

Substantiation of Murder through Act of Omission in Islamic Jurisprudence

Salem afsari^{1*}

1- Assistant professor, Department of Shafi'i Jurisprudence, Faculty of Humanities and Social Sciences, University of Kurdistan, Sanandaj, Iran.

Received Date: 2023/06/30

Accepted Date: 2023/10/12

Abstract

The issue of whether it is possible to commit the crime of murder by act of omission is a topic of discussion in Islamic penal jurisprudence, which has been concerned by jurists for a long time; that is, whether the crime of murder may be realized in certain circumstances by act of omission. This research uses the descriptive-analytical method to study the issue. The majority of Islamic jurists (Mālikīs, Shāfi'īs, Hanbalīs, Imāmīs, Zaidīs, and Zāhirīs), believe that it is possible to commit the crime of murder both through affirmative action and act of omission. In Hanafī school, Abu Yusuf and Muhammad believe that this type of murder is among the murders caused by reason; however, Abu Hanīfā believes that the destruction of a human being by act of omission is not basically murder and is not liable to indemnification (*ḍimān*). Those who doubt the validity of act of omission as a material element of the crime of murder, state that act of omission and refusal are non-existent which cannot cause existence. Based on the findings of this research and available jurisprudential evidence, the belief that the crime of murder by omission is fulfilled in the case of intent to commit murder and the existence of a religious obligation indicating the performance of a duty/obligation and the abstained ability to perform the deed, are more consistent with the spirit of Shari'a, which among the existing views, this opinion seems preferable. Accordingly, if a person has a Shar'i/legal or contractual obligation, his refusal to fulfill this obligation is not just a pure act of omission, but rather, it is a type of breaching contract, that itself manifests as an act. In other words, omission of a pure act itself does not create criminal responsibility, and what is seen objectively is the human actions that have the form of an action. However, it is important to consider the subtle distinction between abstaining and violating in this context.

Keywords: action, act of omission, murder, Islamic jurisprudence.

تحقق قتل با ترک فعل در فقه اسلامی

سالم افسری^{۱*}

۱- استادیار، گروه فقه شافعی، دانشکده علوم انسانی و اجتماعی، دانشگاه کردستان، سنندج، ایران.

دریافت مقاله: ۱۴۰۲/۰۴/۰۹

پذیرش مقاله: ۱۴۰۲/۰۷/۲۰

چکیده

مسئله امکان یا عدم امکان ارتکاب جرم قتل از طریق ترک فعل از مسائل محل بحث، در فقه جزای اسلامی است که از دیرباز مورد توجه فقها بوده است؛ این که آیا جرم قتل ممکن است در شرایط خاص با ترک فعل تحقق پیدا کند؟ در این مقاله براساس روش توصیفی تحلیلی به بررسی آن پرداخته شده است. از دیدگاه جمهور فقهای اسلامی (مالکیه، شافعیه، حنابله، امامیه، زیدیه و ظاهریه) تحقق جرم قتل هم با فعل مثبت و هم با ترک فعل امکان پذیر است. در مذهب حنفی، ابویوسف و محمد معتقدند که این نوع قتل در زمره قتل به واسطه سبب به شمار می آید؛ اما ابوحنیفه معتقد است که هلاکت انسان به وسیله ترک اساساً قتل نیست و مستوجب ضمان نمی باشد. آن دسته از فقهای که در مورد اعتبار ترک به عنوان عنصر مادی جرم قتل تردید دارند بیان می دارند ترک و امتناع، امری عدمی است و عدم نمی تواند سبب وجود شود. براساس یافته های این تحقیق و با توجه به شواهد فقهی موجود در باب جنایات، قائل بودن به تحقق جرم قتل به وسیله ترک در صورت قصد ارتکاب قتل، وجود الزام شرعی دال بر انجام یک وظیفه/تعهد و استطاعت ممتنع در انجام فعل با روح شریعت همخوانی بیشتری دارد و از میان دیدگاه های موجود این رأی راجح به نظر می آید. بر این اساس، در صورتی که شخص، دارای یک الزام شرعی/قانونی یا قراردادی باشد، خودداری او از انجام این تعهد، صرف یک ترک فعل خالص و ناب نبوده، بلکه، نوعی از نقض قرارداد است و این نقض خود، چون یک عمل جلوه گر می شود و به عبارتی دیگر، ترک فعل خالص، خود، موجد مسؤولیت جنایی نیست و آنچه به صورت عینی رؤیت می شود، کنش های انسانی است که صورت فعل دارند. در این میان، باید تفکیک ظریف میان خودداری کردن و نقض کردن را مورد توجه قرار داد.

واژگان کلیدی: فعل، ترک فعل، قتل، فقه اسلامی.

۱. بیان مسئله

عنصر مادی جرم، یکی از ارکان سه‌گانه‌ی جرم به‌طور کلی و جرم قتل به‌صورت خاص است. از جمله مسائلی که در باب جنایات و به‌ویژه در موضوع قتل مطرح است مسئله‌ی امکان ارتکاب این جرم از طریق ترک‌فعل است. این موضوع از آن جهت محل بحث و اختلاف‌نظر قرار گرفته است که در موضوع قتل یکی از اجزای عنصر مادی جرم، اثبات رابطه‌ی علیت میان عمل ارتكابی و نتیجه‌ی حادث شده است. اگر در اعمال ایجابی، امکان اثبات این رابطه وجود دارد؛ اما در مورد ترک‌فعل این میزان از قطعیت وجود ندارد؛ چه این‌که گاه مطرح می‌شود ترک‌فعل، امری عدمی بوده و در حالت عدم، رابطه‌ی علیت که موضوعی وجودی است، نمی‌تواند اثبات شود. در کنار این، ترک‌فعل نمود بیرونی خارجی ندارد و از این جهت نیز نمی‌توان تحقق آن را مورد سنجش و ارزیابی قرار داد. با این وجود، هم در قانون مجازات و هم در فقه اسلامی، این رویکرد مورد توجه قرار گرفته است که امکان تحقق قتل از طریق ترک‌فعل وجود دارد. همچنین، بخشی از تکالیف شرعی در قالب نواهی موضوع الزام قرار گرفته است، در این صورت، انجام ندادن، خود، موضوع تکلیف است. مسئله‌ی دیگر این‌که نتیجه‌ای که عموماً از یک کنش ایجابی و مثبت حاصل می‌شود ممکن است با ترک‌فعل نیز واقع گردد؛ برای مثال قتل یا جراحاتی که با شلیک گلوله و یا ضربات چاقو ارتکاب می‌یابد ممکن است نتیجه‌ی غفلت و یا بی‌مبالاتی فاعل باشد. یعنی می‌توان وضع خاصی را تصور کرد که بنا به عللی که مستند به فعل شخص نیست حادثه‌ای در شرف تکوین باشد و با وجود این‌که شخص می‌تواند با فعل خود از تحقق آن جلوگیری کند هیچ کوششی از خود نشان نمی‌دهد و حادثه‌ی مذکور به وقوع می‌پیوندد که در این حالت، آیا می‌توان نتیجه‌ای را که از این واقعه حاصل شده است، متوجه تارک فعل دانست؟ به‌عنوان مثال، فرض شود که نابینایی در حین عبور در آستانه‌ی سقوط در یک چاه است و ناظری که قادر به کمک و راهنمایی اوست از یاری و دستگیری او امتناع کند و نابینا در چاه سقوط کند و بمیرد؛ آیا در این حالت، خودداری از این کمک را می‌توان ترک‌فعل دانست؟ در این مقاله در راستای پاسخ به پرسش‌های فوق و تبیین دیدگاه فقها در ارتباط با امکان یا عدم امکان ارتکاب قتل از طریق ترک‌فعل، با استفاده از روش توصیفی - تحلیلی،

دیدگاه‌های مختلف بررسی شده، مبانی این دیدگاه‌ها معرفی و در نهایت، دیدگاه مختار مقاله بیان شده است. به همین منظور، در این مقاله، مطالب مرتبط با مسئله‌ی پژوهش در سه مبحث «ترک وظیفه و مسئولیت از دیدگاه شارع»، «مفهوم، مبانی و شروط قتل از طریق ترک فعل»، «بررسی دیدگاه‌های موجود» تنظیم شده است.

