

Criminalization of Omissions in Contradiction of Autonomy and Welfare Principles

Majid Ghourchi-beigi*

Received: 2019/05/08

Accepted: 2019/08/09

Criminalizing of omissions is a controversial issue in criminal law and two predominant legal traditions regarding this matter have arisen. At first, it should be proved whether there is any metaphysical difference between act and omission and then whether this difference is to bring about differentiated punishability. Consequentialism and utilitarian have a different view of deontologist. There are two competing principles regarding Criminalizing of omission: autonomy and welfare principles. On the bases of autonomy principle, the subject of criminal law is the negative obligations and criminalizing the omissions lead to the extension of criminal law's network. Welfare principle's argument insists on the social corporations and responsibility in the society. They believe that criminalization of omission is not related to existence of differences between an act and omission. However when the omissions brought in the criminal law, it will faced with several technical challenges. This article seeks to discuss arguments of these contradictory principles and technical challenges of criminalization of omissions.

Key Words: Criminalization, Act and Omission Doctrine, Autonomy, Welfare, Culpability.

* Assistant Prof of Criminal Law and Criminology, Criminal Law Dept., Faculty of Law and Political Science, Kharazmi University, Tehran, Iran. majid.baygi@khu.ac.ir

واکاوی جرم‌انگاری ترک‌فعل در تقابل دو اصل خودمداری و رفاه

مجید قورچی بیگی*

تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۲/۱۸

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۰۵/۱۸

چکیده

جرم‌انگاری ترک‌فعل در حقوق کیفری، موضوعی چالشی است و سنت حقوقی در این رابطه در نظام‌های حقوقی، متفاوت است. در وهله نخست باید روشن شود که آیا از نظر ماهیت و چیستی، میان فعل و ترک‌فعل تفاوتی وجود دارد یا خیر و در صورت وجود چنین تمایزی، آیا این تمایز موجب می‌شود از نظر سرزنش‌پذیری اخلاقی نیز، ترک‌فعل در مرتبه پایین‌تری از فعل قرار گیرد یا خیر. در این راستا «پیامدگرایان» و «وظیفه‌گرایان» رویکرد مشابهی ندارند. در «پیامدگرایی اخلاقی»، تمایز میان فعل و ترک‌فعل نفی می‌شود در حالی که در «اخلاق وظیفه‌گرا» این تمایز به رسمیت شناخته می‌شود. جرم‌انگاری ترک‌فعل نیز محل تقابل میان دو اصل است؛ اصل «خودمداری» در برابر اصل «رفاه». مخالفان جرم‌انگاری ترک‌فعل، بر مبنای اصل خودمداری اعتقاد دارند موضوع جرم‌انگاری در حقوق کیفری اصولاً تکالیف سلبی یا منفی است و الزام شهروندان به تکالیف ایجابی یا مثبت برخلاف اهداف اولیه حقوق کیفری است و این امر منجر به سلب آزادی بیشتری می‌شود. از دیگر سو، موافقان با تأکید بر اجتناب از خودمداری افراطی و بر مبنای مسئولیت اجتماعی حقوق کیفری، سطحی از همکاری اجتماعی و مسئولیت اجتماعی را برای تحقق خودمداری فردی ضروری می‌دانند؛ همچنین اعتقاد دارند قرار گرفتن ترک‌فعل در مرتبه نازل‌تری از فعل از نظر سرزنش‌پذیری، ارتباطی به اصل جرم‌انگاری یا نامناسب بودن جرم‌انگاری ترک‌فعل‌ها ندارد. این مقاله ضمن بررسی «دکترین فعل و ترک‌فعل» به واکاوی مبانی و اصول رقیب حاکم بر جرم‌انگاری ترک‌فعل و چالش‌های فنی آن می‌پردازد.

واژگان کلیدی: جرم‌انگاری، دکترین فعل و ترک‌فعل، خودمداری، رفاه، سرزنش‌پذیری.

* استادیار گروه حقوق جزا دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه خوارزمی، تهران، ایران.

مقدمه

ترک فعل به دو جهت موضوعی چالش برانگیز است؛ نخست اینکه در مقایسه با فعل ایجابی، این پرسش در خصوص ترک فعل مطرح است که آیا اصل جرم‌انگاری ترک فعل قابل توجیه است و در صورت مثبت بودن پاسخ تا چه حدی و در وهله دوم اینکه آیا تحمیل مسئولیت به ترک فعل‌ها مغایر با اصل «شرط فعل^۱» هست یا خیر؟ (Ashworth and Horder, 2013, p. 99). این اصل بیانگر این است که متهم باید به صورت ارادی کاری را انجام دهد که موجب تحقق رفتار ممنوعه یا نتیجه جرم شود. با این حال آیا می‌توان ترک فعل را استثناء صحیحی بر این اصل دانست؟ و اگر پاسخ به این سؤال مثبت باشد، دلایل مخالفان جرم‌انگاری ترک فعل چیست؟ این اصل که از آن به «مفهوم ارتباطی کنش^۲» نیز تعبیر شده است، ایده‌ای است که توسط فلچر مطرح شده است؛ به طوری که وی اعتقاد دارد متهم می‌بایست به نحو ارادی کاری را انجام دهد که منجر به ایجاد فعل مجرمانه یا نتیجه مجرمانه شود (Fletcher, 2000, p. 266). به عبارت دیگر، موضوع حقوق کیفری و مسئولیت کیفری می‌بایست فعل ایجابی باشد؛ هر چند این اصل خود نیز مورد انتقاد قرار گرفته است. در خصوص کنش انسانی در حقوق کیفری، دو الگو وجود دارد: در «الگوی عینی»، رفتار ارتكابی باید منعکس‌کننده و اعلام‌کننده جرم بوده و رفتار می‌بایست به صورت عینی در زمان وقوع، آشکار و قابل تشخیص باشد؛ به طوری که اگر فرد ثالث بی‌طرفی شاهد رفتار باشد، بتواند رفتار مجرمانه را تشخیص دهد حتی اگر هیچ اطلاعی از قصد مجرم نداشته باشد. در «الگوی ذهنی»، مفهوم کنش انسانی موسع‌تر بوده و بر قصد مجرمانه تأکید دارد؛ به عبارت دیگر، فعل شامل هر نوع حرکت و جنبش جسمی (ژستی) که بیانگر گذار قصد مجرمانه از فکر به عمل باشد، می‌شود. در این الگو، هسته رفتار مجرمانه، قصد نقض ارزشی است که مورد حمایت قانون است. علی‌رغم وجود تفاوت در این الگوها، وجه مشترک تمام آنها در این است که مسئولیت، مستلزم کنش و فعل است و وجود کنش و فعل، شرط لازم تعیین مجازات مستحقانه است (Fletcher, 2000, pp. 115-122).

همان‌طور که گفته شد اصل بر این است که اشخاص به جهت کاری که انجام می‌دهند مسئول هستند. در این رابطه مثال کلاسیکی وجود دارد که همیشه ذکر می‌شود؛ جی.اف. استفان در کتاب تاریخ حقوق کیفری انگلستان (۱۸۸۳) به این موضوع اشاره

کرده است؛ «الف» می‌بیند که دیگری در حال غرق شدن است و قادر به نجات وی هم هست اما «الف» از انجام این کار خودداری کرده و فرد غرق می‌شود. «الف» مرتکب جرمی نشده است. از طرف دیگر، از نظر اخلاقی، فردی که به‌صورت ایجابی سبب وقوع نتیجه‌ای می‌شود در مقایسه با شخصی که با ترک‌فعل، سبب آن نتیجه می‌شود، قابل سرزنش‌تر است؛ نکته‌ای که «دکترین فعل و ترک‌فعل» بر آن تأکید دارد.

این مقاله علاوه بر واکاوی چیستی و گونه‌های ترک‌فعل، الگوهای نظام‌های مختلف حقوقی در خصوص ترک‌فعل (نظام کامن‌لایی در برابر نظام رومی - ژرمنی) و قابلیت سرزنش اخلاقی ترک‌فعل در برابر فعل، به بررسی استدلال‌های نظریه‌های رقیب در جرم‌انگاری ترک‌فعل، اصل خودمداری در برابر اصل رفاه، می‌پردازد. به عبارت دیگر، جرم‌انگاری ترک‌فعل بر مبنای چه اصولی قابل توجیه است و آیا جرم‌انگاری ترک‌فعل‌ها برخلاف اصول حقوق کیفری و نظریه حق‌ها و امری استثنائی است و در مقام ارزیابی، استدلال‌های موافقان و مخالفان توسیع دامنه حقوق کیفری به حوزه ترک‌فعل‌ها مورد تحلیل قرار دهد.

