

سلامت و رفاهیت



تعهد نامه اصالت پایان نامه

اینجانب **مهدی حمیدی** دانش آموخته مقطع کارشناسی ارشد ناپیوسته در رشته **حقوق جزا و جرم شناسی** که در تاریخ **۹۶/۱۱/۸** از پایان نامه خود تحت عنوان **دفاع مشروع و آثار آن در ثبوت حق قصاص با تاکید بر تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲** با کسب نمره **۱۸** و درجه **عالی** دفاع نموده ام بدینوسیله متعهد می شوم .

(۱) این پایان نامه حاصل تحقیق و پژوهش انجام شده توسط اینجانب بوده و در مواردی که از دستاوردهای علمی و پژوهشی دیگران (اعم از پایان نامه ، کتاب ، مقاله و...) استفاده نموده ام، مطابق ضوابط و رویه موجود ، نام منبع مورد استفاده و سایر مشخصات آن را در فهرست مربوطه ذکر و درج کرده ام.

(۲) این پایان نامه قبلاً برای دریافت هیچ مدرک تحصیلی (هم سطح ، پایین تر یا بالاتر) در سایر دانشگاه ها و موسسات آموزش عالی ارائه نشده است .

(۳) چنانچه بعد از فراغت از تحصیل ، قصد استفاده و هرگونه بهره برداری اعم از چاپ کتاب ، ثبت اختراع و...از این پایان نامه داشته باشم ، از حوزه معاونت پژوهشی واحد مجوزهای مربوطه را اخذ نمایم .

(۴) چنانچه در هر مقطعی زمانی خلاف موارد فوق ثابت شود ، عواقب ناشی از آن را می پذیرم و واحد دانشگاهی مجاز است با اینجانب مطابق ضوابط و مقررات رفتار نموده و در صورت ابطال مدرک تحصیلی ام هیچگونه ادعایی نخواهم داشت .

نام و نام خانوادگی

تاریخ و امضاء



به نام خدا

مشور اخلاق پژوهش

مایاری از خداوند سبحان و اعتماد به این که عالم محضر خداست و همواره ناظر بر اعمال انسان و به منظور پاس داشت مقام بلند دانش و پژوهش و نظریه اهمیت جایگاه دانشگاه در اعتدای فرهنگ و تمدن بشری، مادانشجویان و اعضاء هیات علمی و احدی دانشگاه آزاد اسلامی متعهد می گردیم اصول زیر را در انجام فعالیت های پژوهشی مد نظر قرار داده و از آن تخلفی نکنیم:

- ۱- اصل برانست: التزام به برانست جویی از حرکات رفتار غیر حرفه ای و اعلام موضع نسبت به کسانی که حوزه علم و پژوهش را به شبه های غیر علمی می آلائند.
- ۲- اصل رعایت انصاف و امانت: تعهد به اجتناب از حرکات جانب داری غیر علمی و حفاظت از اموال، تجهیزات و منابع در اختیار.
- ۳- اصل ترویج: تعهد به رواج دانش و اشاعه نتایج تحقیقات و انتقال آن به بکاران علمی و دانشجویان به غیر از مواردی که منع قانونی دارد.
- ۴- اصل احترام: تعهد به رعایت حریم ها و حرمت ها در انجام تحقیقات و رعایت جانب تقد و خودداری از حرکات حرمت شکنی.
- ۵- اصل رعایت حقوق: التزام به رعایت کامل حقوق پژوهشگران و پژوهشگران (انسان، حیوان و نبات) و سایر صاحبان حق.
- ۶- اصل رازداری: تعهد به صیانت از اسرار و اطلاعات محرمانه افراد، سازمان ها و کشور و کلیه افراد و نهاد های مرتبط با تحقیق.
- ۷- اصل حقیقت جویی: تلاش در راستای پی جویی حقیقت و وفاداری به آن و دوری از حرکات پنهان سازی حقیقت.
- ۸- اصل مالکیت مادی و معنوی: تعهد به رعایت کامل حقوق مادی و معنوی دانشگاه و کلیه بکاران پژوهش.
- ۹- اصل منافع ملی: تعهد به رعایت مصالح ملی و در نظر داشتن پیشبرد و توسعه کشور در کلیه مراحل پژوهش.

نام و نام خانوادگی دانشجو

امضاء



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده علوم انسانی – گروه حقوق

پایان نامه برای دریافت درجه کارشناسی ارشد

گرایش: "جزا و جرم شناسی"

عنوان:

دفاع مشروع و آثار آن در ثبوت حق قصاص با تأکید بر تحولات قانون

مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

استاد راهنما:

دکتر علیرضا میلانی

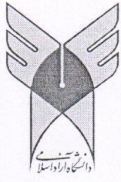
استاد مشاور:

دکتر مسعود بیرانوند

نگارش:

مهدی حمیدی

زمستان ۱۳۹۶



دانشگاه آزاد اسلامی

واحد شهر قدس

دانشکده علوم انسانی

با یاری خداوند متعال جلسه دفاع از پایان نامه کارشناسی ارشد آقای مهدی حمیدی در حقوق گرایش جزا و جرم شناسی

با عنوان:

دفاع مشروع و آثار آن در ثبوت حق قصاص با تاکید بر تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲

با حضور اساتید راهنما، مشاور و هیات داوران در تاریخ ۱۳۹۶/۱۱/۸ ساعت ۱۸ در محل سالن دانشکده علوم انسانی برگزار و با کسب نمره ۱۸ و درجه بسیارخوب مورد تصویب قرار گرفت.

۱-استاد راهنما

دکتر علیرضا میلانی

۲-استاد مشاور

دکتر مسعود بیرانوند

۳-استاد/استادان داور

دکتر رضا بیرانوند

۴-مدیر گروه آموزشی

دکتر علیرضا مظلوم رهسی

تقدیم به:

خدایی که آفرید جهان را ، انسان را، عقل را، علم را، معرفت را، عشق را

تقدیم به مادرم که دریای بی کران فداکاری و عشق ، که وجودم برایش رنج و زحمت بود و ،
وجودش برایم همه مهر

تقدیم به روح پاک پدر شهیدم که عالمانه به من آموخت تا چگونه در عرصه زندگی ایستادگی را
تجربه کنم

در آخر تقدیم به مهربان فرشتگان زندگی ام خانواده و همسر عزیزم

و با سپاس بسیار فراوان از استادان و معلمان که عاشقانه سوختند تا گرما بخش وجود ما و روشنگر
راهمان باشند

تشکر و قدردانی:

با سپاس بیکران از الطاف خداوند متعال؛

بی شک اجرای این تحقیق بدون کمک های بی شائبه ی مسئولین و کارشناسان میسر نمی شد. دکتر علیرضا میلانی شما روشنایی بخش تاریکی جان هستید و ظلمت اندیشه را نور می بخشید. چگونه سپاس گویم مهربانی و لطف شما را که سرشار از عشق و یقین است. چگونه سپاس گویم تأثیر علم آموزی شما را که چراغ روشن هدایت را بر کلبه ی محقر وجودم فروزان ساخته است. آری در مقابل این همه عظمت و شکوه شما نه توان سپاس است و نه کلام وصف. به مصداق «من لم یشکر المخلوق لم یشکر الخالق» بسی شایسته است از شما که با کرامتی چون خورشید، سرزمین دل را روشنی بخشیدید و گلشن سرای علم و دانش را با راهنمایی های کارساز و سازنده بارور ساختید، تقدیر و تشکر نمایم.

استاد گرامی دکتر مسعود بیرانوند تنها کلام (و یزکیهم و یعلمهم الكتاب و الحکمه) معلما مقامتان ز عرش برتر باد/ همیشه توسن اندیشه تان مظفر باد، شایسته ی شماست که از مهر و ملاطفت بی دریغ تان مرا در این راستا یاری رساندید، تشکر و قدردانی می نمایم.

فهرست مطالب

۱	چکیده.....
۲	مقدمه.....
۴	فصل اول.....
۴	کلیات.....
۵	الف) بیان مسأله.....
۷	ب) اهداف تحقیق.....
۷	ج) سوالات تحقیق.....
۸	د) فرضیات تحقیق.....
۹	ه) ضرورت انجام تحقیق.....
۹	و) جنبه نوآوری تحقیق.....
۱۰	ز) روش تحقیق.....
۱۰	ح) پیشینه تحقیق.....
۱۲	فصل دوم.....
۱۲	حق قصاص و شرایط ثبوت آن.....
۱۳	مبحث اول: مفاهیم بنیادی.....
۱۳	گفتار اول: مفهوم جنایت عمدی.....
۱۸	گفتار دوم: مفهوم حق قصاص.....
۲۱	بند اول: حق قصاص در قانون مجازات اسلامی.....
۲۲	بند دوم: حق قصاص در فقه جزایی.....

- مبحث دوم: پیشینه کیفر قصاص و مبنای آن..... ۲۲
- گفتار اول: تاریخچه کیفر قصاص..... ۲۲
- بند اول: قصاص و الواح دوازدهگانه روم قدیم..... ۲۵
- بند دوم: قصاص در قوانین بابل و آشور..... ۲۶
- بند سوم: قصاص در قوانین مصر قدیم..... ۲۷
- بند چهارم: قصاص نزد عرب قبل از اسلام..... ۲۷
- بند پنجم: قصاص در تورات..... ۲۸
- بند ششم: قصاص در انجیل..... ۳۰
- گفتار دوم: تبیین فلسفه کیفر قصاص از دیدگاه اسلام..... ۳۱
- مبحث سوم: شرایط ثبوت حق قصاص در جنایات عمدی..... ۳۸
- گفتار اول: تساوی در دین..... ۳۸
- گفتار دوم: فقدان رابطه‌ی پدری..... ۳۸
- گفتار سوم: تساوی در عقل..... ۳۸
- بند اول: عقل..... ۳۹
- بند دوم: بلوغ..... ۳۹
- فصل سوم..... ۴۰
- دفاع مشروع و آثار آن در جنایات عمدی..... ۴۰
- مبحث اول: مفهوم دفاع مشروع و مبنای آن..... ۴۱
- گفتار اول: مفهوم دفاع مشروع..... ۴۱
- گفتار دوم: مبنای مشروعیت دفاع..... ۴۳
- بند اول: مبنای عقلی و فلسفی مشروعیت دفاع..... ۴۶
- بند دوم: مبنای فقهی مشروعیت دفاع..... ۵۶

مبحث دوم: ارکان دفاع مشروع و شرایط آن.....	۷۹
گفتار اول: موضوع دفاع مشروع.....	۷۹
بند اول: نفس خود یا دیگری.....	۸۰
بند دوم: ناموس.....	۸۰
بند سوم: عرض.....	۸۴
بند چهارم: مال.....	۸۴
بند پنجم: آزادی تن.....	۸۵
گفتار دوم: تجاوز و شرایط آن.....	۸۶
بند اول: غیرقانونی بودن تجاوز.....	۸۷
بند دوم: قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز.....	۸۸
بند سوم: عدم تحریک قبل از تجاوز.....	۸۸
بند چهارم: غیرقابل دفع بودن تجاوز.....	۸۹
گفتار سوم: دفاع و شرایط آن.....	۹۰
بند اول: ضرورت داشتن دفاع.....	۹۱
بند دوم: متناسب بودن دفاع با منافع مورد تهدید.....	۹۳
بند سوم: متناسب بودن ابزار دفاعی با تجاوز.....	۹۴
بند چهارم: توانایی مدافع برای دفاع از دیگری و ناتوانی او در دفاع از خود.....	۹۵
گفتار چهارم: دفاع در مقابل مجنون یا طفل.....	۹۵
گفتار پنجم: دفاع در مقابل قوای انتظامی.....	۹۷
مبحث سوم: آثار دفاع مشروع در قصاص جنایات عمدی.....	۹۹
گفتار اول: آثار دفاع مشروع در فرض احراز کلیه شرایط دفاع.....	۹۹
گفتار دوم: آثار دفاع مشروع در فرض عدم رعایت مراتب دفاع.....	۹۹

بند اول: اشتباه مرتکب نسبت به شرایط دفاع.....	۱۰۰
بند دوم: ناآگاهی مرتکب نسبت به شرایط دفاع.....	۱۰۴
نتیجه گیری.....	۱۰۹
پیشنهادات.....	۱۱۲
منابع فارسی.....	۱۱۳
منابع عربی.....	۱۱۶
منابع انگلیسی.....	۱۱۷

چکیده

دفاع مشروع از نهادها و تأسیسات حقوقی ثابت در نظام‌های مختلف و از جلوه‌های روح مشترک آنهاست که تغییر زمان و مکان، اصل آن را کنار نهاده است. دفاع مشروع یکی از عوامل موجّه جرم می‌باشد. نفع اجتماعی اقتضاء دارد در مواردی که بنا به دلایل مختلف از جمله عدم اقدام به موقع جامعه، جهت جلوگیری از ارتکاب جرم، به شخص در معرض خطر، اختیار داده شود شخصاً در مقابل جانی ایستادگی کند. فلسفه‌ی وجودی دفاع مشروع، دفع هرگونه تعرض به «حق» است؛ از این رو، اصولاً موضوع مورد دفاع همواره یک «حق» است. فعلیت یا قریب‌الوقوع بودن و غیرقانونی بودن حمله و تناسب و ضرورت دفاع شرایط اصلی دفاع مشروع هستند و لذا قانون‌گذار در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این نهاد مهم حقوقی را به رسمیت شناخته و شرایط آن را تبیین کرده است. به عبارت دیگر از لحاظ مقنن ایران یا دفاع مشروع با تمامی شرایط آن وجود داشت یا نداشت و راه میانه‌ای در این خصوص متصور نبود. بنابراین ما در این پژوهش برآنیم تا با روش توصیفی-تحلیلی ضمن تدقیق در مبانی فقهی و حقوقی دفاع مشروع، به بررسی شرایط و ارکان تحقق آن (به ویژه در خصوص جنایات) در قوانین کیفری ایران و تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بپردازیم و نهایتاً آثار آن را در ثبوت یا عدم ثبوت حق قصاص مطالعه کنیم.

کلید واژگان: دفاع، دفاع مشروع، جرم، قصاص

مقدمه

سیاست‌گذاران داخلی و بین‌المللی در برخی مواقع به دلیل عارض شدن اوضاع و احوال خاصی در زمان ارتکاب عمل که انجام آن در شرایط عادی جرم محسوب می‌شود، آن را جرم نمی‌شناسند و مجازاتی برای فاعل آن عمل در نظر نمی‌گیرند. این اوضاع و احوال استثنایی مواردی هستند که جرم را توجیه کرده و جنبه مجرمانه آن را از بین می‌برند. به عنوان مثال، قتل و ایراد ضرب و جرح در قانون جرم شناخته شده است، اما اگر کسی در قبال تجاوز نامشروعی که نسبت به او صورت می‌گیرد در مقام دفاع مرتکب قتل یا ضرب و جرح شود، قانون‌گذار او را مجرم نمی‌شناسد و مجازات نمی‌کند. یکی از عوامل موجهه جرم، دفاع مشروع می‌باشد. دفاع مشروع عنوانی حقوقی است به معنای دفاع از جان، مال، ناموس و آزادی تن یک فرد در برابر تجاوز غیرقانونی شخص دیگر است. همواره انسان در مقابل عملی که ناعادلانه و غیرمشروع بوده ایستادگی کرده و دفاع در برابر چنین عملی را جزو حقوق طبیعی خود می‌داند، زیرا انسان با تبعیت از غریزه، به هنگام خطر، مقابله به مثل می‌کند و آن را نوعی حق برای خود و نوعی تکلیف نسبت به دیگران می‌داند و روابط انسانی و اجتماعی ایجاب می‌کند که افراد در صورت حمله و تهاجم ناعادلانه دیگران ساکت نمانند و قانون‌گذار برای عمل چنین کسانی که در شرایط دفاع باشند مجازاتی اعمال نخواهد کرد.

در خصوص اعمال نامشروع و شرایط دفاع، برخی آن را قرارداد اجتماعی می‌دانند و می‌گویند در صورت نقض این قرارداد، فرد حق دفاع دارد. عده‌ای آن را یک حق طبیعی می‌دانند، برخی دیگر آن را تعارض دو حق می‌دانند، که هرگاه دو حق با هم معارض باشد لازم است یکی از آن دو را که مهم‌تر است؛ حفظ کرد. برخی نظریه حقوق اسلام را که دفاع را یک حق می‌داند می‌پذیرند. (اسلام دفاع مقابل تجاوز راحق طبیعی فرد می‌داند) و برخی نیز نظریه اجبار معنوی را می‌پذیرند. توجیه معقول آن است که دفاع مشروع از آنجا که نفع اجتماعی دارد؛ جامعه از مجازات کسی که در مقام دفاع، مرتکب یک جرم می‌شود نفعی نمی‌برد. دفاع مشروع اثر بسیار مهمی به همراه دارد که مبتنی بر از بین رفتن عنوان مجرمانه عمل است. در حقیقت دفاع مشروع باعث می‌شود تا عمل مجرمانه اولیه تبدیل به یک عمل مباح شود.

کیفر قصاص اگرچه منجر به اعدام و نابودی فردی از افراد جامعه است، ولی با توجه به نقش مهمی که در جلوگیری از قتل و خون‌ریزی دارد و حیات جامعه را تضمین می‌کند، از منظر تقدیم منافع جامعه بر فرد،

موجب استمرار و بقای زندگی و ضامن حفظ و بقای نظم و امنیت و عدالت اجتماعی است؛ زیرا شخص جنایت‌کار وقتی بداند که هرگاه مرتکب جنایت شود، به مانند همان جنایت کیفر خواهد دید، برای حفظ بقای خود و حب ذات به سوی جنایت نخواهد رفت و خود را دچار عواقب وخیم آن نخواهد کرد. با این روش حیات همه از خطر نابودی و مرگ مصون می‌ماند و از این رو قرآن کریم قصاص را حیات و زندگی می‌داند. با اینکه در آیات به قصاص اشاره شده، اما در کنار قصاص به عفو و گذشت نیز اشاره شده است. در این پژوهش برآنیم تا به بررسی دفاع مشروع و آثار ثبوت حق قصاص با تأکید بر تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بپردازیم.

فصل اول

کلیات

الف) بیان مسأله

انسانها در مواجهه با خطرات از جمله تجاوز دیگران به دفاع از خود می پردازند. این دفاع از زمره بدیهی ترین حقوق انسانهاست و هیچ قانونی هم نمی تواند آن را نادیده بگیرد. از فردی که عالی ترین هدیه خداوند به خود یعنی حق حیاتش را در معرض خطر می بیند، نمی توان انتظار سکوت در مقابل مهاجم را داشت، زیرا سکوت او به معنی فقدان حیات اوست. این مطلب در هنگام تجاوز به ارزشهای دیگر مانند ناموس، مال و آزادی تن هم، هرچند با شدت کمتر قابل صدق است. برای توجیه این نهاد، مبانی مختلفی هم ذکر شده است. از طرف دیگر نمی توان به بهانه دفاع از خویش، جان انسانها را در معرض مخاطره قرار داد بخصوص که امکان سوء استفاده از این نهاد نیز همواره وجود دارد. به همین جهت قانون گذاران علاوه بر وجود تهاجم، هم برای خود تهاجم و هم برای دفاع، شرایطی را ذکر کرده اند که در صورت وجود تمامی آن شرایط، دفاع هم محقق می گردد. در غیر این صورت حتی به فرض فقدان یک شرط از شرایط مقرر، حالت دفاع مشروع صدق نکرده و اقدام فرد جنبه مجرمانه به خود می گیرد.

مقنن ایران در قوانین گذشته خود با در نظر داشتن این مطالب برای دفاع مشروع، شرایطی را قائل شده و به فرض تحقق تمامی آنها دفاع را جزء علل موجهه جرم دانسته و اقدام مدافع را مجرمانه نمیدانست. از طرف دیگر به فرض عدم وجود شرایط دفاع حتی یک شرط آن، دفاع را محقق ندانسته و مسئولیت کامل جرم ارتكابی را برای فرد قائل می شد. به عبارت دیگر از لحاظ مقنن ایران یا دفاع مشروع با تمامی شرایط آن وجود داشت یا نداشت و راه میانهای در این خصوص متصور نبود.

در تاریخ مقررات ایران، پس از تصویب قانون مجازات عمومی سابق، مقرراتی درباره دفاع مشروع پیش بینی شده بود. هرچند به عقیده نویسندگان و حقوقدانان آن زمان، این مقررات نیز کم و بیش از احکام مذهبی متأثر بوده است؛ ولی این تأثیر غیر مستقیم در واقع به دلیل تأثیرپذیری قانونگذار ایرانی از عرف

و اخلاق جامعه اسلامی بوده، نه به لحاظ تبعیت وی از احکام فقهی؛ بنابراین درباره دفاع مشروع به ویژه در خصوص بحث تناسب، تفاوت‌های اساسی با مقررات فقهی وجود داشت؛ برای مثال، قانونگذار دفاع از مال را در همه موارد مشروع نمی‌دانست و نهایتاً از مجموع مقررات چنین استنباط می‌شد که «دفاع از مال» فقط در مواردی مصداق می‌یابد که سرقت با شرایط ماده ۲۳۳ قانون مجازات عمومی سابق صورت گرفته باشد؛ یعنی همراه با آزار، تحدید و یا به صورت مسلحانه و در طرق و شوارع انجام گرفته باشد.

پس از انقلاب و ایجاد تغییرات در مقررات کیفری ایران، با مطالعه مقررات مربوط به دفاع در قانون مجازات اسلامی، هنوز هم ابهامات و اجمالاتی در این باره دیده می‌شود. هم در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی و هم در ماده ۶۲۷ این قانون، این گونه تصریح شده بود که دفاع مشروع باید با تجاوز و خطر متناسب باشد؛ ولی بند ۲ ماده ۶۱ این قانون، به جز شرط «تناسب»، مقرر می‌نمود که عمل ارتكابی نباید بیش از اندازه لازم باشد.

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در ماده ۱۵۶ مقرر می‌دارد: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود: الف- رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد. ب- دفاع مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد. پ- خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد. ت- توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.» در واقع تحقق دفاع مشروع به عنوان یکی از علل موجهه جرم، مستلزم شرایط خاصی است که این موضوع در قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲ نیز مشمول نوآوری‌ها و تغییراتی شده است.

توجه به نکات فوق این مسأله را در ذهن ایجاد می‌کند که اولاً، ماهیت دفاع مشروع بویژه از حیث موضوع و ارکان آن چیست و ثانیاً، بر چه اساسی مدافع می‌تواند در قبال تجاوز به نفس، عرض و ناموس و یا حتی مال در حد مجروح کردن یا حتی کشتن فرد مهاجم از خود دفاع کند، ولو اینکه چه بسا فرد مهاجم در واقع قصد کشتن یا مجروح کردن مدافع را نداشته است و چگونه قانونگذار در قوانین خود چنین حقی را برای مدافع قائل شده و رفتار او را قانونی می‌داند. لذا این پژوهش در صدد است تا ضمن تدقیق در مبانی فقهی و حقوقی دفاع مشروع، به بررسی شرایط و ارکان تحقق آن (به ویژه در خصوص جنایات) در قوانین کیفری ایران و تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پرداخته و نهایتاً آثار آن را در ثبوت یا عدم ثبوت حق قصاص مطالعه نماید.

ب) اهداف تحقیق

به طور کلی اهداف پژوهش حاضر عبارتند از:

- بررسی مفهوم و مبانی فقهی-حقوقی دفاع مشروع
- بررسی تحولات قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص شرایط ثبوت حق قصاص و شرایط مشروعیت دفاع در مقابل متجاوز
- تدقیق در مواد قانونی و تجزیه و تحلیل آثار مشروعیت دفاع از خود در ثبوت یا عدم ثبوت حق قصاص

ج) سوالات تحقیق

سوال اصلی:

تحقق دفاع مشروع و احراز شرایط و ارکان، چه تاثیری در ثبوت حق قصاص خواهد داشت؟

سوالات فرعی:

۱) بر چه مبنایی فرد مدافع در مواردی که جان یا تن وی و یا ناموس، عرض و آزادی وی و یا حتی در موقعیت‌هایی که مال او مورد تجاوز قرار می‌گیرد، حق دفاع و یا بلکه تکلیف مقابله با این تجاوز را دارد؟

۲) از منظر شرایط قانون دفاع، دفاع در مقابل خطر غیر واقعی چگونه ارزیابی می‌شود؟

۳) رویکرد قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در خصوص دفاع در برابر پلیس چگونه است؟

د) فرضیات تحقیق

فرضیه اصلی:

تحقق دفاع مشروع و احراز شرایط و ارکان، بعنوان یکی از عوامل موجهه جرم، مانع تحقق جرم و به تبع آن مانع ثبوت حق قصاص می‌گردد.

فرضیه های فرعی:

۱) لزوم صیانت از کرامت و حقوق انسانی در قالب اقدام دفاعی متناسب در مقابل تجاوزی ناروا، اساس و مبنای مشروعیت دفاع را تشکیل می‌دهد.

۲) چنانچه اعتقاد معقول مبنی بر وجود خطر به دفاع وجود داشته باشد، مشمول دفاع مشروع بوده و حق قصاص ساقط است.

۳) مطابق قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، هنگامی که مامورین پلیس حسب قرائن معقول از دایره قانون خارج شده باشند، دفاع در برابر آنان جایز و مشروع است. ضمن اینکه این قانون در موضوعات قابل دفاع در برابر پلیس محدودیت قائل شده است.

ه) ضرورت انجام تحقیق

حق دفاع در مقابل تجاوزات به جان، آزادی، عرض و ناموس و مال از حقوق طبیعی هر انسان است و لذا وضع مقررات در این زمینه، هم با اصول و مبانی حقوق اسلامی و هم با حقوق اروپایی هماهنگ دارد. دفاع مشروع در حقوق موضوعه ایران در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ پیش‌بینی شده است. حقوق موضوعه، ارتکاب اعمالی را که در شرایط عادی جرم و مستوجب مجازات است، در مقام دفاع، جرم نمی‌شناسد و مسئولیت کیفری و مسئولیت مدنی دفاع‌کننده را منتفی می‌داند. نظر به جدیدالتصویب بودن این قانون و عدم واکاوی و ارزیابی های کارشناسانه در تمامی ابعاد و زوایای این قانون از جمله دفاع مشروع، انجام پژوهش در این خصوص ضروری به نظر می‌رسد.

کما اینکه در اکثر پرونده‌های قتل، ادعای دفاع قانونی مطرح می‌شود و باید گفت هر متهم به قتل، برای فرار از مجازات، ادعاهایی از جمله دفاع قانونی، مهدورالدم، دیوانه بودن یا مسلمان نبودن مقتول (در زمانی که قتل اتفاق افتاده است) را در دادگاه مطرح می‌کند و باید گفت انجام مطالعات کارشناسانه می‌تواند کمک شایانی در راستای رفع ابهامات و خلاها بنماید.

و) جنبه نوآوری تحقیق

عمده پژوهش های انجام شده در خصوص دفاع مشروع، یا با رویکرد حقوق بین الملل کیفری صورت گرفته اند و یا اگر حقوق کیفری داخلی را مورد مطالعه قرار داده اند، با توجه تغییر و تحولات قوانین لازم الاجرای کیفری ایران از جمله قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، نیازمند پژوهش مجدد بر اساس قوانین جدیدالتصویب است. لذا این پژوهش از نظر رویکرد و نیز محوریت قانون اخیرالذکر دارای نوآوری است.

ز) روش تحقیق

در این پژوهش، به فراخور موضوع، اطلاعات مورد نیاز با استفاده از روش کتابخانه ای گردآوری خواهد شد. برای این منظور نیز از ابزار فیش برداری و تهیه چک لیست بهره گرفته خواهد شد. سعی بر این است تا با شناسایی دقیق منابع موجود در کشور اعم از کتب حقوقی مرتبط با موضوع، مقالات و پایان نامه های مرتبط با بحث و همچنین قوانین و مقررات داخلی و عنداللزوم سایت های اینترنتی از جمله پرتال جامع علوم انسانی و مرکز مطالعات علوم اسلامی نور مگز، پس از تهیه چک لیست و فیش برداری از منابع یافت شده، به گردآوری اطلاعات پرداخته و سپس با تجزیه و تحلیل منطقی و جمع بندی اطلاعات، کار نگارش پایان نامه را آغاز کرده و به سوالات تحقیق حاضر پاسخ داده شود.

ح) پیشینه تحقیق

بررسی های بعمل آمده حاکی از آن است که تا کنون پژوهشی جامع و کامل در خصوص موضوع این پژوهش بعمل نیامده است. عمده تحقیقات مرتبط با این موضوع، به بررسی دیگر حوزه های دفاع مشروع به ویژه از منظر حقوق بین الملل کیفری پرداخته اند. در ادامه به اهم پژوهش های مرتبط با موضوع اشاره می شود:

بکروی (۱۳۹۳) دفاع مشروع را در حقوق بین الملل کیفری و حقوق انگلستان مطالعه کرده است. وی با مطالعه نظام حقوقی انگلستان در یافته، صرف باور متهم به وجود حمله قریب الوقوع، درست همانند وجود چنین حمله ای می باشد یعنی باور صادقانه (ولو غیر معقول) متهم به ضرورت توسل به دفاع مشروع برای موجه دانستن عمل او به موجب دفاع مشروع ظاهری کافاست. اما در حقوق جزای ایران و نیز اساسنامه دیوان کیفری بین المللی، با توجه به معیار عینی پذیرفته شده برای حمله و تهدید، باور صادقانه متهم، مانع

مسئولیت کیفری نمی شود. رویکرد این پژوهش حقوق بین الملل کیفری است و متمایز از پژوهش حاضر است.

آقاباقری (۱۳۹۱)، دفاع پیش دستانه را در حقوق کیفری بین المللی و فقه امامیه بررسی کرده است. می بایست میان دفاع پیش دستانه و دفاع پیش گیرانه تفاوت قائل شد و غیرقانونی بودن و نامشروع بودن مربوط به دفاع پیش گیرانه که متضمن فاصله ی زمانی تا وقوع خطر است، می باشد ولی پیش دستی در دفاع با وقوع عینی قریب الوقوع بودن خطر هم در فقه امامیه و هم نظام های حقوقی دنیا پذیرفته شده و تفسیر این گونه از ماده ی ۵۱ منشور ملل متحد نیز موجب حاصل شدن نتیجه ی قانونی بودن این اقدام از لحاظ حقوق کیفری بین المللی می گردد. تمایز این پژوهش با پژوهش حاضر نیز در دو نکته است یکی تفاوت در رویکرد است (حقوق کیفری بین المللی) و دیگری تفاوت در موضوع (دفاع پیش دستانه).

کریمی (۱۳۸۰)، در پژوهشی حوزوی دفاع مشروع را در اسلام بررسی کرده است. نویسنده ضمن اشاره به تحول تاریخی دفاع مشروع، شرایط تجاوز و دفع متجاوز، دفع خطر، شرایط مربوط به مدافع و دفع، شرط ضرورت و تناسب دفاع، آثار دفاع مشروع در جامعه اسلامی، اثبات دفاع مشروع، موازنه اجمالی بین قانون دفاع و مشروع در اسلام و موازنه اجمالی بین حقوق عرفی و حقوق اسلامی؛ احکام دفاع از مال و جان مومن را در فقه اسلامی مطالعه کرده است. این پژوهش از نظر رویکرد محض فقهی با پژوهش حاضر که حقوق جزای ایران را مطالعه می نماید متمایز است.

واعظی (۱۳۷۸) دفاع مشروع را در حقوق جزا ایران مطالعه کرده است لیکن با توجه به قدیمی بودن این پژوهش و تغییر و تحولات قوانین لازم الاجرای کیفری، بازپژوهی در خصوص دفاع مشروع ضروری است.

فصل دوم

حق قصاص و شرایط ثبوت آن

مبحث اول: مفاهیم بنیادی

گفتار اول: مفهوم جنایت عمدی

در قانون مجازات اسلامی قانون‌گذار از ارائه تعریفی جامع و مانع از جنایت عمدی خودداری کرده است. در بیان احکام این جرم و در مقام ذکر موجبات قصاص، به شرح مصادیق و مواردی که جنایت ارتكابی به عنوان قتل عمدی قلمداد می‌گردد، اکتفا نموده است. مطابق ماده 290 قانون مذکور جنایت در موارد زیر عمدی است:

۱. هرگاه مرتکب با انجام کاری قصد ایراد جنایت بر فرد یا افرادی معین یا فرد یا افرادی غیرمعین از یک جمع را داشته باشد و در عمل نیز جنایت مقصود یا نظیر آن واقع شود، خواه کار ارتكابی نوعاً موجب وقوع آن جنایت بشود، خواه نشود.
۲. هرگاه مرتکب، عمداً کاری انجام دهد که نوعاً موجب جنایت واقع شده می‌گردد، هرچند قصد ارتكاب آن جنایت و نظیر آن را نداشته باشد ولی آگاه و متوجه بوده که آن کار نوعاً موجب جنایت یا نظیر آن می‌شود.
۳. هرگاه مرتکب قصد ارتكاب جنایت واقع شده یا نظیر آن را نداشته و کاری را هم که انجام داده است، نسبت به افراد متعارف نوعاً موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن نمی‌شود، لکن در خصوص مجنی علیه، به علت بیماری، ضعف، پیری یا هر وضعیت دیگر و یا به علت وضعیت خاص مکانی یا زمانی نوعاً موجب آن جنایت می‌شود، مشروط بر آنکه مرتکب به وضعیت نامتعارف مجنی علیه یا وضعیت خاص مکانی یا زمانی آگاه و متوجه باشد.

۴. هرگاه مرتکب قصد ایراد جنایت واقع شده یا نظیر آن را داشته باشد، بدون آنکه فرد یا جمع معینی مقصود وی باشد و در عمل نیز جنات مقصود یا نظیر آن واقع شود. مانند اینکه در اماکن عمومی بمب گذاری کند.

تبصره ۱: در بند ۲ عدم آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات گردد و در صورت عدم اثبات جنایت عمدی است، مگر جنایت واقع شده صرفاً به علت حساسیت زیاد موضع آسیب واقع شده باشد و این حساسیت نیز غالباً شناخته شده نباشد که در این صورت آگاهی و توجه مرتکب باید اثبات شود و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی شود.

تبصره ۲: در بند ۳ باید آگاهی و توجه مرتکب به اینکه کار نوعاً نسبت به مجنی علیه موجب جنایت واقع شده یا نظیر آن می شود اثبات شود و در صورت عدم اثبات، جنایت عمدی ثابت نمی شود. (گروه آموزشی حقوق جزا، ۱۳۹۳)

مطابق ماده ۲۹۴ قانون جدید مجازات اسلامی، اگر کسی به علت اشتباه در هویت، مرتکب جنایتی بر دیگری شود در صورتی که مجنی علیه و فرد مورد نظر هر دو مشمول ماده (۳۰۲) این قانون نباشند، جنایت عمدی محسوب می شود.

مطابق ماده ۲۹۳ قانون جدید مجازات اسلامی، هرگاه فردی مرتکب جنایت عمدی گردد لکن نتیجه رفتار ارتكابی، بیشتر از مقصود وی واقع شود، چنانچه جنایت واقع شده، مشمول تعریف جنایات عمدی نشود، نسبت به جنایت کمتر، عمدی و نسبت به جنایت بیشتر، شبه عمدی محسوب می شود؛ مانند آنکه انگشت کسی را قطع کند و به سبب آن دستش قطع شده و یا فوت کند که نسبت به قطع انگشت عمدی و نسبت به قطع دست و یا فوت، شبه عمدی خواهد بود.

مطابق ماده ۲۹۵ قانون جدید مجازات اسلامی، هرگاه کسی فعلی که انجام آن را بر عهده گرفته یا قانون وظیفه خاصی را بر عهده‌ی او گذاشته است، ترک کند و به سبب آن، جنایتی واقع شود، چنانچه توانایی انجام آن فعل را داشته باشد جنایت حاصل، به او مستند می‌شود و حسب مورد عمدی، شبه عمدی، یا خطای محض است، مانند اینکه مادر یا دایه‌ی ای که شیردادن را بر عهده گرفته است، کودک را شیر ندهد یا پزشک یا پرستار وظیفه قانونی خود را ترک کند. (همان)

دکتر آقای نیا، تعریف حقوقی قتل عمدی را، سلب عمدی جنایت از دیگری بر خلاف قانون، می‌داند. (آقای نیا، ۱۳۹۲)

در متون فقهی، فقهای اسلامی قتل موجب قصاص را به این ترتیب ذکر کرده اند: «و هُوَ إِزْهَاقَ النَّفْسِ الْمَعْصُومَةِ الْمَكَافِئَةَ عَمْدًا وَ عُذْوَانًا».

به نظر می‌رسد که تعریف قتل عمدی به نحوی که با قانون و رویه قضائی منطبق باشد، در صورتی عملی است که قتل عمدی را این‌گونه تعریف کنیم: سلب ارادی حیات از انسان زنده به وسیله انسان دیگری به طرق معین شده در قانون.

پروفسور اشورت^۱، حقوقدان کیفری مشهور انگلستان، اهمیت جرم قتل را در قالب این کلمات بیان کرده است، «... مرگ، صدمه نهایی است. همین نهایی بودن ایجاب می‌کند که مرگ را شدیدترین صدمه‌ی ای که می‌تواند به دیگری وارد شود دانسته و کسی را که، بدون هیچ عذر یا توجیهی، آن را به دیگری تحمیل می‌کند گناهکارترین مجرم بشناسیم». (گروه آموزشی حقوق جزا، ۱۳۹۳)

همچنین قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲/۰۲/۱۱ نیز بدون تعریف قتل عمدی به تصویب کمیسیون حقوقی و قضایی مجلس شورای اسلامی رسید و صرفاً به ذکر مصادیق قتل عمدی پرداخته است؛ بنابراین

¹. Ashworth

قانون‌گذار با توجه به اینکه مفهوم قتل عمد روشن است، نخواستہ تعریفی از آن ارائه دهد، بلکه آنچه اهمیت دارد، تشخیص مصادیق قتل عمد و تفکیک قتل عمد از شبه عمد و خطای محض است، اما حقوق‌دانان تعاریف مختلفی از قتل عمد ارائه نموده‌اند و شاید دلیل عدم توافق بر سر تعریفی واحد از قتل عمد عدم تعریف این قتل در قانون مجازات اسلامی است که به برخی از آن‌ها اشاره می‌شود:

برخی معتقدند: «قتل، کشتن انسان است به وسیله‌ی اسلحه‌ی سرد یا گرم و غیره، اعم از اینکه مستقیم باشد یا غیرمستقیم». در این تعریف اشاره ای به قصد قاتل نشده، ممکن است کشتن صورت پذیرد، ولی به لحاظ فقدان قصد قتل به شبه عمد تبدیل شود، مانند قتل ناشی از تصادفات رانندگی. (مرادی و شهبازی، ۱۳۹۴)

برخی دیگر در مورد قتل چنین می‌نویسند: «قتل عمدی عبارت است از فعل بدون مجوز قانونی عمدی و آگاهانه یک انسان، به نحوی که منتهی به مرگ انسان دیگری شود». (گلدوزیان، بی تا)

در تعریف فوق اولاً قید بدون مجوز قانونی ضرورتی نداشته، ثانیاً وقتی عمد باشد، ذکر قید آگاهانه زائد است، چون عمد از دو رکن اراده و قصد تشکیل می‌شود، ثالثاً عدم ذکر واژه‌ی محقون‌الدم است، زیرا چه بسا قتلی بدون مجوز قانونی به روی یک انسان مهدورالدم صورت گیرد و اگر این تعریف را تعریف قتل عمد موجب قصاص بدانیم، ذکر واژه‌ی محقون‌الدم باز ضروری به نظر می‌رسد، مانند قتل زن در حال زنا با مرد اجنبی توسط شوهر.

برخی دیگر سلب عمدی حیات شخصی توسط دیگری را قتل عمد دانسته‌اند. این تعریف نیز جامع و کامل نیست؛ زیرا قتل‌های واقع شده به موجب قانون را نیز در برمی‌گیرد، زیرا این نوع قتل هم سلب عمدی حیات از انسان دیگری است.

برخی دیگر از حقوق دانان قتل عمدی موجب قصاص را چنین تعریف کرده‌اند: «هر رفتاری که از انسان بالغ و عاقل صورت پذیرفته و موجب سلب عمدی حیات از انسان محقون‌الدم دیگری بدون مجوز قانونی شود».

با امعان نظر به تعاریف فوق، می‌توان گفت، جامع‌ترین تعریف از قتل عمدی موجب قصاص است، زیرا ذکر واژه‌ی «هر رفتاری» به این دلیل است که تمام مصادیق افعال و اعمال، اعم از فعل (مادی و غیرمادی) و ترک فعل را دربرمی‌گیرد. استفاده از واژه‌ی «سلب حیات» به این دلیل است که در قتل بایستی سلب حیات صورت پذیرد، در غیر این صورت قتل محقق نمی‌شود. ذکر کلمه‌ی «انسان» برای این منظور است تا مانع از چیزهایی بشود که لفظ انسان بر آن اطلاق نمی‌شود، مانند حیوان و جنین. ذکر کلمه‌ی «عمدی» به این دلیل است که جنایت غیرعمدی (خطای محض و شبه عمدی) موجب قصاص نیست. ذکر کلمه‌ی «دیگری» به این خاطر است که خودکشی از شمول تعریف خارج شود. استفاده از واژه‌ی «محقون‌الدم» به این جهت است که افرادی که مهدورالدم محسوب می‌شوند از شمول تعریف خارج شوند و نیز آوردن اصطلاح «بدون مجوز قانونی» برای احتراز از قتل عمدی است که با مجوز قانونی صورت می‌گیرد.

اما با عنایت به اینکه مهمترین منبع حقوق جمهوری اسلامی ایران، قانون است، هیچ یک از تعاریف یادشده در مقابل قانون مجازات اسلامی، قابلیت اجرایی ندارد و فقط به عنوان یک منبع ارشادی قابل بررسی است؛ بنابراین برای تحلیل اجزای تشکیل دهنده‌ی جرم قتل عمدی، مستند اصلی ما، قانون مجازات اسلامی است و از سایر منابع ارشادی در مقام مقایسه و تذکر نقاط ضعف یا قوت قانون استفاده خواهیم کرد. (مرادی و

شهبازی، ۱۳۹۴)

گفتار دوم: مفهوم حق قصاص

قصاص در لغت از ماده قصص اشتقاق گردیده و به معنی تتبع، قطع، مساواة، قصه و قود می‌باشد. در اصطلاح تمامی فقها قود را قصاص گویند و قود در لغت یعنی کشتن و قصاص نمودن قاتل به سبب قتل که انجام داده است. عبدالقادر عوده قصاص را چنین تعریف می‌نماید: «قصاص آن است که مجرم باید مشابه و همانند عمل خود، مجازات ببیند». محمد جواد مغنیه در تعریف قصاص می‌نویسد: «قصاص در اصطلاح عبارت است از اینکه مجنی‌علیه، حق خود را مانند تعدی که به او شده است، از تعدی کننده بستاند».

با در نظر داشتن تعاریف فوق، قصاص را می‌توان چنین تعریف نمود: قصاص عبارت است از واکنش نشان دادن در برابر جنایت به مانند آن. به عبارت دیگر، مجازات مجرم به تناسب جرمش را قصاص گویند. (غضنفری و نبیل، ۱۳۹۳)

حق قصاص به دو صورت قابل تملک است: بالاصاله (اصالتاً) و بالارث (تبعاً). حق قصاص بالاصاله در جایی است که شخص بلاواسطه ولی دم مقتول باشد همانند والدینی که فرزندشان به قتل رسیده یا فرزندان که ولی دم پدر یا مادر مقتول خود هستند و امثال آن. اما تملک حق قصاص به صورت تبعی در مواردی محقق می‌شود که ولی دم یا اولیای دم اصلی به دلیلی از بین می‌روند یا قابلیت مالکیت حق قصاص را از دست می‌دهند و حق قصاص به وراث اولیای دم منتقل می‌شود.

نحوه تملک حق قصاص، از جمله موضوعاتی است که به لحاظ اهمیت و دارا بودن آثار فراوان، به‌طور جداگانه و مستقل مورد بحث فقیهان، اعم از امامیه و اهل سنت قرار گرفته است. در موردی که اولیای دم متعدد هستند، دو نظریه کلی در مورد چگونگی تملک حق قصاص میان فقیهان مطرح شده است:

۱. نظریه وحدانی یا مجموعی بودن حق قصاص: بنابر این نظریه این حق برای مجموع اولیای دم،

برقرار شده است بنابراین استیفای قصاص توسط هر یک از اولیای دم منوط به اذن بقیه است.

۲. نظریه‌ی انحلالی بودن حق قصاص: طبق این نظریه، ثبوت حق قصاص برای هر یک از اولیای دم

به نحو استقلال و کمال است، از این رو هر یک از اولیای دم می‌توانند بدون اذن بقیه، جانی را

قصاص کنند.

گرچه اغلب فقهای امامیه در مورد حق قصاص بالاصاله، قائل به انحلالی بودن حق قصاص هستند، لکن در

مورد نحوه توارث حق قصاص به اولیای دم تبعی یا باواسطه اختلاف نظر دارند. (شمس و کلانتری، ۱۳۸۹)

در این رابطه در متون فقهی دو دیدگاه مطرح شده است که در ذیل به اختصار به آن‌ها اشاره می‌کنیم:

دیدگاه اول: نظریه وحدانی یا مجموعی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا باواسطه

برخی از فقهاء معتقدند که در صورت فوت اولیای دم اولیه، قبل از استیفای قصاص نفس، اگر یکی از

اشخاص که حق قصاص نفس به واسطه‌ی توارث به آن‌ها منتقل می‌گردد، جانی را عفو کند، حق قصاص

سایرین ساقط می‌شود؛ زیرا حق قصاص بالارث مانند حق خیار بالارث، بسیط و تجزیه‌ناپذیر است و از این

رو شرکت همه‌ی آن‌ها در حق به‌طور جمعی امکان دارد؛ حق به مجموع تعلق می‌یابد و زمانی قابل استفاده

است که وارثان در این راه به توافق برسند. البته بخاطر از بین رفتن خون مسلمان، حق مطالبه‌ی دیه از

جانی را دارند. به علاوه ممکن است حق قصاص ابتداءً برای مورث ایجاد شده باشد و مورث قبل از

استیفا، فوت کند، مثلاً مردی دست همسرش را قطع کند و مجنی‌علیها قبل از استیفای قصاص در اثر

حادثه‌ای فوت کند، در این صورت اگر یکی از اشخاصی که حق قصاص عضو به واسطه‌ی توارث به آن‌ها

منتقل می‌شود، جانی را عفو کند، حق قصاص سایرین بنابر دلایل مذکور ساقط می‌شود. البته به خاطر

هدر نشدن خون مسلمان، حق مطالبه‌ی دیه از جانی را دارند. به عبارت دیگر قائلین به این نظریه معتقدند

اگر استیفا کنندگان حق قصاص، آن را ابتداءً به عنوان مجعول‌له اصلی حق کسب کرده باشند، می‌توانند

انفراداً و به طور مستقل از یکدیگر آن را استیفا کنند. اما در صورتی که حق مزبور را از مجعول‌له اصلی حق، به ارث ببرند بایستی این حق را به‌طور جمعی اعمال کرده، همگی بر استیفای آن توافق کنند. (همان)

دیدگاه دوم: نظریه‌ی انحلالی بودن حق قصاص اولیای دم تبعی یا باواسطه

قائلین به این نظریه معتقدند اگر ولی‌دم فوت کند، حق قصاص برای هر یک از وراث او مستقلاً ثابت است زیرا وراث حق قصاص را نه از حیث وارث بودن بلکه از حیث ولی‌دم بودن به ارث می‌برند و از آنجا که ارث بردن از حق قصاص با عنوان ولی‌دم است و عنوان ولی‌دم بر هر یک از وراث است، از این رو برای هر یک از وراث حق قصاص وجود دارد.

لازم به ذکر است، در ماده ۹-۳۱۵ لایحه پیشنهادی قانون مجازات اسلامی به مجلس شورای اسلامی که یک فوریت آن در دی ماه ۱۳۸۶ به تصویب رسید، آمده است:

«هرگاه مجنی‌علیه یا ولی‌دم فوت کند، حق قصاص به ورثه‌ی متوفی می‌رسد، حتی اگر وارث، شوهر یا زن مجنی‌علیه باشد و هر کدام از ورثه مستقلاً حق قصاص دارند».

بنابراین در لایحه‌ی جدید ضمن اینکه تکلیف ارث قصاص به صراحت روشن شده، نظریه‌ی انحلالی بودن حق قصاص تبعی پذیرفته شده است. (اصفهانی، ۱۴۲۵)

بند اول: حق قصاص در مجازات اسلامی

قانون‌گذار در ماده ۲۰۵ ق.م.ا. ۱۳۷۰ مجازات قتل عمد را، قصاص و حق اولیای دم قرار داده بود: «قتل عمد برابر مواد این فصل موجب قصاص است و اولیای دم می‌توانند با اذن ولی امر قاتل را با رعایت شرایط مذکور در فصول آتیه قصاص نمایند و ولی امر می‌تواند این امر را به رئیس قوه قضاییه یا دیگری تفویض نماید»، که بیانگر تعیینی بودن حق قصاص است و اولیای دم حق دیگری را به نحو استقلالی در عرض قصاص ندارند؛ هرچند می‌توانند با رضایت جانی به جای قصاص، مطالبه دیه نمایند؛ چنان که ماده ۲۵۷ ق.م.ا. ۱۳۷۰ به آن تصریح می‌کند: «قتل عمد موجب قصاص است لکن با رضایت ولی دم و قاتل به مقدار دیه کامله یا به کمتر یا زیادتر از آن تبدیل می‌شود».

بنابراین مجازات اصلی و اولی در جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی قصاص است و دیه یک واکنش جایگزین است که مشروط به رضایت جانی است و بدون رضایت او یک گزینه بیشتر پیش روی اولیای دم نیست و به دیگر بیان، قصاص حق تعیینی اولیای دم است.

قانون‌گذار در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در موضوع جرم جنایت عمدی بر ضد تمامیت جسمانی، همچنان مجازات قصاص را به عنوان تنها حق استقلالی اولیای دم یا مجنی‌علیه در ماده ۳۸۱ پذیرفته است: «مجازات قتل عمدی در صورت تقاضای ولی دم و وجود سایر شرایط مقرر در قانون، قصاص و در غیر این صورت مطابق مواد دیگر قانون از حیث دیه و تعزیر عمل می‌گردد» و گرفتن دیه را نیز در ماده ۳۵۹ مشروط به رضایت جانی دانسته است: «در موارد ثبوت حق قصاص، اگر قصاص مشروط به رد فاضل دیه نباشد، مجنی‌علیه یا ولی دم، تنها می‌تواند قصاص یا گذشت نماید و اگر خواهان دیه باشد، نیاز به مصالحه با مرتکب و رضایت او دارد».

بنابراین در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این باره هیچ تغییری در موضع قانون‌گذار ایجاد نشده است.

(محمدی جورکویه، ۱۳۹۴)

بند دوم: حق قصاص در فقه جزایی

بر اساس فقه جزایی اسلام مسلم است که در جرایم عمدی بر ضد تمامیت جسمانی انسان به طور مطلق (فارغ از جنسیت و تعدد جانی و مجنی‌علیه)، ولی دم یا مجنی‌علیه حسب مورد حق قصاص دارد؛ اما این بحث همواره از گذشته در فقه جزایی اسلام مطرح بود که در مواردی امکان دارد ولی دم یا مجنی‌علیه به دلایلی نخواهد قصاص کند؛ مثل اینکه ولی دم به جهت اینکه سرپرست او از دست رفته، بیشتر نیازمند سرمایه‌ای برای اداره زندگی خود باشد تا قصاص و یا کسی که دست یا پایش قطع شده، نیازش به یک سرمایه برای حفظ زندگی خود مهمتر از اعمال حق قصاص باشد. (همان)

مبحث دوم: پیشینه کیفر قصاص و مبانی آن

گفتار اول: تاریخچه کیفر قصاص

به اعتقاد بسیاری از جامعه‌شناسان و حقوق‌دانان، جرم پدیده‌ای است که ریشه در اعتقادات، آداب، رسوم و فرهنگ ملت‌ها دارد و به همین دلیل هر جامعه، قوم و ملتی جرایم مخصوص به خود را دارد و چه بسا عملی را که جامعه‌ای جرم می‌داند، نزد جامعه دیگر یک عمل عبادی دانسته شود، یا به‌عکس، اعمال عبادی یک قوم در نزد اقوام دیگر جرم و گناه محسوب شود، در عین حال بعضی از اعمال آن‌چنان با مصالح و منافع انسان‌ها در تضاد و تعارض است که هیچ‌کس نمی‌تواند آن اعمال را نادیده بگیرد و آن‌ها را مجرمانه و بر خلاف حقوق و آزادی‌های فردی و اجتماعی نداند. این نوع جرایم را در اصطلاح، جرایم طبیعی می‌نامند. قتل و ضرب و جرح از این نوع جرایم به حساب می‌آیند و به نظر می‌رسد اولین حقی را که

انسان‌ها در آغاز زندگی برای خود قائل بودند حفظ حیات و تمامیت جسمانی خویش بوده است و چه بسا همین نیاز، انسان‌ها را به هم نزدیک نموده و موجب تشکیل زندگی جمعی گردیده باشد.

قتل نفس، اولین جرمی است که از دیدگاه قرآن در زمین واقع شده که از خوی تجاوزگری و خودمحوری انسان حاکی است و این عمل در همان زمان هم جرم و گناه بوده است. بنابراین، اگر از ابتدای حیات انسان، قتل و ضرب و جرح به عنوان یک تهدید جدی برای زندگی او به حساب آمده، باید بپذیریم که انسان‌ها از ابتدا دفاع از خود را یک حق دانسته و در مقابل این تهدید از خود عکس العمل نشان داده‌اند. صورت طبیعی مورد توجه انسان واقع شد، با این تفاوت که این مقابله، هیچ حدّ و مرزی نداشته است و انسان‌ها به خود اجازه می‌داده‌اند که در مقابل کوچک‌ترین تهدید و ضرب و جرح، به شدیدترین تهاجمات دست بزنند و در مقابل کشته شدن یک نفر، کشتارهای دسته جمعی و قبیله‌ای را که احياناً سال‌ها به طول می‌انجامیده است انجام دهند. بدین ترتیب، همان‌گونه که طبیعت انسان و سرگذشت او حکایت از حسّ برتری‌طلبی و خودمحوری او دارد؛ به گونه‌ای که حاضر می‌شود هم‌نوع خود را از بین ببرد و خون او را بر زمین بریزد، همین انسان در طبیعت خود، حس انتقام‌جویی و مقابله به مثل را دارد و حاضر نیست در مقابل تجاوز و تعدی دیگران سکوت نماید و از خود دفاع نکند. شرایع آسمانی نیز، به ویژه اسلام که دین فطرت و منطبق با عالم تکوین است به این مسئله توجه کرده و بدون هیچ مسامحه‌ای اعلام نموده‌اند: «جزاء سیئه سیئه مثلها»؛ و انتقام بدی به مانند آن بدی است. و «ولمن انتصر بعد ظلمه فاولئك ما علیهم من سبیل»؛ و هر کس پس از ظلمی که بر او رفت یاری طلبد بر او هیچ مؤاخذه‌ای نیست. البته تردیدی نیست که این به عنوان یک حکم اولی و به منظور به رسمیت شناختن این، طبیعت نوع بشر می‌باشد و منافات ندارد که حکم دیگری متناسب با مراحل بالاتر رشد و کمال انسان وجود داشته باشد و انسان‌ها به سمت آن تشویق و ترغیب شوند، همان‌گونه که می‌بینیم به دنبال همین آیات، سخن از عفو، گذشت، صبر و مقاومت است و

این بهتر و والاتر دانسته شده است مانند: «فمن عفی واصلح فأجره علی الله»؛ باز اگر کسی عفو کرده و بین خود و خصم اصلاح نمود اجر او با خدا است. و «ولئن صبرتم لهو خیر للصابرین»؛ و اگر صبوری کنید البته برای صابران اجری بهتر خواهد بود. (خسروشاهی، ۱۳۸۰)

بنابراین، در شرایع آسمانی در عین حال که حق مقابله به مثل در مقابل جنایت و بدی به طور اعم به رسمیت شناخته شده است، ولی این مقدمه‌ای برای رشد و ترقی انسان به مراتب بالاتر انسانیت است و این از ویژگی‌های قوانین الهی است که در آن‌ها در عین توجه به حیات مادی انسان، ابعاد دیگر وجود او و رشد معنوی او نیز مورد توجه بوده است. از نظر تاریخی، نظام قبیله‌ای، اولین نظام اجتماعی حاکم بر زندگی انسان‌ها بود و در آن اگر چه قانون به معنای امروزی آن وجود نداشته است، اما سنت‌ها و آداب و رسومی که در طول سال‌ها مورد تقلید و تبعیت افراد قبیله قرار می‌گرفت موجب پابندی افراد به یک شیوه خاص رفتاری می‌شد، به ویژه که این سنت‌ها نوعاً با انتخاب طبیعی انسان‌ها و تأکید و توصیه ادیان آسمانی مورد تبعیت قرار می‌گرفتند، لذا از یک ضمانت اجرایی بسیار قوی برخوردار بودند که نمونه آن را در جوامع امروزی نسبت به قوانین موضوعه کمتر می‌توان پیدا کرد.

از نظر تاریخی، تبدیل این آداب و رسوم و سنت‌ها به قوانین رسمی از هنگامی آغاز شد که دولت جانشین قبیله و عشیره گردید و خط و کتابت در میان انسان‌ها رواج یافت و امکان نوشتن قوانین بر الواح و صحیفه‌ها به وجود آمد. البته این به معنای از بین رفتن آداب و رسوم و تقلید از آن‌ها در میان جوامع انسانی نیست؛ زیرا پیروی از آداب و رسوم در میان جوامع انسانی همواره وجود داشته است و در کنار قوانین موضوعه، بخشی زیاد از روابط انسان‌ها بر اساس همین آداب و رسوم شکل گرفته است و در بسیاری از موارد، وضع قوانین رسمی با الهام از این قوانین نانوشته بوده است، لذا در بسیاری از نظام‌های حقوقی، عرف و عادت یکی از منابع حقوق شناخته می‌شود. (همان)

بند اول: قصاص و الواح دوازده‌گانه روم قدیم

یکی از حوادث مهم در تاریخ روم قدیم، نوشته شدن قوانین، مقررات و آداب سلوک فردی و اجتماعی بر روی الواح دوازده‌گانه بود که در تاریخ نیز به همین نام شناخته می‌شوند. این کار که توسط یک مجموعه ده نفری از خواص که «قضات عشره» یا «دسمویر» نامیده می‌شدند انجام شد، در واقع آغاز پیدایش قانون مکتوب در تاریخ روم می‌باشد و قبل از آن، قانون، چیزی جز مخلوطی از عادات قبیله‌ای، رسوم و اوامر کشیشان نبود، به همین دلیل جزئی از دین به حساب آمده و دارای صبغه دینی بود. تا این زمان کلیه امور اعم از روابط بین افراد، مانند: ازدواج، طلاق، وصیت انتقال مالکیت، حقوق اطفال و روابط بین مردم با خدایان خود به کشیشان مربوط می‌شد و تنها این گروه بودند که می‌دانستند این امور چگونه باید انجام گیرد و قوانین فقط در اختیار آن‌ها قرار داشت و مردم هیچ‌گونه دسترسی به آن نداشتند؛ به گونه‌ای که گاهی به تغییر قوانین به نفع بعضی از اقشار جامعه متهم می‌شدند و در واقع به دلخواه خود قوانین را که فقط در اختیار خود آن‌ها بود تغییر می‌دادند. با پدید آمدن الواح دوازده‌گانه، در واقع یک انقلاب در تاریخ تمدن و فرهنگ روم به وجود آمد که دو نتیجه مهم در پی داشت: اول این که قانون در روم برای همه شناخته شده و در میان مردم منتشر گردید و آن‌ها می‌دانستند که چگونه باید روابط خود را با یک‌دیگر تنظیم نمایند و نیازی به مراجعه به کشیشان نداشتند و در واقع حق تشریح و قانون‌گذاری از آن‌ها سلب گردید. به دنبال این تحول، قوانین مدون در الواح دوازده‌گانه با تغییرات و تمهیدهایی که در آن به وجود آمد، در طول نه قرن، اساس قانون در روم محسوب می‌شد. از نظر ماهوی این مجموعه قوانین یکی از شدیدترین مجموعه‌های قانونی است که در طول تاریخ تدوین شده است. از طرفی در این قانون، پدر دارای یک سلطه بی‌حد و مرز بر فرزندان خود بوده است؛ به گونه‌ای که می‌توانست فرزند خود را زندانی کند یا بفروشد و حتی به قتل برساند و تنها اگر سه مرتبه او را می‌فروخت از تحت سیطره پدر آزاد می‌شد. از طرف دیگر، علی‌رغم این که قانون، تساوی عموم در برابر قانون را اعلام می‌کرد، لیکن مزاجت خواص

با عوام را جایز نمی‌دانست، زیرا عروسی خواص از جمله مراسم مذهبی بوده و عوام نمی‌توانستند در آن شرکت کنند، اما چند سال بعد عوام متمول اجازه یافتند با خواص کفو باشند و مزاجت کنند. حق مالکیت افراد تا آنجا مورد توجه بوده است که اگر سارقی در حال سرقت دست‌گیر می‌شد، برده‌صاحب مال می‌شد، هم‌چنین اگر مقروض نمی‌توانست دین خود را ادا نماید، طلب‌کار حق داشت او را به قتل برساند و هرگاه تعداد طلبکاران از یک نفر تجاوز می‌کرد، می‌توانستند بعد از شصت روز بدن مقروض را قطعه قطعه کنند. (ابن منظور، ۱۹۸۸م)

بند دوم: قصاص در قوانین بابل و آشور

مجموعه‌ای از قوانین کهن در منطقه بابل و آشور در عراق به دست آمده است که شامل قوانین «اورنامو» «بالالاما» و قانون «حمورابی» می‌شود و آن‌ها را مجموعه قوانین «میزویوتامی» نامیده‌اند. در قانون «اورنامو» که نخستین قانون مدون و سه قرن پیش از قانون حمورابی وضع شده است. بیشتر بر مجازات دیه و غرامت تأکید شده است. و در تعداد کمی از مواد آن (پنج ماده) که باقی‌مانده است سخنی از قصاص نیست. در قانون «بالالاما» میان کیفری که بر افراد آزاد و بر بندگان وارد می‌شود، تفاوت گذاشته شده است؛ به گونه‌ای که جنایت بر احرار موجب قصاص و جنایت بر بندگان موجب پرداخت دیه است. قانون حمورابی (شامل ۲۱۲ ماده قانونی) مهم‌ترین مجموعه قانون و پس از قانون «اورنامو» کهن‌ترین قانونی است که حدود هیجده قرن قبل از میلاد وضع شده است. در این قانون مسائل کیفری (اعم از جرایم و مجازات‌ها) مانند، زنا با محارم (مواد ۱۵۴ - ۱۵۸) سرقت (ماده ۲۳) و قصاص (مواد ۳۴، ۱۰۹، ۱۱۰، ۱۱۶، ۲۲۹ و ۲۳۰) بیان شده است. قانون حمورابی تصریح می‌کند بر این که اگر سابقه اصرار در قتل وجود داشته باشد کیفر جان در برابر جان است و اگر چنان سابقه‌ای در میان نباشد، کیفر زندان برای مدتی طولانی اجرا می‌شود، اما نسبت به جنایت بر اعضا اعم از ضرب و جرح و کسر، قانون حمورابی میان کیفر طبقه احرار و طبقه بندگان تفاوت

می‌گذارد، آن چنان‌که قوانین کهن تفاوت می‌گذارند؛ زیرا در این قانون مشاهده می‌کنیم که به اصل اجرای قصاص در مورد جرایمی که علیه افراد آزاد انجام می‌شود، تأکید دارد در حالی که نسبت به جرایم ارتكابی در مورد بردگان به نظام پرداخت دیه حکم می‌کند.

بند سوم: قصاص در قوانین مصر قدیم

باستان‌شناسان آن‌گونه که در مورد قانون بابل و آشور به موفقیت دست یافته‌اند، در مورد قوانین مصر قدیم موفق نبوده‌اند. تنها راه شناخت این قوانین، شناخت مطالبی است که از مورخان یونانی به ما رسیده است و نیز آن چه باستان‌شناسان از نصوص قانونی به آن پی برده‌اند؛ به ویژه قرآن کریم که بحث‌های زیادی را راجع به مصر قدیم، پادشاهان و نیز انبیایی که در آن سرزمین مبعوث شده‌اند بیان نموده است. برخی از نویسندگان معتقدند می‌توان از قرآن کریم استفاده نمود که کیفر قتل نفس در میان مصریان اعدام بوده است، زیرا حضرت موسی وقتی به رسالت مبعوث شد به خداوند عرض نمود: «رَبِّ اِنِّی قَتَلْتُ مِنْهُمْ نَفْسًا فَاحْفَافِ اِن یَقْتُلُوْنِ»؛ پروردگارا من یکی از آنان را کشته‌ام و می‌ترسم که مرا بکشند.

اگر کیفر قتل، قصاص نبود حضرت موسی بيم به خود راه نمی‌داد که برای ابلاغ رسالت خدا به فرعون، به مصر برگردد. بنابراین، می‌توان نتیجه گرفت که کیفر قتل، اعم از عمد و خطا، انتقام گرفتن از قاتل بوده است. البته از قرآن کریم استفاده می‌شود که مجازات‌های دیگری مانند حبس، قطع دست و پا و به دار آویختن نیز در میان قوم فرعون وجود داشته است. (خسروشاهی، ۱۳۸۰)

بند چهارم: قصاص نزد عرب قبل از اسلام

قاعده اصلی نزد عرب جاهلی این بود که می‌گفتند: «القتل انفی للقتل؛ کشتن جانی بیش‌تر جلوی ارتكاب قتل را می‌گیرد» و شاید مراد از آن، تقدم قصاص، بر گرفتن مال در مقابل قتل نفس بوده است و بر این اساس نظام خون‌خواهی و انتقام در میان آن‌ها پدید آمد که حد محدود و معینی نداشت و ممکن بود هر

فردی از جماعت قاتل را بکشند و هر قدر بتوانند افراد قبیله جانی را از پا در آورند. عرب جاهلیت، قصاص را که اکتفا نمودن به عین جنایت بود، فقط در یک صورت می‌شناخت و آن، جایی بود که قبیله جانی، او را از میان خود بیرون کند و حمایت خود را از او بردارد، در این صورت میان جرم و جنایت برابری برقرار می‌شد، زیرا برای قبیله مجنی علیه راهی جز وارد نمودن عین جنایت به خود جانی باقی نمی‌ماند، اعم از این که آن جنایت قتل باشد یا قطع یا ضرب. البته در همین مورد نیز گاهی قبیله مجنی علیه به قتل جانی اکتفا نمی‌کردند، زیرا قبیله او را کفو و برابر با قبیله مجنی علیه نمی‌دانستند. بنابراین، حتی در این مورد نیز آن چه در میان اعراب جاهلی مرسوم بوده است غیر از آن چیزی است که در اسلام به عنوان قصاص مطرح است. (السیوری (فاضل مقداد)، ۱۳۷۳)

بند پنجم: قصاص در تورات

بر اساس آن چه از تورات موجود استفاده می‌شود، قصاص و مقابله به مثل، یک اصل پذیرفته شده و مورد تأکید است و جانی هم در قتل و هم در جنایات کم‌تر از نفس محکوم به همان جنایتی است که بر مجنی علیه وارد نموده و حتی در بعضی موارد، حیوانات نیز در صورت ارتکاب قتل محکوم به مرگ (سنگ سار) هستند. در تورات دو نصّ شبیه آن چه قرآن کریم از تشریحات موسوی نقل می‌کند آمده است و هر دو به روشنی بر اصل قصاص دلالت دارند:

اگر اذیتی دیگر حاصل شود آن‌گاه جان به عوض جان بده و چشم به عوض چشم و دندان به عوض دندان و دست به عوض دست و پا به عوض پا و داغ به عوض داغ و زخم به عوض زخم و لطمه به عوض لطمه.

البته اجرای مجازات قصاص در شریعت موسی فقط در صورتی جایز است که قتل به صورت عمد و با سبق تصمیم باشد اما اگر قتل غیر عمد باشد، مجازات دیگری دارد که به آن اشاره خواهد شد. مسئله قابل

طرح در این جا این است که آیا مجازات قصاص در برابر قتل عمد، یک مجازات الزامی و یک حکم آمره بوده یا توافق به دیه نیز امکان پذیر بوده است؟

در تورات نه تنها در موارد قتل عمد، اشاره‌ای به جواز توافق بر دیه نشده و همه جا تأکید بر قصاص شده است، بلکه در یک مورد صراحتاً گرفتن دیه به جای قصاص از قاتلی که مستحق قتل است ممنوع دانسته شده و آمده است: و هیچ فدیة به عوض جان قاتلی که مستوجب قتل است مگیر، بلکه او البته باید کشته شود.

بنابراین، دلیلی بر جواز پرداخت دیه به جای «قصاص نفس» در شریعت موسی وجود ندارد و شاید بتوان از آیه ۱۷۷ سوره بقره که پرداخت دیه را تخفیفی بر اَمّت اسلام دانسته است، استفاده کرد که از دیدگاه قرآن نیز قصاص در شریعت موسی یک حکم الزامی و آمره بوده و توافق بر دیه مشروع نبوده است، اما در مورد عفو شاید به استناد ذیل آیه ۴۵ سوره مائده، بتوان گفت که عفو در شریعت موسی جایز بوده است و مؤید این برداشت، تفسیری است که از ابن عباس در مورد این آیه نقل شده است که می‌گوید: خداوند بر جانی (در شریعت موسی) دیه‌ای قرار نداده است، نه در نفس و نه در جرح، بلکه فقط عفو یا قصاص قرار داده است.

البته خود تورات در این زمینه که آیا عفو جایز است یا نه، ساکت است. اما در مورد قتل غیر عمد در تورات مجازات تبعید پیش‌بینی شده است و جانی باید برای مدتی در محلی معین باقی بماند و حق خروج از آن جا را ندارد؛ به گونه‌ای که اگر خارج شود و توسط ولی دم کشته شود خون او هدر خواهد بود و در سفر تنبیه آمده است: او [قاتل غیر عمد] مستوجب قتل نباشد چون که او را پیش‌تر بغض نداشته است. بنابراین می‌توان گفت: قصاص در قتل غیر عمد جایز نبوده است. البته قبلاً اشاره شد که اگر قاتل غیر عمد قبل از موعد مقرر از شهر امن خارج شود و توسط ولی دم کشته شود خون او هدر است، ولی این به معنای جواز قصاص در قتل غیر عمد نیست.

مجازات ضرب و جرح و قطع نیز در دین یهود قصاص است (قصاص کم‌تر از نفس) و در تورات آمده است: و کسی که همسایه خود را عیب رسانیده باشد، چنان که او کرده باشد به او کرده خواهد شد. شکستگی عوض شکستگی، چشم عوض چشم، دندان عوض دندان، چنان که به آن شخص عیب رسانیده هم چنان به او رسانیده شود. (شاطبی، ۱۹۹۶م)

بند ششم: قصاص در انجیل

یکی از ویژگی‌های حضرت عیسی -علی نبینا و علیه السلام- توجه و تأکید زیاد او بر جنبه‌های اخلاقی در زندگی فردی و اجتماعی بود. این ویژگی به ضمیمه آن چه در انجیل موجود آمده، موجب شده است چه در این کتاب آمده است، می‌توان عدم وجود حکم قصاص در مسیحیت را نتیجه گرفت یا نه؟ در انجیل آمده است: به تحقیق شنیده‌اید آن چه گفته شده است که دوست دار خویش خود را و دشمن دار دشمن خود را و من می‌گویم به شما که دوست دارید دشمنان خود را و نیکی کنید به هر که دشمنی کند با شما. همچنین در جای دیگر می‌گوید: شنیده‌اید که گفته شده است که چشم به عوض چشم و دندان به عوض دندان و من می‌گویم به شما که در عوض بدی، بدی نکنید، لیکن کسی که دست زند بر طرف راست روی تو، پس بگردان برای او طرف دیگر را و کسی که خواهد با تو دعوا نماید و بگیرد جامه تو را پس بگذار برای او ردای خود را. و نیز می‌گوید: جزا مدهید به بد تا جزا داده نشوید به بد.

آن چه از این کلمات و مانند آن‌ها استفاده می‌شود، چیزی جز ترغیب و تشویق به عفو و گذشت نیست و این منافاتی با وجود نظام کیفری در دین مسیحیت ندارد، همان‌گونه که در دین اسلام هم علی‌رغم وجود نظام کیفری، به خصوص قصاص، تأکید و تشویق به عفو شده و صبر از قصاص بهتر دانسته شده است. علاوه بر این، صرف نبودن حکم قصاص در انجیل موجود، دلیل عدم مشروعیت آن در مذهب مسیح نیست، زیرا این مذهب در واقع کامل کننده شریعت موسی است و نه ناسخ آن. در این زمینه در انجیل آمده

است: گمان می‌کنید که من آمده‌ام که در هم بپاشم و برطرف کنم ناموس یا شریعت پیغمبران را. نیامده‌ام برای از هم پاشیدن، بلکه آمده‌ام برای آن که کامل کنم.

یکی از شارحین انجیل در شرح این کلمات می‌گوید: این سخن یسوع دلالت کند بر حقیقت تورات و شریعت موسی و منسوخ نبودن آن. پس بر نصارا لازم آید به حکم انجیل که مخالفت شریعت موسی را جایز ندانند و حال آن که در بسیاری از احکام غیر وارده در انجیل و بعضی از احکام وارده در انجیل، مثل حکم طلاق، رجم، قصاص و قسم یاد نمودن و امثال آن مخالفت کرده‌اند و جواب احتمال تحریف تورات معارض است به مثل. بنابراین، شریعت عیسی را نمی‌توان فاقد نظام کیفی، به خصوص قصاص و دیه دانست و عملکرد ملت‌ها و دولت‌های معتقد به مسیحیت نیز چنین چیزی را تأیید نمی‌کند، و بسیار بعید است که یک دین رسمی الهی در قبال یکی از مهم‌ترین مسائل و مشکلات جوامع انسانی که جنایت علیه اشخاص می‌باشد، تنها موضوع عفو و گذشت را پیش‌نهاد نموده باشد. (خسروشاهی، ۱۳۸۰)

گفتار دوم: تبیین فلسفه کیفر قصاص از دیدگاه اسلام

واژه فلسفه، کاربردهای متفاوتی دارد و براساس هر یک از آن‌ها، نحوه به‌کارگیری این واژه از نظر ادبی متفاوت خواهد بود. اگر این کلمه به صورت مطلق به‌کار گرفته شود، منظور یکی از علوم نظری است که در گذشته شامل طبیعیات، ریاضیات و الهیات بود و امروزه بر مجموعه‌ای از مباحث که پیرامون «موجود بما هو موجود» صورت می‌گیرد، اطلاق می‌شود. به کارگیری این کلمه به صورت پسوند نیز مفهومی نزدیک به مفهوم اول را دارد؛ مثلاً وقتی گفته می‌شود تاریخ فلسفه، منظور، ظهور، سیر تحول و نحوه شکل‌گیری مباحث فلسفی و نیز شناخت فیلسوفان مهم و فلسفه‌های گوناگون است. گاهی نیز این کلمه به صورت پیشوند به کار می‌رود، مانند فلسفه تاریخ، فلسفه حقوق و فلسفه دین که در این صورت، مراد از فلسفه، یک علم درجه دوم است که موضوع آن، علم دیگر می‌باشد. اگر موضوع علم تاریخ، وقایع گذشته و تجزیه

و تحلیل آن‌ها باشد، البته واژه فلسفه احکام، به نظر می‌رسد که مفهومی اخصّ از آنچه در مفهوم سوّم گفته شد، دارد. آنچه از این اصطلاح اراده می‌شود، اهداف و حکمت تشریح احکام می‌باشد و ناظر بر مفاسد و مصالحی است که در واقع، علل غایی وضع احکام الهی می‌باشند. البته تفاوت علّت حکم و فلسفه آن را نباید نادیده گرفت؛ اگرچه برخی از اصولیان، مانند فخر رازی، علّت را اعم از حکمت گرفته و یکی از اقسام علت را حکمت دانسته‌اند. اصطلاح فلسفه حکم، اگر چه یک اصطلاح نوظهور است و به نظر می‌رسد در ایران اولین بار به وسیله استاد شهید مرتضی مطهری به کار گرفته شده است، ولی علّت حکم از دیرباز مورد بحث و گفت و گو بوده است. تفاوت‌های عمده‌ای که میان علت و فلسفه حکم وجود دارد عبارت‌اند از:

۱. علت، پیش از حکم وجود دارد، ولی مصلحت پس از تحقّق حکم حاصل می‌شود؛ مثلاً علت قصاص، قتل نفس است که قبل از حکم قصاص صورت می‌گیرد، ولی حکمت آن «حیات» است که پس از اجرای آن به وجود می‌آید، یا علّت سرپرستی مردها نسبت به زنان خویش آن گونه که قرآن بیان می‌کند، برتری مردان نسبت به زنان و انفاق آن‌ها می‌باشد، ولی فلسفه این حکم، تأمین مصالح و دفع مفاسدی است که با اعمال این سرپرستی تحقّق می‌یابد.
۲. اگر علّت حکم به وجود نیاید، حکم تحقّق نمی‌یابد، ولی جریان حکم، دائر مدار تحقّق حکمت آن نیست. بنابراین، اگر قتل عمد صورت نگیرد، قصاص معنا ندارد، ولی اگر احیاناً در یک مورد قصاص موجب حیات نگردد و تأثیری در بازداشتن افراد از ارتکاب قتل نداشته باشد، این موجب منتفی شدن حکم قصاص نمی‌گردد یا اگر احیاناً نماز مانع از فحشا و منکر نشود، وجوب آن از بین نمی‌رود. (کلینی، ۱۹۹۲م)

بنابراین، فلسفه قصاص به عنوان یکی از مباحث زیر مجموعه فلسفه احکام نیز همین مفهوم را در بردارد و منظور، بحث و بررسی اهداف و غایات تشریح حکم قصاص در اسلام است.

بنابراین، وجود سابقه تاریخی برای این نوع مجازات، دلیل بر این نیست که مجازات قصاص یک نهاد کیفری امضایی است، البته با توجه به این که قرآن کریم در ضمن بیان تشریح قصاص در اسلام به وجود این نهاد کیفری در ادیان دیگر نیز اشاره می‌کند، می‌توان گفت که آنچه در یهودیت وجود داشته است همان مجازاتی است که اسلام نیز آن را مورد تأیید قرار داده است. تشریح مجازات قصاص یک گام بسیار مهم در ایجاد یک نظام کیفری عادلانه و به دور از هرگونه افراط و تفریط بود، آن هم در زمانی که به علت کشته شدن یک انسان، جنگ و خونریزی بی‌رحمانه صورت می‌گرفت و بعضی از قبایل رسماً در مقابل کشته شدن یک نفر، به خود اجازه می‌دادند دو نفر یا بیشتر را بکشند، در حالی که اگر خود کسی را می‌کشتند، فقط به پرداخت دیه اکتفا می‌کردند و نیز در عصر و زمانی که مسئولیت کیفری فقط بر رکن مادی جرم مترتب بود و قتل اگر چه بدون قصد مجرمانه و از روی خطا و بی احتیاطی صورت می‌گرفت، مجازات سختی در پی داشت. بنابراین سیر تشریح این نهاد کیفری را در قرآن کریم پی می‌گیریم:

در قرآن کریم دو دسته از آیات وجود دارد که بر اصل قصاص دلالت می‌کنند. دسته اول آیاتی است که به اصل مقابله به مثل به صورت کلی دلالت دارند که یکی از مصادیق آن مقابله به مثل در امور کیفری و جنایی است. (خسروشاهی، ۱۳۸۰) این آیات عبارت‌اند از:

و جزاء سیئه سیئه مثلها... و لمن انتصر بعد ظلمه فاولئك ما علیهم من سبیل؛ جزای هر بدی، بدی است همانند آن ... بر کسانی که پس از ستمی که بر آن‌ها رفته باشد انتقام می‌گیرند، ملامتی نیست.

و ان عقبتهم فعاقبوا بمثل ما عوقبتهم به و لئن صبرتم لهو خیرٌ للصابرین؛ اگر عقوبت می‌کنید، چنان عقوبت کنید که شما را عقوبت کرده‌اند. و اگر صبر کنید، صابران را صبر نیکوتر است.

فمن اعتدی علیکم فاعتدوا علیه بمثل ما اعتدی علیکم؛ پس هر کس بر شما تعدی کند به همان اندازه تعدی‌اش بر او تعدی کنید.

آن چه از مجموع این آیات و برداشت فقها و مفسرین به دست می‌آید آن است که بدی را می‌توان با آن چه مانند آن است پاسخ داد و شخصی که مورد بدی قرار گرفته، مجاز است همان‌گونه که با او عمل شده است رفتار کند و در این صورت هیچ مسئولیتی متوجه او نیست. یکی از روشن‌ترین مصادیق اعتدا و بدی کردن در مورد دیگران، کشتن و ایراد ضرب و جرح است و به استناد این آیات می‌توان گفت، قصاص این جرایم توسط مجنی علیه یا اولیای او مجاز و ممکن است. شیخ طوسی در ذیل آیه (جزاء سیئه سیئه مثلها) می‌گوید: احتمال دارد که مراد از این آیه همان حکم قصاص باشد که در سوره مائده آیه ۴۸ آمده است، لذا مجنی علیه می‌تواند با جانی همان‌کند که با او کرده است بدون زیادی. سپس وی دو آیه اخیر را هم دال بر همین معنا می‌داند. بنابراین، می‌توان گفت که این نوع آیات بر یک اصل کلی دلالت دارند که یکی از مصادیق آن قصاص است، ولی در کنار این اصل یک واقعیت بسیار مهم مورد توجه قرار گرفته است و آن این است که در همه این آیات پس از پذیرفتن اصل جواز مقابله به مثل، بر اصل ترجیح داشتن عفو و صبر بر انتقام تأکید شده است و حتی یک مورد هم تأکیدی بر استفاده از حق قصاص وجود ندارد. برخی از این آیات عبارت انداز:

فمن عفی و اصلح فأجره علی الله؛ پس کسی که عفو کند و آشتی ورزد مزدش با خداست.

و لمن صبر و غفر انّ ذلك لمن عزم الامور؛ و آن که صبر کند و از خطا در گذرد، این از کارهای پسندیده است.

و لئن صبرتم لهو خیرٌ للصابرین؛ و اگر صبر کنید، صابران را صبر نیکوتر است.

و اتقوا الله و اعلموا ان الله مع المتقين؛ و تقوا پیشه کنید که خدا با تقوا پیشگان است. (همان)

در کلیه این آیات، علی‌رغم پذیرفتن اصل مقابله به مثل، بر عدم به کارگیری این اصل در مناسبات اجتماعی و جای‌گزین نمودن اصول اخلاقی دیگری مانند، صبر و بخشش تأکید شده است. البته این در صورتی است که صبر و عفو موجب سوء استفاده مجرم از او نشود، زیرا در این صورت مقابله به مثل و مجازات نمودن او راجح، بلکه لازم است. از طرف دیگر، همان‌گونه که برخی مفسرین اشاره کردند: مقابله به مثل در صورتی جایز است که عملی که توسط جانی انجام شده یک عملی که فقط حیثیت بدی دارد، نباشد؛ مثلاً در جرایمی مانند زنا یا لواط و امثال آن که در هر صورت فعل قبیح و زشتی هستند امکان مقابله به مثل وجود ندارد و در این موارد فقط همان مجازات مقرر در شرع اجرا خواهد شد، ولی در جرایمی مانند قتل و ضرب و جرح و یا ناسزا گفتن که دارای دو حیثیت هستند، امکان مقابله به مثل وجود دارد؛ مثلاً قتل همیشه یک فعل قبیح نیست، بلکه در مواردی مانند دفاع و مانند آن، قتل عمل پسندیده و پذیرفته شده است. بنابراین، به عنوان قصاص نیز می‌تواند قابل قبول باشد و یا ناسزا گفتن که دارای دو حیثیت است و به یک حیثیت جایز و پذیرفته شده است، مانند این که اگر کسی به دیگری بگوید فاسق، طرف مقابل می‌تواند همین کلام را به او بگوید.

دسته دوم، آیاتی است که مستقلاً به خود مسئله قصاص مربوط می‌شود و در آن‌ها قصاص نفس و اطراف و نیز جراحات مطرح شده است. این آیات عبارت‌اند از:

ولکم فی القصاص حیاة یا اولی الالباب لعلکم تتقون؛ و ای خردمندان شما را در قصاص زندگانی است. باشد که به تقوا گرایید. از این آیه که فلسفه قصاص در آن بیان شده است اصل قصاص نیز استفاده می‌شود. کتب علیکم القصاص فی القتلی الخر بالخر و العبد بالعبد و الاثی بالاثی، فمن عفی له من اخیه شیء فاتبع بالمعروف و اداء الیه باحسان ذلک تخفیف من ربکم و رحمة، فمن اعتدی بعد ذلک فله عذاب الیم؛ ای

کسانی که ایمان آورده‌اید درباره کشتگان، بر شما [حق قصاص] مقرر شده‌است: آزاد عوض آزاد و بنده عوض بنده و زن عوض زن و هر کس که از جانب برادر دینی‌اش [یعنی ولیّ مقتول]، چیزی [در حق قصاص] به او گذشت شود، [باید از گذشت ولیّ مقتول] به طور پسندیده پیروی کند و با [رعایت] احسان، [خون‌بها را] به او بپردازد. این [حکم] تخفیف و رحمتی از پروردگار شماست، پس هر کس، بعد از آن از اندازه درگذرد، وی را عذابی دردناک است. (صادقی، ۱۴۰۶ق)

در این آیه در عین حال که اصل قصاص تشریح شده به بعضی از خصوصیات آن نیز اشاره شده است و ما در این قسمت فقط به دو نکته مهم که در این آیه قابل توجه است اشاره می‌کنیم:

نکته اول: در این آیه قصاص به عنوان یک فرض و واجب ابلاغ شده است، زیرا «کُتِبَ» از نظر لغوی به معنای واجب شدن چیزی است چنان که در مورد روزه می‌گوید: (کتب علیکم الصیام) از طرف دیگر در خود این آیه مسئله پرداخت دیه به جای قصاص مطرح شده است و در جای دیگر مسئله عفو بدون پرداخت دیه نیز جایز، بلکه مورد تشویق قرار گرفته است و این مسلم است که اولیای دم مخیر بین قصاص، اخذ دیه و عفو هستند. در این مورد مفسرین به چند صورت جواب داده‌اند: منظور این است که در صورت درخواست اولیای دم، قصاص واجب می‌شود و این واجب در واقع واجب اختیاری است.

و شاید مناسب‌تر این باشد که بگوییم یک واجب مشروط است، چون در واجب تخییری مکلف باید یکی از اطراف واجب را انجام دهد در حالی که در این‌جا چنین الزامی وجود ندارد. وجه دیگری که وی ذکر می‌کند این است که اولیای دم بیش از قصاص حقی ندارند و نمی‌توانند در مقابل قتل یک نفر، بیش از یک نفر را بکشند. بنابراین، واجب بودن قصاص به منظور بازداشتن اولیای دم از عکس‌العملی بیش از قصاص است. و این یک واجب بازدارنده است، نه الزام آور. بنابراین، چون واجب اصلی قصاص است، جانی ملزم است که تسلیم چنین واجبی بشود، ولی پرداخت دیه بر او لازم نیست، چون عدول از قصاص به اخذ دیه

به اختیار اولیای دم بوده است و او ملزم به پذیرفتن آن نیست، در حالی که اگر اخذ دیه نیز مانند قصاص یکی از اطراف واجب بود، جانی ملزم به پذیرفتن آن می‌بود و شاید از این جا بتوان استفاده کرد که قصاص بر جانی واجب شده و بر او واجب است که خود را در معرض قصاص قرار دهد.

نکته دوم: برخی گفته‌اند این آیه به وسیله آیه (...أَنَّ النَّفْسَ بِالنَّفْسِ...) نسخ شده است؛ به این معنا که هر نفسی در مقابل نفس دیگر قابل قصاص است هر چند تساوی بین آن‌ها نباشد. با توجه به این آیه، در قصاص، انسان آزاد را در قبال کشتن انسان آزاد قصاص می‌کنند و عبد را در قبال عبد و زن را در قبال زن. دو مورد دیگر نیز به طور مسلم از این آیه استفاده می‌شود و آن این است که عبد را در قبال کشتن آزاد قصاص می‌کنند و زن را نیز در قبال کشتن مرد قصاص می‌کنند و این به دلیل اولویت است اما دو مورد دیگر باقی می‌ماند که مورد اختلاف است، یکی کشتن انسان آزاد در قبال کشتن عبد و دوم کشتن مرد در قبال کشتن زن. در مورد اول اکثر فقها معتقدند که قصاص ممکن نیست، چون یکی از شرایط قصاص را تساوی در حریت و بندگی می‌دانند - و این شرط در شرایط قصاص خواهد آمد - ولی فقهای عراق و ابوحنیفه از فقهای اهل سنت معتقدند قصاص به دلیل «النفس بالنفس»، ممکن است اما در مورد دوم یعنی قصاص مرد در قبال کشتن زن، به استناد «النفس بالنفس» باید گفت قصاص ممکن است، ولی بر اساس مفهوم «الأنتی بالأنتی» باید گفت فقط زن را در قبال کشتن زن قصاص می‌کنند، ولی در مورد مرد چنین نیست. البته با توجه به تقدم منطوق «النفس بالنفس» بر این مفهوم، باید گفت قصاص ممکن است، ولی در فقه برای اجرای قصاص شرطی قرار داده شده است که با فقدان آن شرط، قصاص امکان‌پذیر نیست و آن پرداخت نصف دیه کامل به اولیای جانی است و شاید این شرط علاوه بر روایات موجود از جمع بین این دو آیه استفاده شده باشد. (طوسی، ۱۹۹۲م)

مبحث سوم: شرایط ثبوت حق قصاص در جنایات عمدی

گفتار اول: تساوی در دین

یعنی تساوی قاتل و مقتول در دین که صراحتاً در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نگردیده اما در ماد ۳۰۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ استناد می‌شود قصاص در صورتی ثابت می‌شود که مرتکب، پدر یا از اجداد پدری مجنی‌علیه نباشد و مجنی‌علیه، عاقل و در دین با مرتکب مساوی باشد. همچنین در تبصره ماده ۳۰۱ آمده است: چنانچه مجنی‌علیه مسلمان باشد، مسلمان نبودن مرتکب، مانع قصاص نیست. اما برابر نظریات فقها در صورتی که مسلمان به کشتن اهل ذمه عادت کرده باشد قصاص او پس از پرداخت تفاوت خونبها جایز است و رعایت شرط تساوی در دین در زمان وقوع جنایت معتبر و قصاص در صورتی بر قاتل ثابت می‌شود که در زمان ارتکاب قتل، قصد قتل مسلمان را کرده باشد. (ولیدی، ۱۳۹۱)

گفتار دوم: فقدان رابطه‌ی پدری

یعنی قاتل، پدر یا جد پدری (اجداد) مقتول نباشد. این موضوع در ماده ۲۲۰ قانون مدنی تصریح شده است که پدر و جدپدری به جرم قتل عمد فرزند خود قصاص نمی‌شوند بلکه به پرداخت دیه قتل به ورثه مقتول و تعزیر محکوم خواهد شد اما فرزند اقدام به قتل عمدی پدرش نماید قصاص خواهد شد و مانع از قصاص پدر در مقابل قتل فرزند، شرافت پدر بر فرزند به واسطه مقام ابوت است اما اگر قتل توسط مادر رخ دهد مادر محکوم به قصاص می‌شود زیرا حکم فوق مخصوص پدر و جدپدری است. (همان)

گفتار سوم: تساوی در عقل

از شروط عامه تکلیف است یعنی قاتل وقتی قصاص می‌شود که عاقل و بالغ باشد.

بند اول: عقل

۱. کمال عقل از شرایط قصاص است، هرگاه دیوانه عمداً کسی را بکشد خطا محسوب است و قصاص نمی‌شود بلکه باید عاقله آنه دیه قتل را به ورثه مقتول بدهد.
۲. تساوی در عقل بین قاتل و مقتول ضروری است؛ هرگاه عاقل دیوانه‌ای را بکشد قصاص نمی‌شود بلکه باید دیه قتل را به ورثه مقتول بدهد که بین جنون ادواری ودائمی تفاوتی نیست با این حال قاتل اگر مجنون ادواری را در حالت افاقه به قتل برساند قصاص می‌شود.

بند دوم: بلوغ

- از شرایط لازم در قصاص بلوغ قاتل است. جنایت عمدی کودک و نابالغ خطا محسوب و موجب قصاص نخواهد بود اما مرتکب قتل عمدی شخص نابالغی گردد محکوم به قصاص خواهد شد و این حکم مشهور فقها است. (همان)

فصل سوم

دفاع مشروع و آثار آن در جنایات

عمدی

مبحث اول: مفهوم دفاع مشروع و مبانی آن

گفتار اول: مفهوم دفاع مشروع

واژه‌ی «دفاع» در فرهنگ فارسی در معانی گوناگون مانند از کسی حمایت کردن، بدی یا آزار را از خود یا کسی دور کردن و یا دفع شر و تعرض کردن آمده است. اما واژه «مشروع» در معانی زیر مانند راست و درست، آنچه شرع روا دارد و آنچه بر طبق احکام شرع مجاز و قانونی بوده، به کار رفته است.

از اصطلاح دفاع مشروع در حقوق جزا تعاریفی متعدد اما به نسبت مشابه از سوی حقوق‌دانان به عمل آمده است که در زیر به برخی از این تعاریف اشاره خواهیم کرد:

- «دفاع مشروع حالت توجیه کننده جرم و حقی است که قانون‌گذار آن را با اجتماع شرایطی به عنوان یک قاعده استثنایی در متون جزایی به رسمیت شناخته و پیش‌بینی کرده است. تحقق آن نه تنها موجب سلب مسئولیت کیفری مرتکب جرم خواهد شد بلکه مسئولیت مدنی و ضمان مدافع را نیز از بین می‌برد». چنانچه شخصی در مقابل حمله موجود یا قریب‌الوقوع نسبت به نفس، عرض، ناموس یا مال خود یا دیگری و یا به منظور آزادی تن خود یا دیگری مرتکب عملی شود که اصولاً جرم شناخته شده است فاقد مسئولیت بوده و مجازات نخواهد داشت.
- دفاع مشروع عبارت است از: «حق دفع فوری یک حمله غیرمشروع با توجه به شرایط قانون».
- دفاع مشروع عبارت است از: «حالت کسی که بدون تقصیر ابتدایی و مقدماتی در معرض خطری قرار گرفته که این خطر عنوان جرم دارد و امکان استفاده از قوای اجتماعی را هم ندارد. وقتی این سه شرط فراهم باشد منطقیاً باید از خودش دفع خطر کند».

- دفاع مشروع عبارت است از: «توانایی بر دفع تجاوز قریب‌الوقوع و ناحقی که نفس، عرض، ناموس، مال و آزادی تن خود یا دیگری را به خطر انداخته است». (حاجی تبار فیروزجائی و همکاران، ۱۳۹۴)
- دفاع مشروع در اصطلاح حقوق جزا، به حالتی اطلاق می‌شود که در آن شخص مورد تجاوز در صورت نداشتن وقت برای توسل به قوای دولتی جهت دفع تجاوز، حق دارد به نیروی شخصی، از ناموس و جان و مال خود یا دیگری، دفاع کند. به بیان دیگر، دفاع از خود و اموال در مقابل حمله دیگری دفاع مشروع می‌باشد. این حق، مجوز به کار بردن زور برای مقابله در برابر حمله، نابود کردن حمله کننده و پاسخگویی زور به وسیله زور است، حتی اگر این روش منتهی به قتل و خونریزی گردد. (هنری، ۱۹۸۳)
- دفاع مشروع عبارت است از عمل یا اعمالی است که از جهت عنصر مادی، غیرمجاز بوده و برای دفع یک حمله نسبت به جان یا ناموس یا آبرو یا مال شخص، انجام شود.
- دفاع مشروع در حقوق بین‌الملل عبارت از حقی است که کشورها براساس آن می‌توانند از خود در مقابل حمله مسلحانه با عکس‌العمل نظامی فوری دفاع کنند.
- دادگاه بین‌المللی یوگسلاوی سابق در پرونده Kordic در تعریف مفهوم دفاع مشروع مقرر نمود: دفاع مشروع ممکن است در سطح وسیعی این‌گونه تعریف شود که شخصی از خودش یا مالش یا از شخصی دیگر یا مالش علیه حمله‌ای دفاع می‌کند؛ مشروط بر اینکه آن اعمال معقول، لازم و متناسب با حمله (تجاوز) به حساب آیند.
- به طور کلی اصطلاح «دفاع مشروع» را می‌توان چنین تعریف کرد: اجرای حق مبنی بر دفع یک تجاوز غیرقانونی در حال انجام یا قریب‌الوقوع نسبت به جان، عرض، ناموس، آزادی و مال خود یا دیگری با توجه به شرایط مندرج در قانون. (بانیکا، ۲۰۰۳)

گفتار دوم: مبانی مشروعیت دفاع

دیدگاه های جدید در باب مشروعیت دفاع، استوار است. در این نوعی از رویکردها، عملکرد مدافع از این نظر که در گسترش و توسعه امنیت و عدالت عمومی مؤثر است، مورد توجه قرار می گیرد.

چارچوب کلی این نظریه ها، دفاع را به عنوان یک حق صرف در نظر نمی گیرد؛ بلکه بدنبال تبیین مشروعیت آن از طریق ایجاد ارتباط بین عمل دفاعی و آثار اجتماعی آن می باشد. این اثر گاه بر گرداندن وضعیت جامعه به حالت قبل از تجاوز است و یا فعل دفاعی فوایدی برای اجتماع به همراه دارد که مشروعیت آن را توجیه می کند.

گیر^۲ معتقد است که مدافع با عمل خود تعادلی را که از جامعه بواسطه عمل متجاوز به هم خورده است را باز می گرداند. و از این رو مقابله مدافع در مقابل متجاوز به سود جامعه است. تجاوز باعث اختلال در وضعیت عادی جامعه است و دفع تجاوز بوسیله دفاع یعنی برگشت جامعه به حالت ماقبل تجاوز و دفع عامل اختلال. در یکی از این نظریه ها که از سوی گارو^۳ مطرح شده است، نقطه تمرکز بر روی خدمت مدافع به اجتماع از طریق دفاع می باشد. و در واقع توجیه اجتماعی موجب رفع اتهام از مدافع خواهد شد، چرا که فعل مدافع بخاطر مفید بودن برای اجتماع قابل توجیه است.

با تأکید بیش از حد بر کارکرد اجتماعی دفاع، نقطه اوج نظریه های جامعه نگر را می توان در نوشته های هاینتز^۴ یافت که دفاع را نه تنها به عنوان اقدامی مفید، بلکه به عنوان وظیفه ای نسبت به اجتماع می داند که مدافع موظف به ایفای آن می باشد. این وظیفه عبارت است از پیشگیری ارتکاب جرم از طریق دفع متجاوز

² Geyer

³ Garraud

⁴ Hints

و این خصوصیت دفاع، در دفاع از نفس، ناموس، مال و یا آزادی شخص دیگر بهتر نمایان می شود، زیرا در این موارد دفاع انجام نوعی وظیفه اخلاقی است که عبارت از حمایت ستمدیده است.

گرچه ممکن است اقدام مدافع در دفع تجاوز آثاری مثبت برای جامعه به همراه داشته باشد؛ اما انتقادی که به این نظریه وارد است اینکه، در نظر گرفتن دفاع به عنوان یک وظیفه نسبت به اجتماع بطور کلی ویژگی دفاع را به عنوان یک حق تحریف می کند. و دفاع شکلی تحمیلی در جهت حمایت از اجتماع به خود خواهد گرفت تا اختیار در اعمال یک حق.

عبارت برخی از فقها هنگام بیان علت معافیت مدافع؛ گرایش آنها را به پذیرش مبنایی کارکرد گرا برای مشروعیت دفاع تقویت می نماید. بر همین اساس و با استناد به قاعده احسان^۵ گفته شده است که «اگر دفع متجاوز به قتل او انجامد خونس ضایع شده و هدر رفته است و چیزی از قصاص و دیه و کفاره بر مدافع نخواهد بود، چرا که او محسن است».

طبق قاعده احسان، چنانچه فعل انجام شده برای جلب منفعت برای دیگری یا برای دفع ضرر از وی صورت گیرد و در این حال منجر به ورود زیان شود، ضمانی بر عهده اقدام کننده نیست. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰)

به نظر می رسد که استناد به قاعده احسان برای تجویز دفاع خالی از ایراد نمی باشد. چرا که براساس این قاعده، محسن کسی است که با قصد انجام نیکی به دیگری در جهت جلب منفعت و یا دفع ضرر از وی اقدام می نماید و هرگاه چنین شخصی در راستای احسان خود، به ناچار ضرری را متوجه وی سازد ضامن نخواهد بود. این در حالی است که مدافع ضمن صیانت از حقوق خود قصد دفع تجاوز از خود - و نه از

^۵ ما علی المحسنین من سیبل.

دیگری - را داشته و در این راستا به طرف مقابل صدمه وارد می آورد و چه از لحاظ قصد و چه نتیجه عمل، با محسن متفاوت است. در نتیجه استناد به این قاعده برای توجیه اقدام مدافع صحیح نمی باشد.

برای ارائه یک نظریه جامع در زمینه مشروعیت دفاع لازم است همه اطراف آن از جمله مدافع که انسانی است صاحب حق و متجاوز که در پی تعرض به حقوق دیگری است در نظر گرفته شود. در این زمینه نگاه دین مبین اسلام به انسان بعنوان یک موجود صاحب حق که دیگران مکلف به رعایت حقوق او هستند و همچنین منع افراد از تعدی به حقوق دیگران می تواند نگاه فراگیری باشد. (همان)

از دیدگاه اسلام انسان موجودی است صاحب کرامت که این ویژگی در نتیجه بشریت است و هر انسانی از آن رو که انسان است صاحب کرامت است. اگرچه در دین اسلام دو نوع کرامت برای انسان می توان یافت. اما نوع جهان شمول آن (در مقابل کرامت اکتسابی) صفتی ذاتی است که میان همه انسانها مشترک است. و از آن به کرامت ذاتی یاد می شود. به عبارت دیگر، «کرامت ذاتی به آن نوع حیثیتی گفته می شود که تمام انسانها به طور یکسان از آن بهره مندند و تا زمانی که با اختیار خود به جهت ارتکاب جنایت بر خویشتن و دیگران آن را از خود سلب نکنند از این صفت برخوردار می باشند.

لازمه کرامت و حیثیت انسان مصون ماندن از هر نوع تعارض ناروا می باشد. موضوع این تعریف ممکن است حیات انسان، حریم خصوصی افراد، شرف و آبرو و ویا حق مالکیت انسان باشد. اگرچه ارزش این موضوعات متفاوت است اما تعرض به هر یک حکایت از نادیده گرفتن کرامت انسان در اصل آزادی و تعرض ناپذیری ناروا می باشد. چرا که انسان ها آزاد آفریده شده اند و حق دارند آزادانه زندگی کنند و زندگی هرکس از تعرض مصون است و تجاوز به آن جرم است و مجازات دارد.

احترام به کرامت انسانی نه تنها به عنوان یک حق، بلکه اساس سایر حقوق را نیز تشکیل می دهد. و به گفته کانت⁶ «همه انسانها باید این کرامت و حیثیت را برای همدیگر به عنوان یک حق محترم بشناسند و خود را در برابر آن حق مکلف ببینند و از تعرض به آن بپرهیزند». با این حساب، اقدام مدافع اقدامی است در راستای اعمال یک حق، محسوب شدن دفاع بعنوان یک «حق»، که نقطه مقابل آن تعدی قرار گرفته است، سبب جلب حمایت در تقابل مدافع و مهاجم به نفع مدافع خواهد شد. و در نتیجه، هنگام شرط انگاری برای اقدام، کفه ی ترازو به نفع او سنگین تر خواهد بود. بنابراین، در تقابل مدافع و مهاجم، انتظار می رود که مهاجم دفع شود، به هر قیمتی حتی اگر تنها راه پیش روی مدافع در دفع مهاجم، کشتن مهاجم باشد.

بر همین اساس مدافع در جهت حمایت از کرامت خود، محق خواهد بود که هر نوع حمله ناروا را که به اصل تعرض ناپذیری او خدشه وارد می کند را از خود دفع نماید و این دفع به قید ضرورت و تا آنجا که تهدید ایجاب نماید مقید خواهد شد. (رحیمی نژاد، ۱۳۸۹)

بند اول: مبانی عقلی و فلسفی مشروعیت دفاع

در ارتباط با مبانی تجویز دفاع، نظرات مختلفی ارائه شده است که در سه رویکرد کلی قابل دسته بندی می باشند. نظر گروهی معطوف به فعل دفاعی و در مقابل کسانی است که اساس مشروعیت را بر فعل متجاوز قرار داده اند و در دسته سوم نظریاتی قابل طرح است که با در نظر گرفتن عنصر سومی به نام اجتماع، در پی تبیین مشروعیت بر آمده اند که به هریک از آنها در قالب سه مبحث خواهیم پرداخت.

⁶ E. kant

أ. نظریه دفاع بعنوان یک حق طبیعی

می توان ادعا کرد که قدیمی ترین دیدگاه در باب مشروعیت دفاع، نظریه حق طبیعی می باشد. طبق منابع موجود این نظریه در ابتدا از سوی سیسرون در نخستین سده قبل از میلاد با عبارت «قوانین در مقابل نبرد آزمائی و پرخاشگری خاموش می شود» بیان شده است. (علی آبادی، ۱۳۸۹)

طبق تقسیم هارت، حق را به لحاظ منشأ و خاستگاه می توان به دو دسته تقسیم کرد. حقی که موجب آن ناشی از یک عمل ارادی انسان است و حقی که بدون دخالت انسانی هست و موجودیت دارد. حق اول را که ناظر است به روابط یک فرد با افراد دیگر، حق اختصاصی می نامد. همچون قرارداد خرید و فروش بین دو نفر که برای هریک از طرفین حقوقی ایجاد می شود و دسته دیگر که همه افراد اجتماع از آن بهره مند هستند را حق عمومی می نامند و حقی است که به صرف انسان بودن برای انسان حاصل می شود. و چون که هیچ کس در بوجود آمدن آن دست نداشته (مانند حق حیات) حق طبیعی نامیده می شود.

اساس این نظریه بر حق حیات مدافع به عنوان یک حق طبیعی استوار است. به نگاه هابز^۷ مهم ترین و بلکه تنها اصل حقوق طبیعی، حق صیانت ای نفس است و هیچ کس در یند دیگری نیست. هر کسی حق دارد که قدرت خویش را برای حفظ جان خود به کار گیرد و از هر وسیله در این راه استفاده کند. در نتیجه انسان اجازه اعمال حق دفاع را به این خاطر داراست که طبیعی است برای حفظ خودش به بهترین نحو ممکن اقدام کند. و این اجازه از طبیعت انسان گرفته شده است.

اینکه انسان در ادوار و جوامع مختلف به هنگام روبرو شدن با حمله و اعمال غیر عادلانه به دفاع از خود پرداخته، بواسطه همین ویژگی طبیعی بودن می باشد، چرا که این حق بازگویی نظم طبیعی است و درچارچوب زمان و مکان محدود نمی شود. در نتیجه صورت موضوعه این حق نیز در جهت تأسیس

⁷ Thomas hobbes

نیست. بلکه تنها در مسیر به رسمیت شناختن و ارائه راهکارهای مناسب اعمال آن در مقابل متجاوزان می- باشد.

با توجه به محدوده حقوق طبیعی، این رویکرد تنها بخشی از حقوق انسان را حمایت می کند. آن دسته از حقوقی که جنبه طبیعی داشته و نسبت به اموال، به عقیده آنهایی که مالیکت را حق طبیعی نمی دانند، کافی نیست.

حقیقت این است که برطبق این توجیه، دفاع وصف حقی را که از آن حمایت می شود به خود می گیرد، بنابراین هرگاه این حق از حقوق طبیعی باشد، دفاع هم حقی طبیعی است ولی چنانچه حقی که از آن دفاع می شود از حقوق طبیعی فرد مدافع نباشد (مانند مقابله با حمله نسبت به عرض)، دفاع از آن موجه نخواهد بود. با توجه به اینکه دفاع مشروع، موضوعات دیگری غیر از حیات را نیز در بر می گیرد؛ این نظریه از فراگیری کافی برای توجیه حق دفاع برخوردار نمی باشد. (موحد، ۱۳۸۸)

ب. نظریه ضرورت عمل دفاعی

صورت نخستین مدافع از خود در برخی از قانونگذاری ها بیان کننده محدودیت هایی برای مدافع در هنگام مقابله با یک حمله غیر عادلانه بوده است. در این مقررات متأثر از آموزه های خشونت ستیز مسیحیت، دفاع مشروع جایگاه اصلی و استقلال خود را به عنوان یک حق از دست داده و تنها در قالب یک حالت ضرورت به آن نگریسته می شد. چنانچه کسی در چنین وضعیتی مرتکب قبل می شد، می بایست از پادشاه بدین عنوان که مجرمی شایسته رأفت است، تقاضای عفو نماید و هر وقت ضرورت دفاع از نفس ثابت می شد درخواست عفو مدافع قاتل پذیرفته می شد.

تحت تأثیر چنین مبنایی، در حقوق کامن لا تا قرن ۱۶ تنها یک حالت از دفاع مشروع یعنی دفاع از نفس به رسمیت شناخته شده بود و در مواردی کاربرد داشت که مدافع تا جایی که امکان داشت کوتاه آمده اما از سر ناچاری از خود دفاع کرده است. (فلچر، ۲۰۰۵)

در چنین حالت هایی بخشودگی متهم همگام با ضرورت به عنوان یک عذر بود، اگر چه مدافع از مجازات معاف می شد اما این عفو بر روی سایر اثار تبعی ناشی از جرم همچون مصادره اموال مدافع و ضبط وسایل ارتکاب جرم (دفاع) بی تأثیر بود. همچنین در چنین مواردی بر مدافع لازم بود تا ضرورت کشتن متجاوز را برای رفع خطر ثابت کند.

این نظریه قابل قبول نمی باشد. زیرا، کسی که در حالت ضرورت مرتکب جرم می شود برای نجات خود به شخص ثالث بی گناهی که تأثیری در ایجاد خطر نداشته ضرر می زند. اما در دفاع مشروع عمل مدافع متوجه به همان کسی است که ایجاد خطر کرده و لذا دفاع با حالت ضرورت فرق دارد.

چشم پوشی از حقوق مدافع و ایجاد موانعی جدی بر سر راه دفاع از خود در برابر مهاجمی که ضمن نادیده گرفتن حقوق دیگران و تجاوز به آن در شرایطی که جامعه قادر به حمایت از حقوق شهروندان خود نیست، از این نظریه، نظریه ای غیر واقع بینانه و افراطی ساخته است که پذیرش آن موجب ترویج پرخاشگری در جامعه خواهد شد. زیرا مهاجمی با مدافعی روبرو خواهد شد که از یک طرف تحت تأثیر ترس ناشی از حمله است و از سوی دیگر در صورت موفقیت در دفع آن باید در پی رفع آثار عمل دفاعی باشد. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰)

ج. نظریه عمل دفاعی تحت تأثیر اکراه ناشی از تهدید

گروهی مبنای مشروعیت را اکراه ناشی از تهدید می دانند و معتقدند کسی که از سوی مهاجم با یک حمله روبرو می شود به طور ذهنی مورد تهدید قرار می گیرد. در این حالت بنا به گفته هابز شخصی با خود خواهد گفت: «اگر اقدام نکنم - به زودی [توسط مهاجم] خواهم مرد؛ اگر اقدام کنم [و با دفاع خود مهاجم را بکشم] - شاید در آینده [در نتیجه مجازات] بمیرم». در نتیجه فرد گزینه اول را انتخاب می کند و مرتکب جرم می شود و همانطور که بتنام و هولمز گفته اند یک شخص همیشه در چنین موقعیت هایی ادامه حیات خود را انتخاب خواهد کرد، اگرچه این انتخاب منجر به گرفتن حیات از دیگری شود.

نقطه تمرکز این دیدگاه بر وضعیت روانی کسی که مورد حمله قرار گرفته می باشد، در جایی که ضمن یک اختلال روانی که از سوی مهاجم به وی تحمیل شده است به علت هیجان و عدم تسلط بر اعمال خود چاره ای جز کشتن مهاجم ندارد. طبق این دیدگاه اگرچه مدافع از نظر اخلاقی مقصر است، اما مجازات وی هیچ دلیل و فایده ای ندارد و جامعه به همین دلیل مدافع را برای عملی که انجام داده از مجازات معاف می کند.

اولین انتقادی که به این نظریه وارد است اینکه، با پذیرش این مبنا، شخص به علت اختلال در اراده و ایجاد هیجان، در مقابل اقدامات قانونی مأمورین دولتی نیز مجوز عکس العمل خواهد داشت. بعلاوه اینکه در چنین حالتی از مدافع نمی توان انتظار داشت که شرط تدریج مراتب دفاع را در اقدامات دفاعی خود رعایت کند، بلکه فرد بعلت عدم کنترل کافی بر اعمال خود مجاز به انجام شدیدترین واکنش در همان مرحله اول و مواجهه با حمله خواهد بود.

به نظریه اکراه ناشی از تهدید این اشکال نیز وارد است که در بسیاری از موارد مثل موقعیتی که خطر تهدید کننده اندک و ناچیز است، فردی که مورد تهدید قرار گرفته، آزادی اراده خود را از دست نداده و حتی با

تدبیر و اطمینان به دفع آن می پردازد. بنابراین در چنین مواردی توجیهی برای اقدام به دفاع وجود نخواهد داشت. (سانگو، ۲۰۰۶)

د. رویکردهای ناظر به فعل مهاجم

تجاوز به عنوان عامل به فعلیت رساندن حق دفاع، از این حیث که طرف دیگر را به واکنش وادار می کند در برخی از نظریه ها به عنوان مبنای مشروعیت دفاع در نظر گرفته شده است. آنچه که ممکن است موجب تقویت این دست از نظریه ها شود نقش فعال تجاوز در ایجاد فرایند دفاع مشروع می باشد. چرا که تا وقتی تجاوزی شکل نگیرد اساساً موقعی برای دفاع وجود نخواهد داشت. لذا همین نقش تعیین کننده می تواند مبنایی مناسب برای مشروعیت دفاع قلمداد شود.

کانون توجه برخی از نظریات برای مشروعیت بخشیدن به دفاع، رکن تجاوز می باشد و شارحین آنها در پی یافتن علت مشروعیت دفاع، در فعل متجاوز بوده اند. در این دستاز نظریات، آنچه مبنای دفاع مشروع است، حق مدافع بر جان، عرض و مال خود نمی باشد و عاملی که دفاع را مباح می سازد، قابلیت سرزنش مهاجم و مسئولیت اخلاقی او بخاطر ایجاد حمله است.

طبق یکی از این دیدگاه ها که از سوی متاگیو^۸ مطرح شده است چنین آمده است که شخص متجاوز با تجاوز خود یک حق انتخاب به مدافع تحمیل می کند، انتخاب بین حیات خود و حیات متجاوز و از نظر اخلاقی موجه این است که در این تحمیل، حیات متجاوز را نادیده بگیریم. وقتی متجاوز با تجاوز خود موقعیتی را ایجاد می کند که حیات یکی از طرفین در معرض از بین رفتن قرار می گیرد، از نظر اخلاقی توجیه پذیر است که زندگی عامل ایجاد موقعیت نادیده گرفته شود و حیات فردی که در بوجود آمدن موقعیت نقشی نداشته است را حفظ کنیم.

⁸ Montague

ایرادی که به این نظریه وارد است اینکه با پذیرش چنین مبنایی، ضمن محدود کردن دفاع مشروع، برخی از حمله‌ها موجب حق دفاع نخواهد شد و فرد تنها در مقابل حمله‌هایی که مهاجم از نظر اخلاقی قابل سرزنش است، حق دفاع خواهد داشت. در نتیجه دفاع در مقابل مهاجم فاقد مسئولیت اخلاقی مانند کودک یا مجنون، مجاز نخواهد بود.

این نظریه همانگونه که موجب محدودیت دامنه دفاع مشروع نسبت به افراد فاقد مسئولیت اخلاقی می‌شود، سبب گسترش حق دفاع در مقابل حمله‌هایی که حتی به مرحله قریب الوقوع نیز نرسیده است، می‌شود. توضیح اینکه، اگر مهاجم، از نظر ذهنی قصد حمله داشته باشد اما هنوز به مرحله فعلیت نرسیده باشد، بدلیل قابلیت سرزنش اخلاقی وی، برای مدافع حق دفاع ایجاد خواهد شد. در حالی که اکنون هیچ نظام حقوقی، حمله پیشدستانه را بر اساس قابلیت سرزنش اخلاقی مدافع مجاز نمی‌داند.

برخی نیز توجیه دفاع مشروع را مبتنی کرده‌اند بر رضایت متجاوز نسبت به نتایج رفتارش (تجاوز) که از آن نتایج ناشی از پاسخ مدافع به تجاوز بوده است. طبق این دیدگاه که نینو^۹ مطرح کرده است توجیه دفاع مشروع مبتنی است بر رضایت متجاوز نسبت به نتایج عادی رفتارش. این نتایج مشتمل بر هر واکنشی خواهد بود که از سوی مدافع انجام شود، این واکنش گاه یک دفع ساده همچون سر دادن فریاد است و گاهی نیز شدیدترین پاسخ یعنی کشتن. یعنی متجاوز با فعل خود به طور ضمنی به مدافع نسبت به همه این پاسخ‌ها در مقام دفاع رضایت داده است. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰)

ایرادی که به این نظریه وارد است اینکه، از یک سو در مواردی که مهاجم نسبت به نتایج رفتارش آگاهی و شناخت کافی ندارد، مانند جایی که مهاجم فردی فاقد اهلیت است یا در مقابل حمله ناشی از مسلوب الارادگی، مبنایی برای توجیه عمل مدافع وجود نخواهد داشت چرا که در چنین وضعیت‌هایی نمی‌توان

⁹ Nino

اقدام مهاجم را حمل بر رضایت وی گرفت و با نبودن رضا در مهاجم نسبت به عمل مدافع، فردی که در معرض تجاوز قرار گرفته است قادر به دفاع از حقوق خود نخواهد بود.

از سوی دیگر، با توجه به اینکه عمل مدافع ظاهری مجرمانه دارد و بر طبق اصول حاکم بر حقوق کیفری، رضایت بزه دیده در بخش قابل توجهی از جرایم علیه اشخاص تأثیری در ماهیت عمل مجرمانه ندارد و موجب مشروعیت فعل مدافع نمی شود. در نتیجه نمی توان این نظریه را مبنایی صحیح و مطابق با ضوابط برای توجیه عمل مدافع دانست. در عین حال این نظریه از حیث محتوا، ارتباط نزدیکی با قاعده اقدام در حقوق اسلامی دارد، با این تفاوت که نظریه مذکور نفس اقدام را اماره ای بر رضایت مهاجم به آثار بعدی مهاجم خود دانسته است. اما در قاعده اقدام، اقدام به فعل برای تحمل آثار بعدی آن کفایت می کند و نیازی به احراز رضایت در آن نیست و به صرف شکل گیری تجاوز، حق دفاع برای فرد ایجاد خواهد شد. «براساس این قاعده؛ هرگاه شخصی با توجه و آگاهی، عملی را انجام دهد که موجب ورود زیان توسط دیگران به او گردد؛ وارد کننده زیان، که شخص دیگری است، مسئول خسارت نخواهد بود».

با توجه به اینکه یکی از شرایط قاعده اقدام، انجام عمل با توجه و آگاهی می باشد. لذا در مواردی که اقدام متجاوز براساس توجه و آگاهی صورت نگرفته باشد، دفاع در مقابل آن مجاز محسوب نخواهد شد، مانند جایی که عامل تجاوز بخاطر مستی نسبت به رفتار خود توجه و آگاهی کافی ندارد. این در حالی است که براساس متون فقهی میان مهاجمی که عمل او از روی توجه و آگاهی صورت گرفته و غیر آن تفاوتی مشاهده نمی شود و ضمن تجویز حق دفاع مقرر شده: «... اگر مدافع در مقام دفاع از خود به مهاجم صدمه ای برساند مال یا خون وی هدر است». (محقق داماد، ۱۳۸۹)

ه. رویکردهای ناظر به دفاع و اجتماع

عدم توانایی جامعه در ایفای نقش حمایتی خود نسبت به شهروندان در وضعیت خاص دفاع مشروع و فواید اجتماعی که در نتیجه دفع تجاوز حاصل می شود، برخی را بر آن داشته است تا مشروعیت دفاع را بر پایه ارتباط آن با جامعه استوار سازند و از این رهگذر جنبه های مختلف این ارتباط بعنوان مبنای مشروعیت دفاع مطمح نظر قرار گرفته است.

برخی از نظریات ارائه شده با در نظر گرفتن وضعیتی که جامعه دیگر قادر به انجام وظیفه حمایتی خود در قبال شهروندان از طریق تأمین امنیت آنها در مقابل تعرضات نمی باشد (نقش پیشینی جامعه)، به فرد این اختیار را می دهد تا با اقدام خود به نمایندگی از طرف جامعه مهاجم را دفع نماید.

می توان وضعیت هایی را تصور کرد که قوای عمومی که مسئولیت اصلی دفاع از شهروندان را بر عهده دارند تحت شرایطی خاص، از دخالت در امر عاجز می ماند و در چنین وضعیتی لازم است که به افراد حق دفاع از خود داده شود. روسو¹⁰ نیز دفاع مشروع را براساس نظریه خود یعنی قرارداد اجتماعی توجیه می کند. طبق این دیدگاه که در قرن ۱۸ ظهور یافت، در موقع حمله نامشروع پیمان اجتماعی که براساس آن انسان حقوق خود از جمله حق دفاع را به جامعه واگذار کرده غیر قابل اعمال است و انسان به حالت طبیعی قبل از قرارداد بر می گردد؛ در نتیجه مجاز است که اعمال حق نماید.

اگرچه با پیشرفت و گسترش جوامع، جامعه عهده دار تأمین و جلوگیری از تعدی به شهروندان شده است. اما نادیده گرفتن حقوق فردی و تبیین مشروعیت دفاع تنها از طریق غیر قابل اعمال بودن قرارداد فرد با اجتماع، موجب انحراف اصل دفاع گردیده است و این انحراف ناشی از موهوم و فرص بودن اساس نظریه قرارداد اجتماعی می باشد. (همان). چرا که انتقال حقوق افراد از طریق قرارداد به اجتماع بیش از یک فرض

¹⁰ Rousseau

نیست و برگشت آن به مدافع نیز تنها از طریق فرض امکان پذیر است. از سوی دیگر نتیجه این نظریه تبدیل دفاع به یک وظیفه خواهد بود. زیرا طبق قرارداد فرضی، جامعه موظف به دفاع از افراد است. و با انتقال آن به مدافع وجه الزامی دفاع همچنانی باقی خواهد ماند، در حالی که فرد مخیر به دفاع و یا تحمل آثار تجاوز می باشد و هیچ الزامی به اقدام دفاعی ندارد.

در راستای توجیه دفاع با ایجاد ارتباط بین مدافع و جامع، کارارا¹¹ نیز براساس نقش دیگر جامعه یعنی برخورد پس از تجاوز (واکنش پسینی جامعه) و مجازات متجاوزین، معتقد است که در وضعیت دفاع مشروع حق جامعه در کیفر دادن بزهکار منتفی می شود.

این نظریه نیز به نحوی تحت تأثیر نظریه قرارداد اجتماعی روسو است، چرا که کیفر بزهکاران براساس قرارداد به جامعه واگذار شده است. در جایی که اجرای این حق از سوی جامعه منتفی می شود، نتیجه آن ایجاد حق مجازات به مدافع و از طریق فعل دفاعی می باشد. در همین ارتباط برخی مدعی اند که مدافع با عمل دفاعی خود شخص مهاجم را بواسطه ارتکاب عمل غیر قانونی (تجاوز) مجازات می کند.

در این نظریات بین عمل مدافع بعنوان اعمال یک حق فردی و مجازات متجاوز بعنوان یک واکنش اجتماعی، تفکیک صورت نگرفته است. و عمل دفاعی بعنوان مجازات متجاوز، از این جهت مشروع دانسته شده که متجاوز به سبب ارتکاب جرم، شایسته مجازات گردیده است.

بررسی عبارات به کار گرفته شده در این نظریه گویای این مطلب است که این نظریه تناسب بیشتری با مبنای مشروعیت مجازات دارد تا دفاع مشروع. همچنین بر این نظریه این ایراد وارد است که پس از دفاع، متجاوز دیگر مستحق مجازات نخواهد بود، که این صحیح نمی باشد. چرا که در صورت دستیابی جامعه به متجاوز، حق و تکلیف خود در مجازات متجاوز را اعمال خواهد کرد. (علی آبادی، ۱۳۸۹، ص ۲۲۸)

¹¹ Carara

بند دوم: مبانی فقهی مشروعیت دفاع

مبنا یعنی یافتن خاستگاه یک قاعده فقهی یا حقوقی و صحبت درباره مبانی فقهی مشروعیت دفاع، یعنی پاسخ به این سؤال مهم که چه مفهوم و آموزه فقهی باعث شده است که اشخاص تحت شرایطی اجازه دفاع داده شود؟ اساساً چرا رفتاری که در شرایط عادی جرم تلقی شده و استحقاق مجازات دارد، در شرایط دفاع، مشروع و مجاز است؟

در متون فقهی بحثی تحت عنوان مبانی مشروعیت دفاع وجود ندارد و فقها غالباً مشروعیت دفاع را مفروض گرفته، ابتدائاً وارد شرایط و حدود و ثغور آن شده‌اند؛ بنابراین بحث از مبانی مشروعیت دفاع در این مقال یعنی فحوص و جستجو در متون فقهی و عرضه دفاع بر قواعد و مفاهیم آن، برای اصطیاد مبانی مشروعیت دفاع از دل منابع و تعالیم فقه.

مرحوم صاحب جواهر در ابتدای بحث دفاع، در مقام تبیین مبانی مشروعیت آن، این بیان را دارند: «لا خلاف و لا إشکال فی أنه للإنسان أن یدفع المحارب أو اللص أو غیرهما عن نفسه و حریمه و ماله ما استطاع للأصل و الإجماع بقسمیه، و ما تقدم من النصوص فی المحارب».

۱. اقتضای اصل

مرحوم صاحب جواهر در ابتدای بحث دفاع، در مقام تبیین مبانی مشروعیت آن، این بیان را دارند: «لا خلاف و لا إشکال فی أنه للإنسان أن یدفع المحارب أو اللص أو غیرهما عن نفسه و حریمه و ماله استطاع للأصل و الإجماع بقسمیه، و ما تقدم من النصوص فی المحارب»^{۱۲}

^{۱۲} هیچ اختلاف و اشکالی در این نیست که انسان می تواند در مقابل محارب یا دزد و یا غیر این دو، از نفس و ناموس و مالش هر طور که می تواند دفاع کند، چرا که چنین حقی اقتضای اصل بوده و بر آن هر دو قسم اجماع وجود دارد، همچنین آنچه از نصوص وارد در باب محارب گذشت بر این حق دلالت می کنند.

این که درباره مشروعیت دفاع، اجماع محصل و منقول وجود دارد در بحث ما اهمیتی ندارد چرا که اساساً خود ابن اجماع نیز مبنایی است که باید منکشف شود؛ از طرف دیگر نصوص وارده نیز به نظر می رسد که منابع دفاع باشند تا مبانی دفاع، چون که معمولاً در فقه وجود نصوص درباره یک موضوع، موجب استغناء از مبانی آن نمی شود، پس آن چه در مقام کشف مبنای مشروعیت دفاع در فقه حائز اهمیت است، تبیین اصلی است که مرحوم صاحب جوهر مشروعیت دفاع را اقتضای آن می داند.

اصل یعنی اساس چیزی که بر آن بنا شده است و یا ریشه چیزی که از آن روییده است و در ادبیات فقهی و شرعی عبارت است از هر چیزی که چیزهای دیگر بر آن بنا شده اند و خودش بر چیزی بنا نشده است و یا هر آنچه که حکمش بنفسه ثابت است و چیزهای دیگر بر آن بنا می شوند. اصل هر آن چیزی است که غیر آن به آن استناد داده می شود و یا این که غیر آن از حیث که از آن متفرع می گردد، بر آن بنا می شود؛ اصل در اصطلاح در معانی به کار رفته که همه از قبیل استناد فرع چیزی به اصل و انشاء و ابتناء آن می باشند.

اصل در منابع فقهی و اصولی به عبارات مختلف تقسیم بندی شده است؛ یکی از این تقسیمات، تقسیم اصل به لحاظ کاربرد آن در بخش الفاظ و در مقام عمل بدون ارتباط به لفظ، به اصل عملی و اصل لفظی می باشد. غالباً اصل به تنهایی منصرف به اصل علمی است که در مقابل اماره قرار می گیرد و مقصود از آن قاعده و قانونی است که مکلف هنگام شک و جهل به واقع و اختیار نداشتن اماره به آن رجوع می کند که مصادیق چهارگانه آن عبارتند از اصل برائت، اصل تخیر، اصل احتیاط و اصل استصحاب، اصل عملی به اعتبار واضح آن به شرعی و عقلی تقسیم می شود. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

اصل لفظی زمانی محقق می شود که آن چه مشکوک است، مراد گوینده از کلام باشد به این بیان که مثلاً شک کنیم که آیا فلان امر داخل در مقصود کلام گوینده است یا خیر که در این صورت به اصل لفظی رجوع می کنیم، اصل اطلاق و اصل عموم از مصادیق اصول لفظی هستند.

یکی دیگر از مصادیق مهم اصول لفظی، اصل اولی می باشد. که فقها در بعضی از مباحث، قبل از پرداختن به موضوع، اصلی را به عنوان اصل اولی تأسیس می کنند که غرض از تأسیس چنین اصلی این است که در صورت فقدان دلیل بر خلاف اصل، به اصل اولی عمل شود؛ مثلاً اصل اولی در بیع لزوم است لذا هر جا که دلیل بر خیار بود از مقتضای اصل خارج می شویم، لکن اگر درجایی شک کنیم که بیع پابرجاست یا فسخ شده، به مقتضای اصل اولی عمل کرده و آن را لازم و پابرجا می شماریم.

علامه حلی در کتاب تذکره، اصل را در بیع بر لزوم گذاشته و بدین ترتیب اصل اولی تأسیس کرده است. شیخ انصاری در ابتدای باب خیارات به عنوان مقدمه، به تحلیل جمله علامه حلی می پردازد و برای تبیین این مطلب که این اصل اولی چگونه تأسیس شده است چهار معنا را برای آن ذکر می کند که اشاره به آن برای فهم چگونگی تأسیس اصل اولی خالی از لطف نیست، معنای اولی که شیخ در مکاسب برای اصل بیان می کند این است که هر آن چه که راجح باشد یعنی در موضوع مورد بحث ظاهر باشد، اصل است و این ظهور، از غلبه در موضوع احراز می شود یعنی هر چه در موضوع غالب است، اصل اولی تلقی می گردد.

معنای دوم این است که هر قاعده ای که از عمومات موجود درباره موضوع مستفاد شود، می تواند به عنوان اصل اولی تأسیس گردد، در معنای سوم ایشان آن چه اصل عملی استصحاب اقتضا می کند را به عنوان اصل اولی معرفی می کنند و در معنای آخر، براساس معنای لغوی اصل یعنی اساس و ریشه، هر آن چه که اقتضای ذات و طبیعت موضوع باشد، می تواند اصل اولی در موضوع قرار گیرد. (همان)

اگر بخواهیم براساس کلام صاحب جواهر، دفاع را بر مطالب مذکور راجع به اصل عرضه کنیم تا از این رهگذر به مبنای مشروعیت آن دست یابیم، باید بگوییم که به نظر می رسد اصل مذکور از اصول علمی نباشد چرا که بحث دفاع با توجه به ادله لفظیه موجود برای آن، اساساً مجرای جاری شدن اصول عملی نیست و این اصول با وجود ادله و امارات مذکور، سالبه به انتقاء موضوع می باشند؛ بنابراین اصل مذکور در

کلام صاحب جواهر از اصول لفظی است و به نظر می رسد که به معنای مقتضای طبع شیء باشد. یعنی مقتضای اصل اولی هر عملی اباحه است مگر این که معنی برسد و این همان معنای اصل است. (اصاله الاباحه فی الاشیاء) چرا که اصل اباحه هم غلبه داشت و هم راجح است، هم قاعده مستفاد از عمومات موجود درباره موضوع است و هم اقتضای ذات و طبیعت رفتارهای آدمی اباحه آن می باشد

بیان مطلب این که اصل در اعمال بر اباحه است و تنها اعمالی از این اصل خارج شده و به نحوی استثناء بر آن تلقی می شوند که دلیل و اماره معتبری، آن ها را صراحتاً از این اصل خارج کرده باشد؛ ثمره ی تأسیس این اصل اولی قبل از ورود به بحث جرائم در فقه کیفری این است که اگر تردید کنیم که آیا رفتاری از مصادیق کلام شارع محسوب شده و مشمول منع وی قرار گرفته یا خیر، باید به اصل اولی اباحه رجوع شود و اقتضای این اصل در چنین مواردی این است که رفتار مشکوک، مباح و مشروع بوده و از حیثه این اصل خارج نشود.

بر این اساس رفتار دفاعی همان رفتار مشکوکی است که در این که مشمول منع و تحذیر شارع است یا خیر تردید وجود دارد و همان طور که گذشت در موارد مشکوک بیاد به اصل اولی رجوع کرد؛ این که رفتار دفاعی مشروع و مباح تلقی گردد، اقتضای اصل اولی اباحه در موردی است که در حرمت و منع شرعی آن تردید وجود دارد؛ به عبارت دیگر همین که در حرمت یا اباحه رفتار مجرمانه در مقام دفاع، تردید حاصل می شود و در این که آیا چنین رفتارهای دفاعی، با اماره و دلیل معتبر از اصل اباحه خارج شده اند یا خیر، شک پیش می آید، اصل اولی اباحه اقتضا می کند که چنین رفتارهایی مشروع و مباح محسوب شوند.

اصل در یک تقسیم بندی دیگر، به اعتبار واضع و جعل کننده آن به سه دسته منقسم می شود؛ اول اصل عقلی که منشأ و مستند حجیت آن، صرفاً حکم عقل می باشد؛ دوم اصل عقلایی که منشأ و مستند حجیت

آن بنای عقلا بر عمل به آن، به ضمیمه امضا و تأیید شارع بوده و سوم اصل شرعی که منشأ و مستند حجیت آن صرفاً جعل و وضع شارع مقس است. (هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶ ه.ق. ص ۵۱۲)

در مقام عرضه فرمایش مرحوم صاحب جواهر بر این تقسیم بندی از اصل، برای تبیین مبنای فقهی مشروعیت دفاع باید گفت که اصل مذکور اصل عقلی نیست. یعنی حکم مشروعیت دفاع، صرفاً حکم عقل نیست به گونه ای که هیچ حکمی از طرف شارع برای آن نیامده باشد؛ از طرف دیگر اصل صاحب جواهر اصل شرعی نیز نمی باشد. یعنی اینگونه نیست که حکم مشروعیت دفاع، صرفاً از طریق شرع رسیده باشد چرا که فرضاً اگر شرع هم در این زمینه حکمی نمی داشت، قطعاً عقل به مشروعیت دفاع حکم می نمود.

با انتفاء اصل عقلی و شرعی، تنها اصل عقلایی باقی می ماند که با اصل مذکور در فرمایش صاحب جواهر منطبق می باشد؛ بیان مطلب این که پرواضح است که عقلا در همه زمان ها و در همه فرهنگ ها و تمدن ها ارتکاب جرم را در مقام دفاع تجویز کرده و آن را مشروع می دانند و اساساً همین که مسأله دفاع، در همه مکاتب حقوقی و در همه دوران ها وارد وفاق و تأیید بوده است، خود ادل الدلائل است برای اینکه سیره و بنای عقلا بر مشروعیت دفاع است؛ بدین ترتیب شرع مقدس با تجویز و اباحه ارتکاب جرم در مقام دفاع، فی الواقع حکیم جدیدی وضع نکرده، بلکه به عنوان یکی از عقلا و بلکه رئیس العقلا سیره و بنای عقلا را در همه زمان ها، تأیید و امضا نموده است.

بنابراین براساس تقسیم بندی دومی که از اصل ارائه شد، اصل مذکور در کلام مرحوم صاحب جواهر می تواند اصل عقلایی باشد به این معنا که منشأ و حجیت مشروعیت دفاع، چیزی نیست جز بنای عقلا بر عمل به آن به ضمیمه امضا و تأیید شارع مقدس، به نظر می رسد که براساس تبیین اول از اصل، دفاع مشروع از اسباب اباحه یا علل موجهه جرم باشد و رفتار دفاعی براساس اصل اولی اباحه عمل، مباح تلقی گردد لکن

اگر اصل مذکور، اصل عقلایی باشد، احتمال اسباب اباحه بودن یا علل رافع مسئولیت کیفری بودن دفاع، وجود دارد. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

در فقه آن چه که قاطبه فقها درباره دفاع از دیگری گفته اند حکم به جواز آن به طور مطلق است. (نجفی، بی تا، ج ۶۱، ص ۶۵۰) لکن بعضاً این جواز مشروط شده است به مصون بودن از ضرر یعنی دفاع از دیگری تنها در صورتی جایز است که ضرری متوجه خود فرد نگردد. (فاضل هندی، ۱۴۱۶ ه.ق. ج ۱۰، ص ۶۴۹)

مرحوم صاحب جواهر در بیان مبنای مشروعیت دفاع از دیگری می گوید: «عین غیره، للأصل و عموم الإعانه علی البر». آن چه از اصل مذکور بر می آید، چیزی نیست جز آن چه که درباره ی اصل در مبنای مشروعیت دفاع گفته شد؛ بنابراین مبنای مشروعیت دفاع از دیگری همان اصل اباحه عمل یا اصل عقلایی است؛ لکن علاوه بر اصل، دفاع از دیگری از مصادیق بارز «تعاون علی البر»^{۱۳} است و این جهت نیز مشروع می باشد؛ بیان مطلب این است که اگر کسی، از انسان بی گناهی در مقابل یا حمله ناحق دفاع نماید، رفتارش مصداق بارز نیکی و بر است و همین باعث می گردد که این رفتار تحت شمول قاعده اعانه بر برّ و تقوی قرار گرفته و مشروع تلقی گردد؛ البته ایشان در بیان مبنای مشروعیت دفاع از دیگری، علاوه بر اصل و عموم اعانه بر برّ و تقوی، به مضمون روایاتی که بر مساعدت و کمک به دیگران تأکید می کنند نیز استشهد می نماید. (نجفی، بی تا، ج ۴۱، ص ۶۵۰)

۲. قاعده احسان

مرحوم ابن ادریس در مقام بیان مبنای مشروعیت دفاع به قاعده احسان استناد کرده و می گوید: «واللصّ حکمه عندنا حکم المحارب، فإذا دخل علی إنسان، جاز له ان یقاتله و یدفعه عن نفسه ما دام مقبلاً علیه،

^{۱۳} سوره ی مبارکه مائده، آیه شریفه دوم «تعاونوا علی البرّ و التقوی و لا تعاونوا علی الإثمّ و العدوان».

فَأَنْ أَدَّى الدَّفْعَ إِلَى قَتْلِ اللَّصِّ، لَمْ يَكُنْ عَلَى قَاتِلِهِ شَيْءٌ مِنْ قُودٍ، وَ لَادِيهِ، وَ لَا كَفَّارِهِ، لِأَنَّهُ مُحْسِنٌ، وَ قَدْ قَالَ تَعَالَى - مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ^{۱۴}. (ابن ادریس، ۱۴۱۰ ه.ق.، ج ۳، ص ۵۰۷)

درک صحیح ارتباط دفاع و قاعده احسان و این که جگونیہ ای قاعده می تواند مبنای مشروعیت دفاع باشد مستلزم روشن شدن ماهیت و مفاد قاعده احسان است؛ این قاعده که غالباً در باب ضمان و مسئولیت مدنی به آن استناد می گردد مبتنی است بر آیه شریفه ی ۹۱ از سوره مبارکه توبه که می فرماید «لِیسَ عَلَى الضَّعْفَاءِ وَ لَا عَلَى الْمَرْضَى وَ لَا عَلَى الَّذِينَ لَا يَجِدُونَ مَا يَنْفِقُونَ حَرْجٌ أَلَّا نَصْحُوا اللَّهَ وَ رَسُولَهُ مَا عَلَى الْمُحْسِنِينَ مِنْ سَبِيلٍ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»^{۱۵}.

واژه «المحسنین» در این آیه شریفه جمع محسن و محلائی به الف و لام است و افاده عموم می کند، پس هر محسنی که در خارج موجود باشد و هر فردی که عنوان محسن بر وی صادق باشد مشمول مفاد «لا سبیل علیه» قرار می گیرد. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ ه.ق.، ص ۳۳) احسان یعنی انجام دادن رفتاری نیکو و محسنی کسی است که رفتار نیکو انجام می دهد. این رفتار نیکو هم از طریق جلب منفعت و هم از طریق دفع ضرر ممکن است محقق شود. یعنی همان طور که جلب منفعت مصداق احسان است دفع ضرر نیز از مصادیق احسان محسوب می شود. حتی گاهی عرف دفع ضرر را از جلب منفعت محسانانه تر می داند. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق.، ج ۲، ص ۲۹۷) گفته شده است که مصداق محسن کسی است که ضرری که بر اثر احسان وارد می کند کمتر از ضرری باشد که در صورت دخالت نکردن وی پیش می آید، بنابراین اگر ضرر عمل شخصی بیشتر یا مساوی باشد عقلاً به چنین شخصی محسن نمی گویند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ ه.ق.، ج ۱، ص ۳۹)

^{۱۴} حکم دزد نزد ما مانند حکم محارب است، پس اگر دزدی بر انسان وارد شد برای وی جایز است که مادامی که دزد حمله می کند با او مقاتله کند و وی را از جان خویش براند پس اگر دفع دزد متوقف باشد بر قتل وی، قاتل وی هیچ مسئولیتی اعم از قصاص و دیه و کفاره ندارد چرا که وی محسن است و خداوند تعالی می فرماید بر محسنین هیچ سبیلی نیست.
^{۱۵} بر ناتوانان و بر بیماران و بر کسانی که توان مالی برای انفاق ندارند حرجی نیست. اگر خیرخواه خدا و رسولش باشند و بر افراد نیکوکار هیچ سبیلی نیست و خداوند آمرزنده و مهربان است.

در بیان مفهوم احسان آمده است که تنها رفتاری احسان بوده و مشمول این قاعده می شود که هم درحقیقت امر احسان بوده وهم این که اقدام کننده آن را به قصد احسان انجام داده باشد. البته فقهای هم هستند که تنها رفتاری را احسان می کنند که در واقعیت احسان باشد و اعتقاد به احسان و قصد آن را برای تحقق احسان و شمول قاعده لازم نمی دانند، چرا که قصد و اعتقاد دخالتی در مفاهیم اشیاء نداشته و این مفاهیم تابع واقعیت خودشان هستند. (همان، ص ۳۵)

به نظر می رسد این مطلب شاید برای رفع ضمان مالی یا مسئولیت مدنی صحیح باشد لکن برای رفع مسئولیت کیفری مدرن به صواب نیست، زیرا احسان در حقوق کیفری اسلام، انگیزه ای است که موضوعیت داشته و استثنا قادر است با تأثیر در عنصر روانی جرائم عمدی، مسئولیت کیفری را در اینگونه جرائم متفی نماید؛ بنابراین کسی که به قصد احسان مرتکب جرم می شود، صرف قصد احسان، حتی اگر در حقیقت امر رفتارش احسان نباشد، عنصر روانی وی برای تحقق جرم عمدی مخدوش می شود. برای مثال فردی در صحنه یک تصادف رانندگی حاضر می گردد و از سر احسان و به قصد نجات جان مصدوم حادثه، وی را بر دوش گرفته و به سمت بیمارستان حرکت می کند. غافل از این که همین حرکت دادن مصدوم باعث صدمه بتر و قطع نخاع وی شده است؛ چنین شخصی را علی رغم این که رفتارش در حقیقت امر احساس نبوده، به خاطر انگیزه احسان و خیرخواهی و انتفای عنصر روانی، نمی توان به جرم ضرب و جرح عمدی متهم نمود.

«سبیل» نیز در اصطلاح به معنای حجت، حرج، مؤاخذه و ضمان است و این که در آیه شریفه مذکور به صورت نکره در سیاق نفی آمده است مفید عموم است. یعنی هرگونه مسئولیت و ضمانتی را نفی می کند. به عبارت بهتر مسئولیت و مؤاخذه گاه تکلیفی است و گاه وضعی و این که سبیل در آیه شریفه نکره در سیاق نفی آمده است، طبیعت مسئولیت و مؤاخذه را نفی می کند. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

یعنی هر چیزی که مسئولیت یا مواخذه محسوب شود از محسن سلب می شود چه وضعی و چه تکلیفی بنابر توضیحات مذکور قاعده ای که از آیه شریفه مذکور مستفاد است این است که هرگونه مسئولیت و ضمان از کسی که مفهوم احسان بر او صدق کرده و محسن محسوب شود، سلب می گردد و محسن را به هیچ وجه نمی توان به خاطر آن چه از احسانش ناشی شده است، مواخذه نمود. برخی از نویسندگان این تعریف از قاعده احسان را پذیرفته اند که می گوید: «هرگاه کسی به انگیزه ی خدمت و نیکوکاری به دیگران، موجب ورود خسارت به آنان شود، اقدامش مسئولیت آور نیست». سپس از این تعریف نتیجه گرفته اند که قاعده احسان نمی تواند مبنای مشروعیت دفاع باشد، چرا که محسن کسی است که با قصد احسان به دیگری اقدام می کند و چنان چهی در راستای این اقدام ضرری ایجاد کرد ضامن نخواهد بود. در صورتی که مدافع ضمن صیانت از حقوق خود، قصد دفع تجاوز از خود و نه از دیگری را دارد و برای این مهم به مهاجم صدمه می زند. بنابراین در قصد و نتیجه با محسن متفاوت است. ابتدائاً باید گفت که نهایت ساده انگاری است اگر کسی گمان کند که جناب ابن ادریس تعریف قاعده احسان را نمی دانسته و به آن به عنوان مبنای مشروعیت دفاع، فتوا داده است؛ سپس در پاسخ به مطالب فوق الذکر باید گفت که در آن چه که ما به عنوان تبیین نقاعده احسان از کتب معروف و مرجع قواعد فقهی ذکر کردیم، هیچ نکته ای مبنی بر موضوعیت احسان به دیگری برای تحقق قاعده احسان وجود نداشت؛ گفته آمد که هرگونه مسئولیتی از هر رمحسنی برداشته می شود، نه فقط محسنی که به دیگری احسان کرده است لذا چنان چه در تعریف مستند و در بعضی کتب قواعد فقه به معنای احسان به دیگری تصریح شده است نه از باب موضوعیت آن در تحقق احسان، بلکه از باب موارد غالبی تحقق قاعده احسان بوده است. چرا که در عالم واقع غالباً احسان در مصداق احسان به دیگری محقق می شود.

بنابراین باید گفت که آن چه که در تحقق احسان و شمول قاعده احسان موضوعیت دارد، انجام رفتاری است که عرفاً و منطقاً مصداق رفتار محسنانه باشد لکن این که این رفتار نسبت به چه کسی انجام شود در تحقق قاعده احسان مدخلیتی ندارد. (همان)

عرف و عقل و شرع متفق القول هستند که حفظ انسان محترم و محقون الدم و صیانت از ناموس و مال قانونی و حلال وی رفتاری است که مصداق احسان است؛ حال گاهی این رفتار محسنانه نسبت به دیگری انجام می شود و موجب رفع هرگونه مسئولیت احتمالی از محسن می گردد و گاهی در مصداق دفاع، این رفتار محسنانه نسبت به خود شخص انجام می شود. که یقیناً این هم مصداق احسان بوده، مشمول مفاد «لاسیبیل علیه» قرار گرفته و باعث رفع هرگونه مسئولیتی از مدافع (محسن) می گردد؛ چرا که آن چه که در شمول مفاد قاعده احسان اهمیت دارد رفتار محسنانه است که در فرض دفاع، محقق شده است و این که این رفتار نسبت به چه کسی انجام می شود اساساً در تحقق قاعده هیچ مدخلیتی ندارد.

در تأیید نظر ارائه شده به برخی فتاوی از فقها استشهاد می شود تا مطلب روشن تر گردد؛ شیخ طوسی در خلاف در مقام توجیه حکم عدم مسئولیت قاتل حیوان مهاجمی که جز با کشتن دفع نمی شود به قاعده احسان استناد نموده و قاتل حیوان را محسن می داند چرا که وی اهتمام به امری کرده که بر او واجب بوده است و آن چه واجب است، دفع ضرر از نفس بوده و اتیان واجب احسان است. (طوسی، ۱۴۰۷ ه.ق.، ج ۵، ص ۵۰۹)

برای عدم ضمان کسی که اجرای حد یا قصاص عضو کرده و منجر به مرگ مجرم گردیده است؛ به قاعده احسان استناد شده چرا که وی به خاطر اجرای حکم الهی که مصداق احسان است، محسن تلقی گشته و از هرگونه مسئولیتی معاف می باشد. (عاملی، ۱۴۱۶ ه.ق.، ص ۴۱؛ مرعشی نجفی، بی تا، ص ۳۷۷)

می توان به وضوح در فتاوی مذکور دید که آن چه در تحقق قاعده احسان مطمح نظر بوده و موضوعیت دارد، نفس رفتاری است که مصداق احسان است نه انجام آن نسبت به دیگری، برای اثبات این مدعا و تبیین نظر ابن ادریس و همچنین برای رد نظر مذکور در نفی قاعده احسان به عنوان مبنای مشروعیت دفاع، همین اندازه استدلال و استشهاد کافی به نظر می رسد. اساساً قاعده احسان منجر به اباحه عمل نمی گردد و تنها منجر به نفس سبیل و رفع مواخذه و مسئولیت از محسن می شود بنابراین بر مبنای قاعده احسان، دفاع مشروع از علل رافع مسئولیت کیفری محسوب می شود.

۳. اقتضای حکم فطرت و عقل

احکام در علوم اسلامی به اعتبار منشأ صدور به سه دسته حکم فطرت، حکم عقل و حکم شرع تقسیم می شوند. اگر مصدر حکمی طبیعت، فطرت و غریزه آدمی باشد آن حکم فطری یا به اصطلاح قدما طبعی است و اگر منشأ حکم، عقل انسان باشد چنین حکمی عقلی است، لکن اگر حکم از ناحیه شرع رسیده باشد و مستند فطری یا عقلی واضحی نداشته باشد، حکم شرعی محسوب می گردد. (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱ ه.ق.، ج ۲، ص ۵۱)

رابطه این سه دسته از احکام طولی است به نحوی که اگر فطرت و طبیعت انسان به چیزی حکم کند، حکم عقل یا شرع در رابطه با آن موضوع اصالت ندارد بلکه تنها به عنوان مؤید حکم فطرت می تواند مطرح شود؛ مثلاً فطرت و طبیعت انسان به وجوب خوردن غذا در زمان گرسنگی حکم می کند و هر انسانی به محض گرسنگی طبیعتاً به دنبال غذا خوردن برای رفع گرسنگی می رود. حال اگر شرع در این رابطه حکم وجوبی داشته باشد و مثلاً بگوید «یا ایها الذین امنوا کلوا من طیبات ما رزقناکم و اشکروا الله ان

کتم ایاه تعبدون»^{۱۶} ایا می توان گفت که وجوب خوردن در زمان گرسنگی به خاطر مفاد این حکم شرعی است؟ یقیناً نمی توان چنین ادعایی کرد چرا که وجوب خوردن، حکم فطرت و طبیعت انسان است و حکم شرعی مذکور اصالتی در این رابطه ندارد و تنها مؤید حکم اصالی فطرت است.

یا اگر حکم عقل اصالتاً به موضوعی تعلق بگیرد، حتی در فرض وجود حکم شرعی راجع به آن موضوع، منشأ حجیت و به عبارتی واضح آن حکم عقل است و حکم شرع تنها امضا و تأیید حکم عقل می باشد. حال با این مقدمه می توان مبنای مشروعیت دفاع را در اشارات بعضی از فقها پیدا کرد.

پیشتر به مناسبت به فطری و طبیعی بودن دفاع در مقابل خطر در همه موجودات اعم از انسان، حیوان و حتی گیاه اشاره شد؛ خداوند متعال به هر موجودی که حق حیات کرامت فرموده در وجودش نیرویی به ودیعه گذاشته که این نیرو «حب ذات» یا «حب نفس» نام دارد و مایه حفظ حیات و لازمه حق حیات است؛ توضیح این که لازمه حق حیاتی که به موجودات عنایت شده است این است که آن موجود بتواند از حیات خود محافظت کرده و آن را از خطرات محفوظ بدارد؛ بنابراین این که موجودات بتوانند از حیات و تمامیت خود محافظت کنند یک منطق ذاتی است که خداوند عالم در هر چیزی که حق حیات یافته به ودیعه گذاشته است. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

حیوانات را می بینیم که برای دافع از خود مسلح به ابزاری شده اند؛ این ابزار که در حیوانات مختلف با توجه به تبع آن ها متفاوت است چیزهایی از قبیل شاخ و نیش و منقار و چنگال و ندان تیز و غیره می باشد، این مسأله حتی در گیاهان هم دیده می شود. که ابزار دفاعی در آفرینش آن ها هم به فراخور طبیعتشان لحاظ شده است برای مثال می توان به گل که مظهر زیبایی و طراوت است اشاره کرد که برای اهتراز از چیدن و قطع حیاتش، در ساقه اش خار تعبیه شده است.

^{۱۶} سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۱۷۲ «ای کسانی که ایمان آورده اید از طبیعتی که روزیتان کردیم بخورید و تنها شکرگزار خدا باشید اگر تنها او را می پرستید».

انسان به عنوان اشرف مخلوقات نیز از این قاعده مستثنی نیست لکن ابزار دفاعی وی نیروی تعقل و تفکر است؛ این که می بینیم چشم به محض اینکه به خطر می افتد ناخودآگاه بسته می شود، یا این که هنگام افتادن از بلندی ناخودآگاه دست حائل می شود خود نشانی است از وجود دفاع در مقابل خطر در فطرت و غریزه انسان، نتیجه ای که از مطلب فوق الذکر می توان گرفت این است که فطرت و طبیعت انسان، در زمان مواجه شدن با خطر قریب الوقوع، حکم به وجوب دفاع می کند، این حکم یک حکم اصالی است که منشأ صدور، اعتبار و حجیت آن فطرت و طبع انسان است و نصوص شرعی وارده در این باب فقط مؤید این معنا هستند و امر شارع به وجوب دفاع امر ارشادی به حکم فطرت است نه امر مولوی، پس مبنای مشروعیت دفاع بر این اساس حکم اصالی فطرت و طبیعت آدمی است که شرع نیز آن را امضا کرده است.

آیت الله مرعشی شوشتری در مقام بیان مبنای مشروعیت دفاع به این معنا استناد کرده و می گوید: «تردید می نیست که دفاع از امور مذکوره به حکم عقل فطری بلکه غریزی ثابت است البته تنها انسان نیست که به حکم عقل فطری از خود دفاع می کند، بلکه حیوانات نیز به حکم غریزه ای که در نهاد آن ها وجود دارد از خود در برابر هرگونه خطری که می خواهد متوجه آن ها بشود دفاع کرده و اگر قدرت بر دفاع نداشته باشند فرار می کنند روایاتی نیز که در ابتدای سخن نقل شد به همین امر فطری و غریزی بر می گردد و بر همین اساس است که کلیه مذاهب و حتی ملل غیر مذهبی، حق دفاع از خود را امری مسلم و قطعی تلقی نموده و هیچگونه تردیدی از این جهت به خود راه نمی دهند و در این راستا حتی اگر مهاجم کشته شود خون وی (را) مباح دانسته و مدافع را مسئول خون وی نمی دانند. (همان)

علاوه بر این مرحوم فاضل هندی در کشف اللثام در مورد مبنای مشروعیت دفاع بیانی دارند که تحلیل و توجه به آن جالب توجه است، ایشان می گویند: «يجب الدفاع عن المنكر بمراتبه، و لنحو قول أبي جعفر

عليه السلام في خبر غياث: إذا دخل عليك اللصّ يريد أهلك و مالك فإن استطعت أن تديره و تضربه فادبره و اضربه»^{۱۷} (فاضل هندی، ۱۴۱۶ه.ق.، ج ۱۰، ص ۶۴۹)

این که ایشان به وجوب نهی از منکر به عنوان مبنای مشروعیت دفاع استناد کرده اند به نظر مقرون به صواب نیست چرا که همان طور که در فصل دوم در بیان دفاع از اجتماع گذشت وجوب امر به معروف و نهی از منکر شرایط، مراتب و قیودی دارد که هیچ کدام از آن ها در دفاع مشروع مداخلت ندارند و هیچی کدام از فقها رعایت آن ضوابط را در مقام دفاع، لازم نمی دانند؛ بنابراین اگرچه امر به معروف و نهی از منکر و دفاع مشروع، احکامی ماهیتاً دفاعی هستند لکن به دلیل تفاوت در موضوع دفاع، ضوابطی متفاوت دارند و قیاس این دو به هم بلاوجه است. قبل از اشاره به نهی از منکر برای مبنای مشروعیت دفاع، مرحوم فاضل هندی، به وجوب عقلی دفع ضرر، به عنوان فلسفه مشروعیت دفاع استناد می کند؛ ایضاً این مطلب با توجه به تقسیم بندی که در ابتدای این گفتار از احکام ارائه شد میسر می گردد.

همان طور که عقل همه انسان ها به حسن عدل و قبح ظلم حکم می کند و هیچ عقل سلیمی منکر این معنا نیست، تمامی عقول به وجوب دفع ضرر اذعان دارند و حتی این وجوب را به دفع خطر احتمالی نیز تسری و تعمیم می دهند؛ این حکم عقلی در موضوعات مختلفی از علوم اسلامی، مایه احتجاج علمای اسلامی بوده است که یکی از آن ها اثبات معاد می باشد. حکم عقلی وجوب دفع ضرر که مورد وفاق تمامی ذوی العقول، با هر فرهنگ و مذهب و مرامی است، براساس تقسیم بندی ارائه شده از احکام به اعتبار منشأ صدور آن ها، یک حکم اصالی است که مقدم بر حکم شرعی است و نصوص و احکام شرعی که با آن مشترک المضمون هستند تنها مؤید آن بوده و وضع حکم جدیدی نمی کنند بلکه امر به وجوب دفاع از ناحیه شارع تنها یک امر ارشادی به حکم عقل است نه یک امر مولوی برای وضع یک حکم جدید، اقتضای

^{۱۷} دفاع از نفس و ناموس به هر طریق ممکن واجب است و تسلیم شدن در مقابل مهاجم جایز نیست. دلیل وجوب دفاع این است که دفع ضرر عقلاً و نهی از منکر با لحاظ مراتب آن واجب است و همچنین به دلیل روایات وارده از جمله فرمایش حضرت باقر (ع) در خبر غیاث که فرمودند: هنگامی که دزدی بر تو وارد شد و قصد ناموس و مالت را کرد اگر توانستی او را بزنی و دفع کنی این کار را بکن.

این حکم عقلی این است که رفتار کسی که در معرض خطر قریب الوقوع قرار گرفته و برای اتیان به حکم عقلی وجوب دفع ضرر، ناگزیر از ارتکاب جرم شده است، مشروع و مباح تلقی گردد و چه بسا بر این مبنا دفاع از اسباب اباحه تلقی شود. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

۴. قاعده ضرورت

یکی از شرایط عمومی تکلیف اراده و اختیار است، یعنی تنها کسی را می توان مکلف دانست و برای آن چه انجام می دهد مسئول قلمداد کرد که توانایی خواستن را داشته باشد، لذا چنان چه نتواند بخواهد یا این که نتواند آزاد اراده کند و بخواهد، مسئولیت از وی برداشته می شود؛ سلب اختیار و اراده در مصادیق مختلفی ممکن است محقق شود و تحت عناوین مختلفی مسئولیت از کسی که بدون اختیار و اراده مرتکب جرم شده، برداشته می شود.

عناوین مختلفی که در فقه و حقوق برای سلب اختیار و راده وجود دارد عبارتند از اکراه، اضطرار، اجبار و دفاع مشروع، آن چه بین این عناوین مشترک است و به عبارتی قدر مشترک عناوین مذکور است، حالت ناچاری و تحدید اراده و اختیار است لذا می توان تمامی این عناوین را به اعتبار این قدر مشترک ذیل یک عنوان جمع نمود که به نظر می رسد ضرورت، عنوان جامعی برای این معنا باشد. (قبلاه‌ای خویی، ۱۳۸۵، ج ۱، ص ۷۳)

عنوان ضرورت در متون و منابع فقهی به صورت فوق مطرح نشده است. بلکه غالباً هر جا صحبت از ضرورت شده مترادف اضطرار آمده است در صورتی که آن چه از ضرورت مد نظر ماست مفهومی گسترده است که اضطرار یک مصداق آن است. بنابراین ضرورت در معنای خاص خود مترادف اضطرار است ولی در معنای عام حالتی است که باعث تحدید اراده و به تبع آن تحدید مسئولیت کیفری می گردد و تفاوت در

میزان تحدید اراده و تفاوت در منشأ آن، باعث ایجاد مصادیق مختلفی برای ضرورت در معنای عام آن می گردد.

در منابع فقهی می توان نشانه هایی نیز پیدا کرد که ضرورت صرفاً به معنای ناچاری است به گونه ای که مبنای اضطرار نیز همین ناچاری و ضرورت می باشد؛ مثلاً ضرورت به «هر فعلی که خلاص شدن از آن ممکن نباشد» اطلاق شده است. همچنین گفته شده است که ضرورت یعنی «سختی، مشقت و حاجتی کیه قابل دفع نباشد». یعنی هر چیزی که برای انسان یک حالت ناچاری ایجاد کند ضرورت است و همین که ناچاری به وجود آمد کافی است تا حالت ضرورت تحقق یابد و به نظر می رسد اضطرار، اکراه و دفاع مشروع، صفاتی هستند که به دلیل قرار گرفتن در حالت ضرورت بر انسان عارض می گردد. (شریف مرتضی، ۱۴۰۵ ه.ق.، ج ۲، ص ۲۶۳)

این که برخی نویسندگان به تعاریف فقهی در باب اضطرار اعتراض کرده و به خاطر این که اکراه و اجبار هم شامل این تعاریف می گردند؛ آن ها را مانع نمی دانند. تنها به این دلیل است که تعریف مورد اعتراض، تعریف حالت ضرورت در معنای عام است، نه تعریف آن در معنای خاص و مترادف با اضطرار، از این جهت فقهای مذکور مفهومی اعم از اضطرار را تعریف کرده اند که در حقیقت مبنای اضطرار، اکراه است و آن مفهوم اعم، چیزی نیست جز حالت ضرورت. (محقق داماد، ۱۴۰۶ ه.ق.، ج ۴، ص ۱۲۴)

بنابراین ضرورت یعنی حالت ناچاری که این حالت ناچاری به خاطر سلب و تحدید اراده و اختیار که از شرایط عمومی تکلیف هستند، مسئولیت کیفری را محدود می کند؛ اگر منشأ ایجاد حالت ضرورت، تهدید و خطر یک فرد انسانی باشد که عاملی خارجی محسوب می شود؛ یعنی فردی با بکار گیری قدرت و توانایی خود یا با سوء استفاده از موقعیت خویش، دیگری را وسیله ارتکاب عمل محرم قرار داده، او را وادار به ارتکاب عمل مزبور نماید و مکره برای رهایی خود از خطری که از سوی اکراه کننده متوجه او

شده و به منظور ممانعت از عملی شدن تهدیدات وی ناچار به ارتکاب عملی شود که در شرایط عادی انجام نمی داد، از مصادیق ضرورت، اکراه تحقق می یابد.

اگر منشأ ایجاد حالت ضرورت، حوادث طبیعی و نیازها و فشارهای درونی باشد که اغلب به طور طبیعی ایجاد شده و انسان در بروز آن دخالت نداشته باشد و خروج از آن شرایط مستلزم ارتکاب جرم باشد، از مصادیق ضرورت، اضطرار تحقق می یابد.

لکن اگر منشأ ایجاد حالت ضرورت، حمله یا خطر قریب الوقوع ناعادلانه ی یک عامل بیرونی مثل انسان باشد که جان و ناموس و مال فرد را تهدید می کند و دفع آن مستلزم ایراد ضرر به عامل ایجاد خطر باشد، از مصادیق ضرورت، دفاع مشروع تحقق یافته است.

حال که دانستیم که قدر مشترک همه این مصادیق حالت ضرورت و ناچاری است، باید بگوییم که همین ناچاری و ضرورت است که مسئولیت را محدود می کند، این معنا در جمله ای کوتاه و پرمعنا در فقه گنجانده شده است که می گوید «الضرورات تبيح المحظورات» یعنی حالت ضرورت و ناچاری، آن چه مور نهی واقع شده است را اباحه و مشروع می کند.

همان طور که قبلاً هم گفته شد به نظر می رسد دفاع مشروع از مصادیق حالت ضرورت باشد و آن چه که مبنای مشروعیت دفاع است چیزی نیست جز حالت ضرورت و ناچاری که به خاطر خطر قریب الوقوع ناحق ایجاد می شود و رهایی از آن جز با ارتکاب جرم میسر نیست؛ بنابراین چون جرم ارتكابی در حالت ضرورت انجام شده، مشمول مفاد قاعده ضرورت قرار گرفته و اباحه و مشروع می گردد.

آنچه که این مبنا را تقویت می کند بخش تکمیلی این قاعده است که می گوید «الضرورات تتقدر بقدرها» که مقصود از آن این است که برای رهایی از حالت ضرورت و ناچاری، باید به اندازه ای از جرم بسنده کرد

که برای رفع حالت ضرورت لازم است و چنان چه کسی از آن فراتر رود از شمول قاعده ضرورت خارج شده و به همان اندازه مسئول رفتار غیر مباح و نامشروع خویش است؛ به عبارت دیگر این قاعده مادامی منجر به اباحه جرم می شود که ارتکاب آن جرم برای انتفای حالت ضرورت الزامی باشد. اصل قاعده ضرورت مبنای مشروعیت رفتار مدافع بوده و منجر به اباحه رفتار دفاعی وی می گردد لکن از بخش تکمیلی این قاعده می توان شرایط دفاع از جمله تناسب و ضرورت دفاع را استنباط کرد که این احراز شرایط، استناد به این قاعده را به عنوان مبنای فقهی مشروعیت دفاع، تقویت و تأیید می نماید. می توان با استناد به ظاهر «الضرورات تبيح المحظورات» قائل به این شد که بر اساس این مبنای، رفتار دفاعی تا اندازه رفع ضرورت مباح بوده و به این ترتیب طبعاً دفاع از اسباب اباحه محسوب خواهد شد. (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ ه.ق.، ج ۲، ص ۶۳)

۵. استثنایی بر قاعده ی لایبطل

برخی از نویسندگان برای توجیه مشروعیت رفتار دفاعی، نه با ادبیات فقهی بلکه با ادبیات سیاست جنایی تلاش نموده اند تا از این طریق، مبنای مشروعیت دفاع را با توجه به سیاست جنایی اسلامی منکسف کنند؛ این تلاش مبارک با نگاهی حکومتی و اجتماعی به این مهم اهتمام کرده است.

قاعده ای در فقه وجود دارد که از آن به عنوان «لایبطل دم امری مسلم» یا «لا یدهب دم امری مسلم هدرا» یاد می شود؛ بیان مفاد این قاعده به این صورت است که اسلام و حکومت اسلامی تحت هیچ شرایطی اجازه نمی دهند که خون مسلمانی هدر برود؛ این قاعده حکومت اسلامی را موظف می کند تا به حمایت بزه دیده برخیزد و به دادرسی علیه بزهکار اهتمام نموده و داد بزه دیده را از وی بستاند، حال اگر در شرایط بزهکار به طور مشخص وجود نداشت یا این که به دلایل دسترسی به وی متعذر بود، حکومت اسلامی باید

از بیت المال خسارت بزه دیده را جبران کرده و دیه وی را بپردازد چرا که طبق قاعده مذکور، خون مسلمان هدر نمی رود.

اقتضای قاعده ی لایبطل این است که خون هیچ مسلمانی هدر نرود و به هر طریقی شده این خون جبران گردد. لکن در غالب روایاتی که در باب دفاع مشروع رسیده است، حضرات ائمه (ع) در بیان حکم کسی که تهاجمی ناروا کرده و بر اثر تقابل دفاعی کشته شده است عبارات اهدر دمه یا هدر دمه و یا فما اصابک فدمه فی عنقی را به کار برده اند که از آن ها به هدر رفتن خون مهاجم افاده می گردد و چنین چیزی در بدو امر با قاعده ی لایبطل تعارض دارد. (سعدی و خدایار، ۱۳۹۰)

به نظر می رسد که توجیه عقلانی این تعارض به این صورت است که چنان چه حکومت اسلامی در اجرای قاعده ی لایبطل تا آنجا پیش برود که اقدام دفاعی در برابر مهاجم را ممنوع کند، این مسأله با تجویز تهاجم، در عمل به تعطیلی قاعده ی لایبطل خواهد انجامید و در یک جهش دیالکتیکی از وجود قاعده ی لایبطل، عدم آن لازم می آید؛ بنابراین حکومت اسلامی حمایت از بزه دیده را که ناشی از قاعده ی لایبطل است از مهاجمی که در نتیجه دفاع کشته شده است، بر می دارد تا از ابطال عملی این قاعده جلوگیری کند و این عدم حمایت موجب هدر رفتن خون مهاجم و مشروعیت دفاع می گردد.

بنابراین استفاده از عبارت فما اصابک فدمه فی عنقی در روایات به این دلیل است که بر طبق اقتضای اولیه قاعده ی لایبطل، اقدام مدافع برای حفظ نفس، از وظایف حکومت اسلامی بوده است، لذا اگر مسئولیتی بر آن مترتب باشد، به مقتضای این نیابت و تحبب مصالح و دفع مفسدتی که وظیفه حکومت بوده، به عهده حکومت اسلامی خواهد بود.

تفاوت این رأی با نظریه اباحه عمل در این است که براساس اصل اباحه، مدافع در عمل مجاز به انجام اقدام دفاعی است، لکن براساس این نظریه وقتی حکومت اسلامی نمی تواند در جهت واکنش دفاعی نسبت

به قتل مهاجم اقدامی بکند، لازم است که حق دفاع را به فرد تجویز نماید تا وی به نیابت از حکومت اسلامی برای حفظ نفس و تحقق مصالح ملزومه و مقاصد شرعیه اقدام نماید.

در نقد این نظریه می توان گفت که مطالب فوق به لحاظ اصولی اشکال دارد و تمسک به قاعده (لایبطل) برای اثبات صغرا (جواز دفاع) پذیرفته نبوده و صغرا (جواز دفاع) را باید از جای دیگر فهم کرد، و نهایتاً باید از لحاظ اصولی ادله دفاع را حاکم بر قاعده ی لایبطل یا باعث تخصیص آن دانست.

اما از لحاظ سیاست جنایی اسلام و تحلیل آن، استدلال های مذکور تا آن جایی که درباره تعطیلی عمده قاعده لایبطل با ممنوعیت دفاع بود، جدید و قابل قبول است، یعنی این که جلوگیری از تعطیلی عملی این قاعده با سلب حمایت حکومت اسلامی از مهاجم، محقق می گردد و این سلب حمایت منجر به هدر رفتن خون مهاجم و مشروعیت رفتار دفاعی مدافع می شود، مطلب قابل قبولی است؛ لکن این که مدافع در رفتار دفاعی از طرف حکومت اسلامی نیابت دارد و درصدد انجام اهدافی است که حکومت اسلامی آنها را تعقیب می کند، بنابراین رفتارش مشروع است، مبتلا به ایراداتی است مثلاً این که اقتضای نیابت، برابری حقوق و تکالیف نائب با حقوق و تکالیف اصیل است لکن با پذیرش این نظریه اصل مذکور مورد اتفاق مخدوش می شود؛ مثلاً مدافع می تواند بدون این که هیچ مسئولیت کیفری متوجه وی گردد، از دفاع اجتناب کند لکن مأمور قوای عمومی در صورت سهل انگاری یا کوتاهی در وظایف مسئول است؛ یا این که مدافع ملزم به رعایت یک سری حدود و ثغور در انجام رفتار دفاعی است که مأمور قوای عمومی مقید به آن ها نیست. براساس این مبنا نیز هم احتمال اسباب اباحه بودن دفاع و هم احتمال علل رافع مسئولیت کیفری بودن آن وجود دارد لکن به نظر می رسد که ظهور آن در علل رافع مسئولیت کیفری بودن دفاع بیشتر است. (همان)

۶. نظریه کرامت انسانی و مقتضیات آن

براساس این نظریه از دیدگاه اسلام برای انسان دو نوع کرامت متصور است؛ یکی کرامت اکتسابی که انسان در نتیجه حرکت به سمت کمال مطلق به اندازه متجلی کردن ظواهر عبودیت در خود، مرتبه به مرتبه با تلاش و حرکت واجد آن می شود و دیگری کرامت ذاتی،^{۱۸} که انسان بما هو انسان، فارغ از مسلک و مرام و آیینش واجد آن می باشد و تنها در صورت ارتکاب جنایتی بر خویشتن یا دیگران این کرامت از وی سلب می گردد.

از اقتضائات کرامت ذاتی انسانی، مصون ماندن از هر نوع تعرض ناروا می باشد؛ موضوع این تعرض ممکن است حیات انسان، حریم خصوصی افراد، شرف و آبرو و یا حق مالکیت انسان باشد؛ اگرچه ارزش این موضوعات متفاوت است اما تعرض به هر یک حکایت از نادیده گرفتن کرامت انسان در اصل آزادی و تعرض ناپذیری نارواست.

احترام به کرامت انسانی اساس همه حقوق است و بر این اساس رفتار دفاعی مدافع، اقدامی است در راستای اعمال یک حق، با حق محسوب شدن دفاع، تعدی در نقطه مقابل قرار می گیرد و در این تقابل ماهیت حق بودن دفاع در مقابل تعرض، سبب جلب حمایت برای مدافع شده و کفه ترازو را به نفع او سنگین تر می کند؛ بنابراین، در تقابل مدافع و مهاجم، انتظار می رود که مهاجم دفع شود حتی اگر تنها راه پیش روی مدافع در دفع مهاجم، کشتن مهاجم باشد.

بنابراین لزوم صیانت از کرامت انسانی اقتضاء می کند که در همه موارد و موضوعات حق و در هر زمان و مکانی، انسان و متعلقات او محترم شمرده شود و تحت هیچ شرایطی به جز شرایط قانونی این حقوق مورد

^{۱۸} سوره مبارکه اسراء، آیه ۷۰ «وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا».

تعرض قرار نگیرد، لذا در صورت تجاوز به تمامیت جسمانی یا معنوی یا متعلقات انسان، کرامت وی که باید محترم دانسته شود و مصون باشد، مخدوش می شود و بر همین اساس، این حق برای شخص در معرض تهدید ایجاد می شود که در چنین مواردی از خود و متعلقات خود دفاع نماید که در برخی موارد این دفاع حق وی و در مواردی دیگر نیز تکلیف او می باشد. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰)

این نظریه در حقیقت روایتی است به ظاهر اسلامی از نظریه حقوق طبیعی و تا اندازه ای تعارض حقوق در باب مبنای مشروعیت دفاع که متبلاً به ایراداتی است؛ اولاً براساس این نظریه اقتضاء کرامت انسانی، تعرض ناپذیر بودن همه حقوق انسان است، به گونه ای که به صراحت بیان شده است که «لزوم صیانت از کرامت انسانی اقتضاء دارد که در همه موارد و موضوعات حق و در هر زمان و مکانی، انسان و متعلقات او محترم شمرده شود و تحت هیچ شرایطی این حقوق مورد تعرض قرار نگیرد». این مطلب برای بیان مبنای مشروعیت دفاع نمی تواند مقرون به صواب باشد از این جهت که هر جرمی فی نفسه به نحوی تعرض ناروان به حقوق انسانی است، حتی انحرافات و خطاهای اخلاقی هم در بسیاری موارد کرامت انسانی را مخدوش می کند. مثلاً کسی که به دیگری دروغ می گوید یا از او غیبت می کند و یا از سر خشم و غضب دیگری را تحقیر می کند، در همه این موارد به حقوق انسانی وی تعریف کرده و کرامت انسانی وی را مخدوش می کند؛ از این گذشته برای تعرض به حقوق انسانی افراد در حقوق قراردادهای و تعهدات هم می توان نمونه هایی یافت مثلاً کسی که به تعهد قراردادی خود عمل نمی کند به حق مکتسب طرف قرارداد تعرض کرده است یا اینکه می توان بر اساس این نظریه مبنای خیار عیب و غبن را نیز تعرض به حقوق طرف قرارداد و خدشه به کرامت انسانی وی دانست.

به نظر می رسد که پذیرفتن این نظریه مستلزم، تجویز حق دفاع در تعرض به تمامی حقوق مادی و معنوی انسان است و پرواضح است که حق دفاع حقی استثنایی است که تنها در مواردی خاص و برای دفاع از

ارزشهایی مهم و به نوعی غیرقابل جبران، تحت شرایطی تجویز می شود و تعمیم آن به همه موارد و ارزشها یقیناً ممنوع است؛ با توجه به این مطالب، تصریح به این که در همه موارد و موضوعات حق و در هر زمان و مکانی اقتضاء کرامت انسانی تجویز حق دفاع است مسأله ای بلاوجه است و منحصر کردن ارزش های موضوع دفاع، براساس این نظریه، به آن چه در حقوق موضوعه مطرح شده، ادعایی است که دلیل آن بر نگارنده حاضر پوشیده است؛ از طرف دیگر پذیرش این نظریه مستلزم تعطیلی حاکمیت اجتماعی و بازگشت به دوره انتقام خصوصی است. (همان)

ثانیاً با قبول این نظریه حتی در صورت دسترسی به نیروی دفاعی اجتماع نیز باید دفاع مجاز باشد چرا که فرد در صدد اعمال حق مشروعی است که به خاطر مخدوش شدن کرامت انسانی اش به دست آورده است و حضور یا عدم نیروی دفاعی اجتماع در ایجاد و زوال این حق مدخلیتی ندارد.

ثالثاً از فحوی استدلالات این نظریه این گونه بر می آید که هر رفتاری که فرد برای اعمال حق مشروع خود انجام می دهد مشروع است یا به عبارتی مشروعیت از حق مکتسب مشروع به رفتار صاحب حق تسری می یابد؛ این ادعا به هیچ وجه قبل قبول نیست و مسلماً اعمال حق تا جایی مشروع است که موجب اضرار و افساد نگردد، قانون اساسی نیز در اصل چهلم به این معنای اشاره کرده و می گوید: «هیچکس نمی تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد».

رابعاً با توجه به این که فساد و مسلوب الکرامت بودن مدافع، موجب زوال حق دفاع وی نیست، براساس این نظریه، در موردی که مدافع، فردی فاسد است که با شرارت خود، کرامت ذاتی انسانی را از خود سلب کرده، لکن تحت شرایطی مورد تهاجم و تعرض ناحق و ناروایی، از جانب فرد فاسد مسلوب الکرامت دیگری قرار گرفته است، چگونه باید دفاع را توجیه کرده و مشروع دانست؟

خامساً در تمامی بیان این نظریه، حق بودن دفاع برجسته شده و مبنای مشروعیت دفاع، اعیمال حق مشروع شمرده شده است. لکن در انتهای نتیجه گیری تصریح شده که در برخی موارد دفاع حق مدافع و در مواردی دیگر نیز تکلیف وی می باشد؛ به نظر می رسد که این بیان آخرین، نقض ادعایی باشد که صاحبان این نظریه کرده اند و منجر به خراب شدن ارکان نظریه آن ها می گردد. (همان)

مبحث دوم: ارکان دفاع مشروع و شرایط آن

گفتار اول: موضوع دفاع مشروع

در این گفتار برآنیم که روشن کنیم در قبال تعرض و حمله به چه چیزی، می توان دفاع کرد؟ با مطالعه‌ی تاریخچه‌ی دفاع مشروع که در گذشته فقط دفاع در مقابل جان خود شخص پذیرفته می شد و مقایسه آن با نظریه‌های حقوق دانان و صاحب نظران و همچنین قوانین جزایی فعلی که الهام گرفته از تئوری‌های جدید هستند، اهمیت این بحث روشن می شود.

در خصوص دفاع از مال، نه تنها در حقوق ایران، بلکه در حقوق سایر کشورها از جمله فرانسه نیز همواره اختلاف نظر در این زمینه وجود داشته است.

بدیهی است چنانچه مبنای دفاع مشروع را اجبار معنوی بدانیم و معتقد باشیم که چون آزادی اراده‌ی مرتکب سلب شده، وی مجازات نمی شود، اصولاً فقط در قبال حمله به نفس خود شخص، وی می تواند به عذر دفاع مشروع استناد کند؛ اما اگر معتقد باشیم که دفاع مشروع، به منظور جلوگیری از تعرض به حقوق اشخاص و نقض قانون پذیرفته شده، می توان در قبال هرگونه تعرض به حق، به دفاع مشروع استناد نمود. ماده‌ی ۶۱ قانون مجازات اسلامی در این زمینه دفاع در مقابل تجاوز به نفس یا عرض و یا ناموس و یا مال خود یا دیگری و یا آزادی تن خود یا دیگری، را پذیرفته است. با روشن شدن هر یک از واژه‌های یاد شده، می توان قلمرو دفاع مشروع را مشخص کرد. (سلیمی، ۱۳۸۹)

بند اول: نفس خود یا دیگری

منظور از نفس این است که اگر تن و جسم خود شخص یا دیگری مورد تعرض قرار گیرد، می‌توان در مقابل آن دفاع کرد. برای نمونه، اگر شخصی مورد ضرب و جرح واقع شود، می‌تواند از خود دفاع کند. باید اضافه کرد که دفاع از دیگری در صورتی جایز است که شخص مورد حمله ناتوان از دفاع بوده، نیاز به کمک داشته باشد. بنابراین، چنانچه خود شخص قادر به دفاع باشد، اما تعمداً اقدام به دفاع از خود نکند، شخص ثالث نمی‌تواند به بهانه‌ی دفاع دخالت کند. همچنین به نظر می‌رسد مجنی‌علیه باید مایل و راضی به دخالت و دفاع شخص ثالث بوده و در صورت اقتضای شرایط، لازم است استمداد نیز بکند. برای مثال، ممکن است زن و شوهری با یکدیگر اختلاف داشته و مشاجره آن‌ها منجر به درگیری فیزیکی نیز بشود؛ اما این امر را نباید مبنای قطعی برای دخالت سایر اشخاص در نزاع به منزله‌ی دفاع مشروع از یکی از زوجین، در قبال دیگری تلقی نمود. اما اگر شخص مهاجم با بستن دهان مجنی‌علیه امکان استمداد را از وی سلب کرده باشد، ضرورتی به استمداد وی نخواهد بود؛ بلکه از امارات و قرائن می‌توان نیاز وی به کمک را استنباط نمود. (همان)

بند دوم: ناموس

از نظر لغوی واژه‌ی «ناموس» دارای معانی متعدد و متفاوتی هست که در فرهنگ معین ۱۸ معنی برای آن ذکر شده است. از میان این معانی، «عفت، عصمت، پاکدامنی» و «زنان یک خانواده وابسته به یک مرد» می‌توانند مورد توجه قانون‌گذار بوده باشند. از سوی دیگر، با توجه به اینکه مفهوم اول با معنی «عرض» مطابقت می‌کند، به نظر می‌رسد منظور قانون‌گذار به مفهوم دوم نزدیک بوده و همسر مرد مربوط، مورد نظر قانون‌گذار بوده است. کما اینکه در عرف جامعه نیز بیشتر این معنی به ذهن تداعی می‌شود. بنابراین، اگر بانویی مورد تعرض شخصی واقع شود، با اجتماع سایر شرایط، شوهر وی می‌تواند به دفاع از همسر خود

برخیزد. بدیهی است که چون حق دفاع از ناموس، مستقلاً پیش‌بینی شده است، از این رو، اعمال این حق، نیازی به استمداد یا رضایت همسر ندارد و اعمال این حق حتی منوط به ناتوانی زن از دفاع نیز نیست.

لازم به ذکر است که برخی، دامنه‌ی مفهوم واژه‌ی «ناموس» را گسترش داده، اظهار نظر کرده‌اند: «در زبان مردم، حرمت اخلاقی خود انسان، پدر و مادر و همسر، برادران و خواهران و اولاد، ناموس شخصی تلقی می‌شود. به این ترتیب چنان‌چه شخصی از طریق اعمال منافی عفت درصدد تجاوز به این حرمت اخلاقی برآید و در اثنای این عمل از طرف شخصی که ناموسش در معرض تجاوز است مورد قتل، ضرب و جرح و یا اعمال مجرمانه دیگر قرار گیرد، جرمی که علیه او صورت گرفته مستوجب دفاع کننده نخواهد بود». اما به نظر می‌رسد در خصوص سایر نزدیکان شخص (از قبیل برادر و پدر و...) صرفاً به استناد دفاع از نفس یا عرض دیگری می‌توان دفاع کرد.

نویسنده یاد شده در خصوص نسبی بودن مفهوم ناموس حسب جوامع و اماکن مختلف این‌گونه توضیح می‌دهد: «باید توجه داشت که (تجاوز به ناموس) تا حدود زیادی امری اعتباری است و با توجه به آداب و رسوم و خصوصیات اخلاقی مردم هر محیط، ممکن است مصادیق مختلف داشته باشد. برای نمونه، در میان غریبان موسوم است که به رسم دوستی زنان را می‌بوسند و از این نظر فرقی میان دختر مجرد و زن شوهردار نیست. بنابراین شخصی که به همین ترتیب بار آمده و بوسیدن زن و مرد را به عنوان نشانه یک دوستی ساده تلقی می‌کند، و بارها همین عمل از خود او مشاهده شده است، نمی‌تواند یکی از آشنایان خود را که در شرایط عادی در حال بوسیدن زن یا خواهر اوست به عنوان اینکه به ناموس او تجاوز کرده بکشد و از مجازات معاف باشد. در حالی که در میان مردم یک ده که در آن‌جا روابط زن و مرد تابع ضوابط و اصول دیگر است، چنان‌چه شوهری مردی را که در حال بوسیدن زن اوست بکشد باید عمل او را دفاع مشروع تلقی کرد. در واقع ضابطه این است که با توجه به عرف و عادت محل و همین‌طور سوابق شخصی

و اجتماعی دفاع کننده محرز شود که از نظر جامعه و خود او، عمل شخص ثالث، تجاوز به ناموس او تلقی شده است. (گلدوزیان، ۱۳۹۰)

در این زمینه با ذکر مورد خاصی از دفاع از ناموس، باید در اظهار نظر مطلق این نویسنده‌ی محترم دایر بر اینکه «چنانچه شوهری مردی را که در حال بوسیدن زن اوست بکشد باید عمل او را دفاع مشروع تلقی کرد». تردید نمود؛ زیرا کشتن شخصی به این استناد متناسب به نظر نمی‌رسد. در این زمینه ماده‌ی ۶۳۰ قانون مجازات اسلامی مقرر می‌دارد:

«هرگاه مردی همسر خود را در حال زنا با مرد اجنبی مشاهده کند و علم به تمکین زن داشته باشد می‌تواند در همان حال آنان را به قتل برساند و در صورتی که زن مکره باشد فقط مرد را می‌تواند به قتل برساند. حکم ضرب و جرح در این مورد نیز مانند قتل است.»

از این ماده نکات مهمی استنباط می‌شود:

۱. کشتن شخصی به استناد تعرض به ناموس قاعده‌ای خاص و استثنایی است و برای اجرای این حق

شرایط این ماده باید جمع باشند؛

۲. فقط شوهر مجاز به اعمال این حق است. بنابراین، نه تنها پدر، برادر و پسر یک زن نمی‌توانند به

این استناد زانی و زانیه را بکشند، بلکه زن نیز حق ندارد اقدام به کشتن شوهر زانی خود و زانیه بکند.

۳. شوهر فقط در صورتی می‌تواند این حق خود را اعمال کند که زن خود را با مردی در حال «زنا»

ببیند.

بنابراین، اگر آنان را در حال ربوبوسی یا در یک فراش ببیند، بی‌آنکه در حال ارتکاب زنا باشند، مجاز به کشتن آنان نیست. باید تأکید کرد که اگر عمل مرتکب در این موارد با سایر مواد و مقررات مربوط به دفاع منطبق باشد، حق دفاع شخص (شوهر) قابل اعمال است. برای نمونه، اگر شخصی به عنف و اکراه در صدد هتک ناموس شخص یا اقارب او باشد و دفاع متوقف بر قتل مهاجم باشد، به استناد ماده‌ی ۶۲۹ قانون مجازات اسلامی کشتن چنین کسی مباح خواهد بود.

به نظر می‌رسد که مبنای حقوق دفاع مشروع از ناموس، عمدتاً حق تمتع انحصاری جنسی شوهر باشد. بر این اساس، عدم برخورداری زوجه از چنین حقی، با توجه به حق تعدد زوجات برای زوج از نظر شرعی و قانونی، قابل توجیه است.

در ماده‌ی ۶۳۰ استفاده از واژه‌ی «مرد اجنبی» شبهه ایجاد می‌کند. از نظر لغوی اجنبی به معنی بیگانه است. سؤالی که مطرح می‌گردد اینکه اگر شوهر زن خود را با یکی از آشنایان یا بستگان نزدیک خود در حال زنا ببیند، آیا مجاز به اعمال این حق نیست؟ برای مثال، اگر زنی با برادر یا پدر خود در حال زنا باشد، شوهر وی مجاز به اعمال حق دفاع نیست؟ به سخن دیگر، آیا نزدیکان و محارم مجاز به زنا محصنه هستند و شوهر حق اعمال دفاع را ندارد؟ به نظر می‌رسد این امر غیرمنطقی بوده، نمی‌تواند مطمح نظر قانون‌گذار بوده باشد. چنانچه منشأ و علت ورود این واژه به قانون مشخص شود، مسأله تا حدی روشن خواهد شد. در ماده ۱۷۹ قانون مجازات عمومی (سابق) مقرر شده بود: «هرگاه شوهری زن خود را با مرد اجنبی در یک فراش یا در حالی که به منزله‌ی وجود یک فراش است، مشاهده کند و مرتکب قتل یا جرح یا ضرب یکی از آنها یا هر دو شود معاف از مجازات است». نظر به اینکه در این ماده به وجود زن با مرد اجنبی در یک «فراش» اشاره شده بود و چون ممکن است بانویی با محارم خود از قبیل پدر و برادر در یک فراش باشد - بی‌آنکه عمل مجرمانه یا نامشروعی انجام دهند- و با عنایت به اینکه در قانون مذکور انجام عمل زنا شرط

کشتن زن و مرد زانی توسط شوهر نبود، لذا ضرورت داشت که در یک فراش بودن فقط با اجانب جرم باشد. امروزه که قانون‌گذار به درستی جانب احتیاط را رعایت کرده و شرط این نوع دفاع مشروع را ارتکاب «زنا» دانسته است، آوردن واژه‌ی اجنبی زاید و بلکه اشتباه به نظر می‌رسد. (سلیمی، ۱۳۸۹، ص ۹)

بند سوم: عرض

در فرهنگ معین برای واژه‌ی «عرض» این معانی آمده است: «ذات، نفس، آبرو، ناموس، شرف». نظر به اینکه «نفس» و «ناموس» به گونه‌ی مستقل در قانون ذکر شده، باید روی مفهوم «شرف» و «آبرو» تمرکز و تأکید نمود. بنابراین، دفاع در مقابل هتک حرمت و آبروریزی نیز، با رعایت سایر شرایط دفاع مشروع، موجه است. برای مثال، اگر کسی با اعمال منافی عفت در صدد تحقیر دیگری برآید یا در صدد تجاوز به او باشد یا بطور مداوم به وی فحاشی نموده، نسبت‌های ناروایی بدهد، شخص می‌تواند به منظور جلوگیری از ادامه‌ی این اعمال مجرمانه، به دفاع مشروع متوسل گردد.

دیوان عالی کشور در تأیید این نوع دفاع در رأی اصراری ۴-۱۶/۲/۱۳۷۶ اظهار داشته است: «با توجه به اینکه متهم ضمن اقرار به قتل اظهار داشته که شکار ... (مقتول) نیمه شب در گاراژ در بسته قصد تجاوز به وی داشته و با در دست داشتن چاقو و تهدید با آن از خارج شدن او از گاراژ جلوگیری نموده و در جریان دفاع مرتکب قتل شده و محتویات پرونده نیز مؤید صحت مدافعات مشارالیه است و طبق ماده‌ی ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، کسی که در مقام دفاع مرتکب جرم می‌شود، قابل تعقیب و مجازات نیست و بر این اساس محکومیت به قصاص نفس بر خلاف قانون می‌باشد، لهذا اعتراض وارد است...».

بند چهارم: مال

چنانچه از دست دادن تعادل و توازن ذهنی یا اجبار معنوی را مبنای موجه بودن دفاع مشروع تلقی کنیم، اصولاً شخص حق دفاع از مال را نخواهد داشت؛ اما نظر به اینکه دفاع مشروع به منزله‌ی حق افراد جامعه

به منظور دفع تعرض تلقی می‌گردد، قانون‌گذار حق دفاع از مال خود و حتی مال متعلق به دیگری را در صورت استمداد صاحب مال، در قبال هرگونه عملی که حق مالکانه را مختل یا زایل نماید، پذیرفته است. بدیهی است که علاوه بر مالک، امین و کسی که مسئول نگهداری مال دیگری را به عهده دارد، نیز حق دفاع از تعرض به مال را دارد. (همان)

بند پنجم: آزادی تن

انسان ذاتاً آزاد آفریده شده و به جز موارد قانونی کسی نمی‌تواند آزادی رفت و آمد و آزادی تحرک دیگری را سلب کند؛ در غیر این صورت با جمع سایر شرایط دفاع مشروع، می‌توان از چنین حقی دفاع کرد.

دیوان عالی کشور در رأی اصراری ۲۹-۱۳۶۰ ردیف ۲۰/۶۰ حتی توسل به چاقو را برای دفاع از آزادی خود و دیگری پذیرفته است: «... فرجام‌خواه پس از دستگیری و مضروب شدن متهم اصلی وسیله‌ی شکات خصوصی دستور آوردن طناب برای بستن و مجازات او به صحنه و با توسل به آن فرجام‌خواه را از معرکه خارج و خود نیز متواری می‌گردد و منظورش از ارائه‌ی چاقو صرفاً نجات فرجام‌خواه بوده نه تظاهر و قدرت‌نمایی با آن».

به طور خلاصه می‌توان گفت: موضوعی که مورد تعرض و حمله قرار گرفته و می‌توان در قبال آن دفاع کرد، همواره یک «حق» است؛ از قبیل حق حیات، حق آزادی، حق بر کرامت بشری، حق مالکیت و مانند آن؛ بنابراین، اگر حق قانونی شخص مورد نقض و تعرض قرار گیرد، وی برای دفع چنین تعرضی می‌تواند از خود دفاع کند. هدف غایی نیز جلوگیری از تعرض افراد به هنجارهای اجتماعی و حقوق سایرین است. بر همین اساس، در ماده ۲ کنوانسیون اروپایی حقوق بشری، حق دفاع مشروع و نیز حق جلوگیری از فرار متهم برای شهروندان به رسمیت شناخته شده است.

در قوانین کیفری بیشتر کشورها به متوقف نمودن ارتکاب جرم و جلوگیری از فرار متهم اشاره شده است. برای مثال، در حقوق انگلیس به منظور جلوگیری از ارتکاب جرم یا دستگیری مجرمین و متهمین یا در کمک به انجام چنین اعمالی شخص می‌تواند به زور متوسل شود. بنابراین، در کنار «دفاع از خود» مسأله‌ی جلوگیری از ارتکاب جرم نیز مطرح است. (جفرسون، ۲۰۰۱)

گفتار دوم: تجاوز و شرایط آن

برای آنکه اعمال مجرمانه در ضمن دفاع مشروع از تعقیب و مجازات معاف بماند، باید این دفاع در برابر تجاوزهایی اعمال شود که قانون‌گذار نوع و ماهیت آن را از قبل تعیین کرده باشد. همچنان که در حقوق جزای داخلی (برای مثال، ماده ۱۵۶ ق.م.ا ایران مصوب ۱۳۹۲) به‌طور صریح مورد اشاره مقنن قرار گرفته‌اند، موضوع تجاوز شامل تعرض علیه نفس (تن و جان)، عرض، ناموس، آزادی تن و مال خود یا دیگری می‌شود.

اما نکته قابل ذکر این است که ماده ۳۱ (۱) (C) اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی ۱۹۹۸ مقرر می‌دارد: «در مقام دفاع از خود یا شخص دیگر یا در جرائم جنگی، دفاع از مالی که برای ادامه حیات او یا دیگری یا یک مأموریت نظامی ضروری است». بنابراین، نکته مبهم در این ماده از اساسنامه مذکور کلمه «خود» است و این پرسش مطرح می‌شود که آیا کلمه «خود» منحصرأ شامل تجاوز به نفس (تن و روان) می‌شود یا شامل بقیه موارد (تعرض به عرض، ناموس و آزادی تن) نیز می‌شود؟ در پاسخ می‌توان گفت که با توجه به اطلاق کلمه «خود» و تفسیر منطقی از این عبارت و با کمی تسامح، موضوع تجاوز مانند حقوق جزای داخلی شامل تمام موارد ذکر شده در بالا می‌شود.

از آنجا که دفاع مشروع یک راه حل استثنایی و خلاف اصل است، بنابراین، دامنه استفاده از آن محدود و منوط به رعایت شرایطی شده است؛ از جمله اینکه هر نوع تجاوزی موجب تحقق دفاع مشروع نمی‌شود و

برای تجاوز باید شرایطی قائل شد. این شرایط بر اساس اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی به شرح زیر است. (حاجی تبار فیروزجائی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۱۸۰)

بند اول: غیرقانونی بودن تجاوز

دفاع، تنها در صورتی مشروع تلقی می‌شود که در مقابل تجاوز غیرقانونی صورت گیرد. بنابراین، اگر طبق قانون تجاوزی صورت گیرد، نمی‌توان در مقابل آن متوسل به دفاع شد. در ماده ۳۱ (۱) (C) اساسنامه مثل حقوق جزای داخلی، به وجود شرط غیرقانونی بودن تجاوز برای مورد قبول واقع شدن دفاع مشروع نیز اشاره شده است. اما در اساسنامه مذکور، برخلاف حقوق جزای داخلی از جمله ایران، به‌طور صریح به این نکته اشاره نشده است که هرگاه مقامات قانونی از حدود وظیفه خود خارج شوند تکلیف چیست؟ با کمی تأمل می‌توان گفت که هرگاه مقامات قانونی حتی در عرصه حقوق جزای بین‌الملل از حدود وظایف قانونی خود خارج شوند، در هر صورت عمل آن‌ها غیرقانونی بوده و دفاع در مقابل آن مشروع تلقی می‌گردد. اما شاید بتوان ایرادی را به این نظر وارد کرد که در چنین مواقعی، چه اعمالی می‌توانند مصداق دفاع مشروع تلقی شوند یا به عبارت دیگر، موضوع تعرض در این صورت چه خواهد بود؟ آیا حتی اگر تجاوز مقامات قانونی از اختیارات موجب تعرض به مال هم شود، می‌توان به بهانه غیرقانونی بودن عملیات آن‌ها از خود دفاع کرد؟ پاسخ به این ایراد و پرسش را می‌توان با تفسیر منطقی از اساسنامه این گونه بیان کرد که هرگاه پذیرفتیم که در اساسنامه مزبور چه چیزهایی می‌توانند موضوع تجاوز قرار گیرند و بتوان در مقابل تعرض نسبت به آن‌ها از خود دفاع کرد، می‌توان قائل بر این نظر بود که تجاوز مقامات از حدود وظایف خود در صورتی که عملیات آن‌ها موجب تجاوز به موضوعات مطرح در اساسنامه شود را دربرمی‌گیرد. (پیمانی، بی تا،)

بند دوم: قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز

یکی از شرایط اساسی استفاده از حق دفاع مشروع این است که تجاوزی در حال انجام یا قریب الوقوع باشد. بنابراین، اگر تجاوزی در گذشته صورت گرفته است، دلیلی وجود ندارد که شخص زیان دیده در زمان فعلی به مقابله به آن بپردازد؛ زیرا این عمل جنبه مجازات و انتقام‌جویی پیدا می‌کند و مخالف فلسفه دفاع مشروع و اصول حقوق جزاست که اجرای مجازات را فقط در اختیار دولت قرار می‌دهد.

همچنین، اگر ظن تجاوزی در آینده برود، برای مثال شخص دیگری را تهدید کند که وی را خواهد کشت، این امر به شخص تهدید شده اجازه نمی‌دهد که به عنوان دفاع مشروع در مقابل پیشگیری برآید. همان‌طور که بیان شد، این امر مخالف با فلسفه دفاع مشروع و اصول حقوق جزا است. در عین حال، باید گفت که مقصود از فعلیت داشتن تجاوز این نیست که حتماً باید در عمل تجاوزی صورت گیرد تا دفاع در مقابل آن امکان‌پذیر شود؛ بلکه همین اندازه که بتوان با دلایل و شواهد قطعی فعلیت تجاوز یا قریب‌الوقوع بودن آن را پیش‌بینی کرد، دفاع، مشروع خواهد بود.

اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی در ماده ۳۱ (۱) (C) نیز به صراحت به این شرط اشاره کرده است «... این دفاع باید در مقابل توسل قریب‌الوقوع و غیرقانونی به زور انجام گرفته...». بنابراین، در اساسنامه به شرط قریب‌الوقوع بودن تجاوز و فعلیت آن نیز اشاره شده است. (نظری نژاد، ۱۳۹۰)

بند سوم: عدم تحریک قبل از تجاوز

به‌طور کلی تجاوز نباید معمول تحریک خود شخص مدافع باشد. چنانچه شخصی به دیگری دشنام دهد تا وقتی طرف برانگیخته شد و درصدد حمله برآمد، او را مضروب و مجروح کند و یا به قتل برساند، نمی‌تواند عمل خود را دفاع مشروع بداند. با وجود این، قانون راجع به مجازات اسلامی به وجود چنین شرطی اشاره نکرده است و با فقدان نص قانونی در این مورد، قبول چنین شرطی با توجه به اصل تفسیر مضیق و

منع تفسیر موسع قوانین جزایی مواجهه به اشکال است و لذا مدافع برغم تحریک قبلی ممکن است با رأی دادگاه از مشروعیت دفاع استفاده کند. (رضایی، ۱۳۸۹)

بند چهارم: غیرقابل دفع بودن تجاوز

وقتی تجاوز بدون ارتکاب عمل مجرمانه قابل دفع باشد، استناد به دفاع مشروع منتفی است. اگر کسی بتواند شخصا و بدون ایراد صدمه تجاوز را دفع کند و یا فرصت کافی داشته باشد که برای دفع تجاوز از قوای دولتی کمک بگیرد، استناد به دفاع مشروع امکان پذیر نیست.

بند ۴ ماده ۱۶۵ قانون مجازات اسلامی در این مورد مقرر می‌دارد: توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود.

دفع تجاوز ارتباطی به شخصیت و خصوصیات روانی شخص متجاوز ندارد. منظور از تأسیس حقوقی دفاع مشروع این است که افراد بتوانند تحت شرایطی جان، ناموس، عرض و مال خود را در مقابل تجاوز دیگری حفظ کنند. بنابراین، حتی اگر متجاوز طفل یا دیوانه باشد، باز دفاع مشروع، جایز است. در صورتی که برای دفاع کننده امکان فرار و در نتیجه احتراز از خطر میسر باشد، آیا باز استناد به دفاع مشروع ممکن است یا خیر؟

در این مورد احکام متناقضی وجود دارد. حکم شماره ۲۰۵۲ به تاریخ ۱۳۱۷/۹/۲۰ شعبه پنجم دیوان کشور حاکی از آن است که «با امکان فرار، دفاع مجوز قانونی ندارد». در مقابل، احکام شماره ۲۶۵۱- ۱۳۱۹/۸/۲۷ و ۱۳۱۹/۵/۱۹ شعبه دوم دیوان کشور چنین صادر کرده است که: «از ماده ۱۸۴ قانون کیفر عمومی و مواد مربوط دیگر راجع به موجبات معافیت از کیفر استفاده نمی‌شود که امکان فرار برای کسی که مورد حمله به نفس واقع شده موجب باشد که نتواند با اقدام عملی با شرط مذکور در آن ماده از خود دفاع نماید».

بدین ترتیب کسی که مورد حمله واقع می‌شود با امکان فرار مجبور به فرار نیست، بلکه با وجود شرایط لازم برای تحقق دفاع مشروع می‌تواند از خود دفاع کند.

به نظر می‌رسد موضوع، بستگی به شخصیت و موقعیت متجاوز و مدافع هر دو دارد. به‌طور معمول دفاع یک نظامی با احراز شرایط دفاع مشروع برغم امکان فرار قابل توجیه است؛ ولی استناد به دفاع مشروع در مقابل یک کودک و یا دیوانه‌ی متجاوز با وجود امکان فرار نمی‌تواند مورد توجه قرار گیرد. همچنین فرزندی که پدر خود را به قتل رسانده است، در شرایطی که مورد حمله‌ی قبلی پدر بوده و امکان فرار داشته است، استناد وی به دفاع مشروع قبول نمی‌شود. (همان)

گفتار سوم: دفاع و شرایط آن

اقدام فرد در کنار زدن حالت تهدید کننده که نتیجه آن صیانت از حقوق فرد در معرض تهدید است را می‌توان دفاع نامید. شکل‌گیری تجاوز با شرایطی که در بالا ذکر شد، موجب حق دفاع و واکنش از سوی فرد در معرض آن خواهد بود. همانگونه که برای اطلاق تجاوز به یک عمل وجود خصوصیتی لازم است، اقدام دفاعی نیز اقدامی مطلق و بی‌قید و شرط نخواهد بود و مدافع برای دفع تجاوز مجاز به هر اقدامی نیست. برای ایجاد یک توازن منطقی بین تجاوز شکل گرفته و واکنشی که از سوی فرد برای حفظ حقوق خود صورت می‌گیرد، در وهله اول احراز ضرورت اقدام دفاعی به عنوان تنها راه دفع تجاوز و در وهله دوم، وجود تناسب بین آن دو ضروری به نظر می‌آید. در نتیجه برای اطلاق دفاع مشروع به یک عمل، وجود شرایطی ضرورت دارد که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰،

ص ۸)

بند اول: ضرورت داشتن دفاع

یکی از شرایط اساسی برای استفاده از حق دفاع مشروع، ضرورت داشتن آن است؛ یعنی، اقدام به دفاع به منظور مقابله با تجاوز فوریت داشته باشد و مجالی برای تأمل باقی نماند، بنابراین اگر مدافع بتواند از راه دیگری غیر از ارتکاب جرم، خطر را دفع کند در این صورت دفاع، مشروع تلقی نمی‌شود. به دیگر سخن، ضرورت دفاع بدین معنا است که انجام عملی که در شرایط عادی جرم است، تنها وسیله‌رهایی مدافع از حمله باشد. به عنوان مثال، اگر شخصی قوی که می‌تواند فرد ضعیف را به آسانی از طریق غیر از قتل و جرح مانند بستن دست و پای وی مغلوب سازد، ارتکاب قتل یا جرح باعث وارد کردن خدشه به ضرورت دفاع خواهد شد. (محسنی، ۱۳۸۹)

البته، شرط ضرورت داشتن دفاع ارتباط بسیار نزدیکی با شرط فعلیت داشتن تجاوز دارد. بدین معنا که دفاع با توجه به اوضاع و احوال و موقعیت متجاوز نسبت به مدافع، تنها در جایی ضروری است که حمله تجاوز کننده به مرحله قریب‌الوقوع یا فعلیت رسیده باشد. در واقع این دو شرط که یکی مربوط به تجاوز و دیگری مربوط به دفاع است را می‌توان دو روی یک سکه دانست که با تحقق شرط قریب‌الوقوع بودن یا فعلیت داشتن تجاوز، ضرورت دفاع نیز محقق می‌شود. شرط ضرورت داشتن دفاع در ماده ۳۲ (۱) (C) اساسنامه به‌طور ضمنی مورد اشاره قرار گرفته است. (الیوت، ۲۰۰۶)

پرسشی که می‌توان در اینجا مطرح کرد این است که اگر امکان فرار برای شخصی که مورد حمله قرار گرفته وجود داشته باشد، ولی این شخص فرار نکند و به دفاع بپردازد، آیا این دفاع مشروع است یا خیر؟ در پاسخ به این پرسش بین حقوق‌دانان اختلاف نظر وجود دارد. گروهی بر این عقیده‌اند که «با توجه به مبانی دفاع مشروع که مقررات قانون جزا نیز بر آن مبتنی است پاسخ به سؤال مثبت است. اول، دفاع حق

است... دوم، قانون‌گذار هیچ‌گاه تکلیف به فرار نکرده است و... اگرچه عقل حکم می‌کند که چنانچه وسیله آسان‌تری برای نجات باشد انتخاب آن مرجح است». (اردبیلی، ۱۳۸۰)

گروهی دیگر معتقدند: «در هر مورد باید شخصیت حمله‌کننده و حمله‌شونده و روابط میان آن‌ها را مورد بررسی قرار داد و با توجه به همه این اعمال نتیجه‌گیری کرد. برای مثال اگر یک مقام عالی رسمی، (مثل وزیر جنگ یک کشور) مورد حمله قرار گیرد و بتواند حمله را از طریق فرار دفع کند، ولی ایستادگی کند و از طریق ارتکاب جرم علیه حمله‌کننده خطر را برطرف سازد، عمل او را باید دفاع مشروع دانست. از طرف دیگر، تصور دفاع مشروع در مورد شخص رشیدی که صدمات شدید به کودکی که به او حمله کرده، وارد می‌آورد و یا... بسیار مشکل است».

عده‌ای دیگر نیز معتقدند: «به نظر می‌رسد این اصل که نباید خفت فرار را برای کسی که مرتکب تخلفی نشده است، تحمیل نموده و او را مجبور به فرار، به جای مقابله با مهاجم کرد. هم در حقوق جزای داخلی و هم بین‌المللی نکته قابل قبولی باشد، اما سنگینی و شدت جرائم مشمول صلاحیت دادگاه کیفری بین‌المللی به گونه‌ای است که چه بسا عدم فرار شخص، با وجود امکان فرار را بتوان گزینه‌ای بر ضرورت نداشتن و عدم تناسب دفاع با حمله دانسته و ادعای دفاع مشروع را از چنین شخصی نپذیرفت». (میرمحمد صادقی، ۱۳۸۳)

در نتیجه‌گیری می‌توان چنین اظهار نمود: «در صورتی که امکان فرار در چنین مواقعی وجود داشته باشد، توسل به دفاع، مشروع نخواهد بود و به اصل ضرورت داشتن دفاع خدشه وارد خواهد شد و هرگونه ادعای غیر از این با موازین و اصول حقوق جزا، اصول حقوق بین‌الملل (منشور ملل متحد) و موازین منطقی و عقلی بنا به دلایل ذیل مغایرت خواهد داشت.

۱. اگرچه دفاع مشروع حق است و فلسفه مشروعیت دفاع، اجرای حق می‌باشد و مقررات حقوق جزای داخلی و حقوق جزای بین‌الملل (ماده ۳۱ (۱) (C) اساسنامه) بر آن مبتنی است، اما از آنجا که دفاع مشروع یک حکم استثنایی و خلاف اصل است و اصل این است که اجرای مجازات و جلوگیری از ارتکاب جرم و حفظ امنیت بر عهده قوای دولتی است. بنابراین دفاع در صورتی مشروع است که توسل به قوای دولتی یا هرگونه وسیله آسان‌تری برای نجات میسر نباشد. بنابراین، حکم خلاف اصل و استثنایی را باید به‌طور مضیق و محدود تفسیر کرد. به‌علاوه، اتخاذ چنین دیدگاهی در این باره از آن جهت منطقی به نظر می‌رسد که می‌تواند جلوی بسیاری از سوء استفاده‌ها و ادعاهای واهی را بگیرد.

۲. سکوت مقنن در این خصوص، دلیل بر جواز آن نیست. حتی مهمتر اینکه، می‌توان با کمی تسامح ادعا کرد که مقنن در این خصوص، نه تنها سکوت نکرده، بلکه با تأمل بیشتر در مواد قانونی از حقوق جزای داخلی و بین‌المللی و محتوای آن‌ها و تفسیر منطقی از آن‌ها، می‌توان گفت که قانون-گذار حکم مسئله را به‌طور ضمنی بیان کرده است. (فلچر، ۲۰۰۵)

بند دوم: متناسب بودن دفاع با منافع مورد تهدید

بدین معنا که بین منفعی که در نتیجه تجاوز به خطر افتاده است و آن میزانی از منافع که در اثر فعل دفاعی از بین می‌رود لازم است تناسب وجود داشته باشد. بر همین اساس و در برخی از نظام‌های حقوقی، در حملاتی که متوجه اموال فرد می‌شود، امکان توسل به دفاع کشنده وجود نخواهد داشت، چرا که حداکثر منفعتی که در نتیجه این دست از حمله‌ها از بین می‌رود مال است. اما نتیجه دفاع کشنده، محروم شدن فرد از حق حیات است و در نتیجه کشتن مهاجم در چنین حالاتی نامتناسب خواهد بود.

به این برداشت از شرط تناسب این ایراد وارد است که در بسیاری از موارد، نه تنها برای مدافع، بلکه برای شخص حمله کننده نیز، میزان منفعتی که در نتیجه حمله از بین خواهد رفت معلوم و مشخص نمی‌باشد تا اینکه دفاع به تناسب آن صورت گیرد. از سوی دیگر در برابر برخی از حمله‌ها، برای رفع خطری کوچک، اقدام شدیدی لازم می‌آید که بدون آن دفع تجاوز ممکن نخواهد بود. بنابراین چنین برداشتی از شرط تناسب دفاع، مغایر با مبنای دفاع مشروع بوده و موجب محدودیت در دفاع از حقوق افراد در معرض حمله می‌باشد. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۹۰، ص ۱۰)

بند سوم: متناسب بودن ابزار دفاعی با تجاوز

شرط دیگری که رعایت آن هنگام دفاع مشروع الزامی است، حفظ تعادل و تناسب است؛ یعنی اقدامات متحده به منظور اعمال حق دفاع مشروع، نباید بیشتر از آنچه برای دفع حمله ضرورت دارد صورت گیرد؛ زیرا مفهوم دفاع اقدام به دفع حمله است نه زائد بر آن. به عنوان مثال، اگر شخصی در مقابل یک سیلی که دیگری به او زده و قصد حمله دیگری را ندارد، او را بکشد، نمی‌تواند به استناد دفاع مشروع عمل مجرمانه خود را توجیه کند.

به عبارت دیگر، شرط تناسب دفاع با تجاوز بدین معنا است که بین منافع متضاد؛ یعنی منافی که در نتیجه تجاوز به خطر افتاده و منافی که در راستای دفاع از بین رفته، لازم است تناسب برقرار باشد و مدافع باید در پاسخ به تجاوز با توجه به اوضاع و احوال، رفتاری متناسب و معقول از خود نشان بدهد. این شرط را می‌توان نتیجه شرط ضرورت و مکمل آن دانست.

تشخیص تناسب دفاع با تجاوز امری موضوعی است که با توجه به اوضاع و احوال هر مورد خاص، با دادگاه است. البته مقصود از دفاع متناسب، مقابله به مثل نیست؛ بلکه آنچه‌ای دفاعی است که متعرض را از ادامه باز دارد. شرط تناسب دفاع با تجاوز نیز در ماده ۳۱ (۱) (C) اساسنامه صریحاً قید شده است، در حالی

که در مورد ضرورت داشتن دفاع ماده مذکور صراحتی ندارد و با توجه به اصول کلی استنتاج می‌گردد.
(کلارکسون، ۱۹۸۷)

بند چهارم: توانایی مدافع برای دفاع از دیگری و ناتوانی او در دفاع از خود

اگر شخصی که مورد تجاوز قرار گرفته خود قادر به دفع تجاوز باشد، با این وضعیت شخص ثالثی برسد و جرمی علیه حمله کننده مرتکب شود، عمل او دفاع مشروع نخواهد بود. این امر لزوماً به توانایی یا ناتوانی جسمانی شخص مورد حمله بستگی پیدا نمی‌کند. بلکه مسئله مهم این است که در موقعیت و اوضاع و احوال خاص، «دیگری» قادر به دفاع از خود نباشد. علاوه بر ناتوانی باید دیگری نیاز به کمک هم داشته باشد و صرف ناتوانی از دفاع کفایت نمی‌کند.

در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی نیز به دفاع از «دیگری» اشاره کرده است، اما هیچ قید و شرطی را برای دفاع از دیگری مقرر نکرده است. اما به نظر می‌رسد بتوان ضرورت رعایت قید و شرط‌های مندرج در حقوق جزای داخلی را در اساسنامه با توجه به عبارت «به طور معقولی» در ماده ۳۱ آن و اصول عمومی حقوق و غیره استنباط کرد. (حاجی تبار فیروزجائی و همکاران، ۱۳۹۴، ص ۱۸۴)

گفتار چهارم: دفاع در مقابل مجنون یا طفل

حمله کننده باید انسان مسئول باشد. تا به مقابله در مقابل دفاع مشروع صدق کند، حال اگر حمله کننده طفل غیر ممیز یا مجنون باشد دفاع در برابر آنان چه صورتی دارد؟ آیا بر این عمل هم دفاع مشروع صدق می‌کند؟ دون دیودو و ابر نوشته است: «اگر حمله از طرف آدمی غیرمسئول مثلاً یک فرد دیوانه صورت گیرد، شخص مورد حمله مدافع مشروع نخواهد بود؛ چون حمله‌ای که از طرف دیوانه شود به معنای دقیق کلمه واجد خصوصیت نامشروع نیست، لیکن شخص مورد حمله می‌تواند از حالت اضطرار استفاده کند.»
(سلریخانی و درودی، ۱۳۹۰)

بنابراین در مقابل طفل نابالغ یا مجنونی که قصد تعدی دارد، وارد ساختن ضرر متقابل به عنوان اقدام دفاعی تا چه اندازه ای توجیه پذیر است؟

فقها در این باره تصریح خاصی ندارند. اطلاق ادله را به همان گونه که درباره افراد عاقل و بالغ جاری می دانند، بر دیوانه و طفل نیز شامل می نمایند.

دست کم درباره موردی که دیوانه یا طفل قصد سرقت مال را دارد و وجود آن مال ضرورت حیاتی برای مالک ندارد، قتل آن ها به عنوان اقدام دفاعی محل تأمل است.

همان گونه که دیدیم با توجه به مبانی و اصول کلی، در مقابل حیات انسان هیچ مال و دارایی قابل مقایسه و مقابله نیست. در تحلیل تجویز قتل نفس برای دفاع از مال به این نتیجه رسیدیم که هدف شارع صرف حفظ مال نیست، بلکه هدف، مقابله با تجری متعدی و حفظ امنیت اجتماعی است. طبعاً دیوانه یا طفل که فاقد قوه تمیز و شعور است، نمی تواند موضوع چنین حکمی قرار گیرد. قتل این افراد به جهت اعمالی که ناشی از تمیز نبوده و مبتنی بر اراده نیست، منافی با این هدف است.

مرحوم صاحب جواهر در بحث دفاع مقابل حیوان متعدی (الدابة الصائلة) معتقد است بر خلاف دفاع مقابل شخص ظالم، مدافع باید در اینجا در صورت امکان برای احتراز از تعدی حیوان فرار کند. به اعتقاد ایشان ادله ای که قتل متعدی را با وجود امکان فرار جایز می دانند، بر این فرض شامل نمی شوند.

استدلال و نظر مرحوم صاحب جواهر مؤید این نکته است که هدف از تجویز دفاع تا حد قتل متعدی، همان مقابله با قصد بره مزدن امنیت اجتماعی و تجری وی است. به نظر نمی رسد قتل مجنون یا طفل که قصد تجری یا بره مزدن نظم و امنیت اجتماعی را ندارند، در دفاع از مالی که وجود آن برای مالک ضرورت حیاتی ندارد، مورد عنایت شارع مقدس باشد. (همان)

گفتار پنجم: دفاع در مقابل قوای انتظامی

به صرف احساس خطر نمی‌توان متوسل به اقدامات دفاعی شد، بلکه تحقق شروطی برای اباحه عمل نیاز است. شرایط عمومی حمله و دفاع که در باب مقاومت در برابر ضابطین نیز لازم‌الرعایه است. ظاهراً در این مقام وجود شرایط دیگری نیز لازم است. طبق ماده ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی، مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی‌شود لکن هرگاه قوای مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند و حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل، جرح، تعرض به عرض یا ناموس یا مال گردد، دفاع جایز است. (جهانی، ۱۳۹۱)

با دقت در مفاد قانون مشخص می‌شود بر خلاف نظر اکثر حقوق‌دانان، شرط خاصی در این باب بیان نشده و خروج از وظیفه نیز دقیقاً معادل شرط غیر قانونی بودن حمله است که از شرایط کلی دفاع است و اختصاص به دفاع در برابر نیروهای انتظامی ندارد. عبارت «خوف آن باشد...» نیز مبین حالت ضرورت و قریب‌الوقوع یا فعلیت داشتن تجاوز می‌باشد. تنها محدودیت وضع شده پیرامون موضوعات قابل دفاع است. همانگونه که قبلاً اشاره شد، قوای مزبور می‌بایستی عملاً نیز از حدود وظایف خود خارج شوند و شرایط دفاع همگی مهیا باشد. با توجه به عدم آشنایی دقیق افراد با وظایف ضابطین و شرایط خاص روانی قبل و حین دفاع، تشخیص این امر همیشه آسان نیست و احتمال اشتباه وجود دارد؛ مثلاً برای هر شخصی قابل درک است که تجاوز به ناموس به هیچ عنوان داخل در وظایف پلیس نیست؛ ولی در فرضی که مأمور با مجوز قضایی وارد خانه شده و می‌خواهد فرشی با مشخصات خاص را توقیف کند، وی دو فرش را با این مشخصات پیدا می‌کند و در صدد بردن هر دوی آنهاست. در این حالت آیا مأمور از حدود وظیفه‌اش خارج شده است و مالک حق دفاع دارد یا خیر؟ به دیگر سخن، تاثیر اشتباه مدافع در شرایط دفاع چیست؟ نظر صواب آن است که شخص می‌بایست حتماً در شرایط دفاع باشد و اشتباه در شرایط نمی‌تواند عامل رفع مسئولیت قرار گیرد.

این تفسیر از پذیرش نظریه ملاک عینی در تشخیص خروج از وظیفه و احراز ضرورت، همین‌طور ماده ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی و همچنین ماده ۱۵۶ که بیان می‌دارد: «خوف برای نفس یا عرض یا ناموس یا مال به قراین معقول باشد» قابل استنباط است؛ زیرا هنگامی می‌توان گفت فرد در مقام دفاع است که حمله‌ای موجود بوده و فرد نیز نسبت به آن آگاهی داشته باشد. یا خوف هنگامی محقق است که شخص واقعاً از چیزی ترسیده باشد و شرایط دفاع همگی موجود باشد. عده‌ای از حقوق‌دانان در راستای اجرای بهتر انصاف و عدالت معتقدند مدافعی که با باور صادقانه ولی اشتباه دست به دفاع زده، در حالی که شرایط آن مهیا نبوده را نمی‌توان همانند فردی دانست که به عدم وجود شرایط آگاه یا در حصول علم، کوتاهی و تقصیر کرده است و در نتیجه مجازات آن‌ها را نیز به یک میزان تعیین کرد. بلکه می‌بایست حداقل در مرحله محاکمه و صدور حکم، قایل به تخفیف یا عدم مجازات برای چنین فردی بود و این مهم را نیز با توجه به سکوت قانون در قبال اشتباه، نه بر عهده قضات دادگاه‌های Fدوی و تجدید نظر، بلکه از وظایف و اختیارات دیوان عالی کشور می‌دانند. از دیگر سو می‌توان گفت در حقوق ایران حتی اگر شخصی به دلیل اعتقاد نامعقول ولی صادقانه خود مرتکب قتل یا ضرب و جرح کسی که او را مهاجم می‌پندارد شود، می‌تواند به استناد قانون مجازات اسلامی از مجازات بگریزد و تنها ملزم به پرداخت دیه شود.

بهر آن است که قانون‌گذار همانند خیلی از کشورها و در راستای اصول قانونی بودن جرم و مجازات و تساوی افراد در برابر قانون در این زمینه اعمال نظر کرده تا هم از تشنگ آرا جلوگیری شود و هم حقوق افراد جامعه بهتر تامین شود. در مورد بار اثبات شرایط نیز باید گفت با توجه به استثنایی و خارج از قاعده بودن دفاع مشروع، این مدعی دفاع است که باید وجود شرایط دفاع را اثبات کند؛ زیرا اوست که خلاف اصل و ظاهر سخن می‌گوید و در این بین چیزی بر عهده دادستان یا مهاجم وجود ندارد. همین دیدگاه در رابطه با دفاع در مقابل ضابطین و نیروهای انتظامی نیز قابل پذیرش است. (همان)

مبحث سوم: آثار دفاع مشروع در قصاص جنایات عمدی

گفتار اول: آثار دفاع مشروع در فرض احراز کلیه شرایط دفاع

در نظام کیفری ما یگانه عاملی که بتواند موجب توجیه ایراد آسیب به دیگران در اثر توسل به وسایل دفاعی شود، نهاد دفاع مشروع است و زمانی این نهاد می‌تواند مطرح شود که واجد شرایط مقرر در قانون باشد. بنابراین مبنای مشروعیت دفاع مشروع از سوی قانون‌گذار از جمله در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی دائمی مصوب ۱۹۹۸ میلادی، نظریه اجرای حق می‌باشد. زیرا بدیهی است که لزوماً باید میان فلسفه (چیستی و چرایی) امری با آثار و فواید آن قائل به تفکیک شده، به این صورت که اگر مشروع تلقی کردن دفاع در مقابل مهاجم نامشروع با توجه به شرایط مقرر در قانون، باعث می‌شود که جان، ناموس، آزادی و مال افراد در مقابل تجاوز غیرقانونی مصون بماند و اینکه افراد متجاوز بخاطر مصونیتی که قانون‌گذار برای مدافع پیش‌بینی کرده، در حمله و تجاوز خود به دیگران تأمل و تردید بیشتر نماید. پس اگر کسی در مقابل تجاوز نامشروع دفاع می‌کند و هنگام دفاع مرتکب عملی شود که جرم باشد، در واقع حقی را اعمال می‌کند که در قانون استیقای آن بر عهده حکومت است. بنابراین دفاع مشروع در فرض کلیه شرایط دفاع، باید براساس قانون باشد. (آقای نی، ۱۳۹۳)

گفتار دوم: آثار دفاع مشروع در فرض عدم رعایت مراتب دفاع

در این فرض، که در حقوق اروپای قاره‌ای دفاع مشروع ظاهری^{۱۹} خوانده می‌شود، مرتکب بر خلاف واقع، تصور می‌کند که شرایط دفاع مشروع وجود دارد؛ در حالی که در واقع چنین نیست. ناسازگاری واقعیت با اندیشه مرتکب در دفاع مشروع، در دو فرض قابل تصور است که به نظر می‌رسد نقطه‌ی مقابل یکدیگر باشند. در فرض نخست، شرایط دفاع مشروع در عالم خارج از ذهن مرتکب محقق نشده‌اند، اما او به اشتباه

¹⁹ . Putative self-defence

آن‌ها را موجود می‌دانسته و براساس این تصور اشتباه رفتار کرده است. در مقابل، در فرض دوم، مرتکب در حالی که از وجود شرایط بیرونی دفاع مشروع در واقعیت بی‌خبر بوده، بنا به دلیلی جز مبنای دفاع مشروع، یعنی دفاع از خود یا دیگری، دست به ارتکاب جرمی زده که واجد ماهیت دفاع است. در هر دو فرض، اندیشه مرتکب با آنچه در واقع در کار بوده، ناسازگار بوده است. (آقایی نیا، ۱۳۹۳)

بند اول: اشتباه مرتکب نسبت به شرایط دفاع

یکی از رویکردهایی که در قبال فرض حاضر وجود دارد، عبارت است از تلقی آن به عنوان دفاع مشروع حقیقی و حکم به براءت مرتکب و اعمال نشدن کیفر بر او. این رویکرد، اندیشه‌ی اشتباه‌آمیز مرتکب در خصوص وجود شرایط دفاع مشروع را برابر با وجود این شرایط در عالم واقع می‌داند و آثار حقوقی مهمی مانند براءت مرتکب را بر آن بار می‌کند.

مواد ۵-۱۲۲ و ۶-۱۲۲ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲، شرایط تحقق دفاع مشروع را تعیین می‌کنند. در ماده‌ی ۵-۱۲۲، به طور صریح، به شرط غیرقانونی بودن حمله و به طور ضمنی به شرط فعلیت یافتن آن اشاره شده و شرایط دفاع نیز با اشاره به ضرورت دفاع و تناسب رفتار مشتمل بر دفاع با شدت حمله، مشخص شده‌اند. این ماده مقرر می‌کند « شخصی که در برابر یک حمله غیرقانونی نسبت به خودش یا دیگری، در آن واحد مرتکب رفتاری می‌شود که از ضرورت دفاع مشروع از خود یا دیگری ناشی شده باشد، مسئولیت کیفری ندارد؛ مگر اینکه میان وسایل به کار رفته در دفاع و شدت حمله، تناسب برقرار نباشد...».

چنانکه از مواد ناظر به کلیات دفاع مشروع در این قانون برمی‌آید، هیچ اشاره‌ای به باور مرتکب یا باور متعارف او نشده و از این رو به نظر می‌رسد که تعریف دفاع مشروع در حقوق فرانسه، تنها در بردارنده‌ی عناصر و اجزای بیرونی باشد. اما در سکوت قانون در خصوص نقش اجزای ذهنی در تحقق دفاع مشروع،

رویه قضایی و اندیشه‌ی حقوقی کمابیش بدین موضوع پرداخته و علاوه بر جست و جوی حکم خاصی برای این فرض، حتی گاهی در پی یافتن مبانی ویژه‌ای برای این حکم نیز بوده‌اند. رویه‌ی قضایی فرانسه در مواردی از اشتباه در شرایط دفاع مشروع، بدون اشاره به مبنای خاصی، حکم به براءت داده است. از سوی دیگر، اندیشه‌ی حقوقی، اگرچه در حکم کردن به براءت مرتکبی که اشتباه در شرایط دفاع مشروع بر او چیره شده، با رویه‌ی قضایی همسو بوده، اما همواره مبنای یکسانی را در این زمینه به دست نداده است. در واقع، اندیشه حقوقی فرانسه در عین توافق در تأیید براءت چنین مرتکبی، مبانی دوگانه‌ای را در نظر داشته است. (آقائی نیا و دبستانی کرمانی، ۱۳۹۴)

نخستین مبنایی که اندیشه حقوقی فرانسه در این خصوص به دست اده، عبارت است از اشاره به اینکه در فرض مورد بحث، هیچ ارزش اجتماعی‌ای در معرض خطر قرار نگرفته و بنابراین، رفتار، موجه است و مرتکب باید تبرئه شود. مبنای دیگری که برخی حقوق‌دانان فرانسوی بدان پرداخته‌اند، هم بر اندیشه‌ی سنجش ارزش‌های متقابل و هم بر توجه به حالت‌های روانی مرتکب استوار است و این استدلال را دربردارد که هنگامی که مرتکب در موقعیت ویژه‌ای قرار می‌گیرد که در آن باید بین دو ارزش مورد نظر سنجش به عمل آورد و ضرورت ناشی از خطر او را در تنگنا قرار می‌دهد، نمی‌توان از وی که یک موجود انسانی ضعیف و جایز الخطاست، انتظار داشت که به اشتباه نیفتد. بنابراین، رفتار وی موجه است و مرتکب از حکم براءت یا قرار منع تعقیب برخوردار می‌شود.

دیوان کشور فرانسه بدون اینکه به صراحت هیچ یک از این دو مبنا را بپذیرد، آراییی را که مشتمل بر براءت مرتکب در فرض دفاع مشروع ظاهری بوده‌اند، اعم از احکام براءت یا قرارهای منع تعقیب تأیید کرده و کسانی را از محکومیت به کیفر رها کرده است که بنا به ظاهر امر می‌پنداشته‌اند که احتمال رخ دادن حمله وجود دارد؛ خواه پدری که همسایه‌اش را در حال نشانه رفتن اسلحه‌ای بسوی پسرش دیده باشد، در حالی

که همسایه تنها قصد شوخی با پسرک را داشته، خواه زنی که با نوجوانی در محلی دورافتاده، بیتوته کرده و صدای تبهکاران و ولگردانی را شنیده که در اطراف آن محل می‌چرخند و خود را نشان می‌دهند، بدون اینکه در حقیقت و به طور عینی در پی عملی ساختن نقشه شومی بوده باشند.

قانون جزای نمونه آمریکا بر خلاف قوانین مجازات ایران و فرانسه، دو دسته از دفاع‌های کیفری یعنی علل موحه‌ی جرم (Justifications) و عوامل مانع مسئولیت کیفری (Excuses) را از یکدیگر جدا می‌کند و دفاع مشروع را دسته‌ی نخست قرار می‌دهد. هم قانون جزای نمونه (3.04 (1), 3.05 (1) (a) (b) §§ MPC, (c)) و به تبع آن قوانین بسیاری ایالات و هم اندیشه حقوقی آمریکایی، در فرض اشتباه مرتکب در مورد وجود شرایط دفاع، به رویکردی مشابه حقوق فرانسه گرایش دارند و رویه‌ی قضایی آمریکا نیز با تأیید این رویکرد، باور مرتکب نسبت به وجود شرایط دفاع مشروع را، هرچند همراه با اشتباه، برای تحقق دفاع مشروع کافی می‌داند. به نظر می‌رسد که در حقوق آمریکا، باور مرتکب نسبت به وجود شرایط دفاع مشروع، به نوعی، جایگزین تحقق بیرونی این شرایط می‌شود م به شکل‌گیری دفاع مشروع می‌انجامد. در مورد رویکرد یاد شده در حقوق آمریکا، لازم است به دو نکته پرداخته شود؛ نخست، اشاره به استدلالی که این رویکرد بر آن استوار است و دیگر، اشاره به وصف متعارف بودن باور مرتکب نسبت به شرایط دفاع مشروع. (همان)

گذشته از گرایش قانون جزای نمونه نسبت به دیدگاه ذهنی، شاخص‌ترین استدلالی که اندیشه حقوقی آمریکا برای پذیرش توجیه جرم در فرض اشتباه در شرایط دفاع مشروع به دست داده، آن است که چون مرتکب در فرض اشتباه نسبت به وجود شرایط دفاع مشروع، در حقیقت، تنها دست به کاری زده که جامعه می‌تواند از او و دیگران در شرایط مشابه انتظار داشته باشد و هرگز مرتکب رفتاری نشده که برخلاف خواست جامعه بوده و به شکستن هنجارهای اجتماعی انجامیده باشد، بنابراین نمی‌توان رفتار وی را

غیرقانونی و دارای وصف مجرمانه به شمار آورد و باید آن را موجه دانست. رفتار او با ارزش‌های اجتماعی ناسازگار نیست و این امر که او در اندیشه‌ی پیرامون اوضاع و احوال بیرونی قضیه دچار اشتباه شده، تأثیری در ویژگی موجه بودن رفتار ندارد. به نظر می‌رسد که این استدلال به نخستین مبنایی که اندیشه‌ی حقوقی فرانسه رویکرد مشابه خود در قبال مسئله حاضر را بر آن استوار کرده است، نزدیک باشد. (گرین و والت، ۱۹۸۴)

آنچه سبب می‌شود که دیدگاه ذهنی یاد شده، رفتار مرتکب را در چنین شرایطی، با خواست جامعه و اقتضای نظم اجتماع هماهنگ بداند، این است که باوری که وی براساس آن رفتار کرده، متعارف بوده باشد؛ زیرا معنای متعارف بودن، چیزی جز هماهنگی رفتار با آنچه انسان متعارف در شرایط حادثه انجام می‌دهد، نیست که می‌توان آن را فقدان تقصیر دانست. (کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶) اگرچه قانون جزای نمونه در مواد ۳۰۳ تا ۳۰۸ خود به تعدادی از علل موجهی جرم اشاره کرده که برای تحقق آن‌ها، تنها باور مرتکب به شرایط موجهه کافی است، در بند (۲) از ماده ۳۰۹ لزوم متعارف بودن این باور را ضروری دانسته است. به موجب این بند، حتی در صورت وجود باور مرتکب نسبت به شرایط موجهه جرم، اگر این باور در اثر بی-احتیاطی یا بی‌پروایی حاصل شده باشد، او -البته در جرایمی که برای تحقق عنصر روانی آن‌ها، حسب مورد، بی‌احتیاطی یا بی‌پروایی نیز کافی است-، از علت موجهه برخوردار نخواهد بود.

با وجود گرایش حقوق آمریکا به این رویکرد، یعنی تلقی اشتباه در علل موجهه جرم -از جمله دفاع مشروع- به عنوان علت حقیقی موجهه جرم، بخش شایان توجهی از اندیشه‌ی حقوقی نیز این دیدگاه سراسر ذهنی را برنمی‌تابد و بدان خرده می‌گیرد. فلچر^{۲۰} و رابینسون^{۲۱} از شاخص‌ترین نمایندگان رویکرد مخالف‌اند که به رویکرد حاضر انتقاد وارد کرده‌اند. از جمله‌ی این انتقادات می‌توان بدین نکات اشاره کرد.

²⁰ . Fletcher

²¹ . Robinson

نخست اینکه چنین برداشتی مستلزم این باور است که رفتاری را که در حقیقت، موجه نیست و شرایط موجهه جرم را در بر نداشته، به صرف اینکه مبتنی بر باوری متعارف نسبت به وجود شرایط یاد شده بوده است، موجه بدانیم. وجود باوری متعارف مبنی بر اینکه رفتاری موجه است، هرگز و در واقع امر بدان معنا نیست که رفتار مورد بحث در حقیقت موجه باشد. رویکرد مبتنی بر پذیرش تأثیر توجیه کننده علل ظاهری موجهه جرم، این دو قضیه دارای ماهیت گوناگون را به شکل ناروایی، همسان و برابر دانسته و بدین گونه، مفهوم ذهنی باور متعارف نسبت به موجه بودن رفتار را با مفهوم عینی موجه بودن آن در عالم واقع درآمیخته است و این امر از لحاظ منطقی نادرست می‌نماید.

به نظر می‌رسد استدلال‌های فلچر و رایبسون در رد رویکرد مورد بحث، یعنی تحقق دفاع مشروع در فرض اشتباه مرتکب نسبت به شرایط آن، بجا باشد. زیرا منطقی نیست که عوامل بیرونی دخیل در یک قضیه، نادیده انگاشته شوند و تنها به سبب وجود باور نسبت به اموری که ماهیت بیرونی دارند ولی محقق نشده‌اند، آن قضیه، موجود فرض شود و آثار حقوقی مهمی همچون توجیه جرم و انتفای کیفر بر آن بار شود. بدین ترتیب، این رویکرد، اگرچه رویکردی است که در فرانسه و ایالات متحده آمریکا، دست کم در اندیشه حقوقی و رویه‌ی قضایی غالب است، اما قابل پذیرش نیست و به شرحی که بدان اشاره شد، موضوع انتقادهای بجایی قرار گرفته است. (آقائی نیا و دبستانی کرمانی، ۱۳۹۴، ص ۱۷۶)

بند دوم: ناآگاهی مرتکب نسبت به شرایط دفاع

فرض دیگری که تحت عنوان ناسازگاری واقعیت با اندیشه‌ی مرتکب نسبت به شرایط دفاع مشروع قرار می‌گیرد، تحقق اوضاع و احوال متضمن دفاع مشروع در عین ناآگاهی مرتکب نسبت بدان‌هاست. پرسش این است که در این فرض باید تنها به سبب تحقق بیرونی این شرایط، دفاع مشروع را محقق دانست یا اینکه در مقابل، بایستی اجزای ذهنی -مانند آگاهی مرتکب از این شرایط و قصد وی در ارتکاب رفتار به

عنوان دفاع- را نیز در شکل‌گیری آن دخیل شمرد. پاسخ بدین پرسش، برخاسته از یکی از دو دیدگاه عینی و ذهنی خواهد بود؛ زیرا در فرض مورد بحث، امر، دائر میان تحقق دفاع مشروع یا عدم تحقق آن است و حکم دیگری در قضیه قابل تصور نیست.

أ. دیدگاه عینی در فرض ناآگاهی مرتکب از وجود شرایط دفاع مشروع

برجسته‌ترین نمود دیدگاه عینی در فرض حاضر، در میان نظام‌های حقوقی مورد بررسی، اندیشه‌ی حقوقی خاص و منفردی در آمریکا است که رابینسون، استاد دانشگاه پنسیلوانیا، نماینده شاخص و پیش‌قراوان آن است. این دیدگاه، نقطه مقابل دیدگاه ذهنی خالصی است که بر قانون جزای نمونه و اندیشه‌ی حقوقی آمریکا، چیره است و رویکرد ذهنی محضی را در قبال هر دو فرض ناسازگاری واقعیت با اندیشه‌ی بزهدار در مورد دفاع مشروع رقم می‌زند. اگرچه رویکرد ناشی از دیدگاه عینی، به‌طور عمده در آمریکا اقبالی به دست نیاورده، به سبب اهمیت استدلال‌های آن و جایگاه رابینسون در اندیشه‌ی حقوقی آمریکا، بدان اشاره می‌شود.

دیدگاه عینی در تحلیل فرض مورد بحث، ماهیت واقعی رفتار و نه آگاهی مرتکب نسبت بدان را تعیین کننده می‌داند. در این دیدگاه، صرف اینکه رفتاری در عمل و به گونه‌ی عینی، ضرری را که به‌طور بالقوه بدان می‌انجامیده به بار نیاورد، آن را موجه می‌سازد. بنابراین، برای مثال، در دفاع مشروع، تنها این مسئله مهم است که در عمل، حمله غیرقانونی‌ای رخ داده باشد. (رابینسون، ۱۹۹۴)

رویکرد مبتنی بر دیدگاه عینی، در قبال رفتارهای ارتكابی در عین ناآگاهی مرتکب از شرایط دفاع مشروع، آن است که رفتار یاد شده به‌طور قطع دفاع مشروع است و به دلیل وجود این شرایط در جهان واقعیت، فرض حاضر، تفاوتی با فرضی که در آن مرتکب به‌طور کامل از شرایط دفاع مشروع باخبر است، ندارد. در عین حال، هرچند رفتار یاد شده به قصد ارتكاب جرم واقع شده، چون در عمل به واسطه‌ی وجود شرایط

دفاع مشروع، وقوع چنان جرمی ناممکن بوده، از نظر دیدگاه عینی، رفتار ارتكابی، دربردارنده‌ی جرم موجهی است که در عین حال، مشمول عنوان شروع به جرم نیز است. (هرد، ۱۹۹۹)

ب. دیدگاه ذهنی در فرض ناآگاهی مرتکب از وجود شرایط دفاع مشروع

دیدگاه ذهنی در قرن حاضر، در قوانین هر سه نظام حقوقی مورد بررسی بازتاب یافته است و به نظر می‌رسد که بتوان دست کم از نظر قانون، آن را دیدگاه غالب به شمار آورد. پیش از پرداختن به بازتاب این دیدگاه در نظام‌های حقوقی مورد بررسی، باید گفت که تنها در اندیشه‌ی حقوقی آمریکا جست‌وجو و بحث شایان توجهی در مورد فرض حاضر انجام گرفته و در دو کشور ایران و فرانسه، اندیشه‌ی حقوقی چندان بدین موضوع نپرداخته است. چنانکه پیشتر گفته شد، اندیشه‌ی حقوقی آمریکایی نیز در این زمینه به دو دیدگاه عمده عینی و ذهنی تقسیم می‌شود و دیدگاه ذهنی خود، دو رویکرد محض و مرکب را در پاسخ بدین پرسش برگزیده است.

براسا رویکرد محض ممتنی بر دیدگاه ذهنی که بیشتر حقوق‌دانان آمریکایی، به پیروی از قانون جزای نمونه بدان باور دارند، تنها باور متعارف مرتکب نسبت به شرایط عینی دفاع مشروع، شرط تحقق شرایط مزبور است و باور متعارف، جایگزین تحقق شرایط دفاع مشروع می‌شود. در موازات نظر این دسته، نظر دیگری نیز در اندیشه‌ی حقوقی آمریکا به چشم می‌خورد که براساس آن رویکردی مرکب در قلمرو دیدگاه ذهنی شکل گرفته است. رویکرد اخیر را از آنجا می‌توان به دیدگاه ذهنی منتسب کرد که بر خلاف دیدگاه عینی، به نوعی، ورود اجزای ذهنی را به دامنه‌ی ضابطه‌های دفاع مشروع، روا می‌داند. به علاوه این رویکرد، تنها به علت تحقق شرایط بیرونی دفاع مشروع، از ضرورت وجود قصد موجهه یا آگاهی مرتکب به شرایط یاد شده دست نمی‌شوید و بنابراین، رویکرد مرکب -البته در چارچوب دیدگاه ذهنی- است.

بیشترین استدلالی که در اندیشه حقوقی آمریکا در دفاع از دیدگاه ذهنی دیده می‌شود، توسط نماینده شاخص این رویکرد از دیدگاه ذهنی، یعنی جورج فلچر انجام گرفته است. به نظر فلچر، علت موجهه جرم، ساختاری مستقل از جرم دارد که خود، مرکب از اجزای خاص خود - اعم از بیرونی و ذهنی - است و نباید علت موجهه جرم را فقدان یکی از اجزای تشکیل دهنده ساختار جرم یا یک بعد منفی و یک جنبه‌ی سلبی از پاره‌ای از اجزای مندرج در تعریف جرم به شمار آورد. برای مثال، نباید تصور کرد که وقوع حمله نسبت به مرتکب قتل در مقام دفاع مشروع، یکی از اجزای ایجابی تعریف جرم قتل است؛ بلکه حمله غیرقانونی مقدم بر دفاع یا مقارن با آن، یکی از اجزای تحقق دفاع مشروع است. او در ادامه استدلال می‌کند که با پذیرش جدایی جرم از دفاع، دلیلی ندارد معتقد باشیم به قرینه‌ی اینکه عدم تحقق اجزای مندرج در تعریف جرم، حتی با وجود عنصر روانی مرتکب نسبت به این اجزا، مانع تحقق جرم است، پس صرف تحقق شرایط موجهه جرم نیز، خواه مرتکب نسبت بدان آگاه باشد، خواه نباشد، برای شکل‌گیری علل موجهه کافی است. فلچر با استناد به جدایی جرم و دفاع، چنین قیاس و تشبیهی را نمی‌پذیرد و نتیجه می‌گیرد که با پابندی به تفکیک جرم و دفاع می‌پذیریم که علت موجهه جرم، جزئی از تعریف جرم نیست و خود، مرکب از اجزایی است و این اجزا شامل اجزای عینی و ذهنی اند. (فلچر، ۲۰۰۰)

با نگاهی به دو نظام حقوقی ایران و فرانسه، چنین می‌نماید که این دو نظام نیز به نوعی با این رویکرد مرکب سازگار باشند. اگرچه اندیشه حقوقی این دو کشور، دربردارنده‌ی جست‌وجوی ویژه‌ای در مورد فرض مورد بحث نبوده و قوانین ناظر به علل موجهه نیز مشتمل بر حکم خاصی که معطوف به این فرض باشد نیستند، می‌توان از عمومات مقررات ناظر به علل موجهه جرم، دیدگاه قانون‌گذاران را در این دو نظام نسبت به فرض یادشده بدست آورد. برای مثال، هرچند در مواد قانون مجازات اسلامی ناظر به دفاع مشروع، هیچ‌گونه اشاره‌ی صریحی به قصد یا باور مرتکب نسبت به اعمال دفاع مشروع یا آگاهی مرتکب

نسبت به آن نشده، به نظر می‌رسد که از مفهوم کلی ماده ۱۵۶ و لحن قانون‌گذار، به‌ویژه آنجا که عبارت «در مقام دفاع از نفس...» را بکار می‌برد، می‌توان دریافت که قانون یاد شده، تحقق خود به خود شرایط دفاع مشروع را دفاع مشروع به شمار نمی‌آورد؛ زیرا هنگامی می‌توان ارتکاب رفتاری را در مقام دفاع مشروع دانست که مرتکب آن بداند که در مقام دفاع مشروع دست به رفتار مجرمانه می‌زند، نه هنگامی که او بدون آگاهی از شکل‌گیری یک حمله ضروری در برابر خود، رفتاری مجرمانه را نسبت به مهاجم انجام دهد که در عمل، سبب دفع حمله شده باشد.

به‌علاوه، توجه برخی فقها به ضرورت وجود علم یا دست کم ظن متعارف مرتکب به سوء قصد مهاجم برای از بین رفتن ضمان، اگرچه به‌گونه‌ای مستقل، تحت عنوان ناآگاهی مرتکب از وجود شرایط دفاع مشروع، مطرح نشده، در هر حال، حاکی از آن است که از نظر آن‌ها علاوه بر تحقق بیرونی شرایط دفاع مشروع، حالت ذهنی مرتکب نسبت به ارتکاب جرم در مقام دفاع مشروع نیز اهمیت دارد.

ظاهر ماده ۵-۱۲۲ قانون مجازات فرانسه مصوب ۱۹۹۲ نیز نشانه‌ی توجه قانون‌گذار به تحقق بیرونی شرایط دفاع مشروع است و منطوق این ماده، تصریحی در مورد باور یا علم مرتکب به تحقق این شرایط ندارد. اما از عبارت «به منظور متوقف کردن جنایات یا جنحه»، درمی‌یابیم که اعمال دفاع مشروع باید با التفات و توجه همراه باشد. از عبارت مشابهی نیز که قانون‌گذار در ماده ۶-۱۲۲ همین قانون بکار برده و با آوردن حرف اضافه‌ی «برای»، مقصود مرتکب را در ممانعت از ورود شبانه به محل سکنی به منظور ارتکاب جرم، مورد اشاره قرار داده، می‌توان دریافت که توجه مرتکب به این امر و انجام رفتار در مقام دفاع مشروع، ضروری است، زیرا تصور شکل گرفتن این مقصود در مرتکب، بدون آگاهی او از شرایط دفاع مشروع، ممکن نیست. (آقائی نیا و دبستانی کرمانی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۸)

نتیجه گیری

۱. بی شک حیات و جان انسان‌ها از مهمترین و اساسی‌ترین مسائلی است که تمام ادیان و مکاتب به آن توجه نموده‌اند و هرگاه این مسأله اساسی به خطر افتد، مجازات‌های سنگین برای پیشگیری از وقوع جرم و قتل وضع می‌شود؛ مجرم مجازات می‌شود تا خود وی و دیگران مرتکب جرم نشوند. بسیاری از مجازات‌ها برای تأمین مصلحت مقرر شده است. مجازات قصاص در مقابل قتل عمد تعیین شده است تا کسانی را که باعث سلب حیات دیگری می‌شود را به اشد مجازات برساند. با وجود این در دین مبین اسلام همواره بر برتری و فضیلت عفو و گذشت بر قصاص و انتقام در آیات قرآن کریم و روایات وارده از ائمه معصومین تأکید شده است. در موانع دائمی قصاص، بعد از ثبوت جرم قتل و ضرب و جرح عمدی بخاطر عارض شدن عواملی مانند عفو و گذشت مجنی- علیه یا اولیای دم و صلح، قصاص اجرا نشده و ساقط می‌گردد. عفو، صلح، فوت جانی، رجوع شهود از شهادت از جمله موانع دائمی قصاص می‌باشند. هر کدام از این عوامل وجود داشته باشد، دیگر اجرای قصاص معنایی نخواهد داشت.
۲. دفاع مشروع عبارت است از اجرای حق مبنی بر دفع یک تجاوز غیرقانونی در حال انجام یا قریب- الوقوع نسبت به جان، عرض، ناموس، آزادی و مال خود یا دیگری با توجه به شرایط مندرج در قانون. بکارگیری دفاع مشروع برای تضمین حقوق فردی و نظم اجتماعی ضرورت دارد و اجرای صحیح آن می‌تواند در برقراری نظم و جلوگیری از تعرض به دولت‌مردان کمک می‌کند.
۳. دفاع مشروع به عنوان یکی از علل معافیت از مسئولیت کیفری در اساسنامه‌های محاکم کیفری بین- المللی به‌ویژه در اساسنامه دادگاه کیفری بین‌المللی مصوب ۱۹۹۸ (ماده ۳۱ (۱) (C) یا در آرا و رویه‌های محاکم کیفری بین‌المللی) به حساب می‌آید. با توجه به اطلاق کلمه «خود» در ماده ۳۱

اساسنامه مذکور و تفسیر منطقی از این عبارت و با کمی تسامح، موضوع تجاوز در دفاع مشروع، علاوه بر نفس و مال شامل موارد دیگری نیز می‌باشد.

۴. مشروع تلقی کردن دفاع در مقابل مهاجم نامشروع با توجه به شرایط مقرر در قانون، باعث می‌شود که جان، ناموس، آزادی و مال افراد در مقابل تجاوز غیرقانونی مصون بماند و اینکه افراد متجاوز به خاطر مصونیتی که قانون‌گذار برای مدافع پیش‌بینی کرده، در حمله و تجاوز خود به دیگران تأمل و تردید بیشتر نمایند، از جمله آثار و نتایج مثبت دفاع مشروع به حساب می‌آید، نه جز دلایل یا فلسفه توجیهی آن. بنابراین، اگر کسی در مقابل تجاوز نامشروع دفاع می‌کند و هنگام دفاع مرتکب عملی شود که جرم باشد، در واقع حقی را اعمال می‌کند که در قانون استیفای آن بر عهده حکومت است؛ زیرا اصولاً دفاع از جان و مال شهروندان وظیفه‌ای است که به جامعه تفویض شده و قوای دولتی مأمور اجرای آن هستند اما چون توسل به این قوا در موقعیت استثنایی و اضطراری میسر نیست یا مداخله قوای مذکور ممکن است در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود، افراد خود می‌توانند به این مهم اقدام نمایند. به عبارت دیگر، از آنجایی که در یک جامعه منظم احقاق حق شخصی و توسل به زور ممنوع است، در نتیجه افراد برای احقاق حق خود و اجرای عدالت فقط باید به قوای دولتی مسئول مراجعه کنند. چون اگر قرار باشد هر کسی خودسرانه در برابر تجاوزهای نامشروع اقدام کند نظم جامعه به هم می‌خورد، به‌ویژه اینکه افراد حق برخورداری از برقراری امنیت و آسایش در زندگی اجتماعی نسبت به دولت در برابر اعمال و حرکات نامشروع را دارند و دولت به موجب قانون تکلیف به دفاع از حقوق افراد جامعه در برابر هرگونه امور خلاف نظم عمومی را دارد.

۵. فطرت و طبیعت انسان و در مرتبه بعد غفل وی به مشروعیت رفتار دفاعی حکم می‌کند و اوامر شرعی موجود در این زمینه تنها ارشاد به حکم فطرت و عقل آدمی است و نه امری مولوی برای

تشریح حکمی جدید. یکی از شرایط اساسی برای استفاده از حق دفاع مشروع، ضرورت داشتن آن است؛ یعنی، اقدام به دفاع به منظور مقابله با تجاوز فوریت داشته باشد و مجالی برای تأمل باقی نماند، بنابراین اگر مدافع بتواند از راه دیگری غیر از ارتکاب جرم، خطر را دفع کند در این صورت دفاع، مشروع تلقی نمی‌شود. به دیگر سخن، ضرورت دفاع بدین معنا است که انجام عملی که در شرایط عادی جرم است، تنها وسیله رهایی مدافع از حمله باشد. به عنوان مثال، اگر شخصی قوی که می‌تواند فرد ضعیف را به آسانی از طریق غیر از قتل و جرح مانند بستن دست و پای وی مغلوب سازد، ارتکاب قتل یا جرح باعث وارد کردن خدشه به ضرورت دفاع خواهد شد.

۶. به صرف احساس خطر نمی‌توان متوسل به اقدامات دفاعی شد، بلکه تحقق شروطی برای اباحه عمل نیاز است. شرایط عمومی حمله و دفاع که در باب مقاومت در برابر ضابطین نیز لازم‌الرعایه است. ظاهراً در این مقام وجود شرایط دیگری نیز لازم است. طبق ماده ۱۵۷ قانون مجازات اسلامی، مقاومت در برابر قوای انتظامی و دیگر ضابطان دادگستری در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی‌شود لکن هرگاه قوای مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند و حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل، جرح، تعرض به عرض یا ناموس یا مال گردد، دفاع جایز است

پیشنهادات

رویه قضایی در ارتباط با دفاع مشروع بسیار فقیر است. چون احراز دفاع مشروع به سبب پیچیدگی آن نیاز به بررسی و دقت بیشتری دارد، اغلب دادگاه‌ها تمایلی به ورود در مبحث دفاع مشروع ندارند. در بیشتر پرونده‌هایی که دفاع مشروع مطرح است، طرفین از خدمات وکلای دادگستری برخوردار نیستند یا برخی از وکلا نیز تسلط کافی به مقررات ندارند و از این رو، اصراری بر اعمال مقررات دفاع مشروع ندارند. در مواردی نیز با وجود استناد وکلا به دفاع مشروع، دادگاه‌ها با بی‌توجهی از کنار آن می‌گذرند. این بی‌توجهی موجب شده است که نه تنها زوایای تاریک و مبهم دفاع مشروع از سوی محاکم روشن نشود، بلکه اصل قابلیت اعمال و اجرای این نهاد به شبهه مواجه شود.

بنابراین پیشنهاد می‌شود قانون‌گذار برای تدوین دفاع مشروع با وضع ماده‌های کارشناسی شده ضمن پر کردن خلأها و نارسایی‌های موجود، تعارضات و ابهامات را برطرف کنند. بنابراین ضرورت و اهمیت اعمال و اجرای دفاع مشروع باید برای دست‌اندرکاران به‌ویژه قضات تبیین و روشن شود. در نهایت، افزایش آگاهی قضات نسبت به مسایل غیرحقوقی از قبیل مباحث روان‌شناسی و جامعه‌شناسی نیز می‌تواند در پذیرش و اجرای دفاع مشروع مؤثر واقع شود.

همچنین شایسته است قانون‌گذار به جای مجموعاً ۸ ماده‌ای که برای تدوین دفاع مشروع اختصاص داده، با وضع ۲ یا ۳ ماده کارشناسی شده خلأها و نارسایی‌های موجود، را برطرف کند.

منابع فارسی

۱. قرآن کریم
۲. ابن ادریس حلی، محمد بن منصور بن احمد، ۱۴۱۰ ه.ق.، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۳. اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۸۰، حقوق جزای عمومی، جلد اول، تهران، انتشارات میزان.
۴. اصفهانی، محمدحسین، ۱۴۲۵، حاشیه کتاب المکاسب، جلد پنجم، قم، انتشارات پایه دانش.
۵. آقایی نیا، حسین، ۱۳۹۳، حقوق کیفری اختصاصی جرایم علیه تشخاص، تهران، انتشارات میزان، چاپ یازدهم.
۶. آقائی نیا، حسین و پوپک دبستانی کرمانی، ۱۳۹۴، عدم انطباق واقعیت با اندیشه بزهکار در دفاع مشروع، مطالعات حقوق کیفری و جرم شناسی، دوره ۲، شماره ۴ و ۵.
۷. پیمانی، ضیاءالدین، بی تا، تفصیل قواعد دفاع مشروع، تهران، دانشگاه ملی ایران.
۸. جهانی، بهزاد، ۱۳۹۱، مقاومت در برابر پلیس؛ دفاع مشروع یا تمرد؟، فصلنامه کارآگاه، دوره دوم، سال پنجم، شماره ۱۸.
۹. حاجی تبار فیروزجائی، حسن و همکاران، ۱۳۹۴، دفاع مشروع در اساسنامه دادگاه کیفری بین المللی، فصلنامه راهبرد، سال بیست و چهارم، شماره ۷۷.
۱۰. حسینی طهرانی، سید محمد حسین، ۱۴۲۱ ه.ق، ولایت فقیه در حکومت اسلام، مشهد، علامه طباطبایی.
۱۱. خسروشاهی، قدرت الله، ۱۳۸۰، فلسفه قصاص از دیدگاه اسلام، قم، انتشارات بوستان کتاب.
۱۲. رحیمی نژاد، اسماعیل، ۱۳۸۹، کرامت انسانی در حقوق کیفری، تهران، انتشارات میزان.
۱۳. رضایی، رضا، ۱۳۸۹، دفاع مشروع، فصلنامه اصلاح و تربیت، سال پنجم، شماره ۵۶.
۱۴. سعدی، حسین علی و حسین خدایار، ۱۳۹۰، تحلیل فقهی مبانی مشروعیت دفاع، پژوهش نامه حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۱.
۱۵. سلریخانی، عادل و علی درودی، ۱۳۹۰، بررسی فقهی شرط «تناسی دفاع و تعدی» در دفاع مشروع، حقوق اسلامی، سال هشتم، شماره ۳۰.

۱۶. سلیمی، صادق، ۱۳۸۹، نقدی بر موضع حقوق کیفری ایران در رابطه با دفاع مشروع، فصلنامه تحقیقات حقوقی آزاد، دوره ۱، شماره ۱.
۱۷. شمس ناتری، محمد ابراهیم و سعید عبدالله یار، ۱۳۹۰، دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره دوم.
۱۸. شمس، محمد ابراهیم و حمیدرضا کلانتری، ۱۳۸۹، سقوط مجازات قصاص به سبب تملک حق قصاص، مطالعات اسلامی، فقه و اصول، سال چهل و یکم.
۱۹. صادقی، محمد، ۱۴۰۶ق، الفرقان فی تفسیر القرآن، چاپ دوم، تهران، انتشارات فرهنگ اسلامی.
۲۰. علی آبادی، عبدالحسین، ۱۳۸۹، حقوق جنایی، جلد اول، تهران، انتشارات فردوسی.
۲۱. غضنفری، علی و آغامحمد نبیل، ۱۳۹۳، عقو از قصاص در متون فقهی مذاهب اسلامی، فصلنامه علمی-ترویجی مطالعات تقریبی مذاهب اسلامی (فروغ وحدت)، سال نهم، دوره جدید، شماره ۳۶.
۲۲. قبله‌ای خویی، خلیل، ۱۳۸۵، قواعد فقه بخش جزا، تهران، انتشارات سمت.
۲۳. کاتوزیان، ناصر، ۱۳۸۶، حقوق مدنی (ضمان قهری، مسئولیت مدنی)، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
۲۴. کلینی، ابوجعفر محمد بن یعقوب، ۱۹۹۲م، الاصول من الکافی، چاپ اول، بیروت، دارالاضواء.
۲۵. گروه آموزشی حقوق جزا، ۱۳۹۳، حقوق جزای اختصاصی منطبق با قانون جدید مجازات اسلامی، دپارتمان حقوق و علوم سیاسی.
۲۶. گلدوزیان، ایرج، ۱۳۹۰، دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع، مقالات حقوقی، مقالات حقوق جزا.
۲۷. گلدوزیان، ایرج، بی تا، حقوق جزای اختصاصی، تهران، انتشارات دانشگاه تهران، شماره ۲۴۹۹.
۲۸. محسنی، مرتضی، ۱۳۸۹، دوره حقوق جزای عمومی، کلیات حقوق جزا، جلد اول، تهران، انتشارات گنج دانش.
۲۹. محقق داماد، سید مصطفی، ۱۴۰۶ ه.ق، قواعد فقه، تهران، مرکز نشر علوم اسلامی.
۳۰. محقق داماد، مصطفی، ۱۳۸۹، قواعد فقه بخش مدنی، جلد دوم، تهران، انتشارات سمت.
۳۱. محمدی جورکویه، علی، ۱۳۹۴، تخییری یا تعیینی بودن حق قصاص، حقوق اسلامی، سال دوازدهم، شماره ۴۴.

۳۲. مرادی، حسن و علی شهبازی، ۱۳۹۴، عنصر معنوی قتل عمدی در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲، پژوهش حقوق کیفری، سال چهارم، شماره سیزدهم.
۳۳. مرعشی شوشتری، سید محمد حسن، ۱۴۲۷ ه.ق، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، تهران، نشر میزان.
۳۴. موحّد، محمدعلی، ۱۳۸۸، در هوای حق و عدالت، تهران، انتشارات کارنامه.
۳۵. میرمحمد صادقی، حسین، ۱۳۸۳، دادگاه کیفری بین المللی، تهران، انتشارات دادگستر.
۳۶. نظری نژاد، محمد رضا، ۱۳۹۰، دفاع مشروع فردی در تجاوز اراضی، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره دوم.
۳۷. ولیدی، محمدصادق، ۱۳۹۱، حقوق جزای اختصاصی: جرایم علیه اشخاص، جلد دوم، تهران، انتشارات امیرکبیر.

منابع عربی

۱. ابن منظور، ۱۹۸۸م، لسان العرب، چاپ اول، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.
۲. السیوری، جمال الدین المقداد بن عبدالله (فاضل مقداد)، ۱۳۷۳، کنز العرفان، چاپ پنجم، انتشارات مرتضوی.
۳. شاطبی، ابواسحاق، ۱۹۹۶م، الموافقات، چاپ دوم، بیروت، دارالمعرفه.
۴. طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ه.ق، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۵. فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶ ه.ق، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی.
۶. مرعشی نجفی، سید شهاب الدین، بی تا، السرقة علی ضوء القرآن و السنه، تقریرات درس حدود مقرر، سید عادل علوی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.
۷. موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن، ۱۴۰۱ ه.ق، قواعد فقهیه، تهران، مؤسسه عروج.
۸. نجفی، محمد حسن، بی تا، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی.

1. Bantekas. Ilias, Nash.susan (2003), *International Criminal Law*, Second Edition, London, Cavendish Publishing limited.
2. Clarkson, C. M. V (1987), *Understanding Criminal Law*. London: Fontana press. Elliott, Catherine and Quinn, Rances (2006), *Criminal law*, London: Pearson Longman.
3. Elliott, Catherine and Quinn, Rances (2006), *Criminal law*, London: Pearson Longman.
4. Fletcher, George P. (2005), *American law in a Global Context: The Basics*. New York, Oxford University Press.
5. Fletcher, George P. (2005). *American law in a global context: the basics*. New York, Oxford University Press.
6. Fletcher, George P.(2000), *Rethinking Criminal Law*, New York, Oxford University Press.
7. Greenawalt, Kent(1984), *The Perplexing Borders of Justification and Excuse*, Columbia Law Review 84, No.8.
8. Henry Campbell Black, M.A (1983), *Black's law Dictionary*, West Publication.
9. Hurd, Heidi M.(1999), *Justification and Excuse, Wrongdoing and Culpability*, Notre Dame Law Review, No.74.
10. Jefferson, Michael *Criminal Law*, Longman Fifth Edition, 2001.
11. Robinson, Paul H.(1994), *Competing Theories of Justification: Deeds v. Reasons*, (paper presented at Cambridge University Workshop on Current Problems in Criminal Theory.
12. Sangro, Boaz (2006). *Self-defence in criminal law (Vol. 1)*. North America: hart publishing.

Abstract

The study of defense in human societies is one of the most important sources that has always been in history. The legitimate defense of fixed institutions and installations in different systems and the effects of their common soul is that the change of time and place does not set aside its principle. Legitimate defense is one of the cornerstones of crime justification. Social benefits are required in cases where, for various reasons, such as lack of community action, to prevent a person from committing a crime, the person at risk is allowed to personally stand up to Johnny. Therefore, the legislator in Article 156 of the Islamic Penal Code of 2013 recognized this important legal entity and explained its conditions. In its previous laws, the Iranian legislators considered the situation with legitimate defense, and assumed that they all defended the defense as the corollary of the crime and did not consider the defendant to be a criminal offense. On the other hand, assuming the absence of defense conditions, even one of its conditions, did not disclose the defense and conferred the full responsibility of the offense. In other words, there were or did not exist in the Iranian legislature or legitimate defense with all its conditions, and there was no way in this regard. Therefore, in this research, we are going to examine the conditions and pillars of its realization (especially crimes) in Iran's criminal law and the developments of the Islamic Penal Code, approved in 1392, by means of a descriptive-analytical method, while analyzing the legal and legal foundations of legitimate defense. Finally, Study the effects of it in the affirmation or denial of the right of retribution.

Key words: defense, legitimate defense, crime, retribution



Islamic Azad University

Shahr-e- Qods Branch

Faculty of Humanities - Department of Law

A Thesis Submitted in partial Fulfillment of the Requirments for
the degree of M.A in Law

Title

The legitimate defense and the works of its confirmation of retribution Taking
note of the Islamic Penal Code approved 2013

Supervisor

Dr. Alireza Milani

Advisor

Dr. Masoud Beyranvand

By

Mahdi Hamidi

Winter 2018