

### چکیده

دفاع مشروع اصطلاحی است که در حوزه حقوق کیفری به کار برده می‌شود و منظور از آن این است که ارتکاب عمل دفاعی در برخی از وضعیت‌ها، از پشتبانی قانونی برخوردار است. تمایز میان جرایم در بر دارنده کیفر و جرایم بدون کیفر موضوع بنیادی و مهم است؛ یکی از موارد این مهم، دفاع مشروع شمرده می‌شود از این‌رو، اثبات جرایم بدون کیفر به عنوان حق و تکلیف، از اهمیت خاص برخوردار است؛ از این‌رو، تشخیص قلمرو دفاع مشروع (به عنوان یک اقدامیکه عنصر مادی و قانونی جرم بودن را تکمیل مینماید، اما فقدان عنصر معنوی آن را از فهرست جرایم بر می‌دارد)، با ظرافتهای خاصی در فقه و قانون پیشبینی گردیده است. تبرئه شدن برخی از جرایم نگرانیهای را در مورد دفاع مشروع (که ممکن است از آن سوء استفاده شود)، بر انگیخته است.

در این تحقیق، موضوع دفاع مشروع از منظر قانون جزای افغانستان طرح گردیده و ذیل سه رویکرد (نظریه اجبار معنوی، نظریه حق و تکلیف و نظریه تعارض دو حق)، مورد بحث و بررسی قرار گرفته و به نتیجه زیر دست یافته است:

موضوع دفاع مشروع در دو بخش تجاوز مستوجب دفاع و دفاع مشروط به موارد پیش‌بینی شده در قانون، تقسیم و تنظیم گردیده و برای هر کدام شرایطی خاصی در نظر گرفته شده است. شرایط تجاوز مستوجب دفاع مشروع (شامل: فعلی یا قریب الوقوع بودن تجاوز، غیر قانونی بودن تجاوز) و شرایط دفاع قانونی (شامل: ضروری بودن دفاع، تناسب دفاع با تجاوز، دفاع از دیگری و...)، به بررسی گرفته شده است.

### واژه‌های کلیدی

دفاع مشروع؛ تجاوز؛ زوال عنصر قانونی؛ حق؛ تکلیف؛ تجاوز مستوجب دفاع؛ جرم؛ مسئولیت جزایی.

### مقدمه

تحقیقات نشان می‌دهد که پدیده‌های مجرمانه موازی و همگام با زندگی گروهی بشر بوده و تحولات خود را متناسب با پیچیدگی زندگی انسان داشته است؛ به گونه‌ای که در هر شرایط و زمان، قلمرو، ماهیت و تعریف جرم توأم با تغییر بوده است؛ بدین توضیح که برخی از رفتارها و اعمال اشخاص در یک زمانی جرم بوده و در زمان دیگر از فهرست جرایم بیرون شده‌اند.

روند تحولات تاریخی جرایم و مجازات‌ها نشان می‌دهند که رابطه معنی‌دار، میان نگاه به جرایم و تحقق عدالت جزایی، وجود داشته است. در مورد پدیده مجرمانه برداشتهای متفاوتی وجود داشته؛ چنانکه راجع به اهداف مجازات نیز برداشتها و تعبیری گوناگونی دیده میشود.

میشل فوکو نویسنده و فیلسوف معروف فرانسوی ضمن اشاره به دوره‌های تحول مجازات، از عدالت جزایی گذشته به عنوان "عدالت سنتی" یاد نموده است. "آقای فوکو از دوره‌های مختلف مجازات‌ها یاد نموده است؛ طوریکه، «دوره رسواییهای بزرگ عدالت سنتی؛ دوره طرحهای بی‌شمار اصلاحات؛ دوره نظریه جدید قانون و جرم؛ دوره توجیه نوین اخلاقی یا سیاسی حق مجازات کردن؛ دوره لغو فرمانها و قوانین قدیمی و محو رسوم؛ دوره طرح یا تحریر قوانین مدرن» (فوکو، ۱۳۷۸، ۱۶)؛ از جمله دوره‌های آنند که آقای فوکو از آنها تذکر به عمل آمده است. دوره‌های مجازات نشانگر تحولات قوانین، مجازات و اهداف آن در جامعه بشری است، بنابراین، در گذشته تنها به جرم نگریسته میشد و مجرم و شرایط اعمال مجرمانه مورد توجه قرار نمیگرفت. این‌گونه نگاه به جرم مجازات نامتناسب را در پیداشت؛ اما اکنون نه تنها به جرم؛ بلکه به مجرم و شخصیت آن و شرایط تحقق جرم نیز نگریسته میشود؛ این درحالی است که نظامهای جزایی در حال رشد و توسعه هستند و همین روند توسعه یافتگی نظامهای جزایی در طرح و تصویب قوانین تأثیری خود را داشته‌اند و این نمایانگر پیشرفت عدالت جزایی میباشد.

در این نوشته نخست، به تفاوت میان اعمال مجرمانه و اعمال شبه جرم که به لحاظ قانونی توجیه پذیر هستند، پرداخته شده و سپس شرایط دفاع مشروع مورد بحث قرار گرفته است.

قاعده دفاع مشروع در نظامهای مختلف مطرح بوده است. «در حقوق روم دفاع مشروع جرم تلقی نگردیده و یکی از حقوقدانان معروف اروپایی از آن به عنوان اصلی از حقوق طبیعی یاد کرده است، در حقوق قدیم فرانسه قاعده دفاع مشروع با محدودیتهای زیادی پذیرفته شده است. در قوانین جزایی اسلام این اصل با محدودیتهایی پذیرفته شده است» (نوربها ۱۳۹۰، ۲۵۹). با توجه به موارد ذکر شده، میتوان گفت که، قاعده دفاع مشروع، از نظر زمانی به گذشته‌های دور بر می‌گردد و از نظر گستردگی در نظامهای جزایی زیادی طرح و بررسی گردیده است.

## ۱. طرح بحث

این مبحث حاوی دو گفتار است. در گفتار اول به طرح و بررسی برخی از پرسشها و فرضیه پرداخته شده و گفتار دوم به نظریه‌های حقوق جزا راجع به دفاع مشروع اختصاص یافته است.

## ۲. پرسشها

در بحث دفاع مشروع نخستین پرسش این است که، آیا همه‌ی اعمال مجرمانه دارای وصف جرمی، مجازات در پی دارند؟ یا خیر چنین نیست؟

در رابطه با جزء اول سوال، مطالعه نظامهای کیفری کشورها و همچنین بررسی قوانین دنیا، مخصوصاً نظامهای جزایی و قوانین دورههای جدید که به نحوی عدالت محورانه تدوین یافته‌اند، این نتیجه به دست می‌آید که عمدتاً همه اعمال مجرمانه به نحوی مجازات در پی ندارند؛ بلکه برخی از جرایم از جمله «دفاع مشروع، اضطرار، اکراه، حکم قانون و دستور مقام صلاحیت‌دار، اعمال جراحی و درمانی، تأدیب و تربیت» و مانند آن، توجیه قانونی پیدا میکنند و در صورتی که شرایط قانونی آنها فراهم شده باشد، مجازات در پی نخواهند داشت. این امر بیشتر به حالات و شرایطی که جرم تحت آن شرایط و عوامل تحقق پیدا میکند، بستگی دارد؛ زیرا «در برخی از مواقع، به علت وجود اوضاع و احوال و شرایط ویژه، مقنن ارتکاب عملی را که در شرایط عادی جرم است، قابل تعقیب و مجازات نمیداند» (ساریخانی، ۱۳۸۲، ۶۲). با وجود این ممکن است در برخی از نظامهای جزایی گذشته که تنها به پدیده مجرمانه توجه داشته‌اند و مسایلی مانند اراده مجرم در انجام عمل جرمی، شرایطی که تحت آن مجرم به عمل جرمی مبادرت می‌ورزند، شخصیت مجرم، ابعاد جرم و قاعده دفاع مشروع مورد، توجه نبوده‌اند.

جزء دوم سؤال، هرگاه برخی از جرایم توجیه قانونی پیدا کنند چه تأثیری در عدالت جزایی خواهند داشت؟ اعمال مجرمانه بر اساس شرایط تحقق جرم (شرایط عادی و شرایط غیرعادی) به دو دسته تقسیم می‌شود (اعمالی جرمی که مجازات در پی دارند و جرایمی که مجازات در پی ندارند)، این جدایی اعمال بزهکارانه به لحاظ شناختی و توجیه برخی از جرایمی که توسط اشخاص تحت شرایط ویژه انجام می‌یابند، در تعیین مجازات به لحاظ جزایی و قانونی، چه کمکی در تحقق عدالت جزایی که یکی از اهداف اساسی نظامهای جزایی و قوانین را تشکیل می‌دهد، خواهد نمود...؟ با توجه به سؤالات مطرح شده، همانگونه که اشاره شد تحقق عدالت جزایی، یکی از اهداف اساسی نظامهای جزایی و قوانین بوده است؛ بنابراین، اجرای قوانین تصویب شده توسط نظامهای عدلی قضایی کشورها به عهده دولت است و تأمین عدالت و امنیت جزء وظایف مهم دولتها به حساب می‌آید؛ اما دولت در برخی از شرایط نمیتواند به این وظیفه خود رسیدگی کند؛ از طرف دیگر ممکن است در برخی از مواقع و شرایط، انسانهای دیگری نیز شاید حضور نداشته باشند تا از فرد یا افراد مورد تجاوز دفاع نماید و این وظیفه انسانی و اخلاقی را انجام دهند؛ در چنین شرایطی، فرد مورد تجاوز، به خاطر دفاع از خود و حریم خودش، لازم است دست به اقدامی دفاعی بزند؛ این کار برای تحقق عدالت و پیش‌گیری از جرم، ضروری به نظر میرسد؛ لازم است از یک سو نظام جزایی و از سوی دیگر، قانونگذار به این‌گونه اعمال واکنش متفاوت نشان دهند. این‌گونه عدالت جزایی بهتر تحقق پیدا خواهد کرد و به همین جهت اکثر قانونگذاران در برابر این‌گونه شرایط انعطاف‌پذیری جزایی داشته باشند و «قانونگذار فعل ضروری را [تحت عنوان دفاع قانونی] صراحتاً اجازه داده و وصف مجرمانه را از آن زدوده است [یا توجیه کرده‌اند]. به همین دلیل است که مدافع در چنین حالتی نه تنها مقصر نیست؛ بلکه ضامن خسارتها یا صدماتی وارده به دیگری نیز محسوب نمیشود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۱۹۷). مدافع وقتی در شرایطی قرار گیرد که احتمال همکاری نه از طرف مردم و نه از جانب دولت پیش‌بینی میشود و از سویی هم خطر تجاوز قریب الوقوع به نظر می‌آید، به لحاظ جزایی و قانونی حق

دارد تا از خود یا عرض، ناموس و مال خود دفاع نماید. همچنین مکلف است از تن یا ناموس یا عرض یا مال دیگری که توان دفاع در برابر متجاوز را ندارد، به دفاع بپردازد. از گفته‌های بالا به این نتیجه میتوان رسید که دفاع قانونی با در نظر داشت شرایط آن نه تنها جرم نیست؛ بلکه احقاق حق نیز به حساب می‌آید؛ بلکه احقاق حق به معنی دقیق کلمه همان عدالت است. بنابراین وقتی برخی از جرایم به لحاظ قانونی توجیه میشوند، در تحقق عدالت جزایی کمک میکند. در اصل این‌گونه اعمال جرم نیستند؛ بلکه حقوق و تکالیفی هستند که ظاهراً مجرمانه جلوه میکنند. در چنین حالتی، اگر قانونگذار این‌گونه اعمال را برحسب ظاهر آنها که شبه جرم هستند، محکوم به مجازات بدانند، سبب نقض حقوق گردیده و عدالت زیر سؤال می‌رود.