۱. ترک‌فعل: چیستی و گونه‌ها

در تحلیل رفتار در رکن مادی جرم، موضوع ترک‌فعل کمتر مورد توجه و تحلیل قرار داشته است (Hooper and Omerod, 2012, p. 1). ترک‌فعل به معنای انجام ندادن کاری یا به معنی امتناع از ایفای تکلیفی که موضوع حکم قانون‌گذار است، تعریف شده است؛ به عبارت دیگر، آنچه که مدنظر قانون‌گذار است، امتناع از فعل صرف‌نظر از آثار آن است (اردبیلی، ۱۳۹۴، ص. ۳۰۴). لازم به توجه است که جرائم مطلق از حیث نتیجه، یا با فعل ارتکاب می‌یابند یا با ترک‌فعل؛ در حالی که در جرائم مقید به نتیجه، امکان ارتکاب رفتار مجرمانه هم به صورت فعل و هم به صورت ترک‌فعل، وجود دارد (روح‌الامینی، ۱۳۹۶، ص. ۹۴). معمولاً گفته می‌شود که فعل، اظهار ایجابی و ترک‌فعل، اجتنابی انفعالی است و هر دو در زمره رفتار قرار می‌گیرند. در حقوق کیفری آلمان ترک‌فعل به عنوان نفی رفتار توصیف می‌شود. این چنین افتراقی میان فعل و ترک‌فعل ناشی از سنتی مدیریتی است که در آن فعل و کنش انسانی به عنوان «انقباض عضلانی ارادی» تعریف شده است. بنابراین بر اساس این تعریف، ترک‌فعل، فعل نیست؛ هر چند می‌تواند ارادی باشد اما در آن

انقباض عضلانی وجود ندارد (Fletcher, 2000, pp. 421-22).

از دکترین فعل و ترک فعل گاه با عنوان دکترین «فعل و اجازه به انجام دادن» نیز یاد می‌شود.^۳ از این منظر دو نوع ترک فعل^۴ وجود دارد؛ ترک فعل سلبی^۵ و ترک فعل فعال^۶. در ترک فعل سلبی، عامل یا مرتکب برای پیشگیری از حادثه‌ای که در شرف وقوع است، کاری نمی‌کند؛ برای مثال ناظری که می‌بیند کودکی در حال غرق شدن است و از نجات او اجتناب می‌کند. در نوع دوم ترک فعل، عامل یا مرتکب کاری انجام می‌دهد؛ به عبارت دیگر وی با حذف چیزی که مانع از وقوع حادثه بوده است، این امکان را فراهم می‌کند تا اتفاق سیر طبیعی خود را در پیش گیرد؛ برای مثال، پرستاری که دستگاه تنفس بیمار را قطع می‌کند و بیمار در اثر نبود اکسیژن می‌میرد (Moore, 2009, p. 52). به عبارت دیگر، گاه ترک فعل نقض تکالیف قانونی است؛ این نوع از ترک فعل به «نقض وظیفه به اقدام»^۷ موسوم است. برای مثال عدم گزارش جرم به مقام قضایی (موضوع ماده ۶۰۶ قانون تعزیرات) یا استنکاف از اجرای دستور مقام قضایی (موضوع ماده ۵۷۶ قانون تعزیرات) یا عدم تسلیم فرد بازداشتی به مقام قضایی (موضوع ماده ۵۷۴ قانون تعزیرات) یا عدم پرداخت مالیات (بند ۲ ماده ۲۷۴ قانون مالیات‌های مستقیم). در واقع موضوع این‌گونه از مقرره‌های کیفری، الزام به انجام تعهدات و تکالیفی ایجابی یا مثبت است که قانون‌گذار انتظار دارد تا شخص موضوع قانون، آن تعهد یا تکلیف ایجابی را ایفا نماید. این نوع جرائم از حیث نتیجه می‌بایست علی‌القاعده در زمره جرائم مطلق باشند؛ زیرا در چنین مواردی نیازی به وقوع هیچ‌گونه ضرری نیست و مرتکب صرفاً برای ارتکاب چنین نقضی، مجازات می‌شود. در دومین نوع ترک فعل، متهم وظیفه دارد تا از وقوع ضرری، مانند مرگ یا صدمات جسمانی یا هر ضرر دیگری که مدنظر قانون‌گذار است، پیشگیری نماید (Fletcher, 2000, p. 421). این نوع اخیر از ترک فعل که خواستگاه آن حقوق فرانسه بوده است، با عنوان «ارتکاب با ترک فعل»^۸ یا در ادبیات کیفری فارسی با عنوان «فعل ناشی از ترک فعل» مشهور شده است (اردبیلی، ۱۳۹۴، صص. ۳۰۶-۳۰۷). این اصطلاح خود مورد انتقاد قرار گرفته است؛ به طوری که گاه قائل به عدم وجود چنین مفهومی در حقوق کیفری ایران شده‌اند (آقائی‌نیا، ۱۳۸۹، ص. ۳۵) و گاه معادل انتخابی این مفهوم را دقیق ندانسته و «ارتکاب جرائم غالباً مبتنی بر فعل از طریق ترک فعل» (روح‌الامینی، ۱۳۹۶، ص. ۹۵) یا «ارتکاب جرائم فعلی از طریق

ترک فعل» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۵، صص. ۲۸-۳۰) را برای آن پیشنهاد داده‌اند. ماهیت ترک‌فعل چیست؟ وقتی می‌گوییم فردی کاری را انجام نداده است یا آن را ترک کرده است، یعنی چه؟ برای شناخت ترک‌فعل ابتدا لازم است بدانیم که چه چیزی ترک‌فعل نیست. وقتی می‌گوییم کسی کاری را ترک کرده است، بدین معنا است که عامل، کاری نکرده است. از این منظر ترک‌فعل یعنی «عدم انجام» یا عدم اقدام به کاری. در رابطه با ماهیت ترک‌فعل چهار دیدگاه وجود دارد. در دیدگاه نخست، ترک‌فعل به معنای هیچ‌چیز یا عدم انجام است؛ ترک‌فعل، عدم وقوع است. در این دیدگاه، ترک‌فعل جعل و تخیلی مفید است اما از نظر متافیزیکی، تمامیتی قائم‌به‌ذات ندارد. دیدگاه دوم، ترک‌فعل را به‌عنوان امر قابل تقلیل یا تجسم‌یافته به‌عنوان نوعی چیز مثبت، می‌بیند. سومین دیدگاه بیان می‌کند که ترک‌فعل تمامیت یا وجودی سلبی دارد و دیدگاه چهارم ترک‌فعل را متشکل از رویدادهای محتمل و ممکن می‌بیند (Bernstein, 2015, pp. 208-210).

فین‌برگ، در کتاب «صدمه به دیگران» (Feinberg, 1984, p. 159) تحلیلی هنجاری از ترک‌فعل ارائه می‌دهد. از نظر وی ترک‌فعل به تمام موارد «عدم انجام» اشاره نداشته، بلکه ترک‌فعل به مصادیق نسبتاً محدودی قابل اعمال است. از نظر وی اگر «الف» از انجام کار «ب» خودداری کرده و این کار را ترک نماید؛ فروض مختلفی قابل طرح است:

- ۱- «الف» به واقع کار «ب» را انجام نداده است
 - ۲- «الف» فرصت معقولی برای انجام کار «ب» داشته است.
 - ۳- «الف» توانایی انجام کار «ب» را داشته است.
 - ۴- «الف» می‌دانسته که فرصت معقولی داشته و توانایی انجام کار «ب» را داشته است.
 - ۵- انتظار معقولی وجود دارد که «الف» در این شرایط کار «ب» را انجام دهد.
- فرض یک، عدم انجام است که در برابر فعل کامل قرار می‌گیرد. فرض دو، سه و چهار «شرایط فعل احتمالی» نامیده می‌شود. بر اساس فرض دو تا چهار، اینکه کسی هرگز مانع چرخش زمین نمی‌شود یا تخته‌سنگ بسیار سنگینی را بلند نمی‌کند، موجب تعجب نمی‌شود. فرض یک تا چهار می‌تواند به طور کامل تمایز میان «ترک‌فعل» و «عدم انجام» را نشان دهد. فرض پنج، نشان‌دهنده معیار انتظار معقول است. این معیار هنجاری کمک می‌کند تا توضیح دهیم که چرا ترک‌فعل به صورت بنیادی متضمن عدم