۱-۱. ترک وظیفه یا مسئولیت شرعی از دیدگاه شارع

شارع همان‌گونه که به انجام فعل و التزام به مفاد اوامر شرعی دستور داده و انجام صحیح آن‌ها را مستلزم ثواب اخروی و دنیوی دانسته است، ترک فعل و مفاد امر را نیز مستلزم مجازات دنیوی و اخروی به‌شمار آورده است. از جهت شرعی و عقلی ثابت و مبرهن است که اگر انجام فعل مستلزم ثواب و پاداش است، عکس آن یعنی ترک فعل باید مستلزم نکوهش و مجازات باشد. این قاعده، کلی است و همه‌ی دستورات و تکالیف شرعی را شامل می‌شود؛ خواه آن تکلیف ناظر به مسائل شخصی و خواه در ارتباط با وظایف عمومی باشد و استثنای این قاعده به دلیل و مجوز شرعی نیاز دارند؛ برای مثال، دستور شارع به انجام نماز، زکات و روزه مستلزم مدح و ثواب دنیوی و اخروی است. خداوند متعال در بسیاری از آیات قرآن این موضوع را به شیوه‌های گوناگونی بیان کرده است، از جمله: «وَمَا أُمِرُوا إِلَّا لِيَعْبُدُوا اللَّهَ مُخْلِصِينَ لَهُ الدِّينَ حُنَفَاءَ وَيُقِيمُوا الصَّلَاةَ وَيُؤْتُوا الزَّكَاةَ وَذَلِكَ دِينُ الْقِيَمَةِ» (بینه/۵)؛ و ترک آن مستلزم نکوهش و عقاب دنیوی و اخروی است. خداوند متعال می‌فرماید: «مَا سَلَكَكُمْ فِي سَفَرٍ* قَالَوَا لَمْ نَكُ مِنَ الْمُصَلِّينَ» (مدثر/۴۲-۴۳)؛ اما ترک برگزاری نماز در ایام ماهیانه‌ی خانم‌ها یا ترک روزه در سفر یا در هنگام بیماری یک امر استثنایی است که مجوز شرعی دارد. در مورد ترک وظیفه و مسئولیت یا خیانت در آن احادیث بسیار متعددی از پیامبر^(ص) وارد شده است. در حدیث معقل به یسار ایشان فرموده‌اند: «مَا مِنْ عَبْدٍ اسْتَرْعَاهُ اللَّهُ رَعِيَةً، فَلَمْ يَحْطَهَا بِنَصِيحَةٍ، إِلَّا لَمْ يَجِدْ رَائِحَةَ الْجَنَّةِ»، «هر کسی که خداوند وی را مسئول رعیتی کرده باشد ولی او در ادای مسئولیت و وظیفه خیانت یا کوتاهی کند بوی بهشت به مشامش نمی‌رسد» (بخاری، ۱۴۲۲ق، ۶۴/۹). طبق مفاد این حدیث، وظیفه و مسئولیت باید

به‌طور صحیح و کامل ادا شود به‌طوری که هرگونه سهل‌انگاری، خیانت، تقصیر و کوتاهی کردن در انجام آن مستلزم نکوهش و مجازات دنیوی و اخروی است. به سخنی دیگر، در احادیث نبوی به مجازات اخروی ترک وظیفه تصریح شده است ولی مجازات دنیوی از این جهت است که ترک وظیفه یا خیانت در آن مستلزم تضییع حقوق شهروندان از جمله سلب حق حیات انسان می‌گردد.

۲-۱. مفهوم، مبانی و شروط قتل از طریق ترک فعل

در این مبحث، به ترتیب مفهوم، مبانی و شروط قتل از طریق ترک فعل مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۱-۲-۱. مفهوم شناسی ترک فعل

ترک فعل عبارت است از: «امتناع ارادی شخص از انجام فعل ایجابی معین که قانون‌گذار یا شارع مکلف را در شرایط خاص و در صورت توانایی ملزم به انجام آن کرده باشد» (حسینی، بی تا، ۱۷-۱۹). این تعریف از سه عنصر اصلی تشکیل شده است:

۲-۲-۱. امتناع از انجام دادن فعل ایجابی معین

در ترک فعل و امتناع، شخص به‌طور کلی موضع سلبی اختیار نمی‌کند، بلکه او فعل معین واجب را انجام نمی‌دهد؛ خواه در هنگام ترک آن فعل دست به اعمال دیگر بزند یا مشغول انجام هیچ کاری نشود. در هر دو حالت امتناع انجام شده است؛ یعنی هنگامی که او باید عمل ایجابی مورد نظر شارع یا قانون‌گذار را انجام دهد سرگرم کارهای دیگر بشود یا اقدام به هیچ کاری نکند ولی اگر کاملاً موضع سلبی اتخاذ کند و تنها خواسته‌ی قانون‌گذار را انجام دهد، ممتنع به‌شمار نمی‌آید.

۳-۲-۱. تکلیف شرعی و قانونی

ترک فعل زمانی تحقق پیدا می‌کند که انجام عمل ایجابی از نظر قانونی و شرعی بر ممتنع لازم باشد؛ در غیر این صورت، امتناع محقق نمی‌شود و اثری بر آن مترتب نمی‌گردد. لزومی ندارد که منشأ الزام، تنها نص ماده‌ی خاص قانون جزایی باشد، بلکه ممکن است منشأ الزام، تعهد یا عرف و عادت باشد. به‌طور مثال، اگر کسی تعهد کند که در قبال دریافت اجرت معین شخصی نابینا را راهنمایی کند یا به فردی زمین‌گیر آب و غذا بدهد یا با مسئولان استخر به منظور نجات شناگران قرارداد نجات غریق منعقد کند

تعهد در همه‌ی این موارد جنبه‌ی الزام دارد و منشأ اثر فقهی و حقوقی است. همچنین، از دیدگاه برخی از فقها، مادر مکلف نیست که به کودک خود شیر بدهد؛ اما اگر تغذیه طفل با غیر شیر مادر امکان‌پذیر نباشد، مادر از جهت عرف و عادت ملزم به دادن شیر به کودک خود می‌باشد. البته باید گفت، تکلیف مادر به شیر دادن را باید از تکلیف مادر به غذا دادن تفکیک کرد و در عین حال، آنچه هم مادر و هم پدر بدان علت مسؤولیت می‌یابند، نه عرف و عادت، بلکه مسؤولیت قهری‌ای است که خود موجب آن شده‌اند؛ به عبارتی، پدر و مادر در برابر فرزندگی که به دنیا آورده‌اند، مسؤولیت بزرگ کردن می‌یابند و امتناع آنان از وظیفه‌ای که خود ایجاد کرده‌اند، نوعی نقض قرارداد است.

۱-۲-۴. امتناع ارادی

امتناع و ترک فعل از آن جایی که بخشی از رفتار انسانی است بدون ویژگی ارادی غیر قابل تصور است و فاعل به قصد دست یافتن به هدفی مشخص آن را انجام می‌دهد. امتناع و ترک فعل اگر بدون اراده باشد خودداری قانونی و شرعی محقق نمی‌گردد؛ برای مثال، اگر شخص، بیهوش شود یا اکراه مادی مانع انجام عمل مثبت گردد یا مادری در زمانی که باید به نوزادش شیر بدهد بیهوش یا توسط کسی زندانی شود از نظر شرعی و قانونی ترک فعل و امتناع محقق نشده است. (الشایع، ۱۴۲۲ق، ۱۱۰) بنابراین، قتل از طریق ترک فعل یا امتناع زمانی محقق می‌گردد که انجام فعل در استطاعت شخص باشد و شخص ممتنع از جهت قانونی و شرعی ملزم به انجام فعل مثبت باشد. پس، کسی که شاهد غرق شدن شخصی می‌شود و از نجات دادنش خودداری می‌کند، قاتل به‌شمار نمی‌آید؛ زیرا نجات دادن شخص در حال غرق شدن توسط شخص نظاره‌گر مسبوق به الزام قانونی و شرعی نیست یا اگر پدری به دلیل عدم استطاعت نتواند فرزندش را از غرق شدن نجات دهد او قاتل به حساب نمی‌آید. همچنین، در حالتی که مقررات قانونی صفت مجرمیت را از امتناع و ترک فعل سلب کرده باشد چنین شخصی قاتل نمی‌باشد. برای مثال، اگر کسی در قبال خودکشی شخصی هیچ اقدامی نکند و مانع خودکشی وی نگردد، شخص ممتنع قاتل به

حساب نمی‌آید؛ به دلیل این که خودکشی از لحاظ مقررات قانونی صفت مجرمانه ندارد (حسینی، بی تا، ۱۷-۱۹) و از نظر شرعی دارای مجازات دنیوی مشخصی نیست بلکه مجازات این عمل، آخروی است.

۱. مبانی امکان ارتکاب قتل از طریق ترک فعل

مبنای جرم‌انگاری در جرایم ایجابی، زیان رساندن به منافع و مصالح فردی و جمعی است. یعنی شرع و عقل حکم می‌کند هر عملی که به حیات، جسم، مال و حیثیت اشخاص آسیب می‌رساند و نظم و امنیت جامعه را در معرض خطر قرار می‌دهد، باید جرم‌انگاری شود. معیار جرم‌انگاری در جرایم ترک فعل محض، در بیشتر موارد نیکی به دیگران و ایجاد حس تعاون و همکاری در میان افراد جامعه است؛ یعنی شارع به منظور تقویت حس تعاون و جلوگیری از کوتاهی و بی‌تفاوتی افراد در برابر درد و رنج دیگران و مصالح جامعه، افراد را به انجام بعضی از افعال ملزم می‌نماید و در صورت خودداری، آن را جرم و قابل مجازات می‌داند. بنابراین منشأ جرم‌انگاری در جرایم ناشی از ترک فعل را می‌توان در اصل تعاون و همکاری، اصل عدم اضرار به حیات و تمامیت جسمانی افراد، اصل مصلحت عمومی و فعل بودن ترک فعل جستجو کرد که در زیر به طور مختصر مورد بررسی قرار می‌گیرند (باهری، ۱۳۸۰ش، ۲۰۴).

