



Fault and Its Role in Formation of Crime and Criminal Responsibility

Saeed Ghomashi¹ 

1. Associate Professor, Department of Law, Faculty of Humanities and Law, University of Kashan, Kashan, Iran. Email: ghomashi@kashnu.ac.ir

Abstract

This research analyzes the concept and ontology of fault and its role in the formation of crime with a rational method and by referring to legal and ethical standards, with the aim of analyzing and expressing the status of fault in the occurrence of crime in a descriptive-analytical method. The findings show that fault is a conceptual structure with a mental existence that is implied from person's behavior. This existence is the generator of agent obscenity and action obscenity that can be defined as a crime by the will of legislator. Also, fault is the quintessence and one of the causes of the formation of crime in criminal law (not criminology). All discussions related to the barriers to the formation of criminal responsibility, are returned to the cause of the formation of crime in the field of substantive criminal law. Thus, the factors of formation of the crime have been replaced by the barriers of the formation of criminal responsibility and created new issues. Obviously, according to what has been said, there can be no criminal responsibility without fault, except to the will of legislator.

Keywords: agent obscenity, cause of crime, criminal responsibility, fault.

Cite this article: Ghomashi, S. (2024). Fault and Its Role in Formation of Crime and Criminal Responsibility. *Jurisprudence and the Fundamentals of the Islamic Law*, 57 (2), 281-299. (in Persian)

Publisher: University of Tehran Press.

© The Author(s).

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.378014.669692>



Article Type: Research Paper

Received: 26-Jun-2024

Received in revised form: 21-Jul-2024

Accepted: 6-Oct-2024

Published online: 8-Nov-2024

تقصیر و نقش آن در تحقق جرم و مسئولیت کیفری

سعید قماش^۱

۱. دانشیار، گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی و حقوق، دانشگاه کاشان، کاشان، ایران. رایانامه: ghomashi@kashnu.ac.ir

چکیده

این پژوهش با روش عقلی و با استناد به موازین حقوقی و اخلاقی و با هدف تحلیل و بیان جایگاه تقصیر در وقوع جرم به روش توصیفی-تحلیلی با مراجعه به متون فقهی، حقوقی به واکاوی مفهوم و وجودشناسی تقصیر و نقش آن در تحقق جرم پرداخته است. یافته‌ها نشان می‌دهد که تقصیر، سازه مفهومی است که وجود ذهنی دارد و از رفتار فرد انتزاع و استنباط می‌شود. این وجود زاینده قبح فاعلی و موجب قبح فعلی است که می‌تواند با اراده قانونگذار تبدیل به جرم شود. هم چنین تقصیر از علت‌های تحقق جرم در حوزه حقوق کیفری (نه جرم‌شناسی) است در نتیجه بحث‌های مربوط به موانع تحقق مسئولیت کیفری به عامل / علت تحقق جرم در حوزه حقوق جزای ماهوی بازگشت داده می‌شود؛ بر این اساس موضوع عامل یا عوامل تحقق جرم جایگزین موانع تحقق مسئولیت کیفری شده و مسائل نوینی را پدید آورد. بدیهی است بنابر آن چه گفته شد نمی‌توان مسئولیت کیفری بدون تقصیر داشت؛ مگر به اراده قانون‌گذار.

کلیدواژه‌ها: تقصیر، مسئولیت کیفری، قبح فاعلی، علت جرم.

استناد: قماش، سعید (۱۴۰۳). تقصیر و نقش آن در تحقق جرم و مسئولیت کیفری. فقه و مبانی حقوق اسلامی، ۵۷ (۲)، ۲۸۱-۲۹۹.

نوع مقاله: علمی-پژوهشی

ناشر: مؤسسه انتشارات دانشگاه تهران

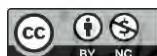
دریافت: ۱۴۰۳/۰۴/۰۶

© نویسندگان

DOI: <https://doi.org/10.22059/jjfil.2024.378014.669692> بازنگری: ۱۴۰۳/۰۴/۳۱

پذیرش: ۱۴۰۳/۰۷/۱۵

انتشار: ۱۴۰۳/۰۸/۱۸



مقدمه

ضرورت تقصیر در وقوع جرم نیازمند گفت و گو است؛ ولی در تحقق مسئولیت کیفری و استحقاق کیفر از دیرباز در دین‌هایی چون اسلام وجود داشته است. پذیرش تقصیر در تحقق مسئولیت در مقررات کیفری عرفی به عنوان یک قاعده پذیرفته شده و همگانی تاریخ روشنی ندارد و نمی‌توان برشی ویژه از زندگی اجتماعی بشر را در این باره نشان داد. با این همه کسانی که در ادبیات کهن در برخی از نقطه‌های جهان چون اروپا مطالعه داشته‌اند، ادعا دارند که در تمدن‌های یونان و روم به رابطه میان مجازات و حالت روانی فرد خطا کار توجه شده و در مجموعه مقررات اواخر قرن هفتم پیش از میلاد در قوانین منسوب به دراکون^۱ نسبت درجه قتل به حالت روانی رسمیت داشته است.^۲ (کلی، ۱۳۸۲: ۷۵).

تقصیر اگر چه به نوعی با عنصر روانی نسبت دارد؛ ولی متفاوت و نوعی ویژه از آن است. به طور کلی عنصر روانی چهره پنهان جرم و در برابر چهره پیدای آن است. این چهره «فرآیندی» است که می‌تواند از انگیزه به عنوان نقطه آغاز توجه به جرم شروع و به قصد مجرمانه (سوء نیت) یا خطای جزایی (بی توجهی هنگام رفتار) ختم شود. میان این دو «می‌تواند» دو مرحله ۱- «تصمیم به انجام» و ۲- «شکل‌گیری اراده» نیز وجود داشته باشد.

اهمیت و چرایی طرح این موضوع بدین روست که تقریباً در همه نوشته‌های حقوق کیفری، عنصر روانی جرم جدای از فعل مجرمانه فرض و بحث می‌شود. نشانه آن نیز این است که در بحث موانع تحقق مسئولیت کیفری گفته می‌شود، جرم واقع شده و فعل مجرمانه از سوی شخص انجام شده است؛ ولی به دلیل وجود موانع تحقق مسئولیت کیفری وی سوء نیت نداشته و در پی آن مسئولیت کیفری نخواهد داشت. در این سخنان به روشنی میان عنصر روانی (تقصیر به معنای عام) و فعل مجرمانه جدایی افکنده می‌شود. حتی در برخی مقاله‌هایی که در جرائم بدون تقصیر نوشته شده این نظر بازگو شده که اساساً عنصر روانی در ساختار جرم وجود و در تحقق آن نقشی ندارد و جرم بدون عنصر روانی رخ می‌دهد. (میلانی و عبدالکریمی، ۱۳۹۴: ۸۳). همین گونه نوشته‌های عربی مانند کتاب النظریه العامه للقصد الجنائی آقای محمود نجیب حسنی که به گونه مستوفات درباره قصد جنایی بحث کرده، تمرکز روی این موضوع را مشاهده نکرد. تنها در برخی عبارت‌های آقای نجیب حسنی اشاره‌هایی وجود دارد که در متن یاد شده است. در حالی که چنان چه در متن مقاله استدلال شده است چنین سخنی به لحاظ منطقی صحیح به نظر نمی‌رسد و عنصر روانی (تقصیر به معنای عام) و فعل مجرمانه دو روی یک سکه هستند و به هیچ وجه از لحاظ منطقی نمی‌توان میان تحقق فعل مجرمانه و عنصر روانی

^۱. Drakon

^۲. در الواح دوازده گانه تمایز میان اضرار عمدی و غیرعمدی تأیید شده است. بنابر مقررات آن اعمال مجازات مرگ از طریق سوزاندن نسبت به مجرمی که در مال غیر ایجاد حریق کرده تنها در موردی کسانی اجرا می‌شد که عالمانه وبا با اشعار برآثار عمل به آن کار اقدام می‌کردند. اما اگر حریق به طور اتفاقی و برآثر حادثه ایجاد شده بود عامل ایجاد حریق تنها بایستی جبران خسارت می‌کرد و یا در صورت عدم استطاعت، تنبیه بدنی سبک می‌شد (جان کلی، ۱۳۸۲: ۱۳۲).

جدایی افکند و چنان که رایج است قائل به تحقق فعل مجرمانه بدون وجود سوءنیت شد همان گونه که در بحث موانع تحقق مسئولیت کیفری چنین پیش فرضی وجود دارد و با وجود این موانع، تحقق جرم بدون سوءنیت فرض می‌شود.

این مقاله در پی بازخوانی چیستی و هستی تقصیر و جست وجوی نقش آن در پیدایش جرم، مسئولیت کیفری و واکنش در برابر آن است و در پی پاسخ این پرسش هاست: آیا می‌توان باور به وجود فعل مجرمانه بدون وجود سوء نیت داشت؟ به لحاظ منطقی امکان دارد کسی بی‌آن که مقصر باشد، مجرم شمرده شود؟ گفتنی است برخی از سخنان بیان شده در این پژوهش ممکن است با آن چه در ادبیات و سخنان نویسندگان و صاحب نظران که شایع و شناخته شده‌است، ناسازگار باشد.

