



نشریه حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پانزدهم



تبیین مفهوم و جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق کیفری فرانسه، سوئیس و ایران

دکتر محمود روح‌الامینی^۱ ✉

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۵/۲/۲

چکیده

برخی از حقوق‌دانان جرائم را بر مبنای شیوه ارتکابشان به جرائم مبتنی بر، فعل، ترک فعل و فعل ناشی از ترک فعل دسته‌بندی می‌نمایند. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه عبارت «commission par omission» در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس است. منظور از این اصطلاح این است که آیا جرائمی مانند قتل که اغلب از طریق فعل مادی مثبت ارتکاب می‌یابند از طریق ترک فعل نیز محقق می‌شوند یا خیر. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه مناسب عبارت فوق نیست؛ ترجمه‌ی مناسب این عبارت، اصطلاح «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد. در حقوق کیفری فرانسه همانند حقوق کیفری ایران امکان ارتکاب «جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» محدود به موارد تصریح شده در قوانین می‌باشد ولی در حقوق کیفری سوئیس چنین امکانی به‌طور عام وجود دارد.

واژگان کلیدی: فعل، ترک فعل، جرم مطلق، جرم مقید، رکن مادی

✉ mahmood_r_2003@yahoo.com

۱. استادیار گروه حقوق دانشگاه شهید باهنر کرمان

مقدمه

به باور بسیاری از حقوق دانان یکی از شیوه‌های ارتکاب جرم «فعل ناشی از ترک فعل» است. با این همه در زمینه مفهوم این اصطلاح بین حقوق دانان ایرانی اختلاف نظر عمیقی وجود دارد. به نظر می‌رسد دلیل این اختلاف نظر این است که اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» ترجمه‌ی لغت به لغت واژه‌ی «commission par omission» به کار گرفته شده در حقوق فرانسه و سوئیس می‌باشد؛ حقوق دانان ایرانی اگرچه این واژه را از حقوق کشورهای یاد شده به عاریت گرفته‌اند ولی در تبیین مفهوم آن دقت چندانی ننموده‌اند؛ همین بی‌توجهی سبب تعریف نادرست این اصطلاح در حقوق ایران شده است. برای تبیین اصطلاح «commission par omission» در مرحله‌ی نخست باید به تفاوتی که جرائم مطلق با جرائم مقید به نتیجه دارند، توجه شود. جرائم مطلق یا در قالب فعل ارتکاب می‌یابند یا در قالب ترک فعل: به ندرت جرم مطلق را می‌توان یافت که هم از فعل ناشی شود و هم از ترک فعل. در چنین بستری منظور از فعل، رفتار مادی مثبتی است که فردی در عالم خارج انجام می‌دهد و در اثر ارتکاب آن جرمی محقق می‌شود بی‌آنکه قانون‌گذار به نتایج حاصل از آن فعل توجه داشته باشد (لوترمی و گلب، ۱۳۸۷: ۵۸). در خصوص ترک فعل نیز گفتنی است که قانون‌گذار عدم انجام کاری را بدون توجه به نتایجی که آن عدم انجام می‌تواند به دنبال داشته باشد سرکوب می‌نماید به‌عنوان نمونه مواردی چون خودداری از اعلام جرم به مقام قضایی (لوترمی و گلب، ۱۳۸۷: ۵۸). در قلمرو جرائم مقید به نتیجه مرتکب فعل یا ترک فعلی را انجام می‌دهد ولی نتیجه را وی محقق نمی‌سازد بلکه تحقق نتیجه، نتیجه‌ی قهری رفتار او است که ممکن است محقق بشود و یا محقق نشود. به‌عنوان مثال در جرم قتل، مرتکب عمل مثبت «زدن چاقو» یا عمل منفی «ندادن دارو» را انجام می‌دهد ولی «اذهاق نفس» به‌هیچ‌عنوان در اختیار وی نیست بلکه اذهاق نفس نتیجه قهری زدن چاقو یا ندادن دارو است. بیشتر جرائم مقید به نتیجه از چنان ماهیتی برخوردارند که هم از فعل ناشی می‌شوند و هم از ترک فعل، مثل قتل و تخریب درحالی‌که جرائم مطلق فقط از فعل یا فقط از ترک فعل تشکیل می‌شوند به‌عنوان مثال جرم «گذاشتن زباله در اماکن عمومی» فقط با انجام فعل ارتکاب می‌یابد و یا جرم «عدم کمک به شخص در معرض خطر» فقط با ترک فعل محقق می‌شود. در این نوشتار به‌منظور تبیین اصلاح commission par omission ابتدا به بررسی مفهوم این اصلاح و سپس به بررسی جایگاه آن در حقوق کشور فرانسه، سوئیس و ایران پرداخته می‌شود.

۱. تبیین مفهوم فعل ناشی از ترک فعل

در خصوص مفهوم «commission par omission» در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس اتفاق نظر وجود دارد و منظور این است که آیا جرائمی که علی‌القاعده با فعل مادی مثبت ارتکاب می‌یابند از

طریق ترک فعل نیز محقق می‌شوند یا خیر. در نتیجه مناسب‌ترین ترجمه برای این اصطلاح واژه‌ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد که برخی از حقوق‌دانان ایرانی نیز به کار گرفته‌اند (میر محمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). برخی دیگر از حقوق‌دانان ایرانی مفاهیمی به شرح زیر، برای فعل ناشی از ترک فعل قائل‌اند: «فعل ناشی از ترک فعل» هیچ جایگاهی در حقوق ایران ندارد (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). فعل ناشی از ترک فعل نوع خاصی از ترک فعل می‌باشد (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳)؛ «فعل ناشی از ترک فعل» به مفهوم امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی و تحقق خسارت است (ولیدی، ۱۳۶۳: ۳۰)؛ «فعل ناشی از ترک فعل» به مفهوم امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی است خواه این که خسارتی محقق بشود، خواه نشود (گلدوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۶۰)، فعل ناشی از ترک فعل معادل مصادیق جرائمی است که در قالب تسبیب می‌گنجد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲).

۱.۱. «فعل ناشی از ترک فعل»: ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل

قانون‌گذار هنگام جرم‌انگاری جرائم مقید به نتیجه‌ی عمدی در بیشتر موارد به نوع عملیات اجرایی که منتهی به نتیجه می‌شود اشاره نمی‌نماید. به‌عنوان مثال قتل از جمله‌ی جرائم مقید به نتیجه است حال ممکن است فرد دیگری را از طریق فعل مادی مثبت مانند شلیک گلوله یا از طریق ترک فعل مانند ندادن دارو به قتل برساند. قانون‌گذار فرانسوی در جرم‌انگاری قتل عمدی هیچ اشاره‌ای به نوع عملیات اجرایی منتهی به قتل نمی‌نماید. ماده‌ی ۱-۲۲۱ قانون مجازات فرانسه مقرر می‌دارد «عمل کشتن دیگری به صورت ارادی قتل عمدی است». حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا اصطلاح «عمل کشتن دیگری» ناظر بر فعل است یا ترک فعل را نیز در برمی‌گیرد. همچنین ماده‌ی ۱۱۱ قانون مجازات سوئیس مقرر می‌دارد «هر کس که دیگری را به صورت عمدی بکشد به حداقل ۵ سال حبس محکوم می‌شود». در این ماده نیز قانون‌گذار سوئسی هیچ اشاره‌ای به نوع عملیات اجرایی منتهی به قتل نمی‌نماید. همچنین ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی ایران مقرر می‌دارد «هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت [قتل] ... را داشته باشد». در این ماده نیز مشخص نیست منظور از واژه‌ی «انجام کاری» فقط انجام فعل مادی مثبت است و یا ترک فعل را نیز در برمی‌گیرد. ژان پرادل ذیل گفتاری تحت عنوان «*commission par omission*» می‌نویسد: «وقتی که قانونی نتایج انجام عملی را جرم‌انگاری می‌نماید این پرسش مطرح می‌گردد که اگر این نتایج از یک ترک فعل حاصل شد آیا ما می‌توانیم این ترک فعل را شبیه فعل پیش‌بینی‌شده در متن قانون بدانیم. به عبارت دیگر آیا یک جرم مبتنی بر فعل می‌تواند از یک ترک فعل نیز حاصل شود؟» (Pradel, 2010a: 298). از نظر پرادل منظور از فعل ناشی از ترک فعل این است که آیا ما