اقدام است؛ اگر عدم انجام عامل با فروض یک تا چهار مطابقت دارد، این بدین معنا نیست که وی کاری را ترک کرده است. فرض کنید علی در این فکر است که با چای خود بیسکویت بخورد؛ اما این کار را نمی‌کند. در کابینت منزل وی نیز بیسکویت وجود دارد و وی می‌تواند به راحتی به آن دسترسی یابد و وی هم می‌داند که آن بیسکویت در آنجا قرار دارد؛ عدم انجام وی (عدم برداشتن بیسکویت از درون کابینت) مصداق فروض یک تا چهار است؛ اما آیا انتظاری معقولی وجود داشته است که وی همراه با چای خود بیسکویت هم بردارد؟ پاسخ منفی است. بنابراین نمی‌توان این امر را مصداق عدم انجام تلقی نمود؛ زیرا انتظار اینکه وی همراه با چای خود بیسکویت هم بخورد، انتظار معقولی نیست. بر اساس فرض پنجم معقول است که انتظار داشته باشیم تا «الف» کار «ب» را در آن شرایطی که قرار دارد، انجام دهد. هر چند در اینجا ابهاماتی وجود دارد از جمله اینکه چه زمانی معقول است که انتظار داشته باشیم تا فرد آن کار را انجام ندهد؟ فین برگ سه مبنای برای چنین انتظارات معقولی که عدم انجام را به ترک فعل تبدیل می‌کند، پیشنهاد می‌کند؛ نخست، معقول است تا انتظار داشته باشیم که عامل کاری را که در آن موقعیت «عادتاً» انجام می‌دهد، انجام دهد. دوم، معقول است تا انتظار داشته باشیم تا مردم کاری را بکنند که بر اساس «وظیفه یا تکلیفی خاصی»، باید آن را انجام می‌داده‌اند. معقول است انتظار داشته باشیم تا کاری را انجام دهند که از نظر «اخلاقی، حقوقی یا قراردادی مکلف» به انجام آن بوده‌اند. پس تمام عدم انجام‌ها، متضمن ترک فعل نمی‌تواند باشد. ترک فعل در جایی رخ می‌دهد که انتظار و توقع اجتماعی یا هنجاری از تارک فعل وجود داشته باشد (Feinberg, 1984, p. 159).

تمایز میان فعل و ترک فعل نیز گاه دشوار است؛ هر چند این تمایز مشکل ذاتی تمام اصول اخلاقی است. در خصوص فردی که از چراغ قرمز عبور می‌کند کدام عبارت درست است؟ توقف نکردن در پشت چراغ قرمز (ترک فعل) یا رد شدن از چراغ قرمز (فعل)؟ آیا معیاری برای تمایز میان فعل و ترک فعل وجود دارد؟ آشورت در این رابطه اعتقاد دارد که رفتاری می‌بایست به عنوان ترک فعل تلقی شود که صرفاً قربانی را به «وضعیت طبیعی» خود برگرداند یا به وضعیتی برگرداند که اگر اقدام متهم برای درمان یا نجات نبود، قربانی در آن وضعیت بوده است (Ashworth and Horder, 2013, p. 101). قطع کردن دستگاه کمک‌کننده حیات، ترک فعل تلقی می‌شود زیرا مریض را به وضعیتی

برمی‌گرداند که بدون وجود اقدامات درمانی در آن وضعیت بوده است. این موضوع در معرض مخالفت‌ها و انتقادهای مختلفی قرار گرفته است به ویژه اینکه وضعیت اصلی و اولیه در رابطه با هر عامل یا مرتکب چیست. عده‌ای با تکیه بر تفسیر زبان‌شناختی اعتقاد دارند بعضی از کلمات متضمن فعل و رفتار ایجابی بوده (که از نظر دستوری فعل هستند؛ مانند مضروب کردن) و بنابراین مانع مسئولیت ترک‌فعل می‌شوند و حقوق کیفری نیز باید به این تفکیک احترام بنهد.

۲. قابلیت سرزنش اخلاقی در ترک‌فعل

در این رابطه دو موضوع باید از یکدیگر تفکیک شود؛ نخست اینکه آیا از نظر متافیزیکی تمایزی میان فعل و ترک‌فعل هم وجود دارد یا خیر و در وهله دوم، اگر چنین تمایزی وجود دارد آیا این تمایز بر بار اخلاقی میان فعل و ترک‌فعل هم تأثیر می‌گذارد. آیا کشتن فردی با شلیک گلوله قابل سرزنش‌تر از موقعیتی است که در آن مرتکب از غذا دادن به دیگری خودداری کرده تا از گرسنگی بمیرد؟ آیا هل دادن فردی از روی عرشه کشتی به دریا قابل سرزنش‌تر از نجات ندادن کسی است که دیگری وی را به درون دریا هل داده است؟

در فلسفه بر اساس «دکترین فعل و ترک‌فعل» میان عاملی که فعالانه موجب تحقق نتیجه‌ای شده و عاملی که با ترک‌فعل خود موجب وقوع نتیجه مشابهی می‌شود، تفاوت قائل می‌شوند. تصور کنید من آرزوی مرگ شما را دارم؛ اگر من دست به اقدامی کنشی یا ایجابی برای مرگ شما بزنم قاتل عمد هستم؛ اما اگر شما را در موقعیت خطرناکی دیده و از کمک به شما خودداری نمایم، بر اساس این دکترین من قاتل عمد نیستم. «دکترین فعل و ترک‌فعل» بیان می‌کند که از نظر اخلاقی سبب زیانی شدن بدتر از این است که اجازه بدهیم آن صدمه رخ بدهد (Blackburn, 2000, p. 6). این دکترین خود ترکیبی از دو دکترین دیگر است. نخست نظریه حقه‌ها که بر اساس آن حقه‌های کلی ما سلبی هستند؛ حق بر محروم نکردن از حیات یا مال. همچنین موضوع حقوق کیفری اصولاً این حقه‌های منفی است و تکالیف ایجابی و الزام شهروندان به انجام کار یا رفتار خاص، خلاف اصل است. دوم، مفهوم مسئولیت مبتنی بر رابطه سببیت است؛ به عبارت دیگر ما در برابر کارهایی که سبب تحقق آنها هستیم بیشتر مسئولیم تا در برابر کارهایی

که اجازه می‌دهیم رخ بدهند؛ از نظر اخلاقی توجیه کشتن یک نفر بسیار سخت‌تر از توجیه اجازه دادن مردن یک نفر است. بسیاری بر این باورند که این دکترین از اخلاق درک عام^۹ ناشی می‌شود. به واقع، تکالیف سلبی به عدم ایراد صدمه و زیان قوی‌تر از تکالیف مثبت در پیشگیری از زیان است (Persson, 2013, pp. 69-70).

از نظر روان‌شناسی ریشه چنین تمایزی در ذهن ما بر اساس مفهومی با عنوان «خطای ترک‌فعل»^{۱۰} تبیین می‌شود. خطای ترک‌فعل (در برابر خطای کنش) نوعی خطا یا سوگیری شناختی است. خطای ترک فعل بیان می‌دارد که ما در قضاوت‌هایمان تمایل داریم تا فعل زیان‌بار را در مقایسه با ترک‌فعل زیان‌بار مشابه، بدتر یا غیراخلاقی‌تر قضاوت و ارزیابی نماییم. در این رابطه روان‌شناسان آزمون‌های تجربی مختلفی نیز انجام داده‌اند که وجود چنین تمایزی را نشان می‌دهد (Ritov and Baron, 1990, pp. 76-105, Spranca, Minsk and Baron, 1991, pp. 263-277). زمانی که فعل یا ترک‌فعل منجر به پیامدهای ناگواری می‌شود ما ترک‌فعل یا انفعال را بر کنش یا فعل ترجیح می‌دهیم زیرا نتایج انفعال برای ما آرام‌بخش‌تر است. از نظر پیامدگرایان در فلسفه اخلاق، این تفکیک صحیح به نظر نمی‌رسد هر چند اخلاق وظیفه‌گرا قائل به تفکیک میان فعل و ترک‌فعل است. در واقع در چنین موقعیت‌های، از قبیل «مسئله تراموا»^{۱۱} (Foot, 1967, pp. 5-15)، می‌توان با یک کنش یا فعل مستقیم از وقوع یک اتفاق پیشگیری کرد اما بینش‌مان ما را به انجام چنین کاری ترغیب و تهییج نمی‌کند (دوبلی، ۱۳۹۷، صص. ۴۸-۱۴۳).

