



# نهمین شماره حقوق کیفری

سال هشتم، شماره دوم، پاییز و زمستان ۱۳۹۶

شماره پیاپی ۱۶



## دفاع پیشگیرانه در حقوق ایران

دکتر ابوالحسن شاکری<sup>۱</sup>

عباس سلمان پور<sup>۲</sup>

تاریخ پذیرش: ۹۶/۱۰/۶

تاریخ دریافت: ۹۶/۳/۱۲

### چکیده

دفاع پیشاپیش یا «دفاع پیشگیرانه» به صراحت در متون فقهی و قوانین ایران پیش بینی نشده است، دفاع پیشگیرانه را می توان بر دو گونه تهاجمی و تدافعی تقسیم کرد. دفاع پیشگیرانه تهاجمی با توجیه تعرضات غیرقانونی مکرر گذشته و قابل پیش بینی و حتمی الوقوع و حتی نوعا قابل باور در آینده قابل قبول نیست؛ ولی دفاع پیشگیرانه تدافعی در فقه امامیه و حقوق ایران با مقدور نبودن توسل مدافع به مقامات ذیصلاح و رعایت تناسب در شیوه دفاع قابل توجیه است؛ بنابراین اگر مدافع به منظور حفظ متعلقاتش، با شرایط خطرناک و غیرمتعارف، به دفاع پیشگیرانه تدافعی متوسل گردد، به گونه ای که ضرورت با رعایت اسهل فالاسهل در شیوه دفاع اقتضای آن را داشته باشد ضامن صدمه به متجاوز نیست، حتی اگر در مقابل مالی کم ارزش، نفس انسان متجاوزی تلف شود.

**واژگان کلیدی:** دفاع، پیشگیرانه، تهاجمی، تدافعی، ملک.

✉ shakeri\_criminallaw@yahoo.com

۱. دانشیار گروه حقوق جزا دانشگاه مازندران (نویسنده مسئول)

۲. عضو هیأت علمی گروه حقوق دانشگاه گیلان

## مقدمه

یکی از مباحث مطرح شده در حوزه دفاع از جان، مال و ناموس جلوگیری از حمله‌ها یا دفع خطر آتی است، منظور از حمله‌ها یا خطرهای آتی، حمله‌ها یا خطرهای قریب‌الوقوع نیست که آن موضوع دفاع مشروع است، بلکه حمله یا خطری است که به فاصله زمانی کمی دورتر قطعاً بر مرتکب تحمیل می‌شود، البته ممکن است اساساً زمان دقیق تحقق آن مشخص نباشد، اما به زعم مدافع، وقوع آن حتمی است. به عبارتی، اقدام علیه کسی است که قرائن موجود، این اطمینان را به مرتکب می‌دهد که حمله علیه او انجام خواهد شد. همین قرائن، مرتکب را برمی‌انگیزد تا قبل از آن که در عمل هدف حمله واقع شود، اقدام کند. این اقدام پیشاپیش عملیات دفاعی در برابر حمله حتمی‌الوقوعی است که در آینده علیه مدافع روی خواهد داد، زیرا که دفاع از متعلقات خود در برابر حمله‌های دیگران همواره به‌عنوان یک حق طبیعی برای افراد مطرح بوده و حتی عده‌ای آن را فراتر از حق، بلکه یک تکلیف دانسته‌اند (فیض، ۱۳۶۵: ۱۹۰-۱۸۸)، ولی موضوعی که در حوزه دفاع مطرح و کمتر به آن پرداخته شده است، دفاع پیشاپیش یا «دفاع پیشگیرانه» در برابر حمله‌های حتمی‌الوقوع مهاجم در آینده است بدون این که فعلی یا قریب‌الوقوع باشد.

اصطلاح دفاع پیشگیرانه مرکب از دو کلمه دفاع و پیشگیرانه است. دفاع از مصدر دفع در لغت به معنی "دور کردن، یکدیگر را راندن و رد کردن" (دهخدا، ۱۳۷۳، ج ۷: ۹۶۳۱-۹۶۲۹) است. منظور از دفاع کردن در این بحث دفع تعرض با استفاده از زور و خشونت می‌باشد. پیشگیرانه وصف دفاع در این عبارت است پیشگیری به معنای دفع، جلوگیری و مانع شدن از وقوع امری در آینده و به پیشواز خطر رفتن و مانع تحقق آن شدن است. همان‌گونه که در برابر حمله فعلی یا خطر قریب-الوقوع برای حفظ جان، مال و ناموس اشخاص، "دفاع مشروع به‌عنوان یک حق و حتی یک تکلیف برای مدافع است" (مکی‌العاملی، ۱۴۱۰ ق، ج ۹: ۳۴۸) مدافع نیز این حق را به خود می‌دهد که در برابر حمله حتمی‌الوقوع که در آینده علیه وی رخ خواهد داد به دفاع بپردازد و فرصت دفع حمله آینده را از دست ندهد.

قانون‌گذار تاکنون از عبارت «دفاع پیشگیرانه» در متون قانونی استفاده نکرده است، اما برای اولین بار در سابقه تقنینی کشور، در قانون دیات مصوب ۱۳۶۱ به موجب مواد ۴۳ و ۴۶، انجام نوعی عملیات فیزیکی از سوی مالک بر روی ملک خود، مورد حمایت واقع گردیده، به‌گونه‌ای که در صورت آسیب دیگران، مسئولیتی متوجه مالک نمی‌شد.<sup>۱</sup> احکام مقرر در این مواد با اندک اصلاح

۱. ماده ۴۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱: «هرگاه در معبر عام یا هر جایی که تصرف در آن مجاز نباشد، چاهی بکند یا سنگ یا چیز لغزنده‌ای بر سر راه او قرار دهد یا هر عملی که موجب آسیب یا خسارت رهگذر و مانند آن گردد عهده‌دار دیه یا خسارت خواهد بود. ولی اگر در ملک خود او یا جایی که تصرف او در آن مجاز است واقع شود