۱-۲. نقش اصل ضرر در جرم‌انگاری ترک فعل

اصل ضرر یک امر عقلایی و فطری بوده و در تمام نظام‌های حقوقی کم و بیش مورد توجه است. در جامعه‌ی اسلامی هم اعمال زور و اجبار زمانی مجاز است که منظور از آن جلوگیری از آسیب و ضرر رساندن به دیگران باشد و از روی حق و عدالت باشد. درست است که حکومت اسلامی نمی‌تواند کسی را به انجام یا ترک عملی مجبور کند بدان دلیل که برای او سودمند است یا این که خوشبختی وی را فراهم می‌کند یا بدین علت که از نظر دیگران عاقلانه است؛ اما با توجه به این که اسلام معنای خاصی از ضرر را مورد توجه قرار داده و جامعه را به عنوان یک کالبد در نظر گرفته و بی‌توجهی به مشکلات و آسیب‌ها و زیان‌های احتمالی و واقعی افراد جامعه را جزو گناهان بزرگی به شمار آورده است که پیامدهای زیانبار اخروی و دنیوی به دنبال دارد، از این جهت، اگر کسی کاری یا ترک فعلی کند که به دیگران آسیب برساند

مانند این که کسی از ادای شهادت امتناع کند، با این که می داند که صاحب حق تنها با شهادت وی به حقیق می رسد و با این وجود امتناع می کند از نظر شرعی و قانونی می توان چنین شخصی را برای حفظ منافع دیگران و ادای شهادت حاضر کرد. حدیث نبوی که می فرماید: «لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام» (ابن ماجه، ۱۴۳۰ق، ۳/۴۳۰) در همین راستا تفسیر می شود. یعنی در اسلام، همان گونه که ضرر رساندن به خود جایز نیست، ضرر رساندن به غیر هم جایز نمی باشد و منافع فردی و جمعی افراد جامعه اسلامی مورد حمایت شارع مقدس قرار دارد و از این روست که در فقه اسلامی، مقرر شده است در چیزهایی که تقسیم آنها منجر به اتلاف منفعت می شود شفعه جاری نمی گردد. (ابن ملقن، ۱۴۲۹ق، ۱۶/۸۹) یا اگر کسی شخصی را زندانی کند و وی را از خوراک و نوشیدنی منع کند تا بمیرد قاتل به شمار می آید.

۲-۲. آثار مصلحت بر جرم انگاری ترک فعل

در دین اسلام، شریعت بر اساس رعایت مصالح استوار است و مقصود شارع از تکالیف جلب مصالح دنیوی و اخروی است. هر امر مشروع و جایز در شریعت به قصد جلب مصلحت و دفع مفسدت قانون گذاری شده است و از این رو، هر چیزی که مصلحت افراد را محقق سازد، مشروع است و هر چیزی که مصلحت افراد را نقض کند، نامشروع است. مبنای تکالیف شرعی حفظ مقاصد ضروری و تحسینی و حاجی در میان افراد جامعه بشری است به گونه ای که اگر آن مقاصد مراعات شود زندگی افراد جامعه بشری، والا و پایدار و همراه با روح تعاون و همکاری به منظور تحقق استخلاف در زمین و به دور از هرگونه هرج و مرج به مسیر خود ادامه می دهد (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۲/۱۷). اعتنا و توجه بیشتر شارع به دفع مفسدات تا جلب مصالح هم در این راستا باید فهمیده شود به دلیل این که دفع هر مفسده ای واجب است؛ اما جلب هر مصلحتی واجب نیست و به همین خاطر است که علمای اصول مقرر کرده اند که دفع مفسدت بر جلب مصلحت مقدم داشته می شود.

مصالح اعمال دو گونه است. نخست: عملی که به خاطر مشتمل بودن انجام آن بر مصلحت بزرگ، ثواب بدان تعلق می گیرد و دوم: عملی که به خاطر مشتمل بودن ترک آن بر مفسدت بزرگ، عقاب و

مجازات در پی دارد که این نوع خود دو قسم است: فرض کفایی مانند آموزش احکام شرعی و امر به معروف و نهی از منکر و دادن خوراک و پوشاک به نیازمندان و بینوایان. و فرض عینی که بر هر مکلفی لازم است آن را یاد بگیرد و انجام دهد مانند انجام نمازهای پنج‌گانه (ابن عبدالسلام، ۱۴۱۴ق، ۱/ ۴۳).
باتوجه به این حقیقت، می‌توان چنین مقرر کرد که امتناع و ترک فعل از انجام یک واجب عمومی در زیر مجموعه فرض کفایی قرار می‌گیرد؛ اما فرض کفایی همان‌گونه که در فقه اسلامی مقرر شده است در برخی از حالات مانند ضرورت و حاجت به فرض عینی تبدیل می‌شود. در نظر گرفتن پیامد یک عمل از جهت شرعی مقصود است و مجتهد زمانی به انجام یا ترک فعلی حکم می‌کند که پیامد آن عمل را در نظر داشته باشد (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۵/ ۲۰۰، ۲۳۳).

۲-۳. جایگاه اصل تعاون و همکاری در جرم‌انگاری ترک فعل

اسلام اصول و مقررات تربیتی والایی به منظور تربیت و تهذیب افراد مقرر کرده است به‌گونه‌ای که شخصیت اسلامی آنان جز با آن مقررات شکل و نمود پیدا نمی‌کند. از جمله‌ی این اصول و مقررات، حس تعاون و همکاری و همبستگی والا و محبت صادقانه دو جانبه است که در نفس و جان مؤمنان راستین به صورت یک ملکه نهادینه شده است. در دین اسلام، اخوت و برادری به‌خاطر خداوند متعال معنای والایی دارد که در برادری اسلامی و تعاون و همکاری و تکافل اجتماعی مبتنی بر محبت خداوند متعال نمود، پیدا می‌کند. در همین ارتباط در قرآن کریم بیان شده است: «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَالتَّقْوَىٰ وَلَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَالْعُدْوَانِ» (مائده/۲) از جمله مصادیق تعاون کامل این است که یک برادر دینی باید در حد امکان آزار و مصیبت و بلا را از برادر دینی دفع کند و در صورت وقوع ستم در جهت رفع آن تلاش نماید و طبق نص این آیه قرآنی انجام چنین عملی یک تکلیف لازم است. مسلمان وظیفه دارد آزار و اذیت را از مسلمانی دیگر دفع کند و تارک فعل در صورت وجود علم و توانایی برای دفع زیان از شخص متضرر اگر اقدامی ننماید او متعدی به‌شمار می‌آید و در صورتی‌که از روی قصد و آگاهی از دادن آب یا غذا به شخص تشنه یا گرسنه امتناع کند او قاتل عمد است؛ اما اگر از تشنه یا گرسنه بودن شخص آگاهی نداشته باشد شخص ممتنع قاتل غیرعمد به‌شمار می‌آید (ابن حزم، بی‌تا، ۱۱/ ۱۸۵-۱۸۶).

همچنین، اگر کسی به وظیفه‌ی خود عمل نکند و حقوق دیگران را پایمال نماید مجازات او با کرامت انسانی منافات ندارد؛ زیرا او خود کرامت خویش را حفظ نکرده و مجازات نتیجه‌ی عملی است که او خود به ارتکاب آن اقدام کرده است (عبداللهی، ۱۳۹۸ش، ۸۵). بر همین اساس، فقها گفته‌اند که در حالت اضطرار دادن غذا و طعام به شخص مضطر واجب است مادام که خود شخص مالک و مورد مطالبه مضطر نباشد یا نجات شخص در حال غرق توسط شخص قادر بر نجات واجب است (نوی، ۱۴۱۲ق، ۳/۲۸۵؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸ق، ۸/۱۶؛ زین الدین رازی، ۱۴۱۷ق، ۲۷۴؛ شوکانی، بی تا، ۸۹۲).