ترک‌فعل در مقایسه با فعل کمتر شریانه به نظر رسیده و معذورتر و موجه‌تر است. در حقوق کامن‌لا نیز در صورت نبود فعلی ایجابی، نتیجه معمولاً محقق شده تلقی نمی‌شود؛ زیرا فعل و ترک‌فعل از حیث اخلاقی برابر و یکسان نیستند. این تفاوت اخلاقی مبتنی بر حس مشترک است؛ از این رو مسئولیت برای ترک‌فعل اصولاً امری استثنایی است. هر چند در مقابل عده‌ای هیچ تفاوت تحلیلی عمیقی بین این دو قائل نبوده و در نتیجه بین این دو تفاوت اخلاقی ضروری نمی‌بینند (Elliott and Ormerod, 2008, p. 40). این منتقدان اعتقاد دارند که ترک‌فعل می‌تواند همان فعل عمدی و غیراخلاقی باشد. اگر من مسئول مراقبت و غذا دادن به کسی باشم و از غذا دادن به وی خودداری کنم، ترک‌فعل من به‌طور قطع کشنده خواهد بود. «کاری نکردن» خود روشی برای انجام دادن کارهاست. لازم

به ذکر است که کسانی که در فلسفه اخلاق، «پیامدگرا» محسوب می‌شوند با توجه به اینکه بر مبنای پیامد و نتیجه رفتار در مورد اخلاقی بودن یا نبودن یک رفتار قضاوت می‌کنند، تمایز میان فعل و ترک‌فعل را نفی می‌کنند؛ در حالی که «اخلاق وظیفه‌گرا» قائل به این تمایز است. بنابراین دکتربین فعل و ترک‌فعل بر مبنای اخلاق وظیفه‌گرا قائل به تمایز میان فعل و ترک‌فعل شده و بر این باور است که کشتن قابل سرزنش‌تر از ترک کاری است که نتیجه آن منجر به مرگ می‌شود (Bunnin and Yu, 2009, p. 9).

اصولاً ترک‌فعل در مقایسه با فعل از سرزنش‌پذیری کمتری برخوردار است. از این‌روست که ما به فرد قاتل در مقایسه با کسی که جان دیگری را نجات نمی‌دهد، نگاه متفاوتی داریم. با این وجود از طرف موافقان جرم‌انگاری ترک‌فعل دو سؤال مطرح می‌شود؛ اگر ترک‌فعل از حیث مسئولیت و تقصیر از فعل در مرتبه نازل‌تری قرار دارد اما آیا ترک‌فعل می‌تواند به حدی از سرزنش‌پذیری برسد که در آستانه جرم‌انگاری قرار گیرد؟ و آیا می‌توان موقعیتی را تصور نمود که در آن ترک‌فعل در مقایسه با فعل قابل سرزنش بوده یا کمتر از فعل قابل سرزنش نباشد. شاید مواردی از ترک‌فعل که مبتنی بر وظیفه است را بتوان از این موارد برشمرد؛ برای مثال جایی که والدین از غذا دادن به فرزند خود خودداری کرده تا وی از گرسنگی بمیرد (Ashworth, 2013, p. 31).

۳. استدلال‌های اصل خودمداری و اصل رفاه در جرم‌انگاری ترک‌فعل

جرم‌انگاری ترک‌فعل عرصه تعارض میان ارزش‌های رقیب است (قاسم‌زاده، ۱۳۷۸، صص. ۴۵-۴۸). از یک‌سو، یکی از اهداف حقوق کیفری حفظ آزادی خودمداری است. «خودمداری»^{۱۲} در اندیشه لیبرال به معنای این است که هر فردی باید قادر باشد همان‌طور که می‌خواهد زندگی کند و به همین نحو اجازه دهد، دیگران نیز در جامعه به همان نحوی که می‌خواهند زندگی خود را شکل بدهند. اصل خودمداری فردی در حقوق کیفری بر این نظر است که حقوق کیفری باید بر این مبنا حرکت نماید که اشخاص باید برای رفتارشان مسئول باشند. از سوی دیگر منتقدان این اصل اعتقاد دارند که غالب رفتارهای ما به صورت اجتماعی تعیین می‌شود و به جای اصل خودمداری باید بر اصل دیگری یعنی «رفاه»^{۱۳} متمرکز شود. اصل رفاه بر حمایت از اشخاص و جامعه در جهت خوبی و مصلحتی بزرگ‌تر تأکید دارد. میان کسانی که قائل به گسترش حوزه حقوق

کیفری به ترک فعل هستند و کسانی که مخالف آن هستند، همواره بحث‌هایی وجود داشته است. این تقابل را می‌توان از رهگذر استدلال‌ها و دیدگاه‌های دو شخصیت اصلی در این دو طیف (آندرو آشورث به عنوان موافق جرم‌انگاری ترک فعل بر مبنای اصل رفاه و مسئولیت اجتماعی حقوق کیفری و گلانوئله ویلیامز (Glanville, 1991, p. 86) به عنوان مخالف جرم‌انگاری ترک فعل بر مبنای فردگرایی) مورد شناسایی قرار داد. این تعارض‌ها ریشه در رقابت میان دو ارزش دارد؛ رفاه و وظایف بین‌فردی در برابر خودمداری فردی. آشورث اعتقاد دارد که حقوق باید در مسئولیت کیفری به سمت دیدگاه «مسئولیت اجتماعی» حرکت کند و باید وظایف شهروندی را به رسمیت شناخته و چیزهایی را که بازخواست آن از شهروندان منصفانه است، به رسمیت بشناسد. وی موافق جرم‌انگاری ترک فعل کسانی است که از کمک کردن به دیگران در خطرهای آنی خودداری می‌کنند. گلانوئله ویلیامز که با مبنای دفاع از فردگرایی با وی مخالفت می‌کند اعتقاد دارد بین کشتن و سبب کشتن شدن تفاوت وجود دارد و باید حقوق کیفری بین این دو موضوع تمایز قائل شود (Padfield, 2012, p. 30).

به نظر می‌رسد حقوق ایران که از نظر اصول و بنیادهای حقوقی به نظام حقوق نوشته نزدیک‌تر است، متأثر از چنین نظامی رویکرد رفاه و توسعه‌گرا در جرم‌انگاری ترک فعل را مورد پذیرش قرار داده است^۴ و با تصویب «قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی» (مصوب ۱۳۵۳) و «آیین‌نامه اجرایی قانون مجازات خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی» (مصوب ۱۳۶۴) و اصلاحات بعدی، اقدام به جرم‌انگاری خودداری از کمک به شخص یا اشخاص در معرض خطر، نموده است. «اقدام به جرم‌انگاری خودداری از کمک به شخص یا اشخاص در معرض خطر، نموده است» (قورچی‌بیگی و حسینی، ۱۳۹۵، صص. ۷۸-۸۱). همچنین با تصویب ماده ۲۹۵ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۹۲)، قانون‌گذار به نحوه روشن‌تری با پذیرش رویکرد موسع‌تری ترک فعل در جنایات را مورد پذیرش قرار داده است (حاجی‌ده‌آبادی، ۱۳۹۱؛ صادقی و جودکی، ۱۳۹۵). در حقوق کیفری انگلستان به طور سنتی تمایلی به تحمیل مسئولیت بر تارک فعل وجود نداشته است؛ زیرا همواره این ترس وجود داشته که با جرم‌انگاری ترک فعل‌ها، گستره و شبکه حقوق کیفری گسترش یابد. همان‌طور که لرد دیپلاک با اشاره به داستان «سامری نیکوکار»^۵ از

انجیل لوقا نقل می‌کند؛ رفتار کشیش و فرزند حضرت یعقوب در راه اورشلیم به اریحا به واقع مایه تأسف است اما حقوق کیفری در انگلستان هنوز به مرحله‌ای نرسیده است که این نوع رفتارها را جرم‌انگاری کند (Padfield, 2012, p. 25).

