامل علم و آگاهی، اراده و خواستن، و قصد می‌باشد. حال اشتباه به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری در رکن روانی جرم موثر می‌باشد. اما سیستم های کیفری ملی در برخورد با این امر، معیار های متفاوتی اتخاذ نموده اند، و در این راستا در اغلب کشور های تابع نظام حقوقی کامن لو به عنوان مثال، در حقوق کیفری انگلستان، در باب اشتباه، معیارهای مختلفی وجود دارد. یکی از این معیارها، معیار معقول و متعارف بودن اشتباه است (معیار نوعی)، و بر اساس این معیار، متعارف بودن رفتار ارتكابی پذیرفته است، و اشتباه متعارف مربوط به حالتی است که فرض می شود، متهم مطابق وضعیت موجود و بر اساس حسن نیت رفتار موسوم به جرم را انجام داده، به گونه‌ای که هر شخص متعارف دیگری در آن حالت همان اقدام را انجام می‌داد. اما در برخی پرونده‌ها، معیار اشتباه صادقانه اگرچه متعارف و منطقی نباشد را پذیرفته است و این معیار گسترده تری نسبت به معیار متعارف می‌باشد، براساس این معیار، اگر شخص باوری اشتباه، اما صادقانه و نه لزوماً متعارف و منطقی داشته باشد، می تواند مبنای دفاع قرار گیرد. در این معیار در واقع یک ضابطه شخصی حاکم است، یعنی شخص باید در اعمال و رفتار خود صادق و با حسن نیت باشد، گرچه ممکن است، اکثر مردم جامعه در برخورد با این امر، رفتاری خلاف رفتار مرتکب داشته باشند. و در حال حاضر این معیار در قانون جرائم جنسی ۲۰۰۳ انگلستان مورد پذیرش قرار گرفت. این درحالی است که اغلب تابعان نظام حقوقی نوشته، مانند حقوق کیفری آلمان بین اشتباه حکمی و موضوعی تفکیک قائل شده، و بر خلاف حقوق کیفری انگلستان به متعارف و غیر متعارف بودن رفتار ارتكابی و همچنین به داشتن یا نداشتن رفتار صادقانه و با حسن نیت، هیچ توجهی ندارد. و در اشتباه موضوعی، با توجه به زائل شدن عنصرشناختی (علم و آگاهی)، مسئولیت کیفری سلب می‌شود، در واقع مرتکب نسبت به عنصر مادی جرم (کیفری)، علم و آگاهی ندارد و این جهل باید بصورت کامل باشد. و عنصر مادی دو ماهیت می‌تواند داشته باشد، الف- عنصر توصیفی، که این عنصر شامل امور و وقایعی می‌باشد که توسط حواس انسان قابل درک است، به عنوان مثال در رابطه با جسمی که به سمت آن شلیک می‌شود، آیا یک انسان است یا یک پرنده؟ ب- عنصر هنجاری، شامل اموری است که با حواس درک نمی‌شوند، بلکه باید از لحاظ حقوقی بررسی و ارزیابی شوند به عنوان مثال، علم و آگاهی نسبت به اموال شخص ثالث در دعوی سرقت. تفاوت عنصر توصیفی با عنصر هنجاری در این است که، در عنصر توصیفی صرف علم واقعی کفایت می‌کند اما در عنصر هنجاری صرف علم واقعی کفایت نمی‌کند و باید متهم بدرستی اهمیت اجتماعی و حقوقی عنصر مادی را به عنوان یک انسان متعارف تشخیص بدهد.

اما بر خلاف اشتباه موضوعی که بر عنصر روانی موثر است، اشتباه حکمی بر عناصر تشکیل دهنده جرم هیچ تاثیری ندارد و از این حیث، هیچ تاثیری بر مسئولیت کیفری ندارد و مرتکب با علم و آگاهی تمام عناصر جرم را انجام می‌دهد. حال اگر اشتباه مرتکب غیر قابل اجتناب باشد، مسئولیت بصورت کامل زائل می‌گردد، اما اگر اشتباه قابل اجتناب باشد، ممکن است در مجازات تخفیف داده‌شود. با عنایت به این مراتب، اشتباه حکمی غیر قابل اجتناب تا حدودی مشابه، معیار اشتباه متعارف و منطقی در حقوق کیفری انگلستان است. در حقوق بین الملل کیفری و در ماده ۳۲ اساسنامه رم اشتباه موضوعی را تا حدی می‌پذیرد که عنصر روانی مورد نیاز جرم را مخدوش نماید. اما در حقوق بین الملل کیفری، بر اساس بند ۲ ماده ۳۲ اساسنامه رم، اشتباه

^۱ - شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی/ تهران، نشر دانش، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۴۹.

^۲ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر مسعود در ترمینولوژی حقوق/ تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸، چاپ اول، ج اول، ص ۳۹۱، شماره ۱۴۶۷ و شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی/ تهران، نشر دانش، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۴۹.

حکمی، به این معنا که آیا یک نوع عمل خاصی، جرم مربوط به صلاحیت دیوان می‌باشد، رافع مسئولیت کیفری نیست، با این وجود، اشتباه حکمی می‌تواند رافع مسئولیت کیفری تلقی شود، مشروط بر آنکه سبب زوال عنصر معنوی جرم شده یا مشمول مقررات ماده ۳۳ اساسنامه رم باشد، و براساس ماده اخیرالذکر، استناد به اشتباه حکمی به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری، زمانی قابل پذیرش است که ثابت شود متهم، بواسطه جهل به عنصر قانونی، رکن روانی لازم یعنی علم و قصد را نداشته است. زیرا جنایت عمدی بدون وجود رکن معنوی (سوء نیت) محقق نمی‌شود و مرتکب آن مستوجب کیفر نیست.^۳

در حقوق کیفری ایران مانند حقوق کیفری آلمان و اساسنامه رم بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی تفکیک قائل شده، و اشتباه موضوعی، چونکه عنصر شناختی علم و آگاهی را مخدوش می‌نماید، رافع مسئولیت کیفری است، اما اشتباه حکمی، به دلیل اینکه، هیچ تاثیری بر ارکان وقوع جرم ندارد، رافع مسئولیت کیفری نمی‌باشد، اما قانونگذار در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اشتباه حکمی مربوط به جاهل قاصر را رافع مسئولیت کیفری می‌داند، و ماهیت این امر، بدین معنا است که، شخص جاهل قاصر یکی از ارکان تشکیل دهنده جرم، یعنی عنصر روانی را ندارد. با عنایت به مراتب یاد شده فوق، منطق رفع مسئولیت کیفری از جاهل قاصر، با معیار اشتباه غیر قابل اجتناب در حقوق کیفری آلمان، و همچنین معیار اشتباه معقول و متعارف در حقوق کیفری انگلستان و اشتباه حکمی که زائل کننده رکن روانی، ذکر شده در ماده ۳۲ اساسنامه رم، از حیث نتیجه یکسان می‌باشند، و تفاوت آنها تنها در معیار ذکر شده می‌باشد. با عنایت به این مراتب حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان مهمترین منبع حقوق بین‌الملل کیفری، برگرفته از مبانی حقوق کیفری سیستم های داخلی می‌باشد. از این رو ناگزیر برای تبیین این موضوع، ابتدا به بررسی مفهوم و جایگاه اشتباه در برخی از سیستم های مهم کیفری ایران، انگلستان و آلمان، مورد پژوهش قرار می‌گیرد، و سپس به بررسی جایگاه اشتباه در نظام بین‌الملل کیفری می‌پردازیم. و هدف از انجام این پژوهش این است که؛ الف- مفهوم، جایگاه و معیارهای شناخت اشتباه در سیستم های حقوق کیفری انگلستان و آلمان مورد بررسی قرار گیرد. ب- با توجه به مطالعات پیرامون اشتباه در سیستم های ملی مورد بحث، به جایگاه و معیارهای اشتباه در اساسنامه رم و دیوان کیفری بین‌المللی مورد بررسی قرار می‌گیرد.

مبحث اول: جایگاه اشتباه در حقوق کیفری ایران

مطالعه علم، متمرکز در تحدید وقایعی است که باید به آن، این احاطه وجود داشته باشد تا قصد مجرمانه موجود انگاشته شود و توان آن را از موردی که علم و جهل از منظر قانون نسبت به آن یکسان است تفکیک کرد.^۴

تحقیق پیرامون علم و آگاهی به عنوان یکی از اجزاء رکن روانی جرائم، همزمان موضوع مطالعه یکی از مهمترین مباحث حقوق کیفری، یعنی بحث در جهل یا اشتباه است و بدین ترتیب ارتباط محکم بین علم به عنوان یکی از اجزاء رکن روانی و بحث جهل یا اشتباه است. اگر بگوییم علم به یک واقعه شرط وجود قصد مجرمانه است بدین معنی که جهل و اشتباه در یک واقعه منتهی به انتفاء قصد مجرمانه می‌شود. بدین ترتیب قواعد حاکم بر جهل یا اشتباه، همان قواعد حاکم بر انتفاء علم و آگاهی و متعاقباً قصد مجرمانه می‌باشد. براین اساس می‌توانیم بگوییم که «بحث جهل و اشتباه همان نظریه قصد جنایی در مفهوم سلبی است».^۵

گفتار اول: اشتباه موضوعی در حقوق کیفری ایران

اشتباه موضوعی به هنگامی است که انسان در نفس عملی که مرتکب می‌شود، مشتبه باشد.^۶ در واقع اشتباه موضوعی، مربوط به اشتباه در اوصاف و کیفیات عمل ارتكابی می‌باشد. برای تحلیل جایگاه این امر در حقوق کیفری و تاثیر آن جرم و مسئولیت کیفری، ناگزیر از بررسی عوامل رافع مسئولیت کیفری و عوامل موجهه جرم می‌باشیم. ارکان وقوع جرم، شامل رکن قانونی، مادی و رکن روانی می‌باشند، عوامل موجهه جرم، بر روی رکن قانونی جرم تاثیر می‌گذارند و باعث سلب مسئولیت کیفری

^۳ - ابوالفتح خالقی، حقوق بین‌الملل کیفری عمومی، ج اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴، ص ۱۷۹.

^۴ محمود نجیب حسنی، نظریه عمومی قصدجنایی (ترجمه سید علی عباس نیای زارع). تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص ۵۵.

^۵ Frank, Das Strafgesetzbuch, 59, S. 185: Sauer, Allgemeine Strafrechtslehre 21, S143; Jescheck, 29, S. 205

^۶ - اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم، تهران: انتشارات میزان، ۱۳۹۳، ص ۱۸۸.

و مدنی می شوند (به استثنای ضرورت که تنها مسئولیت کیفری را سلب م نماید اما هیچ تاثیری بر مسئولیت مدنی ندارد). در واقع اسباب اباحه با زائل نمودن رکن قانونی جرم باعث اباحه عمل مرتکب می شوند. اما عوامل رافع مسئولیت کیفری چون مستقیماً در ارتباط با مجرم هستند، جنون، کودکی، اکراه، اجبار، مستی، خواب و بی هوشی و اشتباه همگی در ارتباط مستقیم با مجرم هستند) و ارتباط بین مجرم و عوامل رافع از حیث وضعیت روانی مجرم می باشد، به عبارت دیگر عوامل رافع مسئولیت کیفری باعث مخدوش شدن رکن روانی جرائم می گردند. رکن روانی خود شامل علم و آگاهی (که خود شامل علم به موضوع، اوصاف و احوال خاص و لازم برای رکن مادی جرم و نتیجه حاصل از جرم در مواردی که نیاز به نتیجه می باشد)، اراده و خواستن، (که اراده و خواستن خود شامل اراده در عمل و اراده در خواستن می باشد) و قصد (که خود حسب مورد در جرائم مختلف شامل قصد مستقیم، قصد غیر مستقیم با توجه به عمل ارتكابی و نتایج طبیعی حاصل از آن و قصد غیر مستقیم با توجه به موضوع ارتكابی جرم به عنوان مثال وضعیت بزه دیده در جنایات علیه شخصیت جسمانی اشخاص) می باشد. حال اشتباه موضوعی به عنوان یکی از عوامل رافع مسئولیت کیفری موثر در رکن روانی جرم می باشد. حال سوالی که در این مرحله مطرح می گردد این است که اشتباه در کدام جزء از رکن روانی موثر است که باعث سلب مسئولیت کیفری می گردد؟ در این مورد باید قائل به تفکیک شد، به عنوان مثال در جنایات علیه اشخاص اشتباه مربوطه به علم و آگاهی و امور زیر مجموعه آن مانند اشتباه در موضوع، مشمول جنایات شبه عمدی می باشد (بند ب ماه ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشباه در موضوع را شبه عمد دانسته است) و اگر اشتباه در رابطه با اراده و خواستن و همچنین اشتباه در رابطه با قصد باشد مشمول جنایات خطای محض می گردد (بند پ ماه ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشتباه در اراده و قصد را مشمول جنایات خطای محض دانسته است). شایان ذکر است که، اجزا رکن روانی در طول همدیگر نیستند بلکه در عرض همدیگر هستند، یعنی ممکن است شخصی اراده و قصد داشته باشد اما علم و آگاهی نداشته باشد و برعکس آن نیز حاکم است. اما در برخی اوقات شخص علم و آگاهی دارد، و با وجود علم و آگاهی عمداً مرتکب رفتاری می گردد اما قصد مجرمانه ندارد. اما همین علم و آگاهی، قصد نداشته مرتکب را پوشش می دهد. در این راستا تبصره ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ به خوبی به این موضوع اشاره نموده است و اشعار می دارد: در مورد بند های (الف) و (پ) هرگاه مرتکب آگاه و متوجه باشد که اقدام او نوعاً موجب جنایت بر دیگری می گردد، جنایت عمدی محسوب می شود.^۷ در این راستای تبصره صدرالذکر شرح اندیشمندان استاد اسر در مورد ماهیت و مفهوم عبارت متهم آگاه باشد که نتیجه مذکور در روال عادی حوادث رخ خواهد داد شایان نقل مفصل است:

از جمله "روال عادی حوادث" هر معنی که افاده شود، هدف از این عبارت با توجه به آگاهی از آن، شمول سوءنیت مستقیم درجه دوم بوده است که به نظر می رسد در آن مولفه شناختی قصد، در زمینه آگاهی یقینی مجرم از اینکه فعلش منجر به نتایج غیرقانونی می شود، اگرچه مطلوب او نیست، جایگزین عنصر ارادی قصد می شود، مانند مورد بمباران کردن یک ساختمان که اعضای یک گروه قومیتی تحت آزار و اذیت در آن سکنی گزیده اند که برخی از آنها قطعاً کشته خواهند شد، همراه با نتیجه اضافی غیرقابل اجتناب نابودسازی بخش هایی از این گروه. در این مثال، هرچند کارگذارنده بمب قصد کشتن کسی را نداشته باشد یا شخصاً مقاصد مافوق هایش را مبنی بر پاکسازی قومیتی تأیید نکند اگر عمل نسل کشی را عمدی فرض کنیم، می توان با استدلال اسنادی و نیز استدلال مبتنی بر ادله این نتیجه را تأیید کرد: با توجه به نسبت دادن نتایج به مسبب نتایج، مهم نیست که او آیا مستقیماً آنها را نشانه گرفته است یا اینکه در حین تعقیب یک هدف متفاوت، حاضر بوده نتیجه غیرقانونی به وقوع بپیوندد، یعنی از این کار برای رسیدن به هدف دیگری استفاده کرده است، مانند موردی که اولویت اول فرمانده نظامی نابود

^۷ ماده ۲۹۲- جنایت در موارد زیر خطای محض محسوب می شود:

الف- در حال خواب و بیهوشی و مانند آنها واقع شود.