عبارتی، در مواد ۳۳۹ و ۳۴۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ تکرار گردید. در حال حاضر نیز قانون گذار با وضع قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ حکم مزبور را در ماده ۵۰۸ و تبصره یک آن پیش‌بینی کرده است. بر اساس این ماده: «هرگاه شخصی یکی از کارهای مذکور در ماده ۵۰۷ این قانون را در ملک خویش یا مکانی که در تصرف و اختیار اوست، انجام دهد و سبب آسیب دیگری گردد، ضامن نیست، مگر این که شخصی را که آگاه به آن نیست به آنجا بخواند و به استناد آن، جنایتی به وی وارد گردد». تبصره یک این ماده نیز مقرر می‌دارد: «هرگاه شخص آسیب دیده بدون اذن مالک یا با اذنی که قبل از انجام اعمال مذکور از مالک گرفته، وارد شود و صاحب ملک از ورود او اطلاع نداشته باشد، مالک ضامن نیست مگر این که صدمه یا تلف به علت اغوا، سهل انگاری در اطلاع دادن و مانند آن مستند به مالک باشد.» قانون گذار در این مواد قانونی، منظور مالک را از این اقداماتی که در ملک خود انجام می‌دهد و ممکن است موجب آسیب به کسی گردد، بیان نکرده است که از جمله آن می‌تواند دفاع از اموال یا حتی جان خود یا دیگران باشد، در این صورت است که بحث دفاع پیشگیرانه پیش می‌آید. در این نوع دفاع، باید عملیات مدافع باتوجه به اقدام مهاجم در آینده و یا خطر محتمل، ضرورت داشته باشد، لذا دفاع پیشگیرانه، در وجود شرط ضرورت، با دفاع مشروع موضوع ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ مشترک است؛ تفاوت آن‌ها در بودن حمله آینده اما حتمی الوقوع بودن آن در دفاع پیشگیرانه و قریب‌الوقوع بودن حمله در دفاع مشروع است که در مورد اول، لزوماً زمان وقوع نزدیک نیست اما قرائن و امارات، وقوع حمله را در آینده، حتمی می‌نماید و چه بسا مدافع بتواند یا می‌توانست اقداماتی مرتبط یا غیر مرتبط انجام دهد، در حالی که در تهاجم قریب‌الوقوع از نظر زمانی، تحقق حمله بسیار نزدیک است و برای دفع حمله عرفاً و منطقیاً، فرصت انجام هیچ اقدام دیگری نبوده یا نیست و در واقع بین آن‌ها توالی و مقارنت زمانی است.

در زمینه بحث پرسش‌های قابل توجهی مطرح است این که آیا دفاع در مقابل تهاجم غیرقانونی حتمی‌الوقوع در آینده با لحاظ تکرار آن در گذشته جایز است؟ و آیا مالک می‌تواند به منظور حفظ اموال داخل ملک خود از تعرض دیگران به نصب سیم‌های برق‌دار متوسل شود؟ و این که اگر مالک استفاده غیرمعارف از ملک را داشته باشد در صورت مصدومیت ناشی از ملک به ثالث آیا مالک ضامن صدمه است؟ به منظور پاسخ به این پرسش‌ها و ابهامات مربوطه، به مباحث بر اساس موازین

---

عهدہ‌دار دیه یا خسارت نخواهد بود.» ماده ۴۶: «هرکسی یکی از کارهای مذکور در ماده‌ی ۴۳ را در منزل خود انجام دهد و شخصی را که در اثر نابینایی یا تاریکی آگاه به آن نیست به منزل خود بخواند عهدہ‌دار دیه و خسارت خواهد بود و اگر آن شخص بدون اذن صاحب منزل وارد شود و صاحب منزل مطلع نباشد عهدہ‌دار هیچ‌گونه دیه یا خسارت نمی‌باشد.»

فقهی و قانونی پرداخته که با لحاظ کثرت مصادیق و نحوه دفاع، دفاع پیشگیرانه به دو نوع تهاجمی و تدافعی قابل تقسیم است که برای هر یک ویژگی‌هایی متصور است، برخی از این ویژگی‌ها بین دو نوع یاد شده مشترک و برخی برای هر نوع اختصاصی است، لذا برای تبیین بیشتر مباحث تحت عنوانین: "شرایط دفاع پیشگیرانه"، "دفاع پیشگیرانه تهاجمی" و "دفاع پیشگیرانه تدافعی" به شرح زیر بررسی و تحلیل گردیده است.

### ۱. شرایط دفاع پیشگیرانه

دفاع پیشگیرانه متوقف بر وقوع شرایطی است که برخی از آن‌ها مشترک انواع دفاع پیشگیرانه اعم از تهاجمی و تدافعی است ولی برخی از آن‌ها خاص دفاع پیشگیرانه تهاجمی و بعضی دیگر خاص دفاع پیشگیرانه تدافعی است، لذا در ابتدا به مشترکات دفاع پیشگیرانه صرف نظر از نوع دفاع پیشگیرانه تحت عنوانین قابل پیش‌بینی بودن تهاجم، غیرقانونی بودن تهاجم و باور قطعی مدافع به وقوع تهاجم می‌پردازیم و پس از آن در ذیل عنوانین بعدی به شرایط خاص هر نوع دفاع پیشگیرانه توجه خواهد شد.