۳-۱. اصل خودمداری و تحدید جرم‌انگاری ترک‌فعل

بر اساس اصل خودمداری استدلال‌های مختلف در خصوص تحدید جرم‌انگاری ترک‌فعل مطرح شده است. مردم نباید ملزم و مجبور به انجام کاری شوند که مایل به آن نیستند به ویژه اگر آن عمل متضمن صرف هزینه و زمان نیز باشد. حقوق کیفری باید به سمت خطاها و رفتارهای ایجابی حرکت کند. هدف اولیه حقوق کیفری، منع مردم از رفتارهای بد است؛ الزام مردم به انجام کاری، هدف ثانویه حقوق کیفری است؛ از این رو شایسته نیست تا مردم را به انجام کاری وادارد. حتی برچسب زدن به تارک فعل به عنوان مجرم در جایی که زبان قانون‌گذار عبارات ایجابی است، منصفانه نیست. با جرم‌انگاری ترک‌فعل، آزادی بیشتری محدود می‌شود. زمانی که ترک‌فعل موضوع حقوق کیفری قرار می‌گیرد؛ یعنی فرد تنها در یک موقعیت خاص می‌تواند با انجام فعلی مشخص از مسئولیت مبری باشد؛ در حالی که زمانی که فعل موضوع حقوق کیفری قرار می‌گیرد؛ فرد دامنه رفتاری وسیع‌تری دارد و هر رفتاری را انجام دهد مسئول نیست مگر اینکه رفتار ممنوعه را مرتکب شود (Herring, 2013, pp. 46-47). دادگاه‌ها نیز تمایل دارند تا مسئولیت برای ترک‌فعل را امری استثنائی تلقی کرده و فقط در موارد خاص و با توجیهات خاص آن را اجرا نمایند. علت اصلی مخالفت این است که وظایف ایجابی برای اقدام^{۱۶} به‌مثابه نوعی تجاوز به آزادی فردی تلقی می‌شود. اصل خودمداری نیز مخالف مسئولیت برای ترک‌فعل است؛ با این استدلال که وظایف عمومی محدودکننده آزادی افراد است؛ زیرا این چنین وظایفی، فرد را مجبور می‌کند تا هر زمان اتفاقی رخ داد به آن واکنش نشان دهد (برای مثال انداختن طناب نجات یا کمک به فرد مصدوم). هر چند از نظر دادگاه‌ها، وجود پیوندهای خانوادگی و تکالیف مفروض داوطلبانه مبنای قابل قبولی برای جرم‌انگاری ترک‌فعل است اما این اشتیاق در نظام تقنینی و قضایی برای جرم‌انگاری وظیفه عمومی کمک به غریبه‌ها وجود ندارد. از نظر موافقان جرم‌انگاری ترک‌فعل، این نظریه مبتنی بر برداشتی به‌شدت فردگرایانه از

اصل خودمداری است (Ashworth, 2013, p. 54).

مسئول تلقی کردن مردم برای ترک فعل‌ها منجر به تشویق دیگران به دخالت در مسائلی می‌شود که به آنها ارتباطی ندارد. برای مثال فرض کنید آیا می‌شود این مسئله را به قانون تبدیل نمود؟ هر کسی که بشوند نوزادی در خانه‌ای که درب آن قفل است در حال گریه کردن است، آن فرد باید درب را شکسته و بررسی نماید که آیا آن نوزاد بیمار است و نیاز به کمک دارد یا خیر؟ مرز میان انسان نیکوکار و همسایه مزاحم در کجاست؟ جرم‌انگاری ترک فعل حتی مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و حاکمیت قانون تلقی شده است. بر اساس اصل قانونی بودن جرم و مجازات و حاکمیت قانون، هنجارهای قانونی و به‌طور خاص، هنجارهای کیفری می‌بایست روشن، غیرمبهم و به گذشته عطف بماسبق نشود. کارکرد اولیه حقوق نیز باید هدایت رفتار مردم باشد و مردمی که موضوع قانون هستند باید توسط قانون راهنمایی شوند. مردم باید بتوانند قانون را بفهمند و قانون نباید مردم را متعجب کرده و نباید به نحوی باشد که مردم در تعارض با آن قرار گیرند. این معیارها و اصول حاکم بر حاکمیت قانون زمانی که در تلاقی با ترک فعل قرار می‌گیرد، با چهار مشکل مواجهه می‌شود: ایجاد موقعیت‌های مبتنی بر وظیفه، علم به قانون، نقش عنصر معنوی و مشکل ابهام (Ashworth, 2013, pp. 66-68).

نخست اینکه فهرست موقعیت‌های وظیفه در حقوق انگلستان کماکان در معرض تفسیر و بسط قضایی است و بنابراین اشخاصی که در موقعیت خاصی گیر افتاده و مداخله نمی‌کنند، نمی‌توانند بدانند که در آن موقعیت خاص مسئول هستند یا خیر. بنابراین به طور حتم ما اگر قائل به این باشیم که قانون کیفری عطف به گذشته نمی‌شود و قوانین کیفری باید متوقف بر هشدار قبلی منصفانه باشد، به رسمیت شناختن موقعیت‌های جدیدی که در آن شهروندان وظیفه به اقدام دارند، به نظر نقض این اصل حقوق کیفری است و با اصل شفافیت و قطعیت حقوق کیفری در تضاد است.

دوم، با توجه به مشکل اول، در خصوص موقعیت مبتنی بر وظیفه، چیزی برای هشدار به مردم وجود ندارد؛ به‌ویژه اینکه باور عمومی گسترده‌ای هم وجود داشته باشد که در رابطه با مراقبت از دیگران، وظیفه قانونی اندکی وجود دارد. در این زمینه جهت‌گیری حقوق کیفری در کامن‌لا با اروپای قاره‌ای متفاوت است. مشکل این است که موقعیت‌های مبتنی بر وظیفه، امری استثنایی است؛ زیرا در حقوق انگلستان قاعده کلی این است که

حقوق کیفری نباید وظیفه مثبت به اقدام را تحمیل نماید. در حقوق انگلستان کمیسیون حقوقی تصمیم گرفته است که قوانین به حدی روشن و قطعی نیستند که بتواند به صورت مجموعه قانونی (در قالب کد) درآیند. گلانوئله ویلیامز به این مسئله انتقاد کرده و می‌گوید: «اگر ما حقوق‌دانان بزرگ در این کمیته دولتی به این نتیجه رسیده‌ایم که جمع کردن قوانین در یک جا و اعلام آن به طور صریح، دشوار است؛ از استون‌ها و دبوین‌سانزهای^{۱۷} عصر کنونی چگونه می‌توان امید داشت که وضعیت حقوقی خود را بشناسند».

سوم، مشکلی است که در خصوص عنصر تقصیر در مسئولیت وجود دارد. حتی اگر موارد موقعیت‌های مبتنی بر وظیفه مشخص بوده و در معرض تفسیر قضایی نیز نبود؛ باز مسئولیت باید محدود به کسانی شود که عالماً نقض وظیفه کرده‌اند. ممکن است تحمیل وظیفه به مراقبت بر اشخاص در موارد خاص بر اساس مبنای بی‌احتیاطی یا غفلت قابل قبول باشد؛ اما غیر از این موارد استثنائی، اعمال مسئولیت بر مبنای بی‌احتیاطی، خطرناک است.

چهارم، یکی از جنبه‌های حاکمیت قانون این است که مردم مستحق هستند تا بدانند که از آنها چه انتظاری می‌رود. ترک فعل در این زمینه چالش‌هایی ایجاد می‌کند بنابراین ترک فعل را بر مفاهیمی چون «معقول» یا «انتظار معقول» مبتنی کرده‌اند. جان رالز اعتقاد دارد همان‌طور که جرم بدون قانون قابل تصور نیست؛ قانون مبهم و غیردقیق نیز این اصل را نقض می‌کند؛ از طرف دیگر، مبهم و غیردقیق بودن، کارهایی که ما می‌توانیم در وضعیت آزادی انجام دهیم نیز ناقض این اصل است. در نتیجه، «آزادی با ترس معقول از اعمال قانون، محدود می‌شود» (Ashworth, 2013, p. 68).

یکی دیگر از دلایل اصلی مخالفت با مسئولیت مبتنی بر ترک فعل این است که در این نوع از مسئولیت، مردم و اقدامات آنها در خدمت منافع جمعی و فردی قرار می‌گیرد. مجازات کردن ترک فعل به نظر می‌رسد نوعی مصالحه و سازش است تا اینکه خودمداری بشری را تقویت کند؛ زیرا این کار ما را وامی‌دارد تا منافع خودمان را برای منافع دیگران سرکوب نماییم و آیا این مغایر با حقوق کیفری به نظر نمی‌رسد؟ (Wilson, 2017, p. 78).