ب- به وسیله صغیر و مجنون ارتکاب یابد.

پ- جنایتی که در آن مرتکب نه قصد جنایت بر مجنی علیه را داشته باشد و نه قصد ایراد فعل واقع شده بر او را، مانند آنکه تیری به قصد شکار رها کند و به فردی برخورد نماید.

تبصره- در مورد بندهای (الف) و (پ) هرگاه مرتکب آگاه و متوجه باشد که اقدام او نوعاً موجب جنایت بر دیگری می گردد، جنایت عمدی محسوب می شود.

کردن ساختمان‌ها به دلایل راهبردی می‌باشد در حالی که با قطعیت می‌داند که نمی‌توان بدون کشتن ساکنان بی‌گناه به هدف مزبور دست یافت. و می‌توان از دیدگاه ادله‌ای استدلال کرد که مجرم با انجام رفتار مجرمانه با وجود آگاهی به نتایج غیرقانونی، در واقع مایل به پذیرش آن نتایج بوده است. اتخاذ این موضع تا زمانی که مجرم، فرض می‌کند که نتایج غیرقانونی رخ خواهد داد، امکان‌پذیر است.^۸

با عنایت به مراتب یاد شده فوق و پیش بینی تبصره ماده ۲۹۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به عنوان یک نوع آوری جدید و انطباق آن رویه دادگاه‌های بین‌المللی و نظریات اساتید حقوق بین‌الملل کیفری برای حقوق کیفری ایران بسیار مطلوب می‌باشد. نتیجتاً "اشتباه موضوعی در حقوق کیفری ایران"، باعث مخدوش شدن رکن روانی جرم می‌گردد. و براساس آن مسئولیت کیفری سلب می‌گردد.

گفتار دوم: اشتباه حکمی در حقوق کیفری ایران

اشتباه در لغت به معنای پوشیده شدن، نهفته ماندن، مانند شدن، بازشناختن آمده است. اما در اصطلاح عبارتست از تصور خلاف واقع از یک واقعیت خارجی است که یا بصورت حکمی یا موضوعی می‌باشد.^۹ در اصطلاح، اشتباه در وجود قانونی که وجود ندارد، یا تفسیر نادرست از قانون موجود؛ قاعده جهل به قانون رافع مسئولیت نیست بر این امر حکومت دارد.^{۱۰} لازمه تحقق جرائم عمدی، وجود عمد و اراده مجرمانه و آگاهی مرتکب به غیرقانونی بودن عمل و نتایج حاصله از آن عمل می‌باشد، اما گاه اتفاق می‌افتد، که مجرم در غیرقانونی بودن عمل، یا تشخیص اوصاف مجرمانه دچار اشتباه می‌شود، اصولاً علم و آگاهی مرتکب به اعمال خویش و نتایج حاصل از آن اعمال یکی از پایه‌های اساسی تحقق جرم و توجه مسئولیت کیفری است، از این رو هرگاه کسی در شناختن اعمال ارتكابی و نتایج حاصل از آن دچار اشتباه شده باشد قاعدتاً نبایستی مسئول هم قلمداد گردد و یا حداقل بایستی در میزان مسئولیت وی تخفیفی به عمل آید از طرفی هدف همه در قوانین کیفری حفظ جان و مال مردم و حقوق آنان و حفظ نظم عمومی می‌باشد. لذا به این سادگی نمی‌توان نتایج حاصله از اشتباه را موجب عدم مسئولیت دانست.^{۱۱} اشتباه حکمی خود دارای صور مختلفی می‌باشد که مختصراً^{۱۲} در ذیل مورد بحث قرار می‌گیرند.

بند اول: اشتباه ناشی از جهل به قانون

طبق ماده ۱ قانون اصلاح موادی از قانون مدنی مصوب ۱۳۷۰/۸/۱۴ مقرر شده که مصوبات مجلس شورای اسلامی... این قوانین ۱۵ روز پس از انتشار در سراسر کشور لازم الاجرا می‌باشد مگر آنکه در خود قانون ترتیب خاصی برای به موقع اجرا گذاشتن مقرر شده باشد، بنابراین بعد از گذشت ۱۵ روز دیگر ادعای جهل و بی‌اطلاعی از قانون مسموع نخواهد بود چون نظم عمومی اقتضاء می‌کند، که اراده مقنن بر تمام مردم بطور یکسان حکومت کند. لذا جهل به حکم رفع تکلیف نمی‌کند.^{۱۳} قاعدتاً برای اینکه رکن روانی جرائم احراز شود باید عمداً مقررات قانونی نقض شود و این امر مستلزم آگاهی و علم به وجود مقررات قانونی و محدوده آن می‌باشد، ولی در عمل اگر بخواهیم به این قاعده عمل کنیم نتیجه آن خواهد شد که هر مجرمی پس از ارتکاب جرم مدعی جهل نسبت به قانون شود و مسئولین تعقیب مجبور می‌شوند که در هر مورد آگاهی مجرم را نسبت به قوانین جزائی به اثبات برسانند که در این صورت تحقق ارکان وقوع جرم و توجه آن به متهم، امری بسیار دشوار است، به همین جهت در قوانین موضوعه فرض قانونی غیرقابل تغییری تحت عنوان هیچ کس جاهل به قوانین نیست یا فرض آگاهی همگانی در قوانین وجود دارد.^{۱۴} در هیچ جای قانون استثنائی برای جهل و بی‌اطلاعی نسبت به قانون پیش بینی نشده است بنابراین هیچ

^۸. A Eser, 'Mental Elements: Mistake of Fact and Mistake of Law' in A Cassese, P Gaeta and JRWD Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002. P. 914-915.

^۹- شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی/ تهران، نشر دانش، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۴۹.

^{۱۰}- جعفری لنگرودی، محمد جعفر مبسوط در ترمینولوژی حقوق/ تهران، گنج‌دانش، ۱۳۷۸، چاپ اول، ج اول، ص ۳۹۱، شماره ۱۴۶۷ و شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی/ تهران، نشر دانش، ۱۳۸۰، چاپ اول، ص ۴۹.

^{۱۱}- محسنی، مرتضی دوره حقوق جزای عمومی/ تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵، چاپ اول، ج ۲، ص ۲۳۰.

^{۱۲}- شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی/ تهران، انتشارات ژوبین، ۱۳۷۸، چاپ نهم، ج ۲، ص ۱۰۸.

^{۱۳}- افراسیابی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی/ تهران، فردوسی، ۱۳۷۷، چاپ اول، ج ۲، ص ۱۵۲.

ایرانی و حتی اتباع بیگانه هم نمی‌تواند مدعی جهل به قانون گردد و به آن علت مدعی عدم مسئولیت گردند.^{۱۴} اما برای محدوده اجرای فرض علم و آگاهی از قوانین، دکتترین حقوق کیفری، دو راه حل ارائه کرده‌اند برخی پیشنهاد کرده‌اند که باید بینانواع مختلف جرائم ارتكابی فرق قائل شد که در واقع یک ضابطه عینی ارائه داده اند، و براساس این ضابطه، چنانچه اشتباه در مورد قوانینی باشد که جرایم طبیعی را مجازات می‌نماید، مانند قتل و سرقت، هرگز چنین اشتباهی رفع مسئولیت از مشتبه نمی‌نماید چون این اعمال دارای قبح اجتماعی و اخلاقی هستند و هیچ کس نمی‌تواند مدعی جهل به آنها شود اما اگر اشتباه در مورد جرایم وضعی یا قراردادی، مانند جرائم رایانه‌ای، باشد، می‌تواند رفع مسئولیت باشد.^{۱۵} در مقابل برخی معتقدند باید شخصیت و میزان آگاهی اجتماعی فردی که اشتباه کرده است را مد نظر قرار داد. که این امر یک ضابطه ذهنی است، براساس این نظریه ضابطه آگاهی نسبت به قانون، شخصیت و استعداد و میزان آگاهی اجتماعی فرد مشتبه می‌باشد این راه حل در واقع منتهی به جهل تقصیری و قصوری است که جهل وقتی تقصیری است که شخص می‌توانسته به قوانین دسترسی پیدا نماید ولی اهمال کرده و دنبال آن نرفته است. و جهل زمانی، قصوری، که شخص در شرایطی قرار داشته که دسترسی به قوانین نداشته و نمی‌توانسته از آنها مطلع گردد. جهل قصوری در صورت اثبات یا احراز توسط قاضی مسموع است.^{۱۶} در ماده ۱۵۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲^{۱۷} نیز سیاست تقنینی بدین ترتیب می‌باشد، که جهل قصوری را پذیرفته است اما جهل ناشی از تقصیر را مورد پذیرش قرار نداده است.

بند دوم: اشتباه ناشی از تفسیر قانون

گاهی اشتباه مربوط به، تفسیر قانون می‌باشد که شخص در مقام تفسیر دچار اشتباه می‌شودف به عنوان مثال؛ به موجب ماده ۲ قانون لزوم ارائه گواهی نامه پزشکی قبل از وقوع ازدواج مصوب ۱۳۱۷/۹/۱۳، کلیه دفاتر ازدواج مکلف هستند که گواهی پزشکی مبنیبر عدم وجود امراض مسریه را قبل از وقوع ازدواج از طرفین عقد مطالبه کندحالا سردفتری به تصور اینکه این قانون مخصوص زن و مرد ایرانی است و شاملخارجیان مقیم ایران نمی‌شود و در مورد ثبت ازدواج آنها این گواهی را نگیرد، حال تمسک به اشتباه در تفسیر ماده مذکور موجب رفع مسئولیت وی نشده و اقدام او تخلف از مقررات قانونی است پس اشتباه در ناحیه تفسیر از قانون مسموعخواهد بود.^{۱۸}

بند سوم: تحلیل و بررسی فرض علم و آگاهی بر امور حکمی

برای بررسی فرض علم و آگاهی لازم است به سه نکته توجه شود: الف- درعرصه حقوق کیفری، امور حکمی موضوع فرض علم و آگاهی دارای اقسام مختلفی است. نه تنها علم به مجرمانه بودن عمل، بلکه آگاهی به توصیف قانونی جرم و اطلاع از میزان مجازات قانونی آن، همگی مشمول فرض کلی اطلاع نسبت به قانون است. در صورتی که توصیف قانونی رفتار مجرمانه مبنی بر مقررات غیر کیفری مانند، مقررات مدنی یا اداری یا انضباطی و... باشد، علم به این مقررات نیز مشمول این فرض است؛ برای مثال درجرایم علیه اموال و مالکیت، هم فرض بر این است که متهم از مجرمانه بودن رفتار ممنوعه مثل کلاهبرداری، خیانت در امانت، سرقت، اختلاس و ... آگاه است و هم فرض بر این است که فاعل مقررات قانون مدنی، اداری و آیین نامه های اجرایی مرتبط را در این زمینه می‌داند. حقوقدانان به طورکلی در عالم حقوق، فرض علم و اطلاع نسبت به قانون را یک فرض مجعول و نه اماره قانونی می‌دانند. به عقیده آنان اینکه قانونگذار، پس از انتشار قانون و انقضا مدت معین، شهروندان را عالم به آن فرض می‌کند؛ ناشی از غلبه و این نکته نیست که افراد نوعاً از آن مطلع می‌شوند؛ نیست، بلکه فرض اطلاع از قانون مفروض قانونگذار است تا قانون نسبت به همگان یکسان اجرا شود^{۱۹}؛ ولی در حقوق کیفری، با توجه به

^{۱۴}- محسنی، مرتضی دوره حقوق جزای عمومی/ تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵، چاپ اول، ج ۲، ص ۲۳۱.

^{۱۵} - افراسیابی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی/ تهران، فردوسی، ۱۳۷۷، چاپ اول، ج ۲، ص ۱۵۳.

^{۱۶} - همان، ص ۱۵۴.

^{۱۷} - در ماده ۱۵۵ ق.م.ا مصوب ۱۳۹۲: جهل به حکم مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود.