قاعده دفاع مشروع، علاوه بر شرایط خاصی که به آن‌ها اشاره خواهد شد، دارای قلمرو محدود است و اعمالی که از این محدوده خارج میشود به لحاظ قانونی قابل توجیه نبوده؛ بلکه مجازات نیز در پی دارند، طوریکه «انجام هر نوع عملی را که جرم باشد... در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب‌الوقوع، در صورت اجتماع شرایط مذکور در قانون از عوامل موجه تلقی میکنند و آن را قابل تعقیب و مجازات نمی‌دانند... با این وجود، به نظر میرسد، ارتکاب جرایمی که ماهیتاً نمی‌توانند انجام دفاع را در مقابل حمله توجیه نمایند، از قلمرو دفاع قانونی خارج است». (گلدوزیان، ۱۳۸۹، ۱۱۹-۱۲۰)

سؤال دیگری که میتوان مطرح کرد این است که چرا برخی از اعمال مجرمانه را توجیه جزایی و قانونی میکند؟ آیا در نظر داشت این اصل جزایی زمینه سوء استفاده برای برخی از مجرمین فراهم نمیشود و در این صورت موجب نقض عدالت جزایی نمیگردد؟ در رابطه با جزء اول این سؤال میتوان مطرح نمود که اگر همه اعمال مجرمانه تحت شرایط ثابت انجام یابد، این درست خواهد بود که باید تمام اعمال مجرمانه بدون کم و کاست تا حدودی مجازات یکسانی را در پیداشته باشند؛ به عبارت دیگر، وقتی شرایط تحقق عمل جرمی و حالات مجرم را از عمل جرمی برداریم، این عادلانه خواهد بود که همه جرایم توأم با مجازات باشد؛ ولی هنگامیکه به ابعاد تشکیل دهنده جرم نگریسته شود، تمایز تکالیف و حقوق از تجاوز امر عادلانه به نظر می‌آید؛ بنابراین، عدالت جزایی تابع احقاق حقوق و مجازات مجرمین است؛ مهم آن است که اولاً این دو از یکدیگر متمایز شوند و در ثانی راجع به جرایم، احکامی متناسب با جرم صادر گردد؛ لذا، دفاع قانونی در حقیقت جرم نیست؛ بلکه ظاهراً به نظر مجرمانه می‌آید؛ در واقع این یک حق است در برابر آزادی تن خود، یا ناموس خود یا عرض خود و یا مال خود، و تکلیف است در برابر آزادی تن، ناموس، عرض و یا مال دیگری «حق دفاع در مقابل تجاوزات به جان، آزادی، عرض، ناموس و مال از حقوق طبیعی هر انسان است» (گلدوزیان، ۱۳۸۹، ۱۱۸). علاوه بر این، برخی از حقوقدانان معتقدند که «دفاع در برابر تجاوز غیرقانونی نه تنها اعمال حق؛ بلکه یک وظیفه قانونی و اخلاقی است». (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۱۹۹)

میتوان دو مقوله متضاد جزایی را که عبارتند از دفاع و جرم، در برابر هم قرار داد؛ یعنی آنچه که قابل دفاع است و مجازات در پی ندارد، در جمع دفاع قرار میگیرد؛ در مقابل آنچه که قابل دفاع نیست و مجازات در پی دارد در جمع جرم دسته بندی میشود، این دسته بندی بسیار کلی است؛ اما به عنوان یک راه‌گشای نظری و

عملی برای رسیدن به جزئیات و احکام، بسیار منطقی خواهد بود. در اینجا میتوان به این نکته رسید که، آنچه ما تصور میکردیم این بود که جرایم را به لحاظ در پی داشتن مجازات و عدم آن به دو دسته تقسیم کرد، این نکته نشانگر آن است که برای برخی از جرایم محکومیت و مجازات وجود ندارد؛ ولی تعداد دیگری از جرایم مجازات در پی دارند؛ اما نتیجه پژوهش واقعیت را بگونه‌های دیگر نشان می‌دهد و آن این است که همه جرایم مجازات در پی دارند مگر آنچه که وصف جرمی‌اش براساس دلایل و حالات مجرم و شرایطی که جرم اتفاق می‌افتد زوده شود، در حقیقت جرم نبودن عمل به اثبات میرسد.

اما قسمت دوم سؤال که بیشتر باعث نگرانی میشود این است که امکان دارد از این اصل جزایی که برای تحقق عدالت جزایی قرارداد شده است سوء استفاده شود و در نتیجه عدالت جزایی زیر سؤال رود؟ طبیعی است که از هر ابزار بشری حد اقل به دو صورت متضاد (منفی یا مثبت) استفاده شود و به عوض عدالت، ظلم پدیدار گردد؛ ولی آنچه که بیشتر مایه اطمینان است، اول بحث اهلیت قاضی در دستگاه قضایی اسلام است؛ بنابراین، هرگاه قاضی با در نظر داشت چنین شرایطی، منصب قضاء را اشغال میکند، احتمال تخطی کمتر پیش‌بینی میشود.

نکته دوم شرایطی است که در نظامهای جزایی مخصوصاً نظام جزایی اسلام برای تجاوز مستوجب دفاع و شرایط دفاع قرارداد شده است. این شرایط (شرایط مربوط به صلاحیت قاضی و شرایط دفاع مشروع)، میتوانند ضمانتهای خوبی برای جلوگیری از تخطی و سوء استفاده از این اصل جزایی باشد. با آن هم نباید از مشکلات این اصل غافل شد؛ زیرا قضاوت در مورد چنین مسائلی ظرافت خاصی میطلبد و احتمال می‌رود که گاهی شاید حق متهم و یا حق قربانی نقض گردد؛ بناءً باید با احتیاط کامل عمل کرد.

### ۳. نظریه‌های حقوق جزا در باره دفاع مشروع

در گفتار اول، روی دو نکته تقسیم جرایم به لحاظ در پیداشتن مجازات و عدم آن و تأثیر تبرئه شدن برخی از جرایم بر عدالت جزایی، بررسی شد. فرض بر این بود که جرایم از دید در پیداشتن مجازات و عدم آن دو دسته‌اند؛ برخی از جرایم به لحاظ شرایط و موقعیت تحقق جرم توجیه قانونی می‌یابند و از اینکه در موقعیت و شرایط غیرعادی انجام می‌یابند، تبرئه میشوند و از این جهت عادلانه مینموند؛ اما بعد از مطالعه و پژوهش به نتیجه نسبتاً متفاوتی دست یافتیم و آن این است که این‌گونه جرایم به این خاطر تبرئه نمیشوند که ابتداء جرم بودنش اثبات شود بعد به دلایل غیرعادی بودن شرایط و مسایل دیگر، مجازات در پیداشته باشند؛ بلکه به این خاطر تبرئه میشوند و مجازات در پی ندارند که جرم نبودن این‌گونه اعمال به اثبات میرسند. در حقیقت این اعمال جرم نیستند؛ ولی به لحاظ شناختی به گونه جلوه میکنند که گویا این اعمال جرم هستند. در اینجا میان حالت تبرئه شونددگی و اتهام وارد شونددگی اعمال شبه جرایم، یک‌نوع سر درگمی پدید می‌آید.

در مورد دفاع مشروع سه رویکرد نظری طرح و بررسی شده است که عبارت‌اند از، نظریه اجبار معنوی، نظریه اعمال حق و انجام تکلیف و نظریه تعارض دو حق. در ادامه این سه نظریه مورد بحث و بررسی قرار می‌گیرند.

### ۳-۱. نظریه اجبار معنوی

نظریه اجبار معنوی، می‌گوید: عمل دفاع قانونی ماهیت جرمی دارد؛ یعنی وصف جرمی عمل برداشته نمی‌شود؛ اما به دلیل این که در هنگام دفاع، اراده فرد مدافع مختل می‌شود و با اراده آزاد و قاطع به دفاع بر نمی‌خیزد و مدافع به نحوی به عکسالعمل مجبور می‌شود؛ بنابراین، مجازات در پی ندارد. در واقع نظریه اجبار معنوی، جرم بودن عمل را پذیرفته است؛ لکن مدافع را به دلیل مجبور بودن در عکس العمل، قابل تبرئه میداند «بر اساس این نظریه، عمل مجرمانه به هنگام دفاع تغییر ماهیت نمیدهد؛ بلکه به دلیل سلب اراده از مدافع و عدم تسلط بر عمل خود، قابل انتساب به اونیست» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۸)؛ یعنی تحت تاثیر غریزی حفظ خود، جرم به وجود آمده و اراده آدمی، در آن نقش قابل قبول ندارد؛ زیرا، جبر ناشی از تجاوز غیر مشروع انسان را به ارتکاب جرم وادار کرده است.

#### ۳-۱-۱. نقد نظریه اجبار معنوی

برخی از نویسندگان به بررسی این نظریه پرداخته و گفته‌اند که عکس‌العمل جبری بر مبنای ترس در همه قلمرو دفاع قانونی درست نیست؛ زیرا «این نظریه ممکن است در وضعی مانند دفاع از خود موجه باشد؛ ولی در موقعیت دفاع از جان یا مال دیگری که از اختیار تام و اراده آزاد، مدافع برخوردار است، مقبول نیست» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۸).