۳-۲. اصل رفاه و توسیع جرم‌انگاری ترک‌فعل

در بستر سنتی و محافظه‌کارانه حقوق کیفری انگلستان، حقوق کیفری از این جهت که نه تنها مردم را ملزم به انجام کارهای خوب نمی‌کند بلکه به دلیل عدم جلوگیری از رفتار بد آن‌ها، مورد انتقاد قرار دارد. آندرو آشورث، از طیف موافقان، در آثار مختلفی به موضوع ترک‌فعل پرداخته است و از موافقان جرم‌انگاری ترک‌فعل است. وی در یکی از مقاله‌های مهم خود با عنوان «قلمرو مسئولیت کیفری در ترک‌فعل» (۱۹۸۹)، بیان می‌کند که «اصل کلی در حقوق کیفری باید این باشد که تنها در صورت وجود وظیفه، تارک فعل می‌بایست مسئولیت داشته باشد؛ زیرا در چنین شرایطی هیچ تمایز اخلاقی بین عدم انجام کاری با پیش‌بینی نتایج بد و انجام کاری با پیامدهای بد قابل‌پیش‌بینی، وجود ندارد» (Ashworth, 1989, p. 426). آشورث اعتقاد دارد که «سطحی از همکاری اجتماعی و مسئولیت اجتماعی هر دو برای تحقق خودمداری فردی هم مفید است و هم ضروری. هر عضوی از اعضای جامعه به‌طور ذاتی ارزشمند است و ارزش زندگی هر شهروندی به‌طور کلی بیشتر از ارزش آزادی موقت شهروند دیگر است» (Ashworth, 1989, p. 431). در نظرگاه او حیات از چنین ارزش‌مبنایی برخوردار است که می‌بایست حفظ شود. حفظ حیات، مصلحت و خوبی عمومی است که بر مصلحت عمومی آزادی عدم اقدام، تفوق دارد. رفتار فردی که دیگری را نجات نمی‌دهد به حدی قابل‌سرزنش است که باید در مورد آن ضمانت اجرای کیفری وجود داشته باشد. وی استدلال می‌نماید که از آنجایی که یکی از اهداف حقوق کیفری ارتقا استانداردهای رفتاری است، رفتارهایی که مانع رسیدن به چنین استانداردهایی می‌شوند باید مسئول شناخته شوند. یک فرد، در صورتی که خطری خودش را تهدید نکند، باید دیگری را نجات دهد. این رفتاری مسئولانه است که از لحاظ اجتماعی باید انجام شود. سایر کشورها نیز در خصوص عدم نجات‌قوانینی را پیش‌بینی کرده‌اند. حتی عده‌ای مانند ویلیام ویلسون اعتقاد دارند که ترک‌فعل از نظر اخلاقی بدتر از فعل است (Wilson, 2017, pp. 78-79). چیزی که از نظر اخلاقی بدتر است پس مهم‌تر نیز هست. بر مبنای نظر آشورث، ترک‌فعل تنها زمانی منجر به مسئولیت می‌شود که وظیفه (برخلاف فعل که در آن نیازی به وظیفه وجود ندارد) وجود داشته باشد. مادر نسبت به تغذیه و مراقبت از نوزاد خود تعهد و تکلیف ایجابی دارد؛ در نتیجه نوزاد نیز حق

ایجابی متقابلی نسبت به مادر داشته تا غذا دریافت کرده و از او مراقبت شود. بنابراین مادر نسبت به نوزاد وظیفه ویژه‌ای دارد که اگر مادر از غذا دادن خودداری نماید، از ایفای وظیفه خود قصور ورزیده است. این موضوع باعث می‌شود تا ترک‌فعل وی همانند کشتن که نقض حقی سلبی (حق بر حیات) است، خطا تلقی شود. در نتیجه همان‌گونه که شهودمان به ما می‌گوید کشتن یک نفر خطایی اخلاقی است به همین منوال نیز شهودمان به ما می‌گوید که اینکه مادری اجازه دهد تا فرزندش در اثر گرسنگی بمیرد، نیز خطایی اخلاقی است. از نظر آشورث، مخالفت با شناسایی مسئولیت برای ترک‌فعل بسیار ساده‌گرایانه است و مواردی متعددی از ترک‌فعل‌ها وجود دارند که مستحق مسئولیت کیفری هستند. ترک‌فعل می‌تواند سبب باشد. ترک‌فعل با این اصل است که هیچ‌کس نباید به جهت کنش جسمانی که انجام نداده است، مسئول تلقی شود، سازگار است. همچنین با این اصل است که هیچ فردی نباید برای رفتار یا نتایجی که سبب ایجاد آنها نبوده است، مسئول تلقی شود، نیز همسوز است. وظایف مثبت و ایجابی به اقدام، به حدی مهم هستند که می‌توانند موضوع مسئولیت کیفری قرار گیرند هر چند این وظایف باید به دقت تعریف شده و به حد کافی قابل فهم باشند (Ashworth, 2013, p. 102).

یکی از مبانی اصلی که آشورث بر آن تکیه دارد «اصل مسئولیت اجتماعی» است؛ وی بر این مبنا، سنت حقوق کیفری انگلستان را به چالش کشیده و موافق مداخله حقوق کیفری در حوزه ترک‌فعل‌هاست. این اصل که گزاره مبتنی بر رفاه است اشعار می‌دارد که جامعه نیازمند سطحی از همکاری و مساعدت متقابل میان شهروندان است. بر مبنای اصل رفاه استدلال‌های قوی وجود دارد که از وظیفه به اقدام به منظور حمایت از دیگران در موقعیت‌های خطرناک، حمایت می‌کند. بسیاری از کشورهای اروپایی عدم کمک به دیگر شهروندان در مواقع خطر را جرم‌انگاری کرده‌اند؛ البته در صورتی که کمک مستلزم خطر برای خود فرد نباشد (برای مثال ماده ۳۲۳c قانون کیفری آلمان) (Bohlander, 2009, pp. 40-42). در مخالفت با این رویکرد موسع حقوق کیفری سه استدلال مطرح شده است. نخست اینکه با چنین مقررره کیفری، به طور غیرقابل اجتنابی، مشخص نیست که انتظار ما از شهروندان چیست؛ در این چنین قوانینی معمولاً از انتظار

معقول صحبت می‌شود اما روشن نیست که چه کاری و در چه زمانی باید انجام شود و معقول تلقی می‌شود. دومین استدلال که مخالفی پیامدگرا است؛ اعمال صلاح‌دیدهای تعقیبی توسط مقام تعقیب را مهم‌ترین عامل مسئولیت کیفری می‌داند. به عبارت دیگر منوط شدن تعقیب متهم به تشخیص مقام تعقیب و با انتقال قدرت مؤثر تصمیم‌گیری و قرار دادن آن در اختیار مقامات اجرای قانون، موجب تضعیف حاکمیت قانون می‌شود. سوم، استدلال شده است که مسئولیت برای ترک فعل در مقایسه با مسئولیت برای فعل، مستلزم توجیهات بیشتری است. گفته می‌شود که علت این موضوع ریشه در تمایز اخلاقی اساسی است که در بین فعل و ترک فعل وجود دارد؛ قابلیت سرزنش در کشتن بیشتر از عدم نجات یا حتی ترک فعلی است که ناقض تعهد مثبت به پیشگیری از مرگ است؛ اما اگر حتی وجود چنین تمایزی را قبول نماییم؛ این تنها فقط ثابت‌کننده این است که ترک فعل‌ها خفیف‌تر از فعل‌ها دیده می‌شوند و از حیث سرزنش‌پذیری، در مرتبه پایین‌تری قرار دارند؛ اما ارتباطی به اصل جرم‌انگاری یا نامناسب بودن جرم-انگاری ترک فعل‌ها ندارد. با توجه به حمایت‌های حاکمیت قانون و اصل هشدار منصفانه، می‌توان مبنایی برای مسئولیت کیفری ترک فعل پیدا نمود؛ هر چند مقتضیات و مرزهای مسئولیت ترک فعل نیازمند بحث‌های بیشتری است. بعضی از وظایف اجتماعی ضروری هستند و وظایف مثبت می‌توانند، در صورتی که برای شهروندان ایجاد صعوبت یا خطر نکند، بر مبنای حمایت از منافع مهم‌تری (مانند حفظ حیات و تمامیت جسمی) توجیه شوند. اصل مسئولیت اجتماعی می‌تواند، در جایی که خطری فرد یاریگر را تهدید نمی‌کند، برای حمایت از عدم کمک به شهروندان در معرض خطر، مبنای قابل قبولی محسوب شود. این کار زمینه‌ای برای تبدیل مردم به محافظان سایه‌به-سایه شهروندان نیست و همچنین به معنای مسئول تلقی کردن متهم در برابر تمام پیامدهای ناشی از ترک فعل نیست (Ashworth, 2013, pp. 54-55).

نتیجه‌گیری

پیرامون ترک فعل نگاه‌های متفاوتی وجود دارد. این تفاوت نگاه‌ها خود موجب ایجاد اختلاف در سنت‌های حقوقی نظام‌های حقوقی، شده است. منشأ این نگاه‌های متفاوت به ترک فعل از کجا سرچشمه گرفته و چه عواملی موجب این اختلاف دیدگاه‌ها

می‌شود؟ عوامل متعددی در این رابطه مؤثر است. نخستین و مهم‌ترین عامل به مسئله چیستی ترک‌فعل برمی‌گردد و اینکه آیا ترک‌فعل از نظر متافیزیکی مساوی با «هیچ‌چیز» است یا خیر. یکی از مسائل بنیادی که شاید در این رابطه بسیار مهم است، شناسایی یا عدم شناسایی تفاوت اخلاقی میان فعل و ترک‌فعل است. آیا بر اساس نتیجه و پیامد رفتار می‌توان در این رابطه قضاوت نمود یا باید بر معیار دیگری تکیه کرد. در این راستا است که پیامدگرایی، برخلاف وظیفه‌گرایی، با نگاه به پیامد رفتار و توجه به نتیجه آن، فارغ از اینکه صدمه بر مبنای فعل ایجاد شده یا ترک‌فعل، میان فعل و ترک‌فعل از این حیث تفاوتی قائل نمی‌شود. همچنین شناسایی نقش ترک‌فعل به عنوان سبب در منظومه پیچیده رابطه سببیت، یکی دیگر از کلیدهای حل این معما است. تمایز فعل از ترک‌فعل و ارائه معیاری که بر اساس آن بتوان این تمایز را قابل تشخیص نمود نیز یکی دیگر از جنبه‌های چالشی این موضوع است. ترک‌فعل را می‌توان به دو گونه ترک‌فعل سلبی و ترک‌فعل فعال تقسیم نمود. در ترک‌فعل سلبی، مرتکب برای جلوگیری از حادثه در شرف وقوع، کاری نمی‌کند و در نوع دوم عامل با حذف چیزی که مانع از وقوع حادثه بوده است، امکانی را فراهم می‌کند تا اتفاق سیر طبیعی خود را در پیش گیرد. از ترک‌فعل فعال، با عنوان فعل ناشی از ترک‌فعل یاد شده است.

حتی زمانی که از این بحث‌ها گذر کرده و به موضوع جرم‌انگاری ترک‌فعل می‌رسیم، باز حقوق کیفری با چالش‌های مختلفی مواجه می‌شود. آیا جرم‌انگاری ترک‌فعل قابل توجیه است؟ آیا حقوق کیفری می‌تواند شهروندان را به انجام تکالیف و وظایف مثبت یا ایجابی ملزم نماید؟ اصولاً موضوع حقوق کیفری در جرم‌انگاری، تکالیف منفی است و هدف اولیه حقوق کیفری منع مردم از رفتارهای بد است. در اینجا نیز ترک‌فعل موضوع دو دسته از اصول رقیب قرار می‌گیرد؛ اصل خودمداری در برابر اصل رفاه. بر مبنای اصل خودمداری، جرم‌انگاری ترک‌فعل؛ آزادی بیشتری را محدود کرده، زمینه دخالت دیگران را در حریم خصوصی فراهم نموده، مغایر با اصل قانونی بودن جرم و مجازات و حاکمیت قانون بوده، منافع جمعی را در خدمت منافع فردی قرار داده و این منافع را برای منافع جمعی سرکوب می‌کند و کنترل رفتار را از اراده‌ی فرد خارج می‌کند و آزادی را با ترس از اعمال قانون، محدود می‌کند. در مقابل

بر مبنای اصل رفاه، این سؤال مطرح می‌شود که آیا مصلحت و خوبی مهم‌تری در برابر آزادی خودمدارانه فرد وجود ندارد؟ ارزش زندگی و حیات از نظر این دیدگاه بر ارزش آزادی عدم اقدام، برتری دارد. این دیدگاه خود را از فردگرایی، به قول خودشان افراطی، دور نموده و بر مسئولیت اجتماعی حقوق کیفری تأکید می‌ورزد و مبنای آن میزانی از همکاری و مساعدت متقابل میان شهروندان را ضروری و مفید می‌دانند. به نظر می‌رسد صرف نظر از چالش‌های جرم‌انگاری و چالش‌های فنی ترک فعل، قانون‌گذار باید در این خصوص به استثنائی بودن مسئولیت کیفری ترک فعل توجه نموده و از توسعه دامنه حقوق کیفری به موقعیت‌هایی که حتی در قانون قابل تعریف و احصا نیست، اجتناب نموده و احتیاط را در این رابطه مورد نظر قرار دهد. همچنین در صورت ضرورت، باید با توجه به اصل هشداردهی منصفانه و اصل شفافیت و قطعیت در حقوق کیفری، به دقت موقعیت موجب مسئولیت را مشخص نماید.

یادداشت‌ها

1. Act requirement
 2. Communicative concept of action
 3. Doctrine of doing and allowing
 4. Allowing
 5. Omissive allowings
 6. Enabling allowings
 7. Breach of a duty to act
 8. Commission by omission, Le délit de commission par omission
 9. Common sence
 10. Omission bias
۱۱. این مسئله اولین بار توسط فیلسوف انگلیسی، خانم فیلیپا فوت (۲۰۱۰-۱۹۲۰)، در سال ۱۹۶۷ و در مقاله‌ای با عنوان «مسئله سقط جنین و دکترین اثر دوگانه» مطرح و توسط افراد مختلف دیگر بازطراحی و سناریوهای جدیدی نیز به آن اضافه شده است. «اصل اثر دوگانه»، روشی برای حل مشاجرات اخلاقی است که در آنها یک عمل دو اثر - یا بیشتر - دارد که یکی از آنها خوب و دیگری بد است. بر اساس این اصل، فاعل اخلاقی هیچ‌گاه مجاز نیست عاقلانه عمل بدی را برای رسیدن به نتایج خوب انجام دهد، اما گاهی - مشروط به شرایطی - مجاز است که عمل خوبی را انجام دهد، علی‌رغم اینکه می‌داند این عمل نتایج بدی را نیز به صورت ناخواسته به دنبال خواهد داشت (والی اصل و جاهد، ۱۳۹۵، ص. ۵۱). مسئله

تراموا فروض مختلفی دارد. در فرض نخست تصور کنید شما راننده قطار تراموا هستید و ناگهان متوجه می‌شوید که قطار شما از ریل خارج شده و ترمزهای آن نیز کار نمی‌کند. ناگهان متوجه می‌شوید که در انتهای مسیر، پنج کارگر در حال کار هستند. شما به هیچ وجه امکان توقف قطار را ندارید و می‌دانید که با این سرعت اگر به آن پنج نفر برخورد کنید، آنها را خواهید کشت. ناگهان متوجه می‌شوید که ریلی انحرافی در سمت راست شما وجود دارد که می‌توانید قطار را به آن سمت هدایت کنید و در انتهای آن مسیر، تنها یک کارگر در حال کار کردن است. شما می‌توانید با فشار دادن اهرمی، مسیر قطار را تغییر داده و به این مسیر فرعی بروید و به جای کشتن پنج نفر تنها یک نفر را به کشتن دهید. از نظر شما کار درست کدام است؟ و اگر شما راننده قطار بودید کدام گزینه را انتخاب می‌کردید؟ فرض دوم؛ در این فرض شما دیگر راننده قطار نیستید بلکه شما یک ناظر هستید که روی پلی که از بالای خط راه‌آهن می‌گذرد، ایستاده‌اید. قطار از پایین مسیر در حال آمدن است و پنج کارگر نیز در انتهای مسیر در حال کار کردن هستند؛ ترمز قطار کار نمی‌کند و قطار اگر به همین مسیر ادامه دهد این پنج کارگر را به کشتن خواهد داد. در این فرض شما راننده نیستید و ناگهان متوجه می‌شوید که در کنار شما مرد چاقی ایستاده است که به پل تکیه داده؛ شما می‌توانید این مرد را هل داده و مسیر قطار را بند آورده و با کشتن دادن وی، جان آن پنج کارگر را نجات دهید. در اینجا شما چه راهی را انتخاب می‌کنید؟ آیا حاضرید این فرد را هل داده و جان پنج کارگر را نجات دهید؟ آیا این دو فرض متفاوت از یکدیگرند؟ نکته جالب اینکه در فرض اول، اغلب افراد ترجیح می‌دهند که با تغییر اهرم و تغییر مسیر قطار یک نفر را در برابر پنج به کشتن داده تا جان پنج کارگر را نجات دهند؛ در حالی که در فرض دوم اغلب این افراد حاضر نیستند یک فرد را به خاطر نجات پنج نفر دیگر قربانی کنند. باید بین اینکه اجازه بدهیم کسی کشته شود با کشتن قاتل شویم؛ اولی یک حرکت منفعلانه و دومی فعالانه است. در اولین مسئله، فرد ناظر بین نجات جان پنج نفر و اجازه مرگ یک نفر یکی از حالات را انتخاب می‌کند؛ اما در مسئله دوم، ناظر با انداختن فرد چاق بر روی ریل در عمل، فعل کشتن را انجام می‌دهد. هر چند عده‌ای بر این باورند که بین این دو فرض تفاوت اخلاقی چشمگیری وجود ندارد و موقعیت هر دو فرض از نظر ساختاری یکسان است که در آن استدلال فایده‌گرایانه منجر به اقدامی می‌شود که با اصول افراد در تضاد قرار می‌گیرد. از این منظر، موقعیتی که در آن منجر به کشتن یک انسان می‌شود با موقعیتی که در آن اجازه دهیم فردی بمیرد نه بدتر است و نه اشتباه‌تر. به عبارت دیگر، به نظر می‌رسد ما می‌توانیم به

نحو پیامدگرایانه ترک فعل را به جهت پیامد خوبش توجیه نماییم در حالی ما نمی‌توانیم فعل را به جهت پیامد خوبش توجیه کنیم.