۱. مفهوم و هستی‌شناسی تقصیر

اگرچه تقصیر مفهومی اعتباری و برساخت انسانی است که در مناسبات اجتماعی زاده شده و با مفاهیم طبیعی مانند آب، زمین، آسمان و ... متفاوت است؛ ولی چون به مانند آن‌ها فرض می‌شود دارای مفهوم و وجود است که به توضیح هریک از این دو می‌پردازیم.

۱-۱. مفهوم‌شناسی تقصیر

قصور و تقصیر در لغت در مواردی کاربرد دارند که فرد در انجام کاری کوتاهی و آن را ترک کرده‌است؛ با این تفاوت که قصور، ترک کردن در اثر ناتوانی از انجام و تقصیر ناتوانی در اثر سستی و کاهلی است. (ابن منظور، بی‌تا: المجلد الخامس). بنابراین رفتار از روی قصور یا تقصیر به لحاظ ظاهر یکسان است و تنها با استناد به قرائن و شواهد می‌توان این دو را از یکدیگر باز شناخت.

از معنای لغوی دو نکته به دست می‌آید: ۱- اگرچه خاستگاه تقصیر، عنصر روانی است؛ ولی رفتار آدمی (به عنوان عنصر مادی جرم) به آن توصیف می‌شود. برای نمونه، شخص باید چیزی را با «دستانش بردارد» ولی برنمی‌دارد و در انجام آن کوتاهی می‌کند. ۲- تحقق تقصیر وابسته به وقوع نتیجه ای از رفتار نیست، بلکه تنها کوتاه آمدن و سستی کردن در انجام کار آن را محقق می‌سازد؛ اگر چه از کوتاهی در انجام فعل نتیجه ای به بار نیاید.

اما تقصیر در قوانین ایران چگونه شناسایی شده‌است؟ قانون مدنی، نخستین مجموعه مقرراتی است که تقصیر را معرفی کرده و چون این قانون متأثر از فقه است در تعریف تقصیر از آن بهره گرفته‌است. برخی فقیهان تقصیر را «تنها» تجاوز از عرف می‌دانند و بدون نظر به ذهن فرد آن را عینی و رفتاری تعریف کرده‌اند (خویی، ۱۴۲۸: ج ۲: ۲۴۶)؛ ولی برخی دیگر از فقیهان جهت ذهنی را در تعریف تقصیر دخالت داده و گفته‌اند: «تجاوز از عرف با علم یا ظن به آن است» (الموسوی الخمینی، ۱۳۶۳: ج ۲: ۵۶۶). قانون مدنی نیز در ماده ۹۵۳ تقصیر را اعم از تفریط و تعدی می‌داند. در ماده ۹۵۱ مقرر داشته که: «تعدی، تجاوز کردن از حدود اذن یا متعارف است، نسبت به مال یا حق دیگری.» در

ماده ۹۵۲ نیز اشاره شده است: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است...» در جمع دو ماده می‌توان گفت تقصیر تجاوز از اذن یا حدود متعارف است. در این تعریف، تقصیر تنها پدیده‌ای عینی و رفتاری است و به جهت ذهنی در پیدایش آن اشاره‌ای نشده است.

روشن است مفهوم حقوقی تقصیر از معنای لغوی آن دور نشده و آن را همراه خود دارد. باتوجه به دو معنای لغوی و حقوقی تقصیر و قصور به دست می‌آید که پیش‌فرض تحقق آن دو، وجود وظیفه یا الزام برای شخص است (میر سعیدی، ۱۳۹۰: ۶۶) و گرنه، کوتاهی معنا و مصداق ندارد. سرچشمه این الزام نیز ناگزیر قدرت است؛ خواه قدرت سیاسی مانند آنچه در قانون است؛ یا قدرت اجتماعی مانند آنچه در عرف است؛ یا قدرت وجدان و ایمان، آن گونه که در قواعد اخلاقی و دینی وجود دارد. در این هنگام، چنان چه فرد با توانایی بر انجام کاری سستی کند، تقصیر کرده و گرنه «دچار» قصور شده است. آن چه این جا موضوع بحث قرار دارد تقصیر در حوزه حقوق است.

باتوجه به نوع هنجار حقوقی که در پی تقصیر نقض می‌شود، می‌توان تقصیر را به تقصیر مدنی^۳، کیفری، اداری و صنفی بخش‌بندی کرد

۱-۲. هستی‌شناسی تقصیر

منظور از هستی‌شناسی تقصیر، شناسایی چگونگی وجود آن در مقام ثبوت و تحقق است. در این مقام در پی این هستیم تا آگاه شویم که تقصیر وجود مادی و محسوس دارد یا وجودش ذهنی و انتزاعی است. تا جایی که برای نویسندگان امکان تتبع داشته در نوشته‌های حقوق کیفری روی چنین موضوعی تمرکز نبوده است و تنها گاه برخی نویسندگان اشاره‌هایی به آن داشته‌اند. برای نمونه محمود نجیب حسنی در مقدمه کتاب خود گفته است: عنصر مادی جرم نمی‌تواند موجب مسئولیت کیفری و مجازات شود؛ مگر هنگامی که عناصر روانی (از جمله تقصیر) که اقتضای «تحقق جرم» را دارند^۴. جمله «اقتضای تحقق جرم را دارند» می‌توان «در یک تفسیر همدلانه، همسو با مسئله این مقاله دانست. پیش از وجودشناسی تقصیر ناگزیر به تقسیم‌بندی مفاهیم می‌پردازیم.

به طور کلی از نگاه وجودشناسی، مفهوم خواه در جهان طبیعی یا انسانی به دو قسم: ۱- مادی یا محسوس و ۲- نظری یا سازه بخش‌بندی می‌شود. با چشم‌پوشی از تفاوت مفاهیم در جهان طبیعی و جهان انسانی، مفهوم مادی و محسوس دلالت بر پدیده‌ای دارد که بیرون ذهن مصداق دارد و بر آن منطبق است و در اصطلاح وجود مادی دارد. مانند خورشید، آسمان، دریا در جهان طبیعی و سخن

^۳. گفتنی است تقصیر به روشنی توجیه‌کننده مسئولیت است. درحقوق مدنی درباره ضرورت تقصیر برای تحقق مسئولیت مدنی اختلاف نظر وجود دارد. باتوجه به ماده ۳۲۸ ق. م برای تحقق مسئولیت ناشی از زیان‌های مباحثی تقصیر ضرورتی ندارد ولی باتوجه به ماده ۱ قانون مسئولیت مدنی برای زیان‌های تسبیبی تقصیر ضرورت دارد. (قاسم زاده ۱۳۹۰: ۲۶)

^۴. بان مادیات الجرمه لا تنشی مسئولیه و لا تستوجب عقابا ما لم تتوافر الی جانبها العناصر النفسیه الی یستطلبها کیان الجرمه. (نجیب، حسنی ۲۰۰۶: ۲)

گفتن، خواندن، راه رفتن در جهان انسانی. مفهوم نظری دلالت بر پدیده‌ی دارد که مصداق مادی در بیرون ذهن ندارد؛ ولی از مصداق مادی انتزاع یا استنباط می‌شود مانند هوش و نیرو و الکترون در جهان طبیعی و ظلم و نا برابری و عدالت و برابری، عمد و خطا در جهان انسانی.

همان گونه که روشن است در بیرون از ذهن نه هوش وجود مادی دارد، نه نیرو و نه الکترون. همین گونه ظلم و نابرابری نیز وجود مادی ندارند، بلکه همه آن‌ها از یک وجود مادی انتزاع و استنباط می‌شوند. مانند این که از سیلی زدن به دیگری عمد و ستم استنباط می‌شود. در اصطلاح فلسفه یا علوم روان‌شناختی چنین مفهوم‌هایی را سازه می‌گویند (هومن، ۱۳۹۲: ۱۷۵). این دست مفاهیم در گفت و گوها فراوان وجود دارند. مانند مفهوم بالا و پایین یا مفهوم خواهر و برادر، پدر، مادر. این دست مفهوم‌ها وجود مادی ندارند، بلکه از یک رابطه‌ی خونی (خواهر و برادر) و وجود مادی استنباط و در ذهن ساخته می‌شوند. همین گونه بسیاری از مفهوم‌های حقوقی مانند عمد، مسئولیت، ضمان و ... در اصطلاح فلسفه این گونه مفاهیم را معقولات ثانی می‌گویند (مصباح یزدی، ۱۳۶۶: ج ۱: ۱۷۷). نحوه یا چگونگی وجود این مفاهیم این گونه است که اگر چه وجود خارجی ندارند و هستی آن‌ها در ذهن است، ولی از وجود خارجی انتزاع و برداشت می‌شوند؛ بدین رو وجود شان ذهنی و عروض و اتصافشان خارجی است؛ یعنی بیرون از ذهن وجود ندارند، ولی وجود بیرونی به آن‌ها وصف می‌شود. مانند این که می‌گوییم این «رفتار» ظالمانه بود. فلان «رفتار» منصفانه بود.

بسیاری از مفهوم‌هایی که در دانش حقوق به کار می‌رود چنین است. مانند مفهوم جرم، مسئولیت، عمد، عدوان و دفاع مشروع. مفهوم تقصیر نیز در شمار این دست مفهوم‌هاست. تقصیر یک سازه‌ی، حقوقی یا مفهوم نظری است. بیرون از ذهن وجود ندارد؛ اگر چه موجود بیرونی به آن توصیف می‌شود. هیچ گاه بیرون از ذهن نمی‌توان یک وجود مادی برای تقصیر نشان داد؛ اگر چه گاه به روشنی فردی مقصر شناخته می‌شود؛ زیرا در این هنگام با توجه به اعتبارات، قواعد و انتظارات اجتماعی که برپایه قرار داد اجتماعی شکل گرفته‌اند، تقصیر از عمل فرد انتزاع می‌شود. طبیعی است انتزاع پدیده‌ای ذهنی و تنها در ذهن رخ می‌دهد.

به دیگر سخن، تقصیر که گاه می‌توان از آن به معنای تجاوز یاد کرد (خویی و الموسوی الخمینی، همان)، نمونه‌ی از ظلم است و از رفتار بیرونی به دست می‌آید. ظلم خود موضوع حکم اخلاقی به نام قبح قرار می‌گیرد. می‌گوییم ظلم قبیح است. هم ظلم و هم قبح هر دو پدیده‌ای ذهنی هستند. در بیرون از ذهن نمی‌توانیم پدیده‌ای را به عنوان مصداق محسوس قبح نشان دهیم. تنها رفتارهایی مانند راه رفتن، شکستن، چاقو فرو بردن وجود دارد. این مفهوم‌ها مادی و فیزیکی و محسوس و عینی هستند که با توجه به اعتبارات و قواعد و انتظارات اجتماعی، ظلم یا قبح از آن‌ها استنباط، ساخته یا انتزاع می‌شوند. بیرون از ذهن چیزی به نام تقصیر، عدوان، تجاوز و ظلم وجود ندارد. چنان که چیزی به نام قبح و هم چنین حسن وجود ندارد. همان گونه که تجاوز و تقصیر به عنوان موضوع از رفتارهایی

مانند شکستن یا چاقو فرو بردن انتزاع می‌شود، قبح نیز به عنوان حکم از این رفتارها انتزاع می‌شود.^۵ پس تقصیر دارای دو جهت محسوس و ذهنی یا دارای دو رکن مادی (عینی) و روانی است. جهت مادی، و عینی شکستن و ویران کردن است و جهت ذهنی و روانی آن نقض و وا گذاشتن وظیفه است (خواسته یا ناخواسته) که از آن به عنوان تقصیر / عدوان یاد می‌شود که واقعیت آن ذهنی است و تنها در ذهن «وجود» دارد و نوعی برساخت است. در پایان این بحث دو نکته شایان یاد آوری است:

۱. کسانی که با فلسفه پست مدرن آشنا هستند با تعبیر «برساخت» که در بالا گفته شد ذهنشان به سوی جرم‌شناسی انتفادی و یکی از اقسام این جرم‌شناسی یعنی جرم‌شناسی تاسیسی^۶ یا برساختی، منتقل می‌شود؛ زیرا این جرم‌شناسی با توجه به آبخور و بنیاد خود که «نظریه کنش متقابل نمادین و فلسفه عملگرایی است»^۷، باور دارد جرم مانند دیگر پدیده‌های انسانی یک «برساخت» است که در مناسبات اجتماعی و کنش متقابل انسان‌ها با یکدیگر در ذهن ساخته می‌شود. بدین روی جرم چیزی نیست مگر تفسیر آدمی از یک موقعیت و فراتر از تفسیر چیزی وجود ندارد (نجفی ابرند آبادی و گلدوزیان، ۱۳۹۷: ۲۴، صادقی فسایی و پروین، ۱۳۹۰: ۶۸، شاملو و کاظمی جویباری، ۱۳۹۴: ۵۸). اکنون این پرسش به میان می‌آید که تفاوت دیدگاه این مقاله درباره نحوه وجود جرم با دیدگاه جرم‌شناسی تاسیسی چیست؟ در پاسخ گفته می‌شود اگر چه در هر دو دیدگاه جرم پدیده‌ای است که تنها در ذهن زاده شده و وجود دارد؛ ولی با این تفاوت که در دیدگاه جرم‌شناسی تاسیسی پدیده‌ای که به عنوان جرم شناسایی می‌شود، هیچ بهره‌ای از واقعیت ندارد و «تفسیری» بیش نیست (شاملو و کاظمی جویباری، ۱۳۹۴: ۵۹)؛ ولی از نظر این مقاله اگر چه مفهوم جرم و دیگر مفهوم‌ها پدیده‌ای ذهنی هستند؛ ولی بر پایه واقعیت و به واسطه آن شکل می‌گیرند و بر خلاف دیدگاه دیدگاه تاسیسی، به گونه‌ای از واقعیت بهره‌مند هستند؛ بدین روی در فلسفه اسلامی به عنوان معقول ثانی از آن‌ها یاد می‌شود (مصباح یزدی، همان).

۲. آن چه رمون گسن جرم‌شناس فرانسوی در دو مقاله خود با عنوان «آیا جرم وجود دارد؟» و «مفهوم جرم‌شناختی بزه» نوشته است متفاوت با سخن این مقاله است. وی در این دو پژوهش خود، در پی پاسخ این پرسش است که: آیا می‌توان برای همه جرم‌ها یک معنای مشترک و همگانی

^۵. انتزاع کنش عقلی است که استوار بر مبادی و مقدماتی پدید می‌آید. آن چه این جا گفته می‌شود تنها اشاره به یک بحث عمیق، مفصل و تأمل برانگیز و البته پر چالش است که خود مقاله‌ی جدا را می‌طلبد.

^۶. Constitutive Criminology

^۷. نظریه کنش متقابل نمادین از سوی جورج هربرت مید فیلسوف و روان‌شناس اجتماعی در آمریکا به میان آمد. وی باور دارد که از یک سو این زبان است که ذهن را پدید می‌آورد و از دیگر سو بیشتر رفتارهای انسان مستلزم دخالت فراگردهای ذهنی است (ریترز، ۱۳۷۴: ۲۷۶ تا ۲۷۹). از جمله رفتارهای انسانی جرم است که ذهن در آن نقش تعیین‌کننده‌ی دارد. فلسفه عمل‌گرایی نیز اندیشه آمریکایی است که از سوی کسانی چون ویلیام جیمز و جان دیویی به میان آمده است. عمل‌گرایان باور دارند حقیقت یا واقعیت به گونه‌ی آماده در جهان واقعی وجود ندارد بلکه «ضمن عملکرد ما در جهان به گونه‌ی فعالانه‌ی ساخته و پرداخته می‌شود. (همان: ۲۶۸) بر این پایه، جرم نیز پدیده‌ی ساختگی است که از میان مناسبات اجتماعی آفریده و ساخته می‌شود.

یافت به گونه‌ای که بر همه جرم‌ها در هر زمان و مکانی صادق باشد؟ به دیگر سخن، او در برابر کسانی که جرم را پدیده نسبی می‌دانند در پی «کشف» معنایی ذاتی و فرا تاریخی برای جرم است و در پاسخ، همه جرم‌ها را به دو معنای «خشونت» و «فریب» باز می‌گرداند و این دو را ذات همه جرم‌ها می‌داند. در حالی این مقاله در پی شناسایی «ذات» برای جرم نیست بلکه می‌خواهد تقصیر را به عنوان یک پدیده ذهنی و رکن تحقق جرم به میان آورد. به دیگر سخن، می‌توان گفت این مقاله به نوعی تکمیل‌کننده سخن گسن است؛ زیرا از یک سو خشونت و فریب نیز دو مفهوم و سازه نظری هستند و تنها به لحاظ ذهنی است که خشونت یا فریب شمرده می‌شوند. آن چه در بیرون است مجموعه‌ای از حرکت‌ها است، ولی ذهن انسان با عنایت به برخی پیش‌فرض‌های یکی را مصداق خشونت می‌داند؛ مانند نواختن سیلی^۸ از روی کینه توزی^۹ به کسی؛ ولی مصداق دیگر را خشونت نمی‌داند اگر چه ممکن است بسیار زیان بار تر باشد مانند قتل در اثر تصادف رانندگی؛ زیرا در این نمونه، عمد در میان نیست و «نمی‌خواسته» به کسی آسیب برساند؛ بدین روی قتل در تصادف رانندگی خشونت شمرده نمی‌شود.

از دیگر سو، افزون بر این که خشونت بودن حرکتی مانند نواختن سیلی با توجه به یک رشته پیش‌فرض‌هاست (که امور ذهنی هستند) بلکه جرم دانستن آن نیز چنین است؛ زیرا نواختن سیلی اگر در مقام دفاع مشروع باشد دست کم مجاز است و اگر چنین نباشد جرم خواهد بود.

۲. تقصیر در حقوق کیفری

می‌توان تقصیر در حقوق کیفری را به دو قسم عام و خاص بخش‌بندی کرد. تقصیر در معنای عام شامل رفتار برگرفته از سوء نیت (قصد مجرمانه) و خطای کیفری (بی احتیاطی، بی‌مبالاتی) است. درواقع دراین معنا تقصیر شامل جرم عمدی و غیرعمدی می‌شود. در معنای خاص تنها خطای کیفری را در برمی‌گیرد. تبصره ماده ۱۴۵ ق. م.ا. مصوب ۱۳۹۲ تقصیر خاص را تعریف کرده‌است.^۸ منظور از تقصیر در این مقاله به عنوان «نمود» یک فرایند ذهنی معنای عام آن است.

۱-۲. تقصیر و نقش آن در تحقق جرم

اگر چه به قول رمون گسن^۹ تعریف جرم درحقوق کیفری آسان است (گسن، ۱۳۷۹: ۶۲)، ولی سخن گفتن درباره معنا و محتوای و همین گونه هستی‌شناسی آن، دشوار، دیرپا و تصورش گیج‌کننده‌است.

^۸ تبصره: تقصیر اعم از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی است. مسامحه، غفلت، عدم مهارت و عدم رعایت نظامات دولتی و مانند آن‌ها حسب مورد از مصادیق بی‌احتیاطی یا بی‌مبالاتی محسوب می‌شود.

^۹ Raymond Gassin

پیش از آن که بخواهیم درباره نقش تقصیر در پیدایش جرم سخن بگوییم ناگزیر از به دست دادن تصویر و تعریفی از محتوا و نحوه وجود جرم هستیم.^{۱۰} به دیگر سخن، می‌خواهیم تصویری که در ذهن قانون گذار به عنوان رفتار مجرمانه نقش بسته را تجزیه و تحلیل کرده و اجزاء یا ارکان آن را شناسایی کنیم. این شناسایی می‌تواند نحوه وجود جرم را نیز روشن کند.

آن چه به عنوان جرم در همه نظام‌های کیفری معرفی می‌شود، رفتاری است که شکننده قانون کیفری است؛ خواه زیان بار باشد یا نباشد. مانند قتل عمد، سرقت یا جعل. در قتل عمد قانونگذار کدام رفتار را قابل کیفر می‌داند و چه چیزی را به عنوان قتل عمد تصور کرده است؟ آیا قتل عمد تنها سلب عمدی حیات مانند فرو بردن چاقو در قلب یا انداختن تیر به سوی شخص است؟ آیا به خودی خود این رفتارها می‌تواند، قبیح و قابل کیفر و در نتیجه جرم باشد؟ یا در جرم سرقت، برداشتن مال دیگری به خودی خود قبیح، جرم و قابل کیفر است؟ دقت در این پرسش و در این پدیده‌ها اقتضاء دارد که پاسخ منفی باشد؛ زیرا سلب عمدی حیات یا برداشتن مال دیگری به خودی خود (مخفیانه، یا غیر مخفیانه) به عنوان دو رفتار فیزیکی، مادی و محسوس بدون در نظر داشتن چیز دیگری نمی‌تواند قبیح و قابل کیفر باشد. در جهان اجتماعی و انسانی رفتارهای فیزیکی مانند آن‌ها نیز وجود دارد، ولی نه تنها قبیح نیستند بلکه ای بسا مجاز و نیز وظیفه باشند؛ مانند اجرای کیفر اعدام یا انجام قتل عمد در وضعیت دفاع مشروع و اضطراب یا برداشتن مال دیگری به قصد حفظ آن. در این نمونه‌ها، پیکره فیزیکی یا عنصر مادی در رفتاری که جرم شمرده می‌شود با رفتاری که جرم نیست همانند است؛ پس چرا یکی جرم و دیگری جرم نیست؟ چه تفاوتی وجود دارد؟ تنها تفاوت در ویژگی ذهنی در رفتار مجرمانه و نبودن آن در رفتار مجاز یا وظیفه است. این ویژگی ذهنی چیزی نیست، مگر وجود سوء نیت (قصد مجرمانه) در یکی و نبود آن در دیگری است. سوء نیت یا همان تقصیر (به معنای عام) که پیش از این گفته شد یک پدیده ذهنی است که با فرض وجود شرایطی مانند اهلیت جزایی، قانون، اراده ارتکاب، آگاهی حکمی و موضوعی و همین گونه آزادی بدون فشار^{۱۱} از رفتار شخص انتزاع و استنباط می‌شود. درواقع، همان گونه که پیش از این گفته شد، تقصیر پدیده‌ای ذهنی و از مفاهیم نظری است که از رفتار انتزاع و ساخته می‌شود. قانون گذار هنگام جرم سازی، این تصویر و تصور را از رفتار مجرمانه دارد و دقیقاً قاضی نیز هنگام تحقیق و رسیدگی درباره جرم به این شرایط توجه می‌کند و خود را ملزم می‌داند برای احراز تحقق جرم سوء نیت یا تقصیر را احراز کند. وگرنه از نظر او اساساً جرمی رخ نداده است. همان گونه که وضعیت در دفاع مشروع و اضطراب چنین است. سخن مشهور حقوقدانان که می‌گویند برای تحقق جرم و جود سه عنصر از جمله عنصر روانی، ضروری است، چنین اقتضاء دارد که تقصیر نقش بنیادین در تحقق جرم دارد و بدون آن اساساً جرم رخ نمی‌دهد.

^{۱۰}. موضوع این بحث متفاوت از معیارها و اصول جرم انگاری است.

^{۱۱}. یعنی بدون وجود وضعیت‌هایی که آزادی را زیر فشار قرار می‌دهند. مانند دفاع مشروع، اضطراب و ... اصطلاحاً از این وضعیت‌ها زیر عنوان موانع تحقق مسئولیت کیفری یاد می‌شود.

ماده ۱۴۵ ق. م. ا که مقرر کرده است: «در تحقق جرائم عمدی علاوه بر علم مرتکب به موضوع جرم باید قصد او در رفتار مجرمانه احراز گردد» به همین نقش حیاتی تقصیر در پیدایش جرم تصریح می‌کند. روشن است علم و قصد مرتکب از ارکان تشکیل دهنده تقصیر است.

اگر سخنان یادشده پذیرفته شود مستلزم آن است که بگوییم هیچ رفتاری (نه عنوان) به خودی خود قبیح و بد نیست. قبح هر رفتاری و به پیروی از آن جرم انگاری رفتار در نظر قانون گذار از ذهن و روان فاعل برمی خیزد و قانون گذار در جرم سازی، آن را در نظر دارد. در نتیجه، این پلیدی و پلشتی^{۱۲} در ذهن فاعل است که به فعل راه پیدا می‌کند، یا این قبح فاعلی و نیت بد و پلید شخص است که به خودی خود زشت است و به فعل راه می‌یابد. بدون توجه به نیت بد چگونه می‌توان گفت، عمل زشت است؟ به دیگر سخن، به طور کلی قصدمندی و نیت‌مندی از جنس شناخت است (شناخت نه به معنای معرفت و دانایی که برابر با Episteme است بلکه به معنای پدیده ذهنی است که برابر با Cognition است) چنین شناختی از درون شخص می‌جوشد و چنان چه بد باشد، بدی و قبح آن به رفتار سرایت می‌کند.

این سخن، با نظر دانشمندان مسلمان از گروه عدلیه که قایل به ذاتی بودن حسن و قبح عدل و ظلم هستند، ناسازگار نیست^{۱۳} (کاظمی خراسانی، ۱۴۰۶: ج ۳: ۴۴). سخن یاد شده، در جای خودش درست است؛ چرا که درواقع، «ذاتی بودن» ناظر به افعال نیست. اگر چه در ادبیات آن‌ها از تعبیر «ذاتی بودن افعال» بهره گرفته شده است، بلکه درواقع، ناظر به دو «عنوان» یا ارزش کلی و بنیادین یعنی عدل و ظلم، دارد که در صورت انطباق افعال با آن دو عنوان، متصف به حسن و قبح می‌شوند. از این روی برخی از صاحب نظران از حسن عدل و قبح ظلم به عنوان دو «قضیه» (نه دو فعل) یاد کرده‌اند که «ام المسائل و مبدء المبادی همه احکام اخلاق انسانی شمرده می‌شوند» (حائری یزدی، ۱۰۹: ۱۳۶۱). برخی نیز در بحث «معنای حسن و قبح ذاتی» از تعبیر فعل بهره نگرفته‌اند، بلکه بیان می‌کنند که عدل و ظلم دو عنوانی هستند که اگر بر فعلی منطبق شدند آن دو فعل، متصف به حسن یا قبیح می‌شوند (المظفر، ۱۳۷۰: المجلد الاول: ۲۱۰). بر این پایه، کسی که عملی را انجام می‌دهد اگر «قصد» نقض ناروای حق دیگری را داشته باشد، با چنین قصدی عمل او منطبق با ظلم است و اگر «قصد» رعایت حق او را داشته باشد، با این قصد، عمل او منطبق با عدل است. بنا بر این، «قصد» گاه یک رفتار را منطبق با ظلم و گاه با تغییر قصد، همان رفتار منطبق با ظلم می‌شود. فرو بردن چاقو در جهان فیزیکی چیزی نیست، مگر فرو بردن چاقو و بس. هیچ معنا و مفهومی یا ارزشی در آن وجود

^{۱۲}. منظور از پلیدی و پلشتی یعنی قصد انجام عمل مجرمانه در بستر شرایط لازم.

^{۱۳}. گفتنی است حسن و قبح نزد گروه عدلیه در دو علم کلام علم اصول و علم اخلاق در مقایسه با افعال سه گونه است: گونه نخست مانند عدل و ظلم، به عنوان دو ارزش بنیادین (نه دو فعل) دارای حسن و قبح ذاتی هستند. گونه دوم: اقتضای حسن و قبح دارند، مانند راست گویی و دروغ گویی. گونه سوم افعالی است که نه دارای حسن و قبح ذاتی هستند و نه اقتضای آن دو را دارند. به دیگر سخن، لا اقتضا هستند مانند شکستن، راه رفتن، سخن گفتن و ... (محمد رضا المظفر، ۱۳۷۰: المجلد الاول: ۲۱۰)

ندارد و به خودی فاقد معنا و ارزش است. این پدیده تنها مجموعه ای از حرکات یدن و به اصطلاح فعل جوارحی است. فعل جوارحی (در برابر فعل جوانحی است) که به آن، حرکت اعضا و جوارح نیز گفته می شود. تحریک اعضا و جوارح به خودی خود هیچ معنا و ارزش اخلاقی ندارد، بلکه معنا و ارزش خود را از فعل جوانحی که همان عمل ذهنی یا شناختی (نیت) است، می گیرد و آن را حسن یا قبیح می کند. به دیگر سخن، این یک وجود متعقل و داناست که با نیت خود که از نوع آگاهی و شناخت است به فعل جوارحی، معنا و محتوا می دهد و آن را متصف به حسن یا قبح و مصداق آن دو، می کند. شاید بدین روست که کسی چون دیوید هیوم تاکید داشت که اگر اعمال رذیلانه مثلاً قتل عمد را بررسی کنیم، هیچ «مابه ازایی» متناظر با آن را نخواهیم یافت. جهان با صرف نظر از «نگرش های» ما حاوی چنین «ما به ازاهایی» نیست. (ریچلز، ۱۳۸۹: ۶۷) نیت و قصد، بخشی از نگرش های انسان است. رذیلت نیز پدیده ای قلبی و ذهنی است که در عالم معنا تحقق می یابد و می تواند پدیده مادی را به خود متصف کند.

اساساً ضرورت احراز عنصر روانی (قصد مجرمانه) برای قاضی همین است که از این راه به معنای فعل مرتکب دست یابد؛ چرا که هیچ رفتاری جز از راه کشف ذهن فاعل و شناسایی و غایت عمل او نمی توان معنا و عنوانی برای فعل باز شناخت.^{۱۴} سخن یاد شده براین پایه استوار است که پدیده های انسانی همواره یک جهت ذهنی و شناختی دارند و واقعیت انسانی تنها پیکره مادی ندارند بلکه پدیده های معنادار هستند که این معنا جز از راه آگاهی بر ذهن و نیت شخص شناسایی نمی شود.^{۱۵} آن چه گفته شد در هردو دسته جرایم یعنی عمد و غیرعمد وجود دارد در جرایم غیر عمد هنگامی شخص مجرم ومسئول است که رفتار او برخاسته از بی احتیاطی و بی مبالاتی باشد وگرنه جرمی رخ نداده است. ماده ۱۴۵ ق. م. ا به روشنی این سخن را بیان می کند: «تحقق جرایم غیر عمدی منوط به احراز تقصیر مرتکب است...».

همان گونه که از این ماده آشکار است تحقق جرم غیر عمدی منوط به احراز تقصیر شده و ضرورت احراز تقصیر پدیده اثباتی و تابعی از ضرورت تقصیر در عالم ثبوت است. اگر در عالم ثبوت تقصیر برای تحقق جرم ضرورت نداشته باشد چه ضرورتی برای احراز دارد؟ اساساً وقتی گفته می شود مجازات باید سرزنش پذیر و بر پایه تقصیر مجرم باشد بدین معناست که جرم نیز از تقصیر بر می خیزد. (فلچر، ۱۳۸۴: ۲۹).

^{۱۴}. این سخن که فعل به خودی خود فاقد قبح است به روشنی نا سازگار با این باور مشهور است که افزون بر قبح فاعلی به قبح ذاتی افعال نیز باور دارد. ولی به نظر می رسد حسن و قبح از ذهن فاعل به فعل راه می یابد.

^{۱۵}. موضوع بحث کنش متقابل نمادین در جامعه شناسی و بحث های پدیدارشناسی می تواند به فهم و درک روشن این موضوع کمک کنند. برای نمونه مطالعه دو کتاب تبیین در علوم اجتماعی نوشته دانیل لیتل، ترجمه عبدالکریم سروش و تبیین در علوم اجتماعی نوشته آلن رابن، ترجمه عبدالکریم سروش در این باره راه گشاست. همین گونه کتاب نظریه های جامعه شناسی جورج ریترز و مطالعه مقاله ششم از کتاب اصول فلسفه و روش رئالیسم از محمد حسین طباطبایی که در بردارنده پاورقی های مرتضی مطهری است، نیز می تواند روشنگر باشد.

برخی دیگر از مواد ق. م. ا نیز به سخن یادشده دلالت دارد برای نمونه ماده ۵۰۴ کتاب چهارم ق. م. ا^{۱۶} در این ماده در فرض نبود تقصیر، ضمان که اعم از مدنی و کیفری است منتفی دانسته و این نیست مگر از این جهت که رفتار وی مجرمانه نیست و مجرمانه نبودن رفتار به خاطر نبود تقصیر است. با توضیحی که از نقش تقصیر به عنوان جلوه ای از عنصر روانی در تحقق جرم گفته شد، روشن می شود اموری چون اکراه یا اضطرار که از آن ها به عنوان موانع تحقق مسئولیت کیفری یاد می شود، چنان چه هنگام رفتاری که ناقض قانون کیفری است، وجود داشته باشند نافی بدی و پلیدی نیت و در پی آن نافی رفتار بد هستند و در نتیجه به دلیل نبود سوء نیت یا خطای جزایی (تقصیر به معنای خاص) اساساً جرم تحقق نیافته است، همان گونه که در وضعیت دفاع مشروع چنین است. در این هنگام نبود مسئولیت کیفری به علت تحقق نیافتن جرم است نه آن گونه که مشهور می گوید جرم تحقق یافته ولی شخص مسئولیت ندارد. همان گونه که روشن است مشهور بلکه اجماع حقوقدانان کیفری باور دارند که در این گونه موارد شخص اگر چه مجنون یا نابالغ باشد، مجرم است. اگر چه مسئولیت کیفری ندارد و دقیقاً با همین استدلال است که می گویند: اساساً موانع تحقق مسئولیت کیفری امری شخصی است (استفانی و همکاران، ۱۳۷۷: ۵۱۵) یعنی مربوط به شخص مرتکب است و بس و ربطی به دیگر همکاران جرم مانند کسی که در ارتکاب جرم معاونت کرده است ندارد؛ بدین روی اگر شخصی که عاقل و بالغ است به مجنون یا نابالغ کمک کند، هم مرتکب جرم شده و هم دارای مسئولیت کیفری است در حالی که مرتکب اصلی تنها مجرم است و مسئولیت کیفری ندارد. گفتنی است بنا بر این نظریه، در این گونه وضعیت ها اگر چه رفتار مجرمانه نخواهد بود ولی خطرناک و آسیب زننده شمرده می شود. وجود آسیب و خطر لزوماً نتیجه جرم نیست همان گونه که در مسئولیت مدنی زیان و آسیب وجود دارد ولی جرم رخ نداده است. در فرض وجود این موانع آن چه رخ داده است یک حادثه طبیعی و خطرناک است که اگر امکان داشته باشد باید از آن پیشگیری کرد^{۱۷} چرا که لزوم پیشگیری منحصر به جرم نیست و می توان از هر گونه رفتار خطرناک و آسیب زا جلوگیری کرد.

نگارنده تا آن جا که بررسی کرده در نوشتگان حقوق کیفری نشانی از این بحث نیافته است. تنها در کتاب حقوق جزای مرحوم حسین سمعی اشاره یی کوتاه به آن شده است. وی در شماره ۶۳ کتاب خود با عنوان «جرائم از حیث دخالت عمد در آن ها» می نویسد:

^{۱۶}. هرگاه راننده یی که با داشتن مهارت و سرعت مجاز و مطمئن و رعایت سایر مقررات در حال حرکت است در حای که قادر به کنترل وسیله نباشد و به کسی که حضورش در آن محل مجاز نیست بدون تقصیر برخورد نماید. ضمان منتفی است. در غیر این صورت راننده ضامن است.

^{۱۷}. گفتنی است چنان چه فردی در فرض وجود این موانع مرتکب تقصیر شده (مانند سرپرست کودک یا مجنون) مسئولیت کیفری خواهد داشت.

«جرائم از حیث دخالت عمد در آن‌ها بر سه قسم است: الف- جرائمی که عمد شرط تحقق آن است. در این قبیل جرائم اگر عمد نباشد، اصلاً جرمی وجود پیدا نمی‌کند. مثل جعل اسناد که اگر عامل قصد جعل نداشته باشد مجازات به آن تعلق نمی‌گیرد.» (سمیعی، ۱۳۳۳: ۵۷).

در این بخش از کتاب یاد شده دو نکته شایسته یاد آوری است: ۱. از این که وی در مثال جعل نوشته است: «اگر عامل قصد جعل نداشته باشد مجازات به آن تعلق نمی‌گیرد» نمی‌توان گفت که او مانند مشهور نویسندگان حقوقی در چنین مواردی قائل به وجود مانع برای تحقق مسئولیت کیفری است، نه مانع تحقق جرم. چرا که وی در آغاز سخن تصریح کرده که با نبود عمد (به عنوان عنصر روانی) اصلاً جرم وجود ندارد. بنا براین، نفی مجازات در سخن او نتیجه نفی جرم است نه وجود مانع مسئولیت. ۲. نفی عمد در مثال ایشان درواقع نفی عمد خاص به عنوان عنصر روانی جرم است. در نتیجه می‌توان گفت، بحث این مقاله (درباره نقش عنصر روانی در تحقق جرم) هم در عمد عام (سوء نیت عام) و هم در عمد خاص (سوء نیت خاص) در میان است. به دیگر سخن، هر دو سوءنیت خاص و عام به عنوان عنصر روانی در تحقق جرم نقش دارند.

اگر آن چه از نقش تقصیر در تحقق جرم گفته شد، پذیرفته شود روشن می‌شود که تقصیر (سوء نیت و خطای جزایی) نقش بنیادین و حیاتی نه تنها در تحقق مسئولیت کیفری بلکه پیش از آن در تحقق جرم بازی می‌کند. در این هنگام ای بسا اساساً موضوع عوامل تحقق جرم^{۱۸} جایگزین موضوع موانع تحقق مسئولیت کیفری شود. چرا که وجه مشترک اموری که از آنها زیر عنوان موانع مسئولیت کیفری یاد می‌شوند، وضعیت‌هایی است که تقصیر (سوء نیت و خطای جزایی) مرتکب را مخدوش می‌کنند؛ بدین روی با عنایت به نقش تقصیر در تحقق جرم، نبود مسئولیت کیفری در فرض موانع اثر نبود جرم است؛ نه این که جرم وجود دارد ولی مسئولیت کیفری سلب می‌شود. بنابراین، همان گونه که مدافع مشروع مرتکب جرم نشده است، نابالغ، مجنون، مکره، مضطر و گاه فرد مست و خواب هم مرتکب جرم نشده‌اند؛ بدین روی بر خلاف نظر برخی نویسندگان حقوقی که کیفر را جرم ساز و خالق آن دانسته‌اند (رستمی، ۱۳۹۳: ۵۶). وجود جرم موجب خلق کیفر می‌شود و با نبود جرم کیفر نیز منتفی است. گفتنی است این نتیجه‌گیری مسئله‌های متفاوتی را در حقوق کیفری به دنبال خود می‌آورد.

^{۱۸}. روشن است این عنوان اگر چه مشترک لفظی با عنوان عوامل تحقق جرم در حوزه جرم‌شناسی است ولی با لحاظ محتوا متفاوت از آن است.

۲-۲. تقصیر و نقش آن در تحقق مسئولیت کیفری^{۱۹}

با توجه به آن چه درباره نقش تقصیر در تحقق جرم گفته شد و بیان شد که تقصیر نه تنها رکن بلکه روح جرم و حیات بخش به آن است، نقش آن در مسئولیت کیفری روشن است. این جا با مسئله یا چالشی روبرو می شویم به نام مسئولیت کیفری بدون تقصیر که در ادبیات و قوانین کیفری وجود دارد. مسئولیت کیفری بدون تقصیر که گاه از آن جرم مادی یاد می شود معنایش این است مسئولیت کیفری و جرم وجود دارد بی آن که تقصیر وجود داشته باشد!

پیش از پرداختن به این مسئله شایسته است مسئولیت کیفری بدون تقصیر را تجزیه و تحلیل و برای تحلیل آن نیز باید اجزای تقصیر را شناسایی کرد. همان گونه که پیش از این گفته شد تقصیر مفهومی است بر گرفته از: ۱- اهلیت جزایی ۲- اراده انجام فعل ۳- آگاهی (حکم و موضوع) ۴- آزادی یعنی نبود وضعیت های چون اکراه، اضطراب، دفاع مشروع و ... و همین گونه شرط قانون؛ زیرا تقصیر هنگامی رخ می دهد که وظیفه یا الزامی از سوی فرد واگذاشته ورها شود؛ بدین روی وجود قانون نیز به عنوان پیش شرط برای تحقق تقصیر ضروری است.

نقش تقصیر در مسئولیت کیفری در دو عرصه ثبوت و اثبات قابل بحث است. با توجه به آن چه درباره نقش تقصیر در پیدایش جرم گفته شد، به لحاظ منطقی و به طور اساسی نمی توان در عرصه ثبوت بی نیاز از وجود تقصیر بود^{۲۰}؛ زیرا همان گونه که گفته شد رفتار به خودی خود فاقد هر گونه حسن و قبح یا در بردارنده عدل یا ظلم، روا یا ناروا، تقصیر یا بی تقصیری است. نمی توان رفتار را جدای از اراده و نیت آدمی قضاوت و داوری کرد. آن چه مایه توصیف رفتار به هر یک از ویژگی های یادشده می شود از ذهن فاعل برمی خیزد. این ذهن شریرا نه اوست که رفتار را واجد صفت اخلاقی قبح یا بدی می کند و قانون گذار نیز هنگام جرم انگاری به این جهت ذهنی توجه دارد و دقیقاً این جا نقطه تلاقی اخلاق با حقوق کیفری است که موجب انسانی شدن حقوق کیفری می شود. با این همه گاه قانون گذار با لحاظ مصالح اجتماعی با وجود این که شخص ثبوتاً مرتکب تقصیر نشده است برای وی مسئولیت کیفری و مجازات مقرر می کند. مانند این که در حقوق کامن لا رابطه جنسی با دختر زیر سن ۱۶ سال را جرم می داند به رغم این که مرتکب در سن دختر اشتباه کرده باشد. (آلتن، ۲۹۴: ۱۳۸۶) در مقام اثبات نیز گاه بنابر دلیل یا مصلحت امکان بی نیازی از احراز تقصیر وجود دارد. بدین معنا که با وجود رفتاری که موجب نقض هنجار کیفری شده است می توان وجود تقصیر را در عرصه ثبوت «فرض» و ادعاکننده تحقق جرم را بی نیاز از اثبات تقصیر دانست. به دیگر سخن، در چنین مواردی تحقق عنصر مادی جرم و انتساب آن به فاعل، احراز کننده تقصیر است و نیازی به احراز جداگانه تقصیر نیست

^{۱۹}. گفتنی است این بحث با چشم پوشی از نتیجه گیری است که در بحث پیشین گرفته شد و با توجه به بحث های رایج در موضوع مسئولیت کیفری است.

^{۲۰}. گفتنی است همان گونه که گفته خواهد شد گاه نمونه هایی وجود دارد که ثبوتاً نیز در آن ها تقصیر وجود ندارد. مانند محکومیت نابالغ و مجنون به دیه. البته اگر دیه را مجازات بدانیم.

(عبداللهی، ۱۳۸۹: ۱۲۳). در حقوق کیفری ایران قتل به شکل عملی که نوعاً کشنده است احراز کننده سوء نیت است و جدای از احراز عمل نوعاً کشنده نیازی به احراز جداگانه سوء نیت نیست. (بند ب ماده ۲۹۰ ق. م. ا)

این گونه جرائم که مدعی وقوع جرم را بی نیاز از احراز تقصیر می دانند دو دسته هستند: ۱- جرائمی که قانون گذار صریحاً تحقق آن ها را بی نیاز از احراز تقصیر می داند و با احراز عنصر مادی جرم آن گونه که در قانون توصیف شده، مرتکب را مقصر می داند. مانند قتل در شکل عملی که نوعاً کشنده است، موضوع بند ب ماده ۲۹۰ ق. م. ا ۱۳۹۲. در این جرم مرتکب چنین عملی مقصر و دارای سوء نیت فرض می شود و هم او اگر مدعی ناآگاهی از کشنده بودن رفتار و در نتیجه بی تقصیری است باید طبق تبصره ۱ همان ماده آن را احراز کند. ۲- جرایمی که قانون گذار صریحاً آن ها را بی نیاز از تقصیر نمی داند، ولی نگارش و ادبیات به کار رفته در قانون یا به تعبیر برخی نویسندگان حقوقی عبارات و قرائن قانونی (عبداللهی، ۱۳۸۹: ۳۰۷) به گونه ای است که از آن استنباط می شود، ارتکاب عنصر مادی جرم با شرایطی که قانونگذار در نظر گرفته، نشان و اماره تقصیر مرتکب است و نیازی به احراز آن نیست. این سخن ناسازگار با این باور در حقوق نیست که گفته می شود اصل براین است که رفتار اگر عمدی باشد، جرم است؛ زیرا درواقع این جا نیز ارتکاب عنصری مادی جرم در بستر وضعیتی که قانون در نظر گرفته، نشانه و احرار کننده تقصیر (سوء نیت یا خطای کیفری) شمرده می شود؛ برای نمونه، جرم ترک نفقه (گلدوزیان، ۱۳۹۳: ۲۰). موضوع ماده ۵۳ قانون حمایت خانواده ۱۳۹۱. طبق این ماده کسی که با وجود توانایی و تمکین زن، نفقه او را نپردازد مقصر و مجرم است. همین گونه ازدواج با کودکان، موضوع ماده ۵۰ همان قانون. دراین هنگام تحقق تقصیر مجرم نیازی به اثبات و استناد به گواه و نشانی جدای از عنصر مادی ندارد. می توان گفت سیاست جنایی در این گونه جرم ها اقتضا دارد اثبات جرم آسان و نرم باشد. این دست جرم ها در برابر جرم هایی است که قانون گذار برای ارتکاب جرم دو قید «عالماً»، «عامداً» یا یکی از آن ها را برای مرتکب جرم آورده و سیاست جنایی اقتضا دارد اثبات جرم سخت و دشوار باشد. مانند جرم موضوع ماده ۶۴۳ ق. م. ا کتاب تعزیرات که درباره جرم ازدواج با زن شوهردار است^{۲۱} همین گونه ماده ۵۳۷ ق. م. ا کتاب تعزیرات که برای احراز تحقق جرم استفاده از عکس های کارت شناسایی و اوراق هویت، قید عالماً و عامداً را برای احراز وقوع جرم لازم می داند. به طور کلی در چنین مواردی که قانون گذار این دو قید را به کار برده است، قاضی ناگزیر است جدای از احراز عنصر مادی عنصر روانی را با گواه و اماره هایی احراز کند. (جانی پور و عباسی، ۱۳۹۲: ۳۵) بر خلاف جرم هایی که عنصر مادی آن ها می تواند نشان از عنصر روانی و تقصیر باشد. روشن ترین نمونه این سخن، جرم توهین است؛ زیرا چنان چه اثبات شود کسی که متهم به جرم توهین است الفاظ

^{۲۱}. در جرم جعل نمونه های زیادی مانند این ماده قید عالماً و گاه فقط عامداً آورده شده است. مانند تبصره ماده ۵۲۵ مواد، ۵۳۵، ۵۲۷ و ... تصریح به این دو قید (که در حوزه تقصیر قرار دارد) دلالت می کند که قانون گذار خواستار احراز جرم از سوی مدعی وسخت گیری در احراز آن است.

رکیک به کار برده یا حرکت‌های زشت درباره‌ی شاکی انجام داده‌است. سوء نیت وی از این رفتاری که انجام داده‌است، از نظر عرف احراز می‌شود مگر این که او ادعای جهل به معنای واژه‌ای که به کار برده یا حرکتی که انجام داده، بکند. در این هنگام، اوست که باید ادعای جهل خود را احراز کند؛ زیرا فرض این است که به کارگیری چنین واژه‌ها یا انجام این گونه حرکت‌ها وهن آمیز است. در این هنگام عرفاً سوء نیت به عنوان تقصیر جرم احراز می‌شود.

اکنون این پرسش به میان می‌آید، در جرم‌هایی که قانون‌گذار صریحاً احراز عنصر مادی را اماره تقصیر می‌داند (مانند عمل نوعاً جنایت آمیز یا کشنده) یا جرم‌هایی که ادبیات و قرائن قانونی یا نوع عنصر مادی جرم (مانند توهین) چنین اقتضایی دارد، آیا امکان اثبات خلاف وجود دارد؟

در پاسخ گفته می‌شود این جرم‌ها دو دسته‌اند. در برخی از آن‌ها امکان اثبات خلاف وجود دارد مانند قتل عمد موضوع بند ب ماده ۲۹۰ ق.م.ا که در تبصره ۱ همین ماده به آن تصریح شده‌است. دسته دوم امکان اثبات خلاف وجود ندارد؛ مانند رابطه جنسی با دختر زیر شانزده سال (اندروآلت‌من، پیشین). در حقوق ایران از نظر برخی حقوق دانان جرم صدور چک پرداخت شدنی از این دسته شمرده شده‌است (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۱: ۳۷۴). درواقع در این دست جرایم همان گونه که پیش از این نیز گفته شد، به طور اساسی رخداد مجرمانه بی‌نیاز از وجود تقصیر است.

گفتنی است جرم‌هایی که قانون‌گذار احراز عنصر مادی را صریحاً اماره تقصیر می‌داند بی‌گمان در شمار جرایم بدون تقصیر هستند؛ ولی در جرم‌های دسته دوم که چنین تصریحی وجود ندارد و از نوع عنصر مادی جرم می‌توان عنصر روانی را به دست آورد مانند توهین، بی‌تقصیر شمردن آن‌ها جای خرده‌گیری دارد و اگر بخواهیم آن‌ها را بی‌تقصیر بدانیم بدین معناست که دشواری و سنگینی بار اثبات عنصر روانی به عنصر مادی منتقل شده و قاضی «می‌تواند» با احراز عنصر مادی به وجود عنصر روانی منتقل شود و بدین معنا، بدون تقصیر است. به دیگر سخن، می‌توان گفت جرم‌های بدون تقصیر به دو دسته قانونی و قضایی بخش‌بندی می‌شوند. دسته نخست جرم‌هایی هستند که قانون‌گذار صریحاً تحقق عنصر مادی را اماره مجرمیت قرار داده‌است و قاضی «باید» وجود عنصر مادی را دلیل عنصر روانی و اماره مجرمیت بداند. مانند جرم ماده ۴۹۹ ق.م.ا (کتاب پنجم) یعنی عضویت در دسته‌ها یا جمعیت‌های که هدفشان بر هم زدن امنیت کشور است. در این ماده قانون‌گذار مقرر کرده‌است:

هر کس در یکی از دسته‌ها یا جمعیت‌ها یا شعب جمعیت‌های مذکور در ماده ۴۹۸ (یعنی ضد امنیت) عضویت یابد به سه ماه تا پنج سال حبس محکوم می‌گردد مگر این که ثابت شود از اهداف آن بی‌اطلاع بوده‌است.

در این ماده قانون‌گذار به روشنی اقدام به عضویت را اماره تحقق جرم قرار داده و اثبات خلاف را به عهده شخص گذاشته‌است.

اما؛ دسته دوم جرم‌هایی است که قاضی «می‌تواند» عنصر روانی را از تحقق عنصر مادی به دست آورد و از یکی به دیگری منتقل شود بی آن که قانون گذار چنین چیزی از او خواسته باشد. پذیرش نقش و تأثیر تقصیر بر تحقق جرم و مسئولیت کیفری از لحاظ منطقی بر واکنش نیز تأثیر دارد. پذیرش این تأثیر از گذشته تا کنون وجود داشته و دارد. از افلاطون بازگو شده که به عنوان اصل گفته است. «عمل شریک تر مستوجب مجازات بیشتر و عمل کمتر شریک تر مستحق مجازات کمتر است. (کلی، ۱۳۸۲: ۷۷) همان گونه که گفته شد، یک سوی شر به ذهن، روان و قصد فرد باز می‌گردد. بدون توجه به ذهن نمی‌توان عمل را به شر آن گونه که اخلاق و حقوق کیفری اقتضاء دارد توصیف کرد. از لحاظ منطقی نیز هنگامی که تقصیر در پیدایش جرم نقش دارد و دست کم آن را به عمد و غیرعمد تقسیم می‌کند، سزاوارتر است که در واکنش نیز خود را نشان دهد. بهترین گواه به این سخن، تقسیم قتل و جرح به عمد، شبه عمد و خطای محض و تفاوت در واکنش است که برگرفته از درجه تقصیر است.

از دیگر سو، در ق. م. ۱ کتاب اول مواد ۸۹ تا ۹۲ واکنش در برابر رفتار هنجار شکنانه کودکان و نوجوانان را منطبق با سن آن‌ها کرده است که به طور مستقیم با آگاهی و تجربه آنان و در نتیجه بادرجه تقصیر آن‌ها پیوند دارد.

درباره واکنش در برابر کودکان و نوجوانان تا پانزده سال که مرتکب جرم تعزیری می‌شوند طبق ماده ۸۸ از تعبیر «تصمیم» بهره گرفته. تصمیم نوعی واکنش ویژه است و طبق ماده ۸۹ در برابر نوجوانان که پانزده یا هجده سال دارند و مرتکب جرم تعزیری می‌شوند از تعبیر مجازات بهره گرفته است. البته منظور مجازات‌های مقرر در جای خود نیست، بلکه مجازات‌های ویژه ای است که در این ماده مقرر شده است.

همین گونه فرد محکوم با توجه به وضعیت و درجه تقصیر می‌تواند در صدور حکم یا اجرای واکنش از نهادهای ارفاقی بهره‌مند شود؛ مانند آن چه در بند پ ماده ۳۸ ق. م. ۱ کتاب اول مقرر شده یا تغییر در واکنش نسبت به قتل عمد چنان چه موضوع یکی از بندهای ماده ۳۰۲ ق. م. ۱ کتاب سوم باشد.

نتایج

ضرورت تقصیر حلقه پیوند میان حقوق کیفری، اخلاق و انسانی کردن آن است. درهمین راستا کیفر نیز توجیه می‌شود؛ زیرا بر فرض پدید آمدن زیان در اثر رفتار، زیان به تنهایی نمی‌تواند توجیه گر کیفر باشد؛ مگر این که فرد در یک وضعیت ذهنی / روانی ویژه این زیان را پدید آورده باشد. در این هنگام، تقصیر به عنوان یک سازه نظری در حقوق کیفری انسان مدار که از رفتار فرد انتزاع می‌شود، موجب قبح فعل می‌شود. فعل به خودی خود فاقد هر گونه معنا و ارزش است. زدن، زدن و شکستن، شکستن است، در اصطلاح این‌ها افعال جوارحی هستند در برابر افعال جوانحی. این قصد و نیت فاعل است که به عنوان افعال جوانحی به افعال جوارحی معنای اخلاقی و مجرمانه می‌بخشد و موجب توصیف آن

به قبح یا حسن و انطباق با عدل و ظلم می‌شود. این سخن، بدین معناست که جهان بدون وجود ذهن و وجود متعقل و دانا معنایی ندارد و افعال جوارحی هم به عنوان بخش فیزیکی و مادی جهان نیز چنین است.

بنابراین، نمی‌توان فعل مجرمانه را از تقصیر جدا کرد و فعل را جدای از تقصیر جرم دانست. تقصیر روح جرم است و از لحاظ منطقی این است که مرتکب را شایسته سرزنش و دارای مسئولیت کیفری می‌کند. جرم بدون تقصیر معنایی ندارد و در این هنگام، آن چه رخ می‌دهد رخدادی خطرناک و آسیب زا بیش نیست؛ بدین روی در وضعیت‌هایی چون دفاع مشروع که از آن به عنوان عامل موجهه جرم یاد می‌شود و همین گونه وضعیت‌هایی که از آن زیر عنوان موانع تحقق مسئولیت یاد می‌شود. در هر دو، به طور یکسان جرم رخ نداده است و تفکیک میان این دو وضعیت درست نیست؛ بدین روی عنوان موانع تحقق مسئولیت کیفری جایگاهی ندارد، بلکه باید به جای آن از موانع تحقق جرم یاد کرد و این خود مایه به میان آمدن مسائل متفاوتی در حوزه حقوق کیفری خواهد شد. در پی آن، اصطلاح مسئولیت کیفری بدون تقصیر یعنی جرائمی که قانون گذار صریحاً یا با نوع عنصر مادی جرم یا ادبیات خود تحقق عنصر مادی را اماره تقصیر و مسئولیت کیفری می‌داند. در این هنگام، اثبات خلاف گاه پذیرفته و گاه پذیرفته نمی‌شود. چنان چه نقش تقصیر در تحقق جرم پذیرفته شود، پذیرش آن برای تحقق مسئولیت کیفری، سزاوارتر است.

منابع

- استفانی، گاستون؛ لواسور، زرز و بولوک، برنار (۱۳۷۷). حقوق جزای عمومی. ۲ جلد. چاپ اول. ترجمه حسن دادبان. تهران: انتشارات دانشگاه علامه طباطبائی.
- آلمن، اندرو (۱۳۸۶). درآمدی بر فلسفه حقوق، ترجمه بهروز جندقی. قم: انتشارات موسسه آموزشی و پژوهشی امام خمینی.
- جانی پور، مجتبی و عباسی، مراد (۱۳۹۲). بررسی مسئولیت مطلق از منظر حقوق کیفری و فقه امامیه با تأکید بر مسئولیت پزشک. نشریه علمی پژوهشی فقه و حقوق اسلامی، ۳ (۶)، ۶۸-۲۳.
- حائری یزدی، مهدی (۱۳۶۱). کاوش‌های عقل عملی. تهران: موسسه مطالعات و تحقیقات فرهنگی.
- رستمی، هادی (۱۳۹۳). جرم‌انگاری و کیفرگذاری در پرتو اصول محدودکننده آزادی در نظریه لیبرال. پژوهشنامه حقوق کیفری، ۵ (۱)، ۵۵-۸۱.
- ریتزر، جورج (۱۳۸۹). نظریه جامعه‌شناسی در دوران معاصر. ترجمه محسن ثلاثی. تهران: انتشارات علمی.
- ریچلز، جیمز (۱۳۸۹). فلسفه اخلاق. ترجمه آرش اخگری. تهران: موسسه انتشارات حکمت.
- سمیعی، حسین (۱۳۳۳). حقوق جزا. چاپ چهارم. بی‌جا.
- شاملو، باقر و کاظمی جویباری، مهدی (۱۳۹۴). پست مدرنیسم و بازاندیشی مفهوم جرم. پژوهش حقوق کیفری، ۴ (۱۲)، ۶۸-۴۳.
- شاهچراغ، سیدحمید (۱۳۹۱). بررسی تطبیقی مسئولیت مطلق کیفری در حقوق ایران با نگرشی بر نظام حقوقی کامن‌لا. مجله حقوقی دادگستری، ۷۶ (۷۸)، ۷۷-۱۱۴.
- صادقی فسایی، سهیلا و پروین، ستار (۱۳۹۰). جرم: برساخته ذهنیت، گفتمان و قدرت. فصلنامه پژوهش حقوق عمومی، ۱۳ (۳۳)، ۲۴۲-۲۲۰.
- عبداللهی، اسماعیل (۱۳۸۹). درس‌هایی در فلسفه کیفری: مسئولیت بدون تقصیر در نظام حقوقی ایران و انگلستان. چاپ اول. تهران: انتشارات خرسندی.
- فلچر، جورج پی (۱۳۸۴). مفاهیم بنیادین حقوق کیفری. ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی. مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
- قاسم زاده، سیدمرتضی (۱۳۹۰). الزام‌ها و مسئولیت مدنی بدون قرارداد. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

کاظمی خراسانی، محمدعلی (۱۴۰۶). فواید الاصول (تقریرات درس محمدحسین نائینی). تحقیق رحمت الله رحمتی، قم: دفتر نشر اسلامی.

کلی، جان (۱۳۸۲). تاریخ تئوری حقوق در غرب. ترجمه محمد راسخ. تهران: انتشارات طرح نو.

گسن، رمون (۱۳۹۱). مفهوم جرم‌شناختی بزه (تازه‌های علوم جنایی). ترجمه شهرام ابراهیمی، تهران: بنیاد حقوقی میزان.

گسن، رمون و نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین (۱۳۷۹). آیا جرم وجود دارد؟، مجله تحقیقات حقوقی، ۳ (۲۹-۳۰)، ۴۱-۱۰۲.

گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۳). ادله اثبات دعوا. تهران: بنیاد حقوقی میزان.

مصباح یزدی، محمدتقی (۱۳۶۶). آموزش فلسفه. جلد ۱. تهران: سازمان تبلیغات اسلامی.

الموسوی الخمینی (۱۳۶۳). تحریر الوسیله. جلد دوم، تهران: مکتبه العلمیه.

میلانی، علی‌رضا و عبدالکریمی، مصطفی (۱۳۹۴). درآمدی بر مسئولیت کیفری بدون تقصیر، فصلنامه مطالعات علوم اجتماعی، ۱ (۱)، ۷۲-۸۸.

میرسعیدی، سیدمنصور (۱۳۸۳). مسئولیت کیفری. جلد ۱ (قلمرو و ارکان). تهران: میزان.

میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۱). جرایم علیه اموال و مالکیت. تهران: میزان.

نجفی ابرندآبادی، علی‌حسین و گلدوزیان، حسین (۱۳۹۵). جرم‌شناسی پست مدرن و رویکرد آن به جرم و علت‌شناسی جنایی. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، ۶ (۲۳)، ۹-۴۶.

هومن، حیدرعلی. شناخت روش علمی در علوم رفتاری. تهران: انتشارات طاعتی.

ابن منظور (بی تا). لسان العرب. المجلد الخامس، القاهرة.

حسنی، نجیب (۲۰۰۶). النظریه العامه للقصده الجنائی. القاهرة: دارالنهضة العربی.

الخویی، ابوالقاسم (بی تا). مبانی التکمله المنهاج، جلد ۲، نجف.

المظفر، محمدرضا (۱۳۷۰). اصول الفقه. المجلد الاول. قم: مرکز انتشارات دفتر تبلیغات اسلامی.