#### ۱.۱. قابل پیش‌بینی بودن تهاجم

یکی از ویژگی‌های دفاع پیشگیرانه آن است که این نوع دفاع در برابر یک تهاجم قابل پیش‌بینی صورت گیرد؛ به عبارتی لازم است برای مدافع، وقوع حمله‌ای در آینده قابل پیش‌بینی باشد، مبنای چنین پیش‌بینی، حسب مورد به مدافع و نیز اوضاع و احوال بستگی دارد. به عنوان مثال می‌توان به پرونده زنان کتک<sup>۱</sup> خورده اشاره کرد<sup>۲</sup> که طی آن یک زن در مواقع خاصی از سوی همسرش تا حد مرگ به شدت کتک می‌خورد به گونه‌ای که تکرار حمله از سوی همسر در روز آتی و در همان زمان مقرر، برای زن کاملاً قابل پیش‌بینی است و مراجعه به مراجع قانونی نیز نمی‌تواند همسر را از حمله در منزل بازدارد، همین اطمینان از وقوع حمله مجدد شوهر و بی‌تأثیری در مراجعه به مراجع

#### 1. Battered women

۲. برای اطلاع از پرونده‌های مربوط به زنان کتک‌خورده، به منابع زیر مراجعه کنید:

- Clarkson, C. M. V. (Christopher M. V) and Keating, H. M, Criminal Law/Text and Materials: General Defense/ Necessary Defense, P. ۳۰۳
- Joshua Dressler, Battered Women and Sleeping Abusers.
- Joshua Dressler, Battered Women Who Kill, their Sleeping Tormenters.
- Palmer V The Queen (۱۹۷۱) AC. ۸۱۴

قانونی سبب می‌شود که زن کتک‌خورده این حق را به خود بدهد که برای رهایی از کتک خوردن مجدد و در واقع دفع آسیب‌های مرگ‌آور آینده و پیشگیری از آن، به سمت شوهر خویش که در خواب است حمله کند و وی را از پای درآورد، در این مثال، آنچه زن را مترصد انجام تهاجم می‌نماید، قابل پیش‌بینی بودن تکرار حتمی اقدام مرگ‌آور شوهر در آینده است که ملاک آن نوعی است؛ یعنی هر کسی جای این زن بود یا باید طبق معمول گذشته صدمات سخت و جانکاه شوهر را پس از بیداری وی تحمل کند یا منتظر حمله شوهر نماند و دست به اقدام کشنده یا شبیه آن بزند. برعکس دفاع مشروع که دفاع متعاقب و مقارن با حمله است؛ در دفاع پیشگیرانه، دفاع در زمانی قبل از حمله حتمی‌الوقوع است و حتی آن اندازه توالی عرفی و زمانی هم بین آن‌ها نیست که آن را داخل در مفهوم قریب‌الوقوع دفاع مشروع سازد، به گونه‌ای که قبل از انجام دفاع پیشگیرانه امکان و فرصت انجام کار دیگری نیز هست.

### ۲.۱. غیرقانونی بودن تهاجم

تهاجم غیر قانونی سبب می‌شود شخص مدافع که باور به تکرار آن دارد، به خود حق اقدام به پیشگیری از آن را بدهد. در مثال زنان کتک‌خورده، اقدام شوهر به کتک زدن زن کاملاً غیر قانونی است، همان‌گونه که در دفاع مشروع این‌گونه است. تحقیقاً هر اقدامی به دفاع در برابر یک تهاجم قانونی به قصد خنثی کردن آن غیرموجه و فاقد وجهت خواهد بود. از این رو، دفاع پیشگیرانه در برابر مأموران دولتی در حال انجام وظیفه پذیرفته نیست؛ مثلاً مأمور اجرای حکم شلاق که موظف است در روز و ساعت مشخص تعداد معینی شلاق به محکوم‌علیه بزند تکرار این اقدام قانونی نسبت به محکوم‌علیه، وی را در موقعیت انجام یک دفاع پیشگیرانه قرار نمی‌دهد. در این وضعیت چنانچه شخص محکوم‌علیه در مقام دفاع از خویش در برابر این اقدام مأمور اجرای حکم بخواهد جلوی انجام وظیفه وی را بگیرد و باعث صدمه‌اش شود، از آنجا که اقدام مأمور در اجرای مجازات یک اقدام قانونی است عمل ارتكابی شخص محکوم‌علیه دفاع پیشگیرانه نیست، بلکه مرتکب جرم تمرد در برابر مأمور دولت، موضوع ماده ۶۰۷ قانون مجازات اسلامی و همچنین ایراد صدمه عمدی نسبت به وی، موضوع ماده ۶۱۴ قانون مذکور شده است.

### ۳.۱. باور مدافع به تهاجم

باور شخص مدافع، نسبت به تکرار حمله مهاجم در آینده، از ویژگی‌های مهم دفاع پیشگیرانه است، چنین باوری، حاصل تکرار حمله به دفعات در گذشته است. این تکرار باید به نحوی باشد که چنانچه هر شخصی جای شخص مدافع باشد نوعاً و به‌طور قطع دچار چنین باوری گردد. البته دقیقاً

به این اصل هم اعتقاد است که نمی‌توان امنیت و جان دیگران را به صرف باور شخصی و غیرمعقول افراد به خطر انداخت. اگر قرار باشد چنین اقدام پیش‌دستانه‌ای را موجه بدانیم باید مبتنی بر شواهد و قرائن عینی متقن باشد، تا به‌طور متعارف، هر عقل سلیمی همان برداشتی را بنماید که مدافع از این قرائن و شواهد نموده است. به‌عنوان مثال در پرونده زنان کتک خورده، زن به این باور رسیده بود که هر روز در زمان مقرر از ناحیه همسرش به‌طور قطع کتک خواهد خورد، این باور، نوعی و ملاک آن عرف است، از آنجا که ملاک‌های عرفی، عینی هستند، با لحاظ سوابق و دیگر قرائن می‌توان صحت ادعای مدافع را احراز کرد، والا به جهت این‌که باور از امور نفسانی و روانی است، مستقیم و بدون واسطه نمی‌توان به آن رسید، مگر در رفتار یا گفتار مطابق با واقع مرتکب که عرف دلالت بر وجود آن (باور) نماید. درزمینه این مثال، هر شخصی در موقعیت زن کتک‌خورده، با لحاظ سوابق کتک‌کاری‌ها، نوعاً باور به تکرار مجدد آن می‌داشت و آن را حتمی‌الوقوع می‌دانست که فرض این چنین است.

