

تحلیل فقهی مبانی مشروعیت دفاع

تاریخ دریافت ۸۹/۱۰/۱۲

تاریخ پذیرش: ۹۰/۲/۲

حسین علی سعدی*

حسین خدایار**

چکیده

دفاع مشروع از دیرباز در میان مباحث حقوق کیفری مورد ابتلا و بحث بوده است به گونه‌ای که در تمامی نظام‌های حقوقی و در تمامی اعصار، آثار آن قابل مشاهده است؛ این مسأله مهم به مرور زمان از شکل ساده و اولیه خود خارج شده و به مناسبت تفکرات غالب بر علوم انسانی، دستخوش تغییراتی گشته و بر غنای آن افزوده شده است؛ امروزه تمامی مکاتب حقوقی در پذیرش اصل دفاع مشروع متفق القول هستند و این را می‌توان در وجود قواعد حقوقی دفاع مشروع در تمامی قوانین دریافت. علی رغم وفاق در پذیرش اصل دفاع مشروع، حدود و ثغور و شرایطی که طبق آن رفتار دفاعی مدافع، مشروع تلقی می‌گردد و همچنین ماهیت دفاع و تأثیر آن در مسئولیت کیفری، معمولاً در همه اعصار حقوق کیفری محل بحث و اختلاف بوده است و این بحث و نزاع به پربار و پخته شدن هرچه بیشتر این مفهوم حقوق کیفری انجامیده است؛ شاید بتوان ریشه این اختلاف نظر را در اختلاف مبانی دفاع یافت به این بیان که اصل دفاع بر اساس هر مبنایی که تجویز شود و مشروع تلقی گردد، در شرایط و ماهیت و اثر آن تأثیر می‌گذارد، بنابراین پرداختن به مبنای مشروعیت دفاع از جهت شناخت ماهیت، شرایط و اثر دفاع مهم و تأثیرگذار می‌نماید. بر این اساس در این پژوهش، مبانی فقهی مشروعیت دفاع از دل متون فقهی اصطیاد شده و بر اساس ادبیات و مفاهیم فقهی، تحلیل و تبیین خواهد گشت.

واژگان کلیدی

دفاع مشروع، اصل اباحه، احسان، ضرورت

* استادیار و مدیر گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی دانشگاه امام صادق علیه السلام

** دانشجوی کارشناسی ارشد معارف اسلامی و حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه امام صادق علیه السلام

مقدمه

مبنا یعنی یافتن خاستگاه یک قاعده فقهی یا حقوقی و صحبت درباره مبناى فقهى مشروعیت دفاع، یعنی پاسخ به این سؤال مهم که چه مفهوم و آموزه فقهی باعث شده است که به 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 فحص و جستجو در متون فقهی و عرضه دفاع بر قواعد و مفاهیم آن، برای اصطیاد مبانی مشروعیت دفاع از دل منابع و تعالیم فقه.

در این پژوهش برآنیم تا با نگاه دقیق، مبانی فقهی مشروعیت دفاع را بر اساس اشارات مختصر فقهای بزرگوار تبیین و تحلیل و ارائه نماییم.

۱. اقتضای اصل

مرحوم صاحب جواهر در ابتدای بحث دفاع، در مقام تبیین مبناى 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 (نجفی، بی تا، ج ۱، ص ۶۵۰)

این‌که درباره مشروعیت دفاع، اجماع محصل و منقول وجود دارد در بحث ما اهمیتی ندارد چراکه اساساً خود این اجماع نیز متکی به مبنایی است که باید منکشف شود؛ از طرف دیگر نصوص وارده نیز به نظر می‌رسد که منابع دفاع باشند تا مبانی دفاع، چون که معمولاً در فقه وجود نصوصی درباره یک موضوع، موجب استغناء از مبانی آن نمی‌شود؛ پس آنچه در مقام کشف مبناى مشروعیت دفاع در فقه حائز اهمیت است، تبیین اصلی است که مرحوم صاحب جواهر مشروعیت دفاع را اقتضای آن می‌داند.

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 شده‌اند و خودش بر چیزی بنا نشده است و یا هر آنچه که حکمش بنفسه ثابت است و چیزهای دیگر بر آن بنا می‌شوند. (سعدی، ۱۴۰۸ه.ق، ص ۲۰) اصل هر آن چیزی است که غیر آن به آن استناد داده می‌شود و یا این که غیر آن از این حیث که از آن متفرع می‌گردد، بر آن بنا می‌شود؛ اصل در اصطلاح در معانی به کار رفته که همه از قبیل استناد فرع چیزی به اصل و انشاء و ابتناء آن می‌باشند. (محمود، بی تا، ج ۱، ص ۲۰۳)

اصل در منابع فقهی و اصولی به اعتبارات 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 می‌باشد. (جمعی از نویسندگان زیر نظر هاشمی‌شاهرودی، ۱۴۲۶ه.ق، ج ۱، ص ۵۱۲) غالباً اصل به تنهایی منصرف به اصل عملی است که در مقابل اماره قرار می‌گیرد و مقصود از آن قاعده و قانونی است که مکلف هنگام شک و جهل به واقع و در اختیار نداشتن اماره به آن رجوع می‌کند 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 می‌شود.

اصل لفظی زمانی محقق می‌شود که آنچه 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 می‌کنیم؛ اصل اطلاق و اصل عموم از مصادیق اصول لفظی هستند.

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

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 می‌پردازد و برای تبیین این مطلب که این اصل اولی چگونه تأسیس شده است چهار معنا را برای آن ذکر می‌کند که اشاره به آن برای فهم چگونگی تأسیس اصل اولی خالی از لطف نیست؛ معنای اولی که شیخ در مکاسب برای اصل بیان می‌کند این است که هر آنچه که راجح باشد یعنی در موضوع مورد بحث ظاهر باشد، اصل است و این ظهور، از غلبه در موضوع احراز می‌شود یعنی هرچه در موضوع غالب است، اصل اولی تلقی می‌گردد.

معنای دوم این است که هر قاعده‌ای که از عمومات موجود درباره موضوع مستفاد شود، می‌تواند به عنوان اصل اولی تأسیس گردد؛ در معنای سوم ایشان آنچه اصل عملی استصحاب اقتضا می‌کند را به عنوان اصل اولی معرفی می‌کنند و در معنای آخر، بر اساس معنای لغوی اصل یعنی اساس و ریشه، هر آنچه که اقتضای ذات و طبیعت موضوع باشد، می‌تواند اصل اولی در موضوع قرار گیرد. (انصاری دزفولی، ۱۴۱۵ه.ق، ج ۵، صص ۱۳-۱۵)

اگر بخواهیم بر اساس 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 می‌رسد اصل مذکور از اصول عملی نباشد چراکه 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 انتفاء موضوع می‌باشند؛ بنابراین اصل مذکور در کلام صاحب جواهر از اصول لفظی است و به نظر می‌رسد که به معنای مقتضای طبع شیء باشد یعنی مقتضای اصل اولی هر عملی اباحه است مگر این که منعی برسد و این همان معنای اصل است (اصاله الاباحه فی الاشیاء) چراکه اصل اباحه هم غلبه داشته و هم راجح است، هم قاعده مستفاد از عمومات موجود درباره موضوع است و هم مقتضای ذات و طبیعت رفتارهای آدمی اباحه آن می‌باشد.

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 می‌شوند که دلیل و اماره معتبری، آن‌ها را صراحتاً از

این اصل خارج کرده باشد؛ ثمره 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 حیطة 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 باید 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 واضح و جعل کننده آن به سه دسته منقسم می شود؛ اول اصل عقلی که منشاء و مستند حجیت آن، صرفاً حکم عقل می باشد؛ دوم اصل عقلایی که منشاء و مستند حجیت آن بنای عقلا بر عمل به آن، به ضمیمه امضا و تأیید شارع بوده و سوم اصل شرعی که منشاء و مستند حجیت آن صرفاً جعل و وضع شارع مقدس است. (جمعی از نویسندگان زیر نظر هاشمی شاهرودی، ۱۴۲۶هـ.ق، ج ۱، ص ۵۱۲)

در مقام عرضه فرمایش مرحوم صاحب جواهر بر این تقسیم بندی از اصل، برای تبیین مبانی 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 چراکه 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 می‌ماند که با اصل مذکور در فرمایش صاحب جواهر منطبق می‌باشد؛ بیان مطلب این‌که پر واضح است که عقلا در همه زمان‌ها و در همه فرهنگ‌ها و تمدن‌ها ارتکاب جرم را در مقام دفاع تجویز کرده و آن را مشروع می‌دانند و اساساً همین که مسأله دفاع، در همه مکاتب حقوقی و در همه دوران‌ها مورد 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 حکم جدیدی وضع نکرده، بلکه به عنوان یکی از عقلا و بلکه رئیس العقلا سیره و بنای عقلا را در همه زمان‌ها، تأیید و امضا نموده است.

بنابراین بر اساس تقسیم‌بندی دومی که از اصل ارائه شد، اصل مذکور در کلام مرحوم صاحب جواهر می‌تواند اصل عقلایی باشد به این معنا که منشاء و حجیت مشروعیت دفاع، چیزی نیست جز بنای عقلا بر عمل به آن به ضمیمه امضا و تأیید شارع مقدس. به نظر می‌رسد که بر اساس تبیین اول از اصل، دفاع مشروع از اسباب اباحه یا علل موجهه جرم باشد و رفتار دفاعی بر اساس 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.

در فقه آنچه که قاطبه فقها درباره دفاع از دیگری گفته‌اند حکم به جواز آن به طور مطلق است (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱، 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، ۱۴۱۶هـ.ق، ج ۱۰، ص ۶۴۹)

مرحوم صاحب جواهر در بیان مبنای مشروعیت دفاع از دیگری می‌گوید: «عن غیره، للأصل و عموم الإعانة علی البر» (نجفی، بی‌تا، ج ۴۱، ص ۶۵۰) آنچه از اصل مذکور برمی‌آید، چیزی نیست جز آن‌چه که درباره 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» است و این جهت نیز مشروع می‌باشد؛ بیان مطلب این است که اگر کسی، از انسان بی‌گناهی در مقابل یا حمله ناحق دفاع نماید، رفتارش مصداق بارز نیکی و برّ است و همین

باعث می‌گردد 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 می‌کنند نیز استشهد می‌نماید. (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 می‌گوید: «و للصرّ حکمه عندنا حکم المحارب، فإذا دخل علی إنسان، جاز له ان یقاتله و یدفعه عن نفسه ما دام مقبلا علیه، فان أذى الدفع الی قتل اللّص، لم یکن علی قاتله شیء من قود، و لا دیة، و لا کفارة، لأنه محسن، و قد قال تعالی - ما علی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِيلٍ»^۳ (ابن ادریس، ۱۴۱۰هـ، ج ۳، ص ۵۰۷)

درک صحیح ارتباط دفاع و قاعده احسان و این‌که چگونه این قاعده می‌تواند 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 می‌گردد مبتنی است بر آیه شریفه ۹۱ از سوره مبارکه توبه که می‌فرماید: «لَيْسَ عَلَی الضَّعْفَاءِ وَ لَا عَلَی الْمَرْضَى وَ لَا عَلَی الَّذِينَ لَا یَجِدُونَ مَا یُنْفِقُونَ حَرَجٌ إِذَا نَصَحُوا لِلَّهِ وَ رَسُولِهِ مَا عَلَی الْمُحْسِنِینَ مِنْ سَبِيلٍ وَ اللَّهُ غَفُورٌ رَحِيمٌ»^۴

واژه «المحسینین» در این آیه شریفه جمع محسن و محلاّی به الف و لام است و افاده عموم می‌کند، پس هر محسنی که در خارج موجود باشد و هر فردی که عنوان محسن بر وی صادق باشد مشمول مفاد «لا سبیل علیه» قرار می‌گیرد (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱هـ، ج ۱، ص ۳۳) احسان یعنی انجام دادن رفتاری نیکو و محسن کسی است که رفتاری نیکو انجام می‌دهد، این رفتار نیکو هم از طریق جلب منفعت و هم از طریق دفع ضرر ممکن است محقق شود یعنی همان‌طور که جلب منفعت مصداق احسان است دفع ضرر نیز از مصادیق احسان محسوب می‌شود، حتی گاهی عرف دفع ضرر را از جلب منفعت محسانانه تر می‌داند. (محقق داماد، ۱۴۰۶هـ، ج ۲، ص ۲۹۷) گفته شده است که مصداق محسن کسی است که ضرری که بر اثر احسان وارد می‌کند کمتر از

ضرری باشد که در صورت دخالت نکردن وی پیش می‌آید، بنابراین اگر ضرر عمل شخصی بیشتر یا مساوی باشد عقلاً به چنین شخصی محسن نمی‌گویند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ه.ق، ج ۱، ص ۳۹)

در بیان مفهوم احسان آمده است که تنها رفتاری احسان بوده و مشمول این قاعده می‌شود که هم در حقیقت امر احسان بوده و هم این‌که اقدام کننده آن را به قصد احسان انجام داده باشد (محقق داماد، ۱۴۰۶ه.ق، ج ۲، ص ۳۰۰) البته فقهای هم هستند که تنها رفتاری را احسان می‌دانند که در واقعیت احسان باشد و اعتقاد به احسان و قصد آن را برای تحقق احسان و شمول قاعده لازم نمی‌دانند، چراکه قصد و اعتقاد دخالتی در مفاهیم اشیاء نداشته و این مفاهیم تابع واقعیت خودشان هستند. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱ه.ق، ج ۱، ص ۳۵)

به نظر نگارنده این مطلب شاید برای رفع ضمان مالی یا مسئولیت مدنی صحیح باشد لکن برای رفع مسئولیت کیفری مقرون به صواب نیست، زیرا احسان در حقوق کیفری اسلام، انگیزه‌ای است که موضوعیت داشته و استثناا قادر است با تأثیر در عنصر روانی جرائم عمدی، مسئولیت کیفری را در اینگونه جرائم منتفی نماید؛ بنابراین کسی که به قصد احسان مرتکب جرم می‌شود، صرف قصد احسان، حتی اگر در حقیقت امر رفتار احسان نباشد، عنصر روانی وی برای تحقق جرم عمدی مخدوش می‌شود برای مثال فردی در صحنه یک تصادف رانندگی حاضر می‌گردد و از سر احسان و به قصد نجات جان مصدوم حادثه، وی را بر دوش گرفته و به سمت بیمارستان حرکت می‌کند غافل از این‌که همین حرکت دادن مصدوم باعث صدمه بیشتر و قطع نخاع وی شده است؛ چنین شخصی را علی‌رغم این‌که رفتارش در حقیقت امر احسان نبوده، به خاطر انگیزه احسان و خیرخواهی و انتفای عنصر روانی، نمی‌توان به جرم ضرب و جرح عمدی متهم نمود.

«سبیل» نیز در اصطلاح به معنای حجت، حرج، مؤاخذه و ضمان است و این‌که در آیه شریفه مذکور به صورت نکره در سیاق نفی آمده است مفید عموم است یعنی هرگونه مسئولیت و ضمانتی را نفی می‌کند (محقق داماد، ۱۴۰۶ه.ق، ج ۲، صص ۲۹۶ - ۲۹۷) به عبارت بهتر مسئولیت و مؤاخذه گاه تکلیفی است و گاه وضعی و این‌که سبیل

در آیه شریفه نکره در سیاق نفی آمده است، طبیعت مسئولیت و مواخذه را نفی می‌کند یعنی هرچیزی که مسئولیت یا مواخذه محسوب شود از محسن سلب می‌شود چه وضعی و چه تکلیفی. (موسوی بجنوردی، ۱۴۰۱هـ.ق، ج ۱، ص ۳۳)

بنابر توضیحات مذکور قاعده‌ای 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 می‌گردد و محسن را به هیچ وجه نمی‌توان به خاطر آن چه از احسانش ناشی شده است، مواخذه نمود. (محقق داماد، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۲، ص ۲۹۷)

برخی از نویسندگان این تعریف از قاعده احسان را پذیرفته‌اند که می‌گوید: «هرگاه کسی به انگیزه خدمت و نیکوکاری به دیگران، موجب ورود خسارت به آنان شود، اقدامش مسئولیت‌آور نیست.» (محقق داماد، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۲، ص ۲۹۵) سپس از این تعریف نتیجه گرفته‌اند که قاعده احسان نمی‌تواند مبنای مشروعیت دفاع باشد، چراکه محسن کسی است که با قصد احسان به دیگری اقدام می‌کند و چنانچه 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 می‌زند بنابراین در قصد و نتیجه با محسن متفاوت است. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۸۹، ص ۱۲۲)

ابتدائاً باید گفت که نهایت ساده‌انگاری است اگر کسی گمان کند که جناب ابن ادریس تعریف قاعده احسان را نمی‌دانسته و به آن به عنوان مبنای مشروعیت دفاع، فتوا داده است؛ سپس در پاسخ به مطالب فوق‌الذکر باید گفت که در آنچه که ما به عنوان تبیین قاعده احسان از کتب معروف و مرجع قواعد فقهی ذکر کردیم، هیچ نکته‌ای مبنی بر موضوعیت احسان به دیگری برای تحقق قاعده احسان وجود نداشت؛ گفته آمد که هرگونه مسئولیتی از هر محسنی برداشته می‌شود، نه فقط محسنی که به دیگری احسان کرده است لذا چنانچه 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 چراکه در عالم واقع غالباً احسان در مصداق احسان به دیگری محقق می‌شود.