^{۱۸} - شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی/ تهران، انتشارات ژوبین، ۱۳۷۸، چاپ پنجم، ج ۲، ص ۱۱۱ و نوریها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی/ تهران، نشر دادآفرین، ۱۳۸۰، چاپ پنجم، ص ۵۳۹ و محسنی، مرتضی دوره حقوق جزای عمومی/ تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵، چاپ اول، ج ۲، ص ۲۳۱.

^{۱۹} - کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، تهران، انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۱۴۶.

اهداف و ویژگی های آن و اینکه محکومیت و اعمال مجازات می‌بایست بر اساس شخصیت مجرم صورت گیرد، نمی‌توان فرض اطلاع نسبت به قانون را در همه موارد یک فرض معمول تلقی نمود. در برخی از کشورها عذر عدم اطلاع با شرایطی پذیرفته می‌شود. در ایران نیز علی‌رغم اینکه تا قبل از قانون مجازات اسلامی جدید، به جز در جرایم مستلزم حد، هیچ اشاره ای به قابل رد بودن این اماره نداشته و چنین فرض می‌شد که این اماره قطعی و غیر قابل رد است. برخی از حقوقدانان با تفاسیر و تحلیلهای مختلف سعی می‌نمودند آن را در عرصه حقوق کیفری تاحدودی قطعی و غیر قابل رد تلقی کنند.^{۲۰} به هر حال، قانونگذار ایرانی در ماده ۱۵۵ ق.م.ا. مصوب ۱۳۹۲ شاید تحت تاثیر همین افکار قطعیت مطلق این اماره را نقض نموده و حکم به غیر قطعی بودن آن در شرایطی خاص نمود. به موجب این ماده: «جهل به حکم مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد یا جهل به حکم شرعاً عذر محسوب شود» لذا، با توجه به اینکه قانونگذار جهل ناشی از عدم امکان تحصیل علم را منشا این فرض دانسته، مشخص است که از نظر او این فرض یک اماره قابل رد است نه یک فرض معمول. ج) در مواردی علم به امور حکمی مؤثر در حصول رکن معنوی و سوءنیت مجرم است. در این خصوص نیز در مقررات کیفری ایران تا قبل از تصویب قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ به جز در بخش جرایم مستلزم حد، هیچ اشاره‌ای نشده بود؛ در حالی که هم در مقررات کیفری برخی از کشورها به این نکته تصریح میشود، و هم در مقررات کیفری بین المللی. به موجب بند ۲ ماده ۳۲ اساسنامه دیوان کیفری بین المللی کیفری، اشتباه نسبت به امر حکمی در صورتی که موجب زوال رکن معنوی گردد، از موارد عدم مسئولیت کیفری است.^{۲۱}

منظور از امر حکمی در این موارد نفس قانون کیفری که به توصیف مجرمانه عمل یا تعیین مجازات می‌پردازد، نمی‌باشد، بلکه قوانین مدنی، اداری و... می‌باشد که توصیف رفتار مجرمانه مبتنی بر آنها است. مانند علم و اطلاع مجرم مالی به مقررات مدنی و اینکه نسبت به مال و دارایی موضوع جرم از نظر مقررات مربوطه حق ارتکاب چنین عملی را ندارد. با توجه به موارد مذکور و با عنایت به متن ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی، چنین می‌توان نتیجه گرفت که بر اساس مقررات کیفری ایران، عذر جهل به قانون دفاع محسوب نمی‌شود. مگر در این موارد؛ ۱- جهل به مقررات مدنی و اداری و سایر قوانین، زمانی که موجب زوال سوءنیت مجرمانه باشد؛ ۱) برای مثال در جرم خیانت در امانت زمانی که مرتکب به اعتقاد اینکه امانتگذار حقی به مال ندارد و مال متعلق به شخص دیگری یا خود امین می‌باشد، از استرداد آن خودداری می‌کند، سوءنیت لازم برای این بزه وجود ندارد. همچنین در موردی که یک مدیر دولتی با برداشتی اشتباه از مقررات دولتی و تفسیری غلط، بودجه‌ها هزینه کرده باشد سوءنیت لازم برای جرم تصرف غیر قانونی را نداشته است ۲- عدم امکان تحصیل علم، به موجب ماده مذکور، جهل به حکم مانع از مجازات مرتکب نیست مگر اینکه تحصیل علم عادتاً برای وی ممکن نباشد. در اینجا صرف جهل برای موثر بودن این دفاع کفایت نمی‌کند، بلکه مرتکب می‌بایست توانایی کسب اطلاع را نداشته باشد. در حقیقت منظور قانونگذار این است که مرتکب جاهل قاصر و نه جاهل مقصر باشد. در برخی از سیستم های حقوقی که اشتباه نسبت به قانون را دفاع محسوب می‌کنند، شرط موثر بودن آن را این نکته میدانند که اشتباه به نحو عینی و متعارف باشد.^{۲۲} قانونگذار ایران به جای اینکه از قید «بطور متعارف» یا «عرفاً» استفاده کند، قید عادتاً را آورده است. با بهکار بردن کلمه عادتاً معلوم نیست که ملاک قانونگذار برای تشخیص این امر ملاک عینی است یا معیار ذهنی و شخصی؛^{۲۳} کلمه «عادتاً» با توجه به معنای لغوی آن ناظر به تکرار رفتار فردی است؛ مگر اینکه منظور قانونگذار عادت افراد جامعه باشد، نه متهم خاص، که در این صورت عادتاً به همان معنای عرفاً است. ۳- در جرایم مستلزم حد: با توجه به مواد ۲۱۷ و ۲۱۸ ق.م.ا. در صورتی که مرتکب جرم حدی آگاه از حرمت عمل ارتكابی نباشد مسئولیتی ندارد. بر اساس ماده ۲۱۸ قانون مجازات اسلامی در جرایم موجب حد هرگاه متهم ادعای فقدان علم یا قصد یا وجود یکی از موانع مسئولیت کیفری را در زمان ارتکاب جرم نماید، در صورتی که احتمال صدق گفتار وی داده شود... ادعای مذکور بدون نیاز به بینه و سوگند پذیرفته می‌شود. نتیجه آنکه قانونگذار احتمال صدق گفتار را

^{۲۰} قیاسی، جلال‌الدین، ساریخانی، عادل و خسروشاهی، قدر تالله؛ حقوق جزای عمومی، ج ۲، چ ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸

^{۲۱} شریعت باقری، محمدجواد؛ اسناد دیوان کیفری بین المللی؛ چ ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۶

^{۲۲} M. Scheb, John; Criminal Law Second Edition; U.S.A: Wadsworth Publishing Co, 1999.

^{۲۳} طریحی نجفی، فخرالدین؛ مجمع البحرین؛ تهران: انتشارات کتابفروشی بوذرجمهری مصطفوی، ۱۳۷۹.

برای نقض فرض علم و آگاهی کافی دانسته است بنابراین اگر متهم ادعای عدم اطلاع از حرمت عمل را بنماید، فقط در صورتی که هیچگونه احتمالی بر صدق گفتار وی داده نشود، ادعای وی قابل پذیرش نمی‌باشد. نکته قابل توجه در اینجا، اینکه قانونگذار در جرایم مستلزم حد، جهل به حرمت را مانع محکومیت به مجازات حد می‌داند؛ ولی در جرایم دیگر، جهل به مجرمانه بودن عمل یا میزان مجازات را از موانع محکومیت به مجازات حدی نمی‌داند.^{۲۴}

ملاحظه شد که به طور کلی در حقوق کیفری، فرض علم و آگاهی، چه راجع به امور حکمی و چه راجع به امور موضوعی، با توجه به اهداف و ویژگیهای آن، نمی‌تواند قطعی و غیرقابل رد باشد. در منابع فقه جزایی نیز هر چند در مواردی فرض پیشین علم و آگاهی از جمله علم به احکام مقرر شده است، ولی این امر مانع از استماع ادعای عدم علم نیست. قانونگذار ایران نیز تحت تأثیر گرایشات جدید در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ فرض علم و آگاهی نسبت به قانون را به طور کلی نسبی و قابل رد دانسته و دامنه پذیرش خلاف این فرض را افزایش داده است. اکنون با توجه به ماده ۱۵۵ قانون مزبور و تنها تفسیری که می‌توان از بخش اخیر این ماده داشت، مواردی که فرض علم و اطلاع نسبت به قانون نقض می‌گردد و ادعای خلاف آن از متهم (جز در جرایم مستوجب حد) پذیرفته می‌شود؛ عبارتند از: ۱- در مواردی که علم به قانون غیر کیفری از شرایط رکن معنوی و سوءنیت جرم می‌باشد؛ مانند عدم اطلاع از مقررات قانون مدنی، در جرایمی نظیر جرایم مالی. ۲- در تمام مواردی که مرتکب نسبت به کسب علم و آگاهی از قانون قاصر باشد (تحصیل علم عاداتاً برای وی ممکن نباشد) ۳- در جرایم تعزیری که در منابع فقهی برای آنها مجازات خاصی تعیین شده یا حرمت آن اعلام شده است نیز همانند جرایم مستلزم حد، جهل به حکم مانع مجازات محسوب می‌شود. با توجه به متن ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی و تفسیری که از آن می‌توان ارائه داد؛ به نظر می‌رسد قانونگذار، در مواردی که جرم شناختن رفتار و تعیین مجازات از متون فقهی اقتباس نشده و بر اساس مصالح اجتماعی و حکومتی مجازات تعیین شده باشد، چنانچه جهل به قانون ناشی از تقصیر مرتکب باشد؛ در حکم علم به قانون فرض گردیده و این فرض قطعی و غیر قابل رد می‌باشد.

بند چهارم: جهل حکمی و اثر آن بر مسئولیت کیفری (در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲)

یکی از ارکان تشکیل دهنده جرم، عنصر روانی است و علم یا آگاهی در کنار قصد، ارکان تشکیل دهنده رکن روانی جرائم محسوب می‌شوند. علم یا آگاهی نیز ابعاد مختلفی دارد. از جمله علم موضوعی (علم به ماهیت رفتار ارتكابی و اجزاء تشکیل دهنده عملیات مادی) و علم حکمی، (علم به وصف مجرمانه رفتار ارتكابی). در مقابل علم، جهل قرار دارد. و جعل نیز بر دو قسم، حکمی و موضوعی تقسیم می‌گردد. جهل حکمی نیز خود دارای اقسامی به ترتیب ذیل می‌باشد. الف- جهل حکمی مستقیم: این نوع جهل مربوط به حالتی است که مرتکب نسبت به اصل حکم کیفری موجد جرم جاهل می‌باشد به عبارت دیگر هنگامی که یک قانون، بطور صریح و بدون ارجاع به قانون دیگر، رفتار فرد را جرم انگاری کرده، اما فرد نسبت به این حکم جاهل بوده و مرتکب آن رفتار مجرمانه شده است. ب- جهل حکمی غیر مستقیم: این نوع جهل مربوط به حالتی است که در یک حکم کیفری، بطور صریح یا ضمنی به حکم دیگری ارجاع داده شده و مرتکب نسبت به حکم اخیر جاهل است. که نوع جهل خود به دو نوع تقسیم می‌گردد. ۱- جهل حکمی غیر مستقیم غیر کیفری؛ این نوع جهل، مربوط به حالتی است که یک قانون کیفری بصورت صریح یا ضمنی، به قانون دیگری که غیر کیفری است ارجاع شده است و فرد در حالی مرتکب آن رفتار می‌شود که به آن قانون غیر کیفری جاهل است مثال شخصی می‌داند که ترک انفاق جرم است اما گمان می‌کند که نفقه منحصر به خوراک و پوشاک است و با این گمان نادرست فقط هزینه خوراک و پوشاک را وجه را تامین نماید اما ماده ۱۱۰۷ قانون مدنی هزینه بهداشتی و درمانی را نیز جزء نفقه می‌داند. ۲- جهل حکمی غیر مستقیم کیفری؛ این نوع جهل، مربوط به حالتی است که یک قانون کیفری بصورت صریح یا ضمنی، به قانون دیگری که کیفری است؛ ارجاع شده است و فرد در حالی مرتکب آن رفتار می‌شود که به آن قانون کیفری جاهل است. به عنوان مثال شخصی به وصف مجرمانه جرم تخریب آگاه است اما تصور می‌کند که اقدام تخریبی وی مشمول علت موجهه اضطرار است اما نمی‌داند که شرایط تحقق اضطرار، رعایت شرط تناسب است، در نتیجه

^{۲۴} خالقی، ابوالفتح و درودی، علی (۱۳۹۴)، فرض قانونی علم و اطلاع نسبت به امور حکمی، فصل نامه حقوق اسلامی، تهران، دوره دوازدهم، شماره جهل و شش، ص ۱۳-۱۴.

عمل وی که این شرط در آن رعایت نشده، مشمول این معافیت نیست. (۱۵۲ ق م ا) با توجه به این مراتب در تحلیل ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ می توان نتیجه گرفت که جهل حکمی مستقیم، هیچ تاثیری بر مسئولیت کیفری و مجازات ندارد اما جهل حکمی غیر مستقیم غیر کیفری، همواره باعث رفع مسئولیت کیفری است و جهل حکمی غیر مستقیم کیفری، اگرچه رافع مسئولیت کیفری نیست اما می تواند از کیفیات مخفیه مجازات محسوب شود.^{۲۵}

مبحث دوم: اشتباه در نظام حقوقی کامن لا با توجه به حقوق انگلستان

بطور کلی اشتباه موضوعی سبب می شود در متهم عنصر معنوی لازم برای جرمی که متوجه وی شده، شکل نگیرد، و زمینه ای برای معافیت از مسئولیت کیفری خواهد بود.