## ۲. دفاع پیشگیرانه تهاجمی

یکی از انواع دفاع پیشگیرانه نوع تهاجمی است که در آن شخص مدافع که قطع به انجام حمله از سوی طرف مقابل را در آینده نزدیک دارد، قبل از حلول زمان حمله و با این فرض که فرصت فرار و یا امکان مراجعه به پلیس را داشته است، بدون استفاده از این فرصت، با این توجیه که تجربه نشان داده خالی از فایده است مبادرت به حمله به فرد مورد نظر نماید و وی را مصدوم کند و چه بسا او را از پای در آورد. منشأ چنین یقینی ممکن است حملات یا آزار و اذیت‌های مستمر فرد مزبور در گذشته علیه مدافع باشد. بهترین نمونه در این خصوص، همان موردی است که در کشورهای غربی تحت‌عنوان «زنان کتک‌خورده» شهرت دارد، در این خصوص زنی که پس از مراجعت همسرش به منزل از سوی وی تا حد مرگ مورد ضرب و جرح قرار می‌گرفت، یک روز بعد از مراجعت همسرش و هنگامی که وی در حالت خواب و استراحت قرار داشت تصمیم می‌گیرد مانع تکرار عمل ارتكابی همسرش شود و به زعم خود، در دفاع از سلامت خویش در برابر حمله آتی‌اش، وی را در حالت خواب، به قتل می‌رساند. هرچند در مواردی، وکلای زنان کتک‌خورده و متهم به قتل شوهرانشان، به جنون آنی حادث شده در زمان ارتكاب قتل، استناد جسته و بعضاً حکم برائت موکل خود را نیز گرفته‌اند. (Joshua Dressler, 2006: 461-462)، هر چند زن کتک‌خورده تحت فشار روانی است، اما این فشار روانی، بر اساس حقوق کیفری ایران جنون تلقی نمی‌شود، زیرا در جنون به موجب ماده ۱۴۹ قانون مجازات اسلامی، به علت اختلال روانی، باید اراده و قوه تمییز از شخص سلب شود، از این رو برای رهایی زنان کتک‌خورده از مسئولیت کیفری جنون و جاهتی ندارد.

ممکن است اقدام زنان کتک‌خورده در آسیب زدن به شوهران خود، نوعی دفاع قبل از آغاز تجاوز و در نتیجه دفاع مشروع تلقی شود که در نتیجه باید تهاجم احتمالی آینده را قریب‌الوقوع دانست. اگر قریب‌الوقوع بودن حمله، وضعیتی است که هیچ‌گونه تأخیری در دفاع جایز نباشد و مدافع، بیش از این نباید معطل بماند و اگر تعلل کند دفع خطر یا حمله، با مشکل مواجه خواهد شد، در این صورت هم، اقدام زن در کشتن شوهر شکنجه‌گر خود در حالت خواب یا استراحت، نمی‌تواند مصداق دفاع مشروع باشد زیرا وی فرصت اطلاع‌دادن مراتب را به پلیس دارد و وجود چنین فرصتی شرایط مشروعیت دفاع را از وی سلب می‌نماید. قاضی لرد مریس<sup>۱</sup> در پرونده پالمر علیه کوئین<sup>۲</sup> در سال ۱۹۷۱ (شورای مشاوران سلطنتی) در انگلستان گفته است: «... اگر حمله کاملاً به پایان رسیده و هیچ نوع خطری باقی نمانده باشد آنگاه استفاده از خشونت ممکن است در قالب انتقام یا مجازات یا در قالب پرداخت یک خرده حساب قدیمی (تلافی یک دلخوری) صورت گرفته یا آن که ممکن است صرفاً یک تجاوز باشد و دیگر هیچ ضرورتی به دفاع وجود ندارد» (Clarkson and Keating, 2010: 303) در این صورت آنان که مدافع واکنش زن کتک‌خورده و شکنجه‌شده هستند راهی جز اغماض نسبت به شرط «ضرورت» در دفاع مشروع ندارند و لاجرم باید انگیزه‌ی مرتکب را انتقام‌جویی از حملات گذشته ندانند بلکه چنین استدلال نمایند که این زن و زنانی نظیر او از تکرار حملات و خشونت‌های محتمل آینده در هراس هستند و از این‌رو مبادرت به چنین اقدامی می‌کنند. بر این اساس، «خشونت گذشته» به «خشونت احتمالی» در آینده تغییر می‌یابد و انگیزه‌ی انتقام‌جویی به «دفاع در مقابل حمله حتمی در آینده» تبدیل می‌گردد که معمولاً وکلای مدافع در پرونده‌های زنان کتک‌خورده، بر همین استدلال تأکید می‌ورزند؛ بدین توضیح که زن مرتکب قتل، با تجربه قبلی از خشونت و حمله شوهر، حق دارد که از تکرار آن در هراس باشد، لذا قتل چنین شوهری، حتی در حال خواب و استراحت (به علت شکنجه‌ها و حملات وحشیانه‌ی گذشته از سوی مقتول)، نه یک اقدام انتقام‌جویانه و غیر قانونی بلکه یک پاسخ ضروری دفاعی است. برای رسیدن به چنین نتیجه‌ای، لازم است شرط «ضرورت دفاع» کاملاً موسع، تفسیر و تعبیر شود. به نظر، هر تفسیر از شرط «ضرورت دفاع»، نمی‌تواند توجیه‌گر اقدام زنان کتک‌خورده به قتل شوهرانشان باشد، زیرا وقتی یک زن کتک‌خورده در شرایطی است که می‌تواند خود را از مهلکه خارج سازد چگونه می‌توان اقدام وی را در حمله و قتل فرد مورد نظر، قابل توجیه دانست؟! مگر این‌که خروج او از مهلکه یا مراجعه وی به پلیس ممکن نباشد و یا باوجود تجربه قبلی، خروج از مهلکه یا مراجعه به پلیس نه تنها اوضاع را بهتر نکند و بلکه باعث وخیم‌تر شدن اوضاع شود.

