

## Original Article

# Comparative study of the principles and conditions of legitimate defense in the criminal law of Iran and Scotland

Mohammad Hasan Hasani<sup>1</sup>, Hamid Alizadeh<sup>2</sup>, Qasem Salman Nejati<sup>\*3</sup>

<sup>1</sup> Assistant Professor of Law, Faculty of Humanities, University of Damghan, Damghan, Iran

<sup>2</sup> PhD Student in Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, Urmia University, Urmia, Iran

<sup>3</sup> Graduated from Master of Criminal Law and Criminology, Faculty of Humanities, DUniversity of Damghan, Damghan, Iran



10.22080/LPS.2021.19848.1195

**Received:**

September 23, 2020

**Accepted:**

June 2, 2021

**Available online:**

November 27, 2021

**Main Subjects:**

Criminal law and criminology

**Keywords:**

legitimate defense, justification factors of crime, defendant, perpetrator, Human dignity, Dignidad humana

## Abstract

Legitimate defense is a justifiable and excusable factor. The basis for allowing murder as a legitimate defense can be found in the theory of human dignity and the symmetry of the right to life / the denial of the right to life; According to this theory, Scottish law is based on stricter rules than Iranian law regarding the admission of another murder in the capacity of self-defense. Adopting a strong retreat rule, accepting the defendant's only conventional mistake in dealing with the attack is necessary to repel it. The illegitimacy of murder in the defense of property, the monopolization of the license to commit rape by a victim of rape, and its non-extension to other sexual offenses are among the hallmarks of Scotland's strict approach. In contrast, the Iranian criminal legislature, by improperly removing the condition of appropriateness and using alternative but vague terms by observing the defense steps, adheres to other criteria of defense legitimacy, such as the current or imminent encroachment, the need for one-sided defense and the excessive defense order. Has specified. This is despite the fact that in current Scottish law, or the imminent encroachment, along with some other criteria, is considered an element of necessity in legitimate defense. Despite Scotland's stricter approach to determining the territory of self-defense, the rules of self-defense in Iranian and Scottish law lack the necessary comprehensiveness.

## Extended Abstract

\*Corresponding Author: Qasem Salman

Address: Faculty of Humanities, DUniversity of Damghan, Damghan, Iran

Email: qasem4030@gmail.com



## 1. Introduction

Legitimate defense is one of the most important institutions in criminal law; This institution is one of the justifiable factors of crime, which has long been recognized in various legal systems. In fact, this institution has its roots in the existence and history of humanity. Human nature has instinctively reacted to unjust aggressions, regardless of legal implications, and this reaction has been defensive. Legitimate defense can be both a justifiable factor and an excuse, as the case may be: Legitimate defense is basically a justifiable factor of a crime. However, it is considered an excuse when the accused makes a conventional mistake regarding the existence of an attack or aggression and the amount of force that must be used to repel the attack.

## 2. Methods

The writing method is descriptive-analytical and has been applied by applying the system of two laws of the country.

## 3. Results

The difference of opinion of Iranian jurists on the necessity and legitimacy of defense, despite the possibility of escape, is not related to jurisprudential texts. There are four different approaches to Scottish jurisprudence on the issue of escape and retreat in legitimate defense: First, the rule of absolute retreat: According to this rule, the accused must prove that he is in a position of legitimate defense to retreat before using force. Has tried. Second, the strong retreat rule: According to this rule, the accused must use any harmless or conventional opportunity to retreat and escape danger. Third, the weak retreat rule: The implication of this rule is that the issue of retreat and the possibility or impossibility and its desirability or not is

just one of several factors that must be considered when deciding whether to take action. Whether the finding is normal in a legitimate defense position or not. Fourth, the rule of negation of retreat: This rule allows the accused to resist the aggression when faced with an attack, even in cases where he can retreat without any harm.

In apparent legitimate defense, there may be three situations: first, the apparent aggressor is mistaken in the apparent defender, and the apparent defender's reasonable belief in the existence of an intentional danger. In this case, the behavior of the apparent defender is one of the justified causes of the crime. Second, the apparent aggressor does not pose a material or real danger, nor does he deliberately create a sense of danger for the defender, but he has shown behaviors that have led the defender to conclude that he intends to attack him. Third, the apparent aggressor has no fault in misleading the apparent defender and a reasonable belief that the perpetrator is in danger, and has not shown any behavior that has led the defender to conclude that he intends to attack him. It is considered a criminal offense, because the behavior of an apparent defender, although not a legitimate defense, is not punishable due to the lack of a psychological element to commit the crime, as well as a reasonable effort to identify the situation in which it is located and a reasonable mistake. The apparent defenders in the first and second situations will be treated as interpreting Article 156 as a legitimate defense. This is because the Islamic Penal Code recognizes the imminence of rape when its existence is discovered with reasonable evidence. Regarding the apparent defenders in the third situation, it should be said that the legislator has provided for this in Article 303 of the Islamic Penal Code of 2013;

According to it, if the apparent defender, in accordance with his sincere belief in the existence of rape, defends himself against the apparent attacker, in addition to paying the diyat, he will be sentenced to the ta'zir prescribed in the fifth book of ta'zir.

Extreme or excessive legitimate defense applies when the accused is in a state of defense but does not comply with its conditions. In the Islamic Penal Code of 2013, in addition to the institution of legitimate defense, which in the strict sense of the word can be referred to as real legitimate defense, the legislature has also accepted the institution of legitimate defense as excessive or extreme. According to Scottish jurisprudence, a person who has been attacked has the right to use force to the extent that it is normally necessary to repel the attack. When a person is attacked, he or she cannot accurately assess the extent of the attacker's violence, and the courts will consider the need to respond quickly when judging the reaction to the attack, so the accused may be reluctant to inflict undue harm on the attacker. To use too much force and cause a misjudgment of the amount of force needed to save one's life in those emotional moments.

The Iranian criminal legislature has always and especially in Article 156 of the Islamic Penal Code of 2013 has emphasized the current rule or the imminent rape or danger as one of the conditions of legitimate defense. In Scottish law, although only in the McKinsey case,

murder is allowed as a legitimate defense to avoid imminent danger, provided defensive action is necessary.

#### **4. Conclusion**

The basis for allowing murder as a legitimate defense can be found in the symmetrical theory of the right to life, the denial of the right to life; According to this theory, Scottish law is based on stricter rules than Iranian law. The Iranian legislature has unequivocally removed the condition of appropriateness and the use of alternative but vague terms by observing the stages of defense, to other criteria of the legitimacy of defense, including the current or imminent aggression, the need for defense on the one hand and the defense order too necessary. However, in current Scottish law, the imminent rape, along with some other criteria, is considered an element of necessity in legitimate defense. Despite Scotland's stricter approach to determining the territory of self-defense, the rules of self-defense are lacking in the comprehensiveness of Iranian and Scottish law.

#### **Funding**

There is no funding support.

#### **Authors' contribution**

They have participated equally.

#### **Conflict of interest**

Authors declared no conflict of interest.

#### **Acknowledgments**

Thanks to the friends who helped us.



علمی پژوهشی

# تطبیق مبانی و شرایط دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران و اسکاتلند

محمد حسن حسنی<sup>۱</sup>، حمید علیزاده<sup>۲</sup>، سید قاسم سلمان نجاتی<sup>۳\*</sup>

<sup>۱</sup> استادیار گروه حقوق، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران  
<sup>۲</sup> دانشجوی مقطع دکتری حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه ارومیه، ارومیه، ایران  
<sup>۳</sup> کارشناس ارشد حقوق جزا و جرم شناسی، دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران



10.22080/LPS.2021.19848.1195

## چکیده

دفاع مشروع از عوامل موجهه جرم و عذر آور محسوب می شود. مبانی مجاز شمر دن قتل در مقام دفاع مشروع را می توان در تئوری کر امت انسانی و متقارن حق حیات / نفی حق حیات احراز نمود؛ بر پایه این تئوری حقوق اسکاتلند مبتنی بر قواعدی سخت تر از حقوق ایران در ارتباط با مجاز شمر دن قتل دیگری در مقام دفاع مشروع می باشد. اتخاذ قاعده عقب نشینی قوی، پذیرش تنها اشتباه متعارف متهم در رابطه با وجود حمله برای دفع آن ضروری است. نامشروع بودن قتل در مقام دفاع از اموال، انحصار جو از قتل متجاوز از سوی زن بزه دیده تجاوز به عنف و عدم تسری آن به سایر جرائم جنسی از شاخصه های رو یکرد سخت گیرانه اسکاتلند قلمداد می گردد. در مقابل قانون گذار کیفری ایران با حذف نا روا شرط تناسب و استفاده از عبارت جایگزین و لیکن مبهم با رعایت مرا حل دفاع، به سایر ضوابط مشروعیت دفاع از جمله فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز، ضرورت دفاع از یک سو و حکم دفاع بیش از حد ضرورت تصریح نموده است. این درحالی است که در حقوق اسکاتلند فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز تو ام با برخی ضوابط دیگر از عناصر ایجاد ضرورت در دفاع مشروع قلمداد می گردند. با وجود رویکرد سخت گیرانه تر اسکاتلند در تعیین قلمرو دفاع مشروع، ضوابط دفاع مشروع در حقوق ایران و اسکاتلند فاقد جامعیت لازم است.

تاریخ دریافت:

۲ مهر ۱۳۹۹

تاریخ پذیرش:

۱۲ خرداد ۱۴۰۰

تاریخ انتشار:

۶ آذر ۱۴۰۰

موضوعات:

حقوق کیفری و جرم شناسی

کلیدواژه ها:

دفاع مشروع، عوامل موجهه جرم، مدافع، متجاوز، کرامت انسانی

\* نویسنده مسئول: سید قاسم سلمان نجاتی

آدرس: دانشکده علوم انسانی، دانشگاه دامغان، دامغان، ایران ایمیل: qasem4030@gmail.com

## ۱ مقدمه

پیچیدگی و ابهامات موجود باشد. به نحوی که تاکنون آراء انگشت شمار راجع به تاسیس دفاع مشروع صادر شده است و همین آراء صادره نه تنها به فهم و درک بیشتر مسئله کمکی نکرده است؛ چه بسا ضعف استدلال و آرای کاملاً مخدوش و بعضاً عجیب و متناقض آن، انگشت سوال، ابهام و تردید را متوجه این مرجع عالی قضایی نموده است.