بنابراین باید گفت که آنچه 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. 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 می‌شود و موجب رفع هرگونه مسئولیت احتمالی از محسن می‌گردد و گاهی در مصداق دفاع، این رفتار محسنانه نسبت به خود شخص انجام می‌شود که یقیناً این هم مصداق احسان بوده، مشمول مفاد «لا سیل علیه» قرار گرفته و باعث رفع هرگونه مسئولیتی از مدافع (محسن) می‌گردد، چراکه آنچه 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 می‌شود اساساً در تحقق قاعده هیچ مدخلیتی ندارد.

نگارنده در تأیید نظر ارائه شده به برخی فتاوی از فقها استشهد می‌کند تا مطلب روشن تر گردد؛ شیخ طوسی در خلاف در مقام توجیه حکم عدم مسئولیت قاتل حیوان مهاجمی که جز با کشتن دفع نمی‌شود به قاعده احسان استناد نموده و قاتل حیوان را محسن می‌داند چراکه وی اهتمام به امری کرده که بر او واجب بوده است و آنچه واجب است، دفع ضرر از نفس بوده و اتیان واجب احسان است. (طوسی، ۱۴۰۷هـ.ق، ب، 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 چراکه وی به خاطر اجرای حکم الهی که مصداق احسان است، محسن تلقی گشته و از هرگونه مسئولیتی معاف می‌باشد. (مرعشی نجفی، بی تا، الف، ص ۳۷۷؛ مرعشی نجفی، بی تا، ب، ج ۲، ص ۳۹۳؛ موسوی گلپایگانی، ۱۴۱۲هـ.ق، ج ۲، ص ۳۹۸)

می‌توان به وضوح در فتاوی مذکور دید که آنچه 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 مبانی مشروعیت دفاع، همین اندازه استدلال و استشهاد کافی به نظر می‌رسد.

اساساً قاعده احسان منجر به اباحه عمل نمی‌گردد و تنها منجر به نفی سبیل و رفع مواخذه و مسئولیت از محسن می‌شود بنابراین بر مبانی قاعده احسان، دفاع مشروع از علل رافع مسئولیت کیفری محسوب می‌شود.

۳. اقتضای حکم فطرت و عقل

احکام در علوم اسلامی به اعتبار منشاء صدور به سه دسته حکم فطرت، حکم عقل و حکم شرع تقسیم می‌شوند (حسینی طهرانی، ۱۴۲۱هـ.ق، ج ۲، ص ۵۱) اگر مصدر حکمی طبیعت، فطرت و غریزه آدمی باشد آن حکم فطری یا به اصطلاح قدما طبعی است و اگر منشاء 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 می‌گردد.

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 می‌تواند مطرح شود؛ مثلاً فطرت و طبیعت انسان به وجوب خوردن غذا در زمان گرسنگی حکم می‌کند و هر انسانی به محض گرسنگی طبیعتاً به دنبال غذا خوردن برای رفع گرسنگی می‌رود، حال اگر شرع در این رابطه حکم وجوبی داشته باشد و مثلاً بگوید «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا كُلُوا مِن طَيِّبَاتِ مَا رَزَقْنَاكُمْ وَاشْكُرُوا لِلَّهِ إِنَّ كُنتُمْ لِيَآئِهِ تَعْبُدُونَ»^۹ آیا می‌توان گفت که وجوب خوردن در زمان گرسنگی به خاطر مفاد این حکم شرعی است؟ یقیناً نمی‌توان چنین ادعایی کرد چراکه 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، منشاء حجیت و به عبارتی واضح آن حکم عقل است و حکم شرع تنها امضا و تأیید حکم عقل می‌باشد. حال با این مقدمه می‌توان مبانی مشروعیت دفاع را در اشارات بعضی از فقها پیدا کرد.

بیشتر 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.

حیوانات را می‌بینیم که برای دفاع از خود مسلح به ابزاری شده‌اند؛ این ابزار که در حیوانات مختلف با توجه به تبع آن‌ها متفاوت است چیزهایی از قبیل شاخ و نیش و منقار و چنگال و دندان تیز و غیره می‌باشد؛ این مسأله حتی در گیاهان هم دیده می‌شود که ابزار دفاعی در آفرینش آن‌ها هم به فراخور طبیعتشان لحاظ شده است برای مثال می‌توان به گل که مظهر زیبایی و طراوت است اشاره کرد که برای اهتراز از چیدن و قطع حیاتش، در ساقه‌اش خار تعبیه شده است.

