

دفاع مشروع ظاهری*

- فیروز محمودی جانکی^۱
- آزاده صادقی^۲

چکیده

در این نوشتار، دیدگاه‌های حقوقی پیرامون رفتار کسانی بررسی می‌شود که با اعتقادی صادقانه و در عین حال معقول، خطر تهاجم از سوی کسی را احساس می‌کنند که در واقعیت، این چنین نبوده است و در پی این احساس خطر، اقدام به دفاع از خویش می‌کنند. وضعیت حقوقی و حکم این نوع دفاع چیست؟ دو دیدگاه به عنوان مهم‌ترین دیدگاه‌ها درباره این موضوع وجود دارد. دیدگاه اول، عمل مرتکب را در حوزه علل رافع قرار داده و دیدگاه دوم، عمل وی را دفاع مشروع دانسته است. این موضوع از دیدگاه نظام حقوقی ایران و فقها نیز مورد بررسی قرار گرفته است: برخی به مدافع ظاهری امکان دفاع از خویش را می‌دهند و برخی خیر، ولی نظام حقوقی ایران رویکرد روشنی را در قبال موضوع

* تاریخ دریافت: ۱۳۹۴/۱/۲۰ - تاریخ پذیرش: ۱۳۹۴/۱۲/۲۷.

۱. استادیار دانشگاه تهران (firouzmahmoudi@ut.ac.ir).

۲. دانشجوی دکتری حقوق جزا و جرم‌شناسی دانشگاه تربیت مدرس (نویسنده مسئول) (sadeghiazade@yahoo.com).

اتخاذ نکرده است. نتیجه تحقیق این است که دفاع مشروع ظاهری می‌تواند با وجود برخی شرایط از جمله تقصیر مهاجم ظاهری در به اشتباه انداختن مدافع ظاهری و اعتقاد معقول مدافع ظاهری به وجود خطر، جزء علل موجهه باشد و با وجود برخی شرایط دیگر از جمله عدم تقصیر مهاجم ظاهری در به اشتباه انداختن مدافع ظاهری و اعتقاد معقول مرتکب به وجود خطر، جزء علل رافع مسئولیت کیفری به شمار رود.

واژگان کلیدی: دفاع مشروع، دفاع مشروع ظاهری، علل موجهه، علل رافع، معقولیت، قریب‌الوقوع بودن خطر، اشتباه.

مقدمه

یکی از مسائل مهم و پیچیده در بحث دفاع مشروع عبارت است از اینکه دفاع از چه زمانی شروع می‌شود و آیا پیدایش دفاع مربوط به زمانی است که مرتکب باور دارد که مورد حمله قرار گرفته است یا زمانی که حمله‌ای به صورت عینی رخ داده باشد. حقوق دانان در این باره نظریه‌های گوناگون و گاه متعارضی ارائه کرده‌اند که واکاوی آن‌ها در اولین گام مستلزم شناخت این مفهوم است.

بر اساس آرای حقوق دانان، زمانی که شخص به طور معقول باور داشته باشد که مورد حمله قرار گرفته است، در حالی که در واقع امر چنین نبوده و از نیروی دفاعی علیه کسی استفاده کند که در حقیقت مهاجم نیست، در حالتی قرار دارد که دفاع مشروع ظاهری^۱ نامیده شده است (Fletcher, 1985: 972). در واقع، جایگاه وقوع خطر در دفاع مشروع واقعی و ظاهری متفاوت است به گونه‌ای که در اولی این جایگاه در عالم خارج و در دومی تنها در ذهن مرتکب قرار دارد.

بسیاری از حقوق دانان، پیدایش دفاع مشروع ظاهری را به معقول بودن باور مرتکب مشروط کرده‌اند. بنابراین اگر مرتکب باوری صادقانه ولی غیرمعقول به وجود خطر داشته باشد، از شمول آن خارج است. با وجود این، برخی دیدگاه‌ها از جمله قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا و برخی آرای صادره در انگلستان، صرف وجود باوری صادقانه را برای تحقق این عنوان کافی می‌دانند. قانون مجازات نمونه در ماده ۳-۴ در این زمینه مقرر می‌دارد:

1. Putative self defense.

استفاده از نیروی دفاعی زمانی موجه است که مرتکب باور و اعتقاد داشته باشد که استفاده از آن برای حمایت از خود در برابر نیروی غیر قانونی که دیگری به کار می‌برد به صورت فوری ضروری است.

وانگهی، این قانون محدودیت دیگری را برای این باور در بند دوم ماده ۹-۳^۱ بیان داشته که بر اساس آن، در صورتی که اعتقاد مرتکب به وجود خطر غیر قانونی، از روی بی‌مبالاتی یا غفلت شکل گرفته باشد (غیر معقول باشد) و عملی که پیرو این اعتقاد انجام داده از جمله جرایمی بوده که وقوع آن با بی‌مبالاتی یا غفلت قابل تحقق است، استناد به دفاع مشروع امکان‌پذیر نخواهد بود و شخص به جرم غیر عمدی مورد نظر محکوم خواهد شد.^۲ اما به غیر از چهار ایالت که نظر قانون مجازات نمونه را پذیرفته‌اند، سایر ایالات بر لزوم معقول بودن باور مرتکب تأکید کرده‌اند (Simons, 2008: 52).^۳ به نظر برداشت اول که تحقق دفاع مشروع ظاهری را منوط به معقول بودن باور مدافع نموده است، منطبق با منطق و هدف حقوق کیفری است؛ چرا که اعطای حق دفاع به انسان‌ها استثنا بوده و بایسته است که این استثنا مضیق تفسیر شود. به علاوه، صحیح شمردن رفتارهای غیر معقول توجیه عقلانی نیز ندارد.

بر پایه این توضیحات می‌توان دفاع مشروع ظاهری را این گونه تعریف نمود: دفاع مشروع ظاهری رفتار شخصی است که پیرو اعتقاد معقول مبنی بر وجود خطر به دفاع از خود می‌پردازد در حالی که خطری در حقیقت وجود نداشته است. اکنون برای فهم

۱. زمانی که مرتکب باور دارد که استفاده از نیرو علیه دیگری برای هر نوع هدفی که به خاطر آن این اعتقاد و باور موجه‌ای را بر طبق بند ۳۰۳ تا ۳۰۸ ایجاد می‌کند، ضروری است، اما این اعتقاد مرتکب از روی بی‌مبالاتی بوده یا با کوتاهی و غفلت تحقق یافته است و یا اینکه در به دست آوردن هر گونه دانش و باوری که برای موجه کردن استفاده از آن نیرو لازم است، بی‌مبالات بوده یا کوتاهی کرده است، در صورتی که رفتار مورد نظر تشکیل‌دهنده جرمی باشد که وقوع آن با بی‌مبالاتی و غفلت قابل تحقق است، استناد به علل موجهه مندرج در بخش مذکور امکان‌پذیر نیست.

۲. برای نمونه در صورتی که شخص با اعتقادی غیر معقول به جهت دفاع از خویش دیگری را بکشد، به جرم قتل غیر عمد محکوم خواهد شد.

۳. شایان ذکر است که استناد به این عنوان زمانی میسر است که سایر شرایط دفاع به درستی رعایت شده باشد؛ یعنی میزان نیروی به کار گرفته‌شده برای دفاع متناسب با حمله فرضی مهاجم بوده و بیشتر از مقدار لازم نیز از نیروی دفاعی استفاده نکرده باشد.

هرچه بیشتر این مفهوم، ذکر سه مثال مفید به نظر می‌رسد:

مثال اول: مغازه‌داری به دفعات مورد حمله سارق مسلحی قرار گرفته است. در حمله پیشین موفق می‌شود به پلیس خبر دهد و سارق هنگام فرار به وی می‌گوید که بار دیگر اگر بیایم تو را خواهیم کشت. اکنون وی در مغازه خود مردی را دیده که کاملاً شبیه وی است و به سمتش می‌آید. بنابراین با ترسی معقول مبنی بر اینکه این بار کشته می‌شود و قبل از اینکه آن شخص کاری کند، وی را می‌کشد اما بعداً مشخص می‌شود که وی تنها به سارق مسلح شباهت زیادی داشته است.

مثال دوم: فرض کنید که برای انجام کاری وارد محله معروف به بزهکاری شده و در آن محله با فردی که به چاقوکشی معروف است، مواجه گردیده‌اید. نام و آوازه وی به چاقوکشی را از مدت‌ها پیش می‌دانستید. ناگهان او به شما برخورد کرده و تهدید می‌کند که: «هر چه داری به من بده وگرنه تو را می‌کشم». در ابتدا از این کار خودداری می‌کنید ولی می‌بینید که وی دست در جیب خود کرده است. به طور معقولی به این نتیجه می‌رسید که وی می‌خواهد شما را بکشد و بر همین اساس در دفاع از خود به او حمله می‌کنید که منجر به آسیب جسمی یا قتل وی می‌شود. بعد از بررسی مشخص می‌شود که هیچ‌گونه چاقویی در جیب و یا حتی در لباس وی نبوده است.

مثال سوم: در یک پرونده واقعی، برنارد گوئتز^۱ منتظر رسیدن قطار در مترو بود که چهار جوان سیاه‌پوست وارد شدند. همه مردم به طرفی دیگر رفته و وی نیز ایستاده بود. یکی از آن‌ها پنج دلار از وی خواست و وقتی که برنارد به او گفت که برای چه می‌خواهی از من پنج دلار بگیری، گفت: «پنج دلار را بده». در این میان، برنارد با توجه به سابقه دزدی قبلی با تصور معقولی مبنی بر اینکه آن‌ها قصد کشتنش را دارند، با گلوله به آن‌ها شلیک کرد که منجر به مجروح شدن یکی از آن‌ها شد. بعداً مشخص شد که هیچ کدام اسلحه نداشته‌اند و تنها یک نفر پیچ گوشتی در جیبش داشته است (Fletcher, 1990: 1-2).

با توجه به آنچه از مفهوم دفاع مشروع ظاهری ارائه گردید، دو نکته به نظر نگارنده

1. State v Goetz.

برجسته می‌شود: در یک طرف این وضعیت، انسانی وجود دارد که به طور معقول خطری را در عالم خارج موجودیت یافته می‌پندارد و در طرف دیگر فردی قرار دارد که خطر واقعی برای کسی ایجاد نکرده است. در صورتی که حقوق کیفری از مهاجم فرضی حمایت کرده و نظر انسان متعارف را محترم نشمارد، گویی تکلیف بیش از طاقت بر انسان‌ها بار کرده است. فرض عکس آن نیز ممکن است موجب بی‌ارزش تلقی کردن جان انسان‌ها گردد. به راستی، راه چاره در چنین دوراهی چیست و حقوق کیفری چگونه باید قواعد خویش را تدوین کند؟

این جستار در دو بخش به این پرسش‌ها پاسخ می‌دهد. در بخش اول سه دیدگاه کلی که در خصوص دفاع مشروع ظاهری وجود دارد - شامل دیدگاه‌های عینی، ذهنی و نافی ارکان جرم - معرفی شده و رویکرد حقوق ایران و فقه به موضوع بحث مورد بررسی قرار می‌گیرد. در بخش دوم نیز به تفصیل، استدلال‌هایی که طرفداران هر دیدگاه در برابر دیدگاه رقیب عنوان نموده‌اند به همراه چالش‌های هر یک از این دیدگاه‌ها، به این صورت مورد بررسی قرار می‌گیرند که ابتدا تقابل در عنصر توجیه کننده، سپس تقابل در خاصیت فراگیری و عمومیت و در نهایت نیز نقش حقوق کیفری در جلوگیری از خشونت و وجود احساس پشیمانی نقد و بررسی خواهند شد. در نتیجه گیری دیدگاهی که می‌تواند به عنوان راه حل موضوع در نظام حقوق کیفری ایران باشد، بیان خواهد شد.

۱. شناخت دیدگاه‌های موجود پیرامون دفاع مشروع ظاهری

حقوق کیفری همواره به فکر کیفر اشخاص نیست و در مواردی تحت عنوان دفاعیات، رفتارهایی را از دایره حقوق کیفری خارج می‌کند و یا اینکه مرتکب آن را غیر قابل سرزنش می‌داند. لکن این مباحث چندان مورد بحث جدی قرار نگرفته‌اند؛ برای نمونه، اینکه علت موجهه، عنصر قانونی را زایل می‌سازد و علل رافع، مسئولیت کیفری را منتفی می‌سازد، قاعده‌ای شناخته شده به حساب می‌آید، ولی تا کتون به این سؤال پاسخ روشنی داده نشده است که چرا یک رفتار، عنصر قانونی و رفتار دیگر، تنها مسئولیت کیفری را منتفی می‌سازد؟ به بیانی دیگر، شاخص اصلی علل موجهه و رافع در چیست؟ طرح این مسئله در خصوص دفاع مشروع ظاهری بدان دلیل ضرورت دارد که در صورت تشخیص

شاخص اصلی علت موجهه یا علت رافع می‌توان نحوه برخورد با چنین مرتکبی را مشخص نمود. اکثر حقوق‌دانان در طرح مسئله دفاع مشروع ظاهری، تمایز علل موجهه از علل رافع را مطرح نموده و با ارائه دیدگاه‌های عینی و ذهنی پیرامون این موضوع و به طور خاص دفاع مشروع ظاهری، تلاش کرده‌اند تا آن را به طور دقیق تبیین کنند.

۱-۱. دیدگاه‌های عینی‌گرا

در بحث از دفاع مشروع ظاهری، حقوق‌دانان عینی‌گرا به دو گروه عینی محض و عینی ترکیبی تقسیم شده‌اند. دیدگاه اول با نفی تأثیر هر گونه عنصر ذهنی در توجیه‌کنندگی رفتارها، عینی محض و دیدگاه دوم که عنصر ذهنی را در موجه نمودن رفتارها دارای تأثیر می‌داند، عینی ترکیبی نامیده می‌شود.