1. Lord Morris  
2. Palmer V the Queen.

دفاع پیشگیرانه تهاجمی علاوه بر ویژگی‌های گفته شده دو ویژگی اختصاصی دیگر حملات مکرر در گذشته و بی‌تأثیر بودن مراجعه به مراجع قانونی ذی‌ربط نیز دارد که در ذیل به بررسی این دو می‌پردازیم:

## ۱.۲. حملات مکرر در گذشته

یک ویژگی اختصاصی دفاع پیشگیرانه تهاجمی سبق حملات مکرر از سوی فرد مورد نظر علیه مدافع است، به گونه‌ای که وجود چنین سابقه‌ای، این قطع را در وی ایجاد نماید که حملات گذشته مجدداً علیه او تکرار خواهد شد. بدیهی است حمله باید در گذشته به دفعات تکرار شده باشد، تا این باور در شخص مدافع و هر شخص متعارفی در جایگاه وی به وجود آید که حمله سابق، مجدداً انجام می‌گردد. از این رو دفاع پیشگیرانه تهاجمی را دفاع بازدارنده و به عبارتی دیگر «دفاع پیش‌دستانه»<sup>۱</sup> نیز گویند (فلچر، ۱۳۹۴: ۲۳۰) و طی آن شخص مدافع نزد چنین می‌اندیشد که فرد مورد نظر، به فکر تهاجم علیه وی است و در آینده به طور قطع، حمله خویش را عملی خواهد نمود، لذا بهتر است که قبل از به فعلیت درآمدن حمله‌ی مهاجم، او زودتر اقدام نماید و به دشمن ضربه بزند. این اقدام مدافع در واقع خنثی ساختن تکرار عملیات حمله مهاجم در آینده و پیشگیری از وقوع آن است؛ به عبارتی در این وضعیت، اندیشه مجرمانه تهاجم در ذهن مهاجم بالقوه شکل گرفته است، اما فقط عملیات اجرایی آن موکول به زمان بعد است. بر این اساس است که مرتکب پیشاپیش و به قصد جلوگیری از قربانی شدن، تهاجم پیشگیرانه می‌نماید، بنابراین در این زمینه، دیگر، فعلیت داشتن حمله یا قریب‌الوقوع بودن خطر آن شرط نیست، بلکه تکرار تعرض در گذشته شرط است، همین نکته، دفاع پیشگیرانه تهاجمی را از دفاع مشروع متمایز می‌سازد، به عبارت ساده‌تر، در دفاع مشروع حمله، فعلیت یافته یا قریب‌الوقوع است، یعنی زمان وقوع آن مقارن است، در حالی که در دفاع پیشگیرانه تهاجمی، حمله‌ای آغاز نشده و قریب‌الوقوع نیز نمی‌باشد، بلکه تکرار حملات مهاجم در گذشته، نشان از حتمی‌الوقوع بودن آن دارد. این‌که گفته شود: «هرگاه کسی قبل از آغاز حمله‌ی مهاجم، وی را مورد حمله خود قرار دهد نمی‌تواند در توجیه عمل خویش به دفاع استناد کند» (میرمحمدصادقی، ۱۳۸۶: ۳۱۰) به‌راستی با منطق دفاع مشروع سازگار است ولی با منطق دفاع پیشگیرانه موافق نیست، در هر حال به نظر می‌رسد صرف بودن تکرار تجاوز در آینده، باوجود راه‌های ممکن برای نجات از خطر مورد نظر، به شخص حق نمی‌دهد تا به دفاع پیشگیرانه تهاجمی مبادرت ورزد و مرتکب اقدامی نسبت به مهاجم آینده گردد، بلکه شخص باید چاره‌ی دیگری برای دفع حمله آینده بیندیشد والا این نوع دفاع جرم است.

1. Preemptive Strike



## ۲.۲. بی تأثیر بودن مراجعه به مراجع قانونی ذی ربط

در دفاع پیشگیرانه تهاجمی، لازم است مراجعه به مراجع قانونی ذی ربط در دفع حملات مکرر و پیشگیری از آن بی تأثیر باشد. چراکه اگر مراجعه به مراجع قانونی مانند نیروی انتظامی که متولی اول حفظ نظم و امنیت و صیانت از جسم، جان، ناموس و مال مردم است، بازدارنده بود، هیچگاه در گذشته، حملات تکرار نمی شد و مدافع را در وضعیتی قرار نمی داد که قطع به تکرار مجدد حمله داشته باشد. مانند کسی که هر روز از سوی همسایه شرور خود کتک کاری می شود و بارها نیز جهت جلوگیری از این تعرض به قوای انتظامی و قضایی مراجعه داشته، ولی هیچگاه این مراجعات کتک خورده و اقدامات پلیس مانع تکرار تهاجم فرد شرور نشده، بلکه حتی وی را در تکرار حمله جری تر و مصمم تر می کرده است. اهمیت این ویژگی بدین لحاظ است که در دفاع پیشگیرانه تهاجمی صحبت از خطر حمله در آینده است و شخص مدافع این فرصت را دارد به پلیس یا قضایی مراجعه نماید چون برای تلقی نمودن اقدام وی به عنوان دفاع پیشگیرانه لازم است مراجعات مکرر او در گذشته به مراجع ذی صلاح قانونی بلا تأثیر بوده باشد.