نظریه اجبار معنوی مشکلات بیشتر از این دارد به این دلیل که این نظریه موارد دفاع قانونی را از هم جدا نکرده تا بر مبنای مورد خاص استدلال کند؛ یعنی دفاع از جان خویشتن یا دفاع از ناموس یا دفاع از عرض و مال هر کدام موارد متفاوتی‌اند که حالات متفاوت ارادی و واکنشی در فرد ایجاد میکند. ممکن است در برخی از موارد به قول این نظریه، اختلال ارادی بیشتر و در برخی از موارد دیگر، اختلال روانی کمتری متوجه مدافع بسازد. افزون بر این، شاید در پارهای از موارد، مدافع اصلاً دچار اختلال ارادی نگردد. مشکل دیگر نظریه اجبار معنوی در این است که تفاوت‌های فردی را در نظر نگرفته است؛ یعنی ممکن است بعضی از افراد در اکثر موارد دفاع قانونی حتی دفاع از جان، دچار اختلال ارادی نشود (ممکن است توانایی جسمی، مهارت فیزیکی، میزان هوش، جرئت و... متغیرهای انسان شناختی و روان شناختی افراد در قاطعیت ارادی مدافع تأثیر عمیق داشته باشد). مطابق نظریه اجبار معنوی، فردی که مورد حمله و تجاوز واقع می‌شود، اراده‌اش سلب شده، کسی که اراده او گرفته شود دیگر نمیتواند کار عاقلانه انجام دهد؛ مثلاً: دفاع از دیگری و مال خود و همچنین دفاع از مال خود و عرض خود یا ناموس خود در برخی از موارد یک بر خورد غریزی نیست؛ بلکه یک کار عاقلانه است. گذشته از این، ممکن است در بسیاری از فرهنگها، افراد زیادی-با نظر داشت تفاوت‌های فرهنگی و فردی- در هنگام تجاوز نه تنها که دچار اختلال ارادی نشوند، بلکه قاطعیت ارادی بیشتری پیدا کنند و بیشتر تحریک شوند). به نظر می‌آید، این دیدگاه قابل تعمیم نباشد؛ زیرا این امر بسته به وضعیت روانی، توانایی جسمی، مهارت‌های فیزیکی و احساس افراد متفاوت است. بنابراین، نمی‌توان به طور عام حکم کرد که، همه در هنگام

دفاع مشروع در حدی تحت تاثیر قرار می‌گیرند که اراده‌ی شان متأثر می‌گردد. گذشته از این هنگامی که دفاع کننده در دفاع از دیگری می‌شتابد، بعید به نظر می‌رسد تا اراده خود را اداره نتواند.

قانون‌گذار افغانستان این نظریه را نپذیرفته است؛ زیرا موضوع امنیت، نظم جامعه و نگهداشت حقوق افراد، راجع به دفاع مشروع، مورد توجه است. (مواد ۵۷ و ۵۸ ق. جزا)

## ۲-۳. نظریه اعمال حق و انجام تکلیف

تاکید این نظریه بر این است که، عکس‌العمل دفاعی را نظر به قلمرو تجاوز به دو دسته تقسیم کند. مطابق این نظریه هرگاه تجاوز در قلمرو خود شخص مدافع صورت گیرد، عکس‌العمل دفاعی وجه حقوقی مییابد و در صورتیکه تجاوز در قلمرو دیگری صورت بگیرد و فرد مورد تجاوز توان دفاع از خود یا عرض یا ناموس و یا مال خود را نداشته باشد با در نظر داشت شرایط تحقق دفاع، واکنش انجام یافته وجهی تکلیفی پیدا میکند؛ «کسی که به دفع تجاوز می‌پردازد و در اثنای آن مرتکب جرم میشود، حقی را ناگزیر اعمال میکند، که قانوناً استیفای آن به عهده جامعه است، چون توسل به قوای دولت [که وظیفه دفاع از جامعه را به عهده دارد] در وضع اضطراری فردی ممکن نیست و یا مداخله قوای مذکور ممکن است در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود، [بنابراین]، اشخاص خود میتوانند به این مهم قیام کنند» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹)؛ لذا فرد مورد تجاوز قانوناً حق دارد که مورد حمایت قرار بگیرد. این تکلیف اساساً به عهده جامعه و دولت است، در شرایط غیرعادی و موقعیت‌های خاص دسترسی به این قوهها ممکن نیست و یا وجود این قوهها در دفع خطر کارگر نیست، پس حق دفاع که به عهده دولت بود، به خود فرد مورد تجاوز تکیه میکند. فرد مورد تجاوز مطابق این نظریه میتواند اعمال حق کند و با در نظر داشت شرایط دفاع و تجاوز مستوجب دفاع از خود یا عرض یا ناموس یا مال خود به دفاع بپردازد.

اما هنگامی که فرد دیگر مورد تجاوز واقع میشود، واکنش و مسئولیت فرد مدافع وجه دیگری بخود می‌گیرد؛ یعنی همانطوریکه گفته شد واکنش فرد مدافع جنبه تکلیفی پیدا میکند «چه در برخی موارد، دفاع از فردی که در مقابل تجاوز به کمک نیازمند است، یک وظیفه اخلاقی و قانونی است» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹). به این ترتیب «در دفاع قانونی، شخص حقی را اجراء کرده و تکلیف خود را در اجرای عدالت به جا آورده است... [بر این اساس] دفاع قانونی جرم نیست که مجازات برای آن متصور باشد» (نوربها ۱۳۹۰، ۲۵۹).

به نظر می‌رسد، نظریه دوم (اجرای حق و انجام تکلیف)، مطابق قانون جزای افغانستان پذیرفته شده است، زیرا بند (۱) ماده (۵۹) قانون جزا مقرر داشته است: حق دفاع مشروع هنگامی موجود می‌گردد که، دفاع کننده روی اسباب معقول و دلایل منطقی یقین نماید که خطر تجاوز بر مال، جان، یا ناموس دفاع کننده و یا شخص دیگری متوجه است. ممکن است فرد دفاع کننده در هنگام دفاع از مال، جان یا ناموس خود، از حق قانونی خود استفاده کند و برای دفاع از دیگری تکلیف قانونی خود را ادا کرده باشد.

## ۱-۲-۳. نقد نظریه اعمال حق و انجام تکلیف

مشکل این نظریه در این است که به منافع متضرر بیشتر متمایل به نظر می‌آید و به طور یکجانبه قضیه را نگاه کرده است. به این دلیل که این نظریه بدون اینکه به دقت بیشتر میان جرم و دفاع بپردازد و از شرایط تحقق دفاع قانونی سخن به میان بیاورد، به حق و تکلیف بودن دفاع حکم کرده است، در حالیکه عدالت اقتضاء میکند هم حقوق متضرر و هم حقوق متهم مورد توجه قرار داشته باشد.

### ۳-۳. نظریه تعارض دو حق

نظریه‌های تعارض دو حق بر این است که، هر دو طرف متهم و متضرر (قربانی) را، ذی‌حق می‌داند و هیچ طرف قضیه را متجاوز کامل و قربانی کامل ندانسته است. این نظریه، دفاع قانونی را این‌گونه توجیه میکند که، تعرض به حقی کسی جرم است و واکنش مجرمانه علیه این مجرم باز هم جرم است؛ ولی میان این دو حق اولویت بندی کرده و تأکید میکند که حق متهم که از اهمیت پایینتری برخوردار است باید قربانی حق متضرر گردد. نظریه تعارض دو حق "دفاع قانونی را اوج تعارض دو حق دانسته، [چنانچه] امر دایرگردد بر اینکه یکی از دو حق فدای دیگری شود، سزاوار آن است که، حق کم اهمیت فدای حق پر اهمیت شود... در دفاع قانونی نیز کسی که به حقوق دیگری تعدی میکند، ارزش حقوقی او تنزل پیدا میکند و یا محو میشود. بنابراین باید بجای آن، حقوق کسی که مورد حمله واقع شده است بر قرار بماند (اردبیلی ۱۳۸۷، ۱۹۹).

#### ۱-۳-۳. نقد نظریه

مشکل عمده این نظریه در این است که عمل مجرمانه و تجاوز کارانه متجاوز را با واکنش مدافعانه قربانی یا مدافع، از نظر اهمیت در کنار هم قرار داده و از نظر سنخ‌بندی اعمال، عمل آن دو را تقریباً در یک سنخ جاداده است. این نظریه بیشتر به خسارت وارد شده به قربانی یا متجاوز تکیه داشته است تا نیت عمل کردها و عامل اصلی جنایت، این‌جاست که میان جرم و دفاع (حق) جدایی چندانی در نظر نگرفته و مجرم و مدافع را تا حدودی در کنار هم نشانده است. در حالیکه متجاوز بنابر عمل مجرمانه که انجام میدهد، حتی حق زیستن خود را از دست میدهد. این دیدگاه نه تنها با عقل تجربی در برخی موارد در تضاد قرار می‌گیرد؛ بلکه با نصوص دینی نیز در تناقض است؛ «امام موسی بن جعفر (ع) فرمود: بدانکه هر کس داخل خانه دیگری شود، خون خود را به هدر داده است» (قبله‌ای ۱۳۸۸، ۶۸).

نظریه‌های حقوقی بالا هر کدام به دفاع قانونی از زوایایی خاص نگاه کرده‌اند، ولی هیچ کدام در مورد اینکه دفاع قانونی حق و عمل متجاوز جرم است توافق نظر ندارند، برخلاف آنچه که ما فرض نموده بودیم؛ تصور ما این بود که نظریه‌های حقوقی ممکن است روی قاعده دفاع مشروع به عنوان حق ثابت توافق داشته باشند؛ ولی هر کدام با رویکردهای متفاوت به این حق نگاه کرده باشند و به توجیه آن پرداخته باشند. این نکته درست از آب در آمد که نظریه‌های حقوقی از زوایایی متفاوت از هم به توجیه عمل دفاع قانونی پرداخته‌اند. توافقی که میان این نظریه‌ها استنباط می‌شود این است که تقریباً در مورد برداشته شدن مجازات از مدافع توافق نظر وجود دارد. این نظریه‌ها در توجیه این اصل مشکلاتی نیز داشتند طوریکه، نظریه جبر معنوی بیشترین مشکل



را در این داشت که بدون تفکیک موارد دفاع، اختلال اراده مدافع را ناشی از ترس دانسته بود و بدون اینکه به تفاوت‌های فردی و شرایط دفاع توجه کند آنرا تعمیم پذیر تلقی کرده است. مشکل نظریه اجراء حق و انجام تکلیف در این بود که کمی متمایل به جانب متضرر به نظر می‌رسد و در این صورت حقوق متهم و یا متجاوز در صورتیکه دست به جرم سنگین نبرده باشد، نقض می‌شود. مهمترین مشکل نظریه تعارض دو حق، در این است که تا حدودی تجاوز و دفاع را از نظر قانونی بودن و تعارض قانونی در کنار هم قرار داده و با این کار به نفع متضرر متمایل گردیده است.

#### ۴. تجاوز و دفاع مشروع

در این مبحث ابتداء از شرایط تجاوز مستوجب دفاع سخن گفته شده، سپس به شرایط دفاع قانونی پرداخته شده و در نهایت از انواع دفاع قانونی سخن به میان آمده است.

##### ۴-۱. شرایط تجاوز مستوجب دفاع

در این گفتار به شرایط تجاوز مستوجب دفاع پرداخته شده که عبارت‌اند از: قریب الوقوع بودن؛ غیر قابل دفع بودن؛ غیر قانون بودن و عدم تحریک قربانی.