۲. بررسی ماهیت ترک فعل

با این که در مورد ماهیت ترک فعل میان عالمان اصول اختلاف نظر وجود دارد و برخی از آنان از جمله ابوهاشم جبائی معتزلی قائل به این هستند که ترک یک امر عدمی محض است و ترک، فعل نیست و در نتیجه، هیچ گونه اثری از قبیل ستایش و پاداش یا نکوهش و جزا بر آن مترتب نمی‌گردد و تنها بر عدم فعل اثر مترتب می‌شود (قرافی، ۱۴۱۶ق، ۷/۳۲۱؛ ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ۱۴/۲۸۱؛ رجراجی، ۱۴۲۵ق، ۱/۳۶۵)؛ اما اکثریت مطلق علمای اصول بر این باورند که ترک، یک فعل وجودی است و همه‌ی تکالیف شرعی فعل هستند؛ حتی تکلیف در نهی که ترک است فعل است (زرکشی، ۱۴۱۸ق، ۱/۱۶۲؛ بخاری، بی تا، ۱/۲۷۴؛ سبکی، ۱۴۱۶ق، ۱/۵۱؛ شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۴/۴۱۹؛ منیاوی، ۱۴۳۲ق، ۸۶؛ ایجی، ۱۴۲۴ق، ۲/۲۵۴؛ سبکی، ۱۴۲۴ق، ۲/۱۳۹) و شایسته‌ی ستایش و پاداش یا نکوهش و مجازات است، مادام که ترک از روی قصد (شاطبی، ۱۴۱۷ق، ۱/۱۷۵؛ برماوی، ۱۴۳۶ق، ۱/۳۵۱؛ سرخسی، بی تا، ۱/۷۹؛ امیر بادشاه، ۱۴۰۳ق، ۲/۱۳۶) یا به سخنی دیگر، ترک هوشمندانه بوده باشد. بنابراین، ثواب و عقاب بر یک عمل وجودی از جمله فعل و انجام نیکی‌ها از جمله پرستش خداوند متعال و ترک بدی‌ها از جمله ترک شرک مترتب می‌گردد و اگر فرض شود کسی گناهان و بدی‌ها را ترک نماید از این جهت که هیچ گونه تمایل قلبی به انجام آن‌ها نداشته یا آن گناهان وجود نداشته باشند تا انجام شوند در چنین حالتی، برای شخص تارک، ثواب نوشته نمی‌شود به دلیل این که او هیچ فعلی انجام

نداده است تا به ازای آن برای او ثواب در نظر گرفته شود؛ ولی اگر او با وجود تمایل قلبی و امکان ارتکاب گناه از انجام آن خودداری کند، در چنین حالتی او مستحق پاداش می‌باشد (آل بورنو، ۱۴۲۴ق، ۲/۲۸۵؛ ابن تیمیه، ۱۴۱۶ق، ۱۴/۲۸۵؛ ابن عقیل، ۱۴۲۰ق، ۱/۷۱؛ ابن امیر الحاج، ۱۴۰۳ق، ۲/۸۲) یا اگر ولی از دادن علوفه به چهارپای کودک تحت ولایت امتناع کند و چهارپا بمیرد او ضامن است یا در باب مزارعه اگر عامل از آبیاری کردن کشت خودداری کند و کشت از بین برود عامل ضامن به‌شمار می‌آید؛ زیرا حفظ و نگهداری از کشت بر عهده و مسئولیت وی می‌باشد (زرکشی، ۱۴۰۵ق، ۱/۲۸۴).

بنابراین، ترک فعل یا امتناع در حالت طبیعی و فطری می‌تواند یک امر عدمی به‌شمار بیاید؛ اما از منظر شرعی ماهیت ترک، فعل ضد مورد نهی است که در قدرت و توانایی انسان است و هر دو ضد باید در مقدور انسان باشد تا انجام و فعل یکی از آن دو ترک دیگری به‌شمار آید و در نتیجه، اگر یکی یا هر دو ضد خارج از توانایی انسان باشد، در چنین حالتی اطلاق و استعمال اصطلاح ترک درست نیست؛ برای مثال، از منظر شرعی درست نیست گفته شود که فلانی به‌دلیل نشستن، صعود به آسمان را ترک کرده است (جیزانی، ۱۴۳۱ق، ۲۳؛ ابن تلمسانی، ۱۴۱۶ق، ۲/۲۹). بنابراین، در صورت تحقق شرایط از جمله تحقق قصد ترک فعل یک امر وجودی است و بیانگر یک واکنش عملی و محسوس دارای نتیجه‌ی مادی و پیامد خاص است که سایر فروع فقهی و شرعی مترتب بر ترک بر همین اصل استوار است (فناری، ۱۴۲۷ق، ۲/۲۷۹؛ العطار، بی‌تا، ۲/۹۳؛ شنقیطی، ۲۰۰۵ق، ۴۶؛ جیزانی، ۱۴۲۷ق، ۳۴۱؛ عیاض السلمی، ۱۴۲۶ق، ۲۵۶؛ اتربی، ۱۴۳۳ق، ۷۵؛ ونشیری، ۱۴۰۰ق، ۲۰۵).

براساس دیدگاه اکثریت اصولیان، ترک فعل است و تکلیف به آن تعلق می‌گیرد. به عبارت دیگر، ترک از این جهت که فعل است تکلیف بدان تعلق می‌گیرد به‌دلیل این‌که مورد تکلیف در نهی که مقتضای ترک است کف نفس از انجام فعل است و بازداشتن نفس در هنگام تمایل و رغبت به انجام عمل خود نوعی فعل است. بر همین اساس، اصولیان گفته‌اند: «لا تکلیف الا بفعل»؛ «هیچ تکلیفی جز به فعل نیست» که تکلیف با این اعتبار در امر و نهی متحقق است با این توضیح که فعل بودن مورد تکلیف در امر، مسأله‌ای روشن و بدیهی است؛ اما در مورد نهی با این اعتبار که مقتضای نهی، ترک است و ترک بنا بر

رای اکثریت فقها فعل است و تکلیف به چیزی تعلق می‌گیرد که در قدرت و توانایی مکلف باشد در حالی که اگر ترک بر معنای عدم اصلی حمل شود در چنین حالتی مقدور بودن آن برای مکلف امری ممتنع خواهد بود، به دلیل این که استطاعت و توانایی باید اثر وجودی به دنبال داشته باشد حال آنکه عدم، نفی محض است و اسناد دادن توان و استطاعت انسان به نفی محض ممتنع است. دیگر این که عدم اصلی حاصل و موجود است و تحصیل آن برای بار دوم تحصیل حاصل است که آن هم معتبر نیست. بنابراین، مقتضای نفی عدم نیست بلکه یک امر وجودی است که همان ترک فعل است (الموسوعة الفقهية الكويتية، ۱۴۰۴، ۱۱/۱۹۹).

۳. شروط تحقق قتل از طریق ترک فعل

اکثر فقها قتل از طریق ترک فعل را در صورت وجود ارکان سه‌گانه جرم (رکن قانونی، مادی و معنوی) مستوجب قصاص دانسته‌اند؛ اما برای آن شروطی ذکر کرده‌اند که در زیر به‌طور مختصر به آنها پرداخته می‌شود.

شرط اول: اثبات عدم توانایی مجنی علیه بر نجات خود از جنایتی که جانی بر وی اعمال کرده است. در صورتی که معلوم شود مجنی علیه امکان و توان نجات خود را داشته و خود اقدام نکرده است او قاتل خودش به حساب آمده و قصاص متوجه جانی نمی‌شود.

شرط دوم: جنایتکار در امتناع از تقدیم آن چه مجنی علیه بدان نیاز داشته است متعدی و به سبب این امتناع منجر به فوت وی گردیده باشد. البته به شرطی که میان امتناع و ترک فعل جانی و نتیجه، سبب جدیدی که نتیجه بدان اضافه شود فاصله نیندازد. در صورتی که جانی در فعل خویش متعدی نباشد قتل عمدی به‌شمار نمی‌آید.

شرط سوم: مدت زمانی که امتناع در آن صورت گرفته است غالباً برای قتل یک انسان کافی باشد. این شرط، یکی از ارکان جرم عمدی محسوب می‌شود و لازم است جنایت با چیزی (فعل و زمان انجام آن) ارتکاب یابد که غالباً و عادتاً کشنده باشد تا جنایت مذکور عمدی به‌شمار آید (الشایع، ۱۴۲۲ق،

۱۴۰-۱۴۱؛ ابن حزم، بی تا، ۱۸۵/۱۱). بر این اساس، اگر انسان مسلمان شخصی را که نزدیک یا در حال غرق شدن ببیند و موقعیت و امکان نجات وی را داشته باشد، به فرض این که غریق هم آشنا به مهارت شنا کردن باشد، و از عدم به خطر افتادن جان خویش نیز مطمئن باشد و اقدامی نکند گناهکار به شمار می آید و در دادگاه الهی قابل مجازات است و خداوند متعال چنین شخصی را بر حسب انگیزه و موقعیتی که مانع تلاش او برای نجات یک انسان از مرگ یا وقوع ضرر شده است محاسبه می کند (شاذلی، بی تا، ۱۱۰-۱۱۱).

۴. بررسی دیدگاه‌های فقهی مرتبط با امکان یا عدم امکان تحقق قتل از طریق ترک فعل

تمامی فقهای مذاهب اسلامی مسأله نقش ترک فعل در جنایت را قبول دارند و تنها اختلاف آنان در مورد میزان و کیفیت تأثیر ترک فعل بر وقوع جنایت است. اکثر فقها ترک فعل را به عنوان سبب وقوع جنایت پذیرفته اند و مسئولیت تارک فعل در قبال جنایت را به وجود رابطه‌ی سببیت میان ترک فعل و جنایت منوط ساخته اند. البته، برخی از فقها ترک فعل را امری عدمی می دانند و تارک فعل را مسئول جنایت به شمار نیاورده اند.