۱-۱-۱. دیدگاه عینی محض^۱

حقوق‌دانان عینی‌گرا رفتار موجهه را رفتاری می‌دانند که مانع به وجود آمدن آسیب بزرگ‌تر یا موجب به وجود آمدن منفعت بیشتر گردد. در علل موجهه گرچه ظاهراً آسیبی به وجود می‌آید، به دلیل اینکه این آسیب برای جلوگیری از آسیبی دیگر و به دست آوردن منفعت بیشتر است، ارتکاب رفتار موجه محسوب می‌شود (Sendor, 1990: 755-756). به همین دلیل به این نظریه، «نظریه صحت مادی»^۲ نیز گفته می‌شود؛ چرا که بنا بر آن رفتار از نظر مادی و عینی صحیح فرض خواهد شد (Baron, 2005: 397). در دفاع مشروع، مهاجم با ارتکاب رفتار غیر قانونی، ارزش خود را در برابر مدافع پایین آورده و از این رو حقوق کیفری، آسیب وارده به وی را بی‌اهمیت می‌داند. چنین تصویری در دفاع مشروع ظاهری قابل ترسیم نیست؛ نه جانی به خطر افتاده است و نه آسیبی برای جلوگیری وجود دارد. بلکه او به دیگری به صرف احساس وجود خطر آسیب وارد کرده است.

این دیدگاه بر مبانی فایده‌گرا استوار است که در آن به پیامدهای رفتار بیشتر توجه می‌شود تا به خود مرتکب و قصد و انگیزه وی. بنابراین اگر رفتار موجب جلوگیری از

1. Purely objective theory.

2. Material rightness thesis.

آسیب اجتماعی شود، موجه خواهد بود هرچند قصد شریرانه‌ای بر آن مترتب باشد (Robinson, 1975: 283). بنابراین معیار در مورد موجه بودن رفتار آن است که از خود بپرسیم که آیا از دیگران نیز توقع داریم که در چنین شرایطی همان گونه عمل کنند. مسلّم است که پاسخ منفی است؛ چرا که این رفتار از طریق تعرض به حق دیگران، آسیب اجتماعی به وجود آورده است.

بر این اساس، اشتباه نمی‌تواند خطا بودن رفتار را تغییر دهد و آن را موجه سازد ولی ممکن است در تعیین سرزنش‌پذیری نقش داشته باشد به طوری که می‌تواند جزء علل رافع مسئولیت قرار گیرد (Byrd, 1987: 1321-1322). بر این پایه، رایبسون دفاع مشروع ظاهری را نوعی نقص در دانستن پنداشته و آن را در طبقه سوم علل رافع^۱ قرار می‌دهد (Robinson, 1982: 222). در همین راستا، هارد نیز معتقد است که وضعیت ذهنی شخص هنگام ارتکاب رفتار مربوط به سطح تقصیر است و نه مسئله خطا بودن یا نبودن رفتار و به همین دلیل، آن را جزء علل رافع می‌پندارد (Hurd, 1998-1999: 1564). در واقع، از نظر طرفداران این رویکرد با توجه به اینکه حقوق کیفری، جلوگیری از ورود آسیب‌های نامشروع را سرلوحه خود قرار داده است، استفاده از فاکتورهای شخصی این هدف را در نهایت از بین می‌برد. به زعم معتقدان این دیدگاه، صرف جلوگیری از آسیب اجتماعی برای تحقق رفتار دفاعی کافی خواهد بود و از این لحاظ باور به وجود خطر بدون وجود شرط پیشین، حداکثر می‌تواند شخص را از تحمل مسئولیت کیفری برهاند. حقوق کیفری علی‌القاعده بر اساس حسن و قبح فعلی بدون توجه به فاعل آن نباید مجازاتی را بر مرتکب روا دارد و یا از آن معاف سازد؛ زیرا اساس آن بر سرزنش‌پذیری مرتکب بار می‌شود چه با قرائت سزاگرایانه و چه با رویکرد فایده‌گرایانه. ممیزه حقوق کیفری از حقوق مدنی نیز از جمله همین عنصر «قابلیت مؤاخذه» یا «سرزنش‌پذیری» مرتکب است و الا ضرورتی نداشت که خطای زیانبار و با ویژگی عینی وارد حقوق کیفری شود. افزون بر این، می‌توان گفت که عینی‌گرایان با اینکه بر ضرر وارده بر قربانی متمرکزند ولی باز در تبیین دفاع مشروع واقعی نیز نمی‌توانند ادراک و ذهنیات و

۱. رایبسون علل رافع را بیانگر عدم توانایی مرتکب در انجام رفتار صحیح می‌داند که این امر خود می‌تواند به واسطه عوامل داخلی یا خارجی ایجاد شود (Robinson, 1982: 221-222).

یا فعل و انفعالات مرتکب در برابر حمله را که جزء جدایی‌ناپذیر رفتار مدافع است، نادیده بگیرند. به عبارت دیگر، تفکیک ذهنیت مرتکب از رفتار مادی او در حقوق کیفری و به ویژه در دفاع اعم از واقعی یا ظاهری ناممکن است.

۱-۲. دیدگاه عینی ترکیبی^۱

نظریه پردازان این دیدگاه هم‌معنا با عینی‌گرایان محض، رفتار را در صورتی موجه می‌دانند که حامل منافع اجتماعی عالی باشد؛ لکن دخالت عنصری ذهنی را نیز در موجه انگاشتن رفتار لازم می‌دانند. یعنی از یک سو، رفتار باید به نتیجه مورد حمایت قانون منتهی شده باشد و از سوی دیگر، قصدی موجهه نیز این رفتار را در رسیدن به نتیجه همراهی کند.^۲ به همین دلیل «نظریه صحت مادی مشروط»^۳ را مطرح کرده‌اند که بر اساس آن علل موجهه به دلیل اینکه در تعقیب منفعت اجتماعی و با اهداف عالیه روی می‌دهند، ماهیت رفتار به ظاهر غیر قانونی را دگرگون و تبدیل به رفتاری صحیح می‌کنند (Baron, 2005: 397).

فلچر نیز ضرورت وجود چنین شرطی را ماهیت استثنایی علل موجهه می‌داند:

علل موجهه نشان‌دهنده نوعی استثنا نسبت به ممنوعیت نقض هنجارهای کیفری است و بنابراین تنها باید در دسترس کسانی باشد که شایستگی چنین رفتاری را دارند؛ یعنی کسانی که حداقل از اوضاع و احوال موجهه قبل از انجام رفتار آگاهی دارند (Fletcher, 2000: 565).

بر این پایه، دفاع مشروع به دلیل وجود خطر و قصد مرتکب در دفاع، مشمول علل موجهه می‌شود.

مدافع ظاهری به رغم دارا بودن قصد موجهه، به دلیل آنکه هیچ‌گونه خطری در عالم خارج به وجود نیامده تا به دنبال آن منفعتی در حفظ جان مدافع متصور گردد، از امتیاز برخوردار از علت موجهه و مشروع شمردن دفاع محروم خواهد شد. بنابراین

1. Hybrid objective theory.

۲. بنابراین آنچه از دیدگاه عینی‌گرایان محض در خصوص مدافع ناآگاه گفته شد، در دیدگاه عینی ترکیبی مشاهده نمی‌شود.

3. Qualified rightness thesis.

کشتن دیگری بر اثر اشتباه هیچ گاه منفعت همگانی را تأمین نمی کند. وانگهی، معقول بودن قصد دفاع و اینکه اجتناب از آن موقعیت برای وی یا هر انسان دیگری ممکن نبوده است، موجب می گردد تا مسئولیت کیفری را بر وی بار نکنیم (Fletcher, 1984: 17-18). بر این پایه، به رغم غیر قانونی بودن رفتار مرتکب، به دلیل آنکه باوری معقول به وجود خطر داشته است، نباید همانند بزهکاران واقعی با وی برخورد شود.

در راستای عدم تساوی دفاع مشروع واقعی و ظاهری، گاردنر تفسیر دیگری را در مورد علل موجهه و به تبع آن دفاع مشروع ظاهری برگزیده است. ادعای وی بر این است که دو دلیل در ارتکاب رفتارها می تواند وجود داشته باشد. اولی که «دلیل راهنما»^۱ نام دارد، واقعی است که موجب ارتکاب رفتار شده و زمینه آن را فراهم آورده است. اما «دلیل توضیحی»^۲ که دومین دلیل است چرایی ارتکاب رفتار را نشان می دهد (Gardner, 2007: 2). این دلایل بسته به وجود و عدمشان موجب به وجود آمدن وضعیت های متفاوتی می شوند:

صورت اول زمانی است که هر دو دلیل موجود باشند؛ یعنی هم واقعی برای ارتکاب رفتار باشد و هم این واقعیت هدایت گر مرتکب باشد که در این صورت رفتار موجه شمرده می شود. بنابراین در صورتی که دلیل راهنمای فرد بر انجام رفتار، همان دلیل توضیحی ارتکاب رفتار باشد، عمل شخص موجه خواهد شد؛ برای نمونه، دفاع از خود در صورت وجود تهدید از سوی مهاجم و اقدام مرتکب به دفاع از خود در راستای جلوگیری از وقوع تهدید، مشروع و موجه محسوب می شود (Ibid.: 4). صورت دوم، هنگامی است که دلیل راهنما وجود داشته باشد اما شخص بر اساس این دلیل رفتار نکرده باشد. در اینجا دلیل راهنمای شخص، دلیل توضیح رفتار وی نخواهد بود و به همین دلیل، ارتکاب رفتار موجه محسوب نمی شود. نمونه بارز این وضعیت، مدافعی است که بدون آگاهی از مورد حمله قرار گرفتن دیگری را می کشد (Ibid.: 2-5). صورت سوم، آن است که دلیل راهنما وجود ندارد اما مرتکب به طور معقولی فکر می کند که این دلیل وجود دارد و بر اساس آن رفتار می کند. در اینجا دلیل توضیح شخص،

1. Guiding reason.
2. Explaining reason.

دلیل راهنمای وی نخواهد بود و به همین دلیل، رفتار موجه نیست؛ لکن به جهت عمل به طور معقول، جزء علل رافع (دسته سوم از علل رافع که رایسنون بیان کرده) خواهد بود. نمونه بارز این وضعیت، دفاع مشروع ظاهری است که در آن هیچ گونه تهدید (یا دلیل راهنمایی) در عالم خارج وجود ندارد اما مدافع به طور معقولی به وجود تهدید باور داشته و بنا بر همین باور به وجود واقعیت (دلیل راهنما) به دفاع از خود اقدام می‌کند^۱ (Ibid.: 2-5).

با این توضیح، هر دو دیدگاه عینی محض و تلفیقی، دفاع ظاهری را از زمره علل موجهه نمی‌دانند ولی با پذیرش شمول عوامل رافع مسئولیت کیفری بر آن، نه تنها مخالفتی ندارند بلکه آن را درست می‌دانند. همان طور که در بالا اشاره شد این دو گروه از آن جهت که اصل رفتار را موجهی برای خروج آن از عنوان مجرمانه نمی‌دانند، آن را دفاع تلقی نمی‌کنند. عینی‌گرایی در اینجا تنها با ارجاع به چنان خصوصیتی فهم می‌شود؛ زیرا در دفاع مشروع واقعی، خود رفتار مدافع موجه است؛ چرا که نه تنها متضمن آسیب و زیان اجتماعی نیست بلکه موجب صیانت از آن است با دفع حمله نامشروعی که انجام شده بود. اما وقتی عینی‌گرایان، رافع مسئولیت بودن دفاع ظاهری را می‌پذیرند، دیگر عینی‌گرا نیستند بلکه به جهات فاعلی در بروز خطا توجه می‌کنند. پذیرش و توجیه چنان خطایی به معنای عبور از عینیت به ذهنیت و یا ترکیب آن دو است. نکته مهم در تبیین این دو دیدگاه آن است که هر گاه این دو دیدگاه، دفاع ظاهری را در قیاس با دفاع واقعی ارزیابی می‌کنند، بر رفتار مدافع و مهاجم صرف نظر از ذهنیت تمرکز می‌کنند و آسیب اجتماعی برآمده از آن را ملاک قرار می‌دهند اما در واقع موجه‌انگاری رفتار در دفاع واقعی و ناموجه‌پنداری آن در دفاع ظاهری را نمی‌توانند بدون ارجاع به ذهنیات مرتکب و به طور خاص، قصد و ادراک او از واقع رفتار نظریه‌پردازی کنند. دلیل این نقصان این است که رفتار «ارتکاب می‌یابد» نه اینکه در عالم خارج بدون فاعل شناسا «وجود» داشته باشد. وجود رفتار متکی و وابسته به فاعل آن است. از این رو، توجیه یا عدم توجیه آن بدون اعتنا به دو بعد فعلی و فاعلی میسر نیست.

۱. لازم به یادآوری است که از دیدگاه گاردنر، علل رافع دربردارنده مواردی هستند که توضیحی عقلانی برای ارتکاب رفتار به شمار می‌روند؛ مانند اکراه، و به همین دلیل، وی عواملی مانند جنون و صغر را در محدوده علل رافع قرار نمی‌دهد (Botterell, 2009: 183-184).

۱-۳. دیدگاه‌های عینی در حقوق کیفری ایران

دفاع مشروع ظاهری یکی از مباحثی است که در نظام حقوقی ایران مباحث تفصیلی را به خود اختصاص نداده و تنها به صورت مختصر ضمن تشریح شروط دفاع مشروع به آن پرداخته شده است. در اینجا تلاش می‌شود با استنتاج از آرا و نظریات حقوقی، نظری را بتوان ارائه داد که متناسب با اجزا و عناصر این نظام فکری باشد.