در حقوق انگلستان، تئوری کنونی عنصر معنوی، در قرن نوزدهم هنوز شکل نگرفته بود؛ بنابراین دادگاهها فرصت این را از دست دادند تا اظهار نظر کنند که اشتباه با عنصر تقصیر، ناسازگار است. دادگاهها اخیرا بطور کلی اشتباه را بیشتر با عنصر معنوی یکی می دانند.^{۲۶} در دعوی تالسون^{۲۷}، زمانی که متهم عملیات اجرائی جرم را انجام می دهد، مباشرت متهم بر این اساس محرز است، مگر اینکه از او اشتباه متعارفی سر زده باشد در غیر این صورت او مبنایی برای دفاع از خود ندارد. قاضی استفان^{۲۸} در آن پرونده و در تشریح اشتباه متعارف اظهار داشت که؛ می توان بعنوان قاعده ای کلی گفت که، اشتباه متعارف مربوط به حالتی است که فرض می شود متهم، طبق وضعیت موجود و با حسن نیت، فعل موسوم به جرم، را انجام داده، به گونه ای که هر شخص متعارف دیگری در آن حالت همان اقدام را انجام می داد.^{۲۹}

بنابراین مبنای دفاع در این دعوی، نه مساله عنصر معنوی، بلکه متعارف بودن عمل ارتكابی است. دادگاه به خانم تالسون، که متهم به جرم دوهمسری بود، امکان دفاع بر اساس اشتباه را داد، زیرا، زمانی که او برای بار دوم ازدواج می کرد اعتقاد داشت شوهرش مرده است و مهم تر از همه این بود که اعتقادش بر دلایل منطقی استوار بود، چون شوهرش به مدت هفت سال مفقودالثر بود. در واقع در این دعوا اشتباه معقول و متعارف مورد پذیرش قرار گرفت.

اصل حاکم بر اشتباه تا سال ۱۹۷۶ و دعوی دادستانی عمومی علیه مورگان^{۳۰} تغییر نکرد. مجلس اعیان حکم داد، اگر باوری اشتباه، ولی صادقانه و نه لزوما منطقی و متعارف وجود داشته باشد، می تواند مبنای دفاع قرار گیرد. لرد نیکولز^{۳۱} در ارتباط با این موضوع به شرح ذیل اظهار نظر نمود:

رویکرد باور اشتباه صادقانه بعنوان یک اصل باید مرجح دانسته شود. عنصر ذهنی تعریف شده برای جرم تا جایی به حالت ذهنی مربوط است که محدودیت هدف غایی بر اساس دلایل منطقی وجود نداشته باشد که در آن صورت عنصر ذهنی جابجا می شود.^{۳۲}

بنابراین تا این مرحله دو معیار اشتباه متعارف و منطقی و اشتباه صادقانه اگرچه منطقی و متعارف نباشد ذکر گردید، که مهمترین تفاوت کلی این دو، در ضابطه به کار گرفته شده در آنها می باشد. در واقع ضابطه حاکم با اشتباه متعارف یک ضابطه نوعی است، یعنی برای پذیرش آن باید به عامه مردم توجه نمود و رفتار اکثریت جامعه بصورت منطقی در برخورد با این امر را مورد توجه قرار داد، اما در اشتباه صادقانه، یک ضابطه شخصی حاکم است، یعنی شخص مرتکب در اعمال رفتار خود صادقانه و با حسن نیت بوده باشد اگرچه اکثریت جامعه در برخورد با این امر رفتاری خلاف آنچه مرتکب انجام داده باشد، انجام دهند. به هرحال مجلس اعیان قاعده دعوی تالسون را نسخ نکرد و تا به امروز این دو اصل تاحدی باهم یک همزیستی آشفته دارند. دادگاه

^{۲۵} - صبوری پور، مهدی، رفع مسئولیت کیفری بر اثر جهل حکمی، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱۳۹۴، بهار ۱۳۹۳، ۸۳

^{۲۶} Michael Jefferson, Criminal Law, 10th edn (Harlow: Pearson Education Limited, 2011) 311.

^{۲۷} R v Tolson [1886-90] All ER Rep 26.

^{۲۸} Estefan

^{۲۹} ibid, 37.

^{۳۰} DPP v Morgan, above (n 115) endorsed by B (A Minor) v DPP [2000] 4 LRC 405.

^{۳۱} Lord nekolze

^{۳۲} B (A Minor) v DPP, p 411.

تجدید نظر در دعوی کیمبر^{۳۳} رای داد که، اصل مستخرج از دعوی مورگان آنطور که قبلا فکر می‌کردند، محدود به جرم تجاوز به عنف نیست، و حال مورد پذیرش قرار گرفته که اصل مذکور در تمامی جرایم مستلزم عنصر معنوی اعمال می‌شود، در حالی که اصل مستخرج از دعوی تالسون اگر نگوییم فقط محدود به جرم دوشوهری است (مضیق)، می‌تواند، فقط در مورد جرایم ناشی از تقصیر اعمال شود (موسع)^{۳۴}.

در هر حال، قانون جرایم جنسی مصوب ۲۰۰۳ که مقرر می‌دارد: شخص، زمانی مرتکب جرم وادار نمودن دیگری به فعالیت جنسی بدون رضایت محسوب می‌شود که: مرتکب عمدا دیگری (شخص دوم) را وادار به انجام فعالیتی کند، و موضوع آن فعالیت مذکور جنسی است و شخص وادار شده راضی به انجام آن فعالیت نیست، اما وادار کننده اعتقاد دارد که، وادار شونده راضی است ولی اعتقاد او متعارف و منطقی نیست^{۳۵}.

طبق قانون^{۳۶} اینک اعتباری متعارف است یا خیر، باید با توجه به تمام شرایط در نظر گرفته شود، از جمله همه اقداماتی که وادار کننده انجام داده تا معلوم شود وادار شونده راضی است یا خیر^{۳۷}. این قانون به وضوح اصل مستخرج از دعوی مورگان (معیار اشتباه صادقانه) را هر چند فقط در زمینه جرایم جنسی نسخ می‌کند. اما معیار حاکم بر مورگان در جاهای دیگر به اعتبار خود باقی است.

در کانادا نیز قانون به همین منوال است، یعنی استناد به اشتباه موضوعی با مبنایی ذهنی و شخصی سنجیده می‌شود. این بدان معنا است، که متهم با توجه به اعتقاد اشتباه نسبت به موضوعات، نمی‌توانسته قصد ذهنی بمنظور ارتکاب جرم داشته باشد. اعتقاد اشتباه لزومی ندارد که متعارف باشد، بلکه صرفا باید صادقانه باشد^{۳۷}. با این اوصاف، متعارف بودن اشتباه یک عامل مهم موضوعی برای ملاحظه‌ی هیأت منصفه است چرا که این هیأت منصفه است که باید ادعای اشتباه در موضوع را باور کند^{۳۸}. قاضی دیکسون^{۳۹} در نظریه مخالف خود در دعوی پاپاجان^{۴۰} علیه دولت، اظهار نمود. «ادعای متهم را مبنی بر اینکه اشتباه نموده، نباید باور کرد مگر آنکه متعارف بودن آن برای هیأت منصفه احراز شود. هیأت منصفه باید تمام دلایل موجود مبنی بر متعارف بودن یا تمام دلایلی که ادعای وجود آن می‌شود را در نظر گیرد تا بتواند بر امکان دفاع مستند به اشتباه صحه بگذارد. گرچه وجود "دلایل منطقی" [مؤید اشتباه] پیش شرط دسترسی به دفاعیه مبنی بر اعتقاد اشتباه نسبت به رضایت قربانی نیست، ولی دلایل مذکور تعیین می‌کند تا چه حد برای دفاعیه ارزش قائل می‌شوند. منطقی بودن یا نبودن اعتقاد متهم صرفا دلیلی له یا علیه این مساله است که آیا اعتقاد و بنا بر آن، قصد واقعا وجود داشت یا خیر^{۴۱}.

او همچنین در زمینه تجاوز به عنف، که جرمی است مستلزم اثبات وجود عنصر معنوی از سوی متهم، با توجه به متعارف بودن اشتباه موضوعی بدین شرح اظهار نظر نمود؛ «مشخص نیست شخص چگونه می‌تواند متعارف بودن را (که عنصری موجود در جرایم ناشی از تقصیر است) به تجاوز به عنف ("که جرمی واقعی است" نه جرمی ناشی از تقصیر) ارتباط دهد. بنظر من برای اینکه شخصی بتواند این موارد را به هم ربط دهد، باید این دیدگاه را داشته باشد که عنصر معنوی فقط در زمینه وطی به شبه اعمال می‌شود نه در زمینه عدم رضایت [قربانی]، و فقط در صورتی حکم به تبرئه داده می‌شود که اشتباه، منطقی و متعارف باشد. مطابق قوانین، این گزاره که در تجاوز به عنف، قصد صرفا نه فقط انجام وطی بلکه مقاربت با زنی است که به این کار راضی نیست، گزاره درستی نیست. اگر هیأت منصفه، اشتباه را چه متعارف باشد چه نباشد، احراز کند پس محکومیتی در کار نیست. اگر با توجه به تمامی سوابق پرونده مدرکی دال بر اشتباه وجود داشته باشد که باعث تردید منطقی به وجود قصد مجرمانه شود، پس دادستان به درستی پرونده را تنظیم نموده است»^{۴۲}.

³³R v Kimber [1983] 1 WLR 1118.

³⁴Jefferson, p 312-15.

³⁵Sexual Offences Act 2003

³⁶ibid.

³⁷Pappajohn v The Queen [1980] 2 Can SCR 120.

³⁸ibid, 156.

³⁹Dekson

⁴⁰Pappajohn v

⁴¹ibid, 158.

⁴²ibid, 146.

اشتباه موضوعی، حتی اگر صادقانه باشد، در موارد نابینایی ارادی نمی تواند مبنای دفاع قرار گیرد چرا که در نابینایی ارادی، فرض می کنیم شخص علم دارد. نمایی از این مساله در دعوی سانسرگرت نشان داده شد که دعوی در مورد تجاوز به عنف بود و در بالا ذکر شد. قاضی محکمه در آن دعوی به این نتیجه رسید که متهم صادقانه باور داشته که قربانی، بصورت اختیاری و واقعی راضی به وطی بوده است و قاضی دفاعیه اشتباه موضوعی را اعمال کرد. هر چند هنگامی که دعوی به دیوان عالی کانادا رسید مشخص شد که:

مبادرت به وطی در چنین شرایطی و آنهم بدون تحقیق بیشتر منجر به خودفریبی تا حد نابینایی ارادی می شود. در فرضی که متهم عمداً در نتیجه چشم فرو بستن بر واقعیت خود را به تجاهر می زند، قانون فرض را بر علم می گذارد - در این دعوی علم به ماهیت اجباری رضایت. بنابراین جایی برای اعمال استناد به دفاع باقی نمی ماند.^{۴۳}

در نظام های کامن لا، تا جایی که به اشتباه حکمی مربوط است، جهل به قانون یا اشتباه نسبت به قانون، مبنای دفاع نیست، گرچه می تواند در ارتباط با مجازات تعیین شده، عاملی مخففه باشد. در ویرایش جدید کتاب اسمیت و هوگان آمده: "اشتباه نسبت به قوانین جزایی عموماً اسباب رافع مسئولیت کیفری محسوب نمی شود، چون معمولاً علم به اینکه فعلی توسط قانون ممنوع شده، بخشی از عنصر معنوی نیست"^{۴۴}.

مبحث سوم: اشتباه در قلمرو حقوق کیفری آلمان

بطور کلی قانون مجازات آلمان بین دو نوع اشتباه تفکیک قائل می شود: یعنی اشتباه موضوعی در ارتباط با عناصر جرم (ماده ۱۶ قانون مجازات آلمان^{۴۵}) و اشتباه حکمی در ارتباط با غیرقانونی بودن فعل (ماده ۱۷)^{۴۶}. اولی تا جایی که با عناصر قانونی جرم مورد نظر مطابقت داشته باشد، صرف نظر از اینکه اشتباهی متعارف است یا خیر، قصد کیفری را زائل می کند، در حالی که دومی (اشتباه حکمی) اینگونه نیست^{۴۷}. هر چند اشتباه حکمی ممکن است اسباب زوال مسئولیت را فراهم کند. این یعنی حقوق کیفری آلمان از اصل "جهل به قانون رافع مسئولیت نیست" پیروی نمی کند که اصل مذکور بطور گسترده در کشورهای مبتنی بر کامن لا به رسمیت شناخته شده است. بنابراین باید به دقت بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی تفکیک قائل شد. در واقع اشتباه موضوعی، عنصر شناختی که همان علم و آگاهی، و به عنوان یک جزء از رکن روانی می باشد را مخدوش و بر این اساس مسئولیت کیفری سلب می گردد. اما در اشتباه حکمی، اثری بر عناصر تشکیل دهنده جرم بار نمی شود.

بند اول: تمایز اصلی بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی

همانطور که در بالا ذکر شد اصل اولیه در حقوق کیفری آلمان در زمینه برخورد با اشتباهات، تفکیک صریح بین اشتباه موضوعی، که قصد متهم را زائل می کند، و اشتباه حکمی است، که قصد را زائل نمی کند. ولی با مسئولیت کیفری (قابلیت

^{۴۳}Sansregret v The Queen, p 3.

^{۴۴}Smith and Hogan, Criminal Law, 11th edn, p 294; See also Card, p 118-22.

^{۴۵}- هر کس هنگام ارتکاب جرم کیفری، نسبت به اوضاع و احوالی که بخشی از عناصر مادی جرم است، آگاهی نداشته باشد، عمل او عامدانه نیست. این امر بر مسئولیت کیفری ناشی از اقدام سهل انگارانه تاثیری ندارد.

^{۴۶}Thus, the German Criminal Code explicitly departs from what is referred to in the German literature as the theory of intent (Vorsatztheorie). This theory proposes to treat knowledge of unlawfulness and knowledge of other elements of a crime equally (eg, factual elements) 'equal treatment doctrine'. Most notably this theory was overruled by § 17 StGB. For further details on the Vorsatztheorie and the 'equal treatment doctrine' see Gunther Arzt, 'The Problem of Mistake of Law' [1986] Brigham Young University Law Review 711, 714-16. There is a third kind of mistake which is not explicitly mentioned in the German Criminal Code but highly controversial. It is known as 'mistake of fact relating to the elements of a ground of legal justification' (Erlaubnistatbestandsirrtum). In common law systems, mistake of fact is recognised as a defence. Where the law requires intention or recklessness with respect to some element in the actus reus, a mistake, whether reasonable or not, will negate the mens rea and therefore will be considered as an excuse. Where the law requires only negligence, then only a reasonable mistake can afford a defence since an unreasonable mistake is itself a negligent act.

^{۴۷}Gunther Arzt, 'Ignorance or Mistake of Law' (1976) 24 The American Journal of Comparative Law 646, 649.

مجازات) ارتباط پیدا می‌کند.^{۴۸} اشتباه موضوعی در صورتی واقع می‌شود که متهم، شخصی یا چیزی را با دیگری اشتباه می‌گیرد یا اینکه در مورد اوضاع و احوال اشتباه می‌کند، حال آنکه در مورد اشتباه حکمی متهم کاملاً از اوضاع و احوال و رفتار آگاهی دارد. در اشتباه حکمی متهم باور دارد که رفتار جرمی را تشکیل نمی‌دهد، و فعل در اوضاع و احوال معین جرم محسوب نمی‌شود یا اینکه جرم (فعل انجام شده) تحت حکومت قوانین جزایی قرار نمی‌گیرد. این یعنی متهم در مورد وجود عنصری کاملاً عینی در ارتباط با جرم مورد نظر دچار اشتباه نشده است. به عبارت دیگر اشتباه حکمی در موقعیت‌هایی رخ می‌دهد که متهم، گرچه از تمام جزئیات مربوط به جرم آگاه است، باز با این فرض اشتباه عمل می‌کند که عملش قانونی است.^{۴۹} این اشتباه نمی‌تواند قصد را زائل کند چون متهم نسبت به تمام عناصر عینی جرم عالماً و عامداً عمل می‌کند؛ گرچه ممکن است بر مسئولیت و مجرمیت متهم به شیوه‌ای متمایز تاثیر بگذارد. اگر اشتباه قابل اجتناب بوده، ممکن است در جرم تخفیف داده شود، حال آنکه اگر اشتباه غیرقابل اجتناب بوده، مسئولیت متهم با این اثر که محکوم نخواهد شد، کاملاً زائل می‌شود.^{۵۰}

بند دوم: اشتباه موضوعی در حقوق کیفری آلمان

اشتباه موضوعی زائل‌کننده قصد، در صورتی محقق می‌شود که مجرم نسبت به عنصر مادی جرم کیفری مربوطه علم ندارد. این مساله در بند ۱ ماده ۱۶ قانون مجازات آلمان بدین شرح مطرح شده است: «هرکس هنگام ارتکاب جرم کیفری، نسبت به اوضاع و احوالی که بخشی از عناصر مادی جرم است، آگاهی نداشته باشد، عمل او عامدانه نیست. این امر بر مسئولیت کیفری ناشی از اقدام سهل‌انگارانه تاثیری ندارد».

علم به اوضاع که در ماده ۱۶ قانون مذکور به کار رفته به این معنی است که مجرم نسبت به حداقل یکی از عناصر عینی جرم آگاهی نداشته باشد. لازم است متهم حتی امکان این را که یک عنصر عینی بتواند وجود داشته باشد را در نظر نگیرد. مثال فرضی ذیل گویا است: متهم به فرض اینکه به کلاهی شلیک می‌کند، شخصی را می‌کشد. در این دعوا متهم بخاطر قتل عمد، مسئولیت کیفری بر او بار نمی‌شود. هرچند اگر متهم ریسک این را که کلاخ ممکن است انسان بوده در نظر گرفته باشد، در این صورت او بخاطر قصد کشتن در قالب سوءنیت احتمالی، مسئول است. فقط جهل کامل نسبت به یک یا چند عنصر مادی جرم مربوطه را می‌توان اشتباه موضوعی فرض نمود.

نکته مهمی که باید اشاره شود این است که حقوق کیفری آلمان در زمینه عناصر مادی، دو ماهیت متمایز را به رسمیت می‌شناسد، یعنی عنصر توصیفی و عنصر هنجاری.^{۵۱} عناصر توصیفی قانونی مربوط به جرم، امور یا وقایعی را توصیف می‌کند که توسط حواس انسان قابل درک است. در دعوی پیش گفته، مجرم باید آشکارا بداند که پیکری که سمت آن شلیک می‌کند کلاخ نیست بلکه انسان است. برعکس عناصر هنجاری به عبارتی اشاره دارد که نمی‌توان با حواس درک کرد بلکه باید از لحاظ حقوقی ارزیابی شود، مثلاً عبارت اموال شخص ثالث در دعوی سرقت. در این مورد عناصر هنجاری، صرف علم واقعی کفایت نمی‌کند.^{۵۲} بلکه متهم باید به درستی اهمیت اجتماعی و حقوقی عنصر مادی را حداقل به عنوان یک انسان متعارف تشخیص دهد؛ یعنی اصطلاحاً "ارزیابی مشابه در محیط زندگی شخصی عامی"^{۵۳}. براین اساس لزومی ندارد مجرم وارد بحث‌های تحلیلی پیچیده حقوقی شود، بلکه باید عنصر قانونی را از نقطه نظر یک شخص عامی درک کند.^{۵۴}

یک مثال رایج "زیرفنجانی نوشیدنی" است - تعداد نوشیدنی‌هایی که در مکان مصرف می‌شود با شمارش نشانه‌های باقی مانده، از زیرفنجانی‌ها می‌توان تعیین کرد. پس اگر زیر فنجانی را سند در نظر بگیریم، دستکاری زیرفنجانی می‌تواند منجر به

⁴⁸Arzt, 'The Problem of Mistake of Law', 714, fn 8.

⁴⁹Matthias Neuner, 'General Principles of International Criminal Law in Germany' in Matthias Neuner (ed), National Legislation Incorporating International Crimes (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003) 105, 120.

⁵⁰ibid.

⁵¹Krey and Esser, p 169.

⁵²Albin Eser, 'Mental Elements - Mistake of Fact and Mistake of Law' in Antonio Cassese et al (eds), The Rome Statute of the International Criminal Court: A Commentary, vol 1 (Oxford: Oxford University Press, 2002) 889, 921.

⁵³ BGH (Federal Supreme Court of Justice) BGHSt 3, 248, 255. See Krey and Esser, 167, 132.

⁵⁴BGHSt 3, 248 (255); 4, 347 (352); Jescheck and Weigend, p 295; Sternberg-Lieben in Schönke and Schröder (eds), Strafgesetzbuch Kommentar, p 337.

ارتکاب جرم جعل اسناد شود. گرچه تعریف دقیق حقوقی عنصر قانونی "سند" ممکن است برای مصرف کنندگان عادی نوشیدنی ناشناخته باشد، قانون فرض را بر این می‌گذارد که شخص عادی هنگام پرداخت می‌تواند مفهوم اجتماعی و حقوقی زیرفنجانی نوشیدنی را به عنوان مدرک اقلام مصرف شده دریابد. به علت "ارزیابی مشابه در محیط زندگی شخص متعارف" ممکن است فرض کنند جاعل در ارتباط با عناصر جرم جعل اسناد قصد داشته است. برای اینکه مبحث بیشتر باز شود باید گفت با اشتباه در مورد عناصر هنجاری جرم که مستلزم ارزیابی حقوقی است (حداقل به عنوان شخصی عادی) مانند اشتباه موضوعی برخورد می‌شود.^{۵۵}

به یک نتیجه مهم در مورد اشتباه موضوعی حتماً باید اشاره شود: از آنجا که اشتباه موضوعی، قصد را زائل می‌کند، متهم را نمی‌توان به هیچ جرم عمدی محکوم کرد. هرچند همانطور که قانون صریحاً بیان داشته، مسئولیت رفتار ناشی از تقصیر به قوت خود باقی است. بنابراین متهمی که با اعتقاد تیراندازی به یک حیوان در واقع به انسان شلیک می‌کند را نمی‌توان بخاطر کشتن عمدی آن شخص مسئول دانست، ولی بخاطر قتل مقرون به تقصیر، (قتل غیرعمد) مسئولیت کیفری خواهد داشت. در حقوق کیفری ایران نیز در بند (ب) ماه ۲۹۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ اشتباه در موضوع مشابه را جنایت شبه عمد دانسته است.^{۵۶} در واقع حقوق کیفری آلمان رویه مشابه با حقوق کیفری ایران در برخورد با اشتباه موضوعی دارد. برخلاف حقوق کیفری انگلستان که صرف نظر از نوع اشتباه، از معیارهای متعارف و منطقی بودن اشتباه و معیار اشتباه صادقانه استفاده می‌نماید.

بند سوم: اشتباه حکمی در حقوق کیفری آلمان

همانطور که در بالا ذکر شد حقوق کیفری آلمان از اصل جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، پیروی نمی‌کند. یعنی در حقوق کیفری آلمان اشتباه حکمی می‌تواند مسئولیت کیفری را زائل کند. این امر صریحاً در ماده ۱۷ قانون مجازات آلمان پیش‌بینی شده است، ماده‌ای که به اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی می‌پردازد. اگر مجرم درباره غیرقانونی بودن فعل‌اش اشتباه کرده باشد، ممکن است از مسئولیت کیفری رهایی یابد. هرچند شرایط قانونی ماده ۱۷ بایستی تحقق یافته باشد خصوصاً آن امر که اشتباه باید "غیرقابل اجتناب" بوده باشد.

باید به این نکته اشاره شود که به علت حد نصاب بالای غیرقابل اجتناب بودن (اکثر اشتباهات قابل اجتناب هستند) در عمل اشتباه حکمی به ندرت به وقوع می‌پیوندد. دلیل این امر آن است که همه باید از قانون و جرایم کیفری که در قانون مجازات پیش‌بینی شده آگاهی داشته باشند.

۳-۱. اشتباه نسبت به منع قانونی

اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی بر قصد تأثیری ندارد، ولی می‌تواند مسئولیت ناشی از تقصیر را زائل کند. این امر در ماده ۱۷ قانون مجازات آلمان تصریح شده است و عنوان آن "اشتباه نسبت به ممنوعیت" می‌باشد. بدین شرح مقرر می‌دارد؛ اگر مجرم هنگام ارتکاب جرم از غیرقانونی بودن رفتار آگاه نباشد، عنوان مجرمانه رفتار زائل می‌شود به شرط اینکه ثابت کند نمی‌توانسته از آن اشتباهش اجتناب کند. اگر ثابت شود که می‌توانسته از آن اشتباه اجتناب کند، ممکن است طبق بند ۱ ماده ۴۹ در مجازات او تخفیف داده شود.

بنابراین اشتباه نسبت به ممنوعیت در صورتی واقع می‌شود که متهم اعتقاد داشته باشد که مطابق قانون عمل می‌کند، و مرتکب هیچگونه تخطی نشده است. در این مورد مجرم نسبت به عملش آگاهی دارد؛ او در مورد رفتار انجام گرفته‌اش دچار اشتباه نشده است؛ به هر حال او در مورد قانونی بودن رفتار قانع شده است.^{۵۷}

^{۵۵}Arzt, 'The Problem of Mistake of Law', p 716.

^{۵۶}- ماده ۲۹۱- جنایت در موارد زیر شبه عمدی محسوب می‌شود:

ب- هرگاه مرتکب، جهل به موضوع داشته باشد مانند آنکه جنایتی را با اعتقاد به اینکه موضوع رفتار وی شیء یا حیوان و یا افراد مشمول ماده (۳۰۲) این قانون است به مجنی علیه وارد کند، سپس خلاف آن معلوم گردد.

^{۵۷}BGHSt GrS (Great Senate) 2, 194 (197).

شایان ذکر است که حقوق کیفری آلمان بین دو نوع متفاوت از اشتباه نسبت به ممنوعیت، تفکیک قائل می‌شود یعنی (۱) اشتباه مستقیم نسبت به ممنوعیت؛ و (۲) اشتباه غیرمستقیم نسبت به ممنوعیت^{۵۸}. حالت اول موقعیتی را شرح می‌دهد که مجرم یا نسبت به مقررات قانون جزا که فعل را ممنوع اعلام نموده آگاهی ندارد یا اینکه در مورد مقررات قانون جزا دچار سوء تعبیر می‌شود و براین اساس اعتقاد دارد که آن مقررات اعمال نمی‌شود^{۵۹}.

"اشتباه غیرمستقیم نسبت به ممنوعیت" در فرضی صورت می‌پذیرد که مجرم به اشتباه اعتقاد دارد که رفتارش طبق مقررات قانونی خاص، توجیه‌پذیر است (مثلا دفاع مشروع). در این مورد یا متهم مقررات قانونی زائل‌کننده مسئولیت را مفروض می‌گیرد که آن مقررات در واقع وجود ندارد و توسط قوانین کیفری پیش‌بینی نشده یا اینکه او در مورد اسباب زوال مسئولیت دچار سوء تعبیر می‌شود بدین ترتیب که آن اسباب وجود دارد ولی نسبت به آن موقعیت اعمال نمی‌شود.