از جمله نکات جالب توجه راجع به این تاسیس حقوقی این است که بین مقررات اروپایی به ویژه اسکاتلند و احکام و قواعد اسلامی در این زمینه اختلاف عمیقی وجود نداشته؛ بلکه شباهتهایی بین این دو نظام حقوقی دیده می‌شود به طوری که هم در حقوق ایران که منبعث از فقه و مقررات اسلامی است و هم در حقوق اسکاتلند که از سیستم حقوقی کامن‌لا تبعیت می‌کند نهاد دفاع مشروع از عوامل موجهه جرم به شمار می‌رود. علل موجهه یا عوامل توجیه کننده به مواردی گفته می‌شود که با تحقق آنها، وصف مجرمانه جرم از بین می‌رود؛ به این معنا که عملی که جرم بوده است در شرایطی خاص، دیگر در نظر مقنن عنوان جرم نخواهد داشت و به دلیل تلقی شدن به عنوان یک عمل موجهه، دیگر جرم نیست تا قابل مجازات باشد. همچنین ارزش‌های مورد حمایت در این نهاد تا حدود زیادی به هم نزدیک می‌باشند، هر چند در حقوق اسکاتلند در دفاع از مال و نفس شرایط خاصی مقرر شده است. به همین دلیل در تدوین مقررات جزایی دفاع مشروع، مقنن ایرانی با اشکالات چندانی مواجه نگردید و در وضع آن‌ها از همان ابتدا بین طرفداران حقوق کشورهای اروپایی و حامیان حقوق اسلامی هماهنگی کامل وجود داشته است. از این رو، تحقیق در این زمینه با توجه به ابهامات موجود در مبانی و همچنین شرایط مربوط به حمله و تجاوز و شرایط لازم برای دفاع و با توجه به سیر تاریخی قانون‌گذاری در کشور ما که با اقتباس از کشورهای اروپایی آغاز و با تطبیق و تبعیت مطلق از احکام شرع مقدس اسلام و نظرات فقهای امامیه ادامه یافت. و همچنین

دفاع مشروع از نهادهای مهم در حقوق کیفری و از عوامل موجهه جرم به شمار می‌رود که از دیرباز در سیستم‌های حقوقی مختلف به رسمیت شناخته شده است. با تشکیل تمدن‌ها و منسجم‌تر شدن دولت‌ها و سیستم‌های حقوقی، این نوع دفاع به طور رسمی با عناوین مختلف؛ دفاع قانونی، دفاع ضروری، دفاع شرعی و دفاع مشروع مورد حمایت دولت‌ها و قانون‌گذاران قرار گرفت که با توجه به تغییرات بسیار فراوان در نظام‌های حاکمیتی و قانون‌گذاری، این نهاد حقوقی همچنان پابرجاست. اهمیت دفاع مشروع، زمانی به خوبی جلوه‌گر می‌شود که توجه شود که این دفاع، فرصتی را که بزهکاران، دور از چشم قدرت دولت برای ارتکاب بزه، غنیمت می‌شمرند، از دستشان می‌ستانند و نیز تسلط امنیت را پیش از هرگونه اخلال در آن، مورد حراست قرار می‌دهد.

برخلاف سابقه‌ی طولانی این تاسیس حقوقی در قوانین موضوعه و تجربه‌های عملی نظام‌های قضایی، هنوز هم بسیاری از زوایای آن معلوم و روشن نیست و علمای حقوق در وجوه مختلف آن، نظریه‌های متفاوتی ارائه داده‌اند. هنوز هم مسائلی همچون گستره و مبانی این نهاد و شرایط تحقق تجاوز مستحق دفاع، و دفاعی که مشروع تلقی می‌شود در بیشتر نظام‌های حقوقی مورد اختلاف و محل بحث و نظر است. با مذاقه و بررسی در مقررات مربوط به این تاسیس در حقوق جزایی کشورمان، این نکته به خوبی نمایان است که این مقررات همانند قوانین جزایی سایر کشورها تا اندازه‌ای مبهم و پیچیده است. این پیچیدگی و ابهامات از صورت تئوری خود فراتر رفته است و در دادگاه‌ها و مراجع قضایی نیز موجب ابهامات و سردرگمی قضات و دادرسان گردید، و لزوم دخالت بالاترین مرجع قضایی که همان دیوان عالی کشور است را لازم و ضروری می‌سازد. اما دیوان عالی کشور نیز به عنوان عالی‌ترین مرجع قضایی نیز نتوانسته آن‌چنان که شایسته است، به این تاسیس توجه، و راه‌گشای



خود را برای اجرای عدالت به جا آورده است. از زبان هگل (Hegel): «تهاجم نفی حق است، دفاع نفی این نفی پس اجرای حق است. بنابراین، اصولاً در این مورد دفاع مشروع جرم نیست که مجازاتی برای آن متصور باشد» (نوربها، ۱۳۹۰، ص ۲۵۹). این نظریه، از نظر اسلام نیز مردود نیست و آیاتی از قرآن به این مطلب اشاره دارند که پاسخ بدی را با بدی بدهید. چنانچه در آیه ی ۴۰ از سوره ی شوری فرموده است: «کیفر بدی، مجازاتی همانند آن است» (مکارم شیرازی، ۱۳۹۸، ص ۴۷۵). ایرادی که به این نظریه وارد است از این جهت می باشد که با توجه به تعریف ارائه شده از حق طبیعی، دفاع مشروع را فقط محصور و مختص دفاع از نفس دانسته است در حالی که دفاع از مالکیت و موارد دیگر را مغفول و از موارد مشروعیت دفاع ندانسته است. همچنین لازمه ی قبول این نظریه آن است که افراد نه تنها هنگام حمله، بلکه خارج از آن باید حق داشته باشند که بدی را با بدی پاسخ دهند و این باعث رواج انتقام شخصی در جوامع متمدن و بازگشت به دوران انتقام خصوصی خواهد شد. برخی فقها دفاع مشروع را تکلیف دانسته اند. بدین معنا که حکم تکلیفی دفاع مشروع جواز و جوب آن است (ابن ادریس، ۱۴۱۰ق، ص ۵۰۷/ میرزای قمی، ۱۴۱۳ق، ص ۱۶۲). از سوی دیگر مبنای دفاع مشروع می تواند ناشی از تعارض دو حق باشد. پس براساس این تئوری، در تعارض و برخورد بین دو حق می بایست یکی از این دو حق را فدا نمود. در این صورت عقلاً و منطقی حقی که دارای اهمیت کمتری است، فدا گردد. از نظر طرفداران این تئوری در دفاع مشروع حق مهاجم با حق مدافع تعارض پیدا می کند و قاعدتاً حقوق فردی که به ناحق مورد تجاوز و تعرض قرار گرفت، نسبت به حقوق شخص متجاوز و متعرض از درجه اهمیت بالاتری برخوردار است. در واقع متعرض با اقدام خویش قوانین و مقررات جامعه را نقض نموده است و موجب ایجاد اختلال در نظم جامعه گردید و آرامش عمومی را برهم زده است. بنابراین، در صورتی که بر اثر دفاع ضرر و زیانی اعم از؛ مادی و معنوی متوجه وی گردد و این خسارت

آراء و اندیشه های دانشمندان و نظریه پردازان حقوق جزای اروپا به طور کلی، که در برخی موارد مبدا و منشاء تدوین مقررات و قواعد مربوط توسط مقنن ایرانی بوده اند، در رفع ابهامات موجود در قوانین کشورمان بسیار کمک کننده و راهگشا خواهد بود. مشروعیت دفاع در قبال تجاوز را بر چه مبنایی عقلایی می توان استوار نمود. آیا رویکرد کیفری ایران در مقایسه با اسکاتلند در تعیین ضوابط و قلمرو دفاع مشروع دارای جامعیت لازم و در انطباق با حفظ حق بنیادین حیات انسان است.

## ۲ مبانی دفاع مشروع

### ۲/۱ نظریه ی اجرا و تعارض دو حق

می توان ادعا کرد که قدیمی ترین نظریه در باب مشروعیت دفاع، نظریه ی اجرای حق یا حق طبیعی است. این نظریه در ابتدا از سوی سیسرون (Cicero) در نخستین سده ی قبل از میلاد با عبارت «قوانین در مقابل نبرد آزمایی و پرخاشگری خاموش می شود» بیان شده است (علی آبادی، ۱۳۹۲، ص ۲۲۷). طبق تقسیم هارت (Hart) حق را به لحاظ منشاء و خاستگاه را می توان به دو دسته تقسیم کرد. حقی که موجودیت آن ناشی از یک عمل ارادی انسان است و حقی که بدون دخالت عامل انسانی موجودیت دارد. حق اول که ناظر به روابط افراد بایکدیگر است حق اختصاصی نام دارد، همچون قرار داد خرید و فروش بین دو نفر که برای هر یک از طرفین حقوقی ایجاد می شود. دسته ی دیگر که همه ی افراد از آن بهره مندند، حق عمومی است که به صرف انسان بودن برای انسان حاصل می شود و هیچ کس در به وجود آمدن آن دخالت نداشته (مانند حق حیات) حق طبیعی نامیده می شود (موحد، ۱۳۸۱، ص ۱۵۴). بدین ترتیب، مشروعیت دفاع حقی است که بدون نیاز به وجود مقررات و قوانین موضوعه هرکسی از آن برخوردار است. یعنی؛ هر زمان که حیات او به خطر افتاد می تواند به آن توسل جوید (پیمانی، ۱۳۹۲، ص ۳۲). براساس این نظریه در دفاع مشروع شخص حقی را اجرا کرده است یا تکلیف

اساس بدیهیات عقلی مجدداً این حق را باز می‌یابد. که از حقوق خود دفاع نماید. به عبارت دیگر، به مجرد اینکه قرارداد اجتماعی مذکور در اثر اقدام بی‌رویه و تجاوزکارانه فردی از افراد جامعه نقض شد، عضوی که حقوق و منافع وی در معرض خطر واقع می‌شود نه تنها حق خواهد داشت؛ بلکه مکلف خواهد بود که به وسائل مقتضی حق و عدالت را برقرار نماید (سالاری شهربابی، ۱۳۹۴، ص ۹۲). این تئوری همانند تئوری قبلی خالی از ایراد و اشکال نیست و ایرادات ذیل به آن وارد است. اول اینکه، این تئوری دفاع را یک وظیفه و تکلیف می‌داند (شامبیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۱). که اگر چنین چیزی را بپذیریم هرگونه تجاوز جزئی را هم باید پاسخ داد، چراکه دفاع یک نوع تکلیف شمرده می‌شود. دوم اینکه، این تئوری مبنای دفاع مشروع را قبل از هر چیز حفظ حقوق و منافع جامعه می‌داند. درحالی که مبنای این حق قبل از حفظ حقوق و منافع جامعه و استقرار نظم، حمایت فردی است.

### ۲٫۳ نظریه ی اجبار معنوی

این نظریه به پوفندرف (Pufendorf) فرانسوی منسوب است؛ براساس این نظریه، تنها دلیلی که می‌تواند دفاع مشروع را توجیه کند، اجبار معنوی است. با این توضیح که، شخصی که خطری وی را تهدید می‌کند و راه گریزی نمی‌یابد، تسلط خود را بر قوای عقلی و اراده‌اش از دست می‌دهد و به هنگام مقابله با خطر از هیچ چیز جز بقاء فرمان نمی‌برد، از این رو، در مقابل با رفتاری که مرتکب می‌شود، فاقد مسئولیت است (سالاری شهربابی، ۱۳۹۴، ص ۸۰). در واقع، طبق این نظریه، عمل ارتكابی درحالت دفاع مشروع جرم را محقق می‌سازد؛ ولی جرم مذکور قابل مجازات نیست، چرا که تحت نفوذ تزلزل اراده و در اثر تجاوز و حمله حادث شده و در نتیجه، به محدود کردن و یا سلب اختیار شخص منجر شده و درواقع یک نوع اجبار یا اکراه معنوی پایه‌ریزی شده است. ایرادات وارد بر این نظریه، قبول چنین نظریه‌ای موجب محدود کردن وسعت عمل دفاع

مورد حمایت قانون واقع نشود و بلاجبران باقی بماند، جامعه نسبت به این امر حساسیتی از خود نشان نداده و متاثر نمی‌شود. حال آنکه عدم حمایت از حقوق تضییع شده فرد مورد تجاوز به لحاظ بی‌گناهی و عدم تقصیر وی و مظلوم شدن او موجبات برانگیختگی احساسات و عواطف جامعه را فراهم می‌سازد. ایراد این نظریه، سخن از تعارض بین دو حق است در حالی که اساساً تعارض بین دو حق به وجود نمی‌آید، زیرا فردی که اقدام به تجاوز می‌کند، اقدام او حقی را برایش محقق نمی‌سازد (شامبیاتی، ۱۳۹۲، ص ۳۳۲). انتقاد دیگری که به این تئوری وارد است قاعده ی مذکور دائر به فدا شدن حق متجاوز به لحاظ فقدان اهمیت نسبت به حقوق متعددی علیه با آن اطلاقی که بیان گردیده نمی‌تواند همواره صحیح باشد. زیرا چه بسا در تعارض بین دو حق حسب مورد فدا شدن جزئی از هرکدام به عدالت نزدیک‌تر باشد.

### ۲٫۲ نظریه ی قرارداد اجتماعی

روسو (Rousseau) بدین نحو توجیه می‌کند که انسان موجودی اجتماعی است و به رعایت حقوق و نظاماتی مکلف است که برای حفظ و بقای اجتماع لازم است و این تکلیف و وظیفه، به مجرد پذیرفتن عضویت در جامعه خود به خود ایجاد می‌شود. بنابراین، به محض اینکه قرارداد اجتماعی نقض گردید، عضوی که حقوق و منافعش به خطر افتاده، مختار بلکه مکلف است که حق و عدالت را به وسائل مقتضی برقرار سازد (ژان ژاک، ۱۳۹۴، ص ۹۷). رعایت موازین و مقررات اجتماعی وظیفه‌ای است که به مجرد پذیرفتن عضویت اجتماع، برای فرد حاصل می‌شود. که از جمله این حقوق حق دفاع در برابر متعرض و متجاوز به حقوق خویش است، اما هر آینه که جامعه یعنی؛ «قدرت اجتماع» از انجام این وظیفه که به عهده او گذاشته شده است، باز بماند و حقوق فرد در معرض مخاطره ی قریب‌الوقوع واقع شود، وضع به حالت اول قبل از قرار داد مفروض باز می‌گردد و شخصی که مورد تعرض و تهاجم قرار گرفته است، به حکم غریزه و فطرت خویش و بر



نژاد، ۱۳۸۷، ص ۱۵۰). در نتیجه، می‌توان گفت که کامل‌ترین و رساترین مبنا را در همین مبنای کرامت انسانی یافت که به جهت احترامی که برای نفس انسانی و متعلقات آن قائل است به شخصی که جان، تن، آزادی، عرض و یا ناموسش در معرض تهدید یا تجاوز جدی قرار گرفت، این اجازه را داده است تا از آن دفاع نماید.

## ۲٫۴ نظریه ی حق حیات/نفی حیات و دیدگاه‌های رقیب

در خصوص مبنای دفاعیاتی راکه از عوامل موجهه جرم محسوب می‌شوند، سه تئوری مطرح است که عبارتند از: تئوری رفتارها، تئوری دلایل، تئوری مختلط یا دوگانه. نتیجه آن می‌شود که مطلوب‌ترین این تئوری‌ها، تئوری مختلط یا دوگانه گاردنر (Gardner) است. گاردنر، معتقد است که برای توجیه شدن یک رفتار می‌بایست دلیل راهنمای قابل‌اعمالی برای رفتار وجود داشته باشد و چنین دلیلی می‌بایست رفتار متهم را توجیه نماید (Leverick, 2003, p. 59). به نظر رابینسون (Robinson) برای توجیه جرم لازم است در کنار وجود اوضاع و احوال موجهه، رفتار مرتکب نیز بر یک دلیل و یا هدف موجه مبتنی باشد (Ashworth, 2013, p. 368). مطابق تئوری گاردنر، فردی که نسبت به اوضاع و احوال موجهه باوری متعارف؛ اما خلاف واقع دارد، صرفاً معذور شناخته می‌شود. بنابراین، دفاع مشروع که اصولاً از عوامل موجهه جرم شناخته می‌شود، هنگامی که متهم نسبت به وجود حمله یا تهاجم دچار اشتباه متعارف می‌شود از عوامل عذرآور محسوب می‌شود. با در نظر گرفتن اینکه دفاع مشروع می‌تواند بر حسب مورد هم از عوامل موجهه جرم و هم از عوامل عذرآور محسوب شود به طرح و بررسی این مسئله پرداخته خواهد شد که آیا تفکیک میان عوامل موجهه و عوامل عذرآور دارای نتایج عملی نیز می‌باشند؟ اعتقاد بر آن است که برای بسیاری از نتایجی که غالباً برای چنین تفکیکی مطرح شده است، تردید وجود دارد؛ به خصوص در صورتی که با تئوری مختلط به عنوان مبنای عوامل موجهه جرم موافق باشیم. به

مشروع می‌گردد؛ زیرا در این صورت دیگر نمی‌توان کسی را که با تسلط بر اراده و حفظ خونسردی به دفاع مبادرت می‌کند، از مجازات معاف دانست. طبق این نظریه، نمی‌توان دفاع از مال را مشمول مشروعیت دفاع شمرد، چرا که خطر تجاوز به مال نباید ظاهراً موجب اختلال اراده ی درونی فردی گردد. در صورتی که دفاع از مال، مورد پذیرش قانون گذار قرار گرفته است و مدافع را معاف از مجازات می‌داند.

به نظر می‌رسد دیدگاه پذیرفته شده، نظریه ی «کرامت انسانی» است. چرا که در این نظریه، همه اطراف نهاد دفاع مشروع از جمله مدافع که انسانی صاحب حق است و متجاوز که در پی تعرض به حقوق دیگری است در نظر و به نوعی مورد توجه قرار گرفته‌اند. در این دیدگاه، که همان دیدگاه اسلامی است، انسان موجودی صاحب کرامت و حق بر حیات است که این ویژگی ناشی از بشریت می‌باشد و هر انسانی، از آن رو که انسان است، صاحب کرامت از نوع ذاتی است (شمس‌ناطری و عبدالله‌یار، ۱۳۹۰، ص ۱۴۳). لازمه و خصیصه ی کرامت و حیثیت انسان، مصون ماندن از هر نوع تجاوز ناروا در حیات انسان، حریم خصوصی افراد، شرف و آبرو و همچنین حق مالکیت انسان است. اگر چه ارزش موضوعات مطرح شده می‌تواند متفاوت باشد؛ اما تعرض به هریک به معنای نادیده گرفتن و زیر پا گذاشتن کرامت انسان در اصل آزادی و تعرض ناپذیری ناروا است. چرا که از منظر دین مبین اسلام، همه ی انسان‌ها آزاد آفریده شده‌اند و حق دارند، آزادانه زندگی کنند و زندگی هرکس از تعرض در امان و مصون است و تجاوز به آن جرم تلقی و دارای عقوبت است. احترام به کرامت و حیثیت انسان نه تنها به عنوان یک حق شناخته می‌شود؛ بلکه اساس سایر حقوق را نیز تشکیل می‌دهد.

کانت (Kant) معتقد است که: «همه ی انسان‌ها باید این کرامت و حیثیت را برای یکدیگر به عنوان یک حق محترم بشناسند و خود را در برابر آن حق مکلف ببینند و از تعرض به آن بپرهیزند» (رحیمی



می‌دهد او برای حفظ جان خود آن عمل را انجام می‌دهد و نمی‌توان او را برای چنین عملی سرزنش نمود. برخلاف دیدگاه فوق ادعا شده است که دلایل قانع‌کننده‌ای برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع وجود دارد. مشروعیت قتل در مقام دفاع مشروع را می‌توان در دیدگاه‌های حق‌مدار احراز نمود، به این معنا که قتل در مقام دفاع مشروع مجاز است، چراکه همه ی انسان‌ها دارای حق حیات‌اند، بنابراین حق دارند از خودشان در مقابل مهاجمی که حق حیات آن‌ها را مورد تهدید قرار می‌دهد دفاع نمایند. دلیل جواز قتل مهاجم این است که او به خاطر رفتارش در تهدید ناروا و فوری حیات دیگری حق حیات خود را از دست می‌دهد. با این وجود، بررسی سایر دیدگاه‌هایی که برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع مطرح شده است ضروری است، که در ادامه سه دیدگاه مورد بررسی قرار گرفته است.

**۱- دیدگاه‌های پیامدگرا<sup>(۱)</sup> :** دیدگاه‌های پیامدگرا در توجیه قتل در مقام دفاع مشروع مبتنی بر این ایده هستند که نتایج قتل مهاجم در مقام دفاع مشروع بهتر از نتایج پذیرش قتل بزه‌دیده است. بدین معنا که به هنگام مقایسه میان مرگ مهاجم و مرگ بزه‌دیده، مرگ مهاجم نتیجه‌ای است که بر مرگ بزه‌دیده رجحان دارد. برای اینکه مطابق دیدگاه پیامدگرا قتل در مقام دفاع مشروع موجه شناخته شود، لازم است دلایلی برای رجحان مرگ مهاجم بر مرگ بزه‌دیده وجود داشته باشد. دلیل آن این است که قابلیت سرزنش اخلاقی مهاجم تا حدودی حیات او را کم ارزش‌تر می‌سازد. این نکته را اصطلاحاً رویکرد کاهنده<sup>(۲)</sup> می‌نامند (McCall Smith 1992, p. 128). الکساندر (Alexander) می‌گوید: با وجود آنکه قتل مهاجم مقصر همیشه قابل توجیه است، اما قتل مهاجم بی‌گناه یا کسی که تهدید غیرارادی شده است، مطابق دیدگاه پیامدگرا ممکن است، قابل توجیه باشد و یا نباشد. این مسئله بستگی به آن دارد که سایر فاکتورها به نفع کدام یک از مهاجم یا بزه‌دیده سنگینی نماید. او این فاکتورها را این گونه احصاء می‌نماید: ۱- تقصیر نسبی ۲- تعداد قتل‌ها ۳-

ویژه آنکه اعتقاد بر آن است که عوامل موجهه جرم، ضرورتاً دلیل راهنما برای رفتار قابل قبول نمی‌باشند. برعکس ادعا بر آن است که در برخی شرایط عوامل عذرآور ممکن است به مثابه دلیل راهنما برای رفتار قابل قبول باشند (Leverick, 2003, p. 55).

روشن‌ترین پاسخ در حقوق اسکاتلند در مجاز به قتل مهاجم در مقام دفاع مشروع، این است که ما حق داریم از حیات خویش در مقابل مهاجم ناعادلانه محافظت نمائیم. هارت، مجاز بودن قتل در مقام دفاع مشروع را این گونه توضیح می‌دهد که قتل در مقام دفاع مشروع استثنائی بر قاعده ی کلی جرم بودن قتل است و قتل در مقام دفاع مشروع از این جهت استثناء محسوب می‌شود که دلایل توجیه مجازات قتل، برای مثال محافظت از حیات انسان، شامل چنین موردی نمی‌شود. در درستی دیدگاه هارت، در توجیه قتل در مقام دفاع مشروع تردید وجود دارد، زیرا اگر آن گونه که هارت ادعا می‌نماید محافظت از حیات انسان جزء اهداف حقوق کیفری است، بنابراین، چنین دیدگاهی نمی‌تواند قتل در مقام دفاع مشروع را توجیه نماید. زیرا در قتل در مقام دفاع مشروع مهاجم کشته می‌شود. بنابراین، برای توجیه جواز قتل در مقام دفاع مشروع لازم است به این سؤال پاسخ داده شود که چرا بزه‌دیده برای حفظ جان خود مجاز به سلب حیات از مهاجم است. با در نظر گرفتن همه ی مسائل در یک سیستم حقوقی که برای حیات تمامی انسان‌ها به طور یکسان ارزش قائل است. این ادعا وجود دارد که مهاجم همچون بزه‌دیده از حق حیات برخوردار است. از سوی مهاجم با تهدید حیات بزه‌دیده مقصر شناخته شده و حق حیات خود را از دست می‌دهد (Leverick, 2003, p. 57). برخی ادعا نموده‌اند که دفاع مشروع اساساً عامل موجهه نیست؛ بلکه تنها یک عامل عذرآور محسوب می‌شود. برای مثال، از نظر فین‌کلس‌تین (Finkelstein) اگر شخصی به نفع خود اقدامی شبیه به دفاع مشروع انجام دهد به سختی می‌توان پذیرفت که عمل او موجه است. به نظر فین‌کلس‌تین، وقتی فردی در مقام دفاع مشروع عملی را انجام



مرگ از جانب یک مهاجم بی‌گناه یا فردی می‌شود که تهدید غیرارادی برای حیات او شده است، در این صورت نه بزه‌دیده و نه مهاجم در وضعیت اخلاقی بهتری از دیگری برای تعیین اینکه چه کسی کشته شده و چه کسی نجات یابد قرار ندارند. این بدین معناست که هیچ دلیل اخلاقاً مناسبی وجود ندارد که چرا یکی از آنها می‌بایست به قیمت جان دیگری زنده بماند. مهم‌ترین انتقاد این است که دیدگاه تبعیض شخصی توضیح نمی‌دهد که به چه دلیل بزه‌دیده مجاز به نفی حق حیات مهاجم است. بنابراین قابل درک است که با انگاره‌های انسانی ناسازگار است.

**۳- تئوری نتیجه دوگانه (۴):** نکته ی اصلی این تئوری این است که انجام عامدانه یک کار بد برای به دست آوردن نتایج خوبی که در پی خواهد داشت همیشه خطا است؛ اما انجام یک کار خوب با آگاهی از نتایج بدی که در پی خواهد داشت ممکن است، مجاز باشد. در این قضیه تفکیک میان نتایج مورد قصد و نتایج صرفاً پیش‌بینی شده مهم می‌باشد. تئوری نتیجه دوگانه معتقد است که در شرایط خاص وقوع یک نتیجه پیش‌بینی شده نظیر مرگ دیگری می‌تواند اخلاقاً مجاز شناخته شود مشروط به این که چنین نتیجه‌ای به هیچ وجه قصد نشده باشد. از این رو، جواز دفاع مشروع مبتنی بر این ایده است که چنین قتلی عامدانه نمی‌باشد. به عبارت دیگر مرگ مهاجم صرفاً یکی از نتایج پیش‌بینی شده‌ی عملی است که می‌تواند مجاز شناخته شود (Leverick, 2003, p.70). استفاده از تئوری نتیجه دوگانه در رابطه با قتل در مقام دفاع مشروع شدیداً مورد انتقاد است. انتقاد اصلی متمرکز بر این مسئله است که آیا واقعاً تفاوت معناداری میان نتایج قصد شده و نتایج صرفاً قابل پیش‌بینی توسل به زور کشنده در مقام دفاع مشروع وجود دارد.

**۴- تئوری حق حیات و هم‌زمان با آن نفی حق حیات (۵):** این تئوری مبنای مطلوب و قانع‌کننده برای مجاز شمردن قتل در مقام دفاع مشروع در حقوق اسکاتلند شناخته می‌شود. مطابق دیدگاه حق

سن طرفین. در صورتی که فاکتورها به نفع عامل موجهه بودن سنگینی ننمایند، قتل مهاجم توسط بزه‌دیده عذر شناخته می‌شود. مشکل جدی که دیدگاه کاهنده با آن مواجه است، این است که توجیه قتل چندین مهاجم مطابق این دیدگاه مشکل خواهد بود؛ مگر در صورتی که حیات مهاجم بیش‌تر بی‌ارزش شود. تئوری‌ها پیامدگرایی ناظر به دفاع مشروع بر اساس این واقعیت تأیید شده‌اند که رفتاری را که متنبی به کمترین صدمه می‌شود را توجیه می‌نماید. یعنی هم از نقطه نظر حمایت از حیات انسان و هم از نقطه نظر کاهش میزان خشونت اجتماعی. قضاوت در مورد یک اقدام صرفاً بر اساس نتایج آن در تئوری پیامدگرایی موجب عدم توجه به مسئله‌ی حقوق فردی و عدالت می‌شود. برای نمونه دانشمندی را در نظر بگیرید که در صدد کشف درمان سرطان است و درعین حال چنین دانشمندی بدون داشتن سوء نیت و در حالی که دچار مستی غیرارادی است به فردی حمله می‌کند. پیامدگرایان معتقدند که با در نظر گرفتن تمامی شرایط کشته شدن بزه‌دیده بهتر از کشته شدن مهاجم است. در حالی که اخذ چنین نتیجه‌ای نسبت به بزه‌دیده‌ی بی‌گناه ناعادلانه است. بزه‌دیده‌ای که خود را در وضعیتی می‌بیند که هیچ تقصیری در آن نداشته است.

**۲- دیدگاه تبعیض شخصی (۳):** دیدگاه دیگر برای توجیه قتل در مقام دفاع مشروع این است که در وضعیتی که افراد مواجه با انتخاب میان جان‌ها قرار می‌گیرند، حق دارند تا جان خود را بر دیگران ترجیح دهند. یعنی در مواجهه با انتخاب قتل یک مهاجم یا از دست دادن جان خود، انسان حق دارد جان خود را نجات دهد، صرفاً به این دلیل که او شخصاً برای حیات خود ارزش بیشتری قائل است. چنین دیدگاهی در اصطلاح دیدگاه تبعیض شخصی نامیده می‌شود. از این دیدگاه ابتدائاً برای توجیه دفاع مشروع در مواردی استفاده شده است که متضمن مهاجم بی‌گناه یا تهدیدی غیرارادی است. مطابق این دیدگاه هنگامی که بزه‌دیده‌ای مواجه با تهدید به

مشروع تنها در مدت زمانی مجاز است که مهاجم حیات بزه‌دیده را تهدید می‌نماید و برای مثال، بعد از توقف تهاجم دفاع مشروع مجاز نیست. زیرا از دست دادن حق حیات مهاجم تا جایی ادامه می‌یابد که مهاجم تهدید مستقیمی را برای حیات بزه‌دیده ایجاد می‌نماید.

### ۳ شرایط تحقق دفاع مشروع

جریانی که بستر حقوقی دفاع مشروع را به وجود می‌آورد شرایط را برای تحقق این امر به وجود آورده است که در ذیل شرایط تحقق دفاع مشروع در دو کشور ایران و اسکاتلند مورد بررسی قرار گرفته است.

#### ۳/۱ شرایط مربوط به حمله یا تجاوز

برای آنکه بتوان به دفاع مشروع در برابر خطر و تجاوز توسل جست لازم است که این خطر و تجاوز دارای ویژگی‌هایی باشد که برخی از این ویژگی‌ها به نحو صریح و برخی به نحو ضمنی مورد توجه قانون‌گذار قرار گرفته است؛ اولین شرطی که برای خطر و تجاوز که دفاع در برابر آن جایز است پیش‌بینی شده، شرط قریب‌الوقوع بودن و حال بودن تجاوز است. سوال اینجاست که چه زمان می‌توان خطر و تجاوز را حال و قریب‌الوقوع دانست؟ و تفاوت خطر فعلی و قریب‌الوقوع در چیست؟ و هنگامی که سخن از خطر فعلی و قریب‌الوقوع به میان می‌آید درصدد تبیین چه چیزی هستیم؟ در پاسخ باید گفت: که برای اقدام تجاوزکارانه و خطر از لحاظ زمانی چهار حالت قابل تصور است: حالت اول: خطر و تجاوز در آینده تحقق می‌یابد. حالت دوم: قراین معقول و منطقی و عرفی نشان می‌دهد که خطر و تجاوز در شرف وقوع است و لحظاتی دیگر به وقوع می‌پیوندد. حالت سوم: تجاوز در حال وقوع و جریان باشد. حالت چهارم: تجاوز و خطر صورت گرفته و پایان یافته باشد (گروه پژوهشی دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۵).

احراز قصد باید براساس وجود یک سلسله امارات و دلایل عرفی و منطقی که ق.م.ا ۱۳۹۲ آن‌ها

حیات/نفی حیات، مجاز شمردن قتل را می‌توان این گونه تشریح نمود که همه ی انسان‌ها دارای حق-حیات هستند و مهاجم تهدید به نقض حق حیات بزه‌دیده می‌نماید. بنابراین بزه‌دیده برای دفاع از نقض حق حیات خود مستحق توسل به دفاع مشروع مرگبار است. علت اینکه به بزه‌دیده اجازه داده می‌شود که مهاجم را به قتل برساند، اما به مهاجم اجازه داده نمی‌شود تا بزه‌دیده را به قتل برساند این است- که مهاجم با رفتار خود به تهدید مستقیم ناروایی برای حیات بزه‌دیده تبدیل شده است. از این رو، حق حیات خود را از دست می‌دهد. بنابراین، حق حیات مهاجم تنها در صورتی از بین خواهد رفت که دو شرط محقق شود: ۱- مهاجم تهدید مستقیم ناروایی برای حیات بزه‌دیده ایجاد نماید (عنصر رفتار)، ۲- هیچ روش متعارف دیگری برای اجتناب از آن تهدید نباشد (عنصر اوضاع و احوال).

تئوری حق حیات/نفی حیات، به عنوان مطلوب-ترین و قانع‌کننده‌ترین توجیه قتل درمقام دفاع مشروع برگزیده می‌شود؛ زیرا این تئوری دارای پنج مزیت مهم نسبت به سایر دیدگاه‌ها برای توجیه قتل درمقام دفاع مشروع شناخته می‌شود: نخست: برخلاف نظر پیامدگرایان یا برخلاف تئوری تبعیض بین افراد این تئوری علت اینکه چرا قتل مهاجم درمقام دفاع مشروع مجاز است، اما قتل یک شاهد واقعه مجاز نیست را تبیین می‌نماید. دوم: برخلاف تئوری تبعیض بین اشخاص این تئوری توضیح می‌دهد که چرا بزه‌دیده مجاز است تا جان خود را بر جان مهاجم ترجیح دهد. دلیل آن مطابق تئوری حق حیات/نفی حیات این است که مهاجم به خاطر ایجاد تهدید مستقیم ناروا برای بزه‌دیده حق حیات خود را از دست می‌دهد (Leverick, 2003, p. 96). سوم: این تئوری دلیل اینکه چرا قتل یک مهاجم بی‌گناه نظیر یک مجنون یا صغیر غیر ممیز و یک تهدید غیر ارادی<sup>(۶)</sup> درمقام دفاع مشروع مجاز است را توضیح می‌دهد؛ زیرا از دست دادن حق حیات مبتنی بر تقصیر نیست؛ بلکه مبتنی بر رفتار است. چهارم: این تئوری توضیح می‌دهد که چرا قتل در مقام دفاع



چراکه چنان چه گفته شد فعلیت تجاوز به معنای واقعی بودن آن می‌باشد (شمس‌ناتری و عبدالله-یار، ۱۳۹۰، ص ۱۱۸). در مقررات حقوقی، بند (ب) ماده ۱۵۶ ق.م. ۱۳۹۲۱ با ذکر عبارت «دفاع مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد.» موید چنین شرطی به شمار می‌آید به این معنا که لازم است قصد تجاوز با ارتکاب اعمالی و براساس قرائنی معقول و منطقی ایجاد شده باشد که این صورت خارجی کاشف از تصمیم فرد به انجام تجاوز است (محمودجانکی و صادقی، ۱۳۹۴، ص ۱۶۰). اما در حقوق اسکاتلند شخصی که مورد حمله واقع شده است ممکن است به این نتیجه برسد که جانس در خطر است و حال آنکه در واقع این‌گونه نیست. این موضوع در پرونده ی اوونز (Owens) در سال ۱۹۴۶ مطرح شد. در این پرونده، تجدیدنظرخواه محکوم به قتل عمد مهاجمی شد که او به اشتباه تصور می‌کرد مجهز به چاقو است. بنا به رأی دادگاه مزبور مجهز بودن یا مجهز نبودن مهاجم به چاقو در این پرونده اهمیت ندارد؛ بلکه مهم این است که آیا تجدیدنظرخواه واقعاً باور داشت که مهاجم مجهز به چاقو بوده است یا خیر. چنین اعتقادی ولو آنکه اشتباه باشد، می‌بایست مبتنی بر دلایل معقول باشد (Christopher, Gane and Charles, 1998, p. 522). دادگاه در پرونده ی کراوفورد (Crawford) بار دیگر به ضابطه ی معقول بودن اشاره نمود و خاطر نشان ساخت که اشتباه در اعتقاد در صورتی موجب پذیرش دفاع مشروع خواهد بود که بر دلایل معقول و دارای پیش زمینه عینی مبتنی باشد و اشتباه در اعتقاد، نباید دارای ماهیت صرفاً ذهنی و خیالی باشد. پذیرش دفاع به علت اشتباه نامعقول در زمانی به عرف در رأی پرونده میک (Meek) در سال ۱۹۸۲ ممکن است به معنای پذیرش اشتباه نامعقول در این مقوله نیز شمرده شود، اما تأکید بر ضابطه متعارف بودن در پرونده ی جونز به نظر می‌رسد که مانع از پذیرش آن باشد. قطعاً برای حذف شرط متعارف بودن اعتقاد متهم به وجود خطر جانی دلایلی وجود دارد، زیرا شخصی که براساس يك اشتباه واقعی و صادقانه ولو نامتعارف عملی را انجام می‌دهد، به همانند شخصی که دچار

را خوف عقلایی نام نهاده بنا شده باشد تا صدق عنوان خطر و تجاوز قریب‌الوقوع نماید. فعلی بودن حمله و تجاوز این تفاوت را با خطر و تجاوز قریب‌الوقوع دارد که در تجاوز فعلی متجاوز و مهاجم از مرحله ی قصد و تهیه ی مقدمات فراتر رفته است و در حال عملی ساختن قصد خویش است و دفاع در اینجا بازدارنده از استمرار و تداوم است. اما در خطر و تجاوز قریب‌الوقوع مهاجم و متجاوز هنوز در مرحله ی تصمیم‌گیری و تهیه ی مقدمات است و مدافع با احراز مسلم قصد تجاوز و حمله براساس امارات و خوف عقلایی به مقابله و دفاع بر می‌خیزد که این دفاع نقشی بازدارنده در حال شدن خطر دارد.

در حقوق اسکاتلند از زمان هیوم (Hume) صریحاً لازم شناخته شده است که برای جواز توسل به زور در دفاع مشروع صدمه می‌بایست قریب‌الوقوع باشد (Hume, 1986, p. 58). رویکرد حقوق اسکاتلند به رغم دلالت صریح و روشن مکنزی (Mackenzie) است. مطابق این پرونده، چنانچه اقدام دفاعی باشد برای ممانعت از صدمه‌ائی که قریب‌الوقوع نیست ضرورت داشته باشد، می‌تواند مجاز شمرده شود. مشاهده اینکه حقوق اسکاتلند در حال حاضر در قبال ادعای دفاع مشروعی که واقعاً ضرورت داشته؛ اما صدمه قریب‌الوقوع نبوده است چگونه واکنش نشان خواهد داد، جالب خواهد بود (Leverick, 2003, p. 263).

یکی دیگر از شروط تجاوز واقعی بودن خطر تهدید کننده و غیر وهمی بودن آن است. تجاوز زمانی واقعی است که مدافع علم یا ظن غالب مطابق با واقع (مبتنی بر یک خوف عقلایی) پیدا کند- که با تهدیدی جدی روبه رو است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۸، ص ۳۶۱). بنابراین شرط مذکور در وضعیت تجاوزهایی قابل‌تصور است که در مرحله قریب‌الوقوع‌اند. چرا که ذهنیت تهدید در موقعیت‌هایی ایجاد می‌شود که ممکن است پایه ی آن دربرخی مواقع وهم و خیال باشد. ناگفته پیداست درجایی که تجاوز به مرحله ی فعلیت رسیده است، دیگر برای بررسی واقعی یا وهمی بودن خطر جایی وجود ندارد،

به نحو صریح بیان نموده است در ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات مقرر شده است: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال، یا آزادی تن خود یا دیگری و غیره ... مجازات نمی‌شود». در حقوق اسکاتلند دفاع مشروع از دفاعیات خاص شمرده می‌شود و در قبال اعمالی که در جهت دفاع از جان خود یا دیگری و در برخی موارد دفاع از اموال، انجام یافته است می‌توان به آن استناد نمود. در رویه ی محاکم اسکاتلند اصل بر آن است که اشخاص برای جلوگیری از ایراد خسارت از حق توسل به زور برخوردارند و در صورتی که توسل به زور با شرایط دفاع مشروع منطبق باشد از عوامل موجهه جرم به شمار می‌آید. قلمرو دفاع مشروع در حقوق این کشور فراخ و گسترده است. رأی صادره در پرونده ی مک کلاسی (McCluskey) در سال ۱۹۵۹ تلویحاً اشاره به آن دارد که اقدام به قتل در دفاع از اموال خارج از قلمرو دفاع مشروع است. در این پرونده، قتل در مقام دفاع مشروع محدود به مواردی می‌شود که خطر جانی وجود دارد (Mccall Smith, 1992, p. 133).

### ۳٫۲ شرایط مربوط به دفاع

برقراری نظم و امنیت و حفظ حقوق و آزادی افراد ایجاب می‌کند که دفاع کردن در مقابل تعرضات غیرقانونی محدود به شرایط و کیفیاتی باشد. ضرورت در بند (الف) ماده ۱۵۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲ و هم در حقوق اسکاتلند که گاه سنجش آن در عمل بسیار دشوار است نیز پیش‌بینی شده بند (الف) ماده ۱۵۶ مقرر شده است: «رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز ضرورت داشته باشد». حقوق‌دانان معتقدند «برای آنکه فرد بتواند از مقررات کیفیات موجهه و عدم مسولیت استفاده نماید، دفاع باید ضروری و تنها چاره برای رهایی از مهلکه باشد» (محسنی، ۱۳۹۶، ص ۲۴۱). یعنی ارتكاب فعلی که در شرایط عادی جرم است، تنها وسیله ی رهایی او از حمله باشد، چرا که، «مهم‌ترین دلیل اجازه قانون‌گذار به دفاع در برابر تجاوز نامشروع و ناحق، ضرورت آن در اوضاع و احوالی است که مدافع راه دیگری برای انتخاب

اشتباه می‌شود؛ اما استنتاج او همچنان متعارف و غیرقابل سرزنش خواهد بود. مشروط دانستن اشتباه به ضابطه متعارف بودن ناشی از تئوری اصلی و محوری مطروح در این نوشتار راجع به حقوق اسکاتلند است. بدین معنا که تمامی انسان‌ها حق حیات دارند و جان انسان‌ها تا آن‌جا که ممکن است می‌بایست حفظ شود. مشروط دانستن باور صادقانه به داشتن برخی مبانی متعارف به حمایت از حیات همه ی ما از طریق ارسال این پیام که قتل دیگران بنا به دلایل نامعتبر قابل تحمل نیست، کمک می‌نماید. شخصی که بدون دلایل معتبر توسط متهم کشته شده است حق حیات او نقض شده است و حق خانواده بزه‌دیده است که چنین متهمی محکوم و مجازات شود.

در خصوص شرایط تجاوز و خطر، حقوق‌دانان غیرموجه و غیرقانونی بودن را به عنوان یکی از اوصاف آن تلقی کرده‌اند (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۲۵۸). بسیاری از آنان غیرموجه و غیرقانونی بودن خطر و تجاوز را به غیر مشروع بودن تجاوز تفسیر کرده‌اند که بیشتر در کلام فقها مشاهده می‌شود. هرچند که این تفسیر هیچ مشکلی را به وجود نمی‌آورد، زیرا فرض بر این است که در نظام‌های قضایی مبتنی بر فقه جزای اسلام، آراء و نظریات فقهی از راه قوانین موضوعه در عرصه اجتماع، اجرا می‌شود. بنابراین حق مورد حمایت در چنین نظام‌هایی همان حق مورد حمایت شریعت است (گروه پژوهشی حقوق دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۴، ص ۱۸۱).

مطابق رویه ی قضائی اسکاتلند نیز یکی از شروط دفاع مشروع وجود قوه ی قهریه غیرقانونی است. بنابراین اشخاص حق دفاع از خود در قبال اعمال قوه ی قهریه قانونی را ندارند. بنابراین شخصی که در مقابل توقیف قانونی یا هر نوع اعمال قوه ی قهریه قانونی توسط مجریان قانون به دفاع از خود می‌پردازد نمی‌تواند به دفاع مشروع استناد نماید (Leverick, 2003, p. 190).

قانون‌گذار جزایی موضوعات مورد حمایت خود به وسیله ی دفاع مشروع را در ماده ی ۱۵۶ ق.م.ا. ۱۳۹۲



قرار گرفته باید قائل به تفکیک شد: «برای مثال اگر یک شخص کبیر، در معرض تهدید و حمله یک خردسال یا یک شخص علیل قرار بگیرد، اگر فرار، موجب احتراز از خطر شود و با این حال فرار نکنند، قابل بخشش نیست» (علی‌آبادی، ۱۳۹۲، ص ۳۲)، و چنانچه اقدام به دفاع نماید، نمی‌توان دفاع وی را مشروع دانست. این عقیده از پاره‌ای از قوانین قدیمی فرانسه منبث شده است که بعدها عده‌ای به غلط قائل به تفکیک شدند و تحت تاثیر فرهنگ غلط و جو سیاسی حاکم این عقیده را پذیرفتند؛ که اگر شخص مورد حمله از نجبا و اشراف باشد، حق دارد که فرار نکند و به اقدامات دفاعی به صورت اعمال قوه متوسل شود؛ ولی سایر افراد از چنین حقی برخوردار نیستند (سالاری‌شهربابکی، ۱۳۹۴، ص ۲۱۳). ایراد این دیدگاه این است که، علاوه بر نامشخص بودن اساس این تفکیک، تشخیص اینکه چه افرادی با چه ویژگی‌های فردی و از کدام طبقات و پایگاه‌های اجتماعی مجوز ایستادن و دفاع کردن را خواهند داشت مشکل و حتی ناممکن خواهد بود، بنابراین چنین تفکیکی نمی‌تواند پذیرفته باشد. پس باید گفت که در مواردی که مدافع می‌توانسته با اجتناب از عمل دفاعی و با فرار خود را برهاند؛ ولی با این حال اقدام به دفاع نموده نمی‌توان وی را مسئول شناخت.

مطابق قاعده ی عقب‌نشینی مطلق<sup>(۷)</sup> در حقوق اسکاتلند به عنوان یک متغیر مستقل شناخته می‌شود و همواره مستلزم آن است که متهم ثابت نماید که او پیش از توسل به زور در مقام دفاع مشروع برای عقب‌نشینی تلاش نموده است. مطابق قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف<sup>(۸)</sup> نیز عقب‌نشینی نیز به عنوان یک متغیر مستقل شناخته می‌شود، اما مستلزم آن است که متهم از هرگونه فرصت بی‌ضرر یا متعارف برای عقب‌نشینی و گریز از صدمه استفاده نماید. این گزینه هم حق حیات مهاجم و هم حق حیات مدافع مشروع را محترم می‌شمارد و اجازه نمی‌دهد که حیات مهاجم در مقایسه با ارزش کمتری نظیر کرامت شخصی

ندارد» (اردبیلی، ۱۳۹۷، ص ۲۳۳). بنابراین دفاع-مشروع وقتی مصداق پیدا خواهد کرد که ارتکاب جرم تنها راه نجات باشد و هرگاه مدافع بتواند به طریقی جز ارتکاب جرم خطر را دفع کند، ولی علیه متجاوز به جرم متوسل شود دفاع او مشروع نخواهد بود.

سوالی که همیشه فقها و حقوقدانان با آن مواجه بوده‌اند این است که آیا امکان فرار برای شخص مورد حمله به معنی عدم ضرورت دفاع می‌باشد یا خیر؟ در این باره بین فقها و حقوقدانان نظرات متفاوتی ارائه شده است. از فقیهان معاصر، امام خمینی (قدس سره) نوشته است: چنانچه فرار از جنگ مهاجم از طریق دیگری غیر از جنگیدن ممکن باشد، احتیاط آن است که جنگ نکند (خمینی، ۱۳۹۲، ص ۴۸۸). شیخ طوسی در این باره می‌فرماید: اگر دفاع به هیچ صورت ممکن نیست مگر به فرار، در این صورت فرار واجب است (طوسی، ۱۳۶۳، ص ۷۵). برخی از حقوقدانان معتقدند با وجود امکان فرار اعمال مدافع، مشروع نخواهد بود (صانعی، ۱۳۸۸، ص ۲۰۸) به عقیده ی این گروه در جوامع متمدن و قانون‌گرا امروزی باید همه ی افراد تا آنجاکه می‌توانند جهت حفظ نظم عمومی از توسل به زور و قدرت خودداری ورزند؛ حتی اگر این کار با گریختن از مقابل مهاجم ممکن باشد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۵، ص ۱۴۲). این گروه نظر خود را به آرای شماره ۲۶۵۱ مورخ ۱۳۱۹ / ۸ / ۲۷ و نیز شماره ۴۴۸ مورخ ۱۳۷۱ / ۱ / ۲۵ صادر شعبه ۲۷ دیوان عالی کشور مستند می‌کنند. در رای اخیر الذکر آمده است که: «با در نظر گرفتن انگیزه ی نزاع و سبق تصمیم متهم و اینکه برای متهم اگر قصد درگیری نداشته امکان فرار وجود داشته، از این رو، قتل صورت پذیرفته دفاع مشروع نمی‌باشد». ایرادی که به این نظریه وارد است این است که اتخاذ چنین رویکردی از سوی قانونگذار، می‌تواند موجب گستاخ‌تر شدن متجاوزان و همچنین زمینه ی تجاوز به حقوق دیگران را فراهم آورد که این با روح و مبنا ی دفاع مشروع در تعارض خواهد بود. به عقیده ی این گروه در هر مورد باید با توجه به شخصیت حمله کننده و شخص مورد حمله

است. شعبه سوم دیوان عالی کشور در حکم ۱۵۵۸ مورخ ۱۳۲۸/۷/۱۵ آورده است که: دفاع، در صورتی متناسب با حمله است که طرفین مسلح به سلاحی شبیه یکدیگر باشند. همچنین استدلال شعبه ۳۱ دیوان عالی کشور در رای شماره ی ۹۲۷ مورخ ۶۹/۱۲/۱۲ در رد دفاع مشروع، این بوده است که «به کار بردن کارت در مقابل چوب دفاع متناسب محسوب نمی‌شود». شعبه ی ۲۷ دیوان عالی کشور در رای شماره ی ۹۸۰ مورخ ۷۱/۹/۱۴ عمل متهمی را که در مقابل سنگ آجر از چاقو استفاده کرده است غیرمتناسب دانسته و گفته است: «ایراد ضرب و جرح با کارت یا چاقو به کتف و گردن، منتهی به فوت آقای (ج) دفاع متناسب و مشروع نبوده است» (واعظی، ۱۳۷۹، ص ۱۴۹).

تناسب گاه به تناسب بین منافع مورد تهدید تعبیر شده است؛ بدین معنا که بین منافی که در نتیجه تجاوز به خطر افتاده با آن میزان از منافع که در اثر فعل دفاعی از بین می‌رود لازم است تناسب وجود داشته باشد (پیمانی، ۱۳۵۷، ص ۲۰۰). بر همین اساس است که در برخی 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 حملات از بین می‌رود مال است، اما نتیجه دفاع کشنده، محروم شدن فرد از حق حیات است و در نتیجه کشته شدن فرد در چنین حملاتی نامتناسب خواهد بود. بر اساس این فرضیه، موضوع از نظر مدافع مورد توجه و امعان نظر واقع می‌شود نه از دیدگاه مهاجم، یعنی فردی که مورد حمله و تعرض دیگری قرار می‌گیرد، برای حفظ و حراست از حقوق خویش در صورت وجود شرایط لازم به منظور توسل به دفاع مشروع حق خواهد داشت هر اقدامی را که ضروری باشد علیه متعرض انجام دهد مشروط به اینکه از همین حد ضرورت خارج نشود (سالاری شهر بابکی، ۱۳۹۴، ص ۲۲۹). این نظریه همان نظریه‌ای است که مقبول حقوق اسکاتلند نیز واقع شده است و عقیده بر این است که شخصی که به او حمله شده است

بزه دیده دارای اهمیت بیشتری شناخته شود (Leverick, 2003, p. 159). حقوق اسکاتلند از زمان هیوم همسو با قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف بوده و این قاعده در مقررات مربوط به دفاع مشروع وجود داشته است. در تطبیقی از پرونده‌ها مشتمل بر پرونده ی مک‌آنالی (McAnally) در سال ۱۸۳۶ تا پرونده ی مک‌بریتی (McBrearty) در سال ۱۹۹۹ از قاعده ی عقب‌نشینی قوی و غیرقابل انعطاف در مقررات دفاع مشروع اسکاتلند تبعیت کرده‌اند. بدین معنا که اگر شخص متهم در استفاده از هر نوع فرصت متعارف برای عقب‌نشینی کوتاهی نماید، ادعای دفاع مشروع او قانوناً پذیرفته نخواهد شد.

### ۳٫۳ تناسب دفاع با تجاوز

برای اینکه رفتاری دفاع مشروع تلقی شود باید با خطر موجود، تناسب داشته باشد. تناسب یک واژه ی حقوقی است و از تناسب در بین فقها با عنوان «قاعده الاسهل فالاسهل» نام برده شده است. برخلاف ضرورت که یکی دیگر از شرایط مربوط به دفاع است، از تناسب در ق.م. ۱۳۹۲۱ به نحو صریح نامی برده نشده است؛ اما با مراجعه به قسمت دوم ماده ی ۱۵۶ که مقرر می‌دارد: «..... در برابر هر گونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب الوقوع با رعایت مراحل دفاع...» به خوبی ملاحظه می‌شود که قانون‌گذار با استفاده از واژه ی «رعایت مراحل دفاع» مبحث تناسب را ملحوظ داشته است. هر چند که مقنن باید به جای عبارت «رعایت مراحل دفاع» به نظر می‌رسد، باید واژه‌ی تناسب را به کار می‌برد (توجهی، ۱۳۹۶، ص ۲۱۵). اما برخی عنوان کرده‌اند که منظور مقنن از «رعایت مراحل دفاع»، رعایت تناسب و رعایت حد ضرورت، جامع هر دو شرط است (میرمحمد صادقی، ۱۳۹۸، ص ۳۶۱).

با بررسی آرای دادگاه‌ها و دیوان عالی کشور می‌توان دو نظریه راجع به ملاک و معیار تناسب استنباط نمود؛ بنابر یک نظریه، تناسب همان تناسب در وسیله است. و بنا بر نظر دوم، معیار تناسب تساوی زیان وارده از جانب مدافع و متجاوز



قصاص منتفی می‌گردد و مرتکب به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود. همچنین دفاع مشروع ظاهری نیز که در ماده ی ۳۰۳ پیش بینی شده است محدود به اشتباه متعارف گردد و از اطلاق موجود در این ماده کاسته شود.

دو تبصره مهم که در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ ذکر شده است در نوع خود یک نوآوری محسوب می‌شوند و قانون گذار برای اولین بار در قانون مجازات اسلامی به این مبحث توجه کرده و آن را مورد حمایت قرار داده است. اما سوالی که در اینجا مطرح می‌شود این است این است که منظور از «عدم رعایت شرایط دفاع» در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ چیست؟ گفته شد که دفاع مشروع افراطی که مبنای قانونی آن مطابق جدیدترین اقدام مقنن ایران، تبصره ۲ ماده ۱۵۶ و تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است ناظر به حالاتی است که به تصریح این دو تبصره، نفس دفاع صادق است؛ ولی شرایط دفاع موجود نیست یا به تعبیری دیگر از مراتب دفاع تجاوز شده است. از این رو، برای پاسخگویی به این سوال باید این موضوع مورد بررسی قرار گیرد که آیا منظور از عدم رعایت شرایط دفاع آیا شرایط دفاع به معنی عام آن یعنی تمامی شرایط دفاع (اعم از شرایط مربوط به تجاوز و شرایط مربوط به دفاع) مد نظر است یا صرفاً به معنی عدم رعایت شرایط خاص مربوط به دفاع (نه شرایط مربوط به حمله) مد نظر است برای بررسی این موضوع ناچار بایستی به بحث مربوط به شرایط حمله و شرایط مربوط به دفاع وارد شد (پوربافرانی، ۱۳۹۳، ص ۳۷).

در رابطه با بحث حمله، سوال این است که آیا «فقدان شرایط دفاع» که باعث تحقق عنوان دفاع-مشروع افراطی می‌گردد به معنی فقدان شرط تهاجم هم می‌گردد؟ پاسخ منفی است. چون به فرض عدم وجود شرایط تجاوز و خطر، خطر و تجاوزی پدید نمی‌آید تا بتوان حق دفاعی را قائل شد؛ به عبارت دیگر ابتدایی‌ترین شرط تحقق جواز دفاع که همان حمله است محقق نشده که بر پایه ی آن دفاع

حق توسل به زور تا حدی دارد که به نحو متعارف برای دفع حمله ضرورت دارد. زمانی که شخص مورد حمله واقع می‌شود نمی‌تواند ارزیابی دقیقی از میزان خشونت مهاجم داشته باشد و دادگاه‌ها هنگام قضاوت درمورد واکنش در قبال حمله، ضرورت واکنش سریع به آن را مورد توجه قرار خواهند داد (Christopher and Gane, Charles, 1988, p. 266). برای نمونه در پرونده ی دروتی (Doherty)، لردکیت (Keith)، هیات منصفه را این گونه راهنمایی نمود: بین صدمه و مقابله به مثل لازم نیست عیناً تناسب وجود داشته باشد و لازم نیست که شما با مقیاس دقیق آنها را با هم بسنجید. بنابراین متهم ممکن است بدون تمایل به ایراد صدمه ناروا به مهاجم، بیش از اندازه لازم متوسل به زور شود و سبب آن ارزیابی نادرست از میزان توسل به زور مورد نیاز برای حفظ جان خودش در آن لحظات هیجانی باشد. به فرض عدم وجود شرایط دفاع حتی يك شرط آن، دفاع را محقق ندانسته و مسئولیت کامل جرم ارتكابي را براي فرد قائل می‌شد.

تبصره ی ۲ ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی است که به موجب آن «هرگاه اصل دفاع محرز باشد، ولی شرایط آن محرز نباشد اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بر عهده مهاجم است» به رغم ایراداتی که بر این تبصره وارد است از جمله این که در بحث قتل (نه سایر جنایات) مهاجم به قتل رسیده است. در نتیجه، مهاجمی وجود ندارد تا بتواند به اثبات عدم رعایت شرایط دفاع بپردازد، ولی صرف وجود همین تبصره ی حاکی از نگاه جدید مقنن است که از حالت سختگیرانه قبلی خارج شده است (پوربافرانی، ۱۳۹۳، ص ۳۷). مورد دوم: تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ است که بر اساس آن در بند (ت) «چنانچه نفس دفاع صدق کند ولی از مراتب آن تجاوز شود، قصاص منتفی است. اما مرتکب به شرح مقرر در قانون به دیه و مجازات تعزیری محکوم می‌شود». در دفاع مشروع افراطی مقرر در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ مشروط به آنکه متعارف باشد در حکم قتل غیر عمد محسوب و



می‌بایست جدای از مسئله ی دفاع مشروع به آن رسیدگی شود (Mccall Smith, 1992, p. 132).

### ۳٫۴ شرایط دفاع از دیگری

انسان علاوه بر اینکه حق دفاع از خود در برابر هجوم و تعرض غیر قانونی دارد، می‌تواند به دفاع از دیگران نیز برخیزد؛ دفاع از دیگری در حقوق اسلامی که از قدیم الایام به صورت مدون و منسجم، همیشه محل بحث و مورد توجه فقها و حقوقدانان اسلامی بوده است. حقوقدانان نیز لزوم دفاع از دیگری را توجیه کرده‌اند و درباره ی تساوی حق دفاع از جان و مال مدافع، با نفس و مال دیگری گفته‌اند: تفاوتی بین دفاع از جان و مال مدافع با جان و مال دیگری وجود ندارد؛ زیرا همکاری و معاضدت بین افراد جامعه ایجاب می‌کند که بین این دو فرقی وجود نداشته باشد. دیگر اینکه دفاع از نفس و مال خود یا دیگری یا هر دو یک وظیفه ی اجتماعی و فردی است که به نمایندگی از جامعه، به وسیله ی مدافع انجام می‌شود (عوجی، ۱۹۹۲، ص ۴۳۵). در دفاع از دیگری همانند دفاع از خود نیز شرایط و ضوابط عمومی دفاع حاکم است. از این رو، مدافعی که اقدام به دفاع از دیگری می‌نماید ملزم به رعایت آن ضوابط است؛ بدین معنا که مدافع از شخص ثالث باید شرایط مربوط به دفاع از قبیل غیرقانونی بودن حمله، غیرقابل دفع بودن آن و رعایت ضرورت و تناسب، را احراز کند.

### ۳٫۵ شرایط دفاع در برابر مامورین در حال وظیفه

این بحث بدین لحاظ از اهمیت برخوردار است که اولاً: در مواجهه با اتفاقاتی که حقوق اشخاص را تضییع می‌نماید و یا نظم جامعه را به هم می‌زند؛ اولین جایی که مردم برای مراجعه به ذهنشان متبادر می‌شود، نیروی انتظامی است زیرا قوه ی قاهره این نیرو در خدمت حفظ نظم، آزادی و حقوق شهروندان است و قوانین و مقررات، آنها را بر مدار حفظ و حراست از حقوق مردم مستقر می‌سازد. ثانیاً: دفاع در برابر دشمن که امری فطری است و ریشه در درون

مشروع صورت گیرد حال چه رسد به دفاع مشروع افراطی؛ این استدلال در خصوص شرط غیر قانونی بودن تجاوز و نیز شرط حقیقی بودن تجاوز واضح است. بدین توضیح که تا زمانی که خطر و تجاوز در هیات غیر قانونی و به صورت واقعی محقق نشده است نمی‌توان بحثی از دفاع مشروع افراطی به میان آورد؛ پس بدون هیچ تردیدی نمی‌توان برای متهم به جرم قتل عمدی یا هر جرم دیگری این حق را قائل شد که در مقام دفاع از خود بگوید چون جسمش نحیف بوده و مامور اجرائی مجازات شلاق باعث آزار او می‌شده، او را کتک زده یا به قتل رسانده است. همین‌طور این دفاع که متهم تصور می‌کرده است که مقتول قصد حمله به او را دارد (توهم خطر) از موارد دفاع مشروع افراطی نیست.

در تبصره ی ۲ ماده ی ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ گفته شده است: «هر گاه اصل دفاع محرز باشد؛ ولی شرایط آن محرز نباشد...». بدیهی است وقتی اصل دفاع محقق است که تجاوز با وجود تمامی شرایط آن یعنی غیر قانونی، حال و واقعی بودن وجود داشته باشد. در تبصره ی ۲ ماده ی ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ هم گفته شده است: «در مورد بند (ت) چنانچه نفس دفاع صدق کند...». بدیهی است وقتی نفس دفاع صدق می‌کند که پیش از آن وجود تجاوز با وجود تمامی شرایط آن محقق باشد.

در حقوق اسکاتلند توسل به زور در صورتی که به نحو فاحش بیش از اندازه لازم یا بی‌رحمانه باشد از قلمرو دفاع مشروع خارج می‌شود. رویه ی قضایی در حال حاضر ایده مطرح شده در پرونده ی کیزلویچی (Kizilevicziue) در سال ۱۹۳۸ را نمی‌پذیرد، مطابق ایده ی مزبور توسل به زور بیش از اندازه ی لازم، به کاهش جرم از قتل عمد به قتل غیرعمد منجر خواهد شد. ممکن است گفته شود در چنین حالتی این دفاع تحریک بزه‌دیده است که موجب کاهش جرم از قتل عمد به قتل غیرعمد خواهد شد، اما تحریک بزه‌دیده موضوعی است که



اعمال خود شده و مانع اجرای وظیفه مأموران شوند (حبیب‌زاده، ۱۳۷۹، ص ۳۳). برخی بر نظریه ی مختلط تاکید کرده‌اند. در این دیدگاه از افراط و تفریط دو نظریه ی قبلی دوری شده و طبق آن، دفاع در برابر اعمال غیرقانونی مأموران دولت در مواردی مجاز و در مواردی غیرمجاز دانسته شده است طرفداران این نظریه معتقدند که اطاعت از مأموران دولت در صورتی که دارای حکمی باشند، ضروری است؛ حتی اگر آن حکم خلاف قاعده تنظیم و صادر شده باشد (جهانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۹).

به نظر می‌رسد که نظریه ی منتخب نظریه ی مقاومت مطلق، با حفظ انتظامات و سیاست قضایی و مصالح جامعه سازگار نیست. نظریه ی اطاعت مطلق نیز دور از عدالت و منطبق به نظر می‌رسد؛ چراکه مردم به امید شکایت و تعقیب بعدی، نسبت به تمکین در مقابل اعمال مجرمانه مأموران مجبور هستند. از طرفی معقول و موجه نیست که دادگاه، هم مأمور خاطی را که از حدود وظیفه ی خود خارج و مرتکب جرم شده محکوم به مجازات نماید و هم فردی را که در برابر این عمل مجرمانه تمکین نکرده و مقاومت کرده است، کیفر دهد. از این رو، به نظر می‌رسد همان گونه که بیشتر قانونگذاران پذیرفته‌اند، نظریه ی سوم یعنی تفکیک بین موارد و شرایط مختلف، بر دو دیدگاه دیگر برتری دارد (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۴). قانون و رویه ی قضایی ایران متمایل به نظر مختلط و بینابین است و طبق آن، مقاومت در برابر اعمال خارج از حدود وظیفه و غیرقانونی مأمور پلیس، نه تنها ترمذ نیست؛ بلکه در برخی موارد و با جمع شرایطی می‌تواند عنوان دفاع مشروع به خود گیرد که در این صورت، شخص می‌تواند حتی ضمن مقاومت در برابر مأمور، در حدودی که با اقدامات تجاوزکارانه ی وی متناسب باشد، اعمال قوه ی قهریه نماید. قانون‌گذار کیفری ایران در ماده ی ۱۵۷ ق.م.ا که در واقع عنصر قانونی دفاع در برابر مأموران و ضابطان است دفاع در برابر مأموران و ضابطان را پذیرفته و دفاع در برابر آن‌ها را به ظاهر با دوش شرط

انسان دارد، از دیرباز مورد پذیرش نظام‌های حقوقی مختلف جهان بوده است؛ اما در مورد دفاع در برابر مأموران انتظامی و ضابطان دادگستری اتفاق نظر وجود ندارد. به طوری که در حقوق اسکاتلند اشخاص حق دفاع از خود در قبال اعمال قوه ی قهریه قانونی را ندارند. بنابراین شخصی که در مقابل توقیف قانونی یا هر نوع اعمال قوه ی قهریه قانونی توسط مجریان قانون به دفاع از خود می‌پردازد، نمی‌تواند به دفاع مشروع استناد نماید. برخی مقاومت در برابر حمله ی غیرقانونی مأمور دولت به طور مطلق جایز است و در این خصوص می‌گوید: «درحقیقت آن چه جرم ترمذ را به وجود می‌آورد، نافرمانی و بی‌اعتنایی نسبت به قانون است و اعمال قدرت در برابر مأموران دولت، وسیله ی بروز این نافرمانی و بی‌اعتنایی است (جهانی، ۱۳۹۱، ص ۱۱۷). پس وقتی مأمور دولت قانون را اجرا نمی‌کند و از حدود وظیفه ی خود خارج می‌شود یا از آن سوء استفاده می‌کند، مرتکب عمل خودسرانه‌ای به ضرر شخص شده است و در نتیجه، وقتی شخص در برابر او ایستادگی می‌کند، در واقع در مقابل «نقض قانون» مقاومت کرده و نه در مقابل «اجرای قانون» و چنین مقاومتی نه تنها جرم نیست؛ بلکه کاملاً مشروع است (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳، ص ۲۲۱). اما به نظر می‌رسد قبول این نظریه، این نتیجه نامطلوب را در بر دارد که باعث از بین رفتن نظم عمومی خواهد شد؛ چرا که در این صورت اشخاص به بهانه‌های واهی و بدون هیچ واهمه‌ای اقدام به ترمذ، مقاومت و سرپیچی از فرامین مأمورین نموده و با دستاویز قرار دادن دفاع مشروع از مسئولیت و مجازات رهایی خواهند یافت.

عده‌ای از حقوقدانان معتقدند که مقاومت در برابر مأمور دولت که در مقام اجرای قانون است، ولو اینکه مأمور از حدود وظیفه خود خارج شده و رعایت ترتیبات مقرر را نکرده باشد یا حتی مرتکب جرم شده باشد، جایز نیست و موجب تحقق بزه ترمذ می‌شود. افراد صلاحیت تشخیص غیرقانونی بودن اعمال مأمورین را ندارند و به این عنوان نباید قاضی

دفع حمله ضروری است موجب برائت دفاع مشروع خواهد بود. در دفاع مشروع افراطی تجاوز با تمامی شرایط آن وجود دارد، ولی مدافع شرایط دفاع به معنی خاص آن که عبارت از دو شرط ضرورت و تناسب دفاع است را رعایت نمی‌کند. مطابق رویه‌ی قضائی اسکاتلند شخصی که به او حمله شده است حق توسل به زور تا حدی دارد که به نحو متعارف برای دفع حمله ضرورت دارد. مستنبط از متون فقهی قتل متجاوز در مقام دفاع از مال و دارایی به عنوان دفاع متناسب محسوب نمی‌شود؛ مگر آنکه متجاوز عاقل، بالغ و مختار در مقابل مدافع مقاومت نموده و متجری باشد. با این وجود اطلاق مفاد ماده ی ۱۵۶ ق.م.ا.ش ۱۳۹۲ شامل مشروعیت قتل در مقام دفاع از اموال است، به خصوص آنکه قانونگذار به شرط تناسب اقدام دفاعی و تجاوز اشاره ننموده است. قتل متجاوز در مقام دفاع از جان و عرض و ناموس متناسب محسوب می‌گردد هر چند که مهاجم دیوانه یا غیر بالغ باشد، مشروط به آنکه قتل، آخرین چاره جلوگیری از تجاوز باشد. در حقوق اسکاتلند قتل در مقام دفاع از اموال به هیچ وجه مجاز نیست؛ اما قتل برای جلوگیری از تجاوز به عنف مجاز شمرده می‌شود. برای تحقق دفاع مشروع حمله و تجاوز باید غیر قانونی باشد، از این رو، در حقوق ایران و اسکاتلند شخص نمی‌تواند در مقابل اعمال قهریه‌ی قانونی به دفاع مشروع استناد کند.

مجاز می‌داند: ۱- خروج از حدود وظیفه ۲- برحسب ادله و قراین موجود، خوف آن باشد که عملیات آن‌ها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض یا مال گردد.

## ۴ نتیجه‌گیری

دفاع مشروع اصولاً از عوامل موجهه جرم شناخته می‌شود. اما زمانی که فرد در دفاع دچار اشتباه متعارف شود از عوامل عذرآور تلقی می‌شود. لزوم صیانت از کرامت انسانی را می‌توان کامل‌ترین مبنای اقدامات دفاعی غیرکشنده شناخت که بر مبنای آن اصل تعرض ناپذیری ناروا اقتضاء می‌کند که هرانسانی از تعرض و تهاجم دیگری مصون باشد. تئوری متقارن حق حیات - نفی حق حیات که از علت توجیه کننده دفاع مشروع است بر این نکته تأکید و حمایت می‌کند که مهاجم تهدید فوری ناروایی برای حیات بزه‌دیده ایجاد نماید و هیچ روش متعارف دیگری برای اجتناب از آن تهدید وجود نداشته باشد. به‌رغم اختلاف نظر در خصوص فرار بزه‌دیده از صحنه‌ی تهاجم بزهکار نمی‌توان آن را راه حل دفع تجاوز دانست. در حقوق کیفری اسکاتلند نظر بر قاعده عقب‌نشینی قوی است که وفق این قاعده متهم می‌بایست از هرگونه فرصت بی‌ضرر یا متعارف برای عقب‌نشینی و گریز از خطر استفاده نماید. در حقوق اسکاتلند تنها اشتباه متعارف متهم برای

## منابع

- Ardabili, M A. (2018). Public Criminal Law, Volume I, Tehran: Mizan Publications.
- Ibn Idris, M. (1990). Al-Sarair, Qom: Islamic Publications Office.
- Peymani, Z. (1978). Detailed Rules of Legitimate Defense, Tehran: National University of Iran.
- Peymani, Z. (Ed. ninth). (2013). Exclusive criminal law, Tehran: Mizan Publishing.
- Poor Bafarani, H. (2014). A Comparative Study of Violation of the Limits of Legitimate Defense, Journal of Criminal Law (Vol. 2, pp. 59-33)
- Tavajohi, A. (Ed. third). (2017). Pathology of the Islamic Penal Code adopted in 2013, Tehran: Judiciary, Press and Publications Center.
- Jahani, B. (2012). "Resistance to the police; Legitimate Defense or Rebellion, Detective Quarterly (Vol .18, pp.129-110)



- Habibzadeh, M. J. (2000). "Resistance to Illegal Government Acts", *Proceedings Monthly* (Vol 33, pp. 16-12)
- Khomeini, S. R. (2013). *Tahrir al-Wasileh*, Volume 2, Chapter Defense, Ema Khomeini Publishing Center.
- Rahimi Nejad, I. (Ed. First). (2008). *Human Dignity in Criminal Law*, Tehran.
- Rousseau, J.J. (Ed. second). (2015). *Social Contract*, translated by Gholam Hossein Zirak, Tehran: Ghasedak Saba.
- Salari Shahrabaki, M. M. (2015). *General Criminal Law of Legitimate Defense*, Volume 1, Tehran: Jangal.
- Shambiati, H. (Ed. Sixth). (2013). *Public Criminal Law*, Volume I, Tehran: Wistar Publications.
- Shams Natri, M., & Abdullah Yar, S (2011). *State of Necessity and Legitimate Defense*, Tehran: Majd Publications.
- Shams Natri, M. I., & Z, M. K. (2017). *Recognition of the concept of legitimate defense in the new Islamic Penal Code, Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law* (Vol. 50, pp. 145-125)
- Sanei, P. (Ed. Second). (2009). *Public Criminal Law*, Tehran: New Plan Publishing.
- Tusi, M. (1984). *Al-Mabsut Fi Al-Imamiya Fiqh*, Volume 8, Tehran: Mortazavieh School.
- Aliabadi, A. (Ed. Fifth). (2013). *Criminal Law*, Volume 3, Tehran: Ferdowsi Publications.
- Oji, M. (1992). *The General Criminal Law*, Volume II. Beirut: Nofel.
- Research Department of Razavi University of Islamic Sciences. (2004). *Rules of Criminal Jurisprudence*, Jaharam Press, Mashhad: Astan Quds Razavi Publications.
- Makarem Shirazi, N. (Ed. Fifth). (2019). *Sample Interpretation*, Volume 20, Tehran: Islamic Books House.
- Mahmoud Janaki, F., & Sadeghi, A. (2015). *Apparent Legitimate Defense*, *Journal of Criminal Law Teachings* ( Vol .10, pp. 194-155)
- Mohseni, M. (Ed. Fourth). (2017). *Public Criminal Law Course*, Tehran: Ganj-e-Danesh Publishing.
- Mohammadi Karachi, B. (2014). *Legitimate defense and necessity*, Hagh Gostar Publications.
- Movahed, M. (2002). *In the air of truth and justice*. Tehran: Karnameh.
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (Ed. First). (2015). *Fundamentals of Public Criminal Law*, Tehran: Jawdaneh Jangal Publications.
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (2014). *Restrictions on Legitimate Defense against the Police in Iranian Law with a Look at the French Legal System*. *Journal of Criminal Law* (Vol 5, pp. 235-215)
- Mir Mohammad Sadeghi, H. (Ed. Twenty-seventh). (2019). *Exclusive Criminal Law*, Volume One, Tehran: Mizan Publishing.
- Mirza Qomi, A. (1993). *Jame Al-Shattat*, Tehran: Kayhan Publications.
- Noorbha, R. (2011). *General Criminal Law*, Tehran: Ganj-e-Danesh.



- Waezi, K. (2000). Legitimate Defense in Iranian Criminal Law, Qom: Islamic Propaganda Publishing Center.
- Ashworth, A., & Horder, J. (Ed. seventh). (2013). Principles of criminal law, Oxford University Press.
- Christopher, H.W., & Charles, N. S. (Ed. second). (1988). casebook on Scottish criminal law, Edinburgh.
- [DLars Bo Langsted, P. G.](#), & [Boet, V. G.](#) (Ed. fourth). (2014). Criminal Law, in Enmark, Aspen Publishers Inc., DJQF publishing.
- Hume, D. (1986). Commentaries on the Law of Scotland Respecting the Description and Punishment of Crimes, Butterworths.
- Leverick, A. (2003). critical analysis of the law of self-defense in Scotland and England, A thesis for the degree of PhD, Aberdeen university.
- Mccall Smith, R.A.A., & Sheldon, D. (1992). Scots Criminal Law, Edinburgh Butterworth.