در حقوق ایران دفاع پیشگیرانه تهاجمی به عنوان یک عمل مشروع در هیچ یک از متون قانونی مورد پذیرش مقنن واقع نگردیده است بر این اساس قضات نیز به آن توجه نمی کنند، زیرا ادعای مدافع نسبت به وقوع حمله در آینده قابلیت راستی آزمائی نداشته و ممکن است اغراق آمیز باشد یا احراز آن یقینی و ممکن نیست تا علیرغم ظاهر واقعه و انتساب آن به مرتکب، وی مجرم و مسئول شناخته نشود، به علاوه، ممکن است دفاع، ناشی از انگیزه انتقام جویی از حملات قبلی باشد، این در حالی است که اغلب فرصت خروج از مهلکه خطر و مراجعه به مراجع ذی صلاح قانونی از جمله نیروی انتظامی وجود دارد، لذا دفاع پیشگیرانه تهاجمی که مبتنی بر تهاجم و حمله پیشاپیش شخص به مهاجم آینده است دارای ماهیت تهاجمی است و در صورت ایراد صدمه موجب مسئولیت مرتکب است. البته نمی توان با لحاظ سابقه مکرر تهاجم که در زمره اوضاع و احوال خاص مؤثر در جرم است، مستند به بند پ ماده ۳۸ قانون مجازات اسلامی ۱۳۹۲، اعمال تخفیف در مجازات را نسبت به مدافع در دفاع پیشگیرانه تهاجمی از نظر دور داشت، تا جایی که می توان گفت آنجا که مجازات مدافع، غیر از قصاص یا دیه است اعمال تخفیف در مجازات تعزیری مصداقی از قاعده «التعزیر بما یراه الحاکم» (حلی، ۱۴۲۰ ق، ج ۵: ۴۱۰-۴۱۱) و به عدالت نزدیک تر است، چون سبق مکرر حمله نسبت به مدافع، تحریک آمیز است که شخص را در حرج قرار داده است، ضابطه آن هم نوعی است که چنانچه احراز شود با لحاظ قاعده لاجرح (انصاری، ۱۴۲۲: ج ۲، ۴۶۳) مسئولیتی متوجه مدافع نخواهد بود یا مسئولیت وی قابل نقصان است.

### ۳. دفاع پیشگیرانه تدافعی

در دفاع پیشگیرانه تدافعی، شخص مدافع دست به حمله نمی‌زند بلکه با اتخاذ تدابیر و انجام اقداماتی مثلاً در محدوده ملک تحت مالکیت یا تصرف خود، بر سر راه مهاجم آینده (که چه بسا هويت وی و نیز زمان تهاجم او نامعلوم است و فقط یقین به انجام چنین تعرضی وجود دارد) موانعی قرار می‌دهد که در صورت فعلیت یافتن تعرض یا تجاوز، صدمه شخص متجاوز یا حتی مرگ وی، محتمل است. از مصادیق بارز این نوع واکنش پیشگیرانه می‌توان، نصب اشیاء تیز و برنده مانند شیشه و یا سیم خاردار بالای دیوار منزل، حفر چاه یا استفاده از حیواناتی نظیر سگ را نام برد یا ممکن است متصرف قانونی ملک، برای حفظ اشیاء موجود در داخل آن از دستبرد سارقین، محیط پیرامون ملک یا این اشیاء را برق‌دار کند، به گونه‌ای که اگر بدن کسی با آن‌ها تماس پیدا کند تلف شود. در این نوع دفاع پیشگیرانه، شخص مدافع که بیم حمله به منزل و اموال داخل ملک خویش را از سوی شخص معین یا غیرمعین دارد عمل تهاجمی، مرتکب نمی‌شود؛ بلکه با تدابیری شبیه موارد فوق‌الذکر، مانع ورود بدون اجازه و به عنف شخص غیر ماذون به ملک خویش می‌گردد. معمولاً این نوع عملیات دفاعی پیشگیرانه تدافعی، مانند محافظت در برابر ورود سارقین علاوه بر ویژگی‌های عمومی و مشترک فوق‌الذکر، در مواردی به عمل می‌آید که اولاً توسل به نیروی انتظامی یا دیگر مراجع قانونی مقدور نباشد، ثانیاً عملیات دفاعی با رعایت اسهل فالاسهل باشد که در زیر به بررسی این دو ویژگی پرداخته می‌شود:

#### ۱.۳. مقدور نبودن توسل به قوای دولتی

دفاع پیشگیرانه تدافعی، اقدامات شخص مدافع است که به منظور جلوگیری از تهاجم حتمی الوقوع انجام می‌گیرد و در آن زمان امکان مراجعه مدافع به قوای دولتی مثل پلیس یا سایر مراجع قانونی وجود ندارد یا مقدور نمی‌باشد، لذا اگر فرصت مراجعه به مراجع قانونی و استفاده از نیرو و امکانات آن‌ها وجود داشته است، دفاع پیشگیرانه تدافعی قابل توجیه نیست، چراکه اساساً به‌طور دقیق معلوم نیست دقیقاً در چه زمانی این تهاجم غیرقانونی علیه متعلقات ملک مدافع روی خواهد داد تا نیروی انتظامی بتواند در محل حاضر و اقدامات لازم را انجام دهد، مثلاً مالک یا پلیس نمی‌دانند در چه زمانی اموال موجود در ملک مورد سرقت واقع خواهد شد تا خود یا نیروی انتظامی مانع تعرض سارق شوند یا او را دستگیر نمایند، لذا مالک، ملک یا اشیاء مورد نظر را به ابزار آلات کشنده مثل برق مجهز می‌کند و بدین وسیله باعث صدمه یا مرگ مهاجم می‌گردد. البته اقدامات نهادهای قانونی به دفع تجاوز را نمی‌توان دفاع محسوب کرد آن‌ها در اجرای ماده ۱۴ قانون نیروی انتظامی وظیفه پیشگیری از جرم و حفظ نظم عمومی و در صورت وقوع جرم چنانچه مشهود باشد مستند

به ماده ۷۷ قانون آئین دادرسی کیفری برای حفظ آثار و علائم، جمع‌آوری ادله و جلوگیری از فرار و مخفی شدن متهم اقدامات لازم را به عمل می‌آورند. در دفاع مشروع هم فرصت مراجعه به مراجع ذی صلاح قانونی وجود ندارد چرا که به صراحت در بند ۱ ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی آمده است "توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد" به همین دلیل در مباحث رای اصراری مورخ ۹۱/۵/۳۱ ردیف ۳۳/۸۶ اقدام مدافع به کشتن مقتول که نظر سوء به عمل نامشروع با وی را داشته است به سبب عدم دسترسی به نیروی انتظامی دفاع مشروع شناخته شده که منصرف از دفاع پیشگیرانه است زیرا که مسبوق به دیگر شرایط مثل سبق و تکرار رفتار مجرمانه نیست.