۱-۵. دیدگاه فقهای اهل سنت

اکثریت فقهای اهل سنت بر این مسئله اتفاق نظر دارند که قتل می تواند به وسیله‌ی ترک فعل به وقوع بپیوندد و اگر چنین جرمی واقع شود، فاعل آن مستحق مجازات می باشد (الخطاب، ۱۴۱۲ق، ۶/ ۲۴۰؛ ابن حجر، بی تا، ۲۲۰-۲۲۱؛ کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۷/ ۲۳۴-۲۳۵؛ بهوتی، بی تا، ۵/ ۵۰۸). بنابراین، هرگاه کسی انسانی را زندانی کند و آب و غذا و وسایل گرم کننده در شب‌های سرد را از او منع نماید تا از گرسنگی، تشنگی و سرما بمیرد و در جلوگیری از دسترسی به آب و غذا و گرما قصد قتل وی را داشته باشد مرتکب قتل عمد شده است. در مورد این مسئله، امام مالک، شافعی و احمد بن حنبل اتفاق نظر دارند و چنین فعلی را قتل عمدی به حساب آورده اند؛ اما امام ابوحنیفه چنین حالتی را قتل نمی داند؛ به دلیل این که از نظر ایشان، قتل نتیجه‌ی گرسنگی، تشنگی و سرما بوده و در اثر حبس واقع نشده است و فعل هیچ فردی در گرسنگی، تشنگی و سرما دخالت نداشته است. البته، در مذهب حنفی، ابویوسف و

محمد بن حسن شیبانی از شاگردان ابوحنیفه این حالت را مانند جمهور فقهای اهل سنت قتل عمد به‌شمار آورده‌اند؛ به این دلیل که بقای حیات آدمی بستگی به خوردن و آشامیدن و محافظت از جسمش در مقابل سرما و گرما دارد و ممانعت از دسترسی مجنی‌علیه به آب و غذا و وسیله گرم‌کننده با وجود توانایی ممتنع و تارک فعل بر تهیه آن‌ها، سبب هلاک وی شده است (عوده، بی تا، ۸۷/۱). به‌طور مثال، مادری که به قصد قتل، نوزادش را از شیر دادن محروم می‌کند، قاتل عمد به‌شمار می‌آید، هرچند این کار را با فعل مثبت انجام نداده باشد یا طبق یک رأی در مذهب مالکی، فرد مسافری که آب اضافی‌اش را از همسفرش دریغ می‌ورزد با این‌که می‌داند این کار جایز نیست و اگر آب را به او ندهد می‌میرد، مرتکب قتل عمد شده است؛ اگرچه با دست خویش او را نکشته باشد (الخطاب، ۱۴۱۲ق، ۶/ ۲۴۰). همچنین، اگر چند زن شاهد به دنیا آمدن نوزادی باشند و یکی از آنان بندگان نوزاد را قطع کند و از روی عمد آن‌را گره نزند و نبندد و نوزاد در اثر آن بمیرد، قاتل به‌شمار می‌آید. از طرفی اگر تمامی زنان حاضر در محل تولد در فعل نبستن بند ناف تعدد داشته باشند قتل به همه‌ی آنان نسبت داده می‌شود (عوده، بی تا، ۸۸/ ۱؛ ابن حجر، بی تا، ۴/ ۲۲۰-۲۲۱).

در مورد اعتبار ترک فعل به‌عنوان قتل عمد فقهای اهل سنت سه رأی بیان داشته‌اند که به آنها اشاره می‌شود:

۱-۵. ابوحنیفه معتقد است که هرگاه شخصی دیگری را در خانه‌ای زندانی کند و فرد زندانی شده در اثر گرسنگی یا تشنگی بمیرد، شخص زندانی‌کننده، قاتل عمدی به‌شمار نمی‌آید و نسبت به فعلی که انجام داده ضامن نیست؛ زیرا مرگ به سبب تشنگی و گرسنگی حاصل شده است و بستن در خانه سبب در قتل نیست و گرسنگی و تشنگی نیز ناشی از فعل غیر نیست (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۷/ ۲۳۴-۲۳۵؛ غیاث الدین بغدادی، بی تا، ۱۷۲). بنابراین، قاتل زندانی‌کننده نیست بلکه قاتل، تشنگی و گرسنگی بوده است. به عبارت دیگر، ابوحنیفه معتقد است که رابطه‌ی سببیت بین حبس و مرگ وجود ندارد؛ یعنی مرگ به سبب حبس ایجاد نشده، بلکه به سبب دیگری که همان تشنگی و گرسنگی است، حاصل شده است. از

این رو، میان سبب اول (حبس) و نتیجه (مرگ) سبب جدیدی [سبب حائل] فاصله انداخته که حکم بدان استناد داده می‌شود و رابطه‌ی میان سبب اول و نتیجه قطع شده است. بنابراین، صاحب سبب اول مستحق مجازات قتل عمد نیست؛ اما این به معنای عدم مجازات نیز نمی‌باشد، بلکه او گناهکار است و فعلش موجب زیان به غیر شده است و بر این اساس، مستحق مجازات تعزیری می‌باشد که حاکم یا قاضی به تناسب جرمش تعیین می‌کند (شاذلی، بی تا، ۱۰۶-۱۰۷).

۱-۵-۲. رأی ابویوسف و محمد بن حسن شیبانی از فقهای مشهور حنفی بر آن است که قتل ناشی از ترک فعل، همچون قتل به سبب است، چون ترک فعل، سبب مرگ فرد زندانی شده است و حیات آدمی بدون آب و غذا نمی‌تواند، ادامه داشته باشد و تشنگی و گرسنگی سبب مرگ وی شده است. این نوع سبب، شبیه حفر چاه بر سر راه عمومی است و هرگاه فردی در آن افتاده و فوت شود، قتل به سبب محسوب می‌شود نه مباشرت. از دیدگاه ابویوسف و محمد، اگرچه قتل ناشی از ترک فعل قتل عمد به حساب می‌آید؛ اما مجازات آن قصاص نیست، بلکه متضمن دیه است (کاسانی، ۱۴۰۶ق، ۲۳۴/۷؛ غیاث الدین بغدادی، بی تا، ۱۷۲)؛ زیرا قتل به سبب فقط قتل معنوی است، یعنی؛ سبب، معاون قتل به حساب می‌آید و قصاص، مجازات قتلی است که هم به شکل معنوی و هم مادی (قتل به مباشرت) صورت گرفته باشد. بنابراین، سبب و قصاص با هم برابر نیستند (شاذلی، بی تا، ص ۱۷۰).

۱-۵-۳. رأی جمهور فقهای شافعیه، مالکیه، حنابله، زیدیه و ظاهریه بر آن است که قتل با ترک فعل، همچون قتل به مباشرت است و هیچ فرقی میان آن‌ها در مجازات نیست، مادام که قصد جانی برای انجام جنایت فراهم شده باشد و فرقی نمی‌کند که جنایت، ناشی از فعلی مادی باشد که جانی در حق مجنی‌علیه انجام دهد و منجر به قتل ناشی از ترک فعل شود؛ مانند این که مجنی‌علیه را در خانه یا مکانی دیگر حبس نموده و او را به حال خود رها کند تا از گرسنگی و تشنگی بمیرد (شربینی، ۱۴۱۵ق، ۲۱۵/۵-۲۱۶؛ بهوتی، بی تا، ۵۰۸/۵؛ شوکانی، بی تا، ۸۸۷؛ دسوقی، بی تا، ۲۴۲/۴؛ ابن حزم، بی تا، ۱۸۵/۱۱-۱۸۶)، و یا این که جنایت ناشی از امتناع از انجام وظیفه‌ای باشد که شرع یا خود شخص آن را بر خودش واجب کرده باشد؛ مانند این که شخص مسافری آب اضافی‌اش را از مسافر دیگری که در گروه یا کاروان

آن‌ها قرار دارد منع نماید، با این‌که می‌داند این کار حلال نیست و اگر آب به وی نرسد می‌میرد؛ سپس چنان‌چه مسافر مذکور در اثر تشنگی بمیرد، شخص صاحب آب، بدین خاطر قصاص می‌شود (دسوقی، بی تا، ۲۴۲/۴). همچنین، هرگاه مادری نوزادش را از شیر دادن محروم کند تا بمیرد؛ از دیدگاه مالکیه، اگر این کار را به قصد قتل انجام دهد، قصاص می‌شود، ولی اگر قصد قتل را نداشته باشد دیه‌ی قتل بر عهده‌ی عاقله‌ی زن خواهد بود (دسوقی، بی تا، ۲۴۲/۴). همچنین، هرگاه دایه‌ای که وظیفه شیر دادن به نوزادی را بر عهده گرفته است، از شیر دادن امتناع کرده و نوزاد به سبب فعل او بمیرد، قصاص می‌شود. در تمام این حالت‌ها و حالت‌های مشابه، امتناع یا ترک، سبب وقوع مرگ شده و میان سبب و نتیجه (مرگ) سبب دیگری واسطه نگردیده تا حکم بدان اسناد داده شود (شاذلی، بی تا، ص ۱۰۸-۱۰۹).