آیا هرگونه عمل تجاوزکارانه میتواند مستوجب دفاع باشد؟ به عبارت دیگر، تجاوز مستلزم دفاع دارای چه محدودیتهایی است؟

در پاسخ باید گفت که هر عمل تجاوزکارانه اگر توسط فرد متضرر پاسخ داده شود، از یک طرف ضرورت وجودی حکومت به عنوان یک نهاد ادارکننده جامعه زیر سؤال می‌رود و از طرف دیگر منازعات انتقام جویانه اجتماعی گسترده خواهد شد. پس باید اعمال تهاجمیکه در شرایط خاص انجام مییابد و این شرایط ویژه ممکن است محدوددهای زمانی، مکانی و ذهنی را در برداشته باشد که مستوجب دفاع خواهد بود؛ در قوانین و نظام‌های جزایی به تحقق یافتن شرایط معینی، مشروط شده است. در ادامه به این شرایط، قرار ذیل اشاره می‌گردد:

##### ۴-۱-۱. فعلی و قریبالوقوع بودن تجاوز

منظور از تجاوز فعلی یا قریبالوقوع این است که قصد تجاوز «به جان، مال، عرض، و آزادی تن خود یا دیگری به مرحله فعلیت و واقعیت در آمده باشد، یا یقین وقوع تجاوز برود...» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۰). شرط فعلی یا قریبالوقوع، دفاع قانونی را از دو عمل دیگری که بسیار با هم نزدیک و شبیه‌اند جدا کرده و هرگاه این دو عمل انجام یابند، دفاع نبوده؛ بلکه جرم تلقی می‌گردد و مسلم است که مجازات در پی خواهد داشت. این دو عمل یکی "پیش‌دستی" بوده که بر مبنی گمان انجام شود و وقوع تعرض به مرحله یقین نرسیده باشد؛ مانند تهدید لفظی؛ بنابراین، شخص حق استفاده از دفاع قانونی را ندارد و در صورت کسی دست به پیش دستی میبرد متعرض شناخته می‌شود. «خوف از تعرض به دلیل آنکه فرصت دفع خطر با اتخاذ تدابیر دیگری غیر از

ارتکاب جرم را فراهم می‌آورد، مواردی برای دفاع نخواهد بود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۰). اما این نکته را نباید از نظر دور داشت که پیش‌گیری از تجاوز که احتمال وقوع آن نزدیک است با پیشدستی که احتمال وقوع تجاوز گمانی است فرق میکند. عمل دیگری که با دفاع مشروع شبیه بوده ولی یکی نیست و قابل تفکیک است "انتقام جویی" است؛ یعنی «اگر تجاوز در گذشته انجام شده باشد، چنانچه بعداً به آن پاسخ گفته شود، انتقام است نه دفاع» (نوربها، ۱۳۹۰، ۲۶۴). بنابراین، «مدت دفاع مشروع محدود به حلول و پایان خطر است، پس با زایل شدن خطر به هر صورت که باشد زمان دفاع پایان مییابد، خواه به صورت منع تجاوز پایان پذیرد یا متجاوز خود منصرف گردد». (ساریخانی، ۱۳۸۲، ۶۲). قانون جزای افغانستان در مورد تشخیص خطر یا تهدید به آن قید دلایل معقولی را عنوان کرده است (بند ۱، ماده ۵۹)؛ لذا در صورتی که تجاوز در گذشته بوده و زمان آن سپری شده باشد، شرط فعلی بودن تجاوز منتفی است. حق استفاده از دفاع قانونی در حمله‌ای که زمان آن گذشته باشد، طبق قانونی جزای کشور، جایز نیست؛ زیرا این حق تنها در شرایطی به مجنی‌علیه واگذار شده است که خطر و تهدید اتفاق جرم بالفعل (آنی) بوده و در عین زمان دسترسی به نیروهای امنیتی و کمک مردمی امکان نداشته باشد یا کمک‌های یاد شده برای دفع خطر ممکن نبوده باشد. انتقام جویی شخصی در جرمی که زمان آن گذشته باشد، ممنوع بوده و مسئولیت کشف، پی‌گیری و رسیدگی آن به عهده پولیس، سارنوالی و محکمه گذاشته شده است.

#### ۲-۱-۴. غیرقابل دفع بودن تجاوز

اگر کسی بتواند شخصاً و بدون ایراد صدمه تجاوز را دفع کند و یا فرصت کافی داشته باشد که برای دفع تجاوز از قوای دولتی کمک بگیرد، «استناد به دفاع مشروع امکان پذیر نیست» (گلدوزیان، ۱۳۸۹، ۱۳۲). بعضی از محققین دفاع قانونی را به اهلیت و شخصیت متجاوز مربوط ندانسته‌اند و گفته‌اند که دفع تجاوز ارتباطی به شخصیت و خصوصیت روانی شخص متجاوز ندارد، چون منظور از تأسیس حقوقی دفاع مشروع این است که «افراد بتوانند تحت شرایطی، جان و ناموس و عرض و مال خود را در مقابل تجاوز دیگری حفظ کند، حتی اگر متجاوز طفل یا دیوانه باشد، باز دفاع مشروع جایز است» (گلدوزیان، ۱۳۸۹، ۱۲۳). اگرچه قانون جزای افغانستان، راجع به کمک‌های مردمی در دفع خطر چیزی اشاره نکرده است، ولی از توسل به موظفین خدمات عامه در دفع خطر غافل نبوده است؛ زیرا به موجب قانون جزای افغانستان، عدم دسترسی به چنین وسیله‌ای استفاده از حق دفاع مشروع را ممکن می‌سازد. (ماده ۶۲)

#### ۳-۱-۴. غیرقانونی بودن تجاوز

بسیاری از علمای حقوق غیرقانونی بودن تجاوز را یکی از شرایطی دانسته‌اند که دفاع قانونی را توجیه میکند «دفاع وقتی مصداق پیدا میکند که در مقابل تعرض قانونی یا غیرعادلانه باشد. در برابر تعرض غیرقانونی، اعمال به ظاهر تعرض‌آمیزی وجود دارد که مبنای آن دستور مقام صلاحیت‌دار و حکم قانون است» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۱). اگر طبق قانون تجاوز صورت گیرد نمیتوان در مقابل آن به دفاع متوسل شد، [مثلاً]

مقاومت در «مقابل قوای تأمینی و انتظامی را در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشد دفاع محسوب نمیکنند» (نوربها ۱۳۹۰، ۲۶۴). «دفاع قانونی در برابر مؤظفین سلطه عامه که وظایف خود را با حسن نیت انجام میدهند، گرچه در جریان وظیفه از حدود صلاحیت قانونی خود تجاوز نمایند جواز ندارد مگر در صورتیکه خوف مرگ یا جراحات شدید ناشی از عمل آنها به دلایل معقول ثابت باشد» (علامه ۱۳۹۰، ۲۹۳). برخی از فقها دامنه تجاوز قانونی که دفاع قانونی را توجیه نمیکند فراتر از رفتار خشینانه قوای قهریه دولتی بیان نموده‌اند و تاکید داشته‌اند که مثلاً اگر «پدری به فرزند خود یا معلمی به شاگرد خود برای تادیب، حمله کند، فرزند در برابر پدر و شاگرد در مقابل معلم حق دفاع و مقاومت ندارد و نیز اگر ولی دم بر قصاص شونده حمله کند و به قصد کشتن او را مورد هجوم قرار بدهد، قاتل نمیتواند از دفاع قانونی استفاده کند؛ بلکه مقاومت در برابر این قبیل حملهها جرم است و مجازات دارد» (قبله‌ای خوبی ۱۳۸۸، ۶۳).

علمای حقوق و برخی از فقها تجاوز را به لحاظ قانونی و غیرقانونی دو دسته کرده‌اند: تجاوزهای که غیر قانونی‌اند، مانند حمله فرد "الف" بالای فردی "ب" اعم از تن، عرض نا موس، و مال فرد "ب" یا دیگری، و تجاوزهای که قانونی‌اند؛ مانند حمله ماموران دولتی در هنگام اجرای وظیفه و همچنان اعمال تأدیبی پدر بر فرزند و معلم بر شاگرد.

لازم به نظر می‌آید وظیفه قانونی و اخلاقی را از تجاوز جدا بکنیم، هیچ تجاوزی نباید وظیفه قانونی کسی شناخته شود، در صورتیکه تجاوز قانونی شناخته میشود ممکن است به مصلحت نظام حاکم تمام شود تا در مواقع ضروری جهت سرکوب مردم از آن استفاده کند، ولی این در تناقض با عدالت جزایی قرار میگیرد.

عدالت جزایی اقتضاء میکند که هر تجاوز و جرمی باید مجازات در پی داشته باشد؛ اما هنگامی که قوههای دولتی و جامعه برای دفاع از فرد متضرر کار ساز نیست وظیفه دفاع به عهده خود فرد قربانی قرار میگیرد و حق دارد تا از این اصل حقوقی استفاده کند؛ ولو اینکه نیروهای انتظامی باشد. به نظر ما نیروهای امنیتی چون وظایف شان برای تأمین امنیت و نظم در جامعه است و بیشتر از مردم عامه به حقوق مردم آشنایی دارند تجاوز این‌گونه افراد مواخذه سختتری باید داشته باشد، وقتی تاکید می‌شود که بکارگیری قاعده دفاع مشروع در برابر دیوانه، مجنون و نادان جایز است و به شخصیت فرد متجاوز حتی ارتباط نمیگیرد، چطور در برابر افراد آگاهتر مانند نیروهای امنیتی متجاوز استفاده از این حق قانونی شناخته نمیشود.

همینطور اعمال تأدیبی با تجاوز متفاوت است؛ اما اگر پدری بر فرزندش و یا معلمی بر شاگردش از حد تأدیب خارج شود و به تجاوز دست بزند طوریکه حیثیت، سلامت و شخصیت او صدمه بیند عدالت جزایی اقتضاء میکند که ضرر قربانی جبران شود؛ یعنی عکس‌العمل او مطابق این شرایط ارزیابی و سنجیده شود، پای بندی به مسایل اخلاقی که سبب نقض حقوق گردد، نه اخلاقی و نه حقوقی خواهد بود؛ زیرا اخلاق نه تنها به مرزهای حقوقی و فقهی تاکید مینماید؛ بلکه در سطح بالاتر از آن به حمایت انسان و مصالح او حکم میکند.

قانون جزای افغانستان، راجع به قانون شکنی موظفین خدمات عامه که وظیفه خود را با حسن نیت انجام می‌دهند، نگاه ارفاقی داشته و استفاده از حق دفاع قانونی را در برابر این موظفین هرچند که در انجام فعالیت‌های شان از حدود صلاحیت قانونی تجاوز کرده باشند، جایز ندانسته است (ماده ۶۳)؛ ولی در صورتی که خوف مرگ یا جراحات شدید از اعمال آن‌ها به دلایل معقول ثابت بوده باشد، استفاده از این حق را مجاز دانسته است (ماده ۶۳)؛ همچنین بند (۵)، ماده (۶۰) قانون جزای افغانستان در مورد غیر قانونی و اخلاقی بودن تجاوز صراحت دارد.

