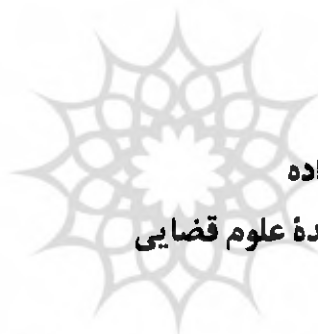


مسئولیت مدنی شخص خوددار

(تقصیر از نوع فعل سلبی^(۱) یا ترک فعل)



دکتر سیدمرتضی قاسم‌زاده

عضو هیأت علمی دانشکده علوم قضایی

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

مقدمه

۱- طرح مسأله و تعریف موضوع

در اینکه هرگاه شخصی با انجام فعلی از رفتار یک انسان متعارف تجاوز نماید، مرتکب تقصیر شده است (مستفاد از ماده ۹۵۱ ق.م) تردیدی وجود ندارد اما آیا خودداری از فعل معین نیز در صورتی که برای دیگران زیانبار باشد، تقصیر محسوب می‌شود و ایجاد مسئولیت می‌کند؟ در پاسخ به این مسأله نظرهای مختلف و استدلال‌های متفاوتی ارائه شده است.

لزوم احترام به آزادی اشخاص در انجام اعمال و احترام به شخصیت فردی آنها ایجاب می‌کند که: صرف خودداری از عمل خاصی تقصیر نباشد. با وجود این در بسیاری از موارد ترک فعل نیز مانند

فعل از مصادیق بارز تقصیر بشمار آمده است.^(۲)

در قانون مدنی ایران آمده است: «تفریط عبارت است از ترک عملی که به موجب قرارداد یا متعارف برای حفظ مال غیر لازم است.» (ماده ۹۵۲ ق.م.) بنابراین هرگاه عرف عملی را برای حفظ مال غیر لازم و ضروری بدانند، ترک آن عمل تقصیر بشمار می‌رود خواه مقصر طرف قرارداد باشد یا نه (مستفاد از ماده ۱۶۸، ۲۲۰، ۲۲۵، ۳۳۴، ۴۸۶ و ... ق.م.) البته وجود این عرف باید محرز و مسلم باشد. در این مقدمه، بطور اجمال و مختصر می‌توان گفت: در مواردی که قانون حکم خاصی را پیش‌بینی نکرده است و تکلیف خاصی را بر عهده شخص یا اشخاصی نگذاشته است اما عرف مردم، انجام عملی را برای رعایت حقوق دیگران و حمایت از آنان ضروری می‌شمارد، ترک آن عمل از مصادیق تقصیر بشمار می‌رود و موجب ضمان می‌گردد.^(۳)

برای روشن شدن موضوع و تبیین آن می‌توان انواع مختلف ترک را به ترتیب ذیل مورد مطالعه و بررسی قرار داد: ۱- ترک فعل در حین انجام عمل؛ ۲- تخلف از انجام وظیفه قانونی خاص؛ ۳- خودداری و امتناع محض بدون وجود تکلیف قانونی خاص.^(۴) دو نوع اخیر، ترک فعل مستقل (از هر نوع فعالیت) نیز نامیده شده است.^(۵)

۲- ترک فعل در حین انجام عمل^(۶)

در واقع این نوع فعل، خود ترک فعالیت خاص از جانب شخص مسؤول است که نوعی امتناع و خودداری از انجام وظیفه معین است. برای مثال راننده‌ای به هنگام رانندگی از ترمز کردن به موقع

۲- برای دیدن این موارد ر.ک: محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، چاپ دمشق، ۱۹۷۸ م، ص ۴۹ به بعد؛ عاطف القیب، النظرية العامة للمسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، بیروت، ۱۹۸۳. ص ۱۹۶ به بعد؛ در حقوق خارجی ر.ک: A.Tunc and Salle, International Encyclopedia of comparative law, Vol XL. (Torts 2-20), P.40-41; F.H.Lawson, A.E.Anton, L.Neville Brown, Introduction to French law, third edition, Oxford, 1979, P.212.

۳- باید توجه داشت که منظور از فعل منفی (و عدمی) عدم مطلق که در فلسفه مورد بحث است، نمی‌باشد بلکه منظور عدم ملکه است زیرا عدم مطلق نمی‌تواند علت یا سبب چیزی شود و نقصان و ضرری که در پاره‌ای از شئون هستی متصور است خود چهره‌ای از هستی است بنابراین عدم مطلق نمی‌تواند موجب ضرر باشد اما عدم ملکه یعنی امری که می‌تواند موجود باشد و در عالم حقوق از نبود آن ضرری متوجه دیگری می‌شود، همان فعل عدمی و سلبی (یا تقصیر در خودداری) موضوع بحث است.

۴- محمد وحیدالدین سوار، پیشین، ص ۴۹، ۵۰ و ۵۱.

۵- عاطف القیب، پیشین، ص ۱۹۶.

خودداری می‌کند یا پیمانکاری که چاه یا گودالی را در معبر عمومی حفر کرده است آنرا بدون هرگونه علامت هشداردهنده مانند چراغ خطر یا حفاظ مناسب ترک و رها می‌کند.

ظاهر این است که در این‌گونه موارد فعل ایجابی موجب اضرار دیگران می‌شود. برای مثال سرعت زیاد یا کندن چاه، که افعال ایجابی و مثبت هستند نه ترک، سبب ورود زیان می‌شود. اما در واقع، نفس سرعت زیاد یا کندن چاه هرچند که مغایر قوانین و مقررات باشد و تخلف کیفری محسوب شود، زیان‌آور نیست بلکه ترمز نکردن به‌موقع یا عدم نصب علامت هشداردهنده در روز و چراغ مخصوص در شب و همچنین عدم نصب حفاظ مناسب (ترک فعل) موجب اضرار دیگران شده است و رعایت اینها، تکالیف و وظایفی هستند که خواننده (فاعل) ترک و بدین‌سان مرتکب اهمال و بی‌احتیاطی (تقصیر) شده است.^(۷) ماده ۱۳۸۳ ق.م.فرانسه در این‌باره مقرر می‌دارد: «هر شخصی نه فقط مسؤول ضررهایی است که از فعل او به دیگری می‌رسد بلکه مسؤول زیانهای ناشی از بی‌احتیاطی و بی‌مبالاتی نیز هست.»

البته چون هر شخصی مکلف است کاری را که شروع کرده است بدون اضرار به دیگران انجام دهد و خودداری ضمن انجام کار، چنانکه گذشت، مستلزم بی‌احتیاطی است و موجب اضرار دیگران می‌شود بنابراین خودداری محض بشمار نمی‌رود و برای شخص ایجاد مسئولیت می‌کند.

۳- خودداری از انجام تکلیف قانونی خاص

این ترک فعل یک نوع ترک فعل مستقل است.^(۸) خودداری از انجام تکلیف قانونی خاص هنگامی پیش می‌آید که قانون شخصی را به انجام عمل معینی مکلف نماید، مانند تکلیف نگهداری طفل (حضانت) برای پدر و مادر (ماده ۱۱۶۸ ق.م. که هیچ‌یک از آنها حق ندارد در مدتی که حضانت برعهده اوست از نگهداری طفل امتناع و خودداری کند (ماده ۱۱۷۲ ق.م.) یا تکلیف و الزام مسئولان راه‌آهن و اداره راهنمایی و رانندگی و شهرداری به نصب تابلوی مخصوص و هشداردهنده در تقاطع

۷- اهمال نوعی ترک فعل است و بی‌احتیاطی گاهی به معنی تقصیر از نوع فعل و گاه به معنی عام بکار می‌رود در این مقاله با استفاده از فراین و مناسبت موضوع بحث، هر دو واژه در مفهوم ترک استعمال شده‌اند، برای مطالعه بیشتر پیرامون این دو واژه ر.ک: سیدمرغی قاسم‌زاده، نظریه تقصیر در مسئولیت مدنی (رساله دکتری)، ۱۳۷۲، دانشگاه تربیت مدرس، ص ۲۳ و ۳۰.

راهها و جاده‌ها و جاهای معین. در این صورت هرگاه مأمور به وظیفه قانونی خود عمل نکند در حقیقت مقصر است زیرا وظیفه‌ای را که برعهده داشته است عمل نکرده است. منشأ این‌گونه تکالیف، قانون به معنای خاص کلمه، آیین‌نامه‌ها، دستورالعمل‌های معتبر و در پاره‌ای از موارد عرف و عادت خاص است (مستفاده از ماده ۹۵۲ ق.م). پس هرگاه قاعده خاصی خواه به صورت قانون یا عرف وجود داشته باشد و برای کسی تکلیف و وظیفه‌ای را معین نماید، آن شخص باید به وظیفه قانونی یا عرفی خویش عمل کند در غیر این صورت مرتکب تقصیر (از نوع ترک فعل) شده و در مقابل زیان دیده مسؤول قرار خواهد گرفت. مانند وظیفه رانندگان در کمک‌رساندن به مصدومان و مجروحان یا وظایف مأموران آتش‌نشانی در اطفاء برنامه حریق و نجات کسانی که در آتش‌سوزی گیر افتاده‌اند. استتکاف مأمور در این‌گونه موارد تقصیر محسوب می‌شود. علاوه بر اینکه برای او مسؤولیت مدنی ایجاد می‌کند حتی ممکن است مسؤولیت کیفری نیز در بر داشته باشد.^(۹)

۴- خودداری و امتناع محض بدون وجود یک تکلیف قانونی خاص

منظور از امتناع و خودداری محض که آن نیز یک نوع ترک فعل مستقل است، ترکی است که با فعالیت خاص و معین شخص مسؤول در زمینه مسؤولیت خویش مرتبط نیست و هیچ‌گونه تکلیف قانونی یا عرفی هم برای او وجود ندارد. در این صورت شخص خوددار به علت اینکه عملی را بدون رعایت احتیاط‌های لازم انجام داده است مورد ملامت و نکوهش قرار نمی‌گیرد چرا که از او فعلی سرزده است بلکه به خاطر صرف امتناع یا ترک عملی که مکلف به انجام دادن آن نبوده است و

۹- ماده، واحده خودداری از کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: "هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیت‌دار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند، بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید، به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال و یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد. در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید، به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ده هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد." به موجب ماده ۷۱۹ قانون مجازات اسلامی (تعزیرات) مصوب ۱۳۷۵: "هرگاه مصدوم احتیاج به کمک فوری داشته و راننده با وجود امکان رساندن مصدوم به مراکز درمانی و یا استمداد از مأمورین انتظامی از این کار خودداری کند... حسب مورد به بیش از دوسوم حداکثر مجازات مذکور در مواد ۷۱۴، ۷۱۵ و ۷۱۶ محکوم خواهد شد. دادگاه نمی‌تواند در مورد این ماده اعمال کیفیت مخفف نماید."

بدین‌سان در ایجاد زیان دخالتی نداشته است، مورد ملامت و احیاناً بازخواست قرار می‌گیرد.^(۱۰) برای مثال هرگاه پزشکی مریضی را در حال خونریزی ببیند و به استمداد او توجهی نکند و از کمک و معالجه وی خودداری نماید آیا این پزشک مسئولیت دارد یا نه؟

دو مکتب حقوقی در این زمینه اظهار نظر کرده‌اند. در این مقاله نخست درباره نظر این دو مکتب تحت عنوان مبانی نظری مسئولیت شخص خوددار (گفتار یکم) سخن به میان می‌آید. آنگاه پیرامون عقیده فقهای اسلام، استادان و حقوقدانان خارجی ذیل عنوان حقوق تطبیقی (گفتار دوم) و در پایان حقوق موضوعه ایران (گفتار سوم) مورد مطالعه و بررسی قرار می‌گیرد.



گفتار یکم - مبانی نظری مسؤولیت شخص خوددار

بند یکم - دو مکتب حقوقی

۱- مکتب فردی

این مکتب حقوقی از عقاید دانشمندانی نظیر ژان ژاک روسو^(۱۱) (J.J. Rousseau) متأثر شده و به افراد اجتماع همانند عناصر پراکنده مستقل و بی‌ارتباطی مانند ذرات شن و ماسه از یک تپهٔ شنی نگاه می‌کند که هر کدام از آنها از دیگری مجزا است، نظیر رابنسون کروزوئه در جزیرهٔ وحشتناک و دورافتاده، که هیچ‌گونه قدر مشترک و عامل ارتباط دهنده‌ای فی‌مابینشان موجود نیست. به همین دلیل این مکتب حقوقی در فکر ایجاد ارتباط، حمیت، تعاون و تضمین میان افراد اجتماع نمی‌باشد و در این زمینه افراد را به همیاری و تعاون تحریض و تشویق نمی‌کند و برای هر یک وظیفه و تکلیفی در قبال دیگری نمی‌اندیشد و در نهایت هیچ‌گونه راه چاره‌ای برای تعاون اجتماعی ندارد و افراد را در انجام هرگونه فعالیت ایجابی، که برای دیگران نیز زیانبار است، آزاد می‌گذارد. به عبارت دیگر فرد در پوشش این مکتب خواهان خودداری از اذیت و زیان رساندن به مردم است لیکن تمایل ندارد که از آزار و ضررهای آنها جلوگیری کند بنابراین در مثل، پزشک کمال آزادی را دارد که از کمک به مریض در مانده و مستأصل خودداری کند و به استمداد او توجهی نکند چه نامبرده به موجب هیچ عقدی ملزم به اجابت و دادن پاسخ مثبت به استمداد مریض نگردیده است و اعتقاد بجز این و الزام نامبرده

۱۱- این دانشمندان فرانسوی که در قرن هجدهم می‌زیسته است معتقد است: انسان آزاد آفریده شده و باید آزاد زندگی کند اما هر فردی با افراد دیگر جامعه اختیارات خودشان را بطور ضمنی تحت اراده عمومی قرار داده‌اند. این قرارداد ضمنی میان افراد جامعه یک حالت تساوی و برابری برقرار نموده است. ایشان عقاید خویش را در کتابی تحت عنوان قرارداد اجتماعی (Contract social) بیان کرده است، برای مطالعه بیشتر ر.ک: موسی، جوان، مبانی حقوق، جلد اول، ص ۵۶ به بعد؛ محمدحسین، ساکت، نگرشی تاریخی به فلسفه، حقوق، ص ۱۰۶. دوگی حقوقدان معاصر فرانسوی بطور خلاصه درباره مکتب فردی می‌گوید: "انسان بر حسب طبیعت آزاد و مستقل و منفرد دارای حقوق فردی آفریده شده و این حقوق لاینفک از صفت انسانیت او است اما وقتی انسانها در جامعه قرار می‌گیرند حقوق آنها محدود می‌گردد و این محدودیت تا جایی است که افراد بتوانند از حقوق خودشان استفاده کنند بنابراین مبنای حقوق برون‌دانی (Objectif) هرکس، حقوق درون‌دانی (Subjectif) او است. باید توجه داشت که این حقوقدان مؤسس مکتب حقوقی اصالت واقع است، موسی، جوان، پیشین، ص ۲۶۰ این نویسنده مکتب حقوق طبیعی را هم جزو مکتب حقوقی اصالت فرد می‌داند. ر.ک: همان نویسنده مبانی حقوق، ج ۲

به چیزی که به آن ملتزم نشده است به منزله بردگی است که با حریت و آزادی شخص پزشک سازگار نیست. علاوه بر این خودداری پزشک از معالجهٔ مریض موجب مسئولیت وی نمی‌شود زیرا رابطهٔ سببیت بین تقصیر و ضرر هم موجود نمی‌باشد چون امتناع، عدم انجام فعل است و غیرممکن است که از عدم، چیزی حاصل شود.^(۱۲)

در تأیید مدعا می‌توان به اصل معروف حقوق جزا «اصل قانونی بودن جرائم و مجازاتها» نیز تمسک نمود زیرا هیچ‌گونه جرم و مجازاتی بدون وجود یک نص صریح قانونی وجود ندارد و اصل یکصد و سی و هفت قانون اساسی چنین مقرر می‌دارد: «اصل برائت است و هیچ‌کس از نظر قانون مجرم شناخته نمی‌شود مگر اینکه جرم او در دادگاه صالح ثابت گردد.» بنابراین بدون وجود یک نص قانونی یا عقدی که شخص را ملزم به انجام یک فعل مثبت بکند، مجرد امتناع و خودداری از کمک هیچ‌گونه مسئولیتی بدنبال نخواهد داشت.

پیروان این مکتب اضافه می‌کنند: از جمله حقوق پزشک این است که از پذیرفتن درخواست معالجهٔ مریض، بدون اینکه هیچ‌گونه مسئولیت کیفری یا جزائی داشته باشد، خودداری نماید حتی اگر پزشک دیگری جهت مراجعه و معالجه در آن شهر و دیار نباشد زیرا حرفهٔ پزشکی حرفهٔ آزادی است و پزشک هم در انتخاب بیمارانش آزادی کامل را دارد.^(۱۳)

ع مکتب اجتماعی

این مکتب بر مبنای تعاون و همیاری اجتماعی افراد استوار است چنانکه پیروان این مکتب گفته‌اند: «انسان وقتی می‌تواند دارای حقوقی شود که در اجتماع زندگی کند و با هم‌نوع خود روابطی برقرار نماید بدین‌سان اساس و بنیان حقوق در اجتماعات واقع شده است.»^(۱۴) بنابراین پیروان این

۱۲ - محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۲، برای ملاحظه، انتقاد و اشکال این دو نظریه ر.ک: ش ۱۲-۱۰.

۱۳ - دالوز ۱۹۰۹ - ۵ - ۱، مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۳، ساوتیه، مسئولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱، نقل از: محمد وحیدالدین سوار، همان، صفحه ۵۲ و ۵۳، برای مطالعه در مکتب اصالت فرد، ر.ک: محمد حسین ساکت، نگرشی تاریخی به فلسفه حقوق، ص ۲۶ و ۲۷.

۱۴ - یکی از نویسندگان می‌گوید: منظور از مکتب حقوقی اصالت اجتماع "Sociologisme Juridique" فرانسوی است که جز علم حقوق است و ماهیت حقوق را نه در ذات انسان بلکه در بیرون از آن و در درون اجتماعات می‌پندارد و با مکتب ادامه در صفحه بعد

مکتب از عقاید جامعه‌شناسی همانند امیل دورکیم^(۱۵) و موریس هوریو^(۱۶) الهام گرفته و به تبیین و توضیح عقاید خویش پرداخته‌اند. از میان دانشمندان اسلامی نیز خواجه نصیرالدین طوسی در کتاب اخلاق ناصری نظریاتی ابراز داشته است که در آنها به اصل تعاون اجتماعی و تکالیف افراد در جامعه، مبنی بر حس معاشرت و تصدی حرفه و شغلی که در آن استعداد دارد، تاکید کرده است. ایشان در قسمتی از مطالب خویش می‌فرمایند: "کسانی که از تالیف بیرون روند و به انفراد و وحدت میل کنند از این جهت از فضیلت بی بهره مانند چه اختیار وحشت و عزلت و اعراض از معاونت اینای نوع به احتیاج به مقتضیات ایشان، محض جور و ظلم باشد... این قوم و امثال ایشان ارزاقی که دیگران به تاون کسب کرده‌اند استعمال می‌کنند و در عوض و مجازات، هیچ به ایشان نمی‌دهند. غذای ایشان می‌خورند و لباس ایشان می‌پوشند و بهای آن را نمی‌پردازند و از آنکه مستدعی نظام و کمال نوع انسان است اعراض نموده‌اند."^(۱۷)

در این مکتب برخلاف مکتب فردی که به تأمین آزادی‌های فردی و تساوی حقوق اشخاص در سایه تراضی و قرارداد (اعم از قرارداد صریح و ضمنی) تاکید دارد، به جنبه امری و اجباری بودن حقوق روآورده شده است چراکه افراد ساخته‌شده اجتماعی هستند که در آن زیست می‌کنند؛ بنابراین قوانین و عرف و عادت از اهمیت ویژه‌ای برخوردار می‌شوند و تکالیف افراد از میان همین قواعد امری استخراج می‌گردند و جنبه توزیعی دارند نه معاوضی.

از نتایج اجرایی این نظریه این است که تکالیف و وظایف قانونی هر فرد نه تنها او را از اضرار به

ادامه از صفحه قبل اجتماعيون (Socialisme) یا سوسیالیسم و مکتب علم اجتماعی (Sociologisme) یا جامعه‌شناسی متفاوت است، موسی، جوان، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۲۳۸، ۲۴۱ و ۲۴۲.

۱۵- امیل دورکیم دانشمند جامعه‌شناس فرانسوی است که معاصر هربرت اسپنسر انگلیسی بوده و به خاطر کتاب "تقسیم اجتماعی" خویش که در آن اصل تعاون و همبستگی میان افراد انسانی را در اجتماع بیان داشته، مشهور گشته و در سال ۱۹۱۷ میلادی در گذشته است. برای ملاحظه نظرات این جامعه‌شناس ر.کن: موسی، جوان، مبانی حقوق، ج ۲، ص ۲۵۱ به بعد.

۱۶- موریس هوریو دانشمند فرانسوی است که نخستین کتاب خویش را در علم اجتماع در سال ۱۸۹۶ منتشر کرده است او معتقد است: حقوق و مباحث آن از موضوعات اجتماعی است، تحقیق در مطالب حقوقی بدون مطالعه در امر اجتماع بی‌حاصل می‌باشد اما علاوه بر تحقیق در حوادث اجتماعی باید در نفسانیات انسانی نیز تحقیق به عمل آید، برای مطالعه بیشتر ر.کن: موسی، جوان، ج ۳ مبانی حقوق، ص ۹۹ به بعد.

۱۷- در قسمتی از عبارت خواجه طوسی آمده است که: ... پس این کرامت یا مال، حق او باشد و اگر زیادی یا نقصانی حاصل شود باید جبران به عمل آید. موسی، جوان، مرجع پیشین، ص ۱۲۶.

دیگران معذور نمی‌دارد بلکه او را موظف و مکلف می‌کند که در مساعدت و یاری رساندن به دیگران نیز تلاش و کوشش نماید^(۱۸) و بر خلاف آنچه که پیروان مکتب فردی تصور می‌نمایند که این‌گونه تکالیف، تکالیف اخلاقی هستند، تکالیف شخص اجتماعی، قانونی است نه اخلاقی بنابراین اگر فردی از افراد جامعه به آنها گردن نهد و از پیروی تکالیف خویش امتناع کند، مجرم محسوب می‌شود و به خاطر آن تحت تعقیب قرار می‌گیرد یا حداقل این عمل وی زیانبار تلقی می‌گردد و شایسته است که از زیان‌دیده جبران خسارت نماید. این چنین است که در سایه این مکتب طرز تفکر قانونی طرفداران مکتب فردی که معتقد بودند: اشخاص را نمی‌توان جز در مورد افعال زیانبار ایجادیشان (فعل‌ها) تحت تعقیب قرار داد، متحول گردید و براساس اصول و ضوابط این مکتب نه تنها در مجازات و پیگرد قانونی افعال زیانبار اشخاص کوتاهی به عمل نمی‌آید بلکه افراد به انجام کارهای سودمند و جلوگیری و ممانعت از ورود ضرر به دیگران نیز ملزم می‌گردند.^(۱۹)

براساس این طرز تفکر؛ کسی که توان دفع ضرر از دیگری را دارد و با این حال از آن جلوگیری نمی‌کند، گناهکار است و ادعای فردگرایی و مبرّاساختن خویش از گناه و خطا تحت پوشش احترام به حریت و آزادی‌های فردی هم پسندیده نیست. برای مثال مگر نه این است که هرگاه قایقرانی از نزدیکی شخصی که غرق می‌شود، بگذرد و با وجود توانایی و امکان نجات از کمک کردن به او خودداری کند،^(۲۰) همواره پیش وجدان خویش ملول و شرم‌منده است. بعلاوه چنین بی‌تفاوتی ذوق و قریحه هر انسان آزاده‌ای را جریحه‌دار می‌کند و منطق انسانیت از آن متنفر می‌شود زیرا قانون مال همه مردم جامعه است و آزادی‌ها و حقوق چیزی جز اسباب و وسایل نیستند که باید در حدود اغراض و اهداف اجتماعی که به خاطر آن مهیا گردیده‌اند، بکار گرفته شوند.

بند دوم - معیار و ضابطه مسئولیت

پس از بیان مطلب مذکور، باید به این نکته نیز اشاره کرد که: اساس مسئولیت تارک فعل را می‌توان براساس دو معیار و ضابطه تبیین نمود که آنها را به ترتیب آتی مورد مطالعه و بررسی قرار

۱۸- تعاونو علی البرّ والتقوی ولاتعاونوا علی الائم والعدوان، آیه ۲، سورة المائدة.

۱۹- محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۳.

۲۰- ر.ک: نظر حواجه نصیرالدین طوسی درخصوص اصل تعاون و کمک کردن به دیگران، ص ۶ و ۷.

می‌دهیم: معیار نوعی و معیار شخصی.

۷- معیار نوعی:

چنانکه برادران مازو گفته‌اند:^(۲۱) براساس ضابطه نوعی، قواعد مسؤولیت مبتنی بر تقصیر بر خطای تارک فعل نیز حاکم است بنابراین پزشکی که از معاینهٔ مریض در یک منطقه دورافتاده خودداری می‌کند در صورتی که می‌داند مریض در یک حالت اضطراری است و نمی‌تواند از آن جان سالم بدر برد مسؤول است و این مسؤولیت مبتنی بر تقصیر می‌باشد زیرا یک طبیب آگاه آنچنان رفتار می‌نماید که اگر کسی در آن شرایط خارجی پیدا شود خود را مسؤول می‌یابد.

برخی از نویسندگان فرانسوی^(۲۲) گفته‌اند: اگر پزشکی در شهر از دیدار و معاینهٔ مریض خودداری کند تقصیری را مرتکب نشده است در حالی که اگر پزشک از پیوند زدن رگ مجروحی که خونریزی می‌کند خودداری کند، مرتکب تقصیر شده است و مسؤولیت دارد.

۸- معیار شخصی

براساس این معیار، که حقوق بیشتر به طرف آن گرایش دارد، مسؤولیت هنگامی مستقر می‌گردد که صرف امتناع و خودداری موجب اضرار دیگری شود. به همین دلیل شخص ممتنع، سوء استفاده کرده است و احکام نظریهٔ سوء استفاده از حق در خصوص وی صدق می‌کند.

اگر غرض ممتنع از خودداری صرف اذیت و آزار رساندن باشد، تقصیر کار محسوب می‌شود زیرا نفس قصد اضرار به دیگران تقصیر محسوب می‌گردد و در غالب موارد قصد و نیت اضرار به دیگران از شرایط درونی بشمار می‌رود. در مثل اگر پزشکی با مریضی مواجه گردد که مداوا و معالجه‌اش فوری است و پزشک این مسأله را بداند یا اینکه بر آوردن نیاز وی سهل و آسان باشد و با وجود این خودداری کند این امتناع مسؤولیت‌آور است.^(۲۳)

۲۱- مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۴، نقل از: محمدوحیدالدین سوار، ص ۵۳.

۲۲- ساوانیه، مسؤولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱، نقل از محمدوحیدالدین سوار، ص ۵۴، زیرنویس شماره یک.

۲۳- مرجع پیشین، همان صفحه.

گفتار دوم - حقوق تطبیقی

بند یکم - حقوق اسلام

۹- سابقه امر و بیان مسأله

ترک فعل در حقوق اسلامی تحت عنوان کف و خودداری از کمک آمده است: مسأله این است که آیا صرف خودداری در صورتی که سبب تلف مال دیگری باشد موجب ضمان است یا نه؟ برای مثال هرگاه شخصی مال دیگری را در حال سوختن در آتش ببیند و با وجود اینکه قدرت بر خاموش ساختن آتش و آزادساختن اموال را دارد، از هرگونه اقدام و خاموش ساختن آتش خودداری کند در نتیجه اموال در لهیب شعله‌های آتش بسوزند و تلف شوند یا کسی از کنار مال گم‌شده‌ای (لقظه) عبور کند و با اینکه آنرا در معرض تباهی و تلف شدن می‌بیند در عین حال آن را رها کند و بر ندارد و آن مال تلف گردد آیا مقصر و مسؤول است؟

حقوقدانان و فقهای اسلام در این‌گونه موارد و بطور کلی در خصوص مسؤولیت ناشی از ترک فعل یا فعل سلبی اختلاف نظر دارند: گروهی معتقدند که ترک فعل هم مانند فعل ایجاد مسؤولیت می‌کند اما گروه دیگر عقیده دارند فقط فعل ایجابی ضمان آور است و فعل منفی ایجاد مسؤولیت نمی‌کند. برای روشن شدن مسأله دلایل هریک از طرفداران نظریه‌های مذکور را به تفکیک مورد بررسی قرار می‌دهیم:

الف - فقه عامه

۱۰- نظریه مسؤولیت آور بودن فعل سلبی (ترک فعل)

مالکیه و اهل ظاهر (ظاهریه)^(۲۴) شخص ممتنع را در این حالت ضامن دانسته‌اند با این استدلال

۲۴- سلیمان محمداحمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۰۹، اکثر حنبلی‌ها و مالکیه معتقدند: در ایجاد مسؤولیت اگر ضرر به (تارک فعل) منسوب شود همانند فعل زیانبار است بنابراین اگر شخص مضطر (گرسنه و تشنه) از دیگری غذا و آب بخواهد و او با اینکه می‌توانسته آب و غذا بدهد، از دادن آن خودداری کند و شخص مضطر ببرد ضامن است زیرا از چیزی خودداری کرده است که انجام دادن آن بر او واجب است و ... قانونگذار مصری نیز وفق مقررات مذهب مالکی و حنبلی عمل کرده است و تارک فعل را همانند فاعل ضامن و مسؤول شمرده است مشروط بر اینکه فعل ترک شده بر تارک واجب و لازم باشد و بتواند آن را بدون اینکه ضرری به او برسد انجام دهد، بنابراین پزشکی که در عین توانایی از مداوای ادامه در صفحه بعد

که نامبرده با وجود داشتن امکان جلوگیری از تلف، تکلیفی را ترک کرده است و آن تکلیف محافظت و نگهداری مال برادر مسلمان است بنابراین کسی که وظیفه‌ای را ترک کند ضامن است در صورتی که نتیجه این ترک ضرر مستقیمی باشد. مالکیه می‌گویند: فعل سلبی هم مانند فعل مثبت ضامن آور است زیرا به عقیده آنان ممانعت و جلوگیری از نابودی و هلاکت اموال دیگران در صورت داشتن توانایی بر هر انسانی واجب است اعم از اینکه مال نامبرده تحت تصرفش باشد یا نباشد بنابراین اگر کسی وظیفه (واجب و لازم) حفظ مال برادر مسلمان را انجام نداد و بدین سان موجب تلف شدن آن گردید ضامن است برای مثال اگر رهگذری از کنار صیدی که در داخل دام گرفتار است، در حالی که توانایی رهاساختن آن را از بندهای دام دارد و می‌تواند حیوان گرفتار شده را برای صاحب دام نگهداری کند، بی تفاوت بگذرد و آن را آزاد نسازد تا اینکه آن صید بمیرد، ضامن است یا اگر کسی صیدی را مجروح ببیند و با داشتن قدرت و امکانات ذبح، آن را ذبح نکند و آن صید بمیرد ضامن قیمت مجروح شده آن صید است زیرا براساس نظر طرفداران این مذهب، رهگذر منافع صید را تقویت نموده است. (۲۵)

ادامه از صفحه قبل مریض خودداری می‌کند و شناگری که علیرغم امکان و توانایی از نجات شخص در حال غرق شدن امتناع می‌ورزد، ضامن است، المغنی، موفق الدین ابی محمد عبدالله ابن محمد بن قدامه معروف به ابن قدامه، به ضمیمه، الشرح الکبیر، ابی الفرج عبدالرحمن بن ابی عمر بن قدامه المقدسی، ج ۹، ص ۴۸۸، نقل از محمد احمد سراج، ضمان العدوان فی الفقه الاسلامی، ص ۲۳۷ و ۲۳۸، موسوعه الفقه الاسلامی، معروف به موسوعه جمال عبدالناصر، ج ۴، ص ۹۳۹۲.

۲۵ - مثالهای دیگری نیز در همین زمینه ارائه گردیده است که ذکر برخی از آنها در اینجا مساله را روشن تر می‌نماید: مثال اول - اگر دیوار کسی کج شود و از دیگری ستون یا چوبی را برای تکیه دادن به دیوار بخواهد و طرف مقابل هم از دادن ستون امتناع کند تا دیوار فرو بریزد، ضامن تفاوت قیمت دیوار مایل و خراب است. مثال دوم - اگر صیادی که صیدی به همراه دارد از عبوری چاقویی را برای ذبح صید بخواهد و او با آنکه چاقو دارد از دادن آن امتناع کند تا اینکه صید بمیرد، ضامن است.

مثال سوم - اگر کسی شاهد واقعه‌ای باشد و بتواند با شهادت دادن خویش حق دیگری را احیا و زنده بکند در عین حال از دادن شهادت خودداری نماید و حق طرف دیگر ضایع گردد، ضامن است.

مثال چهارم - اگر کسی لقطه‌ای را ببیند و آن را بر ندارد و بداند که اگر بر ندارد تلف خواهد شد یا دیگری بر خواهد داشت و انکار خواهد کرد، واجب است آن را بر دارد و اگر بر ندارد و مال تلف شود در صورتی که قادر به برداشتن آن بوده است، ضامن می‌باشد.

الشرح الصغیر علی اقرب المسالک لمذهب الامام مالک، احمد بن محمد بن احمد الدردیر، ج ۱، ص ۳۱۸؛ بلفه السالک لا اقرب المسالک الی مذهب الامام مالک، احمد بن محمد بن الصاوی، حاشیه الشرح الصغیر، ص ۳۱۹؛ الفروق، فرافی،

۱۱- نظریه عدم مسئولیت آور بودن فعلی سلبی

حنفی‌ها معتقدند: (۲۶) فعل سلبی یا ترک فعل ضمان آن‌ور نیست زیرا مسئولیت از مباشرت

تسبیب فعل زیانبار ناشی می‌گردد در صورتی که ترک فعل، نه مباشرت است و نه تسبیب.

دلیل این که مباشرت نیست این است: مباشرت زمانی متحقق می‌شود که بین فعل زیانبار و

ضررهای وارده رابطه سببیتی برقرار باشد و این امر زمانی اتفاق می‌افتد که وسیله اتلاف با مال مورد تلف متصل بشود (تماس حاصل نماید) که این کار جز در فعل مثبت (فعل حسی) امکان‌پذیر نیست.

از طرف دیگر تسبیب هم نیست زیرا در تسبیب باید فعلی باشد که منجر به این تلف گردد با

در نظر گرفتن انتساب عمل به فاعل آن، در صورتی که امتناع منجر و منتج به فعلی نمی‌شود که ضرر

بر آن مترتب گردد بلکه ضرر نتیجه امر دیگری است که هیچ رابطه‌ای با امتناع ندارد و اگر با در نظر

گرفتن معنای وسیع کلمه سبب بخواهیم قضیه را تجزیه و تحلیل نماییم و نتیجه مورد نظر را از آن

بگیریم در این صورت هم لازم است که تعدی صورت گرفته باشد در صورتی که در موارد ترک فعل

هیچ‌گونه تعدی و تخلفی (از مقررات) صورت نمی‌گیرد و بدیهی است که هیچ‌کسی را به‌خاطر صرف

خودداری و امتناع نمی‌توان متجاوز و متعدی شمرد بنابراین چنین شخصی مسئولیتی هم نخواهد

داشت. (۲۷)

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی

ادامه از صفحه قبل ۲/۲۰۷، تهذیب الفروق و القواعد السنیه فی الاسرار الفقهیه، محمد بن حسین مفتی المالکیه،

۲/۲۰۵؛ تبصرة الحکام فی اصول الاقضیه و مناهج الاحکام، برهان الدین ابی اوفاء، ابراهیم بن علی بن فرحون الیمیری،

۲/۱۲، نقل از: سلیمان محمداحمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۰۹ و ۲۱۰؛ موسوعة الفقه الاسلامی، ج ۱۴،

ص ۹۲ به بعد.

۲۶- سلیمان محمداحمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱۰ و ۲۱۱.

۲۷- برای مثال اگر ظرف یا کیسه حاوی کالا (مانند گندم و غیره) پاره شود و بریزد و شخصی بر آنها گذشته آنها را بردارد و

سپس منصرف شود و باقی بگذارد (روی زمین بگذارد و ترک بکند) اگر مالک کالا در صحنه حاضر نباشد شخص تارک

ضامن است زیرا با برداشتن مال مسئولیت بر عهده او مستقر گردیده است حال چون آنها را باقی گذاشته ضامن است اما

هرگاه بطور کلی آنها را بردارد یا اصلاً به آنها نزدیک نشود، ضامن نمی‌باشد حتی اگر مالک مال هم در صحنه حضور

نداشته باشد و مانند همین است اگر کالای دیگری سقوط بکند و دیگری آن را ببیند و بردارد، فتاوی قاضیخان، فخرالدین

حسن بن منصور الاوزجندی معروف به قاضی خان، ج ۳، ص ۲۲۴، نقل از: سلیمان محمداحمد، مرجع سابق، ص ۲۱۱،

اگر شخصی الاخی را ببیند که گندمهای دیگری را می‌خورد و مانع آن نشود مسئولیتی ندارد برعکس اگر الاغ مال خودش

باشد ضامن است زیرا در این صورت فعل الاغ به صاحبش منسوب می‌گردد چراکه منافع الاغ مال او است پس نفوت و

زیانهای آن علت مسئولیت وی (صاحب الاغ) می‌گردد. اما اگر الاغ مال دیگری باشد فعل الاغ به او برمی‌گردد زیرا منافع

ادامه در صفحه بعد

۱۲- نقد و بررسی این دو نظریه

پاره‌ای از نویسندگان^(۲۸) عقیده مالکیت را می‌پسندند زیرا براساس نظریه آنان بین مسلمان و برادر مسلمانش رابطه برقرار می‌گردد و یکی از مواردی که فقه اسلامی به آن بیشتر عنایت و توجه مبذول می‌دارد حق انسان بر دیگری است از نظر نگهداری اموال او اگرچه بین آندو هیچ‌گونه التزام و تعهدی موجود نباشد.

از طرف دیگر در حقیقت مال شخص مسلمان مال امت اسلامی است بنابراین وظیفه نگهداری آن بر گردنش می‌باشد و این وظیفه و تکلیف از نظر شرعی یک امر مطلوب و پسندیده‌ای است. البته وظیفه نگهداری مال شخص مسلمان و جلوگیری از اضرار و تلف آن زمانی برگردن دیگران مستقر می‌شود که مالک مال در صحنه تلف حضور نداشته باشد در غیر این صورت یعنی حضور مالک وظیفه نگهداری و محافظت به عهده خود او است و هیچ‌گونه تکلیفی بر عهده شاهد نمی‌باشد.

به نظر می‌رسد که این نظر در صورتی درست است که یا به موجب قانون یا براساس عرف مسلم چنین وظیفه‌ای بر عهده دیگران گذاشته شده باشد در غیر این صورت نظر مذکور مخدوش می‌باشد زیرا نه تنها افراد موظف به نگهداری اموال دیگران نیستند بلکه حریت و آزادی آنها نیز ایجاب می‌نماید که تکلیفی بیشتر از آنچه که قانونگذار بر گردن انسانها گذاشته یا خود متعهد گردیده‌اند، نداشته باشند بعلاوه درحالی که شخص مخیر است از اموال خود محافظت کند یا آنها را رها سازد (اعراض نماید) موظف که در نگهداری از اموال دیگران تکلیفی است بس سنگین و نیز کار و عمل انسان محترم است و بدون وجود قرارداد یا تمایل و رضای قلبی، شخصی را نباید ملزم به کار خاصی نمود.^(۲۹)

ادامه از صفحه قبل آن مال دیگری است، ردالمحتار علی الدر المختار شرح تنویر الابصار، محمد امین عمر بن عبدالعزیز مشهور به ابن عابدین، ج ۵، ص ۵۳۷، فتاوی قاضی خان، ج ۳، ص ۲۲۴، الضمان فی الفقه الاسلامی، علی الخفیف، ص ۴۰ و ۴۱، نقل از: سلیمان محمد احمد، پیشین، ص ۲۱۱، موسوعه الفقه الاسلامی، ج ۲، ص ۱۲۸، پیشین، ج ۱۴، ص ۸۶، ۲۸- سلیمان محمد احمد، ضمان المتلفات فی الفقه الاسلامی، ص ۲۱۱.
۲۹- برای دیدن نظر فقهای امامیه ر.ک: ش بعد.

ب - فقه امامیه

۱۳- ترک محض و ترک تحفظ

فقه‌های امامیه نیز مانند فقه‌های عامه هیچ‌گونه قاعده کلی در این زمینه تأسیس نکرده‌اند. اما در مثالها و موارد مختلفی ترک فعل (تفریط) را همانند فعل موجب ضمان می‌دانند از مطالعه و بررسی مثالها و نظریه‌های مختلف چنین بر می‌آید که: مطابق آراء فقه‌های امامیه، ترکی ایجاد مسئولیت می‌کند که فعل آن مقدور بوده، وظیفه‌ای از نظر قانونی و عرفی برای شخص در آن زمینه موجود باشد به سخن دیگر ترک فعلهایی از نظر امامیه مسئولیت ایجاد می‌کنند که: به صورت تفریط (ترک تحفظ) باشند و ترک تحفظ به معنی خودداری از احتیاط و مراقبتی است که انسان در امور خود عادتاً و عرفاً رعایت می‌کند و اگر این مقدار از احتیاط و مراقبت را ترک کند، ... ترک تحفظ کرده است و چنین شخصی عرفاً متعدی است ... (۳۰)

بنابراین ترک محض ایجاد هیچ‌گونه مسئولیتی نمی‌کند مگر اینکه قانونگذار از نظر کیفری او را تحت پیگرد قرار بدهد که این‌گونه تعقیب و پیگرد نیز نیازمند وجود الزام قانونی است بنابراین ترک فعل محض نه مسئولیت کیفری ایجاد می‌کند و نه مسئولیت مدنی.

به گفته برخی از نویسندگان (۳۱) بهترین ماده‌ای که از ترک تحفظ می‌گوید و از فقه امامیه گرفته

۳۰- محمدجعفر جعفری لنگرودی، دائرةالمعارف حقوق اسلامی، ص ۸۰۲.

۳۱- مرجع پیشین، ص ۷۹۸، ایشان مواد ۳۳۳ ق.م. و ماده ۷ ق.م. را نیز مؤیدی دیگر بر وجود این ضابطه می‌دانند و موارد متعددی را که تقریباً در غالب کتب فقهی (امامیه و غیر امامیه) موجود است به ترتیب ذیل به عنوان دلیل برشمرده‌اند: الف - دیوار یا کارخانه یا عمارت که عیب پیدا کرده است و مالک از آن، آگاه بوده و اقدام به مرمت نکرده است ترک تحفظ کرده است.

ب - اگر مالک از عیب دیوار یا عمارت یا کارخانه آگاه بوده اما در مراقبت از آن بی‌احتیاطی کرده باشد باز ترک تحفظ کرده است.

ج - اگر سنگ درنده را که عادت به حمله دارد از خانه رها کند ترک تحفظ کرده است.

د - اگر حیوان را رها کند و به زراعت یا کشت یا علف دیگری زیان برساند مسؤول است و ترک تحفظ کرده است اما اگر عادت محل بر محصور کردن باشد ولی مالک این کار را نکند، در این صورت صاحب حیوان مسؤول نیست بلکه ترک تحفظ مالک محصول باعث خسارت گردیده است یعنی سبب خسارت خود او است.

ه - اگر پای اسب در حال سواری در جاده خاکی سنگ درشت پرت کند سوار ضامن است زیرا ترک تحفظ کرده است. و - اگر حیوان، متعلق به صغیر یا دیوانه یا سفیه باشد، ولی یا وصی یا قیم، مکلف به حفاظت آن است در صورت ترک تحفظ باید از مال خود خسارت بدهد. (ماده ۷ ق.م.م.).

شده است، ماده ۳۳۴ ق.م است که عبارت آن رامی توان تغییر داد و چنین گفت: "مالک حیوان بدون ترک تحفظ (تقصیر نوعی) مسؤول خسارت وارده از حیوان نیست."^{۳۳}

بنابراین چنانکه که در تعریف تفریط^(۳۲) گفته شده است: در ترک فعل وجود یک الزام قبلی اعم از این که منشأ آن قرارداد، قانون یا عرف باشد ضروری است.

بند دوم - مسؤولیت تارک فعل در حقوق فرانسه ۱۴ - دو تفسیر مختلف

در حقوق فرانسه ترک فعل در ضمن انجام عملی^(۳۳) و همچنین عدم اجرای قرارداد و تعهد^(۳۴) قانونی موجب مسؤولیت می‌گردد اما در خصوص انجام ندادن تکالیف عرفی عده‌ای از حقوقدانان^(۳۵) فرانسوی با استفاده از ملاک ماده ۶۳ قانون جزای آن کشور مصوب ۱۹۴۵ که مجازات حبس تادیبی و جبران خسارت را برای کسانی که با اراده از ارتکاب جرمی، بر علیه سلامتی اشخاص، جلوگیری نمی‌کنند، مقرر می‌دارد استفاده کرده‌اند و آنرا به ترک فعلهای مدنی نیز سرایت می‌دهند و می‌گویند: "دلیلی وجود ندارد که انجام دادن کاری که انسان متعارف مرتکب نمی‌شود، تقصیر باشد ولی انجام ندادن کاری که انسان متعارف بجای می‌آورد، خطا محسوب نشود" همچنین اگر عملی را به دلیل منع قانون نتوان جرم دانست دلیل بر این نیست که از نظر مدنی نیز جرم نباشد اما

ادامه از صفحه قبل تبصره - اگر محجور را ولی یا وصی یا قیم نباشد، خسارت از مال خود او می‌گیرند (ماده ۱۲۱۶ ق.م). بدیهی است که طبق قانون مدنی که تقصیر نوعی یا عدوان عرفی را پذیرفته است باید محجور را مسؤول شمرد اما قانون مسؤولیت مدنی که تقصیر شخصی را معیار می‌داند طبعاً محجور را در صورت نداشتن ولی، مسؤول نباید شمرد. در این زمینه ر.ک: حسینقلی، حسینی‌زاد، مسؤولیت مدنی، ص ۱۴۴ و ۱۴۵.

ز - اگر حیوان از منزل مالک فرار کند و در بیرون منزل، خسارت برساند، مالک، ترک تحفظ کرده است لکن اگر متضرر، در حفظ مال خود، بی احتیاطی کرده باشد، فاعل ضرر خود او است و رابطه، سببیت با مالک حیوان قطع می‌شود.

ح - اگر کسی روی جامه دیگری دانسته یا ندانسته پای بگذارد و آن شخص بدون توجه از جای برخیزد و در نتیجه جامه پاره شود، ضامن است زیرا در راه رفتن، ترک تحفظ کرده است. انیزر.ک: محمدالحسین آل کاشف الغطاء، تحریرالجملة، ج ۳ شرح ماده ۹۱۲ مجلة الاحکام العدلیة، ص ۱۴۲.

ط - نصب ناودان بالکن بدون منع مقررات جاری، خود بخود ترک تحفظ نیست و فرض ترک تحفظ درباره آن نمی‌توان کرد ولی اگر ناودان یا بالکن ساقط شود و خسارت برساند و ترک تحفظ مالک هم در مرجع صالح، محرز گردد ضامن است. (مفاد ماده ۴۴۸ قانون مجازات اسلامی).

۳۲- عبدالفتاح بن علی المرأقی الحسینی، عناوین، عنوان شصتم، ص ۳۲۵.

33- Abstention da as Faction.

34- Finexécution d'une obligation legale d'agir.

35- P.H.Lawson .A.E.Anton. L.Neville Brown. Introduction to French law. P.212.

عده‌ای قبول این نظر را مشکل دانسته‌اند و معتقدند که آن ماده مخصوص حقوق جزا است و نباید مفاد آن را به ترک فعلهای مدنی سرایت داد. (۳۶)

گروه اول ماده ۶۳ قانون مجازات عمومی فرانسه را تفسیر موسع کرده‌اند و ماده ۷۲۷ قانون مدنی را هم مؤید آن می‌دانند. براساس این ماده اگر وارثی از قتل مورث خود آگاه باشد، ولی آنرا فاش ننماید، مقصر محسوب می‌شود، رویه قضایی فرانسه نیز در موارد معین مسئولیت ناشی از سکوت را پذیرفته است، بنابراین ترک فعل محض اگر با قصد اضرار باشد، تقصیر محسوب می‌شود و موجب مسئولیت می‌گردد اما اگر با قصد اضرار توأم نباشد از مصادیق تقصیر بشمار نمی‌آید. (۳۷)

بند سوم - مسئولیت ناشی از ترک فعل در کامن‌لو

۱۵- ضرورت وجود تکلیف

چنانکه گذشت ترک فعل را به چند دسته تقسیم کرده‌اند (ر.ک: ش ۱-۴). در نظام حقوقی کامن‌لو نیز می‌توان مشابه این تقسیم را مشاهده کرد. در این نظام اگر ترک فعل در ضمن عمل صورت بگیرد، همانند آن است که جرمی ارتکاب یافته و ایجاد مسئولیت می‌کند. (۳۸) در کامن‌لو مسئولیت مدنی بر یکی از این عوامل مبتنی است: قصد و اراده (۳۹) مسئولیت مطلق (۴۰) و غفلت و بی احتیاطی (۴۱) در قسم اخیر شرط تحقق مسئولیت چهارچیز است: الف- وجود یک وظیفه قانونی که به وسیله قانون مشخص و معین گردیده است (۴۲) ب- نقض وظیفه مزبور. (۴۳) حقوقدانان کامن‌لو (۴۴) می‌گویند از

۳۶- نقل از انور سلطان، النظرية العامة للالتزام، ج ۱، ص ۴۳۸، محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۴ و ۵۵.

37- F.H.Lawson .A.E.Anton & L.Neville Brown Amos and Waltons, Introduction to French law P. 218

219.

مازو، ج ۲، ش ۴۶۵، ص ۴۱۳، رویه قضایی فرانسه در جای دیگر مقرر می‌دارد: "اگر پزشک در داخل شهر از استقبال مریض خودداری کند در حالی که فرائی بر خطرناک بودن حالت وی در دست نباشد، مرتکب تقصیر شده است در صورتی که اگر پزشکی از پیوند زدن رگ مجروحی خودداری کند مرتکب تقصیری شده است که مسئولیت ایجاد می‌کند، ساواتیه، مسئولیت مدنی، ج ۲، ص ۴۰۱، زیرنویس شماره یک، نقل از: محمد وحیدالدین سوار، النظرية العامة للالتزام، ج ۲، ص ۵۴.

38- R.A.Precey, Charles worth, P.36-37.

39- Intention.

40- (Strict or absolute liability).

41- (Negligence and recklessness).

42- "A duty or obligation recognized by the law".

ترکیب این دو عنصر تقصیر^(۴۵) پدید می‌آید.

علاوه بر عناصر مذکور برقراری رابطه سببیت بین عمل زیانبار و زیانهای وارده^(۴۶) و همچنین ایجاد خسارت^(۴۷) شرایط اساسی دیگر تحقق مسؤولیت می‌باشند.^(۴۸)

برای مثال والدینی که اسلحه‌ای را در اختیار بچه کمتر از ۱۲ ساله خویش قرار می‌دهند یا آموزگاری که وظیفه ممانعت و جلوگیری دانش‌آموزان خویش را به بزرگراه ندیده می‌گیرد یا زندانبان و مأمور مسؤولی که به وظایف خویش عمل نمی‌کند و موجبات فرار زندانی را فراهم می‌نماید، مسؤول می‌باشد در این‌گونه موارد وظیفه معین و مشخصی که از پیش و براساس قانون مقرر گردیده، نقض شده است و ترک فعلی^(۴۹) که موجب ضمان و مسؤولیت است تحقق پیدا کرده است.^(۵۰)

اما ترک فعل محض^(۵۱) بدون وجود یک وظیفه قانونی، در کامن‌لو، به ندرت وجود دارد و محدود به مواردی است که ترک فعل در ضمن عمل خاصی به وقوع می‌پیوندد.^(۵۲)

گفتار سوم - حقوق ایران

۱۶- مواد قانونی

در حیطه حقوق جزا با پذیرفته شدن اصل قانونی جرائم و مجازاتها، بدون وجود یک تکلیف و الزام قانونی نمی‌توان کسی را به کاری واداشت و او را از باب خودداری و انجام ندادن کاری معین مجازات نمود بلکه برای مقصر دانستن افراد، وجود مقررات خاص در زمینه اصل تکلیف و پیش‌بینی مجازات شخص ضروری است.

در قلمرو مسؤولیت مدنی هم، بدون تردید انجام ندادن تکالیف قانونی به معنای اعم کلمه تقصیر محسوب می‌شود و فرد ممسک مسؤول و ضامن جبران زیانهای وارده است. (مستنبط از اصل ۱۷۱

43- (A failure on his ...).

44- William.L.Prosser, Law of Torts, P.164.

45- Negligence.

46- "A reasonably close causal connection between the condut and the resulting injury.

47- A actual loss or damage.

48- Ibid, P.164 - 165; A.Tunc and salle, International Encyclopedia of comparative law, Vol XI, (Torts 2-20) P.40-41.

49- (Non - feasance or negligent omission).

50- A.Tunc and salle, International Encyclopedia of comparative law, P.40-41.

51- Mere omission.

52- A.Tunc and salle, OP.Cit, P.40.

قانون اساسی). برای مثال راننده‌ای که به موقع ترمز نمی‌کند یا سرپرستی که مراقبت‌های لازم را از کودک و دیوانه به عمل نمی‌آورد یا پزشکی که از بیمار عیادت نمی‌کند، به وظیفه قانونی خویش عمل نکرده است و مسؤول می‌باشد اما سؤال این است که: آیا انجام ندادن تکالیف عرفی مسلم نیز تقصیر تلقی می‌شود و مسؤولیت آور است؟

ممکن است چنین تصور شود که انجام ندادن تکالیف عرفی یک وظیفه اخلاقی است و مسؤولیت مدنی بدنبال ندارد بنابراین اگر کسی وظایف اخلاقی خویش را انجام ندهد فقط در برابر خداوند یا وجدان مورد بازخواست قرار می‌گیرد لیکن در مقابل دیگران مسؤول جبران زیانهای وارده نیست اما باید دانست که مقایسه حقوق جزا و حقوق مدنی (حقوق خصوصی) در تمام آثار و احکام درست نیست زیرا مجرم نبودن کسی با مسؤول بودن وی از نظر مدنی هیچ‌گونه منافاتی ندارد چه بسا افرادی که از نظر مسؤولیت کیفری تبرئه می‌شوند اما به مسؤولیت مدنی محکوم می‌گردند. از طرف دیگر قرائنی در قوانین موضوعه موجود است که افراد تحت شرایطی ملزم به برطرف نمودن زیان و جلوگیری از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن گردیده‌اند بنابراین اگر برای کسی امکان جلوگیری از ضررها و رفع مخاطرات جانی و مالی موجود باشد بدون اینکه خطری متوجه خود او یا دیگران شود و با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید مقصر بوده و در حدودی که قانون پیش‌بینی کرده است مجازات خواهد شد و در ارتباط با همین وظیفه قانونی اگر ضرر و زیان مادی هم متوجه شخص گردیده باشد باید آنها را نیز جبران نماید.

بند ۱ ماده واحده کمک به مصدومین و رفع مخاطرات جانی مصوب ۱۳۵۴ مقرر می‌دارد: "هرکس شخص یا اشخاصی را در معرض خطر جانی مشاهده کند و بتواند با اقدام فوری خود یا کمک طلبیدن از دیگران یا اعلام فوری به مراجع یا مقامات صلاحیتدار از وقوع خطر یا تشدید نتیجه آن جلوگیری کند بدون اینکه با این اقدام خطری متوجه خود او یا دیگران شود با وجود استمداد یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک از اقدام به این امر خودداری نماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی تا پنجاه هزار ریال محکوم خواهد شد در این مورد اگر مرتکب از کسانی باشد که به اقتضای حرفه خود می‌توانسته کمک مؤثری بنماید به حبس جنحه‌ای از سه ماه تا دو سال یا جزای نقدی از ۱۰ هزار ریال تا یکصد هزار ریال محکوم خواهد شد ... (۵۳)

۱۷- نتیجه

خلاصه و نتایج حاصل از این بحث را با ملاحظه معاد ماده واحده یاد شده می‌توان به ترتیب ذیل

بیان کرد:

۱- انجام ندادن تکالیف قانونی، با شرایط و حدود تعیین شده و در حوزه مأموریت مأمور تقصیر می‌باشد.

۲- در شرایط فوری و فوری کمک به مصدوم برای مأمور و غیر مأمور لازم است و اگر غیر مأمور از یاری رساندن به مصدوم خودداری کند، در صورت تحقق شرایط ذیل مسؤول خواهد بود.

الف - استمداد مصدوم یا دلالت اوضاع و احوال به ضرورت کمک به مصدوم.

باید توجه داشت که درخواست شخص مصدوم یا دلالت اوضاع و احوال بر ضرورت کمک به مصدوم شرط لازم ایجاد مسؤولیت برای افراد می‌باشد بنابراین اگر تقاضایی از طرف مصدوم نباشد مسؤولیتی برای طرف مقابل ایجاد نمی‌گردد برای مثال اگر شخص مضطر از کسی که مقدار زیادی طعام دارد مطالبه غذا نکند و از گرسنگی بمیرد صاحب طعام مقصر و مسؤول نمی‌باشد زیرا زمانی وظیفه دارد طعام بدهد که شخص مضطر از او چنین درخواستی بنماید. (۵۴)

ب - توانایی شخصی بر کمک و بر طرف کردن خطر یا جلوگیری از تشدید نتیجه آن.

هرگاه از شخصی که توانایی کمک ندارد استمداد شود، او موظف به کمک کردن نیست چه انتظار کمک از کسی که قدرت آن را ندارد بیهوده است و از نظر عقل و قانون داشتن قدرت از شرایط کلی تکلیف است. بدیهی است که سایر شرایط عمومی تکلیف مانند تمیز و عقل نیز باید جمع باشند تا بتوان شخص خوددار را مقصر دانست.

ج - متوجه نشدن خطر برای خود شخص یا دیگران

نکته‌ای که تذکر آن ضروری است این است که شرط "ج" از ابهام برخوردار است و معلوم نیست که

متنظور از خطر چه نوع خطری است آیا خطر جانی مختصر هم می‌تواند بهانه‌ای برای شانه خالی کردن از قبول مسئولیت باشد؟ به نظر می‌رسد که خطر باید خطر جانی و شرافتی و مالی قابل ملاحظه‌ای باشد اما چون مرجع تشخیص خطر خود شخص در حین حادثه است ظاهراً با کمترین احساس خطر اقدامی نخواهد نمود. ظاهر ماده واحده هم هرگونه خطر مالی و جانی را در بر می‌گیرد. به نظر می‌رسد که صرف دیدن خطر مالی نمی‌تواند بهانه‌ای برای فرار از کمک کردن به مصدوم باشد اما اگر فقط زیانها مالی باشد خطر هم باید به اندازه همان یا بیشتر از آن باشد و گرنه شخص ملزم به کمک می‌باشد بنابراین خودداری از فعل در مواردی که برخلاف متعارف موجب زیان دیگری باشد تقصیر محسوب می‌شود. تعریف تفریط در ماده ۹۵۲ ق.م نیز مؤید این نظر است.