می‌توانیم ترک فعل را شبیه فعل بدانیم. در همین خصوص استاد برنارد بولک^۱ در گفتاری تحت‌الشعاع «commission par omission» می‌نویسند: «نتایجی که معمولاً از انجام یک فعل حاصل می‌شود در پاره‌ای از موارد می‌تواند از یک «ترک فعل ساده» نیز حاصل بشود. بدین ترتیب قتل و جراحات که از شلیک یک گلوله حاصل می‌شوند می‌توانند از یک ترک فعل نیز حاصل بشوند». وی در ادامه پرسش مطرح‌شده توسط استاد پرادل را مطرح و می‌نویسد: «آیا مرتکب قتل ناشی از ترک فعل نیز باید به همان مجازات تعیین‌شده برای مرتکب قتل ناشی از فعل محکوم بشود؟ به‌عنوان مثال اگر به‌جای شلیک گلوله ما به کودکی غذا ندهیم و وی به همین دلیل بمیرد آیا ما با ترک فعل مرتکب قتل عمد شده‌ایم؟» (Bouloc, 2011: 213)؛ بنابراین در حقوق فرانسه در مواردی که قانون‌گذار نوع عملیات اجرایی را مشخص نمی‌نماید تردیدی وجود ندارد که آن جرم از طریق فعل محقق می‌شود ولی در خصوص تحقق آن از طریق ترک فعل تردید وجود دارد. در چنین بستری است که حقوق‌دانان فرانسوی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را به کار می‌برند و منظور آن‌ها این است که آیا ترک فعل را می‌توانیم همسنگ فعل بدانیم. به عبارت دیگر آیا امکان تحقق جرائم مقید به نتیجه از طریق ترک فعل نیز وجود دارد یا خیر. یکی از پرونده‌هایی که حقوق‌دانان فرانسوی در خصوص «فعل ناشی از ترک فعل» به آن استناد می‌نمایند پرونده‌ی مشهور به «محصورشده‌ی پواتیه^۲» است. بر مبنای این پرونده در سال ۱۹۰۱ در شهر پواتیه‌ی فرانسه زنی توسط مادر و برادرش به مدت چندین سال در اتاقی تاریک و بدون پنجره رها می‌شود. در اثر این امر زن یادشده دچار بیماری شده و سلامتی‌اش به‌طور جدی به خطر می‌افتد و در نهایت نیز به خاطر همین صدمات فوت می‌نماید. دادستان شهر پواتیه مادر و برادرخانم یادشده را به اتهام «ایراد قتل عمدی» تحت تعقیب کیفری قرار می‌دهد. با این‌همه دادگاه رسیدگی‌کننده با این استدلال که طبق قوانین کیفری فرانسه «قتل عمدی» فقط با فعل مادی مثبت صورت می‌گیرد و نه ترک فعل حکم به براءة متهمان از اتهام قتل عمدی می‌دهد. حقوق‌دانان فرانسوی در جهت تفسیر رأی یادشده این پرسش را مطرح می‌نمایند که «اگر نتایجی که از یک فعل مجرمانه حاصل می‌شود از یک ترک فعل ناشی شود آیا می‌توان مرتکب ترک فعل را به دلیل نتایج رفتارش مورد تعقیب کیفری قرار داد یا خیر». (PRADEL, 2010a: 30). حقوق‌دانان فرانسوی به‌منظور پرهیز از تکرار این پرسش کلمات «فعل، ناشی از ترک فعل» را از متن سؤال گرفته و در کنار یکدیگر قرار داده‌اند. در حقیقت اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» مخفف پرسش یادشده در بالا است. قانون‌گذار سوئیسی ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات را تحت فصلی با عنوان

1. Bernard BOULOC
2. Sequestré de Poitiers

«commission par omission» مطرح و مقرر می‌دارد «جنایت یا جنحه افزون بر ارتکاب از طریق فعل از طریق ترک فعلی که مرتکب موظف به انجام آن بوده است، نیز ارتکاب می‌یابد». قانون‌گذار سوئسی در بند ۳ ماده‌ی یادشده نیز مقرر می‌دارد، شخصی که موظف به انجام رفتاری بوده ولی آن رفتار را انجام نداده به خاطر نتایج حاصل از این ترک فعل قابل مجازات نیست. با این همه اگر امکان تحقق همین نتایج از طریق فعل وجود داشته باشد و در قانون مجازات نیز جرم تلقی شده باشد نتایج حاصل از ترک فعل نیز در این صورت قابل مجازات می‌باشد. بر مبنای ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات سوئیس منظور از فعل ناشی از ترک فعل این است که کلیه‌ی جنایت‌ها و جنحه‌ها خواه مطلق، خواه مقید به نتیجه، هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابند؛ بنابراین مفهوم اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق سوئیس کاملاً مشخص می‌باشد و با مفهوم بیان‌شده در حقوق فرانسه همخوانی کامل دارد. اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» هم در حقوق فرانسه و هم در حقوق سوئیس تنها در قلمرو جرائمی کاربرد دارد که امکان تحقق آن‌ها هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل وجود دارد؛ بنابراین در قلمرو جرائمی که فقط از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابند باید اصطلاح «جرم ناشی از ترک فعل ساده» را به کار برد و نه اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل را؛ مثلاً ماده‌ی ۱-۴۳۴ قانون مجازات فرانسه که «عدم اعلام وقوع جرم به مقام قضایی» را جرم انگاری می‌نماید «ترک فعل ساده» را تشکیل می‌دهد زیرا این جرم فقط از طریق ترک فعل امکان تحقق دارد یا جرم «عدم ثبت‌نام کودک در مراکز آموزشی توسط والدین» نیز مصداق «ترک فعل ساده» می‌باشد نه «فعل ناشی از ترک فعل». در حقوق ایران استاد حسین میرمحمدصادقی ذیل عنوان «ارتکاب جرائم فعلی از طریق ترک فعل» می‌نویسند: سؤالی که در این بخش باید به آن پردازیم این است که آیا جرائم علیه تمامیت جسمانی اشخاص به‌ویژه قتل که معمولاً با افعال مثبتی مثل چاقو زدن، پرتاب کردن از بلندی ارتکاب می‌یابند، ممکن است در شرایط خاص با ترک فعل، مثلاً غذا یا آب ندادن و نظایر آن‌ها ارتکاب یابند یا خیر؟ (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). به نظر می‌رسد استاد میرمحمدصادقی از ترجمه‌ی لغت به لغت اصلاح «commission par omission» فاصله گرفته و به ترجمه‌ی مفهومی این اصطلاح روی آورده‌اند. در همین زمینه یکی دیگر از حقوق‌دانان در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق بی‌آنکه متعرض اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» شود ذیل عنوان «ترک فعل به‌مثابه عمل کشنده» به طرح این پرسش می‌پردازند که «رفتار مجرمانه قتل غالباً به‌صورت فعل است اما در اینکه آیا می‌توان ترک فعل را عمل کشنده و تارک را قاتل به‌شمار آورد، اختلاف نظر است» (حاجی ده‌آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۳). با این همه وی خاطر نشان می‌سازد «حقوق‌دانان این بحث [ترک فعل به‌مثابه عمل کشنده] را در جزای اختصاصی ذیل مبحث رفتار

مجرمانه قتل مطرح کرده‌اند» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۶). نویسنده‌ی یادشده در ادامه می‌افزاید «این بحث به‌طور کلی و فارغ از این‌که جرم ارتكابی قتل است یا جرم دیگری، در حقوق جزای عمومی نیز مطرح شده است. نویسندگان حقوق جزای عمومی آنگاه که از عنصر مادی جرم صحبت می‌کنند، در کنار فعل و ترک فعل، موضوع «فعل ناشی از ترک فعل» را مطرح می‌کنند که در مواردی دقیقاً بر بحث ما منطبق است» (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۱: ۲۷۶) همان‌گونه که ملاحظه می‌شود نویسنده‌ی یادشده به‌خوبی یادآور می‌شوند که پرسش مطرح‌شده توسط ایشان به بحث «فعل ناشی از ترک فعل برمی‌گردد» و پرسش ایشان به نظر می‌رسد همان پرسش مطرح‌شده توسط حقوق دانان فرانسوی در بحث راجع به «commission par omission» می‌باشد. یکی دیگر از حقوق دانان ایرانی تعریفی از فعل ناشی از ترک فعل ارائه می‌دهد که با تعریف ارائه‌شده توسط حقوق دانان فرانسوی سازگاری کامل دارد. وی در این زمینه می‌نویسد «جرائم معمولاً با فعل مثبت تحقق پیدا می‌کنند مانند سرقت، کلاهبرداری ولی برخی از جرائم، هم با فعل ایجابی به وقوع می‌پیوندند و هم با ترک فعل، نظیر قتل و سایر اشکال صدمات جسمانی. در صورتی که این‌گونه جرائم با ترک فعل واقع شود، به آن جرم ترک فعل دارای نتیجه و یا جرم فعل ناشی از ترک فعل می‌گویند» (کریمی، ۱۳۸۷: ۱۵۹). این تعریف بیان‌شده از فعل ناشی از ترک فعل دقیقاً همان تعریف ارائه‌شده از این اصطلاح در حقوق فرانسه است.

۲.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ تحقق نتیجه در اثر ترک فعل

برخی از حقوق دانان ایرانی بر این باورند که اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» هیچ جایگاهی در حقوق ایران، ندارد. در این خصوص استاد حسین آقای نی می‌نویسد «اصطلاح [فعل ناشی از ترک فعل] که در آثار بعضی از حقوق دانان کیفری به‌کاررفته است در ظاهر، جایگاهی در نظام قانونی و فقهی ما ندارد و درعین حال مفاهیم و مصادیق آن هم محل اختلاف است» (آقای نی، ۱۳۸۹: ۳۵). همان‌طور که ملاحظه می‌شود ایشان به‌ظاهر منکر وجود فعل ناشی از ترک فعل در حقوق ایران و فقه می‌شود. با این‌همه وی در ادامه می‌نویسد «به نظر می‌رسد پیام حقوقی این اصطلاح این باشد که در باب قتل، نتیجه را باید ناشی از ترک فعل دانست و نه فعلی که به‌طور مستقیم علیه مقتول به انجام رسیده است» (آقای نی، ۱۳۸۹: ۳۵). نویسنده‌ی یادشده به‌هیچ‌عنوان اشاره نمی‌نمایند که چگونه و بر چه مبنایی به این نتیجه رسیده‌اند که قتل هم زمان می‌تواند هم ناشی از فعل باشد و هم ناشی از ترک فعل. مطلب یادشده جای تأمل دارد که چگونه و در چه بستری ممکن است قتلی هم ناشی از ترک فعل و هم ناشی از فعل باشد. با وجود اینکه نویسنده‌ی یادشده بر این باورند که اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل درجایی کاربرد دارد که قتلی هم از طریق فعل و هم از طریق ترک

فعل ارتکاب یافته باشد ولی در ادامه این مطلب را نفی می‌نمایند. وی در این زمینه می‌نویسد «اگر مرتکب ترک فعل و فعل دو نفر باشند و منظور ما از به‌کارگیری اصطلاح فعل ناشی از ترک فعل، مسئول شناختن تارک فعل باشد، اصطلاح زیبا و جامع سبب اقوی از مباشر ما را از استفاده چنین اصطلاحی بی‌نیاز می‌سازد» (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). به نظر می‌رسد برفرض که امکان تحقق قتل هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل باشد بحث سبب اقوی از مباشر به‌هیچ‌عنوان مطرح نمی‌گردد زیرا این بحث درجایی مطرح می‌گردد که مباشر جرم که دست به یک رفتار مادی مثبت زده است فردی است که از نظر کیفری فاقد مسئولیت می‌باشد مانند کودک و مجنون و فردی که مباشر را تحریک و تشویق به انجام رفتار مادی منتهی به قتل نموده شخصی است که از نظری کیفری دارای مسئولیت می‌باشد؛ بنابراین طرح چنین مطلبی جای تأمل دارد. در ادامه نویسنده یادشده اشاره می‌نماید که «اظهار نظر دقیق‌تر در خصوص این اصطلاح که به نظر می‌رسد از نظام‌های حقوقی دیگر به عاریت گرفته‌شده، مستلزم بررسی مصادیق مختلف آن است» (آقایی نیا، ۱۳۸۹: ۳۵). با این همه این نویسنده‌ی هیچ اشاره‌ای نمی‌نماید که این اصطلاح از کدام نظام حقوقی به عاریت گرفته‌شده و در آن نظام چه مفهومی دارد.

۳.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ نوع خاصی از ترک فعل

به نظر برخی از حقوق‌دانان ایرانی فعل ناشی از ترک فعل «نوع خاصی از ترک فعل است که لازمه‌ی تحقق آن، تحقق نتیجه‌ی مجرمانه‌ی خاصی است» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن‌تر شدن منظورش مثالی را بیان می‌نماید. به نظر وی «نگهبان نظامی که محل نگهبانی خود را ترک می‌کند، اگر نتیجه‌ی زیانباری (مانند حمله دشمن یا شکست نیروهای خودی) نداشته باشد، فقط ترک فعل کرده است، اما اگر در پی این ترک کردن، نیروهای دشمن نفوذ کنند و خساراتی به نیروهای خودی وارد کنند، رفتار وی مصداق «فعل ناشی از ترک فعل» است که مجازاتش باحالت نخست متفاوت است» (سلطانی، ۱۳۹۱: ۱۴۳). گفتنی است در برخی موارد «ترک فعل» از سوی شخصی که موظف به انجام کاری بوده است سبب کمک و یا مساعدت به شخص دیگری می‌شود که قصد انجام جرمی را دارد. در چنین بستری دو فرض قابل تحقق می‌باشد: فرض نخست حالتی است که بین مرتکب ترک فعل و مرتکب فعل هیچ وحدت قصدی وجود ندارد. در چنین فرضی اگر ترک فعل صورت گرفته‌شده به‌صورت خاص جرم‌انگاری شده باشد مرتکب یادشده فقط برای ارتکاب آن ترک فعل قابل مجازات می‌باشد در غیر این صورت ترک فعل ارتکابی اصلاً قابل تعقیب کیفری نیست. در فرض دوم اگر بین مرتکب ترک فعل و مرتکب فعل وحدت قصد وجود داشته باشد عمل مرتکب ترک فعل به جهت مساعدت و تسهیل وقوع جرم

«معاونت در جرم تلقی» و تحت این عنوان قابل تعقیب کیفری می‌باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌شود بین این مفهوم بیان‌شده از فعل ناشی از ترک فعل و مفهوم بیان‌شده از آن در حقوق فرانسه و سوئیس تفاوت فاحشی وجود دارد.

۴.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ امتناع عمدی از انجام وظایف قانونی و تحقق خسارت

به نظر برخی از حقوق‌دانان «هرگاه [شخصی] عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع نموده و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود مسئولیت چنین شخصی از نظر حقوق جزا تحت عنوان (جرم فعل ناشی از ترک فعل) مطرح خواهد شد» (ولیدی، ۱۳۶۳: ۳۰). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن شدن بحث چند مثال را بیان می‌نماید. به نظر وی مواردی چون خودداری عمدی پزشک از معالجه و مداوای بیماری که بر پزشک کاملاً مشخص و معلوم است یعنی او می‌داند که ترک معالجه آگاهانه او سبب شدت بیماری و یا فوت بیمار خواهد شد؛ و یا مادری که عمداً و آگاهانه از شیر دادن به طفل شیرخوار خویش خودداری می‌کند و کودک در اثر گرسنگی فوت می‌کند، مصداق فعل ناشی از ترک فعل است (همان: ۳۰). این تعریف از فعل ناشی از ترک فعل دارای سه ویژگی است: نخست عمل مرتکب باید مبتنی بر ترک فعل باشد و سپس این‌که از ترک فعل خسارتی ایجاد شود که ایجاد آن خسارت یا آسیب جرم‌انگاری شده باشد و در پایان ترک فعل عمدی و با آگاهی به تحقق خسارت باشد. به نظر می‌رسد در این مفهوم فعل ناشی از ترک فعل فقط در قلمرو جرائم مفید به نتیجه محقق می‌شود. در چنین بستری تعریف فعل ناشی از ترک فعل به تعریف بیان‌شده در حقوق فرانسه و سوئیس نزدیک می‌شود. همچنین این نویسنده می‌افزاید «از دیدگاه حقوق جزا این پرسش را می‌توان مطرح ساخت آیا افرادی که از نظر اجتماعی و یا برحسب قانون مکلف به انجام وظایف خاصی هستند، هرگاه آگاهانه از طریق ترک فعل موجب نقص عضو و یا مرگ دیگری بشوند می‌توان آن‌ها را به جرم ارتکاب نقص عضو و یا قتل مجازات کرد؟» (همان: ۳۰). این پرسش دقیقاً همان پرسش مطرح‌شده توسط استاد ژان پرادل است با این تفاوت که در تعریف استاد پرادل به عمدی بودن جرم هیچ اشاره‌ای نشده است. به نظر می‌رسد از دیدگاه ژان پرادل فعل ناشی از ترک فعل هم می‌تواند در قلمرو جرائم عمدی و هم در قلمرو جرائم غیرعمدی مصداق داشته باشد حال آنکه از نظر این نویسنده فعل ناشی از ترک فعل فقط در قلمرو جرائم عمدی امکان‌پذیر است. به نظر می‌رسد این نویسنده در تبیین مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» به شدت از حقوق فرانسه الهام گرفته است زیرا پرسش‌های مطرح‌شده و حتی مثال‌های انتخاب‌شده توسط وی دقیقاً همان پرسش‌ها و مثال‌هایی است که توسط حقوق‌دانان فرانسوی مطرح‌شده است. با این همه، باید توجه داشت که پرسش یادشده در حقوق فرانسه در یک بستر

خاصی مطرح شده است و تنها با شناسایی این بستر است که می‌توان پی به مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» برد، نویسنده‌ی یادشده هیچ اشاره‌ای به این بستر ننموده است. در حقیقت «هرگاه [شخصی] عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع بنماید و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود» نمی‌توان گفت که مسئولیت چنین شخصی از نظر حقوق جزا تحت عنوان (جرم فعل ناشی از ترک فعل) مطرح می‌شود بلکه تنها در صورتی می‌توان این ادعا را پذیرفت که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل نیز وجود داشته باشد و قانون‌گذار تحقق آن نتایج از طریق فعل را نیز جرم‌انگاری نموده باشد زیرا ممکن است جرم مقید به نتیجه‌ای از طریق ترک فعلی که مرتکب موظف به انجام آن بوده است صورت بپذیرد ولی امکان تحقق آن نتیجه از طریق فعل وجود نداشته باشد یا اگر چنین امکانی وجود داشته باشد قانون‌گذار تحقق آن نتایج از طریق فعل را جرم‌انگاری ننموده باشد؛ بنابراین در مواردی که شخصی عمداً از انجام وظایف قانونی خود امتناع می‌نماید و در نتیجه‌ی آن جرمی واقع شود سه فرض قابل تصور می‌باشد: فرض نخست مصداق حالتی است که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل به هیچ‌عنوان وجود ندارد. در حقوق فرانسه چنین فرضی مصداق «ترک فعل ساده» است نه «فعل ناشی از ترک فعل». فرض دوم مربوط به موردی است که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل وجود دارد ولی قانون‌گذار تحقق آن نتیجه از طریق فعل را جرم‌انگاری ننموده است. چنین فرضی نیز در حقوق فرانسه مصداق «ترک فعل ساده» است. فرض سوم باحالتی ارتباط پیدا می‌نماید که امکان تحقق نتایج حاصل از ترک فعل از طریق فعل نیز وجود دارد و قانون‌گذار نیز تحقق آن نتایج از طریق فعل را نیز جرم‌انگاری نموده است. در حقوق فرانسه تنها این فرض مصداق بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌باشد.

۵.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ امتناع از انجام وظایف قانونی خواه این که خسارت محقق

بشود، خواه نشود

استاد ایرج گلدوزیان ذیل بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌نویسد: «به جرم فعل، با ارتکاب عمل و جرم ترک فعل که نتیجه خودداری از عمل است، نوع دیگری می‌توان اضافه کرد و آن مربوط به موردی است که جرم انجام‌شده یا اقدام به ارتکاب فعل غیرقانونی در شرایطی است که مرتکب خود قانوناً مکلف به حفظ ارزش‌هایی چون جان و مال و آزادی دیگران باشد» (گلدوزیان، ۱۳۹۱ الف: ۱۶۰). بر مبنای این تعریف مرتکبان جرائم را به دو دسته می‌توان تقسیم کرد: نخست جایی که مرتکب جرم هیچ وظیفه‌ی قانونی در قبال حفظ ارزش نقض شده نداشته است و سپس درجایی که مرتکب در قبال ارزش نقض شده مسئولیت داشته و موظف به حفظ آن ارزش بوده است.

نویسنده‌ی یادشده در ادامه به بیان مصادیق فعل ناشی از ترک فعل می‌پردازند و به جرم پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۶۳۳ قانون مجازات اسلامی به‌عنوان یکی از این مصادیق اشاره می‌نمایند. بر مبنای این ماده «هرگاه کسی شخصاً یا به دستور دیگری طفل یا شخصی را که قادر به محافظت خود نمی‌باشد در محلی که خالی از سکنه است رها نماید محکوم خواهد شد». به نظر نویسنده‌ی یادشده «در اینجا قانون‌گذار صرف عمل رها کردن طفل یا عاجز را صرف‌نظر از نتیجه‌ی حاصله مستوجب مجازات دانسته است؛ زیرا اشخاص قانوناً نسبت به اطفال خود هم حق و هم تکلیف به حضانت دارند. به‌علاوه نقض مفاد قانون خودداری از کمک به مصدومین و کسانی که در معرض خطر جانی قرار دارند نیز موجب مسئولیت کیفری است. حال کسی که به‌جای کمک به اطفال و افراد عاجز، آنان را درجایی خالی از سکنه رها کند، فعل مجرمانه‌ای را مرتکب شده که ناشی از عدم انجام وظایف قانونی او است». همان‌طور که نویسنده‌ی یادشده خود نیز به‌صورت ضمنی اشاره می‌نماید در فرض این ماده مرتکب به دلیل انجام یک فعل یعنی عمل رها کردن مورد تعقیب کیفری قرار می‌گیرد. همچنین گفتنی است که با وجود اینکه حضانت تکلیف والدین است ولی هیچ ضمانت اجرای کیفری برای موارد نقض این تکلیف در حقوق کیفری ایران پیش‌بینی نشده است. در فرض وجود ضمانت اجرای کیفری می‌توان از تعدد معنوی سخن به میان آورد: نخست نقض تکلیف حضانت که مبتنی بر ترک فعل است و سپس رها کردن طفل که مبتنی بر فعل است. همان‌طور که می‌دانیم رها کردن طفل در مفهوم ماده‌ی ۶۳۳ یادشده جرمی مطلق است با این‌وجود نویسنده‌ی یادشده درصدد آن است که به نحوی نشان بدهند که عمل رها کردن خود نتیجه‌ی جرم دیگری است یا به‌عبارت‌دیگر وی درصدد آن است که نشان بدهد که جرم رها کردن حتی در مفهوم ماده‌ی ۶۳۳ جرمی مقید به نتیجه است. به نظر می‌رسد ایشان هم به‌صورت ضمنی می‌پذیرد که بحث فعل ناشی از ترک فعل در جرائم مقید به نتیجه حاصل می‌شود. باوجوداینکه نویسنده‌ی یادشده به‌خوبی بیان می‌نمایند که فعل ناشی از ترک فعل درجایی صادق است که «مرتکب خود قانوناً مکلف به حفظ ارزش‌هایی چون جان و مال و آزادی دیگران باشد» ولی به نظر می‌رسد مثال مناسبی را برای تبیین نظرشان انتخاب نمی‌نمایند. همان‌طور که می‌دانیم صرف ترک فعل را در حقوق جزا نمی‌توانیم جرم انگاری بنماییم زیرا این امر مغایر با رعایت اصل آزادی‌های فردی است. در حقیقت ترک فعل هنگامی می‌تواند عنوان مجرمانه پیدا بنماید که انجام رفتار ترک شده برای مرتکب الزامی باشد؛ بنابراین نمی‌توان فردی را برای ترک رفتاری مجازات کرد که وی موظف به رعایت آن نبوده است. همان‌طور که در بالا توضیح داده شد رها کردن طفل توسط والدین در محل خالی از سکنه جرم مطلق است که می‌تواند منتهی به برخی نتایج نیز بشود؛ مثلاً ممکن است طفل رهاشده در اثر تشنگی یا گرسنگی فوت بنماید و یا طعمه‌ی جانوران وحشی بشود. در چنین



بستری نیز این نتایج حاصل از یک ترک فعل نیست بلکه این نتایج حاصل فعل مثبت رها کردن طفل در محل خالی از سکنه می‌باشد. گفتنی است به موجب ماده‌ی ۱۷-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه، والدین موظف به مراقبت از فرزندانشان از لحاظ غذایی و بهداشتی و پوششی می‌باشند. حال اگر کودکی بیمار بشود و والدین وی هیچ اقدامی جهت مداوای فرزندشان ننمایند و وی فوت بنماید در چنین فرضی است که می‌توان گفت فوت کودک نتیجه‌ی یک ترک فعل است و در چنین بستری است که در حقوق فرانسه و سوئیس بحث فعل ناشی از ترک فعل مطرح می‌گردد. نویسندگی یادشده در ادامه به ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی (بخش تعزیرات) به‌عنوان یکی دیگر از مصادیق فعل ناشی از ترک فعل اشاره می‌نماید. وی در این خصوص می‌نویسد «کسی که به موجب ماده‌ی ۵۰۱ قانون مجازات اسلامی مکلف به حفظ نقشه‌ها یا اسرار است، اگر در حفظ نقشه‌ها یا اسرار قصور کرد، به تکلیف خود عمل ننموده است. حال اگر همان شخص، نقشه‌ها یا اسرار را به شخص دیگری تسلیم نمود نفس تسلیم آنچه را که ناشی از خودداری از حفاظت و تکلیف به نگهداری است، مستوجب کیفر می‌باشد». گفتنی است نویسندگی یادشده بدون هیچ‌گونه استدلالی ماده‌ی ۵۰۱ را به‌عنوان مصداق فعل ناشی از ترک فعل معرفی می‌نماید. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد این ماده از دو قسمت تشکیل شده است: قسمت نخست مربوط به حالتی است که کسی در اثر قصور نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری تسلیم می‌نماید؛ در چنین فرضی جرم ارتكابی غیرعمدی است. قسمت دوم ماده مربوط به حالتی است که فردی با علم نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری تسلیم می‌نماید؛ در چنین فرضی جرم عمدی تلقی می‌شود. به نظر می‌رسد نمی‌توان گفت که تسلیم عمدی نقشه‌ها یا اسرار نتیجه‌ی نقض تعهد حفاظت از اسرار هست بلکه برعکس نقض تعهد حفاظت در نتیجه‌ی تسلیم اسرار یا نقشه‌ها حاصل می‌شود. به نظر می‌رسد در خصوص این ماده نیز تنها در یک فرض بحث فعل ناشی از ترک فعل را در مفهومی که حقوق دانان فرانسوی و یا قانون مجازات سوئیس مطرح می‌نمایند بتوان مطرح ساخت. همان‌طور که ملاحظه می‌گردد ماده‌ی ۵۰۱ عمل کسی را مجازات می‌نماید که نقشه‌ها یا اسرار را به دیگری (شخص فاقد صلاحیت) تسلیم بنماید. در فرضی که شخصی با انجام فعل مثبت اسرار یا اسناد را به دیگری تسلیم می‌نماید هیچ شکمی نیست که عمل وی مصداق ماده‌ی ۵۰۱ می‌باشد ولی این پرسش را می‌توان مطرح ساخت که اگر فردی از طریق ترک فعل زمینه‌ی تسلیم اسناد یا اسرار را به دیگری فراهم آورد آیا عمل وی مصداق ماده‌ی ۵۰۱ می‌باشد یا خیر. این پرسش از آنجا مطرح می‌گردد که مفهوم واژه‌ی تسلیم مبهم می‌باشد زیرا مشخص نیست منظور از تسلیم عمل تحویل اسرار یا اسناد به دیگری است و یا فراهم آوردن زمینه‌ای که دیگری بتواند از محتوای اسرار یا اسناد مطلع شود. اگر تسلیم را برابر با عمل تحویل بدانیم در این صورت ترک فعل نمی‌تواند مصداق ماده‌ی ۵۰۱ باشد ولی

برعکس اگر تسلیم را برابر با فراهم نمودن زمینه‌ی اطلاع یافتن دیگری به اسناد و اسرار بدانیم در چنین حالتی فرض تحقق جرم پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۵۰۱ از طریق ترک فعل نیز وجود دارد.

۶.۱. فعل ناشی از ترک فعل؛ جرم ناشی از سببیت

به نظر برخی از حقوق‌دانان «مباشرت در جرم» فقط از طریق «فعل» محقق می‌شود ولی «تسبیب در جنایت» هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل ارتکاب می‌یابد (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). این حقوق‌دانان برای توجیه نظرشان به ماده‌ی ۵۰۶ قانون مجازات اسلامی اشاره می‌نمایند که مقرر می‌دارد «تسبیب در جنایت آن است که کسی سبب تلف شدن یا مصدومیت دیگری را فراهم کند و خود مستقیماً مرتکب جنایت نشود به طوری که در صورت فقدان رفتار او جنایت حاصل نمی‌شد مانند آنکه چاهی بکند و کسی در آن بیفتد و آسیب ببیند». این حقوق‌دانان بدون هیچ‌گونه استدلال یا توجیهی می‌نویسند «تمامی مصادیقی که توسط دکتترین به‌عنوان فعل ناشی از ترک فعل قلمداد می‌شوند، در قالب تسبیب قابل تحلیل می‌باشند» (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). گفتنی است طبق ماده‌ی ۵۰۶ مرتکب جرم پیش‌بینی شده در این ماده کسی است که سبب تلف یا مصدومیت دیگری را فراهم کند. همان‌طور که میدانیم هم از منظر تئوری و هم از منظر عملی امکان «سبب تلف یا مصدومیت دیگری» هم از طریق فعل وجود دارد و هم از طریق ترک فعل. با وجود این که مثال بیان شده در ماده‌ی ۵۰۶ فقط ناظر بر «فعل» است به‌صراحت نمی‌توان گفت که امکان ارتکاب جرم پیش‌بینی شده در این ماده فقط از طریق فعل وجود دارد و یا هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل. به نظر حقوق‌دانان یاد شده امکان ارتکاب جرم پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۵۰۶ از طریق ترک فعل نیز وجود دارد. در واقع به نظر این حقوق‌دانان در این ماده ترک فعل معادل و همسنگ فعل است. شاید به همین دلیل باشد که این حقوق‌دانان تمامی مصادیق تسبیب را در قالب بحث «فعل ناشی از ترک فعل» قابل تحلیل می‌دانند (الهام و برهانی، ۱۳۹۴: ۲۰۲). با این همه به طور کلی نمی‌توان گفت که بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در همه‌ی موارد در قالب «تسبیب» می‌گنجد زیرا در مواردی که «تسبیب» فقط از طریق فعل امکان ارتکاب را داشته باشد (ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی) به هیچ‌عنوان بحث «فعل ناشی از ترک فعل» قابل طرح نیست. در پایان بحث مربوط به «مفهوم» فعل ناشی از ترک فعل می‌توان نتیجه گرفت که در حقوق فرانسه و سوئیس اختلاف‌نظر خاصی در خصوص مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» وجود ندارد. برعکس، در حقوق ایران اختلاف‌نظر عمیقی در خصوص مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» وجود دارد و علت اصلی این اختلاف‌نظر نیز ترجمه‌ی نه‌چندان دقیق اصلاح «commission par omission» و عدم تبیین مفهوم دقیق آن است. همان‌طور که گفته شد

مناسب‌ترین معادل برای اصلاح «commission par omission» در زبان فارسی واژه‌ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» می‌باشد؛ بنابراین با پذیرش مفهوم مشترک از «فعل ناشی از ترک فعل» یعنی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به بررسی جایگاه این اصطلاح در حقوق فرانسه، سوئیس و ایران پرداخته می‌شود.

۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل»

در حقوق کیفری فرانسه و سوئیس همانند حقوق کیفری ایران جرائم متعددی وجود دارند که هم می‌توانند از طریق فعل تحقق یابند و هم از طریق ترک فعل. حال در پاسخ به این پرسش که آیا این جرائم فقط از طریق فعل ارتکاب می‌یابند و یا هم از طریق فعل و هم ترک فعل، در حقوق فرانسه قانون مجازات آن کشور در این زمینه ساکت است؛ در سکوت قانون مجازات رویه‌ی قضایی و آموزه‌ی حقوقی به این پرسش پاسخ می‌دهد. در حقوق سوئیس بند ۱ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات آن کشور به صراحت به پرسش یادشده پاسخ می‌دهد. در حقوق ایران در زمان حاکمیت قانون مجازات اسلامی سابق این قانون هیچ پاسخ صریحی به پرسش مطرح‌شده نمی‌داد. در سکوت قانون آموزه‌ی حقوقی این پرسش را تنها در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌ساخت و در خصوص پاسخ به این پرسش نیز اختلاف‌نظرهای عمیقی بین حقوق‌دانان وجود داشت. قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ طی یک نوآوری جالب به صورت صریح، اما محدود، تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» را پیش‌بینی می‌نماید. به نظر می‌رسد برای تبیین جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» مناسب است بین جرائم از یک سو بر مبنای ماهیت آسیبی که وارد می‌آورند و از سوی دیگر بر مبنای عنصر روانی آن‌ها تمایز قائل شد.

۱.۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» بر مبنای ماهیت آسیب

حقوق‌دانان فرانسوی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را در کتب حقوق جزای عمومی به‌طور کلی و صرف‌نظر از جرم خاصی به کار می‌برند و در کتب حقوق جزای اختصاصی در بحث جرائم علیه اشخاص به‌ویژه قتل و خشونت این اصطلاح را به کار می‌برند. به‌عنوان مثال استاد ژان پرادل در کتاب حقوق جزای عمومی خود در خصوص امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» می‌نویسد: «امروزه به‌هیچ‌عنوان نمی‌توانیم بپذیریم که ترک فعل شبیه فعل است و همان آثار فعل را در پی دارد زیرا این امر از یک سو برخلاف اصل تفسیر مضیق قوانین کیفری بوده و از سوی دیگر جرم انگاری از طریق قیاس است و جرم انگاری از طریق قیاس در حقوق کیفری به‌هیچ‌عنوان پذیرفته نیست» (PRADEL, 2010a: 298). با وجود اینکه استاد پرادل جمله‌ی یادشده در بالا را

به‌طور کلی و بدون اختصاص دادن به جرم خاصی بیان می‌دارد ولی در ادامه اشاره می‌نماید که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود ندارد ولی برعکس امکان تحقق جرم خیانت‌درامانت پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۱-۳۱۴ قانون مجازات فرانسه هنگامی که امین از استرداد مال مورد امانت سر باز می‌زند از طریق ترک فعل وجود دارد. ژان پرادل باز موضوع «فعل ناشی از ترک فعل» را در کتاب حقوق جزای اختصاصی خود در بحث «شرایط تشکیل‌دهنده‌ی قتل» مطرح می‌نماید. به نظر وی برای تحقق قتل نیاز به «یک فعل» است و به نظر وی این فعل باید دو ویژگی داشته باشد. یکی از این شرایط مادی بودن فعل است و شرط بعدی این است که فعل مادی یادشده باید یک فعل مثبت باشد و نه یک ترک فعل (PRADEL, 2010b: 30). وی در ادامه یادآور می‌شوند: «این پرسش بارها مطرح‌شده است که آیا قتل می‌تواند از یک ترک فعل نیز حاصل بشود و آیا ما می‌توانیم ترک فعل را معادل فعل قلمداد بنماییم. [وی در ادامه می‌افزاید] این پرسش انعکاس بحث مشهور فعل ناشی از ترک فعل است». همان‌طور که ملاحظه می‌شود استاد ژان پرادل به‌صراحت می‌نویسد که طرح پرسش یاد شده به بحث «فعل ناشی از ترک فعل» مربوط می‌شود (PRADEL, 2010b: 30). باوجوداینکه استاد پرادل در کتاب حقوق جزای عمومی خود به جرم خیانت‌درامانت به‌عنوان یکی از مصادیق «فعل ناشی از ترک فعل» اشاره می‌نماید ولی در کتاب حقوق جزای اختصاصی‌اش هنگام بحث در مورد چگونگی تحقق جرم خیانت‌درامانت به‌هیچ‌عنوان اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را به کار نمی‌برد بلکه صرفاً بیان می‌دارد جرم خیانت‌درامانت هم از طریق فعل و هم از طریق ترک فعل محقق می‌شود. همان‌طور که ملاحظه می‌نماییم از آنجایی که بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در ابتدا در قلمرو جرم قتل مطرح گردیده در نتیجه حقوق‌دانان فرانسوی این اصطلاح را هنگام بحث در مورد جرم قتل عمدی به کار می‌برند نه در مورد سایر جرائم و حتی در کتاب‌های حقوق جزای عمومی بیشتر به جرم قتل عمدی به‌عنوان یکی از مصادیق این اصطلاح می‌پردازند. همچنین به نظر استاد برنارد بولک «ترک فعل تنها در مواردی که قانون‌گذار به‌صراحت پیش‌بینی نموده است می‌تواند ارزشی برابر با فعل داشته باشد و مرتکب را در معرض مجازاتی قرار بدهد که برای مرتکب فعل پیش‌بینی‌شده است» (Bouloc, 2011: 213). نویسنده‌ی یادشده در ادامه برای روشن شدن بحث به ارائه مثال‌هایی در این زمینه می‌پردازد. به نظر وی ماده‌ی ۱۵-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه که عمل به خطر انداختن سلامتی یک کودک (زیر ۱۵ سال) از طریق محروم کردن وی از مواد غذایی و بهداشتی را جرم انگاری می‌نماید مصداق جرم «فعل ناشی از ترک فعل است» (Bouloc, 2011: 213). گفتنی است طبق ماده‌ی یادشده در بالا عمل به خطر انداختن سلامتی کودک هم از طریق فعل «نگه‌داشتن کودک در خیابان‌ها یا زیرگذرگاه‌ها به‌منظور ایجاد حس دلسوزی در مردم و تقاضای

کممک مالی (تکدی گری) و هم از طریق ترک فعل (محرومیت از غذا) امکان تحقق را دارد؛ بنابراین در این ماده ترک فعل همسنگ با فعل قرار داده شده است در نتیجه این ماده مصداق مناسبی برای بحث «فعل ناشی از ترک فعل» است. اگرچه حقوق دانان فرانسوی در خصوص بحث «فعل ناشی از ترک فعل» بر جرم قتل عمدی متمرکز شده‌اند ولی باین همه، این بحث را در مورد جرائم دیگری نیز می‌توان مطرح ساخت. شاید دلیل این که در قلمرو برخی جرائم این بحث مطرح نشده است این است که در چنین جرائمی مانند جرم پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۱۵-۲۲۷ قانون مجازات فرانسه به صراحت ترک فعل همسنگ فعل تلقی شده است در نتیجه جایی برای طرح پرسش وجود ندارد، افزون بر این، بحث «فعل ناشی از ترک فعل» ماهیتاً یک پرسش است و این پرسش هنگامی مطرح می‌شود که قانون ساکت باشد، در نتیجه کاملاً طبیعی است که در مواردی که قانون صراحت دارد این پرسش مطرح نشود. باین همه، این پرسش مطرح می‌شود که چرا بحث «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو جرائم دیگری مانند جرم تخریب که امکان تحقق از طریق ترک فعل را دارد و قانون نسبت به ارتکاب آن‌ها از طریق ترک فعل نیز ساکت است مطرح نشده است. در حقوق کیفری سوئیس برعکس حقوق کیفری فرانسه بحث «فعل ناشی از ترک فعل» توسط قانون‌گذار مطرح شده است؛ بنابراین این بحث در حقوق کیفری سوئیس مبنای قانونی دارد. قانون‌گذار سوئیس در قالب یک فرمول جالب در بند ۱ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات به‌طور کلی امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» را در قلمرو کلیه جنایات و جنحه‌ها پیش‌بینی می‌نماید بی‌آنکه به ماهیت این جنایات و یا جنحه‌ها اشاره بنماید. باین همه، قانون‌گذار سوئیس در بند ۳ ماده‌ی ۱۱ سعی در روشن‌سازی مفهوم بند ۱ می‌نماید. طبق بند ۳ جنایت یا جنحه‌هایی از طریق ترک فعل قابل مجازات می‌باشند که ارتکاب آن‌ها از طریق فعل نیز قابل مجازات باشد؛ بنابراین می‌توان نتیجه گرفت که ماهیت جنایت یا جنحه هیچ اهمیتی ندارد بلکه آنچه اهمیت دارد این است که اگر رفتاری از طریق ترک فعل آسیبی را وارد بیاورد این عمل تنها در صورتی قابل تعقیب کیفری است که یا قانون‌گذار به صراحت آن ترک فعل را جرم شناخته باشد و یا تحقق آن آسیب از طریق فعل را جرم انگاری نموده باشد که در این فرض مصداق بحث «فعل ناشی از ترک فعل» می‌باشد. همان‌طور که ملاحظه می‌نماییم قانون‌گذار سوئیس در بحث «فعل ناشی از ترک فعل» به‌ویژه بر مبنای بند ۳ دو نکته‌ی ظریف را پیش‌بینی می‌نماید: نخست این که ترک فعل در صورتی موجب مسئولیت کیفری می‌شود که مرتکب خواه به موجب قانون یا قرارداد موظف به انجام عمل بوده باشد؛ بنابراین وجود یک الزام قانونی یا قراردادی لازمه‌ی تحقق مسئولیت کیفری است و سپس این که وارد آوردن خسارت موضوع ترک فعل از طریق فعل نیز جرم انگاری شده باشد در غیر این صورت رفتار ارتكابی قابل تعقیب کیفری نیست. به نظر می‌رسد در حقوق کیفری سوئیس برای تحقق «فعل ناشی از

ترک فعل» تحقق دو شرط یادشده ضروری است و ماهیت آسیب وارده شده هیچ اهمیتی ندارد. باین‌همه، بند ۲ ماده‌ی ۱۱ قانون مجازات سوئیس برای تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو اموال تحقق شرط خاصی را ضروری می‌داند. این بند مقرر می‌دارد ترک فعل در قلمرو اموال به شرطی سبب ایجاد مسئولیت می‌شود که مال خسارت‌دیده مورد حمایت قانون کیفری باشد و مرتکب خسارت نیز باید به‌موجب قانون یا قرارداد موظف به حفاظت از آن مال باشد. در حقیقت برای تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» در قلمرو اموال سه شرط باید وجود داشته باشد: نخست این‌که مرتکب خسارت به‌موجب قانون یا قرارداد موظف به حفاظت از مال خسارت‌دیده باشد و از وقوع خسارت وارده ممانعت به عمل نیآورده باشد. به نظر برخی از حقوق‌دانان یکی از شرایط مهم برای تحقق جرم از طریق ترک فعل وجود رابطه‌ی علیت می‌باشد. در چنین بستری باید بین ترک فعل و وقوع جرم رابطه‌ی علیت وجود داشته باشد (Montano, 2005: 11). سپس این‌که مال مورد خسارت تحت حمایت قانون کیفری باشد. در چنین بستری اگر فردی مال مسروقه‌ای را به دیگری بسپارد و وی را موظف به نگهداری از آن بنماید و فرد یادشده از مال مورد بحث مواظبت ننماید و خسارتی به مال یادشده وارد شود سارق نمی‌تواند به استناد ماده‌ی ۱۱ یاد شده مرتکب را به اتهام ایجاد خسارت مورد تعقیب کیفری قرار بدهد زیرا مال یادشده در حمایت قانون کیفری قرار ندارد و در پایان این‌که اگر شخصی همان خسارت را از طریق فعل به وجود بیاورد قابل تعقیب کیفری باشد. به‌طور خلاصه در حقوق کیفری سوئیس برای استناد به ماده‌ی ۱۱ جهت اثبات مجرمیت از طریق «فعل ناشی از ترک فعل» باید ثابت شود که تحقق خسارت به وجود آمده از طریق فعل نیز قابل تعقیب کیفری می‌باشد. در حقیقت شیوه‌ی جرم‌انگاری شیوه‌ی «ارجاعی» است یعنی جرم‌انگاری به‌صورت مستقل نیست بلکه ارجاع به ماده‌ای است که آسیب وارده از طریق فعل را جرم‌انگاری می‌نماید. در چنین بستری است که برخی از حقوق‌دانان بر این باورند که در حقوق کیفری سوئیس «هم بر مبنای آموزه‌ی حقوقی و هم بر مبنای رویه‌ی قضایی فعل و ترک فعل از ارزش یکسانی برخوردارند؛ بنابراین به‌عنوان یک اصل در حقوق کیفری سوئیس هر جرمی می‌تواند هم از یک فعل و هم از یک ترک فعل حاصل بشود» (Montano, 2005: 11).^۱ همان‌طور که گفته شد در حقوق ایران قانون مجازات اسلامی سابق در خصوص بحث «فعل ناشی از ترک فعل» سکوت اختیار نموده بود. در سکوت قانون توجه حقوق‌دانان بیشتر بر مفهوم «فعل ناشی از ترک فعل» متمرکز شده بود تا یافتن جایگاه آن. در چنین بستری آموزه‌ی حقوقی پرسش مربوط به «فعل ناشی از ترک فعل» را به‌صراحت در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌نمود. ماده‌ی ۲۰۶ قانون مجازات اسلامی سابق مقرر می‌داشت «قتل در موارد زیر عمدی است: الف. مواردی که قاتل با انجام

1. https://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/articulos/a_20080526_38.pdf,

کاری ...». عبارت «انجام کاری» در این ماده‌ی سبب طرح این پرسش بود که منظور از اصطلاح «انجام کاری» چیست و آیا این اصطلاح منصرف بر فعل است و یا هم فعل و هم ترک فعل را در برمی‌گیرد. در چنین بستری برخی از حقوق‌دانان بر این باور بودند که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود نداشت و برخی دیگر برعکس بر این باور بودند که امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل نیز وجود داشت (گلدوزیان، ۱۳۸۸ ب: ۱۶؛ میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۲۸). گروه دیگری از حقوق‌دانان همچون استاد امیرخان سپهوند و استاد علی آزمایش بر این باور بودند که از نظر تئوری امکان تحقق قتل از طریق ترک فعل وجود دارد ولی با توجه به اصل قانونی بودن جرم و مجازات چون قانون‌گذار به صراحت بیان ننموده بود که قتل عمد از طریق ترک فعل نیز محقق می‌شود بنابراین از نظر قانونی امکان تحقق قتل عمد از این طریق وجود نداشت (سپهوند، ۱۳۸۹: ۳۹؛ آزمایش، بی تا).^۱ استاد سپهوند در این زمینه به صراحت می‌نویسد از لحاظ تئوری پذیرش و یا عدم پذیرش هر کدام از نظریه‌های فوق تفاوتی ندارد و صرفاً در حد یک تئوری و فرضیه قابل بررسی است و موضوع از دیدگاه «قانونی» قابل توجه است؛ زیرا قاضی هر تصمیمی که اتخاذ می‌نماید باید مستند به دلایل قانونی بوده و در رأی خود نیز آن را بیان نماید در حالی که با مراجعه به قانون مجازات اسلامی و سایر قوانین مرتبط هیچ مستند قانونی راجع به این که سلب حیات از انسان قتل عمدی محسوب شود بدون این که مرتکب عمل مثبت مادی انجام دهد وجود ندارد بنابراین چنانچه شوهری همسرش را به واسطه قتل عمدی فرزندش به دلیل ندادن شیر تحت تعقیب قرار دهد هر چند که اثبات شود که غذای طفل منحصر به شیر مادر بوده اما ایشان از دادن شیر امتناع و در نتیجه‌ی چنین ترک فعلی طفل فوت نموده است به لحاظ فقدان نص قانونی امکان تعقیب مادر به عنوان مرتکب قتل عمدی وجود ندارد» (سپهوند، ۱۳۸۹: ۳۸) اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه نیز در نظریه‌ی مشورتی شماره‌ی ۱۰۹۸/۷-۱۷/۲/۱۳۷۵ در مورد امکان تحقق قتل عمدی از طریق ترک فعل چنین اظهار نظر می‌نماید «همان‌گونه که قتل در اثر ارتکاب فعل مانند جرح و خفه کردن و نظایر این‌ها تحقق می‌یابد، ممکن است در اثر ترک فعل هم محقق شود مثلاً اگر مادری که تعهد شیر دادن فرزندش را کرده است به قصد کشتن طفلش به او شیر ندهد تا بمیرد قاتل محسوب می‌شود» (شاکری و مرادی کندلاتی، ۱۳۸۸: ۱۱۵). همان‌طور که ملاحظه گردید بخشی از آموزه‌ی حقوقی و همچنین اداره حقوقی قوه قضائیه بر این باور بودند که قتل عمدی می‌تواند از ترک فعل نیز ناشی بشود. در چنین بستری است که نویسندگان قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، تحت تأثیر افکار بخشی از حقوق‌دانان و همچنین تحت تأثیر نظریه‌ی اداره‌ی حقوقی قوه‌ی قضائیه که ارتکاب

۱. علی آزمایش. تقریرات دوره کارشناسی دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، به نقل از: حسین آقایی نیا. حقوق کیفری اختصاصی (جرایم علیه اشخاص - جنایات)، چاپ میزان، سال ۱۳۸۹، ص ۴۱.

قتل عمدی از طریق ترک فعل را به رسمیت می‌شناخت، در قالب ماده‌ی ۲۹۵ دست به نوآوری می‌زنند. به نظر می‌رسد این ماده گامی در جهت به رسمیت شناختن «فعل ناشی از ترک فعل» در حقوق ایران می‌باشد (اردبیلی، ۱۳۹۲: ۳۰۳). بر مبنای این ماده «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند این که مادر یا دایه‌ای که شیر دادن را برعهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند». نخستین پرسشی که در اینجا مطرح می‌گردد این است که این ماده چه جرائمی را در برمی‌گیرد؟ بی‌تردید می‌توان گفت که ماده‌ی یادشده ناظر به جرائم مقید به نتیجه است زیرا اصطلاح «به سبب آن، جنایتی واقع شود» نشان از آن دارد که از رفتار مرتکب باید نتیجه‌ای حاصل شود تا این ماده قابلیت اعمال را داشته باشد. گفتنی است جرائم مقید به نتیجه‌ی بسیاری در قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است؛ از جمله‌ی این جرائم می‌توانیم به جرم تخریب اموال، سوزاندن اسناد، قطع درختان و غیره اشاره کرد. حال این پرسش مطرح می‌گردد که آیا ماده‌ی ۲۹۵ ناظر به همه‌ی این جرائم است یا تنها ناظر به برخی از آن‌ها. به نظر می‌رسد ماده‌ی ۲۹۵ فقط ناظر به جرم قتل و جراحات است: نخست به این دلیل که در متن این ماده قانون‌گذار از یکسو اصطلاح «سبب جنایتی شود» را به کار می‌گیرد و از سوی دیگر اصطلاح «حسب مورد عمدی، شبه عمدی یا خطای محض» را به کار می‌برد. این اصطلاحات را قانون‌گذار در سایر مواد قانون مجازات اسلامی فقط در خصوص جرم قتل و جراحات به کار می‌برد و نه جرم دیگری. همچنین قانون‌گذار در ذیل ماده‌ی ۲۹۵ برای روشن شدن منظورش دو مثال بیان می‌نماید که هر دو مثال ناظر بر جرم قتل و ایجاد جراحت می‌باشد. اگرچه در حقوق برخی از کشورها به‌عنوان مثال در حقوق کشور فرانسه موادی با نگارشی مشابه ماده‌ی ۲۹۵ یافت می‌شود ولی باید توجه داشت در حقوق فرانسه این ماده به‌خودی‌خود هیچ ارزشی ندارد مگر این‌که در مواد دیگر به این ماده ارجاع شده باشد تنها در چنین بستری است که چنین موادی معنا و مفهوم پیدا می‌نمایند. اگر بر مبنای روش در پیش گرفته شده در حقوق فرانسه بخواهیم به ماده‌ی ۲۹۵ معنا و مفهوم بدهیم به‌عنوان مثال باید ذیل ماده‌ی ۲۹۰ قانون مجازات اسلامی تبصره‌ای به شرح زیر اضافه بشود: «جرم قتل عمدی همچنین بر مبنای شرایط پیش‌بینی شده در ماده‌ی ۲۹۵ نیز محقق می‌شود». روش دیگری را که قانون‌گذار می‌توانست به کار ببرد تا ماده‌ی ۲۹۵ معنا و مفهوم پیدا بنماید این بود که قانون‌گذار مقرر می‌داشت «هرگاه کسی فعلی که انجام آن را برعهده گرفته یا وظیفه خاصی را که قانون بر عهده او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن جرائم پیش‌بینی شده در مواد ... قانون مجازات

اسلامی^۱ واقع شود مرتکب به مجازات پیش‌بینی شده در همان مواد محکوم می‌شود». در چنین بستری است که دامنه‌ی جرائمی که با ترک فعل محقق می‌شوند کاملاً مشخص می‌شود. به نظر می‌رسد ماده‌ی ۲۹۵ ق.م.ا. نیاز به اصلاح دارد و در حال حاضر دامنه‌ی این ماده حداکثر باید محدود به جرم قتل و جراحات باشد.

۲.۲. جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» بر مبنای عنصر روانی

در خصوص نقش عنصر روانی در تعیین جایگاه «فعل ناشی از ترک فعل» قانون مجازات فرانسه و قانون مجازات اسلامی ایران ساکت می‌باشند ولی برعکس قانون مجازات سوئیس در این زمینه به صورت صریح تعیین تکلیف نموده است. همان‌طور که گذشت آموزه‌ی حقوقی در فرانسه بحث «فعل ناشی از ترک فعل» را تنها در قلمرو جرم قتل عمدی مطرح می‌نماید و در قلمرو قتل غیرعمدی به هیچ‌عنوان این بحث را مطرح نمی‌نماید. در قلمرو جرم قتل غیرعمدی ماده‌ی ۶-۲۲۱ قانون مجازات فرانسه همانند مواد ۶۱۶ و ۷۱۴ قانون مجازات اسلامی ایران صراحت دارد که قتل غیرعمدی هم از بی‌احتیاطی و هم از بی‌مبالاتی حاصل می‌شود. همان‌طور که می‌دانیم منظور از بی‌احتیاطی رفتاری است که مرتکب نمی‌بایسته آن را انجام بدهد ولی انجام داده است در چنین بستری بی‌احتیاطی معادل فعل قرار می‌گیرد. همچنین منظور از بی‌مبالاتی کاری است که مرتکب می‌بایست انجام بدهد ولی انجام نداده است در چنین بستری نیز بی‌مبالاتی معادل ترک فعل قرار می‌گیرد؛ بنابراین در حقوق کیفری فرانسه و ایران قتل غیرعمدی هم از فعل و هم از ترک فعل حاصل می‌شود. به عبارت دیگر قتل غیرعمدی برخلاف قتل عمدی از «فعل ناشی از ترک فعل» نیز حاصل می‌شود. با توجه به این‌که قانون مجازات فرانسه صراحت دارد که قتل غیرعمدی هم از فعل و هم از ترک فعل حاصل می‌شود بنابراین به‌طور طبیعی جایی برای طرح بحث «فعل ناشی از ترک فعل» وجود ندارد و به همین خاطر حقوق دانان فرانسوی در قلمرو قتل غیرعمدی متعرض این بحث نشده‌اند. همچنین قانون مجازات فرانسه در مواد ۱۹-۲۲۲ تا ۱-۲۰-۲۲۲ به جرم انگاری ضرب و جرح غیرعمدی می‌پردازد. بر مبنای این مواد ضرب و جرح غیرعمدی نیز هم از بی‌احتیاطی (فعل) و هم از بی‌مبالاتی (ترک فعل) حاصل می‌شود؛ بنابراین در نظام حقوقی فرانسه امکان ارتکاب ضرب و جرح غیرعمدی از طریق ترک فعل وجود دارد. با این همه، این پرسش باقی می‌ماند در سایر جرائم که قانون‌گذار هیچ اشاره‌ای به عمدی و یا غیرعمدی بودن آن‌ها ننموده است آیا این جرائم فقط در صورت ارتکاب عمدی قابل مجازات می‌باشند و یا هم در صورت ارتکاب عمدی و غیرعمدی. در حقوق کیفری فرانسه به نظر می‌رسد با توجه به پایبندی عمیق حقوق دانان و

۱. تمامی جرائم پیش‌بینی شده در این مواد قابلیت ارتکاب از طریق ترک فعل را دارند.

همچنین رویه‌ی قضایی این کشور به اصل قانونی بودن جرم و مجازات دامن‌هی جرائم غیرعمدی باید محدود به مواردی بشود که قانون‌گذار به‌صراحت با آوردن واژه‌هایی مانند بی‌احتیاطی، بی‌مبالاتی، عدم توجه و عدم دقت آسیب‌های غیرعمدی را جرم انگاری نموده است و در سایر موارد تنها ارتکاب عمدی آن رفتارها قابل تعقیب کیفری باشد. به عبارت بهتر می‌توان گفت در حقوق کیفری فرانسه اصل بر «احصایی بودن» جرائم غیرعمدی است. در حقوق کیفری ایران همانند حقوق کیفری فرانسه مواردی وجود دارد که قانون‌گذار ایرانی رفتاری را در قالب یک ماده‌قانونی جرم انگاری نموده است و همان رفتار را در قالب ماده‌ی دیگری ولی با افزودن واژه‌هایی مانند «بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی» بار دیگر جرم انگاری نموده است. در حقیقت بر این مبنا می‌توان گفت در حقوق کیفری ایران نیز جرائم غیرعمدی احصایی می‌باشند؛ بنابراین؛ اصل بر عمدی بودن جرائم است مگر این که قانون‌گذار با آوردن واژه‌هایی مانند بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی بر غیرعمدی بودن آن جرائم تصریح نموده باشد؛ اما نکته‌ی ظریف و قابل توجه این است که قانون‌گذار ایرانی در برخی جرائم با آوردن واژه‌هایی مانند عالمأ، عامداً، به‌عمد و یا از روی عمد بر عمدی بودن آن جرائم تأکید نموده است. بر این مبنا شاید بتوان گفت که در حقوق کیفری ایران جرائم عمدی احصاء شده‌اند. با توجه به این که در قانون مجازات اسلامی از یک‌سو شاهد «احصایی بودن» جرائم غیرعمدی و از سوی دیگر شاهد «احصایی بودن» جرائم عمدی می‌باشیم بنابراین به‌دشواری می‌توان گفت که اصل بر «احصایی بودن» کدام یک از این جرائم است. در سیاستی جالب و قابل تأمل قانون‌گذار در مواد ۹۰۱ و ۹۰۵ و ۹۰۷ و ۹۰۸ واژه‌ی «عمداً» و یا واژه‌ی «به‌عمد» را به کار می‌گیرد در حالی که در سایر مواد به‌عنوان مثال ماده‌ی ۹۱۰، ۹۱۱، ۹۱۴ و ... چنین واژه‌هایی را به کار نمی‌گیرد. شاید بتوان گفت که آوردن چنین واژه‌هایی در برخی مواد قانونی و نیاوردن آن‌ها در برخی مواد قانونی دیگر ولی در یک‌فصل امری تصادفی و اتفاقی است. با این همه، همچنین می‌توان گفت در موادی که قانون‌گذار واژه‌ی «عمداً» و یا واژه‌ی «به‌عمد» را به‌کار برده است تنها ارتکاب عمدی آن رفتارها جرم محسوب می‌شود و ارتکاب بدون سوء نیت این رفتارها به‌هیچ‌عنوان نمی‌تواند مجرمانه تلقی گردد ولی در موادی که این واژه‌ها نیامده است اختیار به دادرسان سپرده شده است تا بر مبنای اوضاع و احوالات، وقوع جرم با سوء نیت یا حتی ارتکاب آن رفتار بدون سوء نیت را جرم تلقی بنمایند؛ بنابراین اگر فردی به اتهام «آتش زدن محصول زراعی دیگری» موضوع ماده‌ی ۹۰۱ ق.م.ا. مورد تعقیب قرار بگیرد و در دفاع از خود اذعان بنماید که وی در آتش زدن محصول زراعی دیگری سوء نیت نداشته و این امر نیز بر دادگاه ثابت گردد بر مبنای ماده‌ی ۹۰۱ قابل تعقیب کیفری نیست زیرا طبق این ماده برای تحقق جرم پیش‌بینی شده در این ماده مرتکب باید سوء نیت داشته باشد حال آنکه چنین متهمی سوء نیت ندارد. برعکس اگر فردی به اتهام «چراندن محصول دیگری» یا

«تخریب باغ میوه دیگری» موضوع ماده‌ی ۹۱۰ ق.م.ا. مورد تعقیب کیفری قرار بگیرد و در دفاع از خود اذعان بنماید که وی سوء نیت نداشته است و حتی اگر این امر بر دادگاه نیز ثابت شود به نظر می‌رسد که دادگاه می‌تواند وی را به اتهام ارتکاب غیرعمدی رفتار پیش‌بینی‌شده در ماده‌ی ۹۱۰ ق.م.ا. محکوم بنماید. با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت در قانون مجازات اسلامی برخی از جرائم تنها در صورتی قابل مجازات می‌باشند که به‌صورت عمدی ارتکاب یافته باشند و مصادیق این جرائم را قانون‌گذار گاه به‌صورت صریح و گاه به‌صورت ضمنی مشخص نموده است و برخی دیگر هم ارتکاب عمدی و هم ارتکاب غیرعمدی آن‌ها قابل مجازات می‌باشد ولی اختیار زیادی در این زمینه به دادرسان داده شده است. در حقیقت قاضی دادگاه می‌تواند در خصوص این جرائم با این استدلال که متهم سوء نیت ندارد وی را تبرئه بنماید و یا با این استدلال که داشتن سوء نیت لازمه تحقق این جرم نیست وی را به دلیل ارتکاب غیرعمدی همان جرم مورد محکومیت کیفری قرار بدهد. در نتیجه دادرسان از قدرت مانور زیادی در این زمینه برخوردارند. در حقوق کیفری سوئیس همان‌طور که گفته شد ماده ۱۱ صراحت دارد که «جنایت یا جنحه می‌تواند از عدم انجام رفتاری (رفتار منفعل، ترک فعل) که مرتکب موظف به انجام آن بوده است، حاصل شود». پرواضح است که این ماده در ظاهر هیچ تفاوتی میان جرائم عمدی و جرائم غیرعمدی قائل نمی‌شود زیرا این ماده واژه‌ی جنایت یا جنحه را به‌طور عام و کلی به کار می‌گیرد. باین‌همه، ماده‌ی ۱۲ قانون مجازات سوئیس مقرر می‌دارد «جز در مواردی که مقررات مغایر به‌صورت صریح وجود دارد مرتکب جنایت یا جنحه فقط در صورتی قابل مجازات می‌باشد که به‌صورت عمدی عمل نموده باشد». بر مبنای این ماده می‌توان گفت در حقوق کیفری سوئیس اصل بر «احصایی بودن» جرائم غیرعمدی است. قانون‌گذار سوئسی به‌هیچ‌عنوان اصطلاح جرائم غیرعمدی را به کار نمی‌گیرد بلکه واژه‌ی جرائم مبتنی بر «غفلت»^۱ را به کار می‌گیرد. بند ۳ ماده‌ی ۱۲ مقرر می‌دارد هنگامی که مرتکب جنایت یا جنحه ای را در اثر «عدم پیش‌بینی»^۲ انجام می‌دهد تحت «غفلت» مرتکب جرم شده است. واژه‌ی «غفلت» اصطلاحی عام می‌باشد که هم بی‌احتیاطی و هم بی‌مبالاتی را شامل می‌شود. همان‌طور که گفته شد جرائم غیرعمدی در حقوق کیفری سوئیس «احصایی» می‌باشند. از جمله‌ی این جرائم به جرم قتل غیرعمدی (ماده‌ی ۱۱۷ قانون مجازات)، ضرب و جرح غیرعمدی، (ماده‌ی ۱۲۵ قانون مجازات) و آتش‌سوزی غیرعمدی (ماده‌ی ۲۲۵ قانون مجازات) و ... می‌توان اشاره کرد. با توجه به آنچه گذشت می‌توان گفت در حقوق کیفری سوئیس تنها در مواردی که قانون‌گذار به‌صورت خاص ارتکاب عملی به‌صورت غیرعمدی را جرم‌انگاری نموده باشد می‌توان مرتکب آن عمل را مورد

1. Négligence

2. Imprévoyance

تعقیب کیفری قرار دارد. در چنین بستری نیز امکان «فعل ناشی از ترک فعل» وجود دارد. به عبارت بهتر در حقوق کیفری سوئیس در قلمرو جرائم غیر عمدی همانند جرائم عمدی امکان تحقق «فعل ناشی از ترک فعل» به طور کلی وجود دارد.

نتیجه گیری

با دقت در منابع حقوق کیفری ایران به وضوح می توان پی برد که حقوق دانان ایرانی اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» را از حقوق کشور فرانسه و سوئیس به عاریت گرفته اند. پرواضح است که ترجمه ی یک متن حقوقی از یک زبان بیگانه به زبان فارسی مستلزم شناخت کامل نظام حقوقی است که متن مورد ترجمه به آن تعلق دارد. در بسیاری از کشورها مفهوم حقوقی الفاظ و عبارات بامعنای لغوی آن ها تفاوت فاحشی دارد. در نتیجه تفاوت مفهوم حقوقی و معنی لغوی یک اصطلاح ممکن است سبب خلط این دو مقوله در امر ترجمه بشود؛ به نظر می رسد در حقوق کیفری ایران در خصوص ترجمه ی واژه ی «commission par omission» نیز خلط مبحث صورت گرفته است. در نتیجه به منظور اصلاح این خلط مبحث پیشنهاد می شود واژه ی «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به جای اصطلاح «فعل ناشی از ترک فعل» به کار گرفته شود. در چنین بستری می توان گفت جرائم بر مبنای رکن مادی تنها به جرائم مبتنی بر فعل و یا جرائم مبتنی بر ترک فعل دسته بندی می شوند و در چنین بستری اصطلاح «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» مفهوم «commission par omission» به کار گرفته شده در نظام حقوقی فرانسه و سوئیس را پیدا می نماید. از نظر جایگاه قانونی ارتکاب جرائم فعلی از طریق ترک فعل در نظام حقوقی فرانسه رویه ی قضایی این کشور به صراحت نظر می دهد که امکان ارتکاب قتل عمدی از طریق ترک فعل وجود ندارد و آموزه حقوقی نیز با تکیه بر این رأی بر این باور است که «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» فقط در موارد مصرح قانونی ممکن است. در حقوق کیفری ایران نیز به نظر می رسد همانند حقوق کیفری فرانسه امکان «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» فقط در موارد تصریح شده قانونی ممکن است. با این همه در حقوق کیفری سوئیس برخلاف حقوق کیفری فرانسه و ایران امکان «ارتکاب جرائم اغلب مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» به صورت وسیع پذیرفته شده است و در حقوق کیفری این کشور ترک فعل ارزشی برابر و یکسان با فعل دارد البته به شرطی که نتایج حاصل از ترک فعل همسنگ نتایج فعل جرم انگاری شده باشد.



منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، تهران: نشر میزان.
- الهام، غلامحسین و برهانی، محسن (۱۳۹۴)، *درآمدی بر حقوق جزای عموم (جرم و مجرم)*، جلد اول، تهران: نشر میزان.
- آزمایش، علی (بی تا)، *تقریرات دوره کارشناسی*، دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران.
- آقایی نیا، حسین (۱۳۸۹)، *حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص - جنایات)*، چاپ پنجم، تهران: نشر میزان.
- حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۱)، «ترک فعل به مثابه عمل کشنده»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۵۷، ص ۲۷۳-۳۱۴.
- زراعت، عباس (۱۳۹۲)، *حقوق جزای عمومی (۱ و ۲)*، تهران: انتشارات جاودانه، جنگل.
- سپهوند، امیرخان و عسکری، حمید (۱۳۸۹)، *حقوق کیفری اختصاصی (۱) جرائم علیه اشخاص*، تهران: نشر مجد.
- سلطانی، مهدی (۱۳۹۱)، *حقوق جزای عمومی*، جلد نخست، تهران: انتشارات دادگستر.
- شاکری، ابوالحسن و مرادی کندلاتی، اسفندیار (۱۳۸۸)، «بررسی امکان ارتکاب قتل عمدی از طریق ترک فعل در فقه و حقوق کیفری ایران»، *مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی*، شماره ۱، ص ۱۰۷-۱۲۴.
- کریمی، عبدالوهاب (۱۳۸۷)، «ترک فعل به عنوان رفتار مجرمانه»، *مجله معرفت*، شماره ۱۳۴، ص ۱۵۶-۱۷۲.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۸۸ ب)، *بایسته‌های حقوق جزای اختصاصی*، تهران: نشر میزان.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۹۱ الف)، *بایسته‌های حقوق جزای عمومی*، تهران: نشر میزان.
- لوترمی، لورانس و کلب پاتریک (۱۳۸۷)، *بایسته‌های حقوق کیفری عمومی فرانسه*، تهران: نشر میزان.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۵)، «مطالعه تطبیقی ترک فعل به عنوان عنصر مادی جرائم علیه اشخاص»، *مجله تحقیقات حقوقی*، شماره ۴۳، ص ۱۶۲-۱۳۳.
- میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۳)، *حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص)*، تهران: نشر میزان.
- میلانی، علیرضا (۱۳۹۳)، *حقوق جزای عمومی (۱)*، تهران: نشر میزان.

ولیدی، محمد صالح (۱۳۶۳)، «نگاهی به احکام جرم فعل ناشی از ترک فعل در نظامات کیفری»،
مجله دانشگاه انقلاب، شماره ۳۹، ص ۳۰-۳۳.

Bouloc, Bernard (2011), **Droit pénal général**, Paris: Dalloz.

Cuadrado Ruiz, Maria Angeles (2010), **La commission par omission comme
probleme dogmatique**, Revue électronique de l'Association Internationale
de Droit Pénal, p A-04:1 à A-04:42.

Habchi Magdy (2013), **Le Monde du Droit**. <http://lemondedudroit.fr>.

Montano, Pedro (2005), **Delits d'action et delits d'omission**, L'Euthanasie a
propos de l'affaire terry schiavo aux usa. Université de Fribourg.

Pradel, Jean (2010a), **Droit pénal général**, Paris : CUJAS.

Pradel, Jean (2010b), **Droit pénal spécial**, Paris : CUJAS.