۲-۳. قابلیت اجتناب از اشتباه نسبت به ممنوعیت

طبق ماده ۱۷ قانون مجازات آلمان، ضروری است که نتوان از اشتباه نسبت به ممنوعیت اجتناب کرد. بنابراین باید قابلیت اجتناب در اشتباهات نسبت به ممنوعیت بیشتر مورد بررسی قرار گیرد. قانون بر این فرض اجرا می‌شود که اگر متهم نتواند از اشتباه نسبت به ممنوعیت اجتناب کند، پس متهم را نمی‌توان بخاطر رفتاری که اعتقاد داشته قانونی است سرزنش نمود. از آنجا که قابلیت سرزنش، مسأله‌ای مربوط به "مرحله سوم" در ساختار سه‌گانه جرم در حقوق کیفری آلمان است، اشتباه غیرقابل-اجتناب نسبت به ممنوعیت، مسئولیت را زائل می‌کند. برعکس اگر مجرم می‌توانسته از اشتباه نسبت به ممنوعیت اجتناب کند، باید او را بخاطر رفتار غیرقانونی‌اش مقصر دانست. بنابراین در حالت پیشین طبق ماده ۱۷ قانون مجازات آلمان، مسئولیت زائل نمی‌شود. گرچه تخفیف مجازات ممکن است. مجازات به این دلیل تخفیف می‌یابد، که گرچه متهم علیرغم قابل اجتناب بودن عقیده اشتباهش مغایر با قانون عمل کرده، ولی حداقل آگاهانه قانون را نقض ننموده است. بنابراین در برخی موارد میتوان برای این موضوع که متهم عقیده داشته که مطابق قانون عمل می‌کند، اهمیت قائل شد و این مسأله را توجیه نمود.

بنابراین اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی می‌توان در دو دسته مختلف طبقه‌بندی کرد بدین ترتیب: اشتباهات قابل اجتناب و اشتباهات غیرقابل اجتناب. این نکته‌ای قابل توجه است که دادگاه‌های آلمان ضابطه‌ای بسیار سختگیرانه و دقیق در زمینه احراز اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی اعمال می‌کنند. دیوان عالی عدالت در دعوایی حکم داد که هر شخص باید بررسی کند آیا رفتارش با الزامات قانونی همخوانی دارد یا خیر. دادگاه پیش‌تر رفت و اظهار نمود که شخص باید وجدانش را بکار بیندازد. در موقعیت‌هایی که نسبت به قانونی بودن امری، تردید وجود دارد، بر عهده هر شخصی است که در مورد قانونی یا غیرقانونی بودن تحقیق و پرس و جو کند. این گفته متضمن این است که شخصی که با قانون آشنا نیست باید بدنبال مشاوره حقوقی باشد؛ کافی نیست که شخص بر تفسیر مشکوک خود از قانون تکیه کند^{۶۰}. هرچند مشاوره حقوقی اشتباه، مجرم را از مسئولیت مبرا نمی‌کند؛ مشاوره اشتباه حقوقی فقط در صورتی بر تبرئه شدن تاثیر دارد که مشاور قابل اتکا بوده و می‌توانسته ارائه مشاوره حقوقی بیطرفانه و از روی مسئولیت‌پذیری را تضمین کند^{۶۱}.

به علت ضابطه سختگیرانه و دقیقی که دادگاه‌ها اعمال می‌کنند، اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی در اکثریت دعاوی، قابل اجتناب است. دلیل این مسأله آن است که در اکثریت دعاوی متهم می‌توانسته به منظور ارتقای آگاهی حقوقی خود با یک کارشناس حقوقی مشاوره کند^{۶۲}. به علاوه به تازگی حکمی صادر شده مبنی بر اینکه، اشتباه حکمی فقط در صورتی غیرقابل اجتناب است که تا زمانی که مسأله حقوقی توسط دادگاه روشن نشود، خودداری از رفتار احتمالا ممنوعه توسط مظنون، متعارف نباشد. یعنی تا دادگاه غیرمتعارف بودن رفتار را اعلام نکند، اصل بر متعارف بودن آن است^{۶۳}. بنابراین مفاد ماده ۱۷ به عنوان سبب زوال مسئولیت، عملا به سختی و ندرت رخ می‌دهد.

⁵⁸Jescheck and Weigend, above (n 19) 456; Wessels and Beulke, above (n 13) 168.

⁵⁹Schumann, 'Criminal Law' in Ebke and Finkin (eds), Introduction to German Law, 395-96.

⁶⁰BGH 5, 111 (284); 21, 18.

⁶¹BGH 20, 342 (372); 40, 257 (264).

⁶²Ebke and Finkin, Introduction to German Law, 396.

⁶³OLG Stuttgart, NJW 2008, 243, 245; OLG Frankfurt, NJW 2011, 398, 403.

قابل توجه است که دیوان عالی عدالت در دعوی مربوط به حقوق کیفری بین‌الملل، در مورد مفهوم اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی، حکم صادر نموده است.^{۶۴} در یکی از این دعاوی، دادگاه گشت‌های نظامی مرز آلمان شرقی را بخاطر کشتن افراد غیرنظامی که از مرز آلمان شرقی به آلمان غربی فرار می‌کردند محکوم کرد. دادگاه این ادعای نگهبانان مرزی که باور به قانونی بودن دستور تیراندازی غیرقابل اجتناب بوده است را نپذیرفت. دادگاه بر این عقیده بود که لزومی ندارد از این چنین دستورات مبنی بر کشتن که بر جان انسان به عنوان بالاترین منفعت قانونی تاثیر می‌گذارد و مغایر با انسانیت است تبعیت کرد. دادگاه اعلام کرد این موضوع که نگهبانان مرزی طبق دستور تیراندازی عمل کرده‌اند، حالتی قابل اجتناب از اشتباه نسبت به ممنوعیت قانونی است.^{۶۵} گرچه در دعوی دوم دادگاه، مقامات آلمان شرقی را که به تروریست‌های آلمان غربی پناه دائمی در آلمان شرقی سابق داده بودند، تبرئه نمود. دادگاه در رای خود اعلام کرد که نمی‌توان این مساله را از نظر دور داشت که مقامات آلمان شرقی در حالتی از اشتباه غیرقابل اجتناب نسبت به قانون عمل نموده‌اند و علت آن موقعیت پیچیده حقوقی است که تحت حکومت اصول به ندرت ترسیم شده حقوق بین‌الملل قرار دارد.^{۶۶} علت غیرقابل اجتناب فرض نمودن اشتباه در مثال پیشین این بود که قضات نمی‌توانستند مقامات دولتی آلمان شرقی را ملزم به آگاهی از قوانین مغایر عدالت در آلمان غربی بدانند. آراء نقل شده در بالا نشان می‌دهند که نظام حقوقی آلمان به تبعیت از رویکردی متفاوت نسبت به اشتباه حکمی در حفظ اصل جرم ادامه می‌دهد.^{۶۷}

مبحث چهارم - اشتباه حکمی و موضوعی در اساسنامه رم

جامعه بین‌المللی، از نظر ساختاری و کلاسیک، به علت فقدان تمرکز و بهرمندی از قوه‌عالی قانونگذاری، اصولاً "جامعه‌ای غیر نهادین تلقی می‌شود که در چارچوب آن، حقوق بین‌الملل مشتمل بر قواعد و مقرراتی است که تابعان نظام بین‌الملل خود آن را ایجاد و به آن گردن می‌نهند. در این عرصه قواعد عرفی، به خاطر دارا بودن ویژگی‌های، چون پویایی و انطباق پذیری سریع با تحولات روز، دارا بودن قابلیت جایگزینی و این شکل‌گیری، تحول و تکاملشان تابع کنش و واکنش تابعان اصلی روابط بین‌الملل است، صرفنظر از هرگونه نیاز به وجود قدرت عالی یا تشریفات خاص، از منزلتی متمایز و برتر برخوردارند. در این بین فرایند شکل‌گیری این قواعد از جمله مسائلی قلمداد می‌شود که پیرامون آن همواره گسترده‌ترین مجادلات نظری مطرح بوده است. قالب مبهم و چارچوب نامشخص حاکم بر فرایند مذکور در عین اینکه چالشی همیشگی میان حقوقدانان تلقی می‌گردد، سبب بروز اختلافات گسترده نیز در نظام‌های داخلی بوده است.^{۶۸} با عنایت به این مراتب حقوق بین‌الملل عرفی به عنوان مهمترین منبع حقوق بین‌الملل کیفری، برگرفته از مبانی حقوق کیفری سیستم‌های داخلی می‌باشد

براساس حقوق بین‌الملل کیفری، همانند اکثر سیستم‌های حقوق داخلی، جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری نیست.^{۶۹} حفظ نظم عمومی، لزوم اطلاع و آگاهی از قوانین محل سکونت، جلوگیری از اجرای تبعیض آمیز قانون در مورد افراد و صدمه به بنیاد های جامعه، از جمله دلایلی است که عدم پذیرش اشتباه حکمی را توجیه می‌نماید. اساسنامه رم در ماده ۳۲، اشتباه موضوعی و حکمی را تحت شرایطی به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری پیش بینی نموده است. «در زمان تدوین اساسنامه دیوان، در خصوص این مقرر، اختلاف نظرهای زیادی وجود داشت. در ابتدا دو گزینه مطرح شد که براساس آنها هیئت‌های نمایندگی در این خصوص اختلاف نظر داشتند که آیا اشتباه حکمی یا موضوعی باید دلیلی برای رفع مسئولیت باشد یا خیر.

^{۶۴}In addition to the cases discussed herein, see also the Catking case (Katzenkoenigfall BGHSt 35, 247).

^{۶۵}BGHSt 39, 35 quoted in Neuner, p 122-23.

^{۶۶}BGHSt 44, 52, 60 quoted in Neuner, ibid.

^{۶۷}Neuner, p122.

۱. مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل‌گیری قواعد حقوق بین‌الملل عرفی - فصلنامه پژوهش‌های حقوق تطبیقی دانشگاه تهران - شهرام زرنشان - دوره ۱۵ - شماره ۴ - زمستان ۱۳۹۰.

^{۶۹} - آقایی جنت مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیر دستان آنان در حقوق کیفری بین‌المللی) گنج دانش، ۱۳۸۶، ص ۲۱۴.

برخی از هیئت‌ها اعتقاد داشتند که طرح اشتباه موضوعی ضرورت ندارد زیرا مشمول رکن روانی می‌شود و بر آن موثر است»^{۷۰} نظری که پس از همه‌ای چالش‌های موجود در نهایت پذیرفته شد در ماده ۳۲ اساسنامه پیش‌بینی گردید. بر اساس بند ۱ این ماده اشتباه موضوعی تنها در صورتی که رکن روانی لازم برای ارتکاب جنایات را از بین ببرد دلیلی برای رفع مسئولیت کیفری است. و بر اساس بند ۲ ماده مذکور، اشتباه حکمی نسبت به اینکه آیا نوع خاصی از رفتار جنایت تحت صلاحیت دیوان است یا خیر، دلیلی برای مسئولیت کیفری نیست. اما اشتباه حکمی در صورتی می‌تواند رافع مسئولیت کیفری باشد که عنصر روانی لام برای ارتکاب چنین جنایتی راه، به نحوی که در ماده ۳۳ پیش‌بینی شده، از بین ببرد. این بند بیانگر این قاعده کلی است که؛ جهل به قانون رافع مسئولیت نیست. در این حال، دو استثنا را نسبت به این قاعده بیان می‌کند: الف) اشتباهی که عنصر روانی لازم برای ارتکاب جرم را از بین می‌برد و ب) اوامر مافوق. علاوه بر این مورد بند ۲ ماده ۳۲ بین اشتباه حکمی و اوامر مافوق، رابطه ضروری برقرار می‌سازد. لازم به ذکر است که براساس ماده ۳۰ اساسنامه، جرم باید با قصد و علم ارتکاب یابد، در حالی که جنایاتی از قبیل نسل‌زدایی و آزار و اذیت، نیازمند قصد خاص اضافی هستند. از نظر دیوان کیفری بین‌المللی «اشتباه حکمی به موجب ماده ۳۲ تنها در صورتی موفقیت‌آمیز است که متهم نسبت به عنصر عینی هنجار آفرینی جرم، آگاهی و علم نداشته باشد»^{۷۱} وضعیتی که در ماده ۳۲ اساسنامه پیش‌بینی نشده و مشمول این ماده نیست، وضعیت دکترین «قصد انتقال یافته»^{۷۲} است بر این مبناء اگر شخص (الف) برنامه‌ای برای کشتن شخص (ب) داشته و طراحی نقشه نماید، اما به اشتباه شخص ثالثی را به جای هدف قرار داده و اقدام به کشتن ثالثی نماید در این حالت اشتباه مرتکب در رابطه با اتهام قتل عمد بی‌رب است. و اشتباه وی مانع از تحقق رکن روانی جرم قتل نیست. دکترین قصد انتقال یافته، معتقد هستند در دیوان اید وضعیت‌های مشابه مثالی که ذکر شده، قابل اعمال باشد. در خصوص معیار قابل اعمال برای اشتباه حکمی یا اشتباه موضوعی، نحوه نگارش اساسنامه حاکی از آن است که این معیار ذهنی است. این امر با حقوق انگلستان تطبیق دارد^{۷۳}.

در رویه دیوان یوگسلاوی سابق، اهانت به دادگاه، یکی از موارد نادری بود که اشتباه به عنوان یک دفاع نزد دادگاه‌های بین‌المللی کیفری مطرح شد، هرچند متهم در این مرحله به جنایت بین‌المللی متهم نبود. استدلال وکلای متهم این بود که متهم از غیر قانونی بودن رفتارشان آگاهی و علم نداشته و نامبرده بر مبنای این باور معقول عمل کرده که اطلاعاتی که افشا کرده عمومی بوده^{۷۴} و محرمانه نبوده. شعبه رسیدگی‌کننده نپذیرفت که متهم در رابطه با مطالب محرمانه به طور معقول مرتکب اشتباه موضوعی شد و در خصوص دفاع اشتباه حکمی، یادآور شد که سوء برداشت فرد از قانون، به خودی خود، نقض آن را توجیه نمی‌کند^{۷۵}. شعبه در رد این ادعای وکلا دریافت که متهم نسبت به قانون جهل نداشته است^{۷۶}. بنابراین در این عامل رافع مسئولیت کیفری، روبه‌قصایی بین‌المللی کافی و قانع‌کننده وجود ندارد از این رو لازم است دیوان بین‌المللی کیفری در موارد مقتضی و در چارچوب مقررات اساسنامه و با توجه به ماده ۲۱ آن، به رویه قضایی داخلی و همچنین دکترین توجیه‌نموده تا بتواند تفسیری کارآمد و منطبق با اصول کلی حقوق کیفری. موازین دادرسی عادلانه ارائه نماید.