انسان به عنوان اشرف مخلوقات نیز از این قاعده مستثنی نیست لکن ابزار دفاعی وی نیروی تعقل و تفکر است؛ این که می‌بینیم چشم به محض این که به خطر می‌افتد ناخودآگاه بسته می‌شود، یا این که هنگام افتادن از بلندی ناخودآگاه دست می‌شود خود نشانی است از وجود دفاع در مقابل خطر در فطرت و غریزه انسان؛ نتیجه‌ای که از مطلب فوق الذکر می‌توان گرفت این است که فطرت و طبیعت انسان، در زمان مواجه شدن با خطر قریب الوقوع، حکم به وجوب دفاع می‌کند، این حکم یک حکم اصلی است که منشاء 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 اصلی 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 می‌گویند: «تردیدی 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 می‌کند، بلکه حیوانات نیز به حکم غریزه‌ای که در نهاد آن‌ها وجود دارد از خود در برابر هرگونه خطری که می‌خواهد متوجه آن‌ها بشود دفاع کرده و اگر قدرت بر دفاع نداشته باشند فرار می‌کنند روایاتی نیز که در ابتدای سخن نقل شد به همین امر فطری و غریزی بر می‌گردد 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 نمی‌دهند و در این راستا حتی اگر مهاجم کشته شود خون وی [را] مباح دانسته و مدافع را مسئول خون وی نمی‌دانند.» (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۲، ص ۵۸)

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 می‌گویند: «يجب الدفاع عن النفس و الحریم بما استطاع و لا يجوز الاستسلام لوجوب دفع الضرر عقلاً، و النهی عن المنکر بمراتبه، و لنحو قول أبي جعفر عليه السلام فی خبر غیاث: إذا دخل علیک اللصّ یرید أهلك و مالک فإن استطعت أن تبدره و تضربه فابدره و اضربه» (فاضل هندی، ۱۴۱۶ه.ق، ج ۱۰، ص ۶۴۹)

این‌که ایشان به وجوب نهی از منکر به عنوان مبنای مشروعیت دفاع استناد کرده‌اند به نظر مقرون به صواب نیست چراکه همان‌طور 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 آن‌ها در دفاع مشروع مدخلیت ندارند و هیچ کدام از فقها رعایت آن ضوابط را در مقام دفاع، لازم نمی‌دانند؛ 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 می‌کند؛ ایضاً این مطلب با توجه به تقسیم بندی که در ابتدای این گفتار از احکام ارائه شد میسر می‌گردد.

همان‌طور که عقل همه انسان‌ها به حسن عدل و قبح ظلم حکم می‌کند 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 می‌دهند؛ این حکم عقلی در موضوعات مختلفی از علوم اسلامی، مایه احتجاج علمای اسلامی بوده است که یکی از آنها اثبات معاد می‌باشد. حکم عقلی وجوب دفع ضرر که مورد وفاق تمامی ذوی العقول، با هر فرهنگ و مذهب و مرامی است، بر اساس تقسیم بندی ارائه شده از احکام به اعتبار منشاء صدور آنها، یک حکم اصالی است که مقدم بر حکم شرعی است و نصوص و احکام شرعی که با آن مشترک‌المضمون هستند تنها مؤید آن بوده و وضع حکم جدیدی نمی‌کنند 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 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.

۴. قاعده ضرورت

یکی از شرایط عمومی تکلیف اراده و اختیار است، یعنی تنها کسی را می‌توان مکلف دانست و برای آنچه انجام می‌دهد مسئول قلمداد کرد که توانایی خواستن را داشته باشد، لذا چنانچه نتواند بخواهد یا این‌که نتواند آزاد اراده کند و بخواهد، مسئولیت از وی برداشته می‌شود؛ 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 می‌شود.

عناوین مختلفی که در فقه و حقوق برای سلب اختیار و اراده وجود دارد عبارتند از اکراه، اضطرار، اجبار و دفاع مشروع؛ آنچه بین این عناوین مشترک است و به عبارتی قدر مشترک عناوین مذکور است، حالت ناچاری و تحدید اراده و اختیار است لذا می‌توان تمامی این عناوین را به اعتبار این قدر مشترک ذیل یک عنوان جمع نمود که به نظر می‌رسد ضرورت، عنوان جامعی برای این معنا باشد. (قبله‌ای 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 آنچه از

ضرورت مد نظر ما است 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 می‌گردد و تفاوت در میزان تحدید اراده و و تفاوت در منشاء آن، باعث ایجاد مصادیق مختلفی برای ضرورت در معنای عام آن می‌گردد.

در منابع فقهی می‌توان نشانه‌هایی نیز پیدا کرد که ضرورت صرفاً به معنای ناچاری است به گونه‌ای که مبنای اضطرار نیز همین ناچاری و ضرورت می‌باشد؛ مثلاً ضرورت به «هر فعلی که خلاص شدن از آن ممکن نباشد» اطلاق شده است (موسوی (شریف مرتضی)، ۱۴۰۵هـ.ق، ج ۲، ص ۲۶۳) همچنین گفته شده است که ضرورت یعنی «سختی، مشقت و حاجتی که قابل دفع نباشد» (محمود، بی‌تا، ج ۲، ص ۴۱۰) 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 می‌رسد اضطرار، اکراه و دفاع مشروع، صفاتی هستند که به دلیل قرار گرفتن در حالت ضرورت بر انسان عارض می‌گردد.

این‌که برخی نویسندگان به تعاریف فقهی در باب اضطرار اعتراض کرده و به خاطر این‌که اکراه و اجبار هم شامل این تعاریف می‌گردند، آن‌ها را مانع نمی‌دانند (محقق داماد، ۱۴۰۶هـ.ق، ج ۴، ص ۱۲۴) 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 کرده‌اند که در حقیقت مبنای اضطرار، اکراه است و آن مفهوم اعم، چیزی نیست جز حالت ضرورت.

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 می‌کند؛ اگر منشاء ایجاد حالت ضرورت، تهدید و خطر یک فرد انسانی باشد که عاملی خارجی محسوب می‌شود؛ یعنی فردی با به کارگیری 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 اکره‌کننده متوجه او شده و به منظور ممانعت از عملی شدن تهدیدات وی ناچار به ارتکاب عملی شود که در شرایط عادی انجام نمی‌داد، از مصادیق ضرورت، اکره تحقق می‌یابد.

اگر منشاء 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 می‌یابد.

لکن اگر منشاء ایجاد حالت ضرورت، حمله یا خطر قریب الوقوع ناعادلانه‌ی یک عامل بیرونی مثل انسان باشد که جان و ناموس و مال فرد را تهدید می‌کند 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 می‌کند؛ این معنا در جمله‌ای کوتاه و پرمعنا در فقه گنجانده شده است که می‌گوید «الضرورات تبيح المحظورات» یعنی حالت ضرورت و ناچاری، آنچه مورد نهی واقع شده است را اباحه و مشروع می‌کند.

همان‌طور که قبلاً هم گفته شد به نظر می‌رسد دفاع مشروع از مصادیق حالت ضرورت باشد و آنچه که مبنای مشروعیت دفاع است چیزی نیست جز حالت ضرورت و ناچاری که به خاطر خطر قریب الوقوع ناحق ایجاد می‌شود 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 می‌گردد.

آنچه که این مبنا را تقویت می‌کند بخش تکمیلی این قاعده است که می‌گوید «الضرورات تتقدر بقدرها» که مقصود از آن این است که برای رهایی از حالت ضرورت و ناچاری، باید به اندازه‌ای از جرم بسنده کرد که برای رفع حالت ضرورت لازم است و چنانچه 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 می‌شود که ارتکاب آن جرم برای انتفای حالت ضرورت الزامی باشد. (مرعشی شوشتری، ۱۴۲۷ه.ق، ج ۲، ص ۶۳)

اصل قاعده ضرورت مبنای مشروعیت رفتار مدافع بوده و منجر به اباحه رفتار دفاعی وی می‌گردد لکن از بخش تکمیلی این قاعده می‌توان 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 می‌نماید.

می‌توان با استناد به ظاهر «الضرورات تبيح المحظورات» قائل به این شد که بر اساس این مبنا، رفتار دفاعی تا اندازه رفع ضرورت مباح بوده و به این ترتیب طبعاً دفاع از اسباب اباحه محسوب خواهد شد.

۵. استثنای بر قاعده لایبطل

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

قاعده‌ای در فقه وجود دارد که از آن با عنوان «لا یبطل دم امرئ مسلم» یا «لا یذهب دم امرئ مسلم هدرا» یاد می‌شود؛ بیان مفاد این قاعده به این صورت است که اسلام و حکومت اسلامی تحت هیچ شرایطی اجازه نمی‌دهند که خون مسلمانی هدر برود؛ این قاعده حکومت اسلامی را موظف می‌کند تا به حمایت بزه‌دیده برخیزد و به دادرسی علیه بزهکار اهتمام نموده و داد بزه‌دیده را از وی بستاند، حال اگر در شرایطی بزهکار به طور مشخص وجود نداشت یا این‌که به دلایلی دسترسی به وی متعذر بود، حکومت اسلامی باید از بیت المال خسارت بزه‌دیده را جبران کرده و دیه وی را بپردازد چراکه طبق قاعده مذکور، خون مسلمان هدر نمی‌رود.^۷

اقتضای قاعده 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 علیهم‌السلام در بیان حکم کسی که تهاجم 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

برده‌اند که از آن‌ها به هدر رفتن خون مهاجم افاده می‌گردد و چنین چیزی در بدو امر با قاعده لا یبطل تعارض دارد.

به نظر می‌رسد که توجیه عقلانی این تعارض به این صورت است که چنانچه حکومت اسلامی در اجرای قاعده لا یبطل تا آنجا پیش برود که اقدام دفاعی در برابر مهاجم را ممنوع کند، این مسأله با تجویز تهاجم، در عمل به تعطیلی قاعده لا یبطل خواهد انجامید و در یک جهش دیالکتیکی از وجود قاعده لا یبطل، عدم آن لازم می‌آید؛ بنابراین حکومت اسلامی حمایت از بزه دیده را که ناشی از قاعده لا یبطل است از مهاجمی که در نتیجه دفاع کشته شده است، برمی‌دارد تا از ابطال عملی این قاعده جلوگیری کند و این عدم حمایت موجب هدر رفتن خون مهاجم و مشروعیت دفاع می‌گردد.

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

تفاوت این رأی با نظریه اباحه عمل در این است که بر اساس اصل اباحه، مدافع در عمل مجاز به انجام اقدام دفاعی است، لکن بر اساس این نظریه وقتی حکومت اسلامی نمی‌تواند 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 شرعی اقدام نماید. (شاکری گلپایگانی، ۱۳۸۵، صص ۳۳۰ - ۳۳۱)

در نقد این نظریه می‌توان گفت که مطالب فوق به لحاظ اصولی اشکال دارد و تمسک به قاعده (لا یبطل) 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 لا یبطل یا باعث تخصیص آن دانست.

اما از لحاظ سیاست جنایی اسلام و تحلیل آن، استدلال‌های مذکور تا آنجایی که درباره تعطیلی عملی قاعده لایبطل با ممنوعیت دفاع بود، جدید و قابل قبول است، یعنی این‌که جلوگیری از تعطیلی عملی این قاعده با سلب حمایت حکومت اسلامی از مهاجم، محقق می‌گردد و این سلب حمایت منجر به هدر رفتن خون مهاجم و مشروعیت رفتار دفاعی مدافع می‌شود، مطلب قابل قبولی است؛ لکن این‌که مدافع در رفتار دفاعی از طرف حکومت اسلامی نیابت دارد و درصدد انجام اهدافی است که حکومت اسلامی آنها را تعقیب می‌کند، بنابراین رفتارش مشروع است، مبتلا به ایراداتی است مثلاً این‌که اقتضای نیابت، برابری حقوق و تکالیف نایب با حقوق و تکالیف اصیل است لکن با پذیرش این نظریه اصل مذکور مورد اتفاق مخدوش می‌شود؛ مثلاً مدافع می‌تواند بدون این‌که 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 این‌که مدافع ملزم به رعایت یک سری حدود و ثغور در انجام رفتار دفاعی است که مأمور قوای عمومی مقید به آنها نیست.

بر اساس این مبنا نیز هم احتمال اسباب اباحه بودن دفاع و هم احتمال علل رافع مسئولیت کیفری بودن آن وجود دارد لکن به نظر می‌رسد که ظهور آن در علل رافع مسئولیت کیفری بودن دفاع بیشتر است.

۶. نظریه کرامت انسانی و مقتضیات آن

بر اساس 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 می‌شود و دیگری کرامت ذاتی،^۸ که انسان بما هو انسان، فارغ از مسلک و مرام و آیینش واجد آن می‌باشد و تنها در صورت ارتکاب جنایتی بر خویشان یا دیگران این کرامت از وی سلب می‌گردد.

از اقتضات کرامت ذاتی انسانی، مصون ماندن از هر نوع تعرض ناروا می‌باشد؛ 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 می‌گیرد 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 می‌کند؛ بنابراین، در تقابل مدافع و مهاجم، انتظار می‌رود که مهاجم دفع شود حتی اگر تنها راه پیش روی مدافع در دفع مهاجم، کشتن مهاجم باشد.

بنابراین لزوم صیانت از کرامت انسانی اقتضاء می‌کند 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 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 می‌شود 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. (شمس ناتری و عبدالله یار، ۱۳۸۹، ص ۱۲۳-۱۲۵)

این نظریه در حقیقت روایتی است به ظاهر اسلامی از نظریه حقوق طبیعی و تا اندازه‌ای تعارض حقوق در باب مبنای مشروعیت دفاع که مبتلا به ایراداتی است؛ اولاً بر اساس این نظریه اقتضاء کرامت انسانی، تعرض ناپذیر بودن همه حقوق انسان است به گونه‌ای 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 نمی‌تواند مقرون به صواب باشد از این جهت که هر جرمی فی نفسه به نحوی تعرض ناروا به حقوق انسانی است، حتی انحرافات و خطاهای اخلاقی هم در بسیاری موارد کرامت انسانی را مخدوش می‌کند مثلاً کسی که به دیگری دروغ می‌گوید یا از او غیبت می‌کند و یا از سر خشم و غضب دیگری را

تحقیر می‌کند، در همه این موارد به حقوق انسانی وی تعرض کرده و کرامت انسانی وی را مخدوش می‌کند؛ از این گذشته برای تعرض به حقوق انسانی افراد در حقوق قراردادهای و تعهدات هم می‌توان نمونه‌هایی یافت مثلاً کسی که به تعهد قراردادی خود عمل نمی‌کند به حق مکتسب طرف قرارداد تعرض کرده است یا این‌که می‌توان 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 می‌رسد 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 می‌شود و تعمیم آن به همه موارد و ارزشها یقیناً ممنوع است؛ با توجه به این مطالب، تصریح به این‌که در همه موارد و موضوعات حق و در هر زمان و مکانی اقتضاء کرامت انسانی تجویز حق دفاع است مسأله‌ای بلاوجه است و منحصر کردن ارزش‌های موضوع دفاع، بر اساس این نظریه، به آنچه 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.

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

ثالثاً از فحوای استدلال‌ات این نظریه این گونه بر می‌آید که هر رفتاری که فرد برای اعمال حق مشروع خود انجام می‌دهد مشروع است یا به عبارتی مشروعیت از حق مکتسب مشروع به رفتار صاحب حق تسری می‌یابد؛ این ادعا به هیچ وجه قابل قبول نیست و مسلماً اعمال حق تا جایی مشروع است که موجب اضرار و افساد نگردد؛ قانون اساسی نیز در اصل چهلم به این معنا اشاره کرده و می‌گوید: «هیچکس نمی‌تواند اعمال حق خویش را وسیله اضرار به غیر یا تجاوز به منافع عمومی قرار دهد.»

رابعاً با توجه به این‌که فساد و مسلوب‌الکرامت بودن مدافع، موجب زوال حق دفاع وی نیست، بر اساس 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 مسلوب‌الکرامت 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، اعمال حق مشروع شمرده شده است، لکن در انتهای نتیجه‌گیری تصریح شده که در برخی موارد دفاع حق مدافع و در مواردی دیگر نیز تکلیف وی می‌باشد؛ به نظر می‌رسد که این بیان آخرین، نقض ادعایی باشد که صاحبان این نظریه کرده‌اند و منجر به خراب شدن ارکان نظریه آن‌ها می‌گردد.

نتیجه‌گیری

۱. مرحوم صاحب جواهر مبنای مشروعیت دفاع را اصلی می‌دانند که ظهور در اصل اولی اباحه عمل و اصل عقلایی دارد؛ ایشان در مورد دفاع از دیگری، علاوه بر استناد به اصل مذکور، معتقدند که دفاع از دیگری مشمول مفاد قاعده «اعانه بر برّ و تقوی» می‌باشد و به همین دلیل مشروع است.

۲. بر اساس فرمایش سرحوم ابن ادریس، رفتار دفاعی مصداق بارز احسان بوده و انگیزه احسان مدافع رفتار را مشمول مفاد «لا سبیل علیه» قرار می‌دهد و همین مبنای مشروعیت رفتار دفاعی است.

۳. فطرت و طبیعت انسان و در مرتبه بعد عقل 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.

۴. بی مجازات گذاردن رفتار تهاجمی علیه اشخاص و مجازات کردن رفتار دفاعی، در عمل به تعطیلی قاعده «لا یبطل» که از وظایف حکومت اسلامی و مانع هدر رفتن خون بزه‌دیده می‌باشد، خواهد شد؛ بنابراین اقتضای رعایت و دوام این قاعده، مشروعیت دفاع می‌باشد.

۱. هیچ اختلاف و اشکالی در این نیست که انسان می‌تواند در مقابل محارب یا دزد و یا غیر این دو، از نفس و ناموس و مالش هرطور که می‌تواند دفاع کند، چراکه چنین حقی اقتضای اصل بوده و بر آن هر دو قسم اجماع وجود دارد، همچنین آنچه از نصوص وارده در باب محارب گذشت بر این حق دلالت می‌کنند.

۲. سوره مبارکه مائده، آیه شریفه دوم «تَعَاوَنُوا عَلَى الْبِرِّ وَ التَّقْوَىٰ وَ لَا تَعَاوَنُوا عَلَى الْإِثْمِ وَ الْعُدْوَانِ.»

۳. حکم دزد نزد ما مانند حکم محارب است، پس اگر دزدی بر انسان وارد شد برای وی جایز است که مادامی که دزد حمله می‌کند 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 كفاره ندارد چراکه وی محسن است و خداوند تعالی می‌فرماید بر محسنین هیچ سبیلی نیست.

۴. بر ناتوانان و بر بیماران و بر کسانی که توان مالی برای انفاق ندارند حرجی نیست اگر خیزخواه خدا و رسولش باشند و بر افراد نیکوکار هیچ سبیلی نیست و خداوند آمرزنده و مهربان است.

۵. سوره مبارکه بقره، آیه شریفه ۱۷۲ «ای کسانی که ایمان آورده اید از طبیعتی که روزیتان کردیم بخورید و تنها شکرگذار خدا باشید اگر تنها او را می‌پرستید.»

۶. 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 عقلا و نهی از منکر با لحاظ مراتب آن واجب است و همچنین به دلیل روایات وارده از جمله فرمایش حضرت باقر(علیه السلام) 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.

۷. نگاه کنید به: گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، قواعد فقه جزایی، ص ۲۱۱ تا ۲۲۵، چاپ اول، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۸۳؛ حاجی ده آبادی، احمد، قواعد فقه جزایی، ص ۴۷۳ تا ۴۸۷، چاپ اول، قم، پژوهشگاه حوزه و دانشگاه، ۱۳۸۷.

۸. سوره مبارکه اِسْرَاء، آیه شریفه ۷۰ «وَ لَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَ حَمَلْنَاهُمْ فِي الْبُرِّ وَ الْبَحْرِ وَ رَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَ فَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا»

ابن ادريس حلی، محمد بن منصور بن احمد (۱۴۱۰هـ.ق)، السرائر الحاوی لتحریر الفتاوی، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

انصاری دزفولی، مرتضی بن محمد امین (۱۴۱۵هـ.ق)، قم: کنگره جهانی بزرگداشت شیخ اعظم انصاری.

جمعی از پژوهشگران زیر نظر سید محمود هاشمی شاهرودی (۱۴۲۶هـ.ق)، فرهنگ فقه مطابق مذهب اهل بیت علیهم السلام، قم: مؤسسه دائره المعارف فقه اسلامی بر مذهب اهل بیت علیهم السلام.

حاجی ده‌آبادی، احمد (۱۳۸۷)، قواعد فقه جزایی، قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
حسینی طهرانی، سید محمد حسین (۱۴۲۱هـ.ق)، ولایت فقیه در حکومت اسلام، مشهد: علامه طباطبایی

سعدی، ابوجیب (۱۴۰۸هـ.ق)، القاموس الفقهي لغه و اصطلاحاً، دمشق: دارالفکر.
شاکری گلپایگانی، طوبی (۱۳۸۵)، سیاست جنایی اسلامی، تهران: دانشگاه امام صادق (علیه السلام) واحد خواران.

شمس ناتری، محمد ابراهیم و سعید عبدالله یارپاییز و زمستان (۱۳۸۹)، «دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره دوم، ویژه نامه حقوق جزا و جرم‌شناسی.

طوسی، ابوجعفر محمد بن حسن (۱۴۰۷هـ.ق)، الخلاف، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
فاضل هندی، محمد بن حسن (۱۴۱۶هـ.ق)، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

قبله‌ای خویی، خلیل (۱۳۸۵)، قواعد فقه: بخش جزا، تهران: انتشارات سمت.
گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی (۱۳۸۳)، قواعد فقه جزایی، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم اسلامی رضوی.

محقق داماد، سید مصطفی (۱۴۰۶هـ.ق)، قواعد فقه، تهران: مرکز نشر علوم اسلامی.
محمود، عبدالرحمان (بی‌تا)، معجم المصطلحات و الالفاظ الفقهیه، بی‌جا.
مرعشی شوشتری، سید محمد حسن (۱۴۲۷هـ.ق)، دیدگاه‌های نو در حقوق کیفری اسلام، تهران: نشر میزان.

مرعشی نجفی، سید شهاب الدین (بی تا، الف)، السرقه علی ضوء القرآن و السنه، تقریرات درس حدود، مقرر: سید عادل علوی، قم: کتابخانه آیت الله مرعشی.

همو (بی تا، ب)، القصاص علی ضوء القرآن و السنه، جلد ۲، تقریرات درس قصاص، مقرر: سید عادل علوی، قم، کتابخانه آیت الله مرعشی.

موسوی بجنوردی، سید محمد بن حسن (۱۴۰۱ه ق)، قواعد فقهیه، تهران: مؤسسه عروج.

موسوی گلپایگانی، سید محمد رضا (۱۴۱۲ه ق)، الدر المنضود فی احکام الحدود، مقرر: علی کریمی جهرمی، قم: دارالقرآن الکریم.

موسوی (شریف مرتضی)، علی بن حسین (۱۴۰۵ه ق)، رسائل الشریف المرتضی، قم: دارالقرآن الکریم.

نجفی، محمد حسن (بی تا)، جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام، بیروت: دار احیاء التراث العربی.