۲-۵. دیدگاه فقهای امامیه

فقهای امامیه درباره‌ی امکان تحقق قتل از طریق ترک فعل اختلاف نظر دارند. برخی از آنان از جمله خوبی معتقدند که ترک یک امر عدمی است و از یک امر عدمی امر وجودی حاصل نمی‌شود؛ اما در ترک فعل مسبوق به فعل نتیجه‌ی مجرمانه را مستند به فعل می‌دانند (خویی، ۱۴۱۰ ق، ۴۲/۷). این عده از فقها با وجود این دیدگاه در پاره‌ای از مسائل تارک فعل را مجرم دانسته‌اند. به عنوان مثال، اگر صاحب حیوان در نگهداری و مراقبت از آن کوتاهی کند و به خطرناک بودن آن آگاهی داشته باشد او در قبال جنایت و تلفات حیوان مسئولیت دارد. همچنین، اگر مربی شنا در نجات جان شاگردش کوتاهی کند، او ضامن است و در صورت تحقق تعدد او مستحق قصاص است (خویی، ۱۴۱۰ ق، ۷/۳۰۵ و ۳۰۱). در مقابل این رأی، برخی دیگر معتقدند که اگر ترک فعل علت و سبب جنایت به شمار آید تارک فعل از باب تسبیب نه از باب مباشرت، مسئول و مستحق مجازات است. بنابراین، اگر تارک علت تلف باشد او ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴ ق، ۱۰۵/۴۳). این گروه از فقها، ترک فعل را در حالات زیر علت و سبب اصلی جرم دانسته‌اند:

الف: هر جا که سبب از مباشر قوی تر باشد. به عبارت دیگر، چون که مباشر فاقد شروط مسئولیت کیفری از قبیل عقل، قدرت، علم، اختیار و بلوغ است او مستحق مجازات نمی باشد که در چنین حالتی تارک به عنوان سبب، مباشر معنوی جرم به شمار می آید و نتیجه‌ی ترک فعل به او نسبت داده می شود. بنابراین، تارک فعل در حالت‌های زیر دارای مسئولیت کیفری است:

۱- اگر حیوان مباشر ارتکاب جنایت باشد و صاحبش با وجود اطلاع از وضعیت خطرناک آن در نگهداری و مراقبت از آن کوتاهی کند در چنین حالتی او مسئول جنایت و خسارت حیوان به شمار می آید ولی اگر به وضعیت خطرناک حیوان آگاهی نداشته یا در نگهداری از آن کوتاهی نکرده باشد او مسئول نمی باشد (خویی، ۱۴۱۰ق، ۳۰۶/۴۲؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ۵۶۸/۲؛ نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۳۰/۴۳-۱۳۱).

۲- اگر عامل طبیعی، مباشر جنایت باشد. به عنوان مثال، اگر مالک در ملک خود و با رعایت استانداردهای لازم دیواری صاف و راست بسازد ولی به تدریج به سمتی کج و متمایل شود که جای رفت و آمد مردم باشد در چنین حالتی، اگر مالک دیوار نسبت به خطر ریزش آن آگاه بوده و برای تعمیر آن توانایی لازم داشته باشد؛ اما اقدامات لازم را انجام ندهد در چنین حالتی در قبال خسارت‌های ناشی از ریزش دیوار مسئول است؛ اما اگر دیوار قبل از تمکن و استطاعت مالک سقوط کند و خسارتی به بار آورد ضامن به شمار نمی آید (خویی، ۱۴۲۲ق، ۳۰۳/۲-۳۰۴؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ۵۶۷/۲).

۳- اگر مباشر نسبت به عمل مجرمانه اش جهل داشته باشد. برای مثال، اگر سوزنیان از تنظیم خطوط راه آهن پرهیز کند و سبب تصادف قطارها گردد و در پی ترک این وظیفه موجب مرگ و زخمی شدن مسافران شود در چنین حالتی او ضامن به شمار می آید، به دلیل این که راننده‌ی قطار از تنظیم ریل‌های خط آهن آگاهی نداشته و با این فرض که سوزنیان مسئولیت خودش را به درستی انجام داده او قطار را با آسودگی خاطر هدایت کرده است. در این مسئله، سبب (تارک) از مباشر قوی تر است و در صورتی که سوزنیان به عمد از مسئولیت خود استنکاف کرده باشد جنایت او عمدی به شمار می آید و قصاص خواهد شد (صادقی، ۱۳۸۷ش، ۶۷).

ب: اگر حیات شخص مورد جنایت به عمل تارک وابسته باشد و تارک از جهت شرعی و قانونی مکلف به انجام آن فعل باشد در چنین حالتی امتناع تارک مسئولیت بار است. به عنوان مثال در مسئله‌ی حیات

نوزاد و شیر مادر چون که نوزاد توانایی فراهم کردن نیازهای اساسی خود را ندارد و استمرار زندگی او به طور طبیعی به شیر مادر وابسته است در چنین حالتی اگر مادر با وجود ناتوانی نوزاد و نبود زنی دیگر از دادن شیر به نوزادش خودداری کند او مسئول مرگ نوزاد به شمار می آید. بنابراین، میان مادری که به خفه کردن نوزادش اقدام کرده و مادری که از دادن شیر به نوزادش خودداری کرده و قصد او از ندادن شیر کشتن فرزندش باشد هیچ فرق و تفاوتی وجود ندارد به دلیل این که در هر دو مسئله، نقش مادر در ارتکاب جرم قتل یکسان است.

ج: اگر تارک فعل با اراده و التزام شخصی خود زندگی شخص مورد جنایت را به خودش وابسته کرده باشد. در چنین حالتی چون که تارک فعل خودش را مکلف به حفظ جان شخص مورد جنایت در هنگام خطر کرده و فرد مورد جنایت با تکیه بر مسئولیت تارک فعل، خویش را در تیررس خطر نهاده است او مسئول به شمار می آید. به عنوان مثال، مربی شنا چون که با التزام شخصی تعهد داده است که از شناگران مراقبت کند در صورت غرق شدن یکی از شناگران در اثر سهل انگاری مربی او مسئول به حساب می آید و اگر ترک فعل به قصد قتل بوده باشد، جنایت او عمدی و دارای قصاص می باشد (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۰۷/۴۳؛ خویی، ۱۴۲۲ق، ۳۰۲/۴۲؛ صادقی، ۱۳۸۷ش، ۶۸).

باتوجه به مطالب فوق می توان گفت فقها عموماً ارتکاب قتل عمد از طریق ترک فعل را با تأکید بر ضرورت احراز و اثبات رابطه سببیت پذیرفته اند؛ اما با این وجود میان آنها اختلاف نظر وجود دارد: برخی از آنان ارتکاب جرم قتل عمدی از طریق ترک فعل را مورد شک قرار داده اند از این جهت که مرگ یک امر وجودی است و یک امر وجودی نمی تواند از یک امر عدمی حاصل گردد (خویی، ۱۴۲۲ق، ۶/۴۲). مبنای نظری این دیدگاه بیانگر این است که رکن مادی قتل، فقط فعل است و ترک فعل چون که یک امر عدمی است نمی تواند سبب یک امر وجودی (قتل) گردد حتی اگر تارک فعل مکلف به انجام آن فعل بوده و با این وجود آن را ترک کرده باشد. عده ای دیگر از فقها در تأیید رأی پیشین، نقش رابطه سببیت در ثبوت این نوع قتل را محل تردید دانسته اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۵۳/۴۲). بنابراین، چون که

رابطه‌ی سببیت مخدوش است نسبت دادن قتل به تارک فعل مورد تردید می‌باشد. در فقه اهل سنت برخی نیز معتقدند که اگر کسی شخصی را زندانی کند و از دادن آب و غذا به او امتناع نماید، شخص زندانی کننده مسئولیتی ندارد از این جهت که رابطه‌ی سببیت منتفی می‌باشد (بهنسی، ۱۹۸۸م، ۲۱۰). در مقابل، اکثریت فقها معتقدند که ترک فعل هم می‌تواند رکن مادی قتل و هم در مواردی می‌تواند کشنده باشد که در چنین حالتی اثبات قصد ارتکاب قتل توسط تارک فعل شرط نیست. به‌عنوان مثال، اگر جنایتکار شخص زندانی را از آب و غذا محروم سازد و مدت زمان زندانی به مقداری باشد که چنین فردی در این مدت زمان زنده باقی نمی‌ماند در چنین حالتی شخص زندانی کننده قاتل عمدی به‌شمار می‌آید حتی اگر جنایتکار قصد ارتکاب قتل نکرده باشد (خرشی، بی‌تا، ۸/۷؛ عمرانی، ۱۴۲۱ق، ۳۴۱/۱۱؛ خمینی، ۱۴۲۵ق، ۵۱۰/۲). افزون بر آن، برخی از بزرگان اهل سنت معتقدند که فعل مثبت یا فعل منفی (ترک) می‌تواند سبب مرگ تلقی گردد. به‌عنوان مثال، اگر کسی شخص عاجز و ناتوان را در جایی زندانی کند و از روی عمد به او آب و غذا ندهد و در پی این ترک فعل شخص زندانی شده بمیرد تارک فعل قاتل به‌شمار می‌آید (عوده، بی‌تا، ۸۹/۱). همچنین، اگر فعل ترک شده توسط جنایتکار به‌گونه‌ای باشد که زندگی مورد جنایت بر انجام آن عمل متوقف باشد در چنین حالتی برخی معتقدند که قتل صورت گرفته عمدی است. به‌عنوان مثال، اگر مادر برای مدتی به فرزندش شیر نداده باشد به‌گونه‌ای که نوزاد در آن مدت زمان معمولاً می‌میرد یا جنایتکار کسی را در جایی حبس کند و به او آب و غذا ندهد به‌طوری که فرد محبوس در آن مدت زمان به‌خاطر نخوردن غذا و آب بمیرد، ارتکاب قتل در هر دو مسئله، عمدی به‌شمار می‌آید (مرعشی، ۱۴۲۷ق، ۵۹). در این نظریه گرچه ترک فعل به‌عنوان رکن مادی جرم قتل عمد به‌شمار آمده است ولی شواهد فقهی مورد استناد در آن جزو مصادیق ترک نمی‌باشد. در مسئله‌ی زندانی کردن شخصی در جایی و ندادن آب و غذا به او فعل و ترک فعل با هم موجب قتل شخص زندانی گردیده است. در این مسئله، برخی از حقوق‌دانان فعل ناشی از ترک فعل را پذیرفته‌اند و معتقدند که جرم ارتكابی به سبب آن ترک فعل انجام شده است یا ارتکاب فعل در شرایطی انجام گرفته است که تارک خودش را از جهت قانونی مکلف به حفظ جان، مال و آزادی دیگران کرده است (گلدوزیان، ۱۳۸۲ش، ۱۸۴). این