قواعد و مقررات حقوق که راستای تضمین حقوق دولت‌ها، اشخاص و اعاده نظم و امنیت در جامعه، پیش‌بینی شده‌اند، هریک دارای فلسفه و مبنای معنا دار می‌باشند که حسب ضرورت‌های جامعه تدوین شده‌اند. اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، که برگرفته از عرف بین‌الملل می‌باشد از این قاعده مستثناء نمی‌باشد، و برای همه‌ای مقررات آن مبانی منطقی جاری می‌باشد. از این‌رو در حقوق بین‌الملل کیفریه مانند سایر سیستم‌های حقوق کیفری ملی، جهل به قانون رافع مسئولیت کیفری نیست، و نیز جهل به قانون را بصورت مانند اغلب سیستم‌های حقوقی ملی، حقوق بین‌الملل جعل به قانون را به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری نمی‌شناسد. ماده ۳۲ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی نیز مقرر می‌دارد: اشتباه حکمی به این معنا که آیا یک نوع مل خاص، جرم مربوط به صلاحیت دیوان است موجب عدم مسئولیت کیفری نیست، با وجود این، اشتباه حکمی می

^{۷۰}-u nd oc A/conf 183/2/Add 1,1998,57.

^{۷۱}-Lubanga (ICC- 01/04 -01/06), Decision on the onfirmation of Charges ,29 january 2007,para 316.

^{۷۲}-Transferred intent

^{۷۳}-Ilias Bantekas & SusanNash,2003,op.cit,p.141.

^{۷۴}-Hartman (IT-02-54-R77.5) , Special appointed chamber ,judgment,14 September 2009,paras.63-64.

^{۷۵}-Ibid,para.64-65

^{۷۶}-Ibid,papas.66.

تواند به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری تلقی شود، مشروط برآنکه سبب از بین رفتن عنصر معنوی جرم شود و یا مشمول مقرراتی باشد که در ماده ۳۳ آماده است نماید سبب می شود که اشخاص رفتار خود را براساس قانون هماهنگ سازند و رفتار مجرمانه خود را ناشی از عدم اطلاع و آگاهی از قوانین بدانند. با این حال حقوق کیفری بین‌المللی و رویه قضائی خصوصاً در جنایات جنگی، نسبت به این موضوع با انعطاف پذیری بیشتری برخورد کرده اند. مواردی را می توان یافت که اشتباه حکمی می تواند به عنوان دفاع اقامه شود. این دفاع می تواند مورد استناد قرار گیرد هنگامی که ثابت شود که متهم به خاطر جعل به عنصر قانونی، عنصر روانی لازم یعنی قصد، بی احتیاطی، علم یا غفلت مجرمانه را نداشته است همچنین اشتباه حکمی می تواند در مورد قسمت دوم ماده ۳۲ (۲) اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی که حقوق بین‌المللی عرفی را در این موضوع تدوین می کند به عنوان دفاع شناخته شود. ماده ۳۲ اساسنامه رم اولین مقررهای است که در حوزه حقوق بین‌الملل کیفری صریحاً اشتباه چه موضوعی چه حکمی را به عنوان اسباب زوال مسئولیت کیفری به رسمیت می شناسد. شایان ذکر است که منشورهای نورمبرگ و توکیو و همچنین اساسنامه دو دیوان ویژه فاقد مقررات عمومی در این زمینه می باشند.

پاراگراف ۱ ماده ۳۲ این اصل مستقل را به رسمیت می شناسد که جهل به موضوع رافع مسئولیت کیفری است. پاراگراف مذکور مقرر می دارد که اشتباه در موضوع فقط در صورتی که عنصر روانی مورد نیاز جرم را زایل کند، رافع مسئولیت کیفری است. با وجود اینکه جمله اول پاراگراف دوم ماده ۳۲ تکرار این قاعده لاتین است که جهل به قانون رافع مسئولیت نیست، دومین جمله همان پاراگراف تاکید می کند که به هر حال اشتباه حکمی اگر حالت ذهنی و روانی (عنصر روانی) را زایل کند، ممکن است از اسباب رافع مسئولیت کیفری باشد. استاد تریفتر^{۷۷} در شرح خود بر ماده ۳۲ اظهار کرد: تفاوت بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی این است که بطور کلی در اشتباه حکمی، مرتکب جرم، در مورد وجود عنصر مادی دچار اشتباه نشده است؛ بنابراین اشتباه نسبت به جنبه های قانونی جرم بطور کلی بر عناصر مادی یا پیش نیازهای مادی سبب توجیه یا رفع مسئولیت نیست^{۷۸}.

شاید در بررسی دقیق تر بتوان تا آنجا که قاعده پیش فرض ذکر شده در بند ۱ ماده ۳۰ اساسنامه دیوان^{۷۹} (یعنی علم بعنوان عنصر شناختی و اراده بعنوان عنصر ارادی) به عنوان تضمین زوال مسئولیت کیفری در موقعیتهایی که عناصر مادی جرم خاص با قصد و علم ارتکاب نیافته، محسوب نمود، بند ۱ ماده ۳۲ زائد است. ولی در موقعیتهایی که عناصر موضوعی یا مربوط به اوضاع و احوال یک جرم خاص با حد نصاب پایین تری از قصد و علم تحقق می یابند (مثلاً بی احتیاطی) برای دفاع نمی توان به اشتباه موضوعی استناد نمود. این مساله یعنی تمام جرایمی که در صلاحیت ذاتی دیوان بین‌المللی کیفری قرار دارند و در عناصر آنها عبارت می بایست بدانند، موجود باشد (مثلاً عناصر جرایم پیش بینی شده در شماره ۲۶ قسمت ب بند ۲ ماده ۸ و شماره ۷ قسمت ی بند ۲ ماده ۸) در مورد آنها در لایحه دفاعیه نمی توان به اشتباه موضوعی استناد کرد. همین مساله می تواند دلیل این امر باشد که لوبانگا در رابطه با سن قربانی پرونده، به اشتباه (اشتباه موضوعی) استناد نمود و در عوض به اشتباه حکمی استناد کرد.

اولین محک بند ۲ ماده ۳۲ - اشتباه حکمی - را شعبه اول تحقیقات مقدماتی در دعوی لوبانگا زد. در آن پرونده وکیل مدافع اینگونه استدلال نمود که لوبانگا از این مساله آگاه نبوده که سر باز گیری ارادی یا اجباری از بین کودکان زیر ۱۵ سال طبق

^{۷۷} Triffterer

^{۷۸} Otto Triffterer, 'Article 32 - Mistake of Fact or Mistake of Law' in Otto Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 2nd edn (Oxford: Hart Publishing, 2008) 902 (italics in the original). (به نقل از رشودی).

^{۷۹} ماده ۳۰ اساسنامه رم: الف - جز در مواردی که به نحو دیگری مقرر شده باشد، هیچ کس دارای مسئولیت کیفری نیست و نمی تواند به دلیل ارتکاب یکی از جرائمی که رسیدگی به آن ها داخل در صلاحیت ذاتی دیوان است مجازات شود مگر اینکه عنصر مادی جرم همراه با قصد و علم نیز باشد. ب - مطابق با این ماده، وجود قصد مفروض است زمانی که شخص: نسبت به اصل عمل، قصد ارتکاب آن را داشته باشد؛ نسبت به نتیجه عمل، قصد ایجاد نتیجه را داشته باشد یا آگاه باشد که این نتیجه در مسیر طبیعی حوادث پیش خواهد آمد ج - مطابق این ماده وجود علم مفروض است زمانی که شخص آگاه باشد که شرایط ارتکاب جرم وجود دارد و یا نتیجه در مسیر طبیعی حوادث اتفاق خواهد افتاد. الفاظ آگاهی و علم مطابق این تعریف تفسیر خواهند شد.

اساسنامه، مسئولیت کیفری او را در بری دارد چراکه در آن هنگام قوانین برای لوبانگا، در دسترس یا قابل پیش‌بینی نبوده است.^{۸۰} ویلیام خاطر نشان کرد که؛

گرچه استدلال وکیل مدافع را تحت عنوان عطف بماسبق شدن قوانین در نظر گرفتند، ولی بیشتر به ادعای جهل به قانون شباهت دارد.^{۸۱}

شعبه اول تحقیقات مقدماتی اظهار کرد که محدوده اشتباه حکمی در مفهوم بند ۲ ماده ۳۲ نسبتاً محدود است.^{۸۲} شعبه پیش‌تر رفت و اظهار کرد که در فقدان دفاعیه مستند به ماده ۳۳ اساسنامه دیوان^{۸۳} "دفاعیه مستند به اشتباه حکمی مطابق ماده ۳۲ اساسنامه فقط در صورتی مورد پذیرش واقع می‌شود که آقای توماس لوبانگا، در نتیجه عدم درک اهمیت اجتماعی جرم ارتكابی (مفهوم عرفی آن جرم براساس مقتضیات زمان حاکم)، از عنصر قانونی آن جرم ناآگاه بوده باشد"^{۸۴}. آقای ویگند با نظر شعبه اول تحقیقات مقدماتی مخالفت نمود. توضیح مثرثمر او در مورد موضوع، شایان نقل قول طولانی است:

عبارات قانونی، نظیر "سربازگیری یا ثبت‌نام" در تعریف خود هیچ معنی روزمره‌ای ندارند که شخص بتواند آن را درک کند. برای داشتن قصد مورد نیاز، تمام آن چیزی که فاعل باید بفهمد این است که عبارت قانونی مورد نظر حاکی از چیست. در این دعوی اگر لوبانگا میدانست که "سربازگیری یا ثبت نام"، هر چند به مجموعه‌ای از قوانین نظامی اشاره دارد که ممکن است از آن آگاه بوده یا نبوده باشد، تمام اشکال پذیرش خدمت نظامی اشخاص جوان را در برمی گیرد، پس او آنقدر آگاه بوده است که جرم را با قصد مرتکب شود.^{۸۵} او ادامه داد:

تمام آنچه که بند ۲ ماده ۳۲ اساسنامه انجام می‌دهد این است که سوءتعبیر از عنصر قانونی یک جرم را (نظیر "سربازگیری یا ثبت‌نام") با سوء تعبیر از یک عنصر موضوعی (نظیر "زیر ۱۵ سال سن داشتن") معادل قرار می‌دهد. ویگند ادامه داد در هر کدام از موارد:

اگر متهم از اینکه رفتارش، تعریف جرم را برآورده می‌کند ناآگاه باشد نمی‌توان او را محکوم کرد، که بخاطر اینکه او فکر می‌کرده که سربازان جوان ۱۶ ساله بوده‌اند (اشتباه موضوعی) یا اینکه تصور می‌کرده او هیچکس را "سربازگیری یا ثبت‌نام" ننموده چون این عبارات فنی در ذهن او، فقط سربازگیری اجباری را پوشش می‌داده است (اشتباه قانونی یا حکمی)^{۸۶}. نتیجه گیری

اشتباه نوعی جهل است و نسبت میان دو مفهوم اشتباه و جهل، عموم و خصوص مطلق می‌باشد، زیرا هر اشتباهی، جهل است اما هر جهلی، اشتباه نیست اگر چه متبادر از جهل، جهل بسیط است.^{۸۷} اما در شمول جهل بر اشتباه هیچ تردیدی وجود ندارد. حال در بررسی دامنه علم و آگاهی با توجه به جهل بسیط، فرد هیچ گونه ادعای در خصوص علم و آگاهی ندارد برخلاف اشتباه، که فرد مدعی علم است. در جعل بسیط هم علم وجود دارد و هم جهل، در حالی که در جهل مرکب (اشتباه) هیچ علمی وجود ندارد. در جهل بسیط، احتمال، شک و ظن راه می‌یابد در حالی که در اشتباه (جعل مرکب) تنها اعتقاد جازم و ظن معتبر پذیرفته می‌شود. حال در خصوص ارتباط بین علم و اشتباه، نظر به اینکه اشتباه عبارتست از تصور خلاف واقع از یک واقعیت خارجی، و از طرفی، اشتباه یا حکمی است یا موضوعی، اشتبا حکمی عبارت است از اینکه مرتکب جرم ممکن است نسبت به

⁸⁰Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, para 304. See also Transcript, 26 November 2006.

⁸¹William A Schabas, An Introduction to the International Criminal Court 3rd edn (Cambridge: Cambridge University Press, 2007) 230.

⁸²Lubanga Decision on the Confirmation of Charges, para 305.

⁸³ماده ۳۳ - دستور مقامات مافوق و تجویز قانونی: این مساله که ارتكاب یکی از جرائم مذکور در صلاحیت دیوان در اجرای دستور یک دولت یا یک مقام مافوق، نظامی یا غیر نظامی، انجام گرفته، شخص را از مسئولیت کیفری معاف نمی‌کند مگر این که؛ شخص الزام قانونی بر اطاعت از دستورات دولت یا مقام مافوق مورد بحث داشته باشد یا شخص نمی‌دانسته که دستور صادره غیر قانونی بوده است یا دستور صادره آشکارا غیر قانونی نبوده است یا مطابق این ماده، دستور ارتكاب نسل کشی با دستور ارتكاب جرائم علیه بشریت، جرائمی که آشکارا غیر قانونی هستند، تلقی خواهند شد

⁸⁴ibid, paras 315-16 (به نقل از رشنودی).

⁸⁵Weigend, above 476. (به نقل از رشنودی).

⁸⁶ibid.

¹ الزبیدی، محمد مرتضی (بی تا)، تاج العروس من جواهر القاموس، بیروت: مکتب الحیاه، جلد ۷، ص ۲۶۸.