#### ۴-۱-۴. محرک نبودن متضرر

بعضی از محققین به جانب دیگر قضیه نگریسته‌اند، یعنی اگر یکطرف جرم متجاوز است، طرف دیگر جرم، می‌تواند متضرر باشد؛ به این دلیل که متضرر هم گاهی در تحقق جرم یکی از عوامل به وجود آورنده جرم است. این نگرش بیشتر جنبه جرم شناسانه دارد تا حقوق جزا؛ زیرا حقوق جزا کمتر متضرر را در تحقق جرم دخیل می‌داند. «به طور کلی تجاوز نباید معلول تحریک خود شخص مدافع باشد، چنانچه شخصی به دیگری دشنام دهد تا وقتی طرف بر انگیخته شود و در صدد حمله بر آید، آنگاه دشنام دهنده را مضروب و مجروح نماید و یا به قتل برساند؛ نمیتواند عمل خود را دفاع قانونی بداند» (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۲۲). قانون جزای افغانستان نیز به این نکته عنایت داشته است. چنان که، بند (۶) این قانون می‌گوید «دفاع کننده عمداً سبب ایجاد عمل جرمی طرف مقابل نگردیده باشد».

#### ۴-۲. شرایط دفاع قانونی

وقتی شرایط تجاوز محقق شد، فرد متضرر چگونه باید از این اصل به عنوان حق استفاده نماید؛ آیا میتواند فرد متجاوز را بیوقفه به قتل برساند؟ یا شرایط واکنش متضرر بگونه محدود و تدریجی معین شده است؟ چون منظور از تأسیس این قاعده به عنوان حق دفع ضرر متجاوز است نه مجازات متجاوز؛ پس عادلانه این خواهد بود که دفع ضرر تدریجی و متناسب با تجاوز بوده باشد. بعضی از حقوقدانان در مورد اینکه شاید از داشتن دفاع مشروع استفاده سوء شود، اظهار نگرانی کرده و گفته «...اجازه قانونگذار مبنی بر ارتکاب جرم در مقام دفاع قانونی نباید دستاویزی برای تعرضات غیر منطقی و زیاده رویهای نابخردانه تلقی گردد؛ دفاع مشروع تابع شروطی است که نادیده گرفتن آن‌ها نه تنها جایز نیست، بلکه موجب مسئولیت کیفری و مدنی است». (اردبیلی ۱۳۸۷، ۲۰۲). شرایط دفاع قانونی در مورد شرایط دفاع مشروع دو شرط اساسی عنوان گردیده است که اول ضرورت دفاع را به بحث گرفته و سپس تناسب دفاع مشروع را با تجاوز مورد نظر، بیان داشته است.

#### ۴-۲-۱. ضرورت دفاع (دفاع به عنوان یگانه وسیله ممکن برای دفع خطر)

ارتکاب عمل مجرمانه برای دفع تجاوز وقتی مشروع تلقی میشود که تا حدی تنها راه نجات باشد. «هرگاه مدافع بتواند به طریقی جزء ارتکاب جرم خطر را دفع کند؛ ولی علیه متجاوز به جرم متوسل شود، دفاع او مشروع نخواهد بود» (اردبیلی ۱۳۸۷، ۲۰۲)؛ اما اینکه فرد مورد تجاوز، برای نجات تجاوز دو راه در پیشرو داشته

باشد؛ یکی فرار از چنگ متجاوز و دیگری دفاع، کدام یکی از راهها را باید انتخاب کند؛ چنانچه ذکر شد، جزء ارتکاب جرم که خطر را دفع میکند، حق استفاده از دفاع مشروع را ندارد، بعضی از نویسندگها دفاع را نسبت به فرار ترجیح میدهند «...دفاع حق است، بنابراین اگر مدافع بجای فرار ایستادگی کرد و صدمهای به متجاوز وارد آورد، عمل او موجه است» (همان، ۲۰۳). این نکته با گفته قبلی که استفاده از حق دفاع قانونی را آخرین راه حل می‌داند و در این جا با وجود راه فرار، استفاده از دفاع قانونی را حق تلقی کرده، در تناقض است؛ اما فرار در برخی از موارد دفاع قانونی (دفاع از تجاوز به ناموس) ممکن است سنگینتر از مرگ متجاوز تمام شود که شاید نظر به فرهنگ خاص نسبتاً متغییر باشد. برخی از فقها نیز دفاع قانونی را نسبت به فرار ترجیح داده‌اند و چنین اظهار داشته‌اند: «کسی که مورد حمله واقع میشود، هرچند برای او فرار ممکن باشد، میتواند فرار نکند و از خود دفاع کند» (قبله‌ای خوبی، ۱۳۸۸، ۰). قانون جزای افغانستان نیز به این نکته عنایت داشته و در ماده (۶۲) این قانون چنین مقرر داشته است: «هرگاه توسل به موظفین خدمات عامه جهت دفع خطر ممکن باشد، حق دفاع مشروع به وجود نمی‌آید».

#### ۲-۲-۴. تناسب دفاع با تجاوز

تناسب دفاع با تجاوز به معنی برابری نیست؛ بلکه منظور از تناسب هموزن بودن این دو می‌باشد؛ به عبارت دیگر، مراد از تناسب این است که به کارگیری اسلحه مدافع با اسلحه متجاوز یا دفع خطر با عمل و مورد خاص تجاوز، باید متناسب باشد؛ «تناسب به این معنی است که بین صدمه احتمالی ناشی از تعرض و صدمهای که برای پرهیز از آن ضروری است، باید ارتباط منطقی وجود داشته باشد؛ برای مثال: مدافع حق ندارد برای راندن ضرباتی که به قصد صدمه جزئی متوجه او است به قتل متجاوز دست بزند. تناسب گاه به همانندی آلات و ابزاری که طرفین به کار می‌برند اطلاق میشود... اگر کسی که مورد حمله واقع شده است، اسلحه یا آلت حمله کننده را بگیرد و با همان اسلحه او را بکشد، این عمل دفاع قانونی محسوب نمیشود، چون پس از گرفتن اسلحه از طرف مقابل، خطر مرتفع میشود» (اردبیلی، ۱۳۸۷، ۲۰۳). برخی از حقوقدانان احتیاط لازم را مطرح نموده و گفته‌اند برای این که از ارتکاب عمل قتل جلوگیری نموده باشد؛ تاحدی که امکان دفع از راه های دیگر وجود داشته باشد، نباید قتل را به عنوان گزینه دفع انتخاب کند؛ آنان در این زمینه بحث تناسب را پیش کشیده‌اند؛ اگرچه بحث تناسب کمی مبهم به نظر می‌آید؛ ولی اینکه تاکید کرده‌اند باید به تدریج به سوی عمل قتل به پیشرفت، تا حدودی مسئله را روشن می‌سازد. منظور از رفتن تدریجی به سوی عمل قتل این است که بعضی برای جلوگیری از ارتکاب، این عمل تا حد ممکن گفته است که اول اگر مهاجم با تهدید دفع شود، لازم نیست به جرح متوسل شد، اگر از این طریق خطر دفع نشد، آنگاه از وارد آوردن جرح برای دفع خطر استفاده شود و اگر باز هم خطر دفع نشد، مدافع میتواند به قتل به عنوان آخرین راه ممکن، متوسل گردد.

این روند به نظر بسیار منطقی می‌آید، عدالت جزایی نیز این را اقتضاء میکند فرد با عمل مجرمانه ساده نباید از بین برده شود؛ ولی برخی از نویسندگان مواردی را که در آن مدافع میتواند به قتل متوسل شود، چنین مشخص نموده است: «قتل عمد به عنوان حق قانونی دفاع در این موارد جایز شناخته شده است: اعمالیکه

ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید نماید زنا، لواط، و تهدید به آن‌ها، اختطاف انسان، حریق عمدی، سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده است و دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکونی و یا ملحقات آن» (علامه ۱۳۹۰، ۲۹۳). در اینجا به موارد مهمی تجاوز اشاره شده است که هرگاه متجاوز به آن متوسل گردد، مدافع می‌تواند حق متوسل شدن به قتل را داشته باشد، در غیر این موارد مدافع حق ندارد به قتل متوسل شود. به نظرم تعیین موارد متذکره کار عادلانه نیست؛ زیرا ممکن است گاهی موضوعاتی در تجاوز به اضافه این موارد، یافت شود که از برخی این نکته‌های ذکر شده با اهمیت‌تر باشد؛ اما به دلیل این‌که در قانون تذکر نرفته و مدافع هم دست به قتل مهاجم برده است، مدافع مجرم شناخته می‌شود. این کار خلاف عدالت جزایی است؛ زیرا فرد متضرر دوبار ضربه می‌بیند (یکبار از طرف مهاجم و بار دیگر از طرف قانون و دادگاه)؛ اما مهاجم یکبار هم که صدمه دیده است از طرف قانون جبران می‌شود، یا حد اقل تحت حمایت قانونی قرار می‌گیرد. درست است که در برخی از موارد، دست زدن به قتل از طرف مدافع شاید زمینه سوء استفاده از این حق را بگیرد؛ ولی از طرف دیگر دست مدافع را در امر دفاع می‌بندد و مهمتر از این‌که گاهی ممکن است ضربه غیرعادلانه متوجه مدافع گردد.

بنابراین، «باید دفاع به اندازه باشد که دفع تجاوز آن را می‌خواهد، شخص مورد حمله نمی‌تواند در مقام دفاع هر کاری که می‌خواهد بکند ... مثلاً: اگر می‌تواند دزد، یا هر مهاجم دیگر را به وسیله‌های فریاد یا ضرب و جرح از خود دفع کند، حق ندارد او را بکشد، برای دفاع سلسله مراتبی باید حفظ گردد. [یا] اگر مهاجم شخص مورد حمله را به ایراد ضرب ساده تهدید کند برای دفع چنین خطری نمی‌توان متوسل به میله آهنی شد.» (قبله‌ای خوبی ۱۳۸۸، ۶۶)

قانون جزای افغانستان نیز به این نکته توجه داشته است؛ چنانکه بند (۲) ماده (۶۰) این قانون، تصریح داشته است: دفاع باید متناسب با خطر تهدید کننده باشد؛ یعنی هرگاه میان تجاوز و دفاع منطقی تناسب ثابت نگردد، دفاع صورت گرفته حق دفاع قانونی نمی‌تواند باشد؛ ولی ممکن است این امر جزء معاذر تخفیف دهنده به حساب بیاید.

### ۳-۲-۴. دفاع از دیگری

اگرچه شرایط که در بالا برای دفاع تذکر داده شد، برای دفاع از دیگری نیز لازم و ضروری پنداشته شده است؛ ولی این‌که از دیگری در چه موقعیتی می‌توان دفاع قانونی را به کار گرفت؛ باید وضاحت بیشتری بیابد. برای دفاع از خود چنانچه در بالا از آن یاد شد، زمانی تحقق می‌یابد که تجاوز غیرقانونی علیه فرد مورد تجاوز در هنگامی صورت گیرد که نیروهای دولتی و جامعه نتواند خطری را که متوجه فرد شده است، در حین وقوع خطر دفع کند. در این‌جا دفع خطر به عهده خود فرد مربوط می‌شود؛ ولی دفاع از دیگری تا زمانیکه خود فرد مورد تجاوز توان دفع خطر را داشته باشد، به عنوان یک تکلیف اخلاقی قانونی به عهده کسی دیگر قرار نمی‌گیرد... وقتی دفاع از نفس و یا ناموس و یا عرض و یا مال و یا آزادی تن دیگری جایز است که او ناتوان

از دفاع بوده و نیاز به کمک داشته باشد». (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۲۵). اما سؤال این جا است که ممکن است کسی از دفاع ناتوان باشد؛ اما بنا به دلایلی از دیگری هم تقاضای کمک نکند در این صورت، نباید برای دفع خطر به کمک او شتافت؟ به نظر می‌آید که ناتوانی فرد مورد تجاوز برای کمک به متضرر کافی باشد تا مدافع شامل اصل دفاع قانون شود؛ زیرا او تکلیفی را به عهده گرفته که در شرایط عادی به عهده دولت و جامعه است و مدافع در حقیقت با این کار خود به جامعه خدمت کرده است. حتی بعضیها گفته‌اند، هنگامیکه فرد از تجاوز علیه خود دفاع میکند، خدمت به جامعه کرده است پس کسی که از دیگری دفاع کند به صورت بهتر به جامعه خدمت کرده و مستحق استفاده از قاعده دفاع مشروع می‌باشد؛ و لو اینکه فرد مورد تجاوز از او کمک نخواست باشد «... کسی که از خود دفاع میکند، مستوجب مجازات نیست. چنین فردی با دفع تجاوز به اجتماع خدمت میکند و عمل او فاقد قبح اجتماعی است». (گلدوزیان ۱۳۸۹، ۱۱۹)

به نظر میرسد، به این سؤال نیز پاسخ داده شود که وضع و مراعات محدودیتهای دفاع قانونی چه کمکی به عدالت جزایی میکند؟ فکر می‌کنم تعیین محدودیتهای و شرایط حقوقی، تنها به طور کافی نمیتواند، عدالت جزایی را تحقق بخشد؛ زیرا در بسیاری از موارد، ممکن است حتی همین محدودیتهای معین شده موجب بیعدالتی شود، به این دلیل که فرد متضرر ممکن است تا اندازه‌ای نتواند شرط مناسبت میان تجاوز و دفاع را رعایت کند؛ زیرا هنگامیکه او مورد تجاوز واقع میشود روی رفتار خود کنترل کامل نداشته باشد؛ بنابراین، ضربه‌ی را که به متجاوز وارد کرده است کمی بیشتر از تجاوز به نظر بیاید؛ در این صورت اگر قاضی دادگاه عکس‌العمل فرد مورد تجاوز را خارج از محدودیتهای دفاع قانونی قلمداد کند، آیا شرایط تعیین شده سبب نقض عدالت جزایی نگردیده است؟ زیرا فرد مورد تجاوز دو بار صدمه می‌بیند یکبار از طرف متجاوز بار دیگر از طرف قانون، همین محدودیتهایی قانونی که به هدف تضمین حقوق افراد در جامعه وضع گردیده است. گاهی ممکن است به اثر بی‌توجهی موجب نقض حقوق افراد گردد؛ بنابراین، تحقق عدالت جزایی چیزی است که نه تنها به تعیین محدودیتهای حقوقی هرچند دقیق بستگی دارد؛ بلکه بیشتر به کسانی بستگی دارد که به قضیه خاص عملاً می‌پردازند و عهده‌دار بررسی اثبات و تبرئه آن قضیه خاص می‌باشند؛ و کیلان مدافع، اعضای دادستانی و قضات؛ اینها باید نهایت تلاش را برای دریافت عادلانه‌ترین تشخیص این‌گونه قضایا قبل از فیصله و صدور حکم به خرج دهند. تکلیف دفاع از دیگری در قانون جزای افغانستان نیز آمده است. شاید فرض قانون‌گذار کشور نیز همین بوده باشد که دفاع از دیگری در هنگامی جواز دارد که او در دفاع از خود و یا ناموس و یا مال و یا عرض خود ناتوان باشد. (قانون جزای افغانستان، مواد ۵۸ و ۵۹))

#### ۴-۲-۴. موضوع مورد تجاوز در دفاع قانونی

موضوع مورد تجاوز در اکثر نوشته‌های حقوقی زبان فارسی (آثار دانشمندان حقوق)، مواردی مانند: جان، ناموس، مال و عرض، ذکر شده است؛ ولی در بند (۱) ماده (۵۹) قانون جزای افغانستان، به طور عموم سه موضوع: مال، جان یا ناموس آمده است؛ اما مطابق ماده (۶۱) این قانون، راجع به قتل عمد به موجب استفاده از حق دفاع قانونی، موضوعات بیشتری گنجانیده شده‌اند. محتوای ماده فوق موارد زیر را در بر می‌گیرد:

۱. دفاع در برابر عملی که ایجاد خوف مرگ یا جراحت شدید نماید؛ مشروط بر این که خوف مذکور از اسباب معقول پیدا شده باشد.
۲. دفاع در برابر عمل زنا، لواطت، و یا تهدید به آن.
۳. دفاع در برابر اختطاف انسان.
۴. دفاع در برابر حریق عمدی.
۵. دفاع در برابر عمل سرقتی که به حکم قانون جنایت شناخته شده باشد.
۶. دفاع در برابر عمل دخول غیر مجاز از طرف شب به منزل مسکونی و یا ملحقات آن.

برخی از نکات ذکر شده در این قانون از جمله، ایجاد خوف مرگ، عمل زنا و لواطت (ناموس) و سرقت، شامل موضوعات ذکر شده در ماده (۵۹) می باشد؛ ولی نکات و موضوعات اضافی، چون: خوف جراحت، حریق عمدی، اختطاف انسان و دخول غیر مجاز هنگام شب در منزل غیر، دامنه‌ای شمول موضوع دفاع قانونی را گسترش بیشتر می بخشد.

موضوع دفاع قانونی در قوانین کیفری کشور ایران نیز از اهمیت ویژه برخوردار است؛ چنان که به موجب ماده (۶۱) قانون مجازات اسلامی، علاوه بر موضوعات: جان، مال و ناموس؛ موضوع عرض آمده است. برخی از حقوقدانان عرض را این گونه تعبیر نموده‌اند: «مقصود از عرض، آبرو و شرافت و حیثیت خانوادگی و اجتماعی، است» (گلدزویان، ۱۳۸۹، ۱۲۶). همچنین مطابق ماده (۵۸۳) قانون مجازات اسلامی، دفاع از آزادی تن خود یا دیگری، مجاز دانسته شده است. از مقایسه قانون جزای کشور، با مواد فوق قوانین جمهوری اسلامی ایران؛ این نتیجه به دست می آید که اکثر موارد مندرج ماده (۶۱) قانون جزای جمهوری اسلامی افغانستان، در قوانین کیفری جمهوری اسلامی ایران نیامده است؛ ولی موارد مندرج ماده (۶۱) قانون مجازات اسلامی از جمله عرض و حیثیت؛ همچنین مطابق ماده (۵۸۳) این قانون موضوع آزادی تن آمده؛ ولی این موارد در قانون جزای افغانستان تذکر به عمل نیامده است.

برای اختصار بحث از پرداختن به موضوعاتی چون: حالت ضرورت برای حفظ جان، یا مال خود یا دیگری، تجویز قانونی تادیب و تنبیه صغار و محجورین، عمل جراحی یا طبی ضروری، رضایت مجنی‌علیه و نقش آن در تحقق جرم و مجازات و... صرف نظر شده است.

اگرچه قواعد و نمادهای مفهومی مصادیق عملی جرمی، در قانون تصریح نشده؛ اما به نظر می رسد، واقعیت‌ها نسبت به مفاهیم، قواعد و اصول، گسترده‌تر و متنوع‌تر هستند؛ بنابراین، هرچه کلمات، مفاهیم، قواعد... جامعیت داشته باشند، بازهم تنها بخشی از واقعیت را بیان می کند و با این حال؛ احکام، قواعد، اصول، نظریه، مفاهیم ... برای تبیین واقعیت‌ها و در رابطه با عنصر مادی (واقعیت) ایجاد شده‌اند و از این جهت باهم مرتبط‌اند.



### ۴-۳. انواع دفاع قانونی

مشکل مهمی که می‌تواند موجب نگرانی شود و عدالت جزایی را ممکن است زیر سؤال ببرد، این است که اکثراً معیار اثبات قضیه در دادگاه با معیار تشخیص تجاوز توسط فرد مورد تجاوز، در تناقض قرار می‌گیرد؛ به این معنی که ممکن است فرد مورد تجاوز با معیار شخصی (حسن نیت) در برابر تجاوز به دفاع برخاسته باشد و دادگاه خواستار اثبات قضیه با معیار نوعی (قراین معقول و شرایط معین) گردد، در این صورت دادستان و یا فرد مورد تجاوز با معیار نوعی نتواند به اثبات قضیه مبنی بر اینکه عکسالعمل او دفاع قانونی بوده است، موفق گردد. در چنین وضعی اگر مدافع مجازات شود، عدالت جزایی زیر سؤال خواهد رفت. از این رو است که بعضی از حقوق دانان دفاع قانونی را بر مبنی معیارهای انجام عمل دفاع و اثبات عمل انجام یافته به سنجبندی پرداخته‌اند؛ چنانکه جورج پی فلچر، در کتاب «مفاهیم بنیادین حقوق کیفری»، از سه نوع دفاع قانونی؛ بهترین؛ بدترین، و دفاع قانونی متوسط - سخن به میان آورده است.

#### ۴-۳-۱. بهترین نوع دفاع قانونی

بهترین نوع دفاع مشروع، به معنی در نظر داشت حسن نیت مدافع و عدم توجه به ملاکهای عینی برای اثبات دفاع است. «در این نوع [دفاع] با استفاده از معیار شخصی به متهم اجازه داده می‌شود که اگر با حسن نیت عملی انجام داده است، به دفاع قانونی استناد کند، علاوه بر آن، دادستان باید بدون هیچ تردید معقولی، عدم دفاع قانونی را ثابت کند» (فلچر، ۱۳۸۴، ۴۹). در چنین دفاعی، هم مدافع در دفاع از قضیه و هم دادستان در رد آن یا اثبات غیرقانونی بودن دفاع معیار با قرینه معقول را به کار نمی‌بندد؛ اما به کار بستن معیار نوعی با قرینه معقول هنگامی که اثبات آن به عهده خود مدافع باشد، دفاع را مشکل خواهد نمود، که آقای فلچر این نوع دفاع را بدترین نوع دفاع نام نهاده است.

#### ۴-۳-۲. بدترین نوع دفاع قانونی

ممکن است توجه به معیار نوعی برای مدافع برای اثبات عمل دفاع مشروع خود، سخت‌تر باشد؛ ولی به نظر می‌آید ملاک مطمئن‌تر است؛ زیرا بدون توجه به چنین معیاری از چنین قاعده، احتمال سوء استفاده می‌رود. «در این نوع [دفاع] با استفاده از معیار نوعی، دفاع قانونی محدود به مواردی می‌شود که شخص در اثر خوف ناشی از قرائین معقول، عملی انجام داده باشد، در ضمن این به عهده متهم است که با معیار دلیل غالب اثبات کند که عمل وی در جهت دفاع قانونی بوده است». (همان ۱۳۸۴، ۴۹).

#### ۴-۳-۳. دفاع قانونی متوسط

اگر هریک از مزیت‌های موجود در بهترین نوع دفاع قانونی از متهم گرفته شود، حالت‌های «الف» و «ب» پدید می‌آید. اگر بار اثبات را به عهده او بگذاریم حالت «ب» پیش خواهد آمد و اگر قید معقول را اضافه کنیم، حالت «الف» خواهد بود؛ البته نمی‌توان بین این دو حالت فرق گذاشت و یکی را بهتر از دیگری دانست؛ چرا که

مناسب بودن یا نبودن این دو، به شرایط خاص هر پرونده بستگی دارد؛ در برخی موارد که عمل در پشت درهای بسته اتفاق افتاده، دقیقاً نمیتوان گفت که چه رخ داده و اگر در این موارد بار اثبات به عهده متهم باشد، کار او بسیار مشکل خواهد شد. از سوی دیگر؛ گاهی اوقات [عمل جرم] در مکان عمومی صورت میگیرد و مشکلی برای درک آنچه اتفاق افتاده وجود ندارد» (همان ۱۳۸۴، ۵۰).

#### نتایج بحث

نتیجه که از این مباحث به دست میآید، در واقع همان پاسخهایی است که پیرامون سؤالات مطرح شده؛ در ابتدای مباحث و طرح فرضیهها به دست آمده است. سؤالی را مطرح کرده بودیم که، در پی دسته بندی و تفکیک اعمال مجرمانه به تبرئه شونده و اعمال مجازات شونده بود. فرضیه پیرامون این پرسش این بود که جرایم به لحاظ در پیداشتن مجازات و عدم آن به دو دسته تقسیم میشوند، جرایمی که تبرئه میشوند و جرایمی که مجازات را در پیدارند. جرایم تبرئه شونده، با در نظر داشتن حالات و شرایطی تبرئه میشوند که مدافع در آن قرار میگیرند؛ اما وصف جرمی از بین نمیرود؛ یعنی عمل انجام شده با وجود جرم بودن تبرئه میشود که این را بنابر انعطاف پذیری موجود در پهنه حقوق کیفری و قوانین عادلانه تلقی میگردد. نتیجه به دست آمده نشان می دهد که جرایم به این خاطر توجیه نمیشوند که جرم هستند؛ ولی مجازات ندارد (زیرا هر عملی مجرمانه ایجاب میکند تا مجازات را در پی داشته باشد)، بلکه به این خاطر توجیه میشوند که جرم نبودن آنها به اثبات میرسند.

یافتههای تحقیق نشان میدهد که:

۱. میان دفاع و جرم در برخی از موارد مشابهتهای وجود دارد که حقوق دانان برای تفکیک این اعمال شرایطی را در نظر گرفته اند و با این معیارها میتوان به تفکیک این اعمال دست زد. اعمالی که در حالت عادی جرم هستند و در حالتی غیر عادی توجیه میشوند. عدالت جزایی نیز اقتضاء میکند که مجازات متناسب با جرایم و با در نظر داشتن همه شرایط و عواملی که در تحقق جرم مؤثر بوده اند، باشد. گذشته از این، برخی از نگرانیهای نیز در مورد قاعده دفاع مشروع مبنی بر اینکه از این قاعده سوء استفاده شود، وجود دارد. برای نمونه، ممکن است فردی از سر دشمنی کسی را از پای در بیاورد و با استفاده از این اصل تبرئه شود.

۲. دیدگاهی نیز در مورد قاعده دفاع مشروع مطرح شده که به سه نظریه مهم خلاصه میشوند. سه نظریه جزایی یاد شده، روی دو نکته توافق دارند: نکته اول، در مورد عدم مجازات مدافع و نکته دوم مورد قاعده دفاع مشروع به عنوان یک ضرورت، طرح و بررسی شده اند. اما در مورد نحوه توجیه عمل مجرمانه توافقی وجود ندارد. چنانچه نظریه اجبار معنوی جرم را به این دلیل قابل توجیه می داند که عمل مجرمانه تحت اجبار ترس و فشار متجاوز انجام مییابد. نظریه اجرای حق و انجام تکلیف عمل دفاع قانونی را نه تنها جرم نمیداند؛ بلکه آنرا نوعی حق و تکلیف تلقی نموده است. نظریه تعارض دو حق به این دلیل عمل دفاع را قابل توجیه محسوب

داشته است که حق مدافع نسبت به حق متجاوز اهمیت بیشتر دارد، بناءً عمل دفاعی نباید مجازات را در پیداشته باشد.

۳. پرسشی که در مورد محدودیتهای تجاوز مستوجب دفاع مطرح شد، این بود که آیا میشود در برابر هرگونه تجاوزی از قاعده دفاع مشروع استفاده کرد؟ فرضیه‌ای که در مورد این سؤال مطرح شد این بود که شاید در برابر هرگونه تجاوزی، قانون به ما اجازه نداده باشد تا از این قاعده استفاده شود؛ زیرا از یکطرف نظام قضایی و اجرایی دولت زیر سؤال می‌رود؛ زیرا این کار از وظیفه دولت است که از افراد جامعه و اتباع کشور حمایت کند، از سوی دیگر مجاز بودن استفاده از این اصل مشکلات اجتماعی زیادی را ممکن است پدید آورد؛ بنابراین، انتقامجویی و افزایش منازعات اجتماعی را در پی خواهد داشت.

۴. نتایج بررسی این فرضیه را تایید میکند و به همین خاطر هم حقوقدانان و هم قوانین استفاده از این قاعده را استثنایی دانسته و شرایط محدودکننده را برای جلوگیری از بکارگیری این اصل در شرایط عادی وضع نموده‌اند. اینکه شرایط وضع شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع چه تأثیری در عدالت جزایی میتوانند داشته باشد؟ بخشی دیگری از این سؤال را تشکیل می‌دهد فرض مطرح شده راجع به سؤال متذکره این بود که محدودیتهای وضع شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع شاید روی میزان واکنش، تناسب تجاوز، معیار تشخیص، زمان تجاوز و... تمرکز داشته باشد، در این صورت از یکطرف به حقوق متجاوز نگرسته شده است و از سوی دیگر حقوق متضرر مورد توجه واقع شده است؛ بنابراین، شرایط وضع شده در تحقق عدالت جزایی تأثیری خوبی خواهد داشت. یافته‌های بررسی تا حدودی این فرضیه را نیز تایید میکند؛ چنانچه گفته شد حقوق دانان دو نوع شرایط را برای عدالت بهتر کیفری در نظر گرفته‌اند: یکی شرایط تجاوز مستوجب دفاع؛ یعنی اینکه در چه شرایطی مدافع، می‌تواند حق دفاع داشته باشد. این شرایط از انجام اعمال خودسرانه تحت شرایط عادی و بی‌مورد جلوگیری میکند. دیگر شرایط دفاع علیه متجاوز. این شرایط مانع آن میشود که مدافع در برابر هرگونه عمل مجرمانه حق ندارد به قتل و جرح متجاوز دست بزند؛ بنابراین، میتوان گفت که شرایط تعیین شده برای استفاده از قاعده دفاع مشروع در تحقق و توسعه عدالت جزایی مؤثر است. با وجود این؛ نباید از مشکلاتی ناشی از قاعد دفاع مشروع چه از ناحیه خود این اصل به صورت کلی و یا شرایطی تعیین شده برای بکارگیری آن به صورت قانونی و یا جنبه‌های دیگر دفاع قانونی ... غافل شد؛ زیرا همانطور که در اشاره شد قاعده دفاع مشروع و شرایط تعیین شده در مورد استفاده عادلانه از آن، یک طرف قضیه بوده، میزان تشخیص و تفسیر اعضای قوه قضائیه و عادلانه به قضاوت پرداختن آنها، به کارگیری معیارهای تشخیص ... طرف دیگر قضیه را در تحقق عدالت جزایی تشکیل میدهند.

#### ۶. پیشنهادات

مباحث مطرح شده پیرامون قاعده دفاع قانونی، پیشنهادات چندی را از نظر علمی و کاربردی در جهت اصلاح و تکمیل این قاعده، ضروری می‌نماید:

الف. علمی (نظری)

۱. منابع نشری دفاع مشروع تا جایی که بررسی گردید، ضرورت به کارهای تحقیقی بیشتر دارد.
۲. شرایط تعیین شده چه در مورد تجاوز مستوجب دفاع و چه راجع به شرایط دفاع کافی نیست؛ ممکن است این شرایط گاهی نتواند، عدالت را آن طوریکه اقتضاء میکند، تحقق ببخشد. بناءً ضرورت به تشخیص و تعیین شرایط بهتر و بیشتری احساس می‌شود.
۳. معیار قراین معقول برای تشخیص احتمال تجاوز کافی نیست؛ زیرا گاهی اوقات ممکن است مدرک کافی برای اثبات تجاوز مستوجب دفاع بر اساس قراین معقول تهیه نشود، در این صورت اگر عمل مدافع جرم تلقی شود، عدالت نقض می‌گردد.

ب. کاربردی

۱. به نظر میرسد، در برخی حالات تشخیص دفاع مشروع از تجاوز، کار دشوار است (دفاع مشروع در حالاتیکه، مدافع صرف حسن نیت خود را به عنوان دلایل اثبات داشته باشد و معیارهای معقول موجود نبوده باشد)، در چنین حالاتی، پیشنهاد می‌گردد، تا نخست، شخصیت مدافع و متجاوز (به کمک علم روان‌شناسی و جرم‌شناسی)، تحت بررسی گرفته شود. دوم، پیشینه اجتماعی هر دو (مدافع و متجاوز)، مطالعه شود. سوم، شرایط و حالات وقوع فعل بیشتر از حد معمول مورد جستجو قرار گیرد. نکاتی یاد شده در اثبات نیت مطلوب مدافع یا رد آن بسیار کمک کننده به نظر می‌آیند.
۲. ممکن است برخی از افراد ماهر در فراهم نمودن معیارهای معقول جهت توجیه عمل خود، امکانات فراوان داشته باشند؛ بنابراین، هرگاه مسئولین عدلی و قضایی کاملاً بر معیارهای معقول در اثبات یا رد دفاع مشروع تکیه کنند، ممکن است جریان بررسی به یکسوی گی متمایل گردد؛ لذا پیشنهاد می‌گردد تا همچنانی که معیارهای معقول به عنوان ملاکهای اثبات دفاع یا تجاوز مورد توجه قرار گیرد، به حسن نیت مدافع نیز تکیه شود و از قراین معقول در اثبات یا رد همین مسئله، مدد جسته شود.

مآخذ و منابع

۱. اردبیلی، محمدعلی. ۱۳۸۷. حقوق جزای عمومی، ج ۱، تهران، نشر میزان.
۲. آنتونی، گیدنز. ۱۳۷۶. جامعه شناسی، منوچهر صبوری، تهران، نشرنی.
۳. بولک، برنارد. ۱۳۸۷. کیفرشناسی، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، مجمع علمی و فرهنگی مجد.
۴. پرادل، ژان. ۱۳۹۲. تاریخ اندیشه‌های حقوق‌کیفری، ترجمه علی حسین نجفی ابرندآبادی، تهران، سمت، مرکز تحقیق و توسعه علوم انسانی.

۵. خزانی، منوچهر. ۱۳۷۷. فرایند کیفری (مجموع مقالات)، تهران، گنج دانش.
۶. دانش، تاج زمان. ۱۳۷۸. دادرسی اطفال بزهکار در حقوق تطبیقی، تهران، نشر میزان.
۷. دانش، حفیظ الله. ۱۳۹۳. حقوق جزای عمومی؛ کابل، انتشارات سیرت.
۸. رحیمی نژاد، دکتر اسمعیل. ۱۳۸۸. جرم شناسی، تبریز، فروزش.
۹. ساریخانی، عادل. ۱۳۸۲. حقوق جزای عمومی اسلام، تهران، د. پیامنور.
۱۰. سلاحی، جعفر. ۱۳۸۶. اساس و مبانی جرم شناسی، تهران، جاودانه.
۱۱. صفاری، علی. ۱۳۸۶. کیفرشناسی، تهران، جاودانه.
۱۲. علامه، غلامحیدر. ۱۳۹۰. عدالت جزایی در افغانستان؛ تهران: عرفان.
۱۳. فلچر، جورج. ۱۳۸۴. مفاهیم بنیادین حقوق کیفری؛ ترجمه مهدی سیدزاده ثانی، مشهد، دانشگاه علوم اسلامی رضوی.
۱۴. فوکو، مثل. ۱۳۷۸. مراقبت و تنبیه [تولد زندان]؛ ترجمه نیکوسرخوش و افشین جهاننیده؛ تهران: نشرنی.
۱۵. قبله ای خویی، خلیل. ۱۳۸۸. قواعد فقه جزا، بخش جزا، تهران، سمت.
۱۶. کینیا، مهدی. ۱۳۸۲. مبانی جرم شناسی، تهران، دانشگاه تهران، انتشارات.
۱۷. گسن، ریموند. ۱۳۸۸. جرم شناسی نظری، مترجم مهدی کینیا، تهران، مجد.
۱۸. گلدوزیان، ایرج. ۱۳۸۹. بایسته‌های حقوق جزای عمومی (۱-۲-۳)، تهران، میزان.
۱۹. معظمی، شهلا. ۱۳۸۸. بزهکاری کودکان و نوجوانان، تهران: دادگستری.
۲۰. نوربها، رضا. ۱۳۹۰. زمینه حقوق جزای عمومی؛ تهران: گنج دانش.
۲۱. هیلالگور. ۱۳۸۷. الکساندر و رامینمشتاقی و ماندانا راسخافشارکنوست، موازن محاکمه عادلانه، رهنمود ماکس پلانگ، چاپ چهارم.

(ب) مقاله‌ها

۱. ابراهیمی، ابراهیم؛ ابراهیمی، جواد، سیاست‌جنایی در ترازوِ علم و دین، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱، شماره ۴.

۲. ابراهیمی، داکتر شهرام؛ ایزدی، عبدالله. ۱۳۹۱. مطالعه تطبیقی راهبردهای اصلاحی و درمانی، در مرحله اجرایی مجازات زندان، در ایران و کانادا، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۲.
۳. ——— بازپروری عادلانه مجرمان، آموزشهای حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، ۱۳۹۱، شماره ۳.
۴. آشوری، محمد؛ عظیم زاده، شادی. ۱۳۹۲. جایگاه پرونده شخصیت در فرایند پیشگیری از پایدار شدن بزهکاری جوانان، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۱.
۵. آشوری، محمد؛ میرزایی، اسدالله. ۱۳۹۱. حقوق کیفری و توسعه اقتصادی - صنعتی، آموزشهای حقوق کیفری، شماره ۴.
۶. اصغری، عبدالرضا؛ والد، سرمدی، علی. ۱۳۹۱. پیشگیری اجتماعی از جرم، آموزشهای حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴.
۷. آقائیا، حسین؛ شجاعی، علی. ۱۳۹۱. نقش دادرسان در تفسیر قانونجایی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۲، شماره ۳.
۸. انستیتیوت ماکس پلانگ. ۱۳۸۵. موازن محاکمهای عادلانه، مجله عدالت، ش ۴۳.
۹. باباییمهر، علی. ۱۳۸۸. تفسیر اصول و مبانی حقوق عمومی، حقوق خصوصی، سال ششم، شماره ۱۴.
۱۰. جعفری، عبدالرضا جوان؛ ساداتی، سید محمدجواد. ۱۳۹۱. سزاگرایی در فلسفه کیفر، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۱.
۱۱. ———. ۱۳۹۰. از سزاگرایی کلاسیک تا سزاگرایی نوین، آموزشهای حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۲.
۱۲. حاجی دهآبادی، محمدعلی. ۱۳۸۸. اصلاح مجرمان در سیاستجناایی تقنینی ایران، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.
۱۳. حاجی ده آبادی، محمدعلی؛ اصفحانی، مهدی خاقانی. ۱۳۹۲. گونه شناسی سیاست کیفری فنی در قبال جرم رمزنگاری اطلاعات (از منظر آزادی گرای و امنیت گرای) آموزشهای حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.
۱۴. حسن آبادی، محسن مرادی؛ جانکی، دکتر محمودی. ۱۳۹۱. بررسی تاثیر افکار عمومی بر ابقای مجازات اعدام در غرب، پژوهشنامه حقوق کیفری، شماره ۲.

۱۵. حسینی، سید محمد. ۱۳۸۹. مجازات بازدارنده (اشکالات نظری و مشکلات عملی)، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۲.
۱۶. حیدری، الهام؛ فتحی، محمدجواد. ۱۳۹۲. مفهوم و مبانی اصل آزادی تحصیل و ارزیابی دلیل در دادرسی کیفری، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳، شماره ۱.
۱۷. دادبان، حسین؛ سارا آقایی. ۱۳۸۸. بازدارندگی و نقش آن در پیشگیری از جرم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.
۱۸. رایجیان اصلی، مهرداد. ۱۳۹۰. مطالعه تطبیق اصل قانونمندی حقوق جنایی و قاعده‌های آن در ایران و انگلستان، مجله حقوق تطبیقی، دوره ۲، شماره ۲.
۱۹. زکی، حفیظه الله. ۱۳۸۵. قانون و استقلال قوه قضاییه، مجله عدالت، ش ۴۳.
۲۰. زینالی، امیرحمزه؛ مقدسی، محمد باقر. ۱۳۹۲. رویکرد تطبیقی به نقش و جایگاه بزه‌دیده در فرایند کیفری، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۵.
۲۱. شاملو، باقر؛ گوزلی، مهدی. ۱۳۹۰. پرونده شخصیت در حقوق کیفری ایران و فرانسه، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره جدید، شماره ۲.
۲۲. ضیابخش، ندا؛ بهرامی نژاد، فاطمه. ۱۳۹۲. بررسی نقش روانشناسی محیط در طراحی محیط‌های قضایی و دادگاهی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۳.
۲۳. قماش، دکتر سعید. ۱۳۹۰. کرامت انسانی راهبردنوین سیاست‌جنایی، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۱.
۲۴. کیوانفر، شهرام. ۱۳۸۸. اخلاقی بودن وظیفه اطاعت از قانون، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۳۹، شماره ۳.
۲۵. محمدنسل، غلامرضا. ۱۳۸۹. فرایند پیشگیری از جرم، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ۴۰، شماره ۱.
۲۶. منفرد، محبوبه؛ جلالی فراهانی، امیرحسین. ۱۳۹۱. کدهای رفتاری و پیشگیری از بزهکاری، پژوهشنامه حقوق کیفری، سال سوم، شماره ۶.
۲۷. نجفی توانا، علی؛ شاطری پور اصفحانی، شهید. ۱۳۹۱. پیشگیری اجتماعی از جرم (در پرتو تحولات ناشی از جهانی شدن)، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، شماره ۴.
۲۸. نو بهار، رحیم. ۱۳۹۲. اصل قضاوندی مجازات‌ها، آموزه‌های حقوق کیفری، شماره ۵.

۲۹. نیازپور، امیرحسین. ۱۳۹۰. وکیل در قلمرو عدالت‌کیفری (بنیان‌ها و کارکردها)، پژوهشنامه حقوقی، سال دوم، شماره ۱.

۳۰. نیازپور، دکتر امیرحسین. ۱۳۹۰. از حقوق‌کیفری تا حقوق کیفری قراردادی، آموزه‌های حقوق کیفری، دانشگاه علوم اسلامی رضوی، دوره‌ای جدید، شماره ۱.

۳۱. الهام، غلامحسین؛ محمدی مغانجوقی، فاطمه. ۱۳۹۱. مجازات مناسب از دیدگاه نظریه‌های بازدارندگی، فصلنامه حقوق، مجله دانشکده حقوق و علوم سیاسی، دوره ای ۴۲، شماره ۳.

#### ج) قوانین

۱. قانون رسیدگی به تخلفات اطفال... جریده رسمی ۸۴۶، مورخ ۱۳۸۴/۱/۳.
۲. قانون اجرائات جزایی ج.ا. جریده‌های رسمی، ۱۱۳۲. مورخ ۱۳۹۳/۲/۱۵.
۳. قانون اجرائات جزایی عسکری... جریده رسمی ۱۰۲۰، مورخ ۱۳۸۹/۲/۲۰.
۴. قانون اساسی افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعه طباعتی و صنعتی احمد.
۵. قانون تشکیلات و صلاحیت‌های محاکم قوه قضاییه ج.ا. جریده‌های رسمی، ۸۵۱. مورخ ۱۳۸۴/۲/۳۱.
۶. قانون جرایم علیه امنیت داخلی و خارجی... جریده‌های رسمی ۶۴۹؛ مورخ ۷۱۳۶۶/۳۰.
۷. قانون مبارزه علیه اختطاف و قاچاق انسان... جریده‌های رسمی ۹۵۲، مورخ ۱۳۸۷/۴/۲۵.
۸. قانون مراکز اصلاح و تربیت اطفال افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعه طباعتی و صنعتی احمد.
۹. قانون جزای افغانستان. ۱۳۸۲. کابل: مطبعه طباعتی و صنعتی احمد.