دیدگاه با ماده‌ی (۲) قانون مجازات اسلامی که فعل یا ترک فعلی را جرم می‌داند که برای آن مجازات تعیین شده در تعارض است چون در این ماده به فعل ناشی از ترک فعل هیچ‌گونه اشاره‌ای نشده است. شایان ذکر است که برخی از حقوق‌دانان فعل ناشی از ترک فعل را نپذیرفته‌اند و آن را در زمره‌ی فعل به‌شمار آورده‌اند (اردبیلی، ۱۳۸۶ش، ۱/۲۱۱). در مثال زندانی کردن شخص و ندادن آب و غذا به او برخی از فقها با وجود مخالفت با انجام قتل عمد به واسطه‌ی ترک فعل معتقدند که این قتل عمدی است و به ظاهر فعل و ترک فعل توسط تارک را سبب قتل دانسته‌اند (نجفی، ۱۴۰۴ق، ۱۹/۴۱).

۵. نتیجه‌گیری

باتوجه به مجموع مباحث مطرح‌شده، نتایج این پژوهش را می‌توان در چند مورد زیر خلاصه نمود:

۱. ترک فعل، در دو نظرگاه می‌تواند مورد بررسی قرار گیرد؛ در موردی که ترک فعل خالص است و هیچ اثر بیرونی‌ای ندارد و در موردی که شخص به علت تعهد قراردادی یا قانونی خود، مسؤول شناخته شده و این تعهد را نقض می‌کند، که از آن باعنوان ترک فعل یاد می‌شود.
۲. باوجود آنکه نواهی یا اوامر، در قالب صیغه‌های ایجابی یا سلبی وضع می‌شوند و بیانگر آن هستند که کاری باید انجام شود یا انجام نشود؛ اما در حالتی که این الزام، در قالب یک عمل یا کنش انسانی قرار می‌گیرد باید مورد توجه باشد و به عبارتی، آنچه در عالم اعتبار و الفاظ، وقتی در قالب کنش انسان قرار می‌گیرد، به همان صورت نخواهد بود. به‌عنوان مثال، زمانی که خداوند می‌فرماید نماز را برای دارید، اقامه‌ی نماز، در صورت بیرونی آن رؤیت‌پذیر است؛ اما وقتی که می‌فرماید دروغ نگوئید، در مقام عمل، دروغ نگفتن یا در قالب سکوت کردن یا در شکل صداقت‌ورزیدن نمود بیرونی پیدا می‌کند.
۳. مفهوم ترک فعل که در نواهی نیز مورد توجه قرار گرفته است باید از منظر یک عمل یا کنش انسانی مورد بررسی قرار گیرد. از طرف دیگر، باید میان مسؤولیت اخلاقی و مسؤولیت جنایی تفکیک قائل شد؛ اگر شخصی ناظر افتادن دیگری در یک چاه باشد، درست است که از منظر اخلاقی برای پیشگیری نکردن از افتادن آن شخص در آن چاه، قابل سرزنش است؛ اما از نظر کیفری، در صورتی فرد

سزاوار سرزنش است، که آنچه قانون‌گذار ممنوع کرده است، را نقض کرده باشد. در کنار این، از آنجا که عنصر مادی، هسته‌ی اساسی اثبات رابطه‌ی علیت را تشکیل می‌دهد و این عنصر نیز، امری مادی و بیرونی و عینی است، از نگاه ناظر بیرونی آنچه قابل رؤیت است، کنش‌ها و افعال ما هستند و ترک فعل خالص، صورت بیرونی ندارد. به همین جهت، آنچه موجب مسؤولیت در قتل است تفکیک میان دو موضوع است؛ تمایز میان عامل کشته شدن و نه مانع مرگ نشدن. شارع برای مسؤولیت در قتل، کشتن را مبنا قرار می‌دهد ولی در مسؤولیت اخلاقی، ممانعت از تحقق مرگ نیز می‌تواند مسؤولیت‌آور باشد.

۴. فقهایی که موافق تحقق قتل با اتکای بر مفهوم ترک فعل هستند، شرط وجود یک الزام را پذیرفته و در عین حال، بر وجود قصد تأکید داشته‌اند. قصد انسان نیز نسبت به کنش‌هایش، در قالب یک فعل جلوه‌گر می‌شود؛ چه این‌که در ترک فعل، ما فرد را به خاطر نقض وظایف مسؤول می‌شناسیم و نه صرف خودداری کردن. دیگر این‌که ترک فعل نیز همانند فعل باید علت وقوع یک جرم باشد تا بتوان فاعلش را مسؤول دانست. یعنی باید میان ترک فعل و نتیجه‌ی مجرمانه علیت یا سببیت ایجاد شود تا بتوان تارک فعل را به مجازات یا مسؤولیت کیفری محکوم کرد. در صورت عدم استناد جرم به تارک فعل نمی‌توان او را مسؤول نتیجه‌ی مجرمانه یا جنایت حاصله دانست.

۵. از مجموع نظرات و آرای مخالفان و موافقان قتل عمد از طریق ترک فعل می‌توان چنین نتیجه گرفت که ترک فعل اگر دارای شرایط زیر باشد قتل عمد به‌شمار می‌آید: ۱- ترک فعل از روی عمد بوده باشد. ۲- رابطه‌ی علیت بین ترک فعل و فوت مجنی‌علیه وجود داشته باشد. ۳- عامل ترک فعل موجب قوانین و مقررات یا قرارداد یا عرف و عادت مسلم، مؤظف به انجام فعلی باشد که عمداً ترک کرده است. ۴- مدت امتناع از فعل برای قتل شخص مجنی‌علیه کفایت کند. ۵- عدم امکان نجات مجنی‌علیه بدون نیاز به شخص تارک فعل ثابت شود.

منابع

- آل بورنو، محمد صدقي بن احمد. (١٤٢٤ق). *موسوعة القواعد الفقهية*. ج ١. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ابن امير الحاج، شمس الدين محمد بن محمد. (١٤٠٣ق). *التقرير والتحبير*. ج ٣. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن التلمساني، عبدالله بن محمد علي. (١٤١٦ق). *شرح المعالم في اصول الفقه*. ج ١. بيروت: عالم الكتب للطباعة و النشر.
- ابن تيميه، تقى الدين احمد بن عبدالحليم. (١٤١٦ق). *مجموع الفتاوى*. تحقيق: عبدالرحمن بن محمد بن قاسم. مدينه نبوى: مجمع الملك فهد لطباعة المصحف الشريف.
- ابن حجر هيثمي، احمد بن محمد. (بي تا). *الفتاوى الفقهية الكبرى*. جمع: عبدالقادر بن احمد الفاكهي، بي جا: المكتبة الاسلامية.
- ابن حزم، علي بن احمد. (بي تا). *المحلى بالآثار*. بيروت: دار الفكر.
- ابن عبدالسلام، عزالدين عبدالعزيز بن عبدالسلام. (١٤١٤ق). *قواعد الاحكام في مصالح الأنام*. تعليق: طه عبدالرؤوف سعد. قاهره: مكتبة الكليات الأزهرية.
- ابن عقيل، علي بن عقيل بن محمد. (١٤٢٠ق). *الواضح في اصول الفقه*. ج ١. تحقيق: عبدالله بن عبدالمحسن التركي. بيروت: مؤسسة الرسالة.
- ابن ماجه، ابو عبدالله محمد بن يزيد. (١٤٣٠ق). *سنن ابن ماجه*. ج ١. تحقيق: شعيب أرنؤوط، عادل مرشد، محمد كامل قره بللي، عبداللطيف حرز الله. بي جا: دار الرسالة العالمية.
- ابن مفلح، برهان الدين ابراهيم بن محمد. (١٤١٨ق). *المبدع في شرح المقنع*. ج ١. بيروت: دار الكتب العلمية.
- ابن ملقن، سراج الدين عمر بن علي. (١٤٢٩ق). *التوضيح لشرح الجامع الصحيح*. ج ١. دمشق: دار النوادر.
- إتربي، محمد صلاح محمد. (١٤٣٣ق). *التروك النبوية تأصيلاً و تطبيقاً*. ج ١. أطروحة ماجستير كلية دار العلوم بجامعة القاهرة. قطر: وزارة الاوقاف و الشؤون الاسلامية.
- اردبيلي، محمد علي. (١٣٨٦ش). *حقوق جزاي عمومي*. ج ١٦. دورهى دو جلدى. تهران: نشر ميزان.
- امير بادشاه، محمد امين بن محمد. (١٤٠٣ق). *تيسير التحرير*. مصر: مصطفى بابي حلبى.