دو گونه اظهارنظر در این خصوص در میان حقوق‌دانان دیده می‌شود: گروهی بر پایه تفسیر ارائه‌شده از شرط قریب‌الوقوع بودن خطر در دفاع مشروع و گروهی دیگر از حیث تقسیم میان اعمال دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع در این دسته قرار می‌گیرند. در گروه اول در خصوص مفهوم قابل برداشت از شرط قریب‌الوقوع بودن در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی و به تبع آن انتخاب معیاری برای موجه شناختن رفتار، حقوق‌دانان آرای متعددی مطرح نموده‌اند که بر پایه آن، اکثریت حقوق‌دانان به شرحی که به برخی از آرای آنان اشاره خواهد شد، در تشریح قریب‌الوقوع بودن پیش فرضی را در ذهن داشته‌اند که مبتنی بر وقوع خطر در عالم واقع است. آنان قریب‌الوقوع بودن خطر را زمانی محقق می‌دانند که خطری به صورت واقعی در عالم خارج در حال رخ دادن باشد. منتها به دلیل تکلیف حفظ نفس، نیازی به انتظار برای وقوع کامل و عینی حمله نیست و خوف وجود خطر برای شروع دفاع کافی است. شاهد این ادعا آن است که این دسته از حقوق‌دانان در کتب خویش، همه‌جا در کنار مادی و فعلی بودن خطر، وجود قرینه‌ای معقول بر قریب‌الوقوع بودن خطر را برای شروع به حمله مدافعه‌کننده کافی دانسته‌اند. به عبارت دیگر، همان شرایط و لوازمی که بر فعلیت خطر برای مشروع تلقی کردن دفاع لازم است بر قریب‌الوقوع بودن هم حاکم است. بنابراین مقصود آنان این است که حمله‌ای در حال تکوین است، حال در صورتی که کسی احتمال عقلایی دهد که آن حمله به زودی به وقوع می‌پیوندد نیازی نیست تا وقوع کامل آن صبر کند.^۱ و به همین جهت هم هست که آن‌ها هیچ‌گاه در خصوص مواردی که در آن خطر در واقع وجود نداشته است، به مباحثه پرداخته‌اند به طوری که در این کتب، مثال و

۱. البته با توجه به وجود شرط قصد دفاع از سوی مدافع برای مشروع شناختن دفاع در حقوق کیفری ایران، این دیدگاه در ردیف نظریه‌های عینی ترکیبی قرار می‌گیرد.

نمونه‌ای که به موهوم بودن خطر و اشتباه مدافع در تشخیص قریب‌الوقوع بودن اشاره شده باشد، دیده نمی‌شود؛ برای نمونه، یکی از نویسندگان این گونه بیان داشته است:

مراد از فعلیت و واقعیت داشتن تعرض، واقعیت داشتن قصد و خطر تعرض و تجلی آن در عالم خارج است و منظور این است که باید برای شخص مدافع یک احتمال قریب به یقین از وقوع تجاوز از طرف شخص متعرض وجود داشته باشد یا به قول مقنن بایستی خوف وقوع تعرض مستند به قرائن معقوله باشد (پیمانی، ۱۳۵۷: ۲۱۳).

یکی دیگر از حقوق‌دانان نیز بیان داشته است که مهاجم باید قصد تجاوز به جان و مال و عرض و... علیه دیگری را به مرحله فعلیت و واقعیت درآورده باشد به گونه‌ای که برای مدافع یقین حاصل شود که تعرض و تجاوز به وقوع می‌پیوندد و این یقین مستند به قرائن معقول باشد (اردبیلی، ۱۳۸۵: ۲۹۰). لزوم آشکارسازی قصد تجاوز از سوی مهاجم خود به این معناست که در صورت عدم وجود این شرط و در واقع عدم وجود خطر، رفتار مدافع موجه نخواهد بود. حقوق‌دان دیگری نیز چنین اظهار کرده است:

فعلیت تجاوز عمل مادی است که بلافاصله باید در مقابل آن دفاع صورت گیرد اما این مطلب نباید موجب این توهم شود که در مقابل خطر قریب‌الوقوع باید منتظر شد تا خطر کاملاً واقع گردد بلکه همین قدر که قریب‌الوقوع بودن خطر با دلایل کافی پیش‌بینی شد می‌توان در مقابل آن از دفاع مشروع استفاده کرد (نوربها، ۱۳۸۷: ۲۶۴).

نویسنده دیگری نیز بر اساس همین تفسیر اظهار نظر نموده است. وی معتقد است همان قدر که بتوان با دلایل و شواهد قطعی، فعلیت تجاوز یا قریب‌الوقوع بودن خطر را پیش‌بینی کرد دفاع مشروع خواهد بود (صانعی، ۱۳۸۸: ۲۵۵). نویسنده دیگری نیز بر این باور است که دفاع باید در مقابل حمله باشد؛ یعنی عامل جرم برای حفظ حقی که مورد حمله واقع شده است می‌تواند از خویش دفاع کند ولی لازمه این شرط آن نیست که مدافع فقط وقتی مبادرت به دفاع کند که حمله اولیه به او وارد آمده باشد بلکه همین قدر که خطر حمله مسلّم یا قریب‌الوقوع بوده و حمله‌کننده در شرف حمله کردن باشد دفاع جایز است (سمیعی، ۱۳۳۳: ۶۴). آنچه از مجموع گفته‌های این دسته از حقوق‌دانان برمی‌آید پذیرش دیدگاه عینی در دفاع مشروع می‌باشد.

در این میان، برخی حقوق‌دانان بر پایه تقسیم‌بندی میان اعمال دفاع مشروع و

اعمالی که در حکم دفاع مشروع شناخته می‌شوند و تمیز این دو از یکدیگر، برداشت‌هایی ارائه نموده‌اند. بر این اساس، زمانی که خطری به صورت واقعی در عالم خارج وجود دارد مورد دفاع مشروع محسوب می‌کنند و مشمول ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی سابق می‌دانند. اما در صورتی که فراین معقولی بر حمله موجود باشد مورد را از موارد اعمال در حکم دفاع مشروع تلقی و مشمول مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ ق.م. همان قانون می‌دانند. به عبارت دیگر، در دفاع مشروع یکی از شرایط لازم مقارن بودن دفاع با حمله است اما در عملیات در حکم دفاع مشروع چنین الزامی وجود ندارد به نحوی که حتی خوف برای تعرض نیز موجب صدق دفاع است. آنان در عین حال معتقدند که اعمال در حکم دفاع مشروع، کارکردی مشابه علل رافع مسئولیت کیفری دارند که بر مبنای آن، مرتکب ملزم به پرداخت دیه می‌شود. یعنی در این شرایط، رفتار مدافع ظاهری موجه شناخته نمی‌شود (منتی‌نژاد، ۱۳۹۰: ۱۷۷). وانگهی، به نظر می‌رسد که تمیز میان اعمالی که دفاع مشروع تلقی می‌شوند و اعمالی که در حکم دفاع مشروع تلقی می‌شوند بلاوجه باشد؛ چرا که مفهوم قریب‌الوقوع بودن خطر از نظر قانون‌گذار، همان مستند بودن به قرائن معقولی است که در ماده ۱۵۶ به عنوان یکی از شروط دفاع آمده است و از سوی دیگر با توجه به نسخ ماده ۶۲۵، چنین تفکیکی دیگر مصداق نخواهد داشت. بنابراین نمی‌توان از منظر اعمال در حکم دفاع مشروع به این موضوع نگرست؛ چرا که بر اساس ماده ۱۵۶، رفتار، یا دفاع هست و یا نیست و شق دیگری در این خصوص وجود ندارد.

یکی دیگر از محققان که به صورتی آشکارتر به بحث پرداخته است، با ارائه مثالی^۱ مرتبط با موضوع بحث معتقد است که اگر شرایط موجود، هر انسان متعارفی را به این نتیجه می‌رساند که خطری قریب‌الوقوع موجود است، وی می‌تواند بر اساس بند دوم ماده ۶۲۷ رفتار کند. اما با توجه به اینکه مهاجم فرضی مذکور بی‌جهت متضرر شده است، رفتار مدافع در نهایت مشروع نخواهد بود (رحیمی‌پور، ۱۳۸۷: ۱۶۴). بنابراین از نظر

۱. مثال ایشان کسی است که با تفنگ حیوانی را هدف قرار داده که در این حین، فردی که بر حسب اتفاق در خط سیر گلوله است به این اندیشه که در معرض حمله قرار گرفته است سنگی برداشته و محکم به سوی آن شخص پرتاب و وی را مجروح می‌سازد.

ایشان نیز اعتقاد معقول در وجود خطر به تنهایی نمی‌تواند رفتار دفاعی را موجه کند.^۱

۴-۱-۱. دیدگاه‌های عینی در فقه

در فقه اسلامی، دیدگاه‌های تفصیلی در این خصوص نیامده است ولی با توجه به آرای که فقها در خصوص دفاع مشروع داده‌اند، می‌توان این موضوع را بررسی نمود. در میان فقهای اسلامی، برخی از فقها اعتقاد انسان متعارف را برای موجه شمردن رفتار کافی ندانسته و وجود قصد تعدی از سوی مهاجم را شرط آغاز عملیات دفاعی پنداشته‌اند. بر اساس آن، شخص می‌تواند به دفاع از خویش بپردازد و به دلیل اینکه در وضعیت دفاع مشروع ظاهری، مهاجم قصد تعدی ندارد، دفاع مشروع مصداق نخواهد داشت. میرزا جواد تبریزی به این موضوع به صراحت اشاره کرده است:

دفاع از نفس یا عرض یا مال با عدم قصد مهاجم بر تعدی، عنوان دفاع ندارد (۱۴۱۷: ۴۶۱).

شیخ طوسی نیز چنین دیدگاهی دارد:

اگر شخصی قصد جان یا مال کسی را بکند، برای مدافع جایز است که از جان یا مال خویش دفاع کند (۱۴۰۷: ۳۴۵).

بر این اساس، از نظر شیخ طوسی نیز تنها در صورتی که مهاجم قصد جان یا مال کسی را کند و به بیان دیگر قصد تعدی داشته باشد، رفتار طرف مقابل در دفاع از خویش، دفاع مشروع محسوب می‌شود که بر پایه آن در دفاع مشروع ظاهری به دلیل اینکه وجود چنین قصدی از ناحیه مهاجم فرضی مفقود است، دفاع به حساب نمی‌آید. بنابراین مهاجم باید خطری واقعی را نسبت به مدافع ایجاد کند تا مدافع بتواند از امتیاز دفاع مشروع بهره‌مند گردد. در مجموع به نظر می‌رسد اندیشه عینی‌گرایی در میان برخی فقها و حقوق‌دانان امکان موجه شناختن رفتار مدافع ظاهری را نمی‌دهد.

۱. نویسنده دیگری به طور صریح‌تر به این موضوع پرداخته است که بنا بر آن با توجه به بند ب ماده ۱۵۶ و بر اساس بند ب ماده ۲۹۱ و ۳۰۳ ق.ا.م.ا. حتی اعتقاد نامعقول شخص به وجود حمله نیز می‌تواند موجب رهایی مرتکب از صدور حکم قصاص گردد ولی در قبال تأثیر اعتقاد معقول سکوت نموده است. با وجود این، به نظر می‌رسد که ایشان در نهایت، عدم وجود خطر به صورت عینی را موجب زوال حق دفاع می‌دانند (میرمحمدصادقی، ۱۳۹۳: ۷۶ و ۳۵۸).

۲-۱. دیدگاه‌های ذهنی گرا

۱-۲-۱. نظریهٔ ذهنی گرای معقول^۱

برخی حقوق دانان کیفری با تاسی به عنصر اخلاق در استدلال‌های حقوقی از جمله مفهوم علل موجهه، دیدگاهی را شکل می‌دهند که بر پایهٔ آن علل موجهه همانند اموری شناختی توصیف شده‌اند که در رابطه با مرتکب قابل درک‌اند و نه رفتارها. به اعتقاد آنان، رفتار تنها در صورتی موجه است که دلیل خوبی برای ارتکاب آن وجود داشته باشد (Greenawalt, 1986: 91). موجودیت یافتن دلیل خوب، خود مستلزم آن است که اعتقاد مرتکب مطابق با اعتقاد انسان متعارفی باشد که در جایگاه چنین فردی است. بر پایهٔ این نظریه، مرتکب بر اساس درک شناختی معقولی که از موقعیت داشته اقدام کرده است و بنابراین شایسته نیست که رفتارش را خطا و او را خطاکار بنامیم. اگر رفتار انسان متعارف را خطا بدانیم، چطور باید انتظار رعایت قوانین را داشته باشیم؟

بر این پایه، به نظر می‌رسد زمانی که به وجود حق انتخاب برای فرد رأی دادیم، دیگر این مسئله که آیا رفتار به نتیجهٔ مورد تأیید قانون منتهی شده است یا خیر، اهمیتی ندارد. در حقیقت باید میان رفتار موجهه و نتیجهٔ ناموجه رفتار تفاوت قائل شد و این گونه نظر داد که نشان موجه بودن، ارتکاب رفتار موجه است (Husak, 1989: 508). در این راستا، از واژهٔ صحت و موجه بودن می‌توان دو گونه برداشت کرد: اول، صحت در معنای مادی؛ یعنی رفتاری که به نتیجهٔ صحیحی ختم شود. دوم، صحت در معنای رسمی؛ یعنی رفتاری که با توجه به اوضاع و احوال موجود و اطلاعات در دسترس، بهترین انتخاب و رفتار ممکن بوده است. آنچه مورد نظر طرفداران این رویکرد است، همین معنا از صحت می‌باشد؛ یعنی قضاوت در مورد درستی عمل نه بر مبنای نتایج عمل، بلکه بر اساس درک شناختی معقول فرد خواهد بود. مع الوصف، ذهنی‌گرایان خود با اعتراف به اینکه این گونه رفتارها جزء رفتارهای صحیح در معنای خاص نیست، آن را «رفتار مجاز یا قابل تحمل»^۲ نامیده و در واقع آن را در جایی بین رفتار صحیح و

1. Reasonable subjective theory.
2. Permissible or tolerable conduct.

خطا قرار داده‌اند که با توجه به دیدگاه آن‌ها در نهایت موجه شناخته می‌شوند (Husak, 1999: 53).

وجود شرط اعتقاد معقول برای موجه شناختن رفتار در بحث دفاع به این معناست که نیازی به پیدایش عینی خطر وجود ندارد و رفتار مدافع ظاهری همسنگ با مدافع واقعی در دفاع مشروع موجه شناخته می‌شود. به نظر می‌رسد تنها تفاوتشان در این است که رفتار در دفاع مشروع ظاهری رفتاری مجاز و در دفاع مشروع واقعی رفتاری صحیح است. در مقابل، به زعم گریناوالد در صورتی که اعتقاد شخص، منطبق بر اعتقاد انسان متعارف نباشد، رفتار وی در دایره علل رافع قرار می‌گیرد (Greenawalt, 1984: 1909). دیدگاه حقوقی غالب در ایالات متحده آمریکا نیز از دیدگاه ذهنی پیروی کرده است. استدلال‌های آنان جریانی را ایجاد می‌کند که در مفروضات حقوق کیفری درباره دفاع مشروع با دیده تردید بنگریم. درست است شخصی که مورد حمله قرار گرفته است، مستحق آسیبی که به او وارد شده، نبوده است، ولی مرتکب نیز مستحق قضاوتی نخواهد بود که او را در کنار مجرمانی قرار دهد که با قصد به طرف مقابلشان آسیب وارد کرده‌اند. این دیدگاه متضمن رویکردی به موضوع است که می‌تواند به تلطیف نگاه متصلبانه به دفاع ظاهری بینجامد و توازنی منطقی میان دو سوی این رابطه برقرار نماید تا حقوق توقع بینشی خداگونه از انسان‌ها نداشته باشد؛ توقعی که بی‌تردید برای همه تکلیفی مالاپطاق خواهد بود.

۲-۲-۱. نظریه ذهنی‌گرای محض^۱

آنچه را که این دیدگاه در باب دفاع مشروع ظاهری برگزیده، می‌توان در وجود اعتقادی صادقانه در ذهن مرتکب به وجود خطر خلاصه نمود. توجیه آن هم بدین شکل است که وقتی مرتکب با حسن نیت به وجود خطر پی برد، این مسئله که آیا اعتقاد معقول بوده و یا در عالم واقع خطری وجود داشته است، جایگاهی نخواهد داشت.^۲ پذیرش این نظریه، خطر شخصی شدن حقوق کیفری را تقویت می‌کند به طوری که می‌تواند

1. Purely subjective theory.

۲. همان طور که بیشتر اشاره شد، قانون جزای نمونه با تأسی به همین دیدگاه، صرف اعتقاد صادقانه به وجود خطر را برای تحقق عنوان دفاع مشروع کافی دانسته است، هرچند این اعتقاد اشتباه باشد.

همانند یک ابزار در دست کسانی باشد که به صرف وجود اعتقاد و با عدم حزم‌اندیشی و رعایت احتیاط، خود را در ارتکاب این رفتارها محق می‌دانند.

۱-۲-۳. دیدگاه‌های ذهنی در حقوق کیفری ایران

جهت سنجش وجود دیدگاه ذهنی، در ابتدا ضروری است که تعمقی در قوانین کیفری ناظر بر دفاع مشروع صورت گیرد. در خصوص این موضوع که چه زمانی مدافع از حق دفاع برخوردار است، قوانین کیفری ایران نشان‌دهنده مباحثی است که بدون تغییر باقی مانده است. توضیح آنکه در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴، قانون‌گذار در ماده ۴۳ تنها به تعریف دفاع مشروع پرداخته و بیان شروط آن را به مواد ۱۸۴ تا ۱۸۹ این قانون احاله داده است که بر پایه آن در صورتی که خوف از وقوع قتل یا جرح شدید مبتنی بر قرائن معقولی باشد، دفاع مجاز شمرده می‌شود. در قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۵۲، قانون‌گذار تعریف و شروط دفاع مشروع را به صورت یک‌جا در قالب ماده ۴۳ گردآوری کرده بود که بر اساس آن دفاع در صورتی مشروع می‌شد که در برابر تجاوز فعلی یا خطری قریب‌الوقوع قرار گرفته باشد و البته در مواد ۱۸۵ تا ۱۸۹ نیز همانند قانون سابق، در صورتی که خوف از وقوع خطر، مستند به قرائن معقولی باشد، حکم بر جواز دفاع داده بود. بر اساس این دو قانون، مستند بودن وقوع خطر به قرائن معقول، عاملی برای شروع رفتار تدافعی به حساب می‌آید.

قانون راجع به مجازات اسلامی، دو بند از بندهای ماده ۴۳ ق.م.ع. مصوب ۱۳۵ را حذف کرده و ذیل ماده ۳۳ به تشریح دفاع مشروع پرداخته است. در قانون تعزیرات مصوب ۱۳۶۲ نیز مواد ۹۴ تا ۹۷ به بحث دفاع اختصاص داده شده است به طوری که در یک اقدام جدید، شروط دفاع مشروع که یک بار در قانون راجع به مجازات اسلامی آمده بود، بار دیگر در قالب ماده ۹۴ بازنویسی شد. به نظر می‌رسد قانون‌نویسان، مستند بودن خوف به قرائن معقول را از ماده ۱۸۹ قوانین سابق برداشته و آن را همراه با تکرار سایر شروط دفاع مشروع در این ماده گنجانده‌اند. به همین دلیل در ماده ۹۶ این قانون دیگر اثری از این عبارت وجود ندارد. قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰، یکی از بندهای محذوف در قانون پیشین را بار دیگر احیا نمود و در قالب ماده ۶۱، به تشریح

قواعد دفاع مشروع پرداخت. بخش تعزیرات که در سال ۱۳۷۵ به قوانین کیفری افزوده شد، به رغم وجود ماده ۶۱ در بخش کلیات این قانون به عنوان قاعده عام دفاع مشروع، ماده ۶۲۷ را که همان ماده ۹۴ بود تکرار کرد. صرف نظر از ناپسند بودن این شیوه در قانون‌نویسی، این ماده قریب‌الوقوع بودن را همانند قوانین پیش از انقلاب زمانی قابل تحقق می‌داند که قرائن معقولی از وجود آن حکایت کنند.

در قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ نیز مقنن با ترکیب مواد ۶۱ و ۶۲۷، ماده ۱۵۶ را به بیان شروط دفاع مشروع اختصاص داده است. همچنین در ماده ۷۲۸، نسخ مواد ۶۲۵ تا ۶۲۹ قانون سابق را اعلام نموده و بی‌نظمی‌ای را که در قانون سابق وجود داشت، برطرف کرده است. در بند ب این ماده نیز مستند بودن دفاع مشروع به قرائن معقول و یا خوف عقلایی، معیار قریب‌الوقوع بودن قرار گرفته است. آنچه در جمع‌بندی این قوانین می‌توان ملاحظه کرد، توافق و اجماع کلیه قوانین موجود بر این موضوع است که دفاع در صورتی مشروع تلقی می‌شود که قرائنی معقول، وجود خطر قریب‌الوقوع را نشان دهند. اطلاق کلیه قوانین موجود، بر کفایت وجود قرینه معقول بر وجود خطر جهت آغاز رفتار دفاعی حکایت می‌کند. لفظ قرینه همان گونه که از نامش پیداست تنها اماره‌ای از واقع است و بنابراین می‌تواند با واقعیت هم برخوردی نداشته باشد. به عبارت دیگر، احتمال تطابق با واقعیت در واژه «قرینه» همان قدر است که احتمال عدم تطابق آن با واقعیت؛ چرا که حقوق و قانون، توقع درک خداگونه از واقعیات و حوادث پیرامون را از انسان ندارد که ورای ظاهر رفتار دیگری را بسنجد و بر اساس آن عمل کند. بنابراین ذکر عبارت «دفاع مستند به قرائن معقول یا خوف عقلایی باشد» به عنوان شرط ابتدایی دفاع مشروع در قوانین کیفری و به طور خاص قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، حاکی از تأیید این موضوع است که هر گاه انسان متعارف بر اساس یک سلسله امارات، خطر را موجود پندارد رفتار وی مشروع تلقی می‌شود و بنابراین دیدگاه ذهنی تحت شرایطی در موضوع بحث ما مورد پذیرش قانون‌گذار است. گرچه همچنان سؤالات متعدد بی‌پاسخ می‌مانند از جمله اینکه آیا چنین دفاعی همانند دفاع واقعی موجب توجیه رفتار ارتكابی می‌شود یا اینکه از نظر رتبه در مرحله پایین‌تری قرار دارد؟ در این صورت آیا می‌توان برای علل موجهه آثار متفاوتی قائل شد یا خیر؟ بررسی اقوال فقها به درک این مهم می‌تواند کمک کند.

۱-۲-۴. دیدگاه‌های ذهنی در فقه

بررسی این موضوع در فقه، اندیشه‌هایی را در میان فقها نمایان می‌سازد که با وجود عدم تفصیل در این خصوص، تأمل بسیار می‌طلبد. صاحب‌جوهر معتقد است:

هیچ اختلاف و اشکالی وجود ندارد در اینکه بر مدافع جایز نیست که علیه مهاجم پیش‌دستی کند مادام که قصد مهاجم در گرفتن جان، عرض و مال مدافع بر وی (مدافع) محرز و معلوم نگشته باشد ولو اینکه طریق احراز قصد مهاجم به صورت ظنی باشد که عرفاً قصد با آن محرز می‌شود، در این صورت اگر خطای وی در تشخیص قصد مهاجم آشکار گردد، ضامن است (نجفی، ۱۴۰۴: ۶۵۶).

بر اساس این نصوص، ایشان ابتدا بر این نظر است که وجود قراین معقولی که به صورت عرفی بر وجود قصد تهاجم دلالت دارد، امکان دفاع را به مدافع می‌دهد. اما ممکن است این نتیجه‌گیری با توجه به عباراتی که بعد از آن ذکر می‌شود، قابل پذیرش نباشد؛ چرا که ایشان علی‌رغم اعطای حق دفاع به مدافع ظاهری، در صورتی که اعتقاد معقول وی بر وجود حمله مصادف با واقعیت نباشد، وی را ضامن دانسته است. البته می‌توان در خصوص این استدلال گفت که ایشان ارتکاب این کار را جایز می‌داند و تنها بدین خاطر که خون انسان بی‌گناهی به هدر رفته، رأی بر ضمان مدافع داده است. در واقع، منظور از ضمان از نظر ایشان، ضمان به دیه است و نه چیز دیگر.

به اعتقاد سیدعبدالاعلی سبزواری، ظنی که موجب اطمینان مدافع نسبت به وجود حمله از سوی مهاجم شود، این وصف را دارد که به وی حق دفاع از خویش را بدهد (سبزواری، ۱۴۱۳: ۱۶۳). دلیل این ادعا را می‌توان عبارت بعدی ایشان دانست که مدافعی را که تنها بر اساس صرف ظن به دفاع از خویش پرداخته، ضامن آسیبی می‌داند که بر سر مهاجم آورده است. همچنین ایشان معتقد است که ظواهر ادله و سیره جاری از زمان پیامبر ﷺ تا کنون، ارتکاب رفتار دفاعی را بر اساس قراین موجب اطمینان کافی می‌داند (همان)؛ چنان که ایشان در ضامن دانستن مدافعی که تنها بر اساس صرف ظن عمل می‌کند به اصل «ظن انسان را از وجود حق بی‌نیاز نمی‌کند» توسل جسته و بیان نموده که اذن شرعی در ارتکاب رفتار مبتنی بر صرف ظن وجود ندارد و به همین دلیل تمامی ادله ضمان نسبت به چنین شخصی جاری می‌شود (همان).

مؤلف کتاب *جامع الشتات* نیز در زمره کسانی است که حکم بر تحقق دفاع از خود بر اساس علم یا ظنی داده است که به طور غالب منطبق بر حقیقت است که به نظر می‌رسد مقصود ایشان، ظنی باشد که از مرحله ظن صرف گذشته و به علم نزدیک شده است (قمی، ۱۴۱۸: ۳۲). از دید امام خمینی نیز اگر قرآینی موجود باشد که موجب اطمینان مدافع در وجود قصد تهاجم شود، دفاع مشروع محقق شده و اهمیتی ندارد که در واقع قصد تهاجم وجود داشته باشد. البته ایشان برای ظنی اعتبار قائل است که خصوصیت اطمینان‌بخشی را دارا باشد (موسوی خمینی، ۱۴۲۵: ۳۳۳). با وجود این، امام خمینی در حکم مسئله قبلی که پیش از این ذکر کرده بود، تخصیص زده و همانند صاحب *جواهر*، با اینکه رفتار مبتنی بر قرائن معقول را صحیح پنداشته، با توجه به اینکه خون انسان بی‌گناهی به هدر رفته است حکم بر ضمان به دیه داده است (همان: ۳۳۵).

از سوی دیگر، با مقایسه پاسخ آیه‌الله مکارم شیرازی به دو سؤال در باب مسائل نوین فقهی،^۱ این نتیجه به ذهن می‌رسد که ایشان از یک سو قرآین معقول بر وجود خطر را مجوز شروع عملیات دفاعی می‌داند، هرچند که ممکن است در واقعیت امر، خطری موجود نباشد. از سوی دیگر، صرف ظن و گمان را برای شروع دفاع کافی نمی‌داند؛ چرا که در صورت مسئله اخیر تنها به ذکر واژه خیال اکتفا شده و هیچ قیدی به آن افزوده نشده است. با وجود این، به دلیل اینکه مرتکب در مقام دفاع از خویش و به

۱. برای نمونه، از ایشان چنین سؤال شد: «شخصی نیمه شب وارد خانه‌ای می‌شود. صاحب‌خانه به همراه همسرش بیرون از منزل بوده و چهار نفر از فرزندان در خانه بودند. پسر ۱۸ ساله صاحب‌خانه با شنیدن صدایی از خواب بیدار شده و به آشپزخانه رفته و چاقویی برمی‌دارد. در تاریکی شب صدای بسته شدن در حمام را می‌شنود. با حالت ترس و چاقو در دست، به طرف حمام حرکت می‌کند، وقتی به آنجا می‌رسد و می‌بیند کسی داخل حمام پنهان شده و در را از داخل فشار می‌دهد تا بسته شود. او نیز در را از بیرون فشار می‌دهد تا آن را باز کند. ناگهان در باز می‌شود و شخصی ۲۹ ساله از داخل حمام به قصد فرار خارج می‌شود. در همین حین، چاقوی پسر صاحب‌خانه درست به قلب وی اصابت و منجر به فوت او می‌شود. حکم این مسئله چیست؟ اگر خواهر قاتل با مقتول رابطه‌ای داشته و با دعوت وی وارد خانه شده و قاتل از این امر اطلاعی نداشته باشد، حکم مسئله چیست؟» ایشان چنین پاسخ داد: «در صورتی که قاتل به تصور اینکه فرد مزبور مهاجم است و برای دفاع از خویش و دیگر اعضای خانواده او را کشته، خون مقتول هدر است» (مکارم شیرازی، ۱۴۲۷: ۳۱۴). در همین رابطه، سؤال دیگری نیز از ایشان پرسیده شد بدین صورت که: «فردی به خیال اینکه دیگری مهاجم است، به سوی وی تیراندازی کرده و او را می‌کشد. آیا قصاص می‌شود؟» ایشان در پاسخ بیان داشت: «در فرض سؤال، فقط دیه دارد» (همان: ۳۱۳).

اعتقاد مهدورالدم بودن این چنین کرده است، قتل را در حکم شبه عمد دانسته و حکم بر دیه داده است. بنابراین ایشان نیز با اتخاذ دیدگاه ذهنی، قرائن معقول را جزء موجباتی قلمداد می‌کند که رفتار را در حوزه دفاع مشروع قرار می‌دهند (۱۴۲۷: ۳۱۳).

بر خلاف آنچه تا کنون در خصوص آرای برخی فقها مبنی بر لزوم وجود قراین معقول دیده شد، دسته‌ای دیگر از فقها خصوصیتی را درباره ذهن ذکر نکرده و به کلیت آن اکتفا نموده‌اند. شهید ثانی در کتاب *مسالك الافهام*، در طرق احراز قصد مهاجم مطلبی بیان نکرده (عاملی جبعی، ۱۴۱۳: ۵۰)، اما در کتاب *الروضة البهیة* این موضوع را بدین شکل تشریح کرده است:

و مدافع نباید آغازگر درگیری باشد مگر با علم یا ظن به قصد مهاجم (همو، ۱۳۸۵: ۵۳۱).

بنابراین ایشان از جمله کسانی به شمار می‌آید که ظن بر وجود خطر را مجوزی برای آغاز دفاع مشروع می‌پندارند. با وجود این، آنچه در کلام ایشان پوشیده باقی مانده، بیان خصوصیتی است که در ظن مدافع باید موجود باشد. فاضل هندی نیز در بحث دفاع اظهار می‌دارد:

و جایز نیست که شروع به دفاع نماید مگر با علم به قصد مهاجم؛ یعنی مهاجم قصد مال یا عرضش را کرده باشد یا ظن به قصد مهاجم داشته باشد که اگر دفاع نکند بر او به طور عرفی مسلط شود (۱۴۱۶: ۶۴۹).

ایشان در ادامه، وجود یکی از این دو را به منزله قصد معتبری می‌داند که از طریق آن مدافع می‌تواند به دفع حمله مهاجم اقدام کند. بنابراین ظن این امکان را دارد تا برای مدافع حق دفاع ایجاد کند. منتها ویژگی خاصی را در ظن ذکر نکرده است که این ابهام را به ذهن متبادر می‌کند که مقصود هر ظنی است یا فقط ظن مطابق با برداشت انسان متعارف. شهید اول نیز در *اللمعة الدمشقیة* از کفایت یا عدم کفایت ظن به عنوان مجوزی برای شروع دفاع، هیچ صحبتی نکرده و به ذکر علم به قصد مهاجم اکتفا کرده است (عاملی، ۱۴۱۰: ۲۶۵). اما در کتاب *الدروس*، ظن را هم به عنوان مجوز دیگری برای آغاز رفتار دفاعی اضافه کرده اما خصوصیتی برای آن بیان ننموده است (همو، ۱۴۱۷: ۵۹).

در مجموع به نظر می‌رسد دیدگاه فقها برای احراز قریب‌الوقوع بودن خطر در دو دسته عینی‌گرایی و ذهنی‌گرایی قرار گیرد. بنابراین کلام حقوق‌دان لبنانی مبنی بر اینکه در فقه اسلامی به طور کلی خطر بالفعل موجبی برای اباحهٔ دفاع مشروع به حساب می‌آید به صورت مطلق صحیح نمی‌باشد (عطار، ۱۳۷۸: ۲۲۲). همانند ایشان برخی از محققان ایرانی نیز قائل به چنین نظری شده، معتقدند که معیار فقها وجود دلایل منطقی و عینی بر این امر است که فرد به زودی مورد حمله قرار می‌گیرد (شمس‌ناتری و عبدالله‌بار، ۱۳۸۹: ش ۱۱۰/۲)، حال آنکه با تعمق در سخنان فقها نتیجه‌ای غیر از آنچه آنان مدعی‌اند، گرفته می‌شود. بنابراین می‌توان گفت که دیدگاه ذهنی تحت شرایطی از جمله اقتران با اوضاع و احوالی معقول که باور به خطر را به صورت متعارف پذیرفتنی می‌نماید، می‌تواند به عنوان نظر مختار قانون‌گذار پذیرفته شود. با این حال، به دلیل تفاوتی که میان دو نوع دفاع واقعی و ظاهری وجود دارد، قول فقهایی که مرتکب را ضامن دیه می‌دانند به عدالت و موازنهٔ میان دو حق نزدیک‌تر است.

۲. تقابل دیدگاه‌های عینی و ذهنی پیرامون دفاع مشروع ظاهری

در این قسمت دیدگاه‌های عینی و ذهنی بر اساس عناصر و استدلال‌های اصلی مقوم هریک از آن‌ها مورد بررسی مقایسه‌ای قرار می‌گیرند.

۱-۲. تقابل در عنصر توجیه‌کننده

عامل موجهه دانستن دفاع ظاهری مبتنی بر اشتباه معقول، با اقبال حقوق‌دانان عینی‌گرا مواجه نشده است. آنان در جای جای استدلال‌های خویش این پندار ذهنی‌گرایان را حکایتی نادرست از مفهوم علل موجهه می‌دانند. برخی منتقدان ضمن تفکیک امر اخلاقی از امر حقوقی معتقدند که وادی اخلاق می‌کوشد تا افرادی را که در انجام کارها حسن‌نیت دارند و یا اینکه حسن‌نیت ندارند ولی قصد شری هم ندارند، در خود جای دهد و به همین دلیل، عمل مدافع ظاهری از نظر اخلاقی موجه خواهد بود. لکن وادی حقوق، صرف برخورداری از حسن‌نیت را برای ورود به این وادی کافی نمی‌داند؛ بلکه زمانی اشخاص را در خود می‌پذیرد که رفتارشان مطابق با چیزی باشد که قانون

بیان کرده است^۱ (Baron, 2005: 400). قانون نیز مشروعیت خود را از امور عینی اخذ می‌کند. حقوق با وضع قواعد رفتاری که دارای چارچوبی عینی است، این پیام را به جامعه می‌فرستد که از آسیب‌رسانی به یکدیگر جز در موارد ضروری خودداری کنند و ضرورت را هم زمانی محقق می‌داند که یکی از شهروندان از حقوق خود فراتر رفته و نسبت به حقوق دیگران تعرض کرده باشد. به همین دلیل، پذیرش اخلاقیات را به عنوان منبع قواعد رفتاری توصیه نمی‌کند؛ حقوق به دنبال جلوگیری از آسیب غیر لازم به اشخاص است اما اخلاق این آسیب را با صحیح شمردن رفتار کسی که صرفاً بر اساس ذهن خود فردی را مهاجم پنداشته و وی را کشته، مجاز شمرده است (Fontaine, 2010: 72-76). این، دیدگاه اثبات‌گرایانی است که قائل به تفکیک مطلق اخلاق از حقوق‌اند و حقوق را امری موضوعه و مبتنی بر عینیات می‌دانند، حال آنکه صرف واقعیات و عینیات نیست که منشأ شکل‌گیری قانون است، بلکه قانون با احکام و الزامات اخلاقی نیز سروکار دارد. همچنان که حقوق درباره رفتار آدمیان قضاوتی دارد، اخلاق نیز به داوری درباره رفتارها می‌پردازد. درست است که حقوق ملزم به تبعیت از اخلاق نیست ولی متأثر از احکام و نتایج آن بر حسب نظریه پذیرفته‌شده اخلاقی هست.

به هر روی، عینی‌گرایان این برداشت اشتباه ذهنی‌گرایان را ناشی از خوانش نادرست از نظر کانت می‌دانند که داشتن حسن‌نیت در انجام رفتار را بالاترین خوبی می‌داند که می‌توان تصور کرد. ذهنی‌گرایان با در نظر داشتن چنین مفهومی و با توجه به اینکه مدافع ظاهری با حسن‌نیت عمل می‌کند، عمل وی را بالاترین خوب قابل تصور می‌پندارند و در نهایت استفاده‌ی وی از نیروی دفاعی را اخلاقی و بنابراین موجه می‌شمارند. به نظر می‌رسد با بررسی دوباره نظر کانت بتوان مشکل را تشخیص و آن را حل کرد. از دیدگاه وی، اراده در صورتی که در خدمت انجام وظیفه قرار گیرد، خوب محسوب می‌شود. انجام وظیفه نیز زمانی است که فرد بر اساس آنچه اخلاق فرمان داده، عمل کند. اکنون اگر قانون اخلاقی به ما بگوید که در برابر تجاوز غیر قانونی حق مقاومت وجود دارد، وظیفه‌ای را بر عهده ما گذاشته است که در صورت انجام

۱. لازم به ذکر است که قائل شدن به چنین تفکیکی میان اخلاق و حقوق و به تبع آن رفتار اخلاقی و حقوقی بر اساس نظر عینی‌گرایان است و حکم کلی موجود در این زمینه نمی‌باشد.

آن، ارادهٔ ما خوب محسوب می‌شود. خوانش نادرست در این قسمت است که ذهنی‌گرایان، اخلاقی بودن رفتار را مرادف با موجه شمردن آن می‌دانند. در حالی که از اخلاقی بودن نمی‌توان موجه بودن را تعبیر کرد و لاجرم عنصر عینی وجود منفعت همگانی باید وجود داشته باشد (Fletcher, 1985: 975). عینی‌گرایان معتقدند که جامعه چنین رفتاری را ستایش نمی‌کند و از مردم انتظار دارد که در شرایط مشابه، آن گونه عمل نکنند (Hassemer, 1986: 598). معقول بودن، رفتار مرتکب را فهم‌پذیر می‌سازد اما آن را موجه نمی‌کند و از این رو نمی‌تواند منشأ قاعدهٔ رفتاری باشد (Fontaine, 2010: 61). در مقابل، ذهنی‌گرایان با طرح این پرسش که «چرا عینیت جزء ارکان علل موجهه تلقی شده است؟»، موضع عینی‌گرایان را نقد کرده و آن را پیش‌فرضی می‌دانند که محل مناقشه است. آنان به دلیل اینکه آرمان حقوق کیفری را جلوگیری از ورود آسیب می‌دانند، علل موجهه را هم امور عینی تفسیر می‌کنند که در آن آسیب غیر قانونی به وقوع نمی‌پیوندد. حال اگر این پیش‌فرض به کناری گذارده شود، قضیه جلوه‌ای دیگر به خود خواهد گرفت. اگر آرمان حقوق کیفری، اخلاقی رفتار کردن افراد جامعه و نه جلوگیری از ورود آسیب تعریف شود، دیگر این استدلال که اعتقاد معقول نمی‌تواند مبنای توجیه رفتار قرار گیرد، درست نخواهد بود (Dressler, 1987: 1161-1163). بنابراین هر گاه شخص به شیوه‌ای معقول به این نتیجه برسد که در معرض خطری قرار دارد و رهایی از آن جز با کشتن دیگری محقق نمی‌شود، باید به وی اجازهٔ انجام این رفتار داده شود، هرچند آثاری نامطلوب را به همراه داشته باشد. بنا بر ادعای ذهنی‌گرایان، جامعه نیز از مردم می‌خواهد که در وضعیت‌های دیگری مشابه وضعیت مدافع ظاهری، همانند وی رفتار کنند (Duff, 2004: 840). درست است که جامعه رفتارش را نمی‌ستاید اما آن را قابل تحمل می‌داند. مشابه بودن رفتار اعضای جامعه در چنین موقعیت‌هایی لاجرم مقتضی پذیرش این موضوع است که جامعه به مثابهٔ مجموعه‌ای از افراد، چنین رفتارهایی را تأیید می‌کند. آنچه به این استدلال قوام می‌دهد، آن است که به باور برخی نویسندگان، دفاع مشروع اصولاً نوعی اقدام پیش‌دستانه^۱ و مبتنی بر خطرپذیری است؛

1. Preemptive action.

مدافع قبل از اینکه مهاجم آسیبی وارد کند او را از پای درمی‌آورد و در این موقعیت همیشه احتمال دارد که خطا روی دهد و واقعیات آن چیزی نباشد که برای مدافع نشان داده شد (Stewart, 2009: 17). از طرفی، مدافع از علم خدایی هم برخوردار نیست تا بتواند حقیقت نامکشوف را تشخیص دهد و بر اساس آن رفتار کند (Husak, 1989: 508). این امر می‌طلبد زمانی که نظر مدافع و هر انسان متعارفی بر وجود خطر استوار است، به آن‌ها حق دفاع فارغ از پیامدهایش داده شود (Ferzan, 2005: 724).

همچنین به اعتقاد ذهنی گرایان، عنصر موجه‌کننده از نظر پیامدگرایان - که پیامد رفتار و وجود منفعت در ارتکاب رفتار مورد نظر است - گاه در تشخیص رفتاری که حامل منافع اجتماعی است دچار سردرگمی می‌شود. در واقع، گاه پیامدگرایان نیز نمی‌توانند به آسانی رفتاری را که تأمین‌کننده منفعت عالی و در نتیجه موجه است تعیین کنند. درس‌لر^۱ این حالت را در مثال زیر بیان کرده است:

راننده‌ای را تصور کنید که در یک جاده کوهستانی باریک رانندگی می‌کند و ناگهان با یک فرد مصدوم و درمانده به نام «الف» روبه‌رو می‌شود. در عین حال، شخص «ب» را هم می‌بیند که در وسط جاده دراز کشیده است. او سه انتخاب خواهد داشت: به «الف» بزند و او را بکشد. به «ب» بزند و او را بکشد. خودش به صخره بخورد و بمیرد (Dressler, 1984: 82).

بنابراین حتی پیامدگرایی نیز ممکن است در مواقعی انتخاب را به عهده شخص گذارده و رفتاری را موجه بداند که در واقعیت موجه نیست؛ یعنی به طور مادی صحیح نیست اما خطا هم نیست. این رفتارها همان رفتارهای مجازند که پیامدگرایان با کمال تعجب آن را به عنوان مبنایی برای صحیح شمردن رفتارها رد کرده‌اند (Ibid.). بنابراین توجیه رفتار صرفاً ناشی از عینیت رفتار و واقعه بیرونی نیست. بلکه با ذهنیات مرتکب و چگونگی فعل و انفعالات ذهنی او در موقعیت خاص نسبت دارد. او اولین شخصی است که در آن موقعیت باید قضاوت کند و تصمیم بگیرد. نادیده‌انگاری این کنش‌ها و واکنش‌های ذهنی‌ای که برای مرتکب رفتار در آن موقعیت پیش می‌آید به معنای تک‌بعدی دانستن رفتار و تلقی آن به منزله عینیتی بدون فاعل شناساست.

1. Joshua Dressler.

بر پایه توضیحات ارائه شده، حقوق کیفری از انسان‌ها توقع رفتار آرمانی ندارد و به دنبال ساختن جامعه آرمانی نیست؛ در عوض از آن‌ها می‌خواهد که تلاش وظیفه‌شناسانه‌ای را برای دستیابی به حقیقت از خود نشان دهند. در این صورت، وجود نتایج ناخوشایند دلیلی بر ناصحیح بودن رفتار نیست. رفتارهای مجاز و قابل تحمل، نمونه بارز این تلاش است که مرتکب آن باید محترم شمرده شود نه مجرم.

۲-۲. تقابل در خاصیت فراگیری و عمومیت^۱ علل موجهه

همواره در علل موجهه این مفروض وجود داشته است که این علل نوعی ارتباطات حقوقی بین افراد جامعه به وجود می‌آورد که بر پایه آن اولاً، حق مقاومت در برابر کسی را که از علل موجهه برخوردار است، نفی می‌کند و ثانیاً، حق دخالت اشخاص ثالث را به نفع دارنده به وجود می‌آورد که در مجموع علل موجهه را فراگیر و عمومی می‌سازد، حال آنکه علل رافع فاقد این خاصیت بوده و تنها در ارتباط با همان شخص به کار می‌روند. ذهنی‌گرایان در خصوص این ویژگی کاوش کرده و در نهایت به نتیجه‌ای خلاف آنچه عینی‌گرایان ادعا کردند، رسیدند. این بحث در دفاع مشروع ظاهری نیز پیامدهایی دارد که به آن اشاره می‌شود.

۱-۲-۲. حق مقاومت در علل موجهه

همان‌طور که پیشتر اشاره شد، عینی‌گرایان بر این باورند که علل موجهه با برداشت مادی حق هم‌خوانی دارند. این حق می‌تواند مورد حمایت قرار گیرد اما هیچ‌گاه نمی‌تواند مورد مخالفت واقع شود و به عبارت بهتر مخالفت با آن هیچ‌گاه حق شمرده نخواهد شد. در واقع اشخاص می‌توانند در حمایت از آن نقش‌آفرینی کنند اما نه بر ضد آن (Fletcher, 2000: 763). عدم حق مقاومت در برابر علل موجهه در «تئوری ناسازگاری»^۲ فلچر بدین شکل بیان شده است:

در هر تعارض فیزیکی، جایی که تنها یک نفر می‌تواند غالب شود، منطق ما را از به‌رسمیت شناختن این مسئله که بیش از یک نفر می‌تواند در استفاده از نیروی قهریه

1. Universalization.

2. Incompatibility thesis.

موجه باشد، باز می‌دارد (Fletcher, 1985: 975).

بر اساس این تئوری، وقتی من حق دارم به دفاع از خود پردازم، هیچ کس دیگری حق نخواهد داشت که من را از اعمال این حق باز دارد. وجود دو حق در آن واحد با توجه به ماهیت علل موجهه ناسازگار است. نمود اجرایی این تئوری در دفاع مشروع، سلب حق دفاع از مهاجم در برابر مدافعی است که به دفاع از خویش می‌پردازد. در وضعیت دفاع مشروع ظاهری، مدافع ظاهری به خودمختاری و تمامیت مخاطب بدون وجود هیچ گونه منفعتی تعرض کرده است؛ حال در صورتی که موقعیت حقوقی آن را با دفاع مشروع واقعی یکسان بدانیم، مهاجم را از این حق محروم کرده‌ایم (Morawetz, 1986: 288-289)؛ برای نمونه، مغازه‌داری را تصور کنید که به دفعات توسط گروهی سارق مسلح مورد حمله قرار گرفته است. اکنون نیز آن‌ها به مغازه وی حمله کرده و او نیز برای دفاع از خود تیراندازی می‌کند. در همین زمان، یک مأمور پلیس که لباس فرم ندارد در حال رد شدن از آن قسمت متوجه ماجرا شده و به قصد کمک به مغازه‌دار وارد درگیری می‌شود. مغازه‌دار به اشتباه اما به گونه‌ای معقول فکر می‌کند که وی نیز یکی از همان سارقان مسلح است و به سمت وی نیز تیراندازی می‌کند. در این حالت فرض می‌کنیم که عمل مغازه‌دار در دفاع از خود با کشتن مأمور پلیس موجه است. نتیجه این فرض آن خواهد شد که اگر پلیس بداند که مغازه‌دار وی را به اشتباه یکی از مهاجمان پنداشته است، امکان دفاع از خود را از دست می‌دهد (Fletcher, 2000: 763).

به اعتقاد عینی‌گرایان، ذهنی‌گرایان رفتار مدافع ظاهری را در این حالت موجه و صحیح می‌دانند در حالی که این امر خطاست. پلیس مورد نظر در نهایت باید تسلیم مرگ شود؛ چرا که وجود بیش از یک حق در آن واحد ممنوع است و این حق هم در این مثال به مغازه‌دار تفویض شده است. به نظر می‌رسد راه چاره در چنین موقعیت‌های تعارض آمیزی، پذیرش دیدگاه عینی باشد که بر پایه آن مهاجم ظاهری دارای حق دفاع است؛ چرا که نظریه ناسازگاری، وجود بیش از یک حق را در آن واحد بر نمی‌تابد.

حقوق دانان ذهنی‌گرا در مقام معارضه با عینی‌گرایان امکان وجود نظریه ناسازگاری را به چالش کشیده‌اند. به اعتقاد آنان، امکان وجود حق دفاع برای یک شخص به

معنای نفی وجود حق دفاع برای شخص دیگر نخواهد بود. آنان با اتکا بر مفهوم رفتار مجاز یا قابل تحمل تلاش کرده‌اند تا نشان دهند که امکان رویداد علل موجهه ناسازگار نیز وجود دارد که در مثال زیر تشریح شده است:

«الف» پلیس مخفی است که به صورت اشتباهی اما معقول فکر می‌کند که «ب» قاتل زنجیره‌ای بوده که از مدت‌ها پیش به دنبالش بوده است. به همین دلیل، به سمت وی رفته و اسلحه‌اش را برای دستگیر کردنش بیرون می‌آورد. در همین زمان، «ب» که اسلحه را می‌بیند به صورت اشتباه اما معقول فکر می‌کند که «الف» قصد کشتنش را دارد و از این رو قبل از اینکه «الف» این فرصت را داشته باشد که اعلام کند پلیس است، وی را می‌کشد (Schopp, 1998: 9).

با وجود این، آنان عدم وجود تئوری ناسازگاری را تنها در دایره رفتارهای مجاز یا قابل تحمل قابل طرح می‌دانند و در مواردی که صحت در معنای مضیق وجود دارد (مواردی که خطری واقعی در عالم خارج وجود دارد)، رفتار بر ضد آن را حق نمی‌شناسند و به تئوری ناسازگاری معتقدند (Husak, 1999: 55). توضیح آنکه در مواردی که مسئله دفاع مشروع ظاهری در میان باشد، وجود دو علت موجهه در مقابل هم طبیعی جلوه می‌کند. در این موارد، هم مدافع ظاهری و هم مهاجم می‌توانند در مقابل یکدیگر رویارویی کنند و به دفاع از خود در برابر دیگری بپردازند. در اینجا ممکن است دو وضعیت رخ دهد: اول، زمانی که مهاجم فرضی از این موضوع آگاهی دارد که شخص مقابل به اشتباه وی را مهاجم پنداشته است. نمونه بارز این وضعیت، مورد پلیس و مغازه‌دار است که پلیس می‌داند مغازه‌دار وی را به اشتباه جزء سارقان دانسته است. دوم، زمانی که مهاجم فرضی از این موضوع آگاهی ندارد ولی معتقد است که به طور معقولی مورد حمله قرار گرفته است. وی در هر دو صورت حق دفاع از خود را خواهد داشت و تفاوتی بین علم یا عدم علم او به وضعیت مدافع وجود ندارد. ذهنی‌گرایان بر این عقیده‌اند که عینی‌گرایان در طرح‌ریزی نظریه ناسازگاری، بینش مادی بودن علل موجهه را دخالت داده و بر آن اساس، وجود دو حق را که هر دو از جنس حق در معنای مادی باشد، در مقابل هم امکان‌پذیر نمی‌دانند. در حالی که اگر محور علل موجهه، اعتقاد معقول مدافع قرار گیرد، مهاجم ظاهری نیز تا جایی که

به طور معقولی معتقد باشد که مورد حمله قرار گرفته است، حق مقاومت دارد^۱ (Christopher, 1994: 331). به نظر می‌رسد طرح چنین ایرادی از سوی عینی‌گرایان گرچه منطقی به نظر می‌رسد جای تأمل بسیار دارد؛ چرا که وجود چنین خصیصه‌ای تنها بر اساس صحت مادی رفتارهاست؛ لکن در صورتی که رفتار متعارف اعضای جامعه ملاک صحت شمرده شود (و به طور خاص مفهوم رفتار مجاز)، دیگر وجود دو حق در کنار یکدیگر همواره متعارض جلوه نمی‌کند. این حق‌ها منفک از هم قابل تحقیق‌اند.

۲-۲-۲. حق دخالت در علل موجهه

گفته شد که با توجه به دیدگاه عینی‌گرایان، علل موجهه به دلیل اینکه مبتنی بر مفهوم صحت مادی رفتار است، نوعی خاصیت فراگیری و عمومیت را در خود جای داده است که موجب می‌شود افرادی که در حمایت از دارنده این علل قدم برمی‌دارند، رفتارشان همگام با مرتکب موجه شود. در دفاع مشروع واقعی، هر شخص ثالثی می‌تواند به مدافع پیوسته و به او در دفاع از خویش کمک کند اما چنین طرحی در دفاع مشروع ظاهری قابل اجرا نخواهد بود (Moore, 1985: 1095). هنگامی که مرتکب در وجود واقعی حمله اشتباه کرده است، شخص ثالث نمی‌تواند به دفاع از وی پردازد و این دلیلی بر این ادعاست که رفتار مدافع ظاهری جزء علل رافع است و نه علل موجهه؛ زیرا در صورتی که رفتار وی موجه بود خاصیت فراگیری و عمومیت رفتار شخص ثالث را نیز موجه می‌ساخت. بنابراین در مثال پلیس و مغازه‌دار که پیشتر به آن اشاره شد کمک اشخاص ثالث به مغازه‌دار ناموجه ولی به پلیس موجه شمرده می‌شود.^۲ با این حال، در این مورد نیز ممکن است بگوییم همان طور که خطای معقول

۱. عملکرد قانون جزای نمونه در دادن حق دفاع به مهاجم ظاهری دقیقاً مبتنی بر همین مفهوم از علل موجهه است. این قانون به وجود علل موجهه ناسازگار در رفتارهای مجاز اعتقاد داشته و به همین دلیل چنین تفکیکی گذاشته است نه اینکه مفهوم‌سازی دچار سردرگمی شده باشد.

۲. البته بر اساس همین دیدگاه، شخص ثالثی که به صورتی اشتباه اما به گونه‌ای معقول باور داشته که دیگری مورد حمله قرار گرفته است و بر این مبنا به دفاع از وی می‌پردازد، می‌تواند همانند مرتکب اصلی از علل رافع برخوردار شود.

مرتکب به عنوان دفاع ظاهری پذیرفته می‌شود، خطای دیگران در حمایت از مدافع ظاهری نیز می‌تواند از همین حکم برخوردار باشد. دلیل روشنی برای تفکیک میان این دو طرف لازم است. چرا حامی مدافع ظاهری که همانند او مدافع را در خطر می‌دید، نتواند از عمومیت و فراگیری توجیه رفتار مدافع بهره‌مند شود؟ دلیلی برای این تفکیک ارائه نشده است. از همین رو، ذهنی‌گرایان بر این باورند که اگر بپذیریم علل موجهه امور را از نظر عینی صحیح می‌کنند، رفتار شخص ثالث در صحنه دفاع موجه محسوب خواهد شد و دیگر لزومی برای وجود شرط دانش و آگاهی برای ثالث احساس نخواهد شد. در واقع اینکه برخی از عینی‌گرایان می‌پندارند ثالث در صورتی موجه می‌شود که به قصد دفاع برای مدافع وارد درگیری شود، با صحیح تلقی شدن مادی حق در تعارض قرار می‌گیرد؛^۱ برای نمونه، تصور کنید که «الف» در حال دفاع از خویش در برابر «ب» است. در این میان ناگهان «ج» که سابقه اختلاف زیادی با «ب» داشته است فرصت را مغتنم شمرده و به درگیری این دو شخص پیوسته است، بی‌آنکه قصد دفاع از «الف» را داشته باشد. آنچه در نتیجه مشهود خواهد بود این است که به دلیل اینکه رفتار «الف» صحیح شمرده می‌شود و به عبارت بهتر به دلیل خاصیت فراگیری، رفتار شخص ثالث در مشارکت در این کار حتی به صورت ناآگاه نیز موجه است که نتیجه‌ای است که عقلاً پذیرش آن دشوار است.

اینکه یک شخص در انجام کاری موجه است متضمن این معنا نیست که دیگری نیز در مشارکت در آن کار موجه خواهد بود. در عوض، این اعتقاد معقول است که باید به عنوان ملاک موجه‌سازی برای مشارکت قرار گیرد. به باور داف نیز زمانی که ثالث به طور معقولی معتقد باشد شخصی که به وی یاری می‌رساند مورد حمله دیگری واقع شده، حتی اگر اعتقادش اشتباه باشد، باز هم به طرز موجهی رفتار کرده است. همچنین اگر این اعتقاد را نداشته باشد مرتکب رفتاری خطا کارانه شده است حتی اگر شخصی که به وی یاری رسانده موجه باشد (Duff, 2004: 841). در مثال مذکور، اقدام

۱. این انتقاد در رابطه با عینی‌گرایان محض وارد به نظر نمی‌رسد؛ چرا که آنان وجود قصد موجه را جزء شروط تحقق دفاع مشروع نمی‌دانند. بنابراین هدف این قسمت از انتقادات، کسانی مانند فلچر و گاردنر می‌باشند که به لزوم چنین شرطی برای موجه شمردن رفتار معتقدند.

شخص ثالث در آسیب‌رسانی به «ج» موجه محسوب نخواهد شد. همچنین در صورتی که چنین برداشتی معیار موجه محسوب شدن رفتار شخص ثالث قرار گیرد، می‌توان موردی را تصور کرد که در آن شخص ثالث دارنده علل موجهه محسوب می‌شود در حالی که شخصی که به وی یاری رسانده شده از این حق محروم است (Schopp, 1998: 8). فرض کنید که «الف» قصد کشتن «ب» را دارد غافل از اینکه «ب» نیز می‌خواهد وی را بکشد. اما «ج» از قصد «ب» در کشتن «الف» آگاهی دارد و بر همین اساس در لحظه ارتکاب رفتار به کمک «الف» آمده و وی را از مرگ نجات می‌دهد. در این حالت رفتار «ج» موجه است نه به خاطر اینکه به «الف» کمک کرده و با گرفتن جان «ب» یک منفعت اجتماعی ایجاد کرده، بلکه به دلیل اینکه به طور معقولی معتقد بوده که «ب» توسط «الف» مورد حمله واقع شده است. می‌توان گفت که بر پایه پیش‌فرض‌های عینی، فرض ناموجه محسوب شدن کمک ثالث در دفاع مشروع ظاهری منطقی است ولی اگر اعتقاد معقول، معیار توجیه رفتار قرار گیرد، دیگر استناد به آن اثر پیشین را نخواهد داشت، چنانکه نمونه‌های ارائه‌شده مبین آن است. در واقع، این سؤال در دیدگاه عینی قابل طرح است که هنگامی که رفتار از نظر مادی صحیح تلقی می‌شود، چگونه می‌توان عنصر آگاهی ثالث را برای موجه محسوب کردن رفتار وی لازم دانست؟

۲-۳. توسعه خشونت

اگر بپذیریم که یکی از اهداف مهم حقوق کیفری صیانت از افراد در برابر نقض حقوق و اعمال خشونت علیه آنان است و خود جز در موارد خاص و استثنایی نباید به خشونت متوسل شود، حقوق‌دانان عینی‌گرا موجه شناختن رفتار مرتکب بر اساس صرف اعتقاد معقول و جواز دفاع ظاهری را نوعی توسعه دامنه خشونت تلقی می‌کنند که مغایر هدف اولیه حقوق کیفری است. حال آنکه ذهنی‌گرایان با موجه جلوه دادن رفتار مدافع ظاهری، بر خلاف فلسفه وجودی حقوق کیفری گام برداشته‌اند و اعمال خشونت را مجاز شناخته و حتی آن را توصیه می‌کنند (Fletcher, 2000: 763-769). در برابر انتقاد عینی‌گرایان، حقوق‌دانان ذهنی‌گرا استدلال می‌کنند که دیدگاهشان

به تحقق هدف حقوق کیفری برای صیانت از جان‌ها و عدم اعمال خشونت سازگار است. این دیدگاه با پذیرش علل موجهه ناسازگار و دادن حق دفاع به دو شخص بی‌گناه در آن واحد این امکان را فراهم می‌آورد که جان‌های بیشتری زنده نگه داشته شوند. بر این اساس، هر یک از طرفین کماکان از حق حیات برخوردار خواهد بود و می‌تواند برای حفظ آن تلاش کند. بنابراین این انتقاد که این نظریه خشونت را تقویت خواهد کرد، بی‌معنا به نظر خواهد رسید (Dressler, 1984: 87). حق با ذهنی‌گرایان است که این ایراد را بر خود وارد ندانند؛ زیرا آنان در مقام تعریف حقوق طرف‌های درگیر در دفاع ظاهری و ترجیح یکی از حق‌ها بر دیگری هستند. نکته مهمی که در این دیدگاه مغفول مانده، رعایت توازن میان دو حق است. اگر مدافع ظاهری حق دارد بر مبنای خطای معقولش رفتار کند، قربانی نیز حق داشته که مورد تعرض قرار نگیرد. اگر ترجیح با حق مدافع ظاهری است، جبران صدمه وارد بر بی‌گناه در این نظریه چه جایگاهی دارد؟ بدون پیش‌بینی جبرانی که نوعی توازن‌بخش میان حقوق است، نمی‌توان ادعای ذهنی‌گرایان را نظریه‌ای آرمانی تلقی کرد.

۲-۴. وجود احساس پشیمانی^۱

حقوق‌دانان عینی‌گرا برای اثبات این حقیقت که دفاع مشروع واقعی متفاوت از دفاع مشروع ظاهری است، واکنش مدافع ظاهری را آن هنگام که متوجه شده است شخصی که به گمان خویش مهاجم پنداشته، فرد بی‌گناهی بوده است، مورد تجزیه و تحلیل قرار داده‌اند. آنان این پرسش را مطرح می‌کنند که مدافع ظاهری در این وضعیت چگونه پاسخ خواهد داد؟ وی چگونه با حقیقت برخورد خواهد کرد؟ مسلماً چنین فردی در عمل خویش احساس خشنودی نخواهد کرد؛ برعکس، از اینکه چنین رفتاری را مرتکب شده است اندوهگین شده و آرزو می‌کند که ای کاش این گونه رفتار نمی‌کرد. وی از اینکه آسیبی غیر ضروری را به دیگران بدون هیچ‌گونه علت واقعی وارد کرده است، پشیمان خواهد شد. اما چنین وضعیتی در دفاع مشروع واقعی مصداق ندارد. مدافع واقعی در پاسخ به چنین وضعیتی اعلام می‌کند که کشته شدن حق

1. Remorse sensation.

مهاجم بوده است؛ چرا که وی قصد جانش را کرده بود. بنابراین سنجش احساسات مدافع ظاهری و مدافع واقعی ما را به این نتیجه می‌رساند که این دو از هم جدا هستند و این جدایی برخورد حقوقی جداگانه‌ای را می‌طلبد (Sendor, 1990: 759).

ذهنی‌گرایان وجود چنین احساسی را در مدافع ظاهری انکار نمی‌کنند. وانگهی، در پاسخ به ادعای عینی‌گرایان معتقدند که در موارد دفاع مشروع واقعی نیز همین احساس وجود دارد. یعنی زمانی که هم شخص موجه و هم نتایج موجه است باز چنین احساسی وجود دارد. آنان این سؤال را می‌پرسند که آیا مردم، گرفتن جان یک انسان را می‌پسندند و ستایش می‌کنند یا اینکه فقط تحمل می‌کنند. بر این اساس، احساسات اشخاص نمی‌تواند و نباید به عنوان نقطه اتکا برای تعیین موجه بودن یا نبودن شخص محسوب شود و در نتیجه معیار خوبی برای ناموجه جلوه دادن مدافع ظاهری نیست؛ چرا که پیچیدگی‌های اخلاقی اشخاص را نادیده می‌گیرد (Greenawalt, 1986: 102). درس‌لر در تأیید این ادعا بیان می‌کند:

دنیای به گونه‌ای است که بیشتر مردم حتی آن‌هایی که اخلاقی‌اند بیشتر چیزها را خاکستری می‌بینند تا سیاه یا سفید (Dressler, 1984: 85).

علاوه بر این، آنان وجود این احساس را به عنوان امری فایده‌مند برای جامعه نیز توصیف کرده‌اند به این صورت که از طریق آن، مردم وادار می‌شوند تا رفتارهایی را که احتمالاً به نتیجه می‌انجامد، به دقت مورد بررسی قرار دهند (Greenawalt, 1984: 1921). با اینکه احساس ناراحتی در مدافع ظاهری به دلیل خطای واقعی ارتكابی بیشتر از مدافع واقعی است، نمی‌توان در واقع دومی را شرمسار دانست حال آنکه مدافع ظاهری در برابر آنچه روی داده و خطایی که بر بزه‌دیده رفته است، احساس شرمساری می‌کند. این احساس، هر چه و به هر میزان باشد، نمی‌تواند دلیلی بر توجیه یا عدم توجیه رفتار مرتکب باشد به ویژه اینکه احساسی که عینی‌گرایان بدان استناد می‌کنند نه در زمان وقوع رفتار که پس از آن بر مرتکب عارض می‌شود. حال آنکه اگر قرار است جایگاهی برای احساس فرد مرتکب قائل باشیم، احساسش در زمان ارتكاب رفتار ملاک است و نه پس از وقوع آن.

نتیجه‌گیری

دفاع از خویش معمولاً در شرایطی روی می‌دهد که هنوز خطر به طور کامل واقع نشده است و از این رو باید به مدافع اجازه داد که پیش‌بینی کند. در حقیقت، از انسان انتظار نمی‌رود که با صبوری تمام، شاهد تعرض به خود، مال یا عرض خویش باشد. وانگهی، در صورت اعتقاد به چنین بینشی، نگاهی یک‌سویه را اختیار کرده‌ایم که نقطه ثقل آن، حق پیش‌بینی مدافع در سنجش اوضاع و احوال است. اما نباید فراموش کرد که شخص دیگری نیز در این صحنه حضور دارد که رفتارهایش باید مورد توجه قرار گیرد. توجه بیش از اندازه به این سو، منجر به فراموشی طرف مقابل، یعنی مهاجم واقعی و فرضی می‌شود. در وضعیتی که خطر به طور واقعی وجود دارد به دلیل اینکه مهاجم، عامل به وجودآورنده خطر است، برای مدافع حقی به وجود می‌آید که موجب مشروعیت بخشیدن به اقدامات پیش‌بینانه و واکنشی مدافع می‌شود. بر همین اساس، به مدافع اجازه داده می‌شود خطری را که مهاجم ایجاد کرده است به وی برگرداند. اعطای حق دفاع به اشخاص نوعی عدالت است که اساس پیدایش آن ایجاد خطر از سوی مهاجم علیه قلمرو فردی مدافع است؛ عدالتی که در آن وقتی مهاجم خطر را به وجود آورده، باید نتیجه چنین خطری را هم تحمل کند. از این رو، علاوه بر توجه به ماهیت پیش‌بینانه دفاع مشروع، باید به ماهیت توزیعی خطر نیز توجه کرد. یعنی زمانی که مهاجم خطر را ایجاد کرده است، مدافع نیز حق دارد برای او ایجاد خطر کند و این برخلاف خطر مهاجم، پذیرفتنی است.

در این میان، مواردی یافت می‌شود که شخص به طور معقولی پیش‌بینی می‌کند که خطری در عالم خارج وجود دارد و با پیش‌دستی از خویش دفاع می‌کند غافل از اینکه در واقعیت امر خطری وجود ندارد. در این موارد، چگونه می‌توان بین دو ماهیت متفاوت دفاع مشروع آشتی داد؟ کدام بُعد دفاع مشروع در چنین شرایطی بر بُعد دیگر غلبه می‌یابد؟ آیا ماهیت پیش‌بینانه دفاع مشروع را باید حاکم دانست یا ماهیت توزیع خطر آن را؟ به نظر می‌رسد بتوان راهکار دیگری داد که توانایی ایجاد تعادل بین این دو بعد را داشته باشد. با تفکر در دیدگاه‌ها و مثال‌هایی که در خصوص دفاع مشروع

ظاهری زده شد، می‌توان نوعی تفاوت میان وضعیت‌های مختلف ایجاد کرد که مستلزم تبیین و برخورد حقوقی جداگانه می‌باشد.

وضعیت اول، حالتی است که در آن مهاجم به رغم اینکه مدافع را با خطر واقعی مواجه نساخته است، عامدانه مدافع را به این نتیجه رسانده است که قصد کشتنش را دارد. یک نمونه این حالت مثال چاقوکشی است که در ابتدای مقاله ذکر شد. در این موارد، با وجود اینکه در عالم واقع خطری نبوده است، رفتار فرد را دفاع مشروع به حساب می‌آوریم؛ زیرا وی با ارتکاب رفتار عامدانه، این احساس را برای هر انسان متعارفی ایجاد کرده است. در این وضعیت نظریه ناسازگاری نیز قابل اعمال است؛ بدین شکل که مهاجم ظاهری نمی‌تواند به دفاع از خویش بپردازد، زیرا عامدانه بر علیه خود اقدام کرده و بنابراین باید نتایج اقدام خویش را متحمل شود.

وضعیت دوم، حالتی است که مهاجم نه خطری مادی و واقعی ایجاد کرده و نه عامدانه احساس خطر را برای مدافع ایجاد کرده است ولی رفتارهایی از خود نشان داده که مدافع را به این نتیجه رسانده که وی قصد حمله به او را دارد. یعنی اگرچه مهاجم قصد این نتیجه را نداشته است اما نتیجه رفتار وی را هر انسان متعارفی پیش‌بینی می‌کند. مثال مغازه‌دار در اینجا قابل اعمال است. در این موارد، رفتار مدافع ظاهری دفاع مشروع تلقی می‌شود از آن جهت که مهاجم به صورت غیر عمدی برای مدافع احساس خطر ایجاد کرده است. با وجود این، مهاجم نیز به دلیل آنکه در رفتار مقصرانه خویش عمدی نداشته است، از حق دفاع محروم نخواهد شد. در اینجا علل موجهه ناسازگار در این وضعیت کنار هم قرار می‌گیرند و هر دو شخص در آن واحد می‌توانند دارای حق دفاع باشند. بنابراین رفتار هر دو شخص دفاع محسوب می‌شود.

وضعیت سوم، حالتی است که در آن مهاجم در عالم خارج هیچ رفتاری دال بر تهاجم از خود بروز نداده است اما هر انسان معقولی با توجه به شرایط موجود به این نتیجه می‌رسد که خطری وی را تهدید می‌کند. نمونه این مورد، مثال مذکور در ابتدای مقاله است که در آن مغازه‌داری به دفعات مورد حمله سارق مسلحی قرار گرفته است. در حمله پیشین وی موفق می‌شود به پلیس خبر دهد و سارق هنگام فرار به وی می‌گوید که بار دیگر اگر بیایم تو را خواهم کشت. اکنون وی در مغازه خود مردی را دیده که کاملاً شبیه وی است و

به سمتش می‌آید. بنابراین با ترسی معقول مبنی بر اینکه این بار کشته می‌شود و قبل از اینکه آن شخص کاری کند، وی را می‌کشد اما بعداً مشخص می‌شود که وی تنها شباهت زیادی به سارق مسلح داشته است. در این موارد، به رغم اینکه انسان متعارف به این تشخیص می‌رسد که حمله‌ای در راه است اما نمی‌توان حکم به تحقق دفاع در این رفتارها را داد؛ زیرا مرتکب هیچ گونه رفتار عمدی یا غیر عمدی دال بر احساس به وجود آمدن خطر انجام نداده است. اندیشه صرف هرچند به صورت معقول، این توانایی را ندارد که به تنهایی عملی را موجه کند. به ناچار باید رفتارهایی عینی یا مادی از سوی مهاجم رخ داده باشد. به همین دلیل، نظریه ناسازگاری کماکان اعتبار خواهد داشت و مهاجم فرضی می‌تواند به دفاع از خویش بپردازد. رفتار مدافع ظاهری به رغم اینکه دفاع مشروع نیست ولی به دلیل فقدان عنصر معنوی برای ارتکاب جرم و نیز تلاش معقول مرتکب برای تشخیص موقعیتی که در آن قرار گرفته و در نهایت اشتباه معقول، قابل مجازات نیست؛ زیرا هر انسان متعارفی نیز چنین برداشت می‌کرد. به همین دلیل می‌توان از سازوکار اشتباه معقول برای رفع مسئولیت کیفری استفاده کرد.

بدین ترتیب، با اتخاذ چنین رویکردی در قبال موقعیت‌هایی که در به وجود آمدن خطر اشتباه رخ می‌دهد می‌توان میان قابلیت پیش‌بینی‌پذیری رفتار و ماهیت توزیعی خطر در دفاع مشروع تعادل برقرار کرد. در حقیقت، نقش پیشگیرانه حقوق کیفری از خشونت نباید تا آنجا پیش رود که هدف حفاظت انسان‌ها از حیات خویش و تنظیم قواعد رفتاری را مختل کند. در مواردی که امکان پذیرش دفاع مشروع وجود دارد، رفتار مدافع ظاهری زمانی دفاع است که اولاً به طور معقولی خود را در معرض خطر دیده باشد؛ ثانیاً اقدامات لازم را برای شناخت موقعیتی که در آن قرار گرفته است، انجام داده باشد و پس از بررسی آن‌ها به طور معقولی به این نتیجه رسیده باشد که خطر قریب‌الوقوع است؛ ثالثاً سایر شروط دفاع از جمله تناسب را رعایت کرده باشد.

در شرایط موجود در حقوق ایران جهت برخورد حقوقی و قانونی مناسب با مدافعان ظاهری در وضعیت‌های مختلف می‌توان مواد قانون مجازات اسلامی را به گونه‌ای تفسیر کرد که همسو با استدلال‌های فوق قرار گیرد. بدین شکل که از طریق تفسیر ماده ۱۵۶، با مرتکبانی که در وضعیت اول و دوم قرار می‌گیرند، برخوردی همانند دفاع

مشروع واقعی داشت. قوانین کیفری ایران قریب الوقوع بودن را هنگامی محقق می‌داند که وجود آن با قرائن معقول کشف شود؛ قرائن معقول در صورتی وجود خواهد داشت که رفتار مدافع ظاهری در وضعیت‌های اول و دوم قرار گیرد که در صورت وجود می‌توان حکم به دفاع مشروع داد.

همچنین در خصوص مدافعان ظاهری در وضعیت سوم می‌توان از ماده ۱۵۹ ق.م.ا. بهره برد. توضیح اینکه قانون‌گذار در بیان قاعده کلی در باب اشتباه در دفاعیات مسامحه ورزیده و تنها یکی از مصادیق آن را که در رابطه با اشتباه در امر قانونی است، در قالب ماده ۱۵۹ ق.م.ا. به رسمیت شناخته است. بنابراین مدافعان ظاهری در وضعیت سوم به آسانی نمی‌توانند به دفاع اشتباه نیز استناد کنند. با وجود این، می‌توان با استناد به این ماده، راه حلی ارائه داد، به گونه‌ای که قابل اعمال بر وضعیت سوم نیز باشد؛ یعنی با توجه به اینکه در این ماده، علت رفع مسئولیت کیفری از مأمور، وجود اشتباهی معقول در به وجود آمدن شرایط قانونی برای انجام عمل است و وصف مأمور بودن خصوصیته ندارد، از آن برای رفع مسئولیت کیفری از مرتکبانی که در وضعیت سوم قرار می‌گیرند، استفاده کرد. البته بدیهی است که بر اساس حکم ماده مذکور، مرتکبان در وضعیت سوم موظف به پرداخت دیه یا خسارات مادی خواهند بود. در رابطه با پرداخت دیه از سوی مدافعانی که در وضعیت‌های اول و دوم قرار دارند، می‌توان بیان داشت که در وضعیت اول به دلیل اینکه مرتکب عامدانه علیه خویش اقدام کرده است، مستحق هیچ گونه دیه‌ای نخواهد بود. اما در وضعیت دوم قضیه به صورت دیگری است؛ زمانی که به مهاجم مذکور در چنین موقعیتی حق دفاع از خویش را داده‌ایم، جان وی را نیز محترم شمرده‌ایم و بنابراین در صورتی که مدافع ظاهری، وی را بکشد مستحق دیه است. در خصوص مستند قانونی برای پرداخت دیه می‌توان بر اساس بند «ب» ماده ۲۹۱ ق.م.ا. رفتار کرد. در واقع، به رغم آنکه این بند، رفتار را شبه عمد به حساب آورده است به نظر می‌رسد این موضوع تنها جهت پرداخت دیه مورد نظر باشد نه ناصحیح بودن رفتار. در نهایت، به نظر می‌رسد تا اصلاح قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲ در این خصوص و اعلام حکم صریح قانون‌گذار، بتوان با تفسیر مواد موجود، مشکل را تا اندازه‌ای برطرف نمود.

کتاب‌شناسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، حقوق جزای عمومی، چاپ یازدهم، تهران، میزان، ۱۳۸۵ ش.
۲. پیمانی، ضیاءالدین، تفسیر قواعد دفاع مشروع در حقوق جزایی ایران، تهران، دانشگاه ملی ایران، ۱۳۵۷ ش.
۳. تبریزی، جواد بن علی، اسس الحدود و التعزیرات، قم، دفتر مؤلف، ۱۴۱۷ ق.
۴. رحیمی‌پور، ایمان، بررسی تطبیقی دفاع مشروع در نظام حقوقی ایران و ایالات متحده آمریکا، پایان‌نامه دانشگاه تهران، ۱۳۸۷ ش.
۵. سبزواری، سیدعبدالاعلی، مهتذب الاحکام، چاپ چهارم، قم، المنار، ۱۴۱۳ ق.
۶. سمیعی، حسین، حقوق جزا، چاپ چهارم، تهران، شرکت مطبوعات، ۱۳۳۳ ش.
۷. شمس ناتری، محمدابراهیم و سعید عبدالله‌یار، «دفاع مشروع و مبانی مشروعیت آن»، مجله مطالعات حقوقی، دوره دوم، شماره ۲، ۱۳۸۹ ش.
۸. صناعی، پرویز، حقوق جزای عمومی، چاپ دوم، تهران، طرح نو، ۱۳۸۸ ش.
۹. طوسی، محمد بن حسن، الخلاف، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۰۷ ق.
۱۰. عاملی، محمد بن مکی، الدروس الشرعية فی فقه الامامیه، چاپ دوم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۷ ق.
۱۱. همو، اللمعة دمشقیة فی فقه الامامیه، بیروت، دار التراث - الدار الاسلامیه، ۱۴۱۰ ق.
۱۲. عاملی جبعی، زین‌الدین بن علی، مباحث حقوقی شرح لمعه، به کوشش دکتر اسدالله لطفی، چاپ سوم، تهران، مجد، ۱۳۸۵ ش.
۱۳. همو، مسالک الافهام الی تفسیح شرائع الاسلام، قم، مؤسسه المعارف الاسلامیه، ۱۴۱۳ ق.
۱۴. عطار، داوود، دفاع مشروع و تجاوز از حدود آن، ترجمه بهمن رازانی، تهران، باز، ۱۳۷۸ ش.
۱۵. فاضل هندی، بهاء‌الدین محمد بن حسن اصفهانی، کشف اللثام و الابهام عن قواعد الاحکام، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۶ ق.
۱۶. قمی، میرزا ابوالقاسم، جامع الشتات، ترجمه اسماعیل خواجه‌ی مازندرانی خاتون‌آبادی، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۱۸ ق.
۱۷. مکارم شیرازی، ناصر، الفتاوی الجدیدة، چاپ دوم، قم، مدرسه امام علی علیه السلام، ۱۴۲۷ ق.
۱۸. منتهی‌نژاد، صادق، کاربرد معیارهای عینی و ذهنی در حقوق کیفری، رساله دکتری دانشگاه تهران، ۱۳۹۰ ش.
۱۹. موسوی خمینی، سیدروح‌الله، تحریر الوسیله، چاپ بیست و یکم، قم، دفتر انتشارات اسلامی، ۱۴۲۵ ق.
۲۰. میرمحمدصادقی، حسین، حقوق کیفری اختصاصی ۱، چاپ چهاردهم، تهران، میزان، ۱۳۹۳ ش.
۲۱. نجفی، محمدحسن، جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام، چاپ هفتم، بیروت، دار احیاء التراث العربی، ۱۴۰۴ ق.
۲۲. نوربها، رضا، زمینه حقوق جزای عمومی، چاپ بیست و یکم، تهران، گنج دانش، ۱۳۸۷ ش.
23. Baron, Marcia, "Justifications and Excuses", *Ohio State Journal of Criminal Law*, Vol. 2, 2005.
24. Botterell, Andrew, *A Primer on Distinction between Justification and Excuse*, University of Western Ontario, Blackwell Publishing, 2009.
25. Byrd, B. Sharon, "Wrongdoing and Attribution: Implications beyond the Justification-Excuse Distinction", *The Wayne Law Review*, Vol. 33, No. 4, 1987.

26. Christopher, Russell L., "Mistake of Fact in the Objective Theory of Justification: Do Two Rights Make Two Wrongs Make Two Rights...?", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 85, No. 2, 1994.
27. Dressler, Joshua, "Justifications and Excuses: A Brief Review of the Concepts and the Literature", *Wayne Law Review*, Vol. 33, No. 4, 1987.
28. Dressler, Joshua, "New Thoughts about the Concept of Justification in the Criminal Law: A Critique of Fletcher's Thinking and Rethinking", *Ucla Law Review*, Vol. 32, 1984.
29. Duff, R. A., "Rethinking Justifications", *Tulsa Law Review*, Vol. 39, 2004.
30. Ferzan, Kimberly Kessler, *Justifying Self-Defense*, Law and Philosophy, Vol. 24, Rutgers University, School of Law, 2005.
31. Fletcher, George P., "Rights and Excuses", *Criminal Justice Ethics*, Vol. 3, No. 2, 1984.
32. Fletcher, George P., "The Right and the Reasonable", *Harvard Law Review*, Vol. 98, 1985.
33. Fletcher, George P., *A Crime of Self-Defense: Bernhard Goetz and the Law on Trial*, University of Chicago Press, 1990.
34. Fletcher, George P., *Rethinking Criminal Law*, Oxford University Press, 2000.
35. Fontaine, Reid Griffith, "A Symposium on Self-Defense: An Attack on Self-Defense", *American Criminal Law Review*, Vol. 47, 2010.
36. Gardner, John, *Offences and Defenses*, Oxford University Press, 2007.
37. Greenawalt, Kent, "The Perplexing Borders of Justification and Excuse", *Columbia Law Review*, Vol. 84, No. 8, 1984.
38. Greenawalt, Kent, *Distinguishing Justification from Excuse*, Duke University School of Law, 1986.
39. Hassemer, Winfried, "Justification and Excuse in Criminal Law: Theses and Comments", *Brigham Young University Law review*, 1986.
40. Hurd, Heidi M., "Wrongdoing and Culpability", *Notre Dame Law Review*, Vol. 74, 1998-1999.
41. Husak, Douglas, "Conflicts of Justifications", *Law and Philosophy*, Vol. 18, 1999.
42. Husak, Douglas N., "Justifications and the Criminal Liability of Accessories", *The Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 80, 1989.
43. Moore, Michael S., "Causation and the Excuses", *California Law Review*, Vol. 73, 1985.
44. Morawetz, Thomas, "Reconstructing the Criminal Defenses: The Significance of Justification", *Journal of Criminal Law and Criminology*, Vol. 77, No. 2, 1986.
45. Robinson, Paul H., "Criminal Law Defenses: A Systematic Analysis", *Columbia Law Review*, Vol. 82, 1982.
46. Robinson, Poul H., "A Theory of Justification: Societal Harm as a Prerequisite for Criminal Liability", *Ucla Law Review*, Vol. 23, 1975.

47. Schopp, Robert F., *Justification Defenses and Just Convictions*, Cambridge University Press, 1998.
48. Sendor, Benjamin, "Mistakes of Fact: A Study in the Structure of Criminal Conduct", *Wake Forest Law Review*, Vol. 25, 1990.
49. Simons, Kenneth W., "Self Defense: Reasonable Beliefs or Reasonable Self-Control?", *New Criminal Law Review*, Vol. 11, No. 1, 2008.
50. Stewart, Hamish, *The Constitution and the Right of Self-Defense*, Faculty of Law, University of Toronto, 2009.