عنصر قانونی جرم خواه به علت جهل به قانون و خواه به علت برداشت غلط از قانون و تفسیر ناروا آن دچار اشتباه شده باشد. منظور از اشتباه موضوعی آن است که انسان در ماهیت فعلی که مرتکب می‌شود و نتیجه‌ای که از آن بدست می‌آید، تصور خلاف واقع می‌باشد. بدیهی است که در این زمینه حکم قانون به هیچ وجه مورد توجه نیست. در این راستا در خصوص اشتباه حکمی با توجه به قاعده «جهل رافع مسئولیت کیفری نیست» ادعای جهل به قانون مسموع نیست. اما این موضوع در قوانین جزائی مبتنی بر حقوق عرفی، اگر اشتباه حکمی بصورت قهری و اجتناب ناپذیر باشد از قاعده مذکور استثنا گردیده است. در مورد اساسنامه دیوان کیفری بین‌المللی، چنانچه مرتکب مفهوم اصول و هنجارهای اجتماعی را در زندگی درک کند، او به عنوان یک فرد آگاه که توانایی انجام هنجارها را دارد، تلقی می‌شود، بنابراین بی‌اطلاعی هنجاری (علم حکمی)، و اشتباه حکمی تنها در صورتی مورد پذیرش است که، رکن روانی جرم را مخدوش نماید. در ماده ۳۲ اساسنامه رم اشتباه موضوعی را تا حدی می‌پذیرد که عنصر روانی مورد نیاز جرم را مخدوش نماید. اما در حقوق بین‌الملل کیفری، بر اساس بند ۲ ماده ۳۲ اساسنامه رم، اشتباه حکمی، به این معنا که آیا یک نوع عمل خاصی، جرم مربوط به صلاحیت دیوان می‌باشد، رافع مسئولیت کیفری نیست، با این وجود، اشتباه حکمی می‌تواند رافع مسئولیت کیفری تلقی شود، مشروط بر آنکه سبب زوال عنصر معنوی جرم شده یا مشمول مقررات ماده ۳۳ اساسنامه رم باشد، و براساس ماده اخیرالذکر، استناد به اشتباه حکمی به عنوان عامل رافع مسئولیت کیفری، زمانی قابل پذیرش است که ثابت شود متهم، بواسطه جهل به عنصر قانونی، رکن روانی لازم یعنی علم و قصد را نداشته است

این در حالی است که، در حقوق کیفری انگلستان، در باب اشتباه، معیارهای مختلفی وجود دارد. یکی از این معیارها، معیار اشتباه معقول و متعارف است (معیار نوعی)، که این معیار در دعوی تالسون مطرح گردید، و بر اساس این معیار، متعارف بودن رفتار ارتكابی پذیرفته است، و اشتباه متعارف مربوط به حالتی است که فرض می‌شود، متهم مطابق وضعیت موجود و بر اساس حسن نیت رفتار موسوم به جرم را انجام داده، به گونه‌ای که هر شخص متعارف دیگری در آن حالت همان اقدام را انجام می‌داد. اما در دعوی مورگان، معیار اشتباه صادقانه اگرچه متعارف و منطقی نباشد را پذیرفته است و این معیار گسترده تری نسبت به معیار متعارف در دعوی تالسون می‌باشد، براساس این معیار، اگر شخص باوری اشتباه، اما صادقانه و نه لزوماً متعارف و منطقی داشته باشد، می‌تواند مبنای دفاع قرار گیرد. در این معیار در واقع یک ضابطه شخصی حاکم است، یعنی شخص باید در اعمال و رفتار خود صادق و با حسن نیت باشد، گرچه ممکن است، اکثر مردم جامعه در برخورد با این امر، رفتاری خلاف رفتار مرتکب داشته باشند. و در حال حاضر این معیار در قانون جرائم جنسی ۲۰۰۳ انگلستان مورد پذیرش قرار گرفت.

اما در حقوق کیفری آلمان بین اشتباه حکمی و موضوعی تفکیک قائل شده، و بر خلاف حقوق کیفری انگلستان به متعارف و غیر متعارف بودن رفتار ارتكابی و همچنین به داشتن یا نداشتن رفتار صادقانه و با حسن نیت، هیچ توجهی ندارد. و در اشتباه موضوعی، با توجه به زائل شدن عنصر شناختی (علم و آگاهی)، مسئولیت کیفری سلب می‌شود، در واقع مرتکب نسبت به عنصر مادی جرم کیفری، علم و آگاهی ندارد و این جعل باید بصورت کامل می‌باشد. و عنصر مادی دو ماهیت می‌تواند داشته باشد، الف- عنصر توصیفی، که این عنصر شامل امور و وقایعی می‌باشد که توسط حواس انسان قابل درک است، به عنوان مثال در رابطه با جسمی که به سمت آن شلیک می‌شود، آیا یک انسان است یا یک پرنده؟ ب- عنصر هنجاری، شامل عناصری است که با حواس درک نمی‌شوند، بلکه باید از لحاظ حقوقی بررسی و ارزیابی شوند به عنوان مثال، علم و آگاهی نسبت به اموال شخص ثالث در دعوی سرقت. تفاوت عنصر توصیفی با عنصر هنجاری در این است که، در عنصر توصیفی صرف علم واقعی کفایت می‌کند اما در عنصر هنجاری صرف علم واقعی کفایت نمی‌کند و باید متهم بدرستی اهمیت اجتماعی و حقوقی عنصر مادی را به عنوان یک انسان متعارف تشخیص بدهد.

اما بر خلاف اشتباه موضوعی که بر عنصر روانی موثر است، اشتباه حکمی بر عناصر تشکیل دهنده جرم هیچ تاثیری ندارد و از این حیث، هیچ تاثیری بر مسئولیت کیفری ندارد و مرتکب با علم و آگاهی تمام عناصر جرم را انجام می‌دهد. حال اگر اشتباه مرتکب غیر قابل اجتناب باشد، مسئولیت بصورت کامل زائل می‌گردد، اما اگر اشتباه قابل اجتناب باشد، ممکن است در مجازات تخفیف داده شود. با عنایت به این مراتب، اشتباه حکمی غیر قابل اجتناب تا حدودی مشابه، معیار اشتباه متعارف و منطقی در حقوق کیفری انگلستان است.

در حقوق کیفری ایران مانند حقوق کیفری آلمان و اساسنامه رم بین اشتباه موضوعی و اشتباه حکمی تفکیک قائل شده، و اشتباه موضوعی، چونکه عنصر شناختی علم و آگاهی را مخدوش می‌نماید، رافع مسئولیت کیفری است، اما اشتباه حکمی، به دلیل اینکه، هیچ تاثیری بر ارکان وقوع جرم ندارد، رافع مسئولیت کیفری نمی‌باشد، اما قانونگذار در ماده ۱۵۵ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، اشتباه حکمی مربوط به جاهل قاصر را رافع مسئولیت کیفری می‌داند، و ماهیت این امر، بدین معنا است که، شخص جاهل قاصر یکی از ارکان تشکیل دهنده جرم، یعنی عنصر روانی را ندارد. با عنایت به مراتب یاد شده فوق، منطبق رفع مسئولیت کیفری از جاهل قاصر، با معیار اشتباه غیر قابل اجتناب در حقوق کیفری آلمان، و همچنین معیار اشتباه معقول و متعارف در حقوق کیفری انگلستان و اشتباه حکمی که زائل کننده رکن روانی، ذکر شده در ماده ۳۲ اساسنامه رم، از حیث نتیجه یکسان می‌باشند، و تفاوت آنها تنها در معیار ذکر شده می‌باشد.

منابع و مراجع

- [۱] اردبیلی، محمد علی، حقوق جزای عمومی، جلد دوم. تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۳.
- [۲] آقای جنت مکان، حسین، محاکمه قدرت (مسئولیت کیفری مقامات مافوق و زیر دستان آنان در حقوق کیفری بین المللی) گنج دانش، ۱۳۸۶.
- [۳] شامبیانی، هوشنگ، حقوق جزای عمومی، چاپ نهم، ج ۲، تهران، انتشارات ژوبین، ۱۳۷۸.
- [۴] شاملو احمدی، محمد حسین، فرهنگ اصطلاحات و عناوین جزایی، چاپ اول. تهران، نشر دانش، ۱۳۸۰.
- [۵] شریعت باقری، محمدجواد؛ اسناد دیوان کیفری بین المللی؛ ج ۱، تهران: انتشارات جنگل، ۱۳۸۶.
- [۶] محسنی، مرتضی دوره حقوق جزای عمومی، چاپ اول، ج ۲، تهران، گنج دانش، ۱۳۷۵.
- [۷] محمود نجیب حسنی، نظریه عمومی قصدجنایی (ترجمه سید علی عباس نیای زارع). تهران: انتشارات میزان. ۱۳۹۳.
- [۸] افراسیابی، اسماعیل، حقوق جزای عمومی، چاپ اول، ج ۲، تهران، فردوسی، ۱۳۷۷.
- [۹] جعفری لنگرودی، محمد جعفر مبسوط در ترمینولوژی حقوق، چاپ اول، ج اول. تهران، گنج دانش، ۱۳۷۸.
- [۱۰] خالقی ابوالفتح، حقوق بین الملل کیفری عمومی، ج اول، تهران، انتشارات مجد، ۱۳۹۴.
- [۱۱] طریحی نجفی، فخرالدین؛ مجمع البحرین؛ تهران: انتشارات کتابفروشی بوذرجمهری مصطفوی، ۱۳۷۹.
- [۱۲] قیاسی، جلال الدین، ساریخانی، عادل و خسروشاهی، قدرت الله؛ حقوق جزای عمومی، ج ۲، چ ۱، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۸.
- [۱۳] کاتوزیان، ناصر، فلسفه حقوق، ج ۲، تهران، انتشارات شرکت سهامی، ۱۳۷۷.
- [۱۴] نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ پنجم، تهران، نشر دادآفرین، ۱۳۸۰.
- [۱۵] مقالات و پایان نامه ها
- [۱۶] -رشنودی، عارف، اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۷)، مسئولیت مبتنی بر فعالیت مجرمانه مشترک در حقوق بین الملل کیفری، آموزهای حقوق کیفری (دانشگاه رضوی)، پیاپی ۱۶، صص ۳-۳۸.
- [۱۷] -رشنودی، عارف، علم در تحقق جنایات بین المللی، رساله دکتری حقوق کیفری و جرم شناسی، دانشگاه علوم و تحقیقات تهران، ۱۳۹۸.
- [۱۸] مفهوم و ماهیت «عنصر روانی» در فرایند شکل گیری قواعد حقوق بین الملل عرفی - فصلنامه پژوهش های حقوق تطبیقی دانشگاه تهران - شهرام زر نشان - دوره ۱۵ - شماره ۴ - زمستان ۱۳۹۰.
- [۱۹] خالقی، ابوالفتح و درودی، علی، فرض قانونی علم و اطلاع نسبت به امور حکمی قانون، فصل نامه حقوق اسلامی، تهران، دوره دوازدهم، شماره چهل و شش ۱۳۹۴.
- [۲۰] صبوری پور، مهدی، رفع مسئولیت کیفری بر اثر جهل حکمی، پژوهش حقوق کیفری، سال سوم، شماره دهم، بهار ۱۳۹۴.
- [21] A Eser, 'Mental Elements: Mistake of Fact and Mistake of Law' in A Cassese, P Gaeta and JRWD Jones (eds), *The Rome Statute of the International Criminal Court*, 2002.
- [22] Michael Jefferson, *Criminal Law*, 10th edn (Harlow: Pearson Education Limited, 2011).
- [23] Smith and Hogan, *Criminal Law*, 11th edn, p 294; See also Card, 2002
- [24] Gunther Arzt, 'Ignorance or Mistake of Law' (1976) 24 *The American Journal of Comparative Law* 1976.
- [25] Arzt, 'The Problem of Mistake of Law', 714, fn 8.
- [26] Matthias Neuner, 'General Principles of International Criminal Law in Germany' in Matthias Neuner (ed), *National Legislation Incorporating International Crimes* (Berlin: Berliner Wissenschafts-Verlag, 2003).
- [27] BGH (Federal Supreme Court of Justice) BGHSt 1998.
- [28] Frank, *Das Strafgesetzbuch*, 59, S. 185: Sauer, *Allgemeine Strafrechtslehre* 21, S143: Jescheck, 1985.
- [29] Jescheck and Weigend, above (n 19) 456; Wessels and Beulke, above (n 13) 168.

- [30] Schumann, 'Criminal Law' in Ebke and Finkin (eds), Introduction to German Law, 2001.
- [31] OLG Stuttgart, NJW 2008, 243, 245; OLG Frankfurt, NJW 2011.
- [32] Ilias Bantekas & Susan Nash, 2003.
- [33] Hartman (IT-02-54-R77.5) , Special appointed chamber judgment, 14 September 2009.
- [34] Otto Triffterer, 'Article 32 – Mistake of Fact or Mistake of Law' in Otto Triffterer (ed), Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: Observers' Notes, Article by Article, 2nd edn (Oxford: Hart Publishing, 2008) 902 (italics in the original).
- [35] M. Scheb, John; Criminal Law Second Edition; U.S.A: Wadsworth Publishing Co, 1999.
- [36] William A Schabas, An Introduction to the International Criminal Court 3rd edn (Cambridge: Cambridge University Press, 2007).
- [37] Lubanga (ICC- 01/04 -01/06), Decision on the confirmation of Charges , 29 January 2007.
- [38] R v Kimber [1983] 1 WLR 1118.
- [39] Pappajohn v The Queen [1980] 2 Can SCR 120.
- [40] Sansregret v The Queen, 1996.
- [41] R v Tolson [1886-90] All ER Rep 26.
- [42] DPP v Morgan, endorsed by B (A Minor) v DPP [2000] 4 LRC 405.