### ۲.۳. تناسب دفاع

اقدامات پیشگیرانه تدافعی در مقابل تهاجم است که مدافع را قبل از آن، برای حفظ جان، مال، عرض و آزادی خود به انجام تمهیداتی وادار می‌سازد، این تمهیدات ظاهراً در قالب استفاده مدافع از اموال خود است، ولی چنانچه مدافع در خارج از ملک خود اقدامات تدافعی انجام دهد، مثلاً در ملک عمومی گودال حفر کند و بدین وسیله سبب آسیب به هر کس از جمله مهاجم در بیرون از ملکش گردد مستند به صراحت ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی ضامن است، مگر این که آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب از آن عمداً خود را در گودال اندازد که در این صورت حافر گودال مسئولیت نخواهد داشت، بنابراین باید گفت اقدامات پیشگیرانه تدافعی، انجام تمهیدات و دخل و تصرف در ملک خود است که معمولاً اشخاص مطابق با قاعده سلطنت به مفهوم "الناس مسلطون علی اموالهم" (مجلسی، ۱۴۰۳: ۲۷۲/۲) مجاز هستند هر گونه تمهیدات یا دخل و تصرف را در متعلقات از جمله در ملک خود انجام دهند و چه بسا این دخل و تصرف در ملک خود در مقام تدارک دفاع از چیزی در مقابل تهاجم احتمالی در آینده باشد.

دخل و تصرف اشخاص مانند مدافع در متعلقات خود یا در ملکی که تحت تصرف و اختیارش است به منظور دفاع از موضوع واقع در داخل ملک، به دو گونه است: دخل و تصرفی که اثر مخرب بیرونی (خارج از ملک) دارد و دخل و تصرفی که اثر مخرب خارج از ملک مدافع نداشته باشد. دخل و تصرف در ملک که اثر بیرونی مخرب داشته باشد، منطقی و عرفاً حکم ماده ۵۰۷ قانون مجازات اسلامی را خواهد داشت، به موجب این ماده: "هر گاه شخصی در معابر و اماکن عمومی یا ملک دیگری بدون اذن مالک گودالی حفر کند یا چیز لغزنده‌ای در آن قرار دهد و یا هر عملی انجام دهد که سبب آسیب دیگری گردد ضامن دیه است مگر این که فرد آسیب دیده با علم به آن و امکان اجتناب عمداً با آن برخورد نماید"، در این خصوص فرقی نیست شخص مستقیماً در ملک

عمومی دخل و تصرف کند و باعث صدمه به دیگران شود یا همین دخل و تصرف را در ملک خود به عمل آورد ولی آثار آن در بیرون از ملک، خود را نشان دهد و موجب صدمه به دیگران گردد، منتها تفاوت آن‌ها در نوع تصرف از ملک خود است که متعارف یا برای رفع حاجب یا دفع ضرر از خود باشد که در این حال مالک، ضامن آثار مخرب بیرونی ناشی از این دخل و تصرف خود نخواهد بود والا وی به حکم ماده ۱۳۲ قانون مدنی مبنی بر این که «کسی نمی‌تواند در ملک خود تصرفی کند که مستلزم تضرر به همسایه شود مگر تصرفی که به قدر متعارف و برای حاجت یا رفع ضرر از خود باشد» مسئول جبران خسارت زیان دیده خواهد بود، زیرا به موجب این ماده اگر مالک از ملک خود استفاده غیر متعارف کند یا استفاده‌ای نماید که برای دفع ضرر یا رفع حاجت از خودش نباشد مسئول است، در این صورت، عنوان قانون به این که مدنی است یا جزائی، نوع ضرر ایجاد شده جان باشد یا مال و شخصی که ضرر می‌بیند همسایه باشد یا غیر همسایه، موضوعیت ندارد، همین طور محل ایراد ضرر نیز واجد خصوصیتی نیست، یعنی، چه این ضرر در منزل همسایه اتفاق بیفتد یا این که این ضرر در جای دیگر مثلاً در ملک عمومی واقع شود تفاوتی ندارد، در این زمینه اگر مالک با سوء نیت مجرمانه رفتار کند مستحق مجازات نیز است.

عمده بحث راجع به انجام تمهیدات دفاعی یا به تعبیری دخل و تصرف در ملک خود به منظور دفاع بدون ایجاد آثار بیرونی از آن (ملک) است که این دخل و تصرف در ملک خود ممکن است به دو صورت متعارف یا غیر متعارف باشد. تحقیقا در صورتی که مالک در ملک خود دخل و تصرف متعارف کند و شخصی با ورود به این ملک بر اثر این دخل و تصرف متعارف صدمه ببیند مثلاً وارد شونده مأذون در ورود به ملک در هنگام بالا رفتن از پله‌های معمولی سقوط کند و صدمه ببیند مالک ضامن آسیب دیده نخواهد بود و بطریق اولی حکم آسیب به وارد شونده غیر مأذون به این ملک نیز این چنین است، اما بحث آنجا است که دخل و تصرف مالک در ملک خود غیر متعارف باشد و در نتیجه آن در داخل ملک به وارد شونده بر اثر این دخل و تصرف آسیب برسد، در این زمینه قانون‌گذار با وضع ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی بیان کرده که چنانچه این آسیب به سبب اغوا وارد شونده و یا عدم اطلاع رسانی به وی باشد مالک ضامن است والا اگر آسیب دیده بدون اطلاع و اذن مالک داخل شود و صدمه ببیند مالک ضامن نیست، این حکم قانونی اقتباس از نظرات فقها است که صرف نظر از بحث دفاع و به صورت موردی مطرح کرده‌اند. برخی فقها صرف نظر از متعارف بودن یا غیر متعارف بودن دخل و تصرف مالک، علی‌الاطلاق با طرح مورد معتقدند: «هرگاه کسی سنگی در داخل ملک خود بگذارد و ناخواسته (ناگهان) عابری با او برخورد کند و بمیرد ضامن خون‌بهای عابر نیست» (خویی، ۱۴۲۲ق: ۲۹۸)، در این نظریه‌ی فقهی که اشاره به گذاردن سنگ در داخل ملک شده است، سنگ، موضوعیت ندارد یعنی این حکم می‌تواند شامل هر مورد

دیگری نیز بشود و به نوع استفاده متعارف یا غیر متعارف نیز اشاره نشده است و اطلاق بر استفاده غیر متعارف هم دارد، ولی عبارت برخی از فقها مثل: «اگر کسی سنگی را در ملک خود قرار دهد و یا چاهی در آن حفر کند و یا میخی در آن بکوبد و یا چیزهایی که پای رهگذر به آن‌ها گیر می‌کند قرار دهد و اتفاقاً کسی پایش به آن سنگ گیر کند و بیفتد و یا در چاه سقوط کند و یا چاقو یا میخ به پایش فرو رود، ضامن دیه او نیست» (نجفی، ۱۳۶۷: ج ۴۲، ۹۷ و فاضل هندی، ۱۴۲۴: ج ۱۱، ۲۷) دلالت بر جواز استفاده غیر متعارف از ملک دارد.

تحقیقاً احکام یا مفاهیم هر یک از متون قانونی و فقهی فوق‌الذکر به منظور تصرفات مباح مالک در ملک خود با هر قصدی اعم از بهره‌برداری بهینه از ملک یا حفاظت در برابر انواع خطرات آتی از جانب هر کس یا هر چیز است. در این زمینه چنانچه باوجود تحذیر، هشدارشونده به هشدار بی‌توجهی نماید و خود را در معرض خطر قرار دهد و در نهایت خسارتی به هشدارشونده وارد آید مسئولیتی متوجه هشداردهنده نیست (محقق داماد، ۱۳۷۴: ج ۲، ص ۲۳۵)، مگر این‌که متجاوز توسط مالک اغوا به ورود به ملکی گردد که مالک دخل و تصرف غیر متعارف در آن داشته است در اینصورت مالک ضامن است، ولی اگر متجاوز غیر مأذون خود، بدون خواست مالک، به ورود به ملک اغوا گردد و با ورود به ملک آسیب ببیند مالک ضامن نخواهد بود، مثلاً چنانچه مالک جواهری را پشت پنجره بگذارد و سارق برای بردن آن داخل ملک شود و سگ خانه گازش بگیرد مالک ضامن نیست، با این توصیف اگر کسی اطراف حوضچه ماهی‌اش در ملک خود جهت جلوگیری از سرقت ماهی داخل آن را برق‌دار کند و در نتیجه آن سارق ماهی کشته شود مالک ضامن نیست اعم از این‌که سارق ماهی بداند که خطر برق‌گرفتگی وجود دارد که مطابق قاعده اقدام مالک ضامن نیست و یا حتی سارق ماهی نداند که اطراف حوضچه به برق مجهز شده است، منتها مالک برای حفظ ماهی‌ها از سرقت منطقی ناچار به آن باشد که ضرورت عرفی حفظ ماهی است حتی اگر سارق کشته شود مسئولیتی متوجه مالک نیست یعنی تناسب در ارزش مال حفظ شده با آن چیزی که در مقام دفاع از بین می‌رود شرط نیست و موضوعیت ندارد.

آنچه در فقه و حقوق ایران مستند به بند الف ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مهم است و موضوعیت دارد ضرورت دفاع است، حد ضرورت، منطقی و به تعبیر دیگر متعارف بودن عمل است که اقتضای آن رعایت اسهل فالاسهل است که مورد توجه برخی فقها (خمینی، ۱۳۷۹: ج ۱، ۴۸۸) هم فرار گرفته است، در این خصوص ایجاد موانع ایذائی، عمل به آن است والا صاحب مال نمی‌تواند برای حفظ و دفاع از مال خود در برابر ربایش، مقاومت اولش کشتن شخصی باشد که قصد ربودن آن مال را دارد و حتی آن را ربوده است، زیرا ضرورت حفظ مال در اولین اقدام، عرفاً و منطقیاً کشتن متجاوز نیست، ولی اگر اقدامات صاحب مال برای دفاع از مالش مفید فایده نبود و پس از آن

چاره‌ای جز کشتن متجاوز نباشد ضرورت، اقتضای اقدام شدیدتری را می‌طلبد که در این صورت مدافع مسئولیتی نخواهد داشت، والا برای حفظ مال، به جان یک انسان هر چند سارق ضرر رسانیده و تلف گرداند حرام است (نراقی، ۱۴۲۰ ق: ۷۵ - ۷۷)، دلیل آن بحث فقها قاعده لاضرر برگرفته از عبارت "لا ضرر و لا ضرار فی الاسلام" است که مخصص قاعده سلطنت برگرفته از عبارت "الناس مسلطون علی اموالهم" می‌باشد (موسوی بجنوردی، ۱۳۷۱: ۱۰۹)، حتی اگر به نظر برخی دیگر رابطه آن‌ها حکومت باشد به این معنی که قاعده لاضرر حاکم بر قاعده سلطنت است (انصاری، ۱۳۲۳: ج ۲، ۴۵۷)، باز هم مالک مال نمی‌تواند به یکباره با کشتن انسان متجاوز از مال خود حفاظت کند که ضرورت اقتضای آن را ندارد؛ بنابراین در نظریات فقهی، تناسب در ارزش به شرط رعایت ