

## Urgency in Self-defense, Non-aggressive, From the Vantage Point of the West and Islamic Jurisprudence

Received: 2016/10/08; Accepted: 2016/12/20

Adel Sarikhani<sup>1</sup>

### Abstract

It is said that the imminence of threat of attack<sup>۱</sup> is the most controversial condition that is provided for justifying self-defense. The challenges that have been studied in this essay, are defenses that occur in non-aggressive situations and possibility or impossibility of extending the concept of imminence<sup>۲</sup> especially putative self-defense and battered women syndrome. That there is no imminence and factual attack in that situation. Analyzing the concept of imminence and common approaches with respect to mentioned subjects in western laws and then considering it, under the light of Islamic and Iranian laws, are subjects of this paper. The selected approach in Islamic law<sup>۳</sup> is prudently and far from biases, according to which self-defense could be justified only when there is imminence and factual attack - according to the opinion of some theorist - or impendent attack- according to some others- on the basis of certainty of the danger. Finally, it has concluded that defenses that occur in non-aggressive situations cannot be justified as legitimate self-defense. Whether<sup>۴</sup> there is not any attack, or there is no imminent attack.

**Keywords:** self-defense, imminence, non-aggressive, battered women syndrome.



## فوریت در دفاع مشروع غیرتاجبی از منظر فقه اسلام و حقوق غرب

تاریخ دریافت ۹۵/۰۷/۱۷ - تاریخ پذیرش ۹۵/۰۹/۳۰ عادل ساریخانی<sup>۱</sup>

### چکیده

فوریت خطر تهاجم، مناقشه آمیزترین شرطی است که برای توجیه دفاع مشروع عنوان شده است. چالش مورد بررسی در این پژوهش، دفاعیات در شرایط غیرتاجمی و امکان یا عدم امکان توسعه بخشی به مفهوم فوریت، اختصاصاً در خصوص دو موضوع «دفاع مشروع ظاهری» و «سندروم زنان آسیب دیده» است که در روی داد دو وضعیت، حمله‌ی فوری و عینی وجود ندارد. مفهوم شناسی فوریت و بیان رویکردهای رایج در مورد دو موضوع پیش گفته در حقوق غرب و سپس بررسی آن از منظر فقه و حقوق ایران، موضوع این پژوهش است. موضع منتخب فقه اسلامی، عاقلانه و به دور از تعصب بوده و تنها در صورت وجود حمله‌ی فوری و عینی - بر اساس نظر برخی فقها- و یا قریب الوقوع - بر پایه ظن به وجود خطر، بر اساس نظر دیگر فقها- دفاع را مجاز دانسته است. در پایان، نتیجه آن است که دفاعیات در شرایط غیرفوری- اعم از این که اساساً حمله‌ای وجود نداشته و یا حمله فوری نبوده است- نمی‌تواند بر اساس دفاع مشروع توجیه گردد.

**واژگان کلیدی:** دفاع مشروع، غیرتاجمی، فوریت، سندروم زنان آسیب دیده.





## مقدمه

زمانی که فردی دست به تهاجم علیه دیگری می‌زند، دیگری مطابق قواعد عمومی دفاع مشروع می‌تواند از خویش دفاع کند. اما طی چه بازه‌ی زمانی، عمل مدافع می‌تواند دفاع مشروع تلقی شود و نه انتقام؟ از چه زمانی دقیقاً حمله‌ی مهاجم، حمله‌ای آغاز شده قلمداد می‌شود؟

مفهوم سنتی «ضابطه‌ی فوریت»، معطوف به لزوم وجود ارتباط عرفی بین آسیب‌پیشگیری شده‌ی مهاجم با نیروی دفاعی مدافع، از حیث زمان است. فوریت در این چارچوب سنتی، به زمانی اشاره دارد که به موجب آن، شخص مجاز به استفاده از نیروی دفاعی برای دفع حمله‌ی فوری است. (صانعی، ۱۳۸۲: ۲۵۶؛ پیمانی، ۱۳۵۷: ۲۱۳؛ نوربها، ۱۳۸۷: ۲۶۴)

اما، در حقوق غرب بر این مفهوم سنتی ایرادهایی وارد شده است: اول آن که، فوریت، مزایای قانونی برای مهاجمان در بردارد؛ زیرا در مواقعی که مدافع می‌داند که مهاجم به او حمله خواهد کرد، باید منتظر بماند تا حمله جریان یابد. یعنی، قبل از این که ضابطه فوریت اجازه دهد که مدافع از خود دفاع کند، وی باید منتظر بماند. در نتیجه، زمانی که مهاجم، حمله را آغاز کند، مدافع در موقعیت نامساعد قرار گرفته است. (Motz, op.cit: 218-)

(219)

دوم، گاهی این ضابطه امکان دفاع را از قربانی سلب می‌کند. برای نمونه، در مورد زنان آسیب‌دیده، زمانی که سوءاستفاده و آزار آنان در حال شروع شدن است، به دلیل جثه‌ی کوچکتر و ضعف بیشتر، قادر به دفاع از خویش نیستند. این در حالی است که بر اساس ضابطه فوریت، آنها نباید قبل از این که حمله‌ای صورت گیرد، از خود دفاع کنند و وقتی حمله صورت می‌گیرد، ناتوان از دفاع از خویش در برابر همسر قوی‌تر از خود هستند. پس ملزم کردن زنان آسیب‌دیده به رعایت فوریت، بی‌معنا و بی‌فایده است. (Eastteal .op.cit: )

(40)





سوم، در برخی موارد، مدافع به طور معقولی در تشخیص وجود حمله فوری دچار اشتباه می‌شود. حمله‌ای فوراً در جریان نیست اما اوضاع و احوال موجود در آن زمان، تصور معقول حمله‌ی فوری را برای مدافع موجب می‌شود. قائل شدن به مفهوم سنتی فوریت، این مورد را نیز بی‌پاسخ می‌گذارد. (Fletcher, 1985: 972)

به دلیل این ایرادات، جایگزین‌های دیگری توسط نظریه پردازان معرفی شده است که مشکلات باور به شرط فوریت در تحقق دفاع مشروع را نداشته و دفاعیات مبتنی بر شرایط غیر فوری را موجه نمود. در این مورد، برخی معتقدند «ضابطه ضرورت» یک جایگزین مناسب‌تر است؛ زیرا دفاع می‌تواند ضروری باشد، قبل از این که فوریت یابد. برخی نیز، مفهوم و «معیار غیرقابل اجتناب بودن» را معیاری مناسب‌تر از معیار فوریت می‌دانند؛ همچنان که برخی دیگر معتقدند اشتباه در فوریت موجب توجیه دفاع می‌شود. (Christopher, 1994: 331)

برای تشریح این دیدگاه‌ها، ابتدا دیدگاه‌های رایج در حقوق غرب بررسی می‌شود و سپس موضع فقه اسلامی و حقوق ایران را این زمینه توصیف و تحلیل خواهد شد.

## ۱. فوریت در حقوق غرب

### ۱-۱. مفهوم، هدف و پیشینه‌ی فوریت

«فوریت» از دید فلچر خط تمایزدهنده‌ی اساسی میان رفتار انتقامی و رفتار دفاعی است. نیروی دفاعی که در ابتدا رفتار غیرقانونی قلمداد می‌شود، به موجب این شرط به‌عنوان یک موضوع حق<sup>۱</sup> به کار گرفته می‌شود. رفتار دفاعی موجه نخواهد بود، مگر آن که فوریت داشته باشد (Basic Concepts of Criminal Law: 591). کاربرد شرط فوریت، همانا مسدود کردن اشتباهات و محدود کردن استفاده از نیروی دفاعی به وضعیت‌هایی است که در آن، نیاز برای انتخاب بین زندگی مهاجم یا زندگی مدافع، کاملاً مسلم شده است (Killing in self defence: 622)

اما «فوریت» چه مفهومی دارد که با وجود آن، رفتار دفاعی، بر حق و موجه می‌گردد و دفاع متقابل در برابر رفتار دفاعی، ناموجه می‌شود؟ برخی معتقدند (Fletcher, 1985: 592)





تفاوت آشکاری بین نیروی دفاعی اعمال شده علیه مهاجمان فوری<sup>۱</sup> و نیروی دفاعی اعمال شده علیه افراد تهدید آمیز<sup>۲</sup>، وجود دارد. برای این که عملی دفاع مشروع باشد، باید حمله‌ای در جریان یا فوری باشد. در حقوق آلمان، این فرضیه وجود دارد که برای فوری بودن یک حمله، باید نمایشی از قصد مهاجم برای حمله‌ای به طور فوری وجود داشته باشد؛ اعم از این که نمایش قصد مهاجم، کلامی باشد یا به صورت رفتار فیزیکی بروز یابد. برخی دیگر در تعریف فوریت و تهدید فوری، معتقدند که تهدید، زمانی فوری تلقی می‌شود که نزدیک به وقوع باشد. بر اساس این شرط، می‌بایست هیچ فرصت و امکانی برای توسل به نیروی دولتی وجود نداشته باشد (Killing in self defence: 78). نیز اینچنین استدلال شده است که آسیب فوری‌ای که مهاجم در صدد ایراد آن است، چیزی فراتر از ترس ورود آسیب است، و زمانی آغاز می‌شود که عمل یا حرکتی آشکار رخ دهد و یا کلام آشکاری گفته شود و دلایل معقولی بر باور به این که مهاجم قصد ایراد آسیب دارد، را شکل دهد. (Reexamining the doctrine of self defense: 28)

در تبیین چرایی و هدف از استقرار شرط فوریت در دفاع مشروع، برخی مانند جورج پی. فلچر به بیان نقش سیاسی فوریت پرداخته‌اند. بر اساس دیدگاه فلچر، فوریت به‌عنوان ضابطه‌ای که برخورد شخصی افراد با تهاجم‌های غیرقانونی وارد شده علیه خود، را سامان می‌دهد، نقشی سیاسی دارد، و آن، تقسیم سیاسی قدرت بین دولت و شهروندان است. زمانی که آسیب غیرقانونی در آینده در راه است، شهروندان ممنوع از دفاع از خویش هستند؛ زیرا از نظر سیاسی، از شهروندان انتظار می‌رود قبل از ورود آسیب فوری، قانون را در دست نگیرند و تنها زمانی که قانون ناتوان از حمایت از شهروندان بود، به دفاع از خویش بپردازند (Concepts of Criminal Law: 570 Basic). برخی دیگر معتقدند که فوریت، یک قاعده‌ی اخلاقی مهم است که در صدد پیشگیری مردم از استفاده‌ی زود هنگام از سلاح و کاهش رخداد خشونت علیه افراد بی‌گناه است. (Greenawalt, 1986: 91) اما، الزام به وجود فوریت با این رویکرد سنتی که تا اواخر قرن بیستم دیدگاه غالب بود از دهه ۱۹۸۰ به این سو به چالش کشیده شد (بهستانی، ۱۳۸۷: ۱۴۹). حقوق دانان، عدالت و انصاف را در ابتدا در مورد محکومیت مدافعانی که پیرو باور معقول به وقوع حمله‌ای



1 Imminent attackers  
2 Threatening people

فوری، پیش از وقوع عینی حمله، به دفاع از خویش می‌پرداختند (Baron, 2005: 400) و این فرض که فقدان یک تهدید فوری خاص، نشان دهنده‌ی پاسخ دفاعی غیرضروری و غیرمعقول است، را به چالش کشیدند (Duff, 2004: 841) و سپس، زنان آسیب دیده‌ای که پیرو باور به وقوع حمله حتمی در آینده‌ای نزدیک، اما بدون وجود حمله‌ی فوری و عینی، مهاجمان خفته‌ی خود را به قتل می‌رساندند از مصادیق بحث‌برانگیز تحقق فوریت بود (Motz, op.cit: 18). این چالش‌ها منجر به طرح دیدگاه‌هایی گردید که ذیلاً بیان می‌گردند.

### ۱-۲. دیدگاه‌های رایج پیرامون فوریت در قلمرو دفاع مشروع ظاهری

«دفاع مشروع ظاهری» به شرایطی گفته می‌شود که مدافع با این باور که حمله‌ای فوری در راه است، به دفاع از خویش پردازد اما در واقع این‌گونه نباشد و در تشخیص فوریت حمله، دچار اشتباه شده باشد. مثال برای این نوع دفاع، در شهر نیویورک اتفاق افتاد؛ هنگامی که در مترویی در نیویورک چهار جوان آفریقایی-آمریکایی به یکی از مسافران نزدیک شده و پنج دلار از وی تقاضا می‌کنند. مسافر بدون این که هیچ صحبتی بکند، از جیب خود سلاح بیرون آورده و به هر پنج نفر حمله‌ور شده و یکی از آنها را شدیداً زخمی نمود. این مسافر پیش از آن در موقعیت‌های مختلف مورد تهدید واقع شده بود و تصور کرده بود این بار نیز، حمله‌ای قریب‌الوقوع در جریان است. به همین دلیل، این مسافر برای باورش به این که قصد حمله به وی وجود دارد، دلیل داشت. اما این مساله که باور و دلیل مدافع ظاهری، برای توجیه اقدام پیش‌دستانه‌اش امری مهم و مؤثر است یا خیر، موضوعی است که باعث تقسیم نظریه پردازان به دو دسته‌ی عینی‌گرایان و ذهنی‌گرایان شده است. (Putative self defense: A borderling case between justification and excuse, (2008: 600)

### ۱-۲-۱. دیدگاه عینی: تئوری مجرمیت

این تئوری مقرر می‌دارد که ارکان عینی دفاع موجه (یعنی ناصحیح بودن تجاوز) بخش اساسی ادعای توجیه است. بنابراین، برای موجه قلمداد شدن هر اقدام دفاعی، باید حتماً و واقعاً تجاوزی غیرقانونی و خطاکارانه ارتکاب یافته باشد و بدین ترتیب، اشتباه در مورد این عنصر (عنصر وقوع تجاوز ناصحیح و غیرقانونی)، مصداق اشتباه در خود توجیه قانونی تلقی می‌شود و آن را تبدیل به یک عذر می‌نماید، و نه تبدیل به یک عامل توجیه‌کننده؛ مسأله-ای که باعث می‌شود تنها مسئولیت مدافع ظاهری تحت شعاع قرار گیرد نه خطا بودن عمل.





اگر اشتباه، معقول و غیر قابل اجتناب باشد معذور خواهد شد و اگر غیر معقول باشد باعث کاهش و تخفیف مسئولیت او می‌شود. (پیشین)

برجسته‌ترین شارح دفاع مشروع ظاهری و عینی گرا، جورج پی. فلچر، استدلال می‌کند که دفاع مشروع دفاعی است که باعث توجیه کامل اقدام مدافع می‌شود و عمل مدافع را صحیح و خوب می‌گرداند. برای تحقق دفاع مشروع می‌بایست ضوابط مهم قانونی آن - یعنی ضرورت، تناسب و فوریت - الزاماً وجود داشته باشد تا به‌عنوان یک عذر موجه‌کننده عمل کند. ضابطه‌ی فوریت از دیدگاه وی، خط اساسی تمایزدهنده بین رفتار دفاعی و انتقامی است. بنابراین، استفاده از نیروی دفاعی توسط فردی که مهاجم فوری تنها در «ذهن» وی وجود داشته، نمی‌تواند موجه باشد. اعتقاد صرف نمی‌تواند دفاع را موجه کند. مهاجم ظاهری که در واقع فرد بی‌گناهی است، مورد تهاجم مدافع ظاهری قرار گرفته و حق دفاع از خویش دارد. (Basic Concepts of Criminal Law; 73)

پل رابینسون هم معتقد به فوریت عینی است. از دید وی، توجیه، یک عامل عینی است؛ به این مفهوم که زمانی که هیچ عمل بدی رخ نداده باشد نمی‌توان به عامل توجیهی استناد جست. اگر کسی دچار اشتباه شود، عمل موجه عملی است که در تمام جهان، صحیح و خوب تلقی شود و این در مواردی اعمال می‌شود که مدافع هیچ آسیبی در واقع وارد نیاورده باشد، نه در مواردی که مدافع صرفاً تصور می‌کند آسیبی وارد نیاورده است، عملاً آسیب وارد نموده باشد. رابینسون این دیدگاه را بر اساس آنچه انجام شده است، دیدگاه "اقدامات" نام‌گذاری می‌کند، که در تغایر با دیدگاه "دلایل" است. دیدگاه دلایل، بر اساس دلایل مدافع برای عمل کردن، توجیهات را بیان می‌کند. بنابراین، حتی اگر مدافع نمی‌دانسته ضوابط دفاع مشروع مهیا هستند اما در واقع مهیا بوده باشند، رفتار وی موجه است؛ اما اگر تصور کند عملش موجه است در حالی که در واقع موجه نباشد نمی‌توان اقدام او را توجیه کرد. (Competing theory of justification deed versus reason, 1996: p43)

### ۱-۲-۲. دیدگاه ذهنی: تئوری جرم

دیدگاه ذهنی مقرر می‌دارد که ارکان عینی دفاعیات موجه، ارکان خنثی‌کننده‌ی جرم هستند. بنابراین، اشتباه در مورد این ارکان، به‌عنوان «اشتباه موضوعی» قلمداد می‌شود؛ یعنی به‌مثابه یک اشتباه که عنصر روانی مدافع را تحت تأثیر قرار می‌دهد. اگر اشتباه معقول





باشد، به این معنی است که مدافع بدون سوءنیت و عنصر روانی که، وجود آن عنصر برای محکومیت به یک جرم لازم است، اقدام کرده است. پس عمل این فرد، خطا کارانه تلقی نمی‌شود و قربانی اشتباه مدافع نمی‌تواند در مقابل این دفاع ظاهری، به دفاع از خویش بپردازد. ( Putative self defense: A borderling case between justification and excus, 2008: 600)

این دیدگاه، اشتباه معقول را اشتباهی می‌داند که یک شخص متعارف در شرایط مدافع مرتکب می‌شود. برجسته‌ترین طرفدار این رویکرد، کنت گریناوالد، تصریح داشته است باید تمرکز از این مسأله که تجاوز به منافع قربانی - مهاجم ظاهری - موجه است یا خیر، به این مسأله تغییر کند که آیا خطری که مدافع تصور می‌کند او را تهدید کرده، معقول و بنابراین موجه بوده است یا خیر؛ صرف نظر از تأثیر آن احساس خطر بر قربانی - مهاجم ظاهری -، اما، بر اساس این دیدگاه، تنها ضابطه‌ی توجیه، باورهای شخصی توأم با حسن نیت مدافع نیست بلکه باورهای شخصی و واکنش‌های مدافع باید در مقابل معیار عینی جامعه از معقولیت، ارزیابی شود. یعنی در اولین قدم باید مدافع واقعاً باور داشته باشد که ارکان واقعی توجیه - یعنی تجاوز فوری - وجود دارد؛ و سپس، این باور باید با آنچه شخص متعارف ممکن است باور داشته باشد، مطابق باشد. در این صورت است که عمل مدافع، موجه تلقی می‌شود. به عبارت دیگر، مرتکب را می‌بایست بر مبنای وقایعی که به آنها باور داشته است قضاوت نمود. دفاع مشروع وقتی محقق می‌شود که فرد اعتقاد داشته باشد عملی که انجام می‌دهد موجه است و این باید یک اعتقاد معقول باشد ( The perplexing borders of justification and excuse, 1984). بنابراین اگر فردی در تشخیص فوریت یک تهاجم به وی باور معقول و متعارف داشته باشد عمل وی دفاع مشروع موجه است و نیاز نیست الزاماً و در جهان واقع، خطری فوری متوجه وی می‌بوده است.

### ۱-۳. دیدگاه‌های رایج پیرامون فوریت در مورد دفاع زنان آسیب‌دیده

از ۱۹۷۰ میلادی، نگرانی‌ها در موضوع بگرنج زنان آسیب‌دیده‌ای که در طول زندگی زناشویی همواره مورد آسیب و سوءاستفاده‌ی همسران خود قرار می‌گرفتند، ضابطه‌ی فوریت را با چالش‌های جدی مواجه ساخت. به همین ترتیب، رویکردهای مختلفی توسط نظریه‌پردازان مطرح شد که برخی منجر به اصلاحات قانونی در خصوص خشونت خانگی و موضوع زنان آسیب‌دیده شد. در ادامه، این رویکردها تشریح می‌شوند.







### ۱-۳-۱. لزوم وجود اتصال عرفی نزدیک میان نیروی دفاعی و نیروی تهاجمی

در این رویکرد، فوریت، به مفهوم وجود ارتباط عرفی نزدیک بین نیروی دفاعی و تهاجمی، لازم است. طرفداران این نظریه معتقدند در شرایط غیرتهاجمی که حمله‌ی فوری وجود ندارد، تجویز دفاع موجب تضعیف ارزش‌های اخلاقی ناظر به تقدس حیات بشری می‌شود و به تجویز انتقام می‌انجامد. نیز، لزوم شرط فوریت به این دلیل است که توسعه‌ی بیشتر بازه‌ی زمانی بین خشونت تهاجمی و پاسخ دفاعی، خطر بزرگتری در پی دارد و آن، دفاع غیرضروری است. به همین دلیل، برخی معتقدند به کارگیری یک ضابطه‌ی عرفی دقیق و متقن در خصوص فوریت، مانع اثبات دفاع مشروع در شرایط غیر تهاجمی می‌شود. آنها پیشنهاد می‌دهند که مدافعانی که تجربه‌ی خشونت خانگی دارند، می‌بایست به سایر دفاعیات متوسل شوند؛ همچنین پیشنهاد می‌دهند که برنامه‌های دولتی و سازمان‌ها برای کاهش خشونت خانگی تقویت گردد. (Battered woman and sleeping abusers: Some reflections, 2006: 457)

در توضیح لزوم وجود این شرط، برخی اظهار داشته‌اند که هرگونه تلاش برای گسترش قانون دفاع مشروع به جهت تجویز و تأیید قتل‌های غیرتهاجمی، یک جامعه‌ی اصلاح‌شده است که در نهایت چنین اجتماعی آسیب خواهد دید. توسعه‌ی دفاع مشروع به قتل‌های غیرتهاجمی مستلزم نقض ارزش‌های اخلاقی در مورد حیات انسان‌ها و شاید حتی تجویز انتقام‌های منجر به قتل است. قاعده‌ی سنتی این است که نیروی خودیاری صرفاً برای دفع حمله‌ی غیرقانونی در حال وقوع یا آن چیزی باشد که مدافع به طور قابل قبولی باور دارد که تهدید به حمله‌ی غیرقانونی، قریب‌الوقوع است؛ و قریب‌الوقوع یا فوریت به این معنی است که حمله ممکن است به طور آنی و هر لحظه اتفاق بیفتد. (پیشین)

### ۱-۳-۲. فوری بودن و معقول بودن

حقوق‌دانان قواعد سنتی دفاع مشروع را مورد بازبینی قرار داده تا بتوانند این قواعد را با شرایط زنان دچار شده به «سندرم زنان آسیب‌دیده» هماهنگ کنند. آنها با استفاده از مفاهیم «چرخه‌ی خشونت» و «درماندگی خو گرفته»، عاقلانه بودن رفتار زنان آسیب‌دیده را در ضرورت توسل به اقدامات کشنده برای دفاع از خود به تصور کشیده‌اند. در این زمینه، راه‌حل لنور والکر، به گونه‌ای برای حل مشکل فوریت در مورد این زنان به کار گرفته شده است. بر اساس دیدگاه او، یک چرخه‌ی سه‌وجهی (سه حالتی) از ویژگی‌های خشونت در این چنین روابط نوعاً آسیب‌زایی وجود دارد. در حالت «تنش‌سازی اولیه»، نوعی





سوءاستفاده‌ی محدود وجود دارد که در طول آن زمان، فرد مورد سوءاستفاده تلاش می‌کند شخص بدرفتار را به منظور بازداري از آسیب‌رسانی دوباره، آرام کند. حالت دوم، شامل حوادث شدیداً آسیب‌رسان است؛ مانند این که در نتیجه‌ی ایجاد تنش اولیه، شخص آسیب‌رسان آتش‌سوزی راه می‌اندازد. در این صورت، شخص سوءاستفاده‌کننده تلاش می‌کند با استفاده از یک عبارت آرام و بدون خشونت، قول دهد که روش مورد اتخاذش را اصلاح کند، و خواستار بخشش و عفو است و درصدد توبه است. اما در نهایت و دوباره، چرخه از سر گرفته می‌شود. در طول زمان، آن‌گاه که چرخه‌ها خودشان تکرار می‌شوند، قربانی، دچار فلج روانی و عاطفی می‌شود؛ وضعیتی که از آن به «درماندگی خو گرفته» یاد می‌شود. زن آسیب‌دیده، از لحاظ روان‌شناختی احساس اسارت می‌کند و قادر نیست روابط آسیب‌زا علیه خود را ترک کند (The battered women Syndrome; 9). طبق نظر خانم والکر، زن آسیب‌دیده تلاش نمی‌کند از شرایط آسیب‌زا دوری کند، حتی وقتی که از نظر دیگران فرار کردن امری ممکن است. او از تجربه‌ی خود می‌آموزد که حمله‌ی دیگری در حال وقوع است و احتمال کشته‌شدن در طول حمله بعدی با توجه به شدیدتر شدن میزان خطرناکی ضربات در هر بار نسبت به قبل تشدید می‌شود. زن می‌تواند افزایش دهشتناک صدمات و شاید مرگ خود را پیش‌بینی کند؛ او در نهایت کشته خواهد شد، آن هم زمانی که به هیچ وجه نمی‌تواند از خود دفاع کند، چون توانایی فیزیکی برای دفاع از خود در برابر مرد را ندارد. (پیشین)

مجموع این عوامل، ترس و وحشتی مرگ‌آور را برای این زنان به این که خطری نزدیک در حال وقوع است و به‌زودی و به‌طور اجتناب‌ناپذیری توسط شوهر خود کشته خواهند شد، به بار می‌آورد. علاوه بر این، پلیس و دیگر مقامات در این زمان نمی‌توانند به او کمک کنند (Reexamining the doctrine of self defense to accommodate battered women, 1991: 187)، بهترین زمان برای دفاع از خود، در این شرایط، زمان بین آرامش بین خشونت‌ها است؛ زیرا او می‌داند تنها در این فرصت کوتاه می‌تواند از خود دفاع کند. بنابراین، اطلاع نداشتن از زمان دقیق حمله بعدی، به معنای قریب‌الوقوع نبودن خطر نیست. او این خطر را احساس می‌کند، حتی اگر انسان عادی در آن شرایط، فوری بودن خطر را احساس نکند. این زنان به‌نحو معقولی درک می‌کنند که خطر فوری مرگ در راه است و تنها راه برای زنده ماندن، کشتن مهاجم (غالباً همسر) است.





بدین ترتیب، مطابقت دادن قواعد دفاع مشروع با رفتار تدافعی زنان آسیب‌دیده مستلزم بازنگری و اصلاح در سنجش معقولیت پاسخ دفاعی زنان است. در الگوی کنونی دفاع مشروع، معقول بودن درک افراد، به وجود شرایط دفاعی بر حسب انسان متعارفی وابسته است که در شرایط حادثه قرار می‌گیرد. قرار دادن انسان متعارف به عنوان معیار سنجش میزان معقول بودن رفتار تدافعی، اجازه بررسی ویژگی‌های شخصی و در نظر گرفتن شرایط ویژه‌ی زنان آسیب‌دیده را نمی‌دهد. این معیار، تأثیر تراکمی خشونت‌های مکرر در زنان جهت شکل‌گیری احساس ضرورت و قریب‌الوقوع بودن خطر را به حساب نمی‌آورد. این در حالی است که با توجه به سندروم زنان آسیب‌دیده، عمل ارتكابی توسط چنین زنانی کاملاً معقول و منطقی است (پیشین: ۱۷۷). بنابراین، شایسته است که «اعتقاد معقول زنان آسیب‌دیده»، معیار سنجش معقولیت قرار گیرد.<sup>۱</sup>

آنچه این تغییر را در مفاهیم تجویز می‌کند حاکمیت نوعی معیار شخصی درباره نحوه درک شرایط و قواعد دفاع مشروع است. بر اساس این معیار، مرتکب باید بر مبنای وقایعی که به آنها باور داشته است، قضاوت شود. دفاع مشروع وقتی محقق می‌شود که فرد اعتقاد داشته باشد عملی که انجام می‌دهد موجه است و این اعتقادی معقول بوده باشد (The perplexing borders of justification and excuse, 1984: 1908). از این رو، مجموع

۱- در حقوق عرفی استرالیا، فوریت مفهومی مستقل نیست بلکه ممکن است یک موضوع مبتنی بر عینیت و شواهد تلقی شود که به اعتقاد واقعی مدافع و معقولیت باور وی مربوط می‌شود. بر این اساس، اگر مدافع در خشونت‌های خانگی باور داشته باشد که تهدید، فوری است و باور وی معقول باشد، می‌تواند به خوبی از دفاع مشروع استفاده نماید؛ بدون این که در آن لحظه، حمله‌ای فوری وجود داشته باشد. در یک پرونده، سابقه‌ی خشونت جنسی، جسمی و روانی که قربانی نسبت به همسر خود روا داشته بود، باعث شد قتل همسر توسط زن در شرایط غیرتهاجمی موجه تلقی گردد؛ بر این اساس که این گذشته، موجب شده است که تهدید علیه زن همواره موجود تلقی و در نهایت با این استدلال تبرئه شود که حالت انگیختگی و آگاهی مدافع از خطر، نتیجه‌ی سوءاستفاده‌هایی است که در گذشته نسبت به وی تحمیل شده است؛ به گونه‌ای که مدافع به درستی باور داشته است که در معرض خطر فوری مرگ است و نیز باور داشته است که تنها راه برای دفاع از خویش، قتل همسر در شرایط غیرتهاجمی است.

(McMahon and Guz, 2011: 108)



این دو مفهوم یعنی معقولیت و فوریت، حق انتخاب برای فرد در معرض خطر را ایجاد می- کند.<sup>۱</sup>

### ۱-۳-۳. جایگزینی فوریت حمله با مفهوم غیر قابل اجتناب بودن آسیب

آنچه در این نظریه مهم است دو مفهوم معقولیت و غیر قابل اجتناب بودن حمله است و فوریت، شرطی غیر مرتبط است. بر این اساس، می توان موقعیت های واقعی مشاهده کرد که در آن شرایط، با وجود این که تهدید فوری وجود ندارد، اما دفاع غیر قابل اجتناب است و استفاده از نیروی دفاعی معقول می باشد.

غیر قابل اجتناب بودن یعنی مدافع درک می کند که آسیب در آینده ای نزدیک اتفاق خواهد افتاد و هم البته آسیب، غیر قابل اجتناب است. در این دیدگاه، معقولیت از دیدگاه مدافع ارزیابی می شود و ویژگی های شخصی وی و تجربیات گذشته اش لحاظ خواهند شد. این، دفاع مشروع را دفاعی اغلب نشأت گرفته از انگیزش می داند و بیان می کند مدافع می- تواند هر چه که او باور دارد برای جلوگیری از حمله ضروری است انجام دهد؛ به شرطی که باورش حداقل های معقولیت را بر آورده سازد؛ معیاری که بر آمده از کسانی است که در موقعیت مدافع قرار داشته و خصوصیات روان شناسانه ی وی را دارند. (پیشین: ۶۳۱)

### ۱-۳-۴. تأکید بر ضرورت به جای فوریت؛ از طریق اصلاح قانونی

این رویکرد باورمند است که در شرایط غیر تهاجمی، بررسی ارتباط فوریت با ضرورت مسأله ی مهمی است. فوریت وابسته به ضرورت است؛ با بیان این که ضابطه ی فوریت در صدد محدودیت دفاع به اقدامات مدافعانه ی ضروری است و هیچ هدفی در توصیف و تحلیل دفاع مشروع جز این که نماینده ی معیار کلی تر ضرورت باشد، ندارد. این ضابطه معتقد است که تهدیدهای فوری ضرورتاً خطرناک تر از تهدیدات غیر فوری نیستند. یا این که تنها این تهدیدات فوری نیستند که به اندازه ی کافی آسیب زا هستند که مجوز نیروی

۱- علاوه بر این معیار شخصی، برخی معتقدند که معیارهای عینی و ترکیبی نیز برای توجیه عمل دفاعی باید وجود داشته باشند. در معیار عینی، رفتار وقتی موجه است که در واقع موجه باشد؛ یعنی بر حسب توازن منافع موجود از آسیب نهایی جلوگیری کرده بود (Rabinson, 1996: 45). پس عمل این زنان به دلیل عدم فوریت موجه نیست، زیرا بر اساس معیار ترکیبی عناصر عینی و قصد مواجهه هر دو برای شکل گیری دفاع مشروع لازم است (فلچر، ۱۳۸۴: ۱۸۲). با توجه به عدم وجود عناصر عینی چون حمله و ضرورت اقدام دفاعی، موضوع دفاع مشروع در مورد زنان آسیب دیده منتفی است.





دفاعی باشند. بلکه ضابطه‌ی فوریت از یک قیاس مبنی بر این که نیروی دفاعی در فقدان یک تهدید فوری، غیرضروری است، نشأت می‌گیرد. اگر حمله، فوری نباشد فرض می‌شود مدافع قادر به برداشتن گام‌هایی برای اجتناب از ضرورت به کارگیری نیروی دفاعی بوده است. در واقع، قریب‌الوقوع بودن تنها نماینده‌ی وجود ضرورت است و خود، اهمیت مستقلی ندارد. به زعم آنان، چون فوریت هیچ اهمیتی مستقل از ضرورت ندارد، در تضاد میان فوریت و ضرورت (از قبیل مورد که قربانی خشونت خانگی در شرایط غیرتهاجمی دست به قتل می‌زند)، ضرورت ترجیح دارد (On self-defense)، imminence، and (women who kill their batterers, 1992-3: 371)

پس، زمانی که خطری قریب‌الوقوع در میان نیست اما استفاده از نیروی دفاعی ضروری تشخیص داده شده است، دفاع به عمل آمده مشروع تلقی خواهد بود. به نظر می‌رسد قانون جزای نمونه‌ی ایالات متحده آمریکا با تغییر واژه‌ی فوریت به "ضرورت فوری" نیز به چنین دیدگاهی نظر داشته است<sup>۱</sup> (Basic Concepts of Criminal Law, 1996: 576). بنابراین، هیچ الزام و دلیلی وجود ندارد که مدافع را مجبور کنیم که تا آخرین لحظه، انتظار بکشد حمله‌ای رخ دهد و سپس از آن جلوگیری نماید. ما باید در هر زمانی که مدافع بتواند به طور قابل اعتمادی ادعا کند اگر از خود دفاع نمی‌کرد، مورد آسیب‌های جدی قرار می‌گرفت، دفاع را مجاز بدانیم. بهترین کار در این موارد، حذف فوریت و جایگزینی آن با ضرورت است. در این رویکرد، همانند رویکردهای پیشین، معیار شخصی - یا همان «اعتقاد معقول مدافع» - برای درک مفهوم فوریت کافی به نظر می‌رسد (U.S.A criminal code act)<sup>۲</sup>.

۱ در بخش ۳،۰۴ قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا مقرر شده است که استفاده از نیروی دفاعی زمانی موجه است که مدافع باور داشته باشد که توسل به این چنین نیروی فوری، به منظور دستیابی به هدف حمایت از خویش علیه یک نیروی غیرقانونی، ضروری است.

۲ این نظریه‌ها در استرالیا جنوبی موجب گردید در سال ۲۰۰۸، قانون قبلی که مصوب ۱۹۱۳ بود اصلاح گردد و دفاع مشروع در موارد ذیل تحقق پذیرد: الف - شخص باور داشته باشد که نیروی دفاعی برای دفاع از خویش یا دیگری نسبت به حمله‌ی آسیب‌زا ضروری است؛ و این شامل حملاتی است که فوری نیستند؛ ب - عمل دفاعی پاسخ معقول به شرایطی باشد که شخص باور داشته است رفتار معقول بوده است؛ ج - زمینه‌های معقولی برای آن باورها وجود داشته باشد (Section 248(4) of criminal code act 1913(WA)).





برخی با این دیدگاه مخالف‌اند و معتقدند در فقدان تهدید فوری، همواره نیروی دفاعی غیرضروری است. آنها این‌گونه استدلال می‌کنند که تجویز استفاده از نیروی دفاعی در فقدان تهدید فوری به این معناست که با وجود فرصت کافی برای استمداد از نیروی پلیس، فرد بتواند از خود دفاع کند. آنها با تعریف جداگانه‌ی فوریت و ضرورت، معتقدند قاعده ضرورت به دنبال این است که خودیاری را محدود به شرایطی کند که در آن، در واقع، مطلقاً هیچ راه جایگزین دیگری برای مقابله با مهاجم وجود نداشته باشد. یعنی نیروی دفاعی، می‌بایست آخرین راه توسل باشد. فوریت نیز به معنای شرایطی است که هدف آن، محدود کردن دفاع مشروع به شرایطی است که هیچ فرصتی و زمانی برای مراجعه به مقامات دولتی نباشد. در واقع، فوریت نماینده‌ای ناقص برای تضمین این شرط است که استفاده از نیروی دفاعی ضروری است و این دو مفهوم، از هم جدا هستند. (Ibid; 597)

بر مفهوم ضرورت، انتقادهایی وارد است که موجب شده برخی آن را جایگزین ناقصی بر فوریت بدانند؛ از جمله این که این ضابطه، انسانیت اشخاص و ارزش اجتماعی حیات بشری را مخدوش می‌کند. تجویز دفاع، بنا به ضرورت و بدون وجود فوریت، باعث می‌شود این مسأله که مهاجم ممکن است ذهن خود را تغییر داده باشد و نخواهد دیگر مرتکب جرم شود، را نادیده انگاریم (Battered woman and sleeping abusers: 465).  
دومین انتقاد وارد بر ضرورت، از دید کاوفمن این است که ضابطه‌ی فوریت نقش سیاسی بسیار مهمی در استقرار تقسیم مطلق بین شهروندان و دولت در حق استفاده از نیروی دفاعی دارد. بر پایه دیدگاه، در وضعیتی که یک تهدید فوری است و هیچ فرصتی برای دخالت دولت وجود ندارد، شخص می‌تواند دفاع شخصی نماید، اما ضابطه‌ی ضرورت به قدرت انحصاری دولت در دفاع از شهروندان پایبند نیست و بنابراین در فقدان حمله‌ی فوری ولو ضروری، می‌بایست به نیروی دولتی توسل جست. از این رو، وی استدلال می‌کند که زنان آسیب‌دیده نمی‌توانند از ضابطه‌ی فوریت بر این اساس فرار کنند. او این‌گونه توضیح می‌دهد که موقعیت زنان آسیب‌دیده مشابه و قابل قیاس با کسانی نیست که ممکن است به طور موفقیت‌آمیزی به این چنین ادعایی دست یازند؛ همانند قربانیان آدم‌ربایی. وی در مورد این زنان، فقدان حمایت مؤثر دولت را نادیده می‌گیرد (self defense)، (Imminense and Battered women, 2007: 342). فلچر نیز معتقد است می‌بایست از فوریت حمایت کرد و وجود آن را لازم دانست؛ زیرا تنها در صورت وجود تهدید فوری





است که دولت صحیحاً حق خود برای استفاده از نیروی دفاعی علیه قانون‌شکنان را به اشخاص تفویض می‌کند و مانع از آن می‌شود که توده‌ی مردم از نیروی انتقامی استفاده کنند. نتیجه‌ی استدلال وی این است که اگر دولت قادر به حمایت از اشخاص علیه خشونت نباشد، ضابطه فوریت معلق می‌ماند و اشخاص مجاز به دفاع از خویش هستند اما ضابطه‌ی ضرورت موجب تفویض قدرت دفاع از شهروندان نخواهد شد.

### ۱-۳-۵. حذف شرط فوریت در دفاع مشروع؛ و ایجاد یک معیار دفاع خاص

این دفاع، نوعی دفاع نسبی است و تنها در مورد پرونده‌های خشونت خانگی و روابط مبتنی بر سوءاستفاده، و تنها در مورد جرم قتل، قابل استناد است. زنان آسیب‌دیده در این رویکرد بدون این که رفتار آنها موجه و یا معذور باشد، به جای محکومیت به قتل عمد، به قتل غیرعمد محکوم می‌شوند تنها اگر: اولاً، فرد متوفی مرتکب اقدامات خشونت‌آمیز شدید علیه مدافع در زمان طولانی شده باشد؛ ثانیاً، فرد مدافع باور داشته باشد که استفاده از نیروی دفاعی برای محافظت خویش از مرگ یا آسیب شدید جسمانی ضروری است؛ و ثالثاً، زمینه‌ها و دلایل معقولی برای این اعتقاد مدافع وجود داشته باشد.

بدین ترتیب، در این رویکرد تأکید بر پیشینه‌ی خشونت در یک رابطه است نه فوریت. در اینجا فوریت جای خود را به معقولیت باور مدافع به ضرورت استفاده از نیروی دفاعی داده است، اما بدون استفاده از دفاع مشروع یا دفاع معذور، آنها را تنها مشمول تخفیف مجازات می‌کنند و نه برائت از اتهام. (Is imminence still necessary? Current approaches to Imminence in the laws governing self defense in Australia: 115)

## ۲. فوریت در حقوق ایران و فقه اسلامی

### ۲-۱. جایگاه فوریت در دفاع مشروع، در حقوق ایران

در این بخش، ابتدا سابقه تاریخی قوانین ایران قبل و بعد از انقلاب و به‌طور خاص در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ بررسی و سپس دکترین حقوقی توصیف و تحلیل می‌شود:

#### ۲-۱-۱. قوانین کیفری

در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، در صدر ماده ۴۱، عبارت "دفاع به موجب ضرورت" ذکر شده و هیچ اشاره‌ای به فوریت یا قریب‌الوقوع بودن حمله نشده بود. اما، در



ماده ۱۸۶ مقرر شده بود که در مواقعی که توسل به قوای دولتی برای دفاع بدون فوت وقت برای دفع ضرر ممکن باشد، موقعی برای عنوان دفاع نخواهد بود. به عبارت دیگر، فوریت در این ماده شرط شده است. علاوه بر فوری بودن حمله، قریب الوقوع بودن حمله بر حسب ادله و قرائن موجود نیز موجب تحقق شرایط دفاع مشروع است. در ماده ۱۸۷ همین قانون در مورد دفاع در مقابل مقامات دولتی مقرر شده بود «... برحسب ادله و قرائن موجوده خوف آن باشد...» دفاع در برابر آنها جایز است. همچنین، بند اول ماده ۱۸۸ بیان داشته بود «... برای دفاع از قتل یا جرح شدید و ضرب و آزار شدید در صورتی که خوف از این امور مستند به قرائن معقوله باشد». بنابراین چنانچه خوف مدافع بر اساس قرائن معقول یعنی انسان متعارف در شرایط حادثه محرز می‌گردد، دفاع جایز بود.

در قانون مجازات مصوب ۱۳۵۲، در ماده ۴۳ مقرر شده بود «هر کس در برابر هر گونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد، در صورت اجتماع شروطی مانند این که «توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد و یا مداخله قوای مزبور در رفع خطر موثر واقع نشود، قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود». این همان توضیح شرط فوریت است.

در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱، در ماده ۳۳ و ۳۴، دفاع مشروع مورد اتخاذ موضع قانونگذار قرار گرفته بود و همان شرایط و تعاریف مقرر در قانون مصوب ۱۳۵۲ تکرار شد. بخش تعزیرات این قانون در سال ۱۳۶۲ تصویب شد، که ماده ۹۴ آن بیان می‌داشت دفاع در مواقعی صادق است که خوف برای نفس یا عرض یا مال مستند به قرائن معقول باشد و توسل به قوای دولتی و هرگونه وسیله آسان‌تری برای نجات میسر نباشد.

ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ نیز دقیقاً تکرار مواد قانون ۱۳۰۴ و ۱۳۵۲ بود. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ نیز در ماده ۱۵۶ تجاوز یا خطر فعلی یا قریب-الوقوع را بیان داشته و در بند (ب) و (ت) شرایط فوریت یا قریب الوقوع بودن خطر را ذکر کرده است.

## ۲-۱-۲. دگرترین حقوقی

حقوق دانان ایران تنها به ذکر پاره‌ای موضوعات و ابعاد دفاع مشروع، آن هم به تبعیت از غرب و ترجمه‌ی متون آنها پرداخته‌اند. برخی از نویسندگان، قتل را تنها در مقام دفاع از حمله به جان یا عرض موجه می‌دانند و حتی در مقام دفاع از مال تنها زمانی قتل را موجه







می‌دانند که تهاجم به مال مدافع توأم با عنف و آزار و تهدید باشد (اردبیلی، ۱۳۸۱، ج ۱: ۶۸). این، دیدگاهی کاملاً سخت‌گیرانه بوده و قتل در شرایط غیرتهاجمی را موجه نمی‌داند.

برخی نیز معتقدند حفظ کرامت ذاتی انسان مقتضی است که در برابر هر حمله‌ی ضروری و قریب‌الوقوع یا فوری، هر عملی، مدافعانه و موجه دانسته شود؛ چون تعرض به هر یک از ارزش‌های بشری (نفس، مال، عرض و ناموس) تعرض به کرامت و حیثیت انسان است. بنابراین تهاجم باید دفع شود، حتی اگر تنها راه پیش روی مدافع در دفاع تهاجم، کشتن مهاجم باشد (دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن: ۱۲۳).

برخی با پیروی از نظریات حقوق‌دانان غربی قائل به مجاز و موجه بودن قتل‌های غیرتهاجمی هستند و در این باره بیان داشته‌اند که وقتی گفته می‌شود تجاوز باید فعلیت داشته باشد مقصود آن نیست که عملاً تجاوزی نسبت به نفس، ناموس، عرض یا مال انسان یا دیگری صورت گرفته باشد تا دفاع در مقابل آن امکان‌پذیر باشد، بلکه همین اندازه که بتوان با دلایل و شواهد قطعی، فعلیت تجاوز یا قریب‌الوقوع بودن خطر را پیش‌بینی کرد دفاع به عمل آمده، دفاع مشروع تلقی می‌شود. البته این مسأله همانند سایر شرایط مربوط به تجاوز و دفاع، از جمله مسائل موضوعی است که باید از طرف قاضی دادگاه احراز شود (صانعی، ۱۳۸۲: ۲۵۶). در تأیید این دیدگاه، برخی معتقدند امکان مشروع تلقی کردن قتل‌های غیرتهاجمی - در خصوص زنان آسیب‌دیده - بر این پایه وجود دارد که می‌توان در برخی اعمال که بالقوه متضمن خطرات سنگین است، رویه قضایی را به این سمت سوق داد که از ضابطه‌ی تناسب عدول کند و اعمال مجرمانه‌ای را که ظاهر آنها به مراتب شدیدتر و خطرناک‌تر از تجاوز و خطر احتمالی هستند را دفاع مشروع تلقی کند. این گروه از حقوق‌دانان، حکم ماده ۱۸۹ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و حکم موضوع ماده ۶۲۹ قانون تعزیرات مصوب ۱۳۷۵ که بر اساس آن، قتل عمد در مقابله با عملی که موجب خوف قتل یا جرح شدید یا حتی ضرب و آزار شدید باشد موجه عنوان شده است، را قابل اعمال بر وضعیت زنان آسیب‌دیده‌ای که در شرایط غیرتهاجمی همسران خود را به قتل می‌رسانند می‌دانند (دفاع مشروع در پرتو سندروم زنان کتک خورده، ۱۳۹۱: ۱۵۰).

این قاعده در تفسیر دفاع مشروع در حقوق غرب که ممکن است کاملاً سازگار با فرهنگ و تمدن جامعه‌ی خود باشد، لزوماً با متون قانونی حاکم بر نظام حقوقی ایران و نیز





با هنجارهای جامعه‌ی ایران همسو نیست. به واقع، دفاع مشروع، دفاع در شرایط تهاجمی است و گرنه وظیفه‌ی حمایت از شهروندان برعهده‌ی دولت است و تنها در صورت عدم امکان توسل به قوای دولتی است که می‌توان به دفاع از خویش پرداخت. بنابراین این قتل-ها از نوع انتقامی بوده و نمی‌توان به درماندگی خو گرفته و یا سندروم زنان آسیب‌دیده توسل جست.

برخی نیز معتقدند با پذیرش واقعیت‌های جسمی، روانی و اجتماعی، می‌توان اعمال نیروی بیش از حد ضرورت را همانند قانونگذار آلمان تجویز نمود. ماده ۳۳ قانون کیفری آلمان در باب چهارم، با پذیرش واقعیت‌های مزبور چنین پیش‌بینی نموده است: «در صورتی که شخص به دلیل سراسیمگی، ترس یا وحشت، از حدود دفاع مشروع فراتر رود، مسئولیت کیفری ندارد» (قانون جزای آلمان، ۱۳۸۹: ۱۸۰). این تفسیر از ماده مزبور صحیح نیست. گرچه حقوق آلمان قتل‌های غیرتهاجمی را به رسمیت شناخته است اما کاربرد این ماده ناظر بر موقعیت‌هایی است که تهاجمی در جریان است اما مدافع به دلیل ترس، از حد مجاز تجاوز نموده و در واقع عمل مدافع نامتناسب با نیروی تهاجمی است، نه قتل در شرایط غیرتهاجمی.

### ۲-۱-۳. فوریت در دفاع مشروع، در فقه اسلامی

در فقه اسلامی هدف دفاع، تنها دفع حمله و ضرر عنوان شده است؛ به همین دلیل در شرایط دفاع و احکام آن ضوابطی وجود دارد که مانع توسعه‌ی انتقام و اقدامات کینه-جویانه- پس از حمله- و نیز اقدامات پیش‌دستانه- قبل از حمله- می‌شود. یکی از این ضوابط، وجود حمله‌ای فوری یا قریب‌الوقوع است. بنابراین، موضع فقه اسلامی در خصوص قتل در شرایط غیرتهاجمی بسیار سخت‌گیرانه بوده و امکان توجیه قتل‌های غیرتهاجمی توسط زنان دچار سندروم زنان آسیب‌دیده در پرتو فقه اسلامی ممکن نیست. اما، دفاع مشروع ظاهری و اشتباه در وجود حمله‌ی فوری از دید فقها پنهان نمانده است.

در متون فقهی در بیان شرایط و قلمرو دفاع مشروع افعالی مانند «دخل»، «قصد»، «هجم» و... به کار رفته است که در معنای این افعال، وجود حمله‌ی فوری مستتر است. برای نمونه، «اذا قصد رجل رجلا یرید نفسه او ماله، جاز له الدفع عن نفسه او عن ماله» (الخلاف، ج ۵: ۳۴۵). همچنین در ادامه‌ی بیان شروط دفاع مشروع در قریب به تمام متون فقهی عبارتی دیده می‌شود که به طور ضمنی بیانگر ضرورت وجود حمله‌ی فوری و عینی است؛ عبارت





«لا یبدأ الا مع العلم بقصد»: مدافع باید به قصد مهاجم علم داشته باشد» (شهید اول، ۱۴۱۷ق: ۲۶۵). اما قصد مهاجم چگونه احراز می‌گردد؟ در ادامه آمده است که اگر فردی مهاجم را در منزلش-منزل مدافع- به قتل برساند با این ادعا که مهاجم قصد جان یا مالش را نموده بوده، بر مدافع است که بینه اقامه کند تا دفاع وی مشروع باشد؛ بینه‌ای مبنی بر این که مهاجم با شمشیری که در غلاف نیست به خانه‌اش وارد شده است و در حالی که رو بروی اهالی منزل ایستاده، قصد جانشان را کرده است (پیشین). بدین ترتیب، از عبارات مذکور استنباط می‌شود که تا چه میزان دفاع از خود در فقه اسلامی با شرایط محدود- وجود حمله فوری یا قریب‌الوقوع- پذیرفته شده است. در جای دیگر آمده است «لا یبدأ الدافع الا مع القصد. فان ادبر کف عنه، فان عطله قاصدا لم یدقف: مدافع باید علم داشته باشد که مهاجم قصد جان، عرض یا مال وی را نموده است و اگر مهاجم پشت گرداند مدافع نیز باید دست از دفاع بردارد و اگر مهاجم وی را به قصد کشتن مجروح سازد که قادر به دفاع از خویش نباشد، مدافع نباید مهاجم را فوراً بکشد مگر دفاع جز با قتل ممکن نباشد (الأردبیلی، ج ۱۳: ۳۰۲). از کلام این فقیه این گونه برمی‌آید که مدافع نباید آغازگر دفاع باشد، مگر آن که علم پیدا کند که مهاجم قصد وی را نموده است.

در کتاب «اسس الحدود و التعزیرات» ذکر شده است که باید قصد حمله به مدافع محقق شده باشد و اگر قصد حمله محرز نشده باشد، شروع به دفاع جایز نیست. در صورت تحقق و احراز قصد حمله، تا زمانی که مهاجم رو بروی مدافع ایستاده باشد برای مدافع حق دفاع وجود دارد اما به محض این که پشت گرداند، دفاع جایز نیست؛ زیرا احراز قصد حمله، موجب جواز دفاع است و در صورت عدم قصد حمله و تعدی، عنوان دفاع صدق ندارد و نسبت به مهاجم تعدی صورت گرفته است. حتی برخی از فقها مانند کاشف اللثام معتقدند که با وجود احراز قصد تعدی، چنانچه انجام حمله غیرممکن باشد - مانند آن که حائل یا دیواری یا چیزی مانند آن وجود داشته باشد - دفاع جایز نیست. اما با احراز قصد تعدی مهاجم، علم شرط نیست؛ زیرا اگر دفاع نکند، مهاجم او را خواهد کشت. در مواردی که قصد احراز شد، احتمال وقوع حمله کافی برای جواز دفاع است و بعید نیست در مواردی مانند سارق مسلح و محارب به دلیل وجود برخی اطلاعات، احراز قصد تعدی هم شرط نباشد (تبریزی، ۱۴۱۷ق: ۴۶۲). در ایضاح الفوائد علاوه بر شرط قصد تعدی، علم مدافع به قصد مهاجم نیز شرط شده است و مانند سایر متون، هدف از دفاع، انتفاء ضرر



عنوان شده است و هر زمان که ضرر منتفی شود، دفاع نیز باید متوقف گردد. (ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴: ۵۴۶).

اما، برخی علاوه بر علم، ظن به وجود حمله - که البته یقین آور هم نیست اما برای مدافع این اطمینان را به وجود می آورد که حمله ای اتفاق خواهد افتاد - را کافی می دانند. برای نمونه، در کتاب کشف اللثام آمده است که دفاع جایز نیست، مگر بعد از علم به قصد مهاجم یا ظن مدافع به وجود خطر، و نیز این که عادتاً امکان تسلط بر وی در صورت عدم دفاع، وجود داشته باشد (کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، ج ۱۰: ۶۵۱). در روضه البهیه نیز این گونه مقرر شده است که «لا یبدأ الّا مع العلم او الظن بقصد... : باید قصد مهاجم بر مدافع معلوم و یا مورد ظن باشد تا دفاع جایز باشد. و اگر مهاجمی وارد منزل مدافع شود و مدافع ادعا کند که مهاجم قصد جان وی را کرده و بدون قتل، امکان دفع حمله وجود نداشته است، می بایست ینّه ارائه دهد که برای مثال مهاجم با شمشیر باز روبروی اهالی منزل ایستاده بود. اما اگر قصد مهاجم مبنی بر قتل به دلیل تعدّر علم در این موارد را نتواند اثبات نماید، از وی پذیرفته می شود. (شهید ثانی، ۱۴۱۲ق، ج ۹: ۳۵۰)

در جواهر الکلام نیز آمده است که هیچ قول مخالفی در این مسأله وجود ندارد که مدافع نباید دفاع کند مگر قصد حمله ی مهاجم محقق شده باشد، گرچه قصد از طریق ظنی که عرفاً مانند آن محقق می شود، احراز گردد. و اگر خلاف آن روشن شود، مدافع ضامن است و ظاهر، این است که امکان تسلط مهاجم بر مدافع در صورت عدم دفاع شرط است. بنابراین اگر از پشت حائلی قصد جان مدافع را نموده باشد، چون عادتاً امکان تسلط وجود ندارد، بنابراین دفاع جایز نیست. نیز، با احراز قصد حمله، مهاجم باید روبروی مدافع باشد تا دفاع جایز باشد و اگر از وی روی برگرداند دفاع جایز نیست، زیرا دفاع تنها برای دفع حمله است. (نجفی، ۱۴۰۴ق، ج ۴۱: ۶۵۶)

در تحریر الوسیله مقرر شده است «بعد از تحقق قصد مهاجم، دفاع جایز است، ولو قصد مهاجم با قرائن موجب اطمینان و وثوق، محرز گردد. اما آیا اگر قصد مهاجم با ظن و یا احتمالی که موجب ترس مدافع از وقوع حمله ای علیه خود شود، محرز گردد، چه؟ ظاهر، عدم جواز است در صورتی که مدافع از ضرر مهاجم در امان باشد. حتی با وجود علم و یا قرائن موجب وثوق و اطمینان، چنانچه مدافع در احراز قصد مهاجم، دچار اشتباه شود و پیرو چنین اشتباهی، مرتکب قتل مهاجم شود، با این که گناهی مرتکب نشده، ضامن است؛





مگر در خصوص سارق مسلح و محارب، که اگر ایشان قصد جان مدافع را نموده باشند اما مدافع به چنین قصدی واقف نباشد و برای قصد دیگری به مهاجم حمله نماید، که در این فرض، ظاهر، عدم ضمان مدافع است؛ گرچه متجری است». همچنین آمده است که «چنانچه مهاجم دست از تهاجم برداشت مدافع نیز باید دست بردارد و اگر به حمله ادامه دهد، مدافع نیز باید از خود دفاع کند. (خمینی، ۱۴۰۴ق، ج ۱: ۴۸۹)

در احکام الشرعیه نیز آمده است «اگر کسی تصور و خیال کند دیگری قصد حمله به جان، مال و عرض وی را دارد و در مقام دفاع از خود خسارتی وارد آورد اگر معلوم شود اشتباه کرده است گناهی مرتکب نشده اما ضامن خسارت مهاجم ظاهری می باشد. همچنین ذکر شده است که اگر مردی ادعا کند کسی بر او حمله برده است و جز با قتل امکان دفاع نبوده است، قصاص خواهد شد مگر شهود گواهی دهند که مهاجم با شمشیر برهنه وارد منزل مدافع شده است. (حلی، ۱۴۲۰ق، ج ۵: ۳۶۷)

در مذهب الاحکام مذکور است که دفاع زمانی جایز است که مهاجم روبروی وی باشد و رعایت «الاسهل فالاسهل» هم شده باشد و اگر به مدافع پشت نموده باشد اضرار به وی جایز نیست و باید دست از دفاع کشید؛ در غیر این صورت ضامن است (سبزواری، ۱۴۱۳ق، ج ۲۸: ۱۶۳). و نیز اگر محرز شود که مهاجم قصد جان مال و ناموس کرده و مدافع در مقام دفاع او را بکشد اما اشتباهش آشکار گردد ضامن است، بدون این که گناهی مرتکب شده باشد؛ زیرا فرض می شود اعتقاد داشته که قصد هجوم دارد. (پیشین: ۱۶۵)

مدافع نباید شروع به دفاع کند مادام که قصد مهاجم بر حمله بر وی محرز نشده باشد و تا زمانی که مهاجم روبروی مدافع است باید دفاع کند و اگر روی برگرداند باید از دفاع دست بردارد (محقق حلی، ۱۴۰۹ق، ج ۴: ۱۷۷؛ شهید ثانی، ۱۴۱۳ق، ج ۱۵: ۵۱). در این متون به خوبی می توان دریافت که هدف دفاع تنها دفع حمله و ضرر است و هر زمانی که حمله ای وجود نداشته باشد ولو به دلیل انصراف مهاجم از ادامه ی حمله، و به طریق اولی، پیش از وقوع حمله، مدافع حق دفاع پیش از حمله ندارد.

اما تفاوت درجه میان یقین، علم، اطمینان، ظن و احتمال چیست؟ فقها بالاترین درجه ی علم را یقین می نامند. در فقه از آن، به علم و زوال شک تعبیر شده است. برخی معتقدند علم و یقین با یکدیگر تفاوت داشته و علم را اعتقاد به چیزی می دانند که از باب ثقه و امین



بودن ایجاد می‌شود در حالی که یقین آرامش نفس است نسبت به آنچه علم بدان وجود دارد (معجم الفروق اللغویة، ۱۴۱۳ق: ۶۳)؛ همچنان که ابوالبقاء آن را اعتقاد جازم و ثابت مطابق واقع تعریف کرده است. (الکفوی، ۱۹۷۴م، ج ۵: ۱۱۶)

اما از نظر فقها، ظن بر دو قسم است: یکی، «ظن متأخم به یقین» یا «غلبه الظن» که عبارت است از رجحان یک طرف خبر یا امری بر طرف دیگر؛ به طوری که این رجحان مطلق است و جانب دیگر دور گذاشته می‌شود و به جهت ضعف زیاد آن، قابل توجه و اعتنا نیست. حکم این نوع ظن، به مثابه یقین است. حقوق دانان از آن به «علم عادی» یاد می‌کنند و قضات در رسیدگی به یک پرونده، حصول این نوع علم را مد نظر دارند. اما نوع دوم ظن، ظن مطلق است. این نوع ظن، ناظر بر وقوف بین دو چیز است، به گونه‌ای که جانب یک طرف را ترجیح می‌دهیم، بی آن که طرف دیگر را دور اندازیم و از نظر دور بداریم (همان، ج ۴: ۷۹). همین تعریف را نیز علمای منطق از ظن ارائه کرده‌اند (الحموی، ۱۳۵۷ق، ج ۱: ۸۴)؛ همچنان که جانب مرجوح در ظن را وهم گویند.

در کلام فقها، از واژه‌ی اطمینان سخن به میان نیامده است. اما از دید حقوق دانان، اطمینان حالتی بین علم و ظن است که درجه‌ای پایین‌تر از علم و درجه‌ای بالاتر از ظن دارد است (آقایی‌نیا، ۱۳۸۹: ۶۸). به نظر نگارنده، اطمینان معادل ظن متأخم به علم است و در مواردی که فقها از ظن به وقوع حمله سخن می‌رانند، مقصود آنان، ظن متأخم به علم است و ظن مطلق که در واقع وقوف بین دو امر است مورد نظر آنان نیست. بدین ترتیب، چنانچه مدافع به قصد مهاجم، علم، ظن متأخم به علم و یا اطمینان داشته باشد، موجب توجیه دفاع خواهد بود. نتیجه این که، رویکرد فقه همانا لزوم وجود حمله‌ی عینی و فوری است و فقها در درک شرایط حمله‌ی فوری، علم مدافع به قصد مهاجم و یا ظن - متأخم به علم - به دلیل وجود قرائن اطمینان آور را شرط دانسته‌اند. با این وجود، چنانچه مدافع در درک شرایط دچار اشتباه شود و با عدم وجود حمله‌ی فوری، به دفاع از خویش بپردازد، ضمان بر وی مستقر می‌گردد؛ زیرا رویکرد فقه نسبت به دفاع، تنها دفع حمله و ضرر معرفی شده است.

### نتیجه

دفاع مشروع عامل توجیه‌کننده‌ی اقداماتی است که در غیر آن صورت، مجرمانه هستند. از میان ارکان توجیهی دفاع مشروع، شرط فوریت همانا یک مؤلفه‌ی چالش‌برانگیز و مهم





است که عدم درک صحیح آن، پیامدهای ناگواری در پی دارد. این مفهوم در اواخر قرن بیستم مورد چالش جدی نظریه پردازان قرار گرفت تا قتل‌های غیرتہاجمی را تحت پوشش دفاع مشروع تلقی کنند. اما چالش‌های فراروی این شرط، در خصوص زنان مبتلا به سندروم «زن آسیب‌دیده» به نظر معقول و منطقی نمی‌آید. زنان آسیب‌دیده با مراجعه به قانون و دادگاه می‌توانند حق خویش را بستانند و زنان مبتلا به سندروم زنان آسیب‌دیده، به نظر، از معاذیر قانونی معاف‌کننده یا تخفیف‌دهنده می‌توانند بهره‌جویند. اما در خصوص دفاع مشروع ظاهری، قول به توجیه این دفاعیات، خالی از وجه نیست. همواره افرادی وجود دارند که دچار اشتباه معقول می‌شوند و تنها برای دفع حمله به دفاع از خویش می‌پردازند.

در این میان، رویکردی که فقه اسلامی برگزیده، منطقی و به‌دور از چالش است. یقین به وجود حمله‌ای فوری و یا لاقل ظن به وقوع آن، شرط لازم برای مشروعیت هر دفاعی است. بنابراین اشتباهات معقول مورد توجه فقه اسلامی قرار گرفته و برای اجتناب از عواقب منفی پذیرش ظن به فوریت حمله، ظن معقول و متعارف هر انسان معمولی در شرایط حادثه، بهترین راهکار معرفی شده است اما، شرایط استثنائی مانند زنان آسیب‌دیده قابل انطباق بر دفاع مشروع نیست و ممکن است هماهنگ با دفاع جنون‌آنی و یا هر دفاعی دیگر ابراز شود؛ در این وضعیت نمی‌توان قائل به صحیح و موجه بودن این قتل‌ها شد.

## منابع

۱. ابوالقاسم جعفرین حسن (محقق حلی)، ۱۴۰۹ق، شرایع الاسلام فی مسائل الحلال و الحرام، ج ۴، تهران، استقلال.
۲. اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۸۵ش، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ ۱۳، تهران، میزان.
۳. اردبیلی، احمد بن محمد، ۱۴۰۳ق، مجمع الفائدة و البرهان فی شرح إرشاد الأذهان، ۱۴ج، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۴. آقایی‌نیا، حسین، ۱۳۸۹ش، جرایم علیه اشخاص (جنایات)، چ ۸، تهران، میزان.
۵. تبریزی، جواد بن علی، ۱۴۱۷ق، أسس الحدود و التعزیرات، ج ۱، چ ۱، قم، نشر مؤلف.
۶. حبیب‌زاده، محمدجعفر؛ میرمجیدی، سپیده، ۱۳۹۱ش، دفاع مشروع در پرتو سندروم زنان کتک‌خورده، فقه و حقوق اسلامی، س ۲، چ ۴.



۷. حلی (علامه)، حسن بن یوسف بن مطهر اسدی، بی تا، تحریر الأحكام الشرعية علی مذهب الإمامیه (ط- الحدیثه)، ۶ ج، چ ۱، قم، انتشارات موسسه امام صادق (ع).
۸. حلی (فخر المحققین)، محمد بن حسن بن یوسف، ۱۳۸۷ ش، ایضاح الفوائد فی شرح مشکلات القواعد، ج ۴، چ ۱، قم، مؤسسه اسماعیلیان.
۹. الحموی، احمد بن محمد، ۱۳۵۷ ق، غمز عیون البصائر، شرح الاشباه و النظائر، القاهره: دار الطباعة العامرة.
۱۰. خمینی، سید روح الله، ۱۴۰۴ ق، تحریر الوسیله، تهران، سازمان تبلیغات اسلامی.
۱۱. سبزواری، سید عبدالاعلی، ۱۴۱۳ ق، مهذب الأحكام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۸، چ ۴، قم، موسسه المنار.
۱۲. شمس ناتری، محمد ابراهیم؛ عبدالله یار، سعید، ۱۳۸۹ ش، دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن، مطالعات حقوقی، ۲ د، ش ۲.
۱۳. صانعی، پرویز، ۱۳۸۲ ش، حقوق جزای عمومی، چ ۱، تهران، طرح نو.
۱۴. طوسی (ابوجعفر)، محمد بن حسن، ۱۴۰۷ ق، الخلاف، ج ۵، چ ۱، قم، انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۵. عاملی (شهید اول)، محمد بن مکی، ۱۴۱۷ ق، اللمعه دمشقیه فی فقه الإمامیه، ج ۱ و ۲ و ۳، چ ۲، قم، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۱۶. عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی، ۱۴۱۳ ق، مسالک الافهام، ج ۱۵، قم، مؤسسه المعارف الإسلامیه.
۱۷. \_\_\_\_\_، ۱۴۱۲ ق، الروضه البهیة فی شرح اللمعه دمشقیه، المحشی - سلطان العلماء، ج ۲، چ ۱، قم، دفتر تبلیغات اسلامی حوزه علمیه قم.
۱۸. عباسی، اصلی، ۱۳۸۹ ش قانون جزای آلمان، چ ۱، تهران، مجد.
۱۹. العسکری، ابو هلال، ۱۴۱۳ ق، معجم الفروق اللغویه، چ ۱، قم، مؤسسه النشر الاسلامی.
۲۰. فاضل هندی، محمد بن حسن، ۱۴۱۶ ق، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۰، دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه قم.
۲۱. فلچر، جورج، پی، ۱۳۸۴ ش، مفاهیم بنیادین حقوق کیفری، چ ۱، ترجمه سید مهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.







۲۲. الكفوى (ابوالبقاء)، ايوب بن موسى الحسينى، ۱۹۷۴ق، الكليات، ج ۴، دمشق، منشورات وزارة الثقافة و الارشاد العربى.
۲۳. مازندراني خاتون آبادى، محمد؛ خواجوى، اسماعيل، ۱۴۱۸ق، جامع الشتات، قم، دفتر انتشارات اسلامى وابسته به جامعه مدرسين حوزه علميه قم.
۲۴. محمودى، فيروز، ۱۳۷۸، قاعده درء و تطبيق آن با تفسير شك به نفع متهم، مجله پژوهشى دانشگاه امام صادق (ع)، ش ۹.
۲۵. نجفى، محمدحسن، ۱۴۰۴ق، جواهر الكلام فى شرح شرائع الإسلام، ج ۴۱، بيروت، دار إحياء التراث العربى.

26. Blackstone, William. (1765-9). Commentaries on the Law of England, Clarendon Press, 2<sup>nd</sup> Ed.
27. Conde, Francisco. (2008). Putative Self Defense: A Borderling Case between Justification and Excuse, New Criminal Law Review, Vol. 11, No. 4.
28. Fiona, Leverick, (2006). Killing in Self Defence, Oxford University Press.
29. Frederick. H. Russell. (1979). the Just War in the Middle Ages, Routledge.
30. George. P. Fletcher. (1998). Basic Concepts of Criminal Law.
31. Greenawalt, Kent. (1984). The Perplexing Borders of Justification and Excuse, Columbia Law Review, Vol. 84, No. 8.
32. Guz, Angelica and McMahon Marilyn. (2011). Is Imminence Still Necessary? Current Approaches to Imminence in the Laws Governing Self Defense in Australia, Flinders Law Journal, No. 1.
33. Joshua Dressler, (2006). Battered Woman and Sleeping Abusers: Some Reflections, Ohio State Journal of Criminal Law, No. 3.
34. Kaufman, Whitley, R. P. (2007). Self Defense, Imminence and Battered Women, New Criminal Law Review, Vol. 10, No. 3.
35. Rabinson, Poul, H., (1996). Competing Theory of Justification Deed Versus Reason, Collection of British Essays, Andrew Simester, A.T.H Smith, Eds, Oxford University Press.
36. Rosen, Richard. (1992-3). On Self-defense, Imminence, and Women Who Kill Their Batters', North Carolina Law Review.
37. Steele, Walter, W., (1991). Sigman, Christine, W. Reexamining the Doctrine of Self Defense to Accommodate Battered Women, American Journal Criminal Law, Vol. 18, No. 169.
38. Walker, Lenore, A. (2009). The Battered Women Syndrome, Springer Publishing Company, LLC University of Pennsylvania Law School.

