



Kardan Journal Law (KJL)

ISSN: 2707-3181 (Print and Online), Journal homepage: <https://kardan.edu.af/KJL>

The Right to Self-Defense in Fiqh and Penal Code of Afghanistan

Abdul Iqrar Waseel, and Mohammad Ali Rezayee

To cite this article: Waseel, Abdul Iqrar. and Rezayee, Mohammad Ali. The right to self-defense in Fiqh and penal code of Afghanistan. *Kardan Journal of Law*, (2023), 5 (1), 18-33.

DOI: 10.31841/KJL.2023.23

To link to this article: <http://dx.doi.org/10.31841/KJL.2023.23>



© 2023 The Author(s). This open access Article is distributed under a Creative Commons Attribution (CC-BY) 4.0 license.



Published online: 14 December 2023



Submit your article to this journal

حق دفاع مشروع در فقه و کود جزای افغانستان

عبدالاقرار واصل و محمدعلی رضایی

چکیده

در طول تاریخ انسانها در مقابل اعمال غیر عادلانه و غیر مشروع سر فرود نیاورده و دفاع در برابر چنین اعمال را جزو حقوق طبیعی خود می‌دانند. روابط انسانی و اجتماعی ایجاب می‌کند که افراد در مقابل تعرض و تجاوز ناعادلانه دیگران ساکت نمانند، شریعت اسلامی و قانون نیز کسانی را که با در نظر داشت شرایط تصریح شده در قانون و شریعت از خود دفاع نمایند، مجازات نخواهد کرد. موضوع مهم که نیاز به ارائه پاسخ دارد آیا میان فقه و کود جزای افغانستان راجع به دفاع مشروع تفاوت وجود دارد یا خیر؟ قابل ذکر است تفاوت دفاع مشروع در قانون و شریعت اسلامی اینست که در شریعت اسلامی دفاع مشروع را بر دو نوع تقسیم نموده اند، دفاع مشروع به معنای خاص که اصطلاحاً دفع مهاجم نامیده میشود، نوع دفاع با دفاع مشروع پیش‌بینی شده در قوانین وضعی مطابقت دارد و نوع دوم دفاع مشروع به معنای عام که اصطلاحاً امر به معروف و نهی از منکر نام دارد. البته در این مقاله دفاع مشروع به مفهوم خاص مورد بحث قرار گرفته است. دفاع مشروع در شریعت اسلامی و قوانین وضعی کشورهای اسلامی و غیر اسلامی مورد تأیید و حمایت قرار گرفته است. فقها متفق‌القول اند که اعمال ارتكابی در مقام دفاع مباح هستند. در حالت دفاع مشروع نه تنها شخص مدافع مورد مجازات قرار نمی‌گیرد بلکه از مسئولیت مدنی و پرداخت جبران خساره نیز معاف دانسته می‌شود.

واژگان کلیدی: حق، دفاع مشروع، فقه، کود جزا

مقدمه

دفاع مشروع یکی از اساسی ترین حقوق افراد به منظور دفاع از جان، مال، ناموس خود و دیگران در طول تاریخ به شمار آمده است. دفاع مشروع از جمله امور و مسائل است که برانگیخته از فطرت انسانی بوده و این امر باعث میشود که صرف نظر از ثبوت مشروعیت آن بر قداست و اهمیت و ملاک ارزشی آن نیز افزوده گردد. به بیان دیگر دفاع مشروع ریشه درونی در هر انسان دارد و مربوط به زمان و مکان خاصی نمی شود. از همین جهت دین مقدس اسلام و قوانین جزائی کشورهای اسلامی و غیر اسلامی این اصل را که ریشه در درون انسان دارد، مورد حمایت قرار داده است.

اگرچه، در پرنسپ دفاع تعرض و تجاوز از افراد جامعه و وظیفه دولت است ولی در موارد خاص این امر ممکن و میسر نمی باشد. بناءً قانون و شریعت به افراد حق می دهد تا در چنین موارد از حیات، آبرو، حیثیت و مال شان که به ناحق مورد تعرض و تجاوز قرار گرفته است و دسترسی به موظفین خدمات عامه در جهت دفاع تعرض و تجاوز نیز ممکن نیست، دفاع نمایند. هویدا است دفاع در تمام حالات مشروع دانسته نمی شود، بلکه حق دفاع مشروع هنگامی مطرح می گردد که دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز برمال، جان یا ناموس دفاع کننده و یا شخص دیگر متوجه است و این حق صرف تا دوام خطر ادامه یافته با زوال آن خاتمه می یابد.

1. تعریف دفاع مشروع

مشروع از ماده "شرع" است که معانی چون راست و درست، آنچه شرع روا دارد، آنچه بر طبق احکام شرع مجاز و قانونی بوده و در مقابل ممنوع و نامشروع قرار دارد. دفاع مشروع از دو جز اساسی و مهم یعنی دفاع و مشروع تشکیل گردیده است این دو واژه، در حقیقت معنی جداگانه دارند یعنی دفاع به معنی دفع شر، دفع تعرض و جواب طرف مقابل ذکر شده است. مشروع از شرع و شریعت گرفته شده که منظور از آن هر عملی است که از نظر شرع مجاز و مباح تلقی گردیده باشد. از دفاع مشروع تعاریف متعدد به عمل آمده است که بعضی از آنها را ذیلاً متذکر می شویم.