12. Autonomy

13. Welfare

۱۴. برای تأیید این نظر ر.ک: یزدیان جعفری، جعفر (۱۳۹۳)، بررسی جرم خودداری از کمک به افراد در معرض خطر، فصلنامه حقوق پزشکی، ۳۱، ص. ۱۲۳.

۱۵. سامری نیکوکار داستانی است از انجیل لوقا؛ این داستان بیانگر مفهوم ممنوع است. روزی شخصی از مسیح می‌پرسد، ممنوع یعنی چه و مسیح در پاسخ وی این داستان را روایت می‌کند. «روزی مردی از اورشلیم به اریحا می‌رفت. در مسیر راه عده‌ای راهزن به او حمله می‌کنند و تمام دارایی‌اش را می‌گیرند و او را کتک می‌زنند و به حال خود رها می‌کنند. کاهنی از آن مسیر می‌گذشت اما بدون توجه به آن شخص به راه خود ادامه داد. بعد از او مردی از قبیله لایوان از آن مسیر می‌گذرد و او نیز بدون توجه به مرد زخمی به راه خود ادامه می‌دهد. در آخر مردی سامری از آنجا می‌گذرد و با دیدن مرد مجروح دلش به حال او می‌سوزد. زخم‌های مرد را با روغن و شراب می‌شوید و او را بر روی مرکب خود می‌گذارد و به مهمانخانه‌ای می‌برد و به مهمانخانه‌دار با دادن مبلغی می‌گوید به این مرد رسیدگی کن و من وقتی برگشتم هر چه بیشتر خرج کرده بودی آن را به تو بر خواهم گرداند». بعد مسیح از فقیه سؤال کرد به نظر تو کدام از این سه نفر ممنوع مرد زخمی است. پاسخ داد آنکه به او کمک کرد. مسیح گفت برو و تو نیز چنین کن ر.ک:

<http://notes.feizonline.com/2018/05/good-samaritan>

16. Positive duties to act

۱۷. پرونده Stone and Dobinson, 1977, 2 ALL ER 341، یکی از پرونده‌های مهم در خصوص ترک فعل در حقوق انگلستان است. این پرونده از مصادیق پرونده‌هایی است که در آن متهم به صورت داوطلبانه وظیفه مراقبت را قبول کرده است هر چند ذاتاً (مثل والدین نسبت به فرزندان) چنین وظیفه به مراقبتی برای وی فرض نمی‌شده است. آقای استون و خانم دوینسون زن‌شوهری بودند که خواهر آقای استون به جهت بیماری بی‌اشتهایی عصبی، در نزد آنها زندگی می‌کرد؛ در ابتدا آنها از این فرد مراقبت کرده اما بعدها این مراقبت را قطع کرده و وی در اثر این ترک مراقبت فوت نمود. دادگاه آنها را به قتل غیر عمد ناشی از غفلت فاحش محکوم نمود که مورد تأیید دادگاه تجدیدنظر نیز قرار گرفت.

کتابنامه

۱. آقائی‌نیا، حسین (۱۳۸۹). حقوق کیفری اختصاصی (جرائم علیه اشخاص، جنایات). تهران: نشر میزان.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۹۴). حقوق جزای عمومی. جلد نخست، تهران: نشر میزان.
۳. حاجی‌ده‌آبادی، احمد (۱۳۹۱). ترک فعل به مثابه عمل کشنده. مجله تحقیقات حقوقی، ۵۷، صص. ۲۷۳-۳۱۳.
۴. دوبلی، رولف (۱۳۹۷). هنر شفاف‌اندیشیدن. ترجمه عادل فردوسی‌پور، بهزاد توکلی و علی شهروز، تهران: نشر چشمه.
۵. روح‌الامینی، محمود (۱۳۹۶). تبیین مفهوم و جایگاه فعل ناشی از ترم فعل در حقوق کیفری فرانسه، سوئیس و ایران. پژوهشنامه حقوق کیفری، سال هشتم، ۲، صص. ۹۳-۱۱۶.
۶. صادقی، محمدهادی و جودکی، بهزاد (۱۳۹۵). امکان وقوع جنایت به وسیله ترک فعل. فصلنامه پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، ۱۵، صص. ۹۹-۱۲۰.
۷. قاسم‌زاده، سیدمرتضی (۱۳۷۸). مسئولیت مدنی ناشی از ترک فعل. مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی دانشگاه تهران، دوره ۴۴، صص. ۶۴-۴۱.
۸. قورچی بیگی، مجید و سیدحمید حسینی (۱۳۹۶). امکان‌سنجی شرکت فاعل و تارک فعل در وقوع جرم. مطالعات حقوق کیفری و جرم‌شناسی، دوره ۴، ۸، صص. ۶۴-۸۵.
۹. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۸۵). مطالعه تطبیقی ترک فعل به عنوان عنصر مادی جرائم علیه اشخاص. مجله تحقیقات حقوقی، ۴۳، صص. ۱۳۳-۱۶۲.
۱۰. میرمحمدصادقی، حسین (۱۳۹۵). جرائم علیه اشخاص. تهران: نشر میزان.
۱۱. والی‌اصل، علیرضا و جاهد، محسن (۱۳۹۵). اصل اثر دوگانه و کاربردهای آن در اخلاق پزشکی. فصلنامه اخلاق زیستی، سال ششم، ۱۹، صص. ۴۹-۷۳.
12. Ashworth, Andrew (1989). Scope of Criminal liability for Omission. *Law Quarterly Review*, Vol 105, pp. 424-459.
13. Ashworth, Andrew (2013). *Positive Obligation in Criminal Law*. Hart Publishing.
14. Ashworth, Andrew and Jeremy Horder (2013). *Principle of Criminal Law*. 7th edition, Oxford University Press.

15. Bernstein, Sara (2015). The Metaphysics of Omissions. *Philosophy Compass*, 10 (3). pp. 208-218.
16. Blackburn, Simon (2000), *The Oxford Dictionary of Philosophy*, 3th edition, Oxford University Press.
17. Bohlander, Michael (2009). *Principles of German Criminal Law*. Hart Publishing.
18. Bunnin, Nicholas and Jiyuan Yu (2009). *The Blackwell Dictionary of Western Philosophy*. Blackwell Publishing.
19. Elliott, Tracey and Ormerod, David (2008). Acts and Omissions: A Distinction without a Defense?. *Cambrian Law Review*, Vol. 39, pp. 40-59.
20. Feinberg, Joel (1984). *Harm to Others*. Oxford University Press.
21. Fletcher, George (2000). *Rethinking Criminal Law*. Oxford University Press.
22. Foot, Philippa (1967). The Problem of Abortion and the Doctrine of the Double Effect. *Oxford Review*, No. 5, pp. 5-15: www.philpapers.org/archive/FOOTPO-2.pdf.
23. Herring, Jonathan (2013). *Criminal Law*. 8th edition, Palgrave Macmillan.
24. Hooper, Anthony and David Omerod (2012). *Blackstone's Criminal Practice*. Oxford.
25. Glanville, Williams (1991). Criminal Omissions: Conventional View. *Law Quarterly Review*, Vol. 107, pp. 86-98.
26. Moore S. Michael (2009). *Causation and the Permissibility of Consequentialist Justification within Agent-Relative Morality and the Law*. in *Causation and Responsibility: An Essay in Law, Morals, and Metaphysics*, p. 52.
27. Padfield, Nicola (2012). *Criminal Law*, 8th edition, Oxford University Press.
28. Persson, Ingmar (2013). The Act-Omission Doctrine and Negative Rights. in *From Morality to the End of Reason: An Essay on Rights, Reasons, and Responsibility*, Oxford University Press, pp.69-70.
29. Ritov, Ilana, and Baron, Jonathan (1990). Reluctance to Vaccinate: Omission Bias and Ambiguity. *Journal of Behavioral Decision Making*, 3, pp. 263-277.
30. Spranca, M.; Minsk, E., & Baron, J. (1991). Omission and Commission in Judgment and Choice. *Journal of Experimental Social Psychology*, 27, pp. 76-105.
31. Wilson, William (2017). *Criminal Law*. 6th edition, Longman.