

دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن

سعید عبدالله یار**

محمدابراهیم شمس ناتری*

چکیده

تجویز دفاع مشروع بعنوان یک نهاد حقوق کیفری در جهت صیانت از حقوق فرد در معرض تجاوز، امری مسلم و قطعی می‌باشد. این تجویز با پیشینه‌ای کهن، ریشه در فطرت آدمی داشته و در حال حاضر در اکثر قانونگذاری‌ها به فردی که جان، آزادی، عرض و یا مال او در معرض تهدیدی فوری قرار گرفته، بعنوان امری استثنایی به وی اجازه داده شده تا در حد ضرورت و در جهت دفع آن از خود واکنش نشان دهد.

از دیرباز این سؤال مطرح بوده است که مبنا و فلسفه جواز دفاع مشروع چیست. در پاسخ به این سؤال مبانی از قبیل: طبیعی دانستن دفاع، دفاع بعنوان نوعی خاص از حالت ضرورت، تجاوز بعنوان عامل ایجاد کننده حق دفاع و یا توجیه بر اساس آثار اجتماعی آن مطرح است. ضمن بررسی نقاط قوت و ضعف هر یک از این نظریات و در نظر گرفتن ارکان و شرایط دفاع مشروع، اصل کرامت انسانی و مقتضیات آن می‌تواند مبنایی مناسب برای توجیه حق دفاع محسوب گردد.

* استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس قم دانشگاه تهران (نویسنده مسئول).

eshams@qc.ut.ac.ir

** دانشجوی مقطع کارشناسی ارشد حقوق جزا و جرم‌شناسی پردیس قم دانشگاه تهران

s.ablollahyar@qc.ut.ac.ir

تاریخ پذیرش: ۱۳۹۰/۳/۷

تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۷/۵

واژه‌های کلیدی: دفاع مشروع، دفاع، تجاوز، مبانی، کرامت انسانی

۱. مقدمه

انسان در دوران‌های مختلف تاریخ به هنگام روبرو شدن با تجاوز، برای حفظ حیات و دارایی خود دفاع را لازم و حق خود دانسته و اقدام به دفع آن نموده است. چرا که چنین واکنشی از سرشت انسان سرچشمه می‌گیرد و می‌توان گفت تاریخ آن با تاریخ حیات بشری بر روی کره خاکی پیوند خورده است. همین ویژگی سبب شده تا پس از حاکمیت قانون در جوامع، نهاد دفاع از خود یکی از کهن‌ترین مسایل حقوق جزا محسوب گردد.

به رسمیت شناختن موضوع دفاع مشروع در نظام‌های حقوقی مختلف، از سابقه‌ای طولانی برخوردار است. چنانکه در حقوق اسلام، روم و در میان بابلی‌ها نیز این اصل یعنی دفاع در برابر تجاوز غیرمشروع تحت شرایطی محترم و مجاز اعلام شده و شخص مدافع را در چنین وضعیتی سزاوار سرزنش نمی‌دانسته‌اند.

علیرغم اجماع بر پذیرش اصل دفاع بعنوان یک اقدام مجاز در خصوص مبنای مشروعیت آن میان نظریه پردازان اختلاف نظرهایی وجود دارد. برخی از دانشمندان در پی تبیین مشروعیت دفاع با در نظر گرفتن فرد مدافع، وضعیت وی حین دفاع و حقوق مورد حمایت متعلق به او، برخی دیگر از طریق تأکید بر اقدام متجاوز و گروهی نیز با دخالت دادن عامل سومی به نام جامعه اقدام مدافع را موجه تلقی می‌نمایند.

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. به عبارت دیگر، مسأله این است که 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؟ که در پاسخ اولیه به آن می‌توان گفت، لزوم صیانت

از کرامت و حقوق انسانی در قالب اقدام دفاعی متناسب در مقابل تجاوزی ناروا، اساس و مبانی مشروعیت دفاع را تشکیل می‌دهد.

در این نوشتار ضمن بررسی اجمالی تعریف، موضوع، ارکان دفاع مشروع و نظریه‌های ارائه شده از سوی اندیشمندان این حوزه در خصوص مبانی دفاع مورد ارزیابی قرار خواهد گرفت و در پایان نظریه‌ای که جنبه‌های مختلف موضوع را پوشش دهد، پیشنهاد خواهد شد که می‌تواند از فراگیری کافی در این خصوص برخوردار باشد.

۲. تعریف، موضوع و ارکان دفاع مشروع

این قسمت از نوشته اختصاص به شناخت دفاع مشروع دارد که پس از ارائه تعریف، آنچه که در نتیجه دفاع از آن حمایت می‌شود تحت عنوان موضوع مورد مطالعه قرار خواهد گرفت و در نهایت با بررسی ساختار دفاع مشروع، ارکان آن موضوع بحث می‌باشد.

۲-۱. تعریف دفاع مشروع

واژه دفاع مشروع از دو جزء تشکیل شده است: دفاع و مشروع. در لغت نامه دهخدا، واژه "دفاع" این چنین معنا شده است: دفاع یعنی موج بزرگ از دریا، هر چیز بزرگ که بدان مثل وی دفع کرده شود، چیز عظیم و بزرگ که بدان، مانند خودش را دفع کند و همچنین دفاع کردن به معنای رفع تعرض است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۹۶۲۳). کلمه مشروع نیز از ماده شرع، مشتق شده است. از جمله معانی شرع عبارتند از: دین و مذهب، راست و آشکار، آیینی که از سوی خداوند، توسط پیامبران بر بندگان آورده شده و آشکار کردن راه بوسیله خداوند بر ما (ابن منظور، ۱۱۱۹: ۲۲۳۸).

در ارتباط با دفاع مشروع از سوی قانونگذار تعریفی ارائه نشده و تنها به بیان شرایط، ذکر موضوعات مورد حمایت و احکام آن اکتفا شده است. برخی از حقوق دانان، دفاع مشروع را ارتکاب فعل مجرمانه‌ای دانسته‌اند که طی آن شخص جرمی دیگر را با آن دفع می‌نماید (عطار، ۱۳۷۵: ۲۹) در نوشتار برخی، به حقی اعطائی از سوی قانونگذار در جهت دفع تجاوز تعریف شده (همان) و گروهی دیگر نیز آن را به مثابه یک تکلیف در جهت حمایت از نفس خود یا دیگری قلمداد نموده‌اند

(عوده، بی تا: ۴۷۳).

با بررسی تعریف‌های ارائه شده از سوی صاحب نظران و در نظر گرفتن شرایط و ارکان مقرر در قانون؛ می‌توان تعریف زیر را پیشنهاد نمود:

"دفاع مشروع حقی است قانونی که شخص با توسل به آن می‌تواند در موقعیتی ضروری و با رفتاری به ظاهر مجرمانه، تجاوزی قریب الوقوع یا بالفعل و ناروا که نفس، آزادی تن، ناموس، مال او یا دیگری را مورد تهدید قرارداده را دفع نماید".

همانگونه که از تعریف مذکور بر می‌آید، در دفاع مشروع با دو موضوع حمایتی و ساختاری تحت عنوان "موضوع" و "ارکان" مواجه خواهیم بود. بخش حمایتی دفاع مشروع، شامل موضوعاتی است که در پایان یک دفاع موفق، از آن حمایت شده است و ساختار دفاع را می‌توان دو رکن دفاع و تجاوز دانست که در دو بخش بعدی هر یک بطور جداگانه و به اختصار مورد مطالعه قرار خواهد گرفت.

۲-۲. موضوع مورد حمایت در دفاع مشروع

هدف نهایی از دفاع مشروع صیانت از حقوقی است که مورد حمایت قانون است و در نظام‌های مختلف حقوقی، رویکردهای متفاوتی نسبت به محدوده و موضوع آن وجود دارد. جدای از اشتراکات موجود در زمینه موضوعات مورد حمایت، موضع هر نظام حقوقی در این خصوص تا حد فراوانی متأثر از فرهنگ، آداب و سنن و نوع نگاه آن نظام به فرد و اجتماع می‌باشد.

اگر چه در حال حاضر اکثر قانونگذاری‌ها دفاع در برابر تعرض نسبت به نفس، ناموس (وابستگان)، عرض و مال را به عنوان یک حق مجاز می‌شمارند، اما این حمایت از یک سیر تکمیلی برخوردار می‌باشد که این تکامل و توسعه امروزی حاصل پیشرفت حوزه حمایت از حقوق فردی است. بنحوی که امروزه در بسیاری از قانونگذاری‌ها به شخص در معرض حمله به نفس، ناموس (وابستگان)، آزادی تن، شرف و آبرو و مال اجازه دفع آن داده شده است، تجویز دفاع از دیگری که نیاز به کمک دارد، خود جلوه‌ای نمایان از این توسعه موضوعی می‌باشد.

شاید بتوان ادعا کرد نخستین موضوعی از حقوق فردی که از ابتدا مورد حمایت قرار گرفته و کسی در آن تردید نداشته است، دفاع در برابر تعرض به نفس بوده است (فلچر، ۱۹۹۸: ۱۳۳). طبیعی است که برای انسان چیزی ارزشمند تر از جان نیست و

همین دفاع از نفس پایه و اساس دفاع مشروع در مقیاس امروزی را تشکیل می‌دهد. خلقت انسان بر پایه آزادی بعنوان یکی از لوازم زندگی فردی و اجتماعی و مصونیت نسبت به هر گونه محدودیت از قبیل توقیف و حبس غیر مجاز، به انسان این امکان را می‌دهد تا در مواردی که این حق در معرض تجاوز قرار گرفته است، از خود واکنش نشان داده و آن را دفع نماید و جز در مواردی که قانون برای افراد محدودیتی در نظر گرفته، کسی حق ایجاد چنین محدودیتی را نخواهد داشت.

ناموس، شرف و آبرو نیز لازمه حیات اجتماعی هر فردی می‌باشد و بدیهی است که در صورت تعرض به این جنبه از حیات آدمی، فرد باید قادر به استفاده از یک نیروی بازدارنده در جهت دفع آن و جلوگیری از آثار آن باشد. بر خلاف دفاع از نفس، محدوده تجویز دفاع از این قسم موضوعات را فرهنگ و ارزشهای حاکم بر آن جامعه تعیین می‌کند. چنانکه در حقوق اسلامی بخاطر حاکمیت ارزشهای الهی و جایگاه ناموس و شرف در آن و در کنار دفاع از نفس، صحبت از وجوب دفاع به میان می‌آید (طباطبایی، ۱۴۲۲: ۶۲۷ و علامه حلی، ۱۴۱۹: ۵۷۱) در حالی که در بسیاری از نظام‌های حقوقی چنین اهمیتی در قالب یک الزام فردی مشاهده نمی‌شود.

در راستای حمایت قانون از حقوق فرد، موضوعی که در دفاع بیشترین اختلاف را در جهت حمایت قانونی به همراه داشته، تعرض نسبت به مال است، چرا که موضوع آن از اهمیت کمتری نسبت به سایر موضوعات برخوردار بوده و از سوی دیگر امکان جبران در بسیاری از موارد، از طریق مراجعه بعدی به متعرض، حمایت آن را با ابهام روبرو ساخته است. این ابهام گاه از حیث اصل اقدام دفاعی و گاه میزان و شدت عمل دفاعی است که آیا شخص می‌تواند در برابر تعرضاتی که موضوع آنها مال است به دفاع پردازد؟ و اینکه اگر پاسخ به این سؤال مثبت است آیا استفاده از نیروی کشنده برای دفع چنین تعرضاتی مجاز است یا نه؟

در برخی قانونگذاری‌ها از جمله ایران، استفاده از یک نیروی کشنده تحت شرایطی خاص برای دفع متعرض نسبت به مال مجاز اعلام شده (بند ج ماده ۶۲۹ ق.م.ا) در حالی که در برخی دیگر از قانونگذاری‌ها، بخاطر امکان جبران آن و عدم تناسب بین منافع، در چنین موضوعاتی دفاع کشنده ممنوع می‌باشد (آلبرشت^۱، ۲۰۰۷: ۷۸).

با تبیین موضوعات مورد حمایت در دفاع مشروع، اکنون سوال این خواهد بود که چه زمانی می‌توان گفت این موضوعات در معرض تجاوز قرار گرفته است و برای اقدام حمایتی از آنها چگونه می‌توان واکنش نشان داد که در بخش بعدی ضمن بررسی ارکان دفاع مشروع به آن پرداخته خواهد شد.

۲-۳. ارکان دفاع مشروع

اگر فرایند دفاع مشروع را یک کنش از سوی متجاوز و در مقابل اقدام دفاعی را واکنشی از سوی مدافع در راستای دفع حمله بدانیم، در این صورت در دفاع مشروع با دو رکن اساسی روبرو خواهیم شد. رکن اول که نتیجه آن نقض یکی از حقوق مورد حمایت قانون است و از آن تعبیر به تجاوز می‌شود و رکن دوم در جهت صیانت از حق و بواسطه اثری دفعی که بر جای می‌گذارد از آن به دفاع یاد می‌شود. برای اینکه اقدام مدافع مشروع تلقی گردد هر یک از این دو رکن باید واجد ویژگی‌هایی باشد که موضوع مورد بررسی قسمت بعد خواهد بود.

۲-۳-۱. تجاوز و شرایط آن

تجاوز در لغت بمعنای عفو کردن گناه کسی، چشم پوشیدن و اغماض کردن، از حد در گذشتن، بگذشتن از چیزی، تخطی، تعدی و بیرون شدن از حد و حق و عدل آمده است (دهخدا، ۱۳۷۳: ۵۶۳۱) و در اصطلاح نیز بمعنای خروج از یکی از مقررات جاری کشور از روی قصد که طبعاً باعث مجازات (اعم از مجازات انتظامی و غیر آن) یا سبب اخذ خسارت گردد (لنگرودی، ۱۳۸۷: ۱۳۹). بطور خاص تجاوز در دفاع مشروع عبارت است از هر گونه اقدام بر ضد دیگری که نتیجه آن نقض یکی از حقوقی شود که از سوی قانونگذار مورد حمایت قرار گرفته است.

۲-۳-۱-۱. غیرقانونی بودن تجاوز: در خصوص شرایط تجاوز و خطر،

حقوقدانان غیر قانونی بودن را بعنوان یکی از اوصاف آن قلمداد کرده اند (صانعی، ۱۳۸۲: ۲۵۸). گفته شده است که دفاع تنها در صورتی مشروع تلقی می‌گردد که در مقابل تجاوزی غیر قانونی صورت گیرد (همان). توضیح آنکه برخی از خطرهای قانونی و مشروع هستند، مثل تادیب فرزند توسط پدر یا انجام عمل جراحی از سوی پزشک مجاز برای معالجه فرد و بعضی دیگر از خطرهای غیر مشروع می‌باشند. دفاع مشروع تنها بر ضد خطراتی جایز است که غیر مشروع به شمار می‌رود (عطار، ۱۳۷۵: ۴۴).

اما به نظر می‌رسد ملاک برای تجویز دفاع را باید ناروا بودن تجاوز نسبت به مدافع دانست، چرا که می‌توان مواردی را تصور کرد که عملی بر اساس تجویز قانونگذار در موارد خاص قانونی و مشروع محسوب گردد، اما شخص مورد تجاوز همچنان مجاز به دفع آن باشد مانند جایی که شخص مضطر برای رفع حالت اضطرار از خود ناگزیر به نقض حقوق دیگری می‌شود. در چنین حالتی شخص صاحب حق از حیث قواعد حقوقی، هیچ تکلیفی به تحمل و پذیرش اقدام مضطر نخواهد داشت، زیرا دلالت ادله‌ای که مربوط به قاعده ضرورت می‌باشد، تنها این است که در صورت ارتکاب رفتار غیرقانونی توسط شخص مضطر، این شخص از تعقیب و مجازات کیفری در امان خواهد بود. اما این ادله نافی حقوق دیگران در دفاع از حقوق خویش در مقابل تعرضاتی که از سوی مضطر به جان یا مالشان ممکن است وارد آید، نمی‌باشد. بنابراین اطلاق قاعده تسلیط^۲ و حقوق ناشی از آن از جمله حق دفاع و قاعده لاضرر در مقابل تعرضات مضطر کماکان باقی است. در نتیجه به نظر می‌رسد که ملاک ناروا بودن عمل نسبت به فرد در معرض خطر، عنوانی مناسب‌تر برای این شرط از تجاوز و ایجاد کننده حق دفاع برای وی خواهد بود.

۲-۱-۳-۲. قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز: قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز نیز شرط دیگری است که هم در قانون مجازات اسلامی (ماده ۶۱) و هم در عبارات حقوقدانان بعنوان یکی از شرایط تجاوز به چشم می‌خورد (نوربها، ۱۳۸۷: ۲۶۴ و شامبیاتی، ۱۳۸۰: ۳۴۲). بدین معنا که تجاوز به حدی به فرد نزدیک شده است که برای حفظ حقوق و منافع، دیگر هیچ تاخیری در دفاع جایز نمی‌باشد (فلچر، ۱۹۹۸: ۱۳۳).

با توجه به هدفی که در دفاع مشروع دنبال می‌شود، در اصل پذیرش چنین شرطی یعنی قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز تردیدی وجود ندارد. چرا که دفاع مشروع بعنوان امری استثنایی، برای پاسخ به جرمی که قبلاً اتفاق افتاده بدلیل امکان پیگیری آن از طریق قانونی مجاز نخواهد بود و چنین اقدامی انتقام محسوب می‌شود، حال آنکه در قوانین جایی برای انتقام وجود ندارد (محسنی، ۱۳۷۶: ۲۳۱). از سوی دیگر برای تجاوزی که در آینده شخص را تهدید می‌کند قانون مداخله قوای تامینی را پیش بینی نموده و اجازه هر نوع اقدام خودسرانه را از افراد گرفته است. در نتیجه تنها در مقابل تجاوز قریب الوقوع و فعلی اقدام مدافع برای دفاع مشروع قلمداد می‌شود.

در حقوق اسلامی، احراز قصد متجاوز را معیار قریب الوقوع بودن تجاوز دانسته‌اند (طوسی، ۱۴۱۶ق: ۳۴۵) و صرف احتمال را ناکافی و اقدام ابتدائی را بعنوان دفع پیشدستانه، مجاز نمی‌دانند (خویی، ۱۴۲۸ق: ۴۲۲). اما این دسته نحوه احراز قصد را به سکوت و اگذار نموده‌اند و تنها به ذکر چند مصداق از چنین تجاوزی از جمله کشیدن سلاح، ورود به قهر و غلبه و یا ورود به حریم بدون اذن اکتفا نموده‌اند (نجفی، بی تا: ۵۸۳ و خوانساری، ۱۳۶۴: ۱۷۱). ذکر این مصادیق نشان می‌دهد که ضابطه فقها برای احراز قریب الوقوع بودن وجود دلایل عینی و منطقی بر اینکه فرد بزودی مورد حمله قرار خواهد گرفت و این دلایل باید بگونه‌ای باشد که مدافع ظن غالب به حمله پیدا کند و منطقی است که در چنین حالتی به فرد اجازه دفاع داده شود تا از وقوع حمله جلوگیری بعمل آورد.

۲-۳-۲. 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. شکل گیری 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 بی قید 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 بعنوان تنها راه دفع تجاوز و در وهله دوم، وجود تناسب بین آن دو ضروری بنظر می‌آید. در نتیجه برای اطلاق دفاع مشروع به یک عمل، وجود دو شرط ضرورت و تناسب لازم است که در ادامه مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

۲-۳-۲-۱. ضرورت دفاع: برای آنکه فرد بتواند از مقررات کیفیات موجهه و

عدم مسئولیت استفاده نماید، باید دفاع ضروری و تنها چاره برای رهایی از مهلکه باشد (محسنی، ۱۳۷۶: ۲۴۱). یعنی ارتکاب فعلی که در شرایط عادی جرم است، تنها وسیله رهایی او از حمله باشد، در غیر این صورت، دفاع مشروع مصداق پیدا نخواهد کرد. شرط ضرورت، ارتباط بسیار نزدیکی با قریب الوقوع یا فعلی بودن تجاوز دارد

(الیوت و کوئین^۳، ۲۰۰۷: ۳۴۱). بدین معنا که دفاع با توجه به اوضاع و احوال و موقعیت متجاوز نسبت به مدافع تنها در جایی ضروری است که حمله تهدید کننده به مرحله قریب الوقوع یا فعلیت رسیده باشد و 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 قریب الوقوع یا فعلیت حمله، ضرورت دفاع نیز محقق می‌شود.

اگرچه در قانون مجازات اسلامی بر خلاف قانون مجازات عمومی ۱۳۰۴ بطور صریح شرط ضرورت ذکر نشده است، اما همانطور که از عبارت «توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله قوای مذکور در رفع تجاوز و خطر موثر واقع نشود» بر می‌آید، اقدام مدافع در دفع باید تنها راه رهایی او از اقدام متجاوز باشد. بنابراین اگر راه دیگری از جمله امکان مداخله قوای مذکور باشد وجهی برای اقدام فرد نخواهد بود.

۲-۲-۳-۲. تناسب بین دفاع و تجاوز: شرط دیگری که برای دفاع بیان شده است، شرط تناسب دفاع با تجاوز می‌باشد بدین معنا که بین منافع متضاد، یعنی منافی که در نتیجه حمله به خطر افتاده و منافی که در راستای دفاع از بین رفته، لازم است تناسب برقرار باشد (فلچر، ۲۰۰۵: ۵۷۷) و مدافع باید در پاسخ به تجاوز با توجه به اوضاع و احوال، پاسخی متناسب و معقول از خود نشان دهد (کلارکسون^۴، ۱۹۸۷: ۸۰).

این شرط را می‌توان نتیجه شرط ضرورت و مکمل آن دانست. به عبارت دیگر، پس از احراز ضرورت اصل عمل دفاعی، این سوال مطرح خواهد شد که، آیا شدت عمل مدافع با ضروری که احتمال داشت در نتیجه تجاوز به وی وارد شود تناسب داشته است یا خیر؟ برای پاسخ به این سوال مفهوم تناسب را می‌توان از دو جنبه مورد بررسی قرار داد. ۱- تناسب بین منافع مورد تهدید ۲- تناسب بین ابزارها و وسایل.

۱- تناسب بین منافع مورد تهدید: بدین معنا که بین منافی 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 (فلچر، ۱۹۹۸: ۱۳۶). 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 نا متناسب خواهد بود (همان).

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 (پیمانی، ۱۳۵۷: ۲۰۰). 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.

۲- تناسب بین ابزارها و وسایل: تناسب گاه به همانندی آلات و ابزاری که طرفین به کار می‌برند اطلاق می‌شود و در این حالت دفاع در صورتی متناسب با حمله است که طرفین در جریان دفاع مشروع از سلاح و ابزاری شبیه یا در حکم شبیه به یکدیگر استفاده نمایند.

یکی از شعب دیوان عالی کشور در رأی خود در این خصوص، همین معیار را برای احراز تناسب دفاع با حمله معتبر دانسته است و مقرر داشته: «دفاع در صورتی متناسب با حمله است که طرفین سلاحی شبیه به یکدیگر یا در حکم شبیه به یکدیگر داشته باشند. بدین معنی که هر دو چوب یا اسلحه و یا آلت مشابه داشته باشند»^۵.

با در نظر گرفتن هدف مدافع در دفاع مشروع که دفع حمله ناروا در شرایطی خاص می‌باشد، چنین معیاری مغایر با آن و نتیجه آن قرار دادن مدافع در تنگنای ایجاد تناسب ابزاری با مهاجم می‌باشد. غافل از اینکه در دفاع با دو فرد با اهداف متضاد روبرو هستیم، متجاوزی که نتیجه اقدام او در صورت موفقیت، نقض حقوق حمایت شده از سوی قانون خواهد بود و مدافعی که در صورت غلبه و دفع، شرایط را به حالت اولیه قبل از تجاوز بازگردانده و در این بین، نوع سلاح و وسیله دفاع اهمیتی ندارد. در نتیجه هر نوع شرط انگاری در این زمینه باید در راستای حمایت از چنین فردی باشد نه ایجاد محدودیت بر سر راه دفع متجاوز.

با توجه به نارسایی مفهوم شرط تناسب در حقوق عرفی، در حقوق اسلامی برای تکمیل شرط ضرورت، تدریجی بودن مراحل دفاع پیش بینی شده است و فقهای

اسلامی بر این عقیده اند که باید دفاع از اقدامات آسان و دارای زیان کمتر شروع گردد و بعد از انجام هر مرحله، به مرحله سخت و زیانبارتر روی آورد (حلی، بی تا: ۱۸۹ و شهیدثانی، ۱۴۲۵ق: ۴۹). مگر اینکه وضعیت به گونه‌ای باشد که نتوان رعایت ترتیب مراحل را کرد (خمینی، بی تا: ۴۴۸).

بنابراین رعایت تدریج مراحل، در تکمیل شرط ضرورت دفاع، شرطی هماهنگ با مبانی و اهداف دفاع مشروع است و ضمن رعایت حقوق فرد در معرض حمله، با حفظ ویژگی بازدارنده بودن دفاع، تامین کننده مصالح اجتماع نیز می‌باشد. پس از بررسی تعریف، موضوع و ارکان دفاع مشروع، اکنون و در پاسخ به این سوال که مبنای دفاع مشروع چیست و چرا حق دفاع ایجاد می‌شود، در فصل بعد و به تفصیل به آن پرداخته خواهد شد.

۳. مبانی و رویکردهای فلسفی دفاع مشروع

در ارتباط با مبانی تجویز دفاع، نظرات مختلفی ارائه شده است که در سه رویکرد کلی قابل دسته بندی می‌باشند. 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 برآمده اند که به هر یک از آنها در قالب سه مبحث خواهیم پرداخت.

۳-۱ رویکردهای ناظر به عمل دفاعی

در این مبحث نظریاتی مورد بررسی قرار می‌گیرد که با در نظر گرفتن ویژگی‌های موجود در یکی از ارکان دفاع مشروع یعنی عمل دفاعی، مشروعیت دفاع را توجیه نموده و به فرد حق دفاع می‌دهند.

۳-۱-۱ نظریه دفاع بعنوان یک حق طبیعی

می‌توان ادعا کرد که قدیمی ترین دیدگاه در باب مشروعیت دفاع، نظریه حق طبیعی می‌باشد. طبق منابع موجود این نظریه در ابتدا از سوی سیسرون^۶ در نخستین سده قبل از میلاد با عبارت « قوانین در مقابل نبرد آزمائی و پرخاشگری خاموش می‌شود » بیان شده است (علی آبادی، ۱۳۸۵: ۲۲۷).

طبق تقسیم هارت^۷، حق را به لحاظ منشأ و خاستگاه می‌توان به دو دسته تقسیم

کرد. حقی که موجودیت 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 می‌نامد. همچون قرارداد خرید و فروش بین دو نفر که برای هر یک از طرفین حقوقی ایجاد می‌شود و دسته دیگر که همه افراد اجتماع از آن بهره‌مند هستند را حق عمومی می‌نامد و حقی است که به صرف انسان بودن برای انسان حاصل می‌شود و چون که هیچ کس در بوجود آمدن آن دست نداشته (مانند حق حیات) حق طبیعی نامیده می‌شود (موحد، ۱۳۸۱: ۶۲ و ۱۵۴).

اساس این نظریه بر حق حیات مدافع به عنوان یک حق طبیعی استوار است. در نگاه هابز^۱ مهم ترین و بلکه تنها اصل حقوق طبیعی، حق صیانت از نفس است و هیچ کس در بند 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 (هابز، ۱۳۸۵: ۱۶۰). 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 می‌باشد، چرا که این حق بازگوی نظم طبیعی است و در چارچوب زمان و مکان محدود نمی‌شود. در نتیجه صورت موضوعه این حق نیز در جهت تأسیس نیست، بلکه تنها در مسیر به رسمیت شناختن و ارائه راهکارهای مناسب اعمال آن در مقابل متجاوزان می‌باشد.

باتوجه به محدوده حقوق طبیعی، این رویکرد تنها بخشی از حقوق انسان را حمایت می‌کند. آن دسته از حقوقی که جنبه طبیعی داشته و نسبت به اموال، به عقیده آنهایی که مالکیت را حق طبیعی نمی‌دانند، کافی نیست (علی آبادی، ۱۳۸۵: ۲۲۷). حقیقت این است که برطبق این توجیه، دفاع وصف حقی را که از آن حمایت می‌شود به خود می‌گیرد، بنابراین هرگاه این حق از حقوق طبیعی باشد، دفاع هم حقی طبیعی است ولی چنانچه حقی که از آن دفاع می‌شود از حقوق طبیعی فرد مدافع نباشد (مانند مقابله با حمله نسبت به عرض)، دفاع از آن موجه نخواهد بود (باهری، ۱۳۸۴: ۳۳۱). با توجه به اینکه دفاع مشروع، موضوعات دیگری غیر از حیات را نیز در بر می‌گیرد، این نظریه از فراگیری کافی برای توجیه حق دفاع برخوردار نمی‌باشد.

۲-۱-۳. نظریه ضرورت عمل دفاعی

صورت نخستین دفاع از خود در برخی از قانونگذاری‌ها^۹ بیان‌کننده محدودیت‌هایی برای مدافع در هنگام مقابله با یک حمله غیر عادلانه بوده است. در این مقررات متأثر از آموزه‌های 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 می‌شد. چنانچه کسی در چنین وضعیتی مرتکب قتل می‌شد، می‌بایست از پادشاه بدین عنوان که مجرمی شایسته رأفت است، تقاضای عفو نماید و هر وقت ضرورت دفاع از نفس ثابت می‌شد درخواست عفو مدافع قاتل پذیرفته می‌شد (عطارد، ۱۳۷۸: ۳۴).

تحت تأثیر چنین مبنايي، 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، ۱۹۹۸: ۱۳۱).

در چنین حالت‌هایی بخشودگی متهم همگام با ضرورت به عنوان یک عذر بود، اگر چه مدافع از مجازات معاف می‌شد اما این عفو بر روی سایر آثار 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 نمی‌باشد زیرا، کسی که در حالت ضرورت مرتکب جرم می‌شود برای نجات خود به شخص ثالث بی گناهی که تأثیری در ایجاد خطر نداشته ضرر می‌زند. اما در دفاع مشروع عمل مدافع متوجه به همان کسی است که ایجاد خطر کرده و لذا دفاع با حالت ضرورت فرق دارد (گارو، ۱۳۴۴: ۱۸).

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، نظریه‌ای غیر واقع بینانه و افراطی ساخته است که پذیرش آن موجب ترویج پرخاشگری در جامعه خواهد شد. زیرا مهاجم 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.

۳-۱-۳. نظریه عمل دفاعی تحت تاثیر اکراه ناشی از تهدید

گروهی مبنای مشروعیت را اکراه ناشی از تهدید می‌دانند و معتقدند کسی که از سوی مهاجم با یک حمله روبرو می‌شود به طور ذهنی مورد تهدید قرار می‌گیرد. در این حالت بنا به گفته هابز شخص 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» (سانگرو^۱، ۲۰۰۶: ۳۷). در نتیجه فرد گزینه اول را انتخاب می‌کند و مرتکب جرم می‌شود و همانطور که بتنام^{۱۱} و هولمز^{۱۲} گفته اند یک شخص همیشه در چنین موقعیت‌هایی ادامه حیات خود را انتخاب خواهد کرد، اگر چه این انتخاب منجر به گرفتن حیات از دیگری شود (همان).

نقطه تمرکز این دیدگاه بر وضعیت روانی کسی که مورد حمله قرار گرفته می‌باشد، 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 چاره‌ای جز کشتن مهاجم ندارد. طبق این دیدگاه اگر چه مدافع از نظر اخلاقی مقصر است، اما مجازات وی هیچ دلیل و فایده‌ای ندارد و جامعه به همین دلیل مدافع را برای عملی که انجام داده از مجازات معاف می‌کند.

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 مامورین دولتی نیز مجوز عکس العمل خواهد داشت (پیمانی، ۱۳۵۷: ۳۹). بعلاوه اینکه در چنین حالتی از مدافع نمی‌توان 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 تهدیدکننده 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 می‌پردازد. بنابراین در چنین مواردی توجیهی برای اقدام به دفاع وجود نخواهد داشت.

۲-۳. رویکردهای ناظر به فعل مهاجم

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

۱-۲-۳. نظریه تجاوز به عنوان عامل اصلی

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

طبق یکی از این دیدگاه‌ها که از سوی متناگیو^{۱۳} مطرح شده است چنین آمده که شخص متجاوز با تجاوز خود یک حق انتخاب به مدافع تحمیل می‌کند، انتخاب بین حیات خود و حیات متجاوز و از نظر اخلاقی موجه این است که در این تحمیل، حیات متجاوز را نادیده بگیریم (سانگرو، ۲۰۰۶: ۸۶). وقتی متجاوز با تجاوز خود موقعیتی را ایجاد می‌کند که حیات یکی از طرفین در معرض از بین رفتن قرار می‌گیرد، 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.

ایرادی که به این نظریه وارد است اینکه با پذیرش چنین مبنایی، ضمن محدود کردن دفاع مشروع، برخی از حمله‌ها موجد 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.

۲-۲-۳. نظریه تجاوز به مثابه رضایت

برخی نیز توجیه دفاع مشروع را مبتنی کرده‌اند بر رضایت متجاوز نسبت به نتایج رفتارش (تجاوز) که آن نتایج ناشی از پاسخ مدافع به تجاوز بوده است. طبق این دیدگاه که نینو^{۱۴} مطرح کرده است توجیه دفاع مشروع مبتنی است بر رضایت متجاوز نسبت به نتایج عادی رفتارش (همان: ۸۸). 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.

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 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 تاثیری در ماهیت عمل مجرمانه ندارد و موجب مشروعیت فعل مدافع نمی‌شود. در نتیجه نمی‌توان 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 اماره‌ای بر رضایت مهاجم به آثار بعدی تهاجم خود دانسته است. اما در قاعده اقدام، اقدام به فعل برای تحمل آثار بعدی آن کفایت می‌کند و نیازی به احراز رضایت در آن نیست و به صرف شکل‌گیری

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» (محقق داماد، ۱۳۸۸: ۲۲۱).

با توجه به اینکه یکی از شرایط قاعده اقدام، انجام عمل با توجه و آگاهی می‌باشد لذا در مواردی که اقدام متجاوز بر اساس 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 بر اساس متون فقهی میان مهاجمی که عمل او از روی توجه و آگاهی صورت گرفته و غیر آن تفاوتی مشاهده نمی‌شود و ضمن تجویز حق دفاع مقرر شده: «... اگر مدافع در مقام دفاع از خود به مهاجم صدمه‌ای برساند مال یا خون وی هدر است» (فخرالمحققین، ۱۳۸۹: ۵۴۶ و فاضل هندی، بی تا: ۶۴۹).

۳-۳. 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 می‌شود، برخی را بر آن داشته است تا مشروعیت دفاع را بر پایه ارتباط آن با جامعه استوار سازند و از این رهگذر جنبه‌های مختلف این ارتباط بعنوان مبنای مشروعیت دفاع مطمح نظر قرار گرفته است که در ادامه به آن خواهیم پرداخت.

۱-۳-۳. نظریه تجاوز و نقش حمایتی اجتماع

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 نمی‌باشد (نقش پیشینی جامعه)، به فرد این اختیار را می‌دهد تا با اقدام خود به نمایندگی از طرف جامعه مهاجم را دفع نماید.

می‌توان وضعیت‌هایی را تصور کرد که قوای عمومی که مسئولیت اصلی دفاع از شهروندان را بر عهده دارند تحت شرایطی خاص، از دخالت در امر عاجز می‌ماند و در چنین وضعیتی لازم است که به افراد حق دفاع از خود داده شود (عطّار، ۱۳۷۸: ۴۵).

روسو^{۱۵} نیز دفاع مشروع را بر اساس نظریه خود یعنی قرارداد اجتماعی توجیه

می‌کند. طبق این دیدگاه که در قرن ۱۸ ظهور یافت، در موقع حمله نامشروع پیمان اجتماعی که بر اساس 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 می‌گردد، در نتیجه مجاز است که اعمال حق نماید (علی آبادی، ۱۳۸۵: ۲۲۸).

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 فرض بودن اساس نظریه قرارداد اجتماعی می‌باشد (همان). چرا که انتقال حقوق افراد از طریق قرارداد به اجتماع بیش از یک فرض 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 همچنان باقی خواهد ماند، در حالی که فرد مخیر به دفاع و یا تحمل آثار تجاوز می‌باشد و هیچ الزامی به اقدام دفاعی ندارد.

۲-۳-۳. نظریه دفاع و مجازات متجاوز

در راستای توجیه دفاع با ایجاد ارتباط بین مدافع و جامعه، کارارا^{۱۶} نیز بر اساس 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 می‌شود (عطار، ۱۳۷۸: ۴۴).

این نظریه نیز به نحوی تحت تأثیر نظریه قرارداد اجتماعی روسو است، چرا که کیفر بزهکاران بر اساس قرارداد به جامعه واگذار شده است. در جایی که اجرای این حق از سوی جامعه منتفی می‌شود، نتیجه آن ایجاد حق مجازات به مدافع و از طریق فعل دفاعی می‌باشد. در همین ارتباط برخی مدعی اند که مدافع با عمل دفاعی خود شخص مهاجم را بواسطه ارتکاب عمل غیر قانونی (تجاوز) مجازات می‌کند (سانگرو، ۲۰۰۶: ۸۲).

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 کارگرفته شده در این نظریه گویای این مطلب است که این نظریه تناسب بیشتری با مبانی 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 نمی‌باشد. چرا که در صورت دستیابی جامعه به متجاوز، حق و تکلیف خود در مجازات متجاوز را اعمال خواهد کرد.

۳-۳-۳. نظریه مشروعیت دفاع براساس آثار اجتماعی آن

دیدگاه‌های جدید در باب مشروعیت دفاع، بر کارکرد اجتماعی آن استوار است. در این نوع از رویکردها، عملکرد مدافع از این نظر که در گسترش و توسعه امنیت و عدالت عمومی موثر است، مورد توجه قرار می‌گیرد.

چارچوب کلی این نظریه‌ها، دفاع را به عنوان یک حق صرف در نظر نمی‌گیرد، بلکه بدنبال تبیین مشروعیت آن از طریق ایجاد ارتباط بین عمل دفاعی و آثار اجتماعی آن می‌باشد. این اثر گاه برگرداندن وضعیت جامعه به حالت قبل از تجاوز است و یا فعل دفاعی فوایدی برای اجتماع به همراه دارد که مشروعیت آن را توجیه می‌کند.

گیر^{۱۷} معتقد است که مدافع با عمل خود تعادلی را که از جامعه بواسطه عمل متجاوز به هم خورده است را باز می‌گرداند (باقری، ۱۳۸۳: ۱۷۵) 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 نظریه‌ها که از سوی گارو^{۱۸} مطرح شده است نقطه تمرکز بر روی خدمت مدافع به اجتماع از طریق دفاع می‌باشد (گارو، ۱۳۴۴: ۱۶) 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 تاکید بیش از حد بر کارکرد اجتماعی دفاع، نقطه اوج نظریه‌های جامعه‌نگر را می‌توان در نوشته‌های هایتتر^{۱۹} یافت که دفاع را نه تنها به عنوان اقدامی مفید، بلکه به عنوان وظیفه‌ای نسبت به اجتماع می‌داند که مدافع موظف به ایفای آن می‌باشد. این وظیفه عبارت است از پیشگیری ارتکاب جرم از طریق دفع متجاوز (سانگرو، ۲۰۰۶:

۸۳) و این خصوصیت دفاع، در دفاع از نفس، ناموس، مال و یا آزادی شخص دیگر بهتر نمایان می‌شود، زیرا در این موارد دفاع انجام نوعی وظیفه اخلاقی است که عبارت از حمایت ستم‌دیده است (پیمانی، ۱۳۵۷: ۸۳).

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 می‌کند (سانگرو، ۲۰۰۶: ۸۳) 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 می‌نماید. بر همین اساس و با استناد به قاعده احسان^{۲۰} گفته شده است که «اگر دفع متجاوز به قتل او انجامد خونش ضایع شده و هدر رفته است و چیزی از قصاص و دیه و کفاره بر مدافع نخواهد بود، چرا که او محسن است» (ابن ادریس، ۱۴۲۸ق: ۵۴۵).

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 (محقق داماد، ۱۳۸۷: ۳۰۰).

به نظر می‌رسد که استناد به قاعده احسان برای تجویز دفاع خالی از ایراد نمی‌باشد. چرا که بر اساس این قاعده، محسن کسی است که با قصد انجام نیکی به دیگری در جهت جلب منفعت و یا دفع ضرر از وی اقدام می‌نماید و هر گاه 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 دیگری - را داشته و در این راستا به طرف مقابل صدمه وارد می‌آورد و چه از لحاظ قصد و چه نتیجه عمل، با محسن متفاوت است. در نتیجه استناد به این قاعده برای توجیه اقدام مدافع صحیح نمی‌باشد.

۳-۳-۴. نظریه کرامت و مقتضیات آن

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.

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. اگر چه 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 خویشان و دیگران آن را از خود سلب نکنند از این صفت برخوردار می باشند» (جعفری، ۱۳۷۰: ۲۷۹).

لازمه کرامت و حیثیت انسان 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. اگر چه 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 انسانها آزاد آفریده شده اند و حق دارند آزادانه زندگی کنند و زندگی هر کس 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 کانت^{۲۱} «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 پرهیزند» (رحیمی نژاد، ۱۳۸۷: ۱۵۰). 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، کفه‌ی 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 می‌کند را از خود دفع نماید و این دفع به قید ضرورت و تا آنجا که تهدید ایجاب نماید مقید خواهد شد.

۴. نتیجه‌گیری

با توجه به آنچه در متن گذشت چنین می‌توان نتیجه گرفت که:

اولاً، جهت مشروعیت دفاع، ضمن وجود تجاوز، اقدام دفاعی انجام شده باید متناسب با تجاوز باشد و این تناسب نه بر مبنای تناسب بین منافع مورد تهدید یا تناسب بین ابزارها و وسایل، بلکه تناسب در اقدامات شخص مدافع با تهدید باشد به گونه‌ای که با متناسب‌ترین وسیله متعارف و کمترین هزینه ممکن، تهدید ناشی از تجاوز دفع گردد و از طرف دیگر، اقدام دفاعی جهت دفع تجاوز کاملاً ضرورت داشته باشد. بنابراین، در صورت عدم ضرورت دفاع و یا عدم رعایت تناسب متعارف که همان رعایت تدریج مراحل است، دفاع، مشروعیتی نخواهد داشت.

ثانیاً، همانگونه که گذشت، در خصوص مبنای مشروعیت دفاع نظریات مختلفی ارائه شده است. گرچه هر یک از نظریات ارائه شده از جهاتی خاص، موجه می‌باشند، اما هیچیک از آنها به تنهایی نمی‌توانند توجیه‌کننده مبنای فلسفه‌ی دفاع مشروع باشند و هر کدام در بخشی از موضوع یا حکم و یا هدف دفاع مشروع ناقص جلوه می‌نمایند.

در عین حال از دیدگاه نگارنده، کامل‌ترین و رساترین مبنای دفاع مشروع در لزوم صیانت از کرامت انسانی یافت که بر مبنای آن، اصل تعرض ناپذیری ناروا اقتضاء می‌کند که هر انسانی از تعرض و تهاجم دیگری مصون باشد. بر همین اساس می‌توان برای هر فردی که جان و تن، آزادی، عرض و یا ناموس و همچنین مال او در معرض تهدیدی جدی قرار گرفته، این حق را قائل شد تا از حقوق خود دفاع نموده و اقدام به دفع تجاوز نماید. بنابراین 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؛ مگر اینکه بر اساس قانون، حرمت شخص یا متعلقات وی مخدوش گردد که اصول مختلف قانون اساسی ملهم از آیات شریفه قرآنی و روایات وارده بر این مهم تأکید دارد. لذا در صورت تجاوز به تمامیت جسمانی یا معنوی یا متعلقات انسان، کرامت وی که باید محترم دانسته شده و مورد صیانت واقع شود، مورد آسیب قرار می‌گیرد و بر همین اساس، این حق برای شخص در معرض تهدید ایجاد می‌شود 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 می‌باشد.

پی‌نوشت

1. Albrecht, Hans-George

۲. الناس مسلطون علی اموالهم

3. Albrecht, Hans-George

4. Clarkson

۵. رای شماره ۱۵۸۸، مورخ ۱۳۲۸/۷/۱۵، شعبه ۲ دیوان عالی کشور

6. Marcus tullius Cicero

7. Hart

8. Thomas hobbes

۹. حقوق جزای فرانسه، قبل از انقلاب کبیر در این کشور

10. Sangro

11. Bentham

12. Holmes

13. Montague

14. Nino

15. Rousseau

16. Carara

17. Geyer

18. Garraud

19. Hints

۲۰. ما علی المحسنین من سبیل

21. E.kant

منابع

الف. فارسی و عربی

ابن ادريس، محمد (۱۴۲۸ق). السرائر. ج ۳. قم: موسسه نشراسلامی.

ابن منظور، محمد بن مكرم (۱۱۱۹ق). لسان العرب. ج ۱. قاهره: دارالمعارف .
باقری، صادق (۱۳۸۳). جایگاه دفاع مشروع در فقه و حقوق: قواعد فقه جزایی.
مشهد: آستان قدس رضوی.

باهری، محمد (۱۳۸۴). نگرشی بر حقوق جزای عمومی. تهران: مجد.
پیمانی، ضیاءالدین (۱۳۵۷). دفاع مشروع در حقوق جزای ایران. تهران: دانشگاه ملی
ایران .

جعفری، محمد تقی (۱۳۷۰). حقوق جهانی بشر از دیدگاه اسلام و غرب. تهران:
دفتر خدمات حقوق بین الملل جمهوری اسلامی ایران.

جعفری لنگرودی، محمد جعفر (۱۳۸۷). ترمینولوژی حقوق. تهران: گنج دانش.
حلی، جعفر بن الحسن (بی تا). شرایع الاسلام. ج ۴. بیروت: دارالاضواء.
حلی، حسن بن یوسف (۱۴۱۹ق). قواعد الاحکام فی معرفه الحلال والحرام. ج ۳. قم:
موسسه نشر اسلامی.

خیمینی، روح الله (بی تا). تحریر الوسیله. قم: موسسه نشر اسلامی.
خوانساری، احمد (۱۳۶۴). جامع المدارک فی شرح المختصر النافع. ج ۶. قم:
موسسه اسماعیلیان.

خویی، ابوالقاسم (۱۴۲۸ق). مبانی تکمله المنهاج. ج ۴۲. قم: موسسه احیاء آثار الامام
الخوئی.

دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳). لغت نامه. ج ۷. تهران: موسسه انتشارات و چاپ دانشگاه
تهران.

رحیمی نژاد، اسماعیل (۱۳۸۷). کرامت انسانی در حقوق کیفری. تهران: میزان.
شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۸۰). حقوق جزای عمومی. ج ۱. تهران: ژوبین.

شهیدثانی، زین الدین بن علی العاملی (۱۴۲۵ق). مسالک الافهام. ج ۱۵. قم: موسسه
معارف اسلامی.

- صانعی، پرویز (۱۳۸۲). حقوق جزای عمومی. تهران: طرح نو.
- طباطبایی، علی (۱۴۲۲ق). ریاض المسایل. ج ۱۳، قم: نشر اسلامی.
- طوسی، ابو جعفر محمد بن حسن (۱۴۱۶ق). الخلاف. ج ۵. قم: موسسه نشر اسلامی.
- عطار، داوود (۱۳۷۵). دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام، ترجمه اکبر غفوری. مشهد: آستان قدس رضوی.
- عطار، داوود (۱۳۷۸). دفاع مشروع و تجاوز از حدود آن، ترجمه بهمن رازانی. تهران: باز.
- علی آبادی، عبدالحسین (۱۳۸۵). حقوق جنایی. ج ۱. تهران: فردوسی.
- عوده، عبدالقادر (بی تا). التشریح الجنایی الاسلامی. ج ۱. بیروت: الرساله.
- فاضل هندی، محمد بن حسن (بی تا). کشف اللثام والابهام عن قواعد الاحکام. ج ۱۰. قم: دفتر انتشارات اسلامی.
- فخرالمحققین، محمد بن حسن (۱۳۸۹). ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القوائد. ج ۴، قم: موسسه اسماعیلیان.
- گارو (۱۳۴۴). مطالعات نظری و عملی در حقوق جزا. ترجمه ضیاءالدین نقابت. تهران: ابن سینا.
- محسنی، مرتضی (۱۳۷۶). دوره حقوق جزای عمومی. ج ۳. تهران: گنج دانش.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۸). قواعد فقه: بخش مدنی. ج ۱. تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
- محقق داماد، مصطفی (۱۳۸۷). قواعد فقه: بخش مدنی. ج ۲. تهران: سمت.
- موحد، محمد علی (۱۳۸۱). دره‌های حق و عدالت. تهران: کارنامه.
- نجفی، محمد حسن (بی تا). جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام. ج ۴۱. بیروت: دار الاحیاء التراث العربی.
- نوربها، رضا (۱۳۸۷). زمینه حقوق جزای عمومی. تهران: گنج دانش.

هابز، توماس (۱۳۸۵). **لویاتان**. ترجمه حسین بشریه. تهران: نی.

ب. انگلیسی

Albrecht, Hans-Jeorg and Klementic, Goran (2007). **Model codes** (vol .I). Washington: United States Institute of Peace Press.

Clarkson, C. M. V. (1987). **Understanding criminal law**. London: Fontana Press.

Elliott, Catherine and Quinn, Rances (2006). **Criminal law** (6th ed). London: Pearson Longman.

Fletcher, George P. (2005). **American law in a global context: the basics**. New York, Oxford University Press.

Fletcher, George P. (1998). **Principles of criminal law** (4th ed). New York: Oxford University Press.

Sangro, Boaz (2006). **Self-defence in criminal law** (Vol. 1). North America: Hart Publishing.

Archive of SID