الف: دفاع مشروع عبارت از دفع حمله ناحق نسبت به جسم، جان، مال ناموس آبروی تن خود و یا دیگری در چارچوب قانون است.

ب: دفاع مشروع عبارت از وضعیتی است که انسان به هنگام عدم امکان محافظت پولیس از خود یا دیگری محافظت نماید.

ج: مرحوم علی آبادی ذکر نموده است که شخصی که خلاف عدل و انصاف مورد حمله قرار گرفته و برای دفاع از خود مرتکب جرم شده است، در حالت دفاع مشروع می باشد.

د: عبدالقادر عوده حقوق دان مشهور عرب می نویسد: دفاع مشروع بر هرانسانی در حمایت از جان خود یا جان دیگری واجب است و حقی است برای او در حمایت مال خود یا مال دیگری در مقابل هر نوع تجاوز فعلی نا مشروع با هر وسیله که برای دفع این تجاوز ضروری باشد.¹

2. منطق مشروعیت دفاع

از زمانه های قدیم بدین طرف این اصل پذیرفته شده است که وقتی حیات، مال، آبرو و حیثیت یک انسان مورد تعرض و تجاوز قرار می گیرد، دفاع در مقابل آن مشروع پنداشته شده و اگر در این حالت شخص عملی را مرتکب شود که در حالات عادی جرم پنداشته می شود، نباید در قبال آن مجازات گردد. شریعت اسلامی و قوانین جزائی اکثر کشورها دفاع مشروع را تأیید و به رسمیت شناخته اند اما برای توجیه آن دلایل مختلف ارائه گردیده است که ذیل به وضاحت مورد غور و بررسی قرار گرفته اند.

الف: جواز دفاع مشروع از نظر شریعت اسلامی

دلیل مشروعیت دفاع این قول خداوند ج است که می فرماید. *فَمَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَ اتَّقُوا اللَّهَ وَ اعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ*. (بقره/194) «هر کس به شما

¹ داود العطار، دفاع مشروع در حقوق جزای اسلام، مترجم؛ اکبر غفوری (تهران، انتشارات آستان قدس رضوی، چاپ دوم، 1375)، 48.

تجاوز کند به مانند آن بر او تجاوز کنید و از خدا پرهیزید (و تعدی و زیاده روی نه‌نمایید) و بدانید خدا با پرهیزکاران است.»

به همین ترتیب علی بن امیه از رسول اکرم^ص نقل میکند که می‌گوید: کارگری داشتم که با شخصی درگیر شد و هر یک دست هم را به دندان گرفتند وی دست خود را از دهان گاز گیرنده بیرون آورد و در نتیجه دو دندان ثنپای وی افتاد. نزد پیامبر^ص آمد، ایشان دندان‌های او را مهدور شناختند و فرمودند: «آیا باید دستش را در دهان تو نگه می‌داشت تا آن را با دندان قطع می‌کردی؟»²

روایت دیگری که عبدالله بن عمر از قول رسول الله^ص نقل میکند مبنای دیگر این قاعده است «کسی که برای حفاظت از مالش در مقابل حمله‌ی غیر مشروع بجنگد و کشته شود، شهید است.» ابوهریره هم از پیامبر^ص نقل می‌کند که فرمود: «اگر شخصی بدون اجازه به خانه ات نگاه کند و او را با زدن سنگ برانی و در نتیجه اصابت سنگ چشمش کور شود، مرتکب جرم نشده است.»³

به همین ترتیب فقهای کرام متفق القول اند که دفاع مشروع به منظور حمایت از جان و مال و ناموس انسان و یا فرد دیگری در مقابل هر گونه حمله و تجاوز تشریح شده است. لیکن در توصیف شرعی آن از دو جهت اختلاف نظر دارند. فقها متفق القول اند که دفع مهاجم بر مدافع در صورت تجاوز به ناموس واجب است ولی در دفاع از نفس اختلاف نظر دارند به موجب ظاهر مذهب ابوحنیفه، که با آراء غالب مذاهب مالک و شافعی برابر است، دفاع از نفس در مقابل مهاجم واجب است. به موجب رای مرجوح مذاهب شافعی و مالک که با رای راجح و برتر مذهب احمد موافق است، دفاع از جان جایز است نه واجب. دفاع از مال را اغلب فقها واجب نه بلکه جایز می‌دانند و شخص مورد تجاوز یا متعدی علیه اگر بخواهد از مهاجم دفاع می‌کند و اگر بخواهد از دفاع دست بر می‌دارد.⁴

² عبدالقادر عوده، حقوق جزای اسلامی - جلد دوم، مترجمان، ناصر قربان نیا - مهدی منصوری - نعمت الله الفت (تهران، انتشارات نشر میزان، 1373)، 438.

³ همان، ص 438.

⁴ همان، ص 440.

ب: دفاع مشروع منحیث حق طبیعی انسان

بعضی از دانشمندان دفاع مشروع را حق طبیعی مدافع دانسته‌اند. از نظر این عده دانشمندان حق حیات، حق طبیعی هر انسان است و کسی نمی‌تواند آنرا به ناحق از دیگری سلب کند بنابراین هرگاه شخصی بر خلاف عدل و انصاف مورد حمله قرار گیرد و حیات او به خطر افتد در حالی که توسل به قوای امنیتی میسر نباشد و برای دفاع از خطر، شخصاً مرتکب جرم شود اقدام او مشروع خواهد بود. این نظریه را در ابتداء یک عالم و دانشمند رومی بنام سیسرون بیان کرد و سپس دیگران تأیید کردند، وی معتقد بود: «دفاع مشروع یک قانون طبیعی است نه مدنی و حق دفاع را طبیعت به بشر تفویض کرده نه آنکه در اثر مقررات موضوعه به او اعطاء شده باشد.»⁵

اما امروز به نظریه انتقادی که وارد شده از این جهت است که دفاع مشروع را فقط در خصوص دفاع از نفس پذیرفته، نسبت به اموال و مالکیت بخاطری که حق طبیعی نمی‌باشد دفاع را مشروع نمی‌پندارد. بدین ترتیب، این نظریه با مفهوم حقی که امروز به عنوان حق دفاع و بر طبق قانون برای دفع حمله ناحق از طرف قانون به رسمیت شناخته می‌شود متفاوت است.

ج: نظریه اجرای حق

این عقیده بیشتر در قرن نوزدهم رایج گردید، به اساس این نظریه زمانی که یک شخص مورد تعرض و تجاوز ناحق قرار می‌گیرد، دفاع کردن به مثابه اجرای حق می‌باشد، چون متجاوز به هنگام تجاوز تعادل و نظم جامعه را مختل می‌کند و مدافع اگر از خود دفاع کند بدی را به همانند آن دفع کرده است، یعنی مدافع تعادل جامعه را آن بر می‌گرداند. بنابراین دفاع به منزله اثبات حق و تأیید آن است. هیچکس این عقیده را در قالب ریاضی تنظیم کرده و می‌گوید: « تجاوز نفی قانون است و دفاع نفی این نفی، پس دفاع اجرای حق است.»⁶

⁵ محمد صالح ولیدی، حقوق جزای عمومی (تهران، انتشارات نشر داد، 1372)، 32.

⁶ رضا نوریها، زمینه حقوق جزای عمومی (تهران، انتشارات گنج دانش، 1384)، 45.

د: نظریه تعارض دو حق و نادیده گرفتن حق کم اهمیت

نظریه دیگری که در توجیه مشروعیت دفاع مطرح گردیده این است که هر گاه دو حق معارض یک دیگر وجود داشته باشند و لازم آید که برای حفظ یکی از آن دو دیگری فدا گردد، قاعدتاً باید آن حقی که دارای اهمیت کمتر است فدا شود. بدیهی است مصلحت جامعه در این است که حقوق کسی که به ناحق مورد تعرض قرار گرفته نسبت به حقوق شخص متعرض بیشتر حمایت شود و کسی که تجاوز را آغاز کرده است برای فدا شدن سزاوارتر است. متعرض عضو فاسد اجتماع است، بنابراین از بین رفتن حق او جامعه را متاثر نمی‌کند. حال آن که با پایمال شدن حق فرد بی گناه که بدون استحقاق مورد تعرض قرار گرفته، احساسات جامعه بیشتر متاثر می‌شود.⁷

ه: منشاء دفاع قرار داد اجتماعی

به اساس این نظریه دلیل و منطق مشروعیت دفاع ناشی از وظیفه و تکلیف اعضاء جامعه به رعایت نظم حاکم است که جامعه برای حفظ و بقای خود به آن ضرورت دارد. بنابراین، چون در موقع حمله ناحق به عضوی از اعضاء جامعه، متجاوز نظم و قواعد اعتباری و قرار دادی را نقض می‌کند پس کسی که مورد تجاوز قرار گرفته مکلف است که نسبت دفع تجاوز اقدام کند.

قابل یاد آوری است که قبول این نظریه عاری از نواقص نمی‌باشد، زیرا نتیجه که از آن حاصل می‌گردد بر دو مبنا قرار داده شده است: اول اینکه طبق این نظریه دفاع یک وظیفه و تکلیف تلقی می‌گردد. دوم اینکه منشاء مشروعیت دفاع طبق این نظریه قبل از همه حفظ حقوق و منافع جامعه پنداشته می‌شود که در واقعیت امر هیچ یک از این دو هدف فوق الذکر با واقعیت دفاع مشروع مطابقت ندارد، زیرا مبنا و اساس منطق دفاع مشروع قبل از همه حفظ حقوق فردی است که در معرض تعدی و تجاوز قرار گرفته است.⁸

⁷ میرزا مهدی، ماهیت و ارکان دفاع مشروع در حقوق جزای داخلی اسلام و مقایسه اجمالی آن با مواد قانونی برخی از کشورها (تهران، انتشارات گنج دانش، 1376)، 117.

⁸ محمدصالح ولیدی، پیشین، 56

و - اجبار معنوی من حیث منشاء دفاع مشروع

به موجب این نظریه تنها دلیلی که می‌تواند دفاع مشروع را توجیه کند، اکراه معنوی است به این معنی وقتی که کسی در معرض تهدید و تعرض قرار می‌گیرد به هنگام دفاع از جان خود تحت تاثیر اضطراب و هیجانات قرار گرفته آزادی اراده وی مختل می‌شود و شخص حالت عادی و نورمال را از دست می‌دهد پس اگر در چنین حالت مرتکب جرم گردد مسئول تلقی نمی‌گردد.

اما این دلیل از جهات مختلف که در ذیل به آن اشاره خواهد شد، مورد اعتراض قرار گرفته است:

اول: اینکه در حالت دفاع مشروع همیشه امکان دارد که یک شخص زیاد تحت تاثیر، فشار و اجبار روانی قرار نگیرد به خصوص در حالت که خود یک شخص مورد تعدی و تجاوز قرار نگرفته باشد بلکه تعرض و تجاوز بالای شخص دیگر صورت گرفته باشد و از شخصی دیگری دفاع نماید.

دوم: اینکه فرض می‌نماییم دفاع کننده تحت فشار و اکراه معنوی هم قرار گرفته باشد با آنهم از نقطه نظر حقوقی اکراه یک حالت رفع مسئولیت جزائی بوده نه یک حالت رفع مجرمیت یا حالت اباحت. از جانب دیگر این نظریه (اجبار معنوی) موجب محدود کردن عمل دفاع مشروع می‌گردد زیرا در این صورت شخصی که با داشتن اراده دفاع مشروع را انجام دهد نمی‌توان از مجازات معاف دانست و همچنان به اساس این نظریه دفاع از مال نیز مشروع گفته نمی‌شود زیرا موجب اخلال اراده نمی‌گردد در حالی مقنن دفاع از مال را نیز از جمله دفاع مشروع دانسته است.⁹

3. شرایط تحقق دفاع مشروع از نظر فقه و قانون

از آنجاییکه دفاع مشروع یک قاعده استثنائی است، از این سبب استفاده از آن محدود به شرایطی است که توسط قانون پیشینی شده است. به عبارت دیگر، تعرض به نفس یا ناموس آزادی،

⁹ ایرج گلدوزیان، حقوق جزای عمومی (تهران، انتشارات نشر میزان، 1382)، 96.

جان و مال خود شخص یا شخص دیگر وقتی قابل دفاع خواهد بود که واجد شرایطی باشد که برای تحقق آن پیش بینی شده است. در قانون جزای کشور ما یک سلسله شرایط برای تحقق دفاع مشروع پیش بینی گردیده است که بعضی آن مربوط تعرض و تجاوز و برخی دیگری آن مربوط دفاع می شود. برای وضاحت هر چه بیشتر این شرایط را تحت عناوین جداگانه مورد غور و بررسی قرار می دهیم.

الف: شرایط مربوط به تعرض و تجاوز

طوری که قبلاً ذکر گردید مشروع بودن دفاع منوط به یک سلسله شرایط مربوط به تعرض و تجاوز و دفاع می باشد. شرایط مربوط به تعرض و تجاوز قرار ذیل است.

1. تجاوز باید فعلیت داشته یا قریب الوقوع باشد

هم از نظر فقه و هم از نظر قانون تجاوز باید فعلیت داشته و تجاوز که در آینده واقع می شود و یا تجاوز قبلاً واقع شده، سبب مشروعیت دفاع نمی گردد. فعلی بودن تجاوز در بند 2، فقره 2 ماده 127 کود جزای افغانستان تذکر رفته است که به اساس آن حق دفاع مشروع هنگامی موجود می گردد که دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر جان، مال و یا ناموس وی و یا شخص دیگری متوجه است. کلمه "متوجه است"، در اینجا دلالت بر فعلی بودن تجاوز را می نماید. از اینرو دفاع مشروع در صورتی که عکس العمل مقابل عملی باشد که قبلاً واقع گردیده و متجاوز نیز خود را بیرون کشیده، به وجود آمده نمی تواند. زیرا در این جا این عمل انتقام می باشد نه دفاع مشروع، به عبارت دیگر در صورتی که خطر تجاوز گذشته باشد دفاع مشروع مطرح نمی گردد.

همچنان دفاع مشروع در یک حمله احتمالی و آینده تیره کننده تلقی نمی گردد. چنانچه ماده 128 کود جزای سال 1396 چنین بیان می نماید: «حق دفاع مشروع تا دوام خطر ادامه یافته و با زوال آن خاتمه می یابد.»

از تجزیه و تحلیل ماده فوق می توان چنین نتیجه گرفت که فعلی بودن تجاوز عمل مادی است که به دو شکل قابل تحقق است:

اول: اینکه خطر هنوز شروع نشده لیکن قریب الوقوع است و در این صورت معقول نیست که مدافع منتظر بنشیند تا خطر واقع و متعرض شروع به تجاوز نماید. در این صورت اثر دفاع، جلوگیری از وقوع تجاوز و خطر است.

دوم: اینکه متعرض تعرض و تجاوز را شروع کرده که در این حالت نقش مدافع حفظ جان و متوقف کردن خطر و استمرار تجاوز است. طوریکه ملاحظه می‌گردد منظور کود جزای افغانستان از عبارت "متوجه" به هر دو شکل قضیه فوق که اشاره شده است که حق دفاع مشروع در این صورت منوط به استمرار و تجاوز است و با زوال خطر، خواه به وسیله دفاع یا امتناع شخص متعرض از استمرار تعرض، دیگر دفاع مشروع مورد پیدا نخواهد کرد.

به همین ترتیب باید خاطر نشان نمود که مدت دفاع مشروع محدود به موجودیت خطر و زوال آن می‌باشد و زوال خطر نیز به دو شکل امکان پذیر است:

اول: به وسیله دفاع و مقاومت خطر متجاوز بر طرف شده باشد پس از رفع خطر دیگر دفاعی وجود ندارد و یا اینکه متجاوز بعد از تجاوز و تعرض نادم و پشیمان شود در این حالت نیز موردی برای مشروعیت دفاع باقی نمی‌ماند.

دوم: اینکه تجاوز واقع شده و متجاوز بعد از ارتکاب تجاوز به دنبال کار خود برود به طور مثال سارقی اشیا مورد نظر را سرقت نماید و یا مجرم مدافع را به قتل رسانیده و یا مردی با خانمی مرتکب فعل زنا به عنف شده است بعد از اتمام این موارد تجاوز، دفاع توجیه ندارد زیرا هر عمل ارتکاب یافته مجازات خاص مربوط به خود را دارد و شخص که مورد تجاوز قرار گرفته دیگر حق ندارد به خاطر دفاع شخص متجاوز را مورد تعقیب قرار دهد و از وی انتقام بگیرد. بناءً، با در نظر داشت نکات فوق می‌توان گفت که بعد از برطرف شدن خطر موجبی برای ادامه استمرار دفاع وجود نداشته و انجام هر گونه عمل جرمی جنبه انتقام جویی داشته است.

2. تجاوز خلاف قانون و غیر عادلانه باشد

دومین شرط برای اینکه دفاع مشروع پنداشته شود این است که تجاوز غیر عادلانه و برخلاف حق باشد. صفت غیر عادلانه وقتی در تجاوز تحقق می‌یابد که تهدید و تعرض به ناحق باشد.

چنانچه در این رابطه بند 1، فقره 2 ماده 127 چنین صراحت دارد: «دفاع در برابر عمل خلاف قانون و غیر عادلانه باشد.» مقصد از غیر عادلانه بودن تجاوز، این است که تا تهدید و تجاوز غیر مشروع بوده و تعرض فاقد وصف قانونی باشد. برای وضاحت هر چه بیشتر باید گفت انجام عین عمل در بعضی موارد غیر مشروع و نا عادلانه است ولی در حالات خاص به حکم قانون مشروع و عادلانه پنداشته می شود. بطور مثال سلب آزادی یک شخص در حالت عادی غیر عادلانه و خلاف قانون است ولی در صورتی که یک شخص مرتکب جرم شده و آزادی وی مطابق احکام قانون سلب گردد، مشروع و عادلانه پنداشته می شود.

به عقیده مالک و شافعی و احمد، ضرورت نیست که تجاوز، جرم قابل مجازات باشد، بلکه کافی است که نامشروع به حساب آید، هم چنین به نظر این فقها لازم نیست که مهاجم از کسانی باشد که در مقابل عمل ارتكابی مسئولیت جزایی دارند، بلکه کودک و یا دیوانه نیز مهاجم محسوب می شوند. برای اینکه حالت دفاع مشروع به وجود آید، کافی است که عمل مهاجم نامشروع بشمار آید. اما به عقیده ابوحنیفه و پیروانش برای تحقق دفاع مشروع لازم است که مهاجم، جرم و قابل مجازات و مهاجم از اشخاصی به حساب آید که مسئولیت جزایی دارند و الا مبنای دفاع حالت اضطرار خواهد بود، نه دفاع مشروع، ابویوسف با آنان مخالف است و می گوید، جرم بودن متجاوز، برای قیام حالت دفاع مشروع کفایت می کند و لازم نیست که جانی در مقابل جرم ارتكابی (تجاوز) مسئولیت جزایی داشته باشد.¹⁰

3. تعرض و تجاوز حقیقی و واقعی باشد

به اساس این شرط مدافع باید به وجود تجاوز و خطر علم و یقین داشته و یا به گمان غالب یقین داشته باشد که تجاوز صورت می گیرد. چنانچه در این رابطه ماده 126 کود جزای افغانستان ذکر نموده که: «... دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر باید حقیقی باشد. این که خطر یا تجاوز حقیقی است یا خیر؟ باید شرایط مختلف از قبیل وضعیت و موقف زمانی و مکانی شخصیت متعرض و متعرض علیه، توانائی و قدرت متجاوز و مدافع و سایر صفات و ویژه گی های روحی و روانی آنها را مورد مطالعه قرار داد. بطور

¹⁰ عبدالقادر عوده، پیشین، ص 443.

مثال، اگر شخصی در دشت و بیابان ویا غیر مسکونی در برابر دیگری دست به تعرض و حمله می‌زند نسبت به موقعیتی که در شهرها، دهات و آبادی موجود است و امکان استمداد از دیگران و شناسایی فاعل و مشاهده آن از طرف سایرین و غیره در بیابان و دشت امکان پذیر نیست.

به همین ترتیب اگر یک طفل نهایت خرد سال یک شخص کلان سال را با یک چاقویی که در دست دارد تهدید می‌کند و برایش می‌گوید که با این چاقو او را به قتل خواهد رسانید، در این حالت اگر شخص کلان سال بنام دفاع مشروع طفل را زخمی و یا به قتل برساند، این دفاع مشروع پنداشته نمی‌شود و بحیث حالت تبرئه کننده محسوب نمی‌شود، به خاطری که تعرض و تجاوز حقیقی و واقعی نمی‌باشد.¹¹

بدین ترتیب خطر و تجاوز حقیقی آنست که حقیقتاً وجود داشته و وقوع آن عرفاً و عملاً امکان پذیر باشد، بناءً مدافع زمانی حق استفاده از دفاع مشروع را دارد که به وجود خطر و تجاوز عمل و یقین حاصل نماید و این یقین روی اسباب معقول و دلایل منطقی بنا یافته باشد.

4. تجاوز عمدی باشد

عده ای از دانشمندان حقوق یکی از شرایط دفاع مشروع را عمدی بودن تجاوز می‌دانند. به عقیده آنها تجاوز غیر عمدی که ناشی از بی احتیاطی و اهمال فاعل باشد اصلاً قابل جلوگیری نبوده و مدافع نمی‌تواند هم زمان با آن خود را عیار سازد، زیرا قصد مجرمانه وجود نداشته و از اثر غفلت فاعل، جرم واقع می‌شود. زمانی جرم غیر عمدی واقع شد دیگر مجالی برای دفع باقی نمی‌ماند. عده ای دیگر از دانشمندان حقوق معتقد اند که دفاع مشروع در برابر عمل غیر قانونی و غیر عادلانه در هر وقت و در هر نوع جرم موجه دانسته می‌شود. اگر در جرایم غیر عمدی امکان میسر شود که مدافع در برابر تجاوز اقدام نماید، چون عمل فاعل یا متعرض ولو غیر عمدی است ولی خلاف قانون می‌باشد، لذا حق دفاع مشروع در برابر آن وجود دارد.¹²

11 حفیظ الله دانش، حقوق جزای عمومی (کابل، انتشارات سیرت، 1399)، 112.

12 محمد صالح ولیدی، پیشین، 185.

موضوع دیگر اشتباه فاعل یا اشتباه در شخص است یعنی اگر فاعل قصد تجاوز به شخص خاصی را داشته باشد در حین تجاوز اشتباهاً شخص دیگری هدف تجاوز قرار گرفته مجروح شده یا به قتل برسد، در این صورت چون قصد ارتکاب جرم و قصد قتل وجود داشته، لهذا تفاوت نمی‌نماید که احمد هدف قرار داده شده یا محمود، یعنی اگر قصد قتل شخص معین که مقصود فاعل بود واقع شده یا دیگری چون عمل در ذات خود جرم و قصدی است لذا مرتکب قابل مجازات عمل قصدی بوده و دفاع در برابر آن جواز دارد.

5. تجاوز نباید علل تحریک خود شخص باشد

هر گاه شخص عملی را مرتکب شود که جانب مقابل یا متعرض را بر آشفته ساخته و تحریک نماید تا به مقابله پرداخته و بر متعرض علیه تجاوز نماید در آن صورت دفاع مشروع به وجود نمی‌آید و متعرض علیه حق آنرا ندارد تا با استناد به دفاع مشروع مرتکب جرم شود. در این حالت امکان ندارد که از امتیاز دفاع مشروع استفاده کند. ماده 127 کود جزای سال 1396 این شرط را نیز مورد توجه قرار داده و بیان می‌دارد که: «دفاع کننده قصداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نشده باشد.»

ب: شرایط مربوط به دفاع

دفاع در برابر تعرض و تجاوز زمانی مشروع پنداشته می‌شود که شرایط را که مقنن در نظر گرفته رعایت شود و نباید از حدود پیش بینی شده در احکام قانون تجاوز صورت گیرد، در غیر آن دفاع مشروع نه خواهد بود. بناءً همان طوری که تعرض و تجاوز شرایط دارد، دفاع نیز یک سلسله شرایط دارد که باید توسط مدافع رعایت گردد. این شرایط قرار ذیل اند:

1. دفاع باید فعلی باشد

دفاع در برابر تجاوز وقتی مشروع پنداشته می‌شود که دفاع هم زمان با تجاوز صورت گرفته باشد، زیرا طوری که قبلاً ذکر شد طبق قانون جزا دفاع باید در حین تجاوز صورت گیرد. بناءً اگر تجاوز واقع شده باشد و بعداً شخص به بهانه دفاع اقدام به عمل کند این کار دفاع مشروع نه بلکه انتقام فردی است و تطبیق قانون را به خدمت فرد قرار دادن و در نهایت فرد حق را در دست گرفتن و نظم جامعه را برهم زدن است. بدین معنی هر گاه شخصی که قبلاً به ناموس

وی تجاوز صورت گرفته بعد از گذشت مدت زمان دست به قتل متجاوز بزند دفاع مشروع نیست. زیرا هر گاه تعرض قبلاً واقع شده باشد شخص می‌تواند به محکمه و یا به مراجع دیگر جهت رسیدگی به عمل جرمی مراجعه نماید. چنانچه در مورد فعلی بودن دفاع ماده 128 کود جزای افغانستان چنین صراحت دارد: «حق دفاع مشروع تا دوام خطر ادامه یافته و با زوال آن خاتمه می‌یابد.» به همین ترتیب بند سوم فقره دوم ماده 127 کود جزا بیان میدارد: «همزمان بودن دفاع با حمله شخص متجاوز.»

2. دفاع باید ضروری باشد

بدیهی است اگر شخص مورد حمله قرار گیرد حق دفاع پیدا می‌شود ولی این حق زمانی مشروع است که محدود به مقدار ضرورت باشد، بنابر این دفاع بدون ضرورت، دفاع مشروع نیست. مقصود از ضروری بودن دفاع آنست که بخاطر دفع حمله، تجاوز و خطر به متعرض علیه هیچ راه و چاره دیگری جز ارتکاب جرم وجود نداشته باشد یا به عباره دیگر دفاع یگانه وسیله دفع خطر باشد یعنی رهایی از خطر جز از طریق ارتکاب جرم ممکن و میسر نباشد. در این رابطه بند 5 فقره 2 ماده 127 کود جزای سال 1396 مشعر است: «دفاع تنها وسیله دفع خطر باشد.» بناءً برای مدافع لازم است تا حین توسل به دفاع در انجام عمل دفاعی و هم در انتخاب وسیله دفاعی دقت نماید. هر گاه دفع خطر به غیر از استفاده از زور و قوت موجود باشد مدافع حق ندارد به خاطر دفع حمله مرتکب جرم شود. یعنی اگر توسل به قوای امنیتی یا مردم و یا طلب کمک و استمداد از آنها میسر باشد، نه باید مدافع بدون استفاده از این وسایل در قدم نخست بالای متعرض حمله نموده، وی را مجروح یا به قتل برساند. در رابطه دفع تجاوز حتی در بعضی حالات اگر امکانات فرار وجود داشته باشد و خطر با فرار دفع شده بتواند، ترجیح داده شده است که فرار مورد استفاده قرار گیرد.¹³

فقها در استفاده از فرار به عنوان تمهیدی برای دفاع از تجاوز، اختلاف نظر دارند. کسی که آن را وسیله می‌شمارد، تمهید از فرار را برای شخص مورد تجاوز واجب می‌داند. زیرا برای دفع تجاوز، تمهید مناسبی است، و موصول علیه مکلف است به آسان‌ترین وسیله دفع تجاوز کند.

¹³ محمد اشرف رسولی، مسئولیت جزایی و عوامل رفع آن (کابل، انتشارات مرکز نشراتی فضل، 1383)، 18.

کسی که آن را وسیله نمی شمارد، مصول علیه را به رعایت آن، ملزم و مکلف نمی داند، و اگر جز فرار یا دفاع راه دیگری موجود نباشد به وی حق می دهد که بماند و دفاع کند. برخی از فقها میان حالتی که فرار سبب ننگ و عار می شود و حالتی که مایه ی عیب جویی نخواهد بود، تفاوت می گذارند در حالت نخست، تمهید فرار را لازم نمی شمارند و در حالت دوم آن را لازم می دانند.¹⁴

3. دفاع باید متناسب با تجاوز باشد

شرط دیگر دفاع برای آن که از نظر قانونی و فقهی مشروع تلقی گردد آنست که دفاع با تجاوز متناسب باشد و این موضوعات هم در فقه اسلامی مورد تاکید قرار گرفته است و هم قوانین چنانچه در بند 4، فقرة 2، ماده 127 کود جزای افغانستان چنین تصریح شده است: «متناسب بودن دفاع با خطر مورد تهدید». یعنی مدافع حق ندارد به عنوان دفاع از هر گونه وسیله و به هر اندازه که میل و خواهش وی است استفاده کند بلکه مکلف است تا تناسب را در مورد رعایت نماید. بناءً از متن ماده مذکور چنین استنباط می شود که منظور قانون گذار این است که شخص مورد حمله در مقام دفاع نباید مرتکب عملی شود که شدیدتر از خطر ناشی از تهدید حمله کننده باشد. یعنی اگر متجاوز شخصی را تهدید به ایراد ضرب عادی کرد، مدافع برای دفع خطر وارده صرف حق وارد نمودن ضرب عادی مرتکب را دارد و یا این که متجاوز و متعرض با ضرب سیلی ای بر روی وی حواله نموده شخص که مورد تعرض قرار گرفته حق ندارد با تفنگچه یا کارد و وسایل کشنده به قتل وی مبادرت ورزد و این عمل خود را موجه و دفاع مشروع تلقی نماید. زیرا اگر با وارد نمودن یک سیلی دفع تعرض ممکن باشد نباید متعرض شدیداً مجروح یا مضروب ساخته شود، اگر احیاناً متعرض، طفل، زن یا شخص سال خورده باشد به همان اندازه نیرو بکار برده شود که خطر دفع گردد نه بیش از حد ضروری یعنی میان دفاع و تعرض تناسب منطقی وجود داشته باشد.¹⁵

به همه حال نظر اکثریت حقوق دانان بر این است که در حالت دفاع مشروع نهایت مشکل خواهد بود که دفاع کننده به طور دقیق تناسب را در نظر گیرد. اما به هر صورت هر گاه تناسب

¹⁴ عبدالقادر عوده، پیشین، 446.

¹⁵ خلیل واعظی، دفاع مشروع (تهران، انتشارات نشر میزان، 1376)، 127.

مطلق موجود نه باشد یک تناسب نسبی باید وجود داشته باشد اگر احياناً در دفاع مشروع زياده روی صورت می‌گیرد یعنی بين تجاوز و دفاع تناسب وجود نمی‌داشته باشد حالت تبرئه کننده در مورد تطبیق نشده بلکه دفاع کننده می‌تواند دلایل تحریک کننده و فشار معنوی را برای تخفیف مسئولیت خود ارائه نماید. در این رابطه ماده 132 کد جزای سال 1396 افغانستان چنین مشعر است: «شخصی که با حسن نیت از حدود حق دفاع مشروع مندرج این قانون تجاوز نموده باشد، جزای عمل وی در صورتی که جنایت باشد، به جنحه و اگر جنحه باشد، به جزای قباحت تنزیل می‌یابد.»

قابل یادآوری است که تعیین و تثبیت رعایت تناسب کار آسان نبوده و بر قاضی است تا تمام اوضاع و احوال قضیه را موشگافانه بررسی نماید. در رابطه به در نظر گرفتن تناسب در کد جزای افغانستان حالات استثنائی نیز در ماده 129 کد جزای 1396 قرار ذیل در نظر گرفته شده است.

«ارتکاب قتل به اساس استعمال حق دفاع مشروع جواز ندارد مگر اینکه بمنظور دفاع در برابر یکی از اعمال ذیل صورت گرفته باشد:

- 1) دفاع در برابر عملی که خوف مرگ یا جراحت شدید از آن به دلایل معقول موجود باشد.
- 2) دفاع در برابر تجاوز جنسی یا تهدید آنی به آن.
- 3) دفاع در برابر اختطاف یا گروگان گیری.
- 4) دفاع در برابر حریق عمدی خطرناک.
- 5) دفاع در برابر سرقتی که مطابق احکام این قانون جنایت باشد.
- 6) دفاع در برابر عمل داخل شدن غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکونی یا ملحقات آن.»

4. نتیجه گیری

دفاع مشروع یکی از موارد است قوانین وضعی اکثریت کشورها بر آن تاکید نموده و آنرا حق افراد و در برخی موارد حتی تکلیف می‌داند، زیرا هر انسان باید برای محافظت از حیات، مال

و ناموسش همت نموده و در مقابل تعرضات و تجاوزات خاموش ننشینند. امروز عقیده بر آن است که مجازات مدافع، نفع و مصلحتی برای جامعه ندارد زیرا مدافع دارای حالت خطرناک و زیان رسان نیست که جامعه از شر آن بهراسد. به همین ترتیب دفاع مشروع در دین مقدس اسلام نیز مورد تاکید قرار گرفته است. به اساس نظریات فقهای کرام دفاع مشروع در اکثر حالات واجب است و در برخی از موارد حق تلقی گردیده است. ولی باید خاطر نشان نمود که هم از نظر شریعت اسلامی و هم از نظر قوانین وضعی کشور های اسلامی و غیر اسلامی دفاع صرف در حالات ضروری و در صورت موجودیت شرایط مشروع پنداشته می شود. در نظر گرفتن تناسب و دفع تعرض و تجاوز به نحوی که وسایل تعرض و تجاوز و همچنان توانایی متعرض در نظر گرفته شود، هم در قوانین وضعی و هم در شریعت اسلامی از جمله شرایط مهم دفاع مشروع دانسته شده است. چنانچه در صورتی که شخص مدافع تناسب را در نظر نگیرد و به متعرض و متجاوز ضرر بیشتر برساند، در این صورت دفاع مشروع پنداشته نشده و مدافع مستوجب مجازات و قصاص دانسته می شود، ولی با وجود آن هم در برخی از موارد حتی اگر دفاع سبب سلب حیات متجاوز نیز گردد، دفاع مشروع پنداشته و مدافع مستوجب مجازات دانسته نمی شود، این حالات را کود جزای افغانستان بیان نموده است که در مباحث قبلی مفصلاً مورد بحث قرار داده شد. بطور خلاصه گفته می توانیم هر گاه مال، حیات، آزادی و ناموس یک شخص به نا حق مورد تعرض و تجاوز قرار گیرد، این شخص هم از نظر قوانین وضعی و هم شریعت اسلامی حق دفاع را با در نظر داشت شرایط، دارد و در مقابل دفع تعرض و تجاوز نه تنها مستوجب مجازات شناخته نمی شود بلکه مسئولیت مدنی نیز به وی راجع نمی شود.

About the Author

Mr. Abdul Iqar Waseel, Professor, Faculty of Law and Political Sciences, Kabul University, Kabul Afghanistan.
 Dr. Mohammad Ali Rezayee, Assistant Professor, Faculty of Law and Political Sciences, Kabul University, Kabul Afghanistan. <mali.rezayee@gmail.com >