ایجی، عضد الدین بن عبدالرحمن. (۱۴۲۴ق). شرح مختصر المنتهی الاصولی مع حاشیة سعد الدین التفتازانی و حاشیة السید الشریف الجرجانی و حاشیة الشیخ حسن الهروری. ج ۱. تحقیق: محمد حسن محمد حسن اسماعیل، بیروت: دار الکتب العلمیه.

باهری، محمد و دیگران. (۱۳۸۰ش). نگرشی بر حقوق جزای عمومی. تهران: مجمع علمی و فرهنگی مجد.

بخاری، محمد بن اسماعیل. (۱۴۲۲ق). الجامع المسند الصحیح المختصر من أمور رسول الله صلی الله علیه وسلم و سننه و آیامه. ج ۱. تحقیق: محمد زهیر بن ناصر الناصر. بیروت: دار طوق النجاء.

بخاری، عبدالعزیز بن احمد. (بی تا). کشف الاسرار شرح اصول بزدوی. بیروت: دار الکتب الاسلامی. برماوی، شمس الدین محمد بن عبدالدائم. (۱۴۳۶ق). الفوائد السنیة فی شرح الألفیة. ج ۱. تحقیق: عبدالله رمضان موسی. مدینه نبوی: مکتبة التوعية الاسلامیه.

بهنسی، احمد فتیحی. (۱۹۸۸م). الجرائم فی الفقه الاسلامی. ج ۶. بیروت: دار الشروق.

بهوتی، منصور بن یونس. (بی تا). کشف القناع عن متن الاقناع. بیروت: دار الکتب العلمیه.

جیزانی، محمد بن حسین. (۱۴۲۷ق). معالم اصول الفقه عند اهل السنه. ج ۵. بی جا: دار ابن الجوزی.

----- (۱۴۳۱). سنة التکرک و دلالتها علی الاحکام الشرعیة. ج ۱. ریاض: دار ابن الجوزی للنشر و التوزیع.

الخطاب، محمد بن محمد بن عبدالرحمن. (۱۴۱۲ق). مواهب الجلیل فی شرح مختصر خلیل. ج ۳. بیروت: دار الفکر.

خرشی، محمد بن عبدالله. (بی تا). شرح مختصر خلیل. بیروت: دار الفکر للطباعة.

خمینی، روح الله. (۱۴۲۵ق). تحریر الوسیله. ج ۲۱. ترجمه علی اسلامی. قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین.

خویی، سید ابوالقاسم. (۱۴۱۰ق). تکملة المنهاج. ج ۲۸. قم: نشر مدینه العلم.

----- (۱۴۲۲ق). مبانی تکملة المنهاج. ج ۱. قم. مؤسسه ی احیاء آثار امام خویی.

دسوقی، محمد بن احمد بن عرفه. (بی تا). حاشیة الدسوقی علی الشرح الکبیر. بیروت: دار الفکر.

رازی زین الدین، محمد بن ابی بکر. (۱۴۱۷ق). تحفه الملوک. ج ۱. بیروت: دار البشائر الاسلامیه.

رجراجی، حسین بن علی. (۱۴۲۵ق). رفع النقاب عن تنقیح الشهاب. ج ۱. ریاض: مكتبة الرشد للنشر و التوزيع.

زرکشی، بدرالدین محمد بن عبدالله. (۱۴۰۵ق). المنشور فی القواعد الفقهیه. ج ۲. کویت: وزارة الاوقاف الكويتیه.

----- (۱۴۱۸ق). تشنیف المسامع بجمع الجوامع. ج ۱. قاهره: مكتبة قرطبه للبحث العلمی و احیاء التراث.

سبکی، تقی الدین علی بن عبدالکافی. (۱۴۱۶ق). الابهاج فی شرح المنهاج. بیروت: دار الکتب العلمیه. سبکی، علی بن عبدالکافی و سبکی تاج الدین. (۱۴۲۴ق). الابهاج فی شرح المنهاج. ج ۱. مکه: دار البحوث للدراسات الاسلامیه و احیاء التراث.

سرخسی، محمد بن احمد بن ابی سهل. (بی تا). اصول سرخسی. بیروت: دار المعرفة. سلمی، عیاض بن نامی بن عوض. (۱۴۲۶ق). اصول الفقه الذی لا یسع الفقیه جهله. ج ۱. ریاض: دار التدمریة.

شاذلی، حسن علی. (بی تا). الجنایات فی الفقه الاسلامی (دراسة مقارنة بین الفقه الاسلامی و القانون). ج ۲. بی جا: دار الکتب الجامعیة.

شاطبی، ابراهیم بن موسی بن محمد. (۱۴۱۷ق). الموافقات. ج ۱. مدینه منوره: دار بن عفان. الشایع، ناصر احمد ناصر. (۱۴۲۲ق). القتل بالترك بین الشریعة و القانون. ریاض: أكاديمية نايف العربية للعلوم الأمنية. معهد الدراسات العليا.

شریبینی، محمد بن احمد الخطیب. (۱۴۱۵ق). مغنی المحتاج إلى معرفة معانی الفاظ المنهاج. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.

شقیطی، محمد الامین بن محمد المختار. (۲۰۰۵م). مذکره فی اصول الفقه. ج ۵. مدینه منوره: مكتبة العلوم و الحكم.

شوکانی، محمد بن علی بن محمد. (بی تا). السیل الجرار المتدفق علی حدائق الأزهار. ج ۱. دار ابن حزم. صادقی، محمد هادی. (۱۳۸۷ش). حقوق جزای اختصاصی یک. جرایم علیه اشخاص. ج ۱۴. تهران: نشر میزان.

صادقی، میر محمد. (۱۳۹۲ش). حقوق کیفری اختصاصی یک. جرایم علیه اشخاص. ج ۱۳. تهران: نشر میزان.

عبداللهی، معاذ، کرامتی معز، هادی. (۱۳۹۸ش). دو فصلنامه تخصصی مطالعات فقه و اصول مذاهب. سال دوم. شماره اول. بهار و تابستان. ۳۸-۵۲.

عطار، حسن بن محمد. (بی تا). حاشیة العطار علی شرح الجلال المحلی علی جمع الجوامع. بیروت: دار الکتب العلمیه.

عوده، عبدالقادر. (بی تا). التشریح الجنائی فی الاسلام مقارناً بالقانون الوضعی. بیروت: دار الکتب العربی. عمرانی، ابو الحسین یحیی بن ابو الخیر. (۱۴۲۱ق). البیان فی مذهب الامام الشافعی. ج ۱. جده: دار المنهاج.

غیاث الدین بغدادی، غانم بن محمد. (بی تا). مجمع الضمانات. بی جا: دار الکتب الاسلامی.

فناری، محمد بن حمزه. (۱۴۲۷ق). فصول البدائع فی اصول الشرائع. ج ۱. بیروت: دار الکتب العلمیه.

قرافی، احمد بن ادريس. (۱۴۱۶ق). نفائس الاصول فی شرح المحصول. ج ۱. قاهره: مکتبه نزار مصطفی الباز.

کاسانی، علاء الدین، ابوبکر بن مسعود. (۱۴۰۶ق). بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع. ج ۲. بیروت: دار الکتب العلمیه.

گلدوزیان، ایرج. (۱۳۸۲ش). بایسته های حقوق جزای عمومی. ج ۷. تهران: نشر میزان.

مرعشی، سید محمد حسن. (بی تا). دیدگاه های نو در حقوق. ج ۲. تهران: نشر میزان.

منیاوی، محمود بن محمد. (۱۴۳۲ق). المعتصر من شرح مختصر الاصول من علم الاصول. ج ۲. مصر: المکتبه الشامله.

نجفی، محمد حسن. (۱۴۰۴ق). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۷. بیروت: دار احیاء التراث العربی.

نووی، محی الدین یحیی بن شرف. (۱۴۱۲ق). روضة الطالبین. ج ۳. بیروت: المکتب الاسلامی.

ونشریسی، ابو العباس احمد بن یحیی. (۱۴۰۰ق). ایضاح المسالك الی قواعد الامام مالک. مغرب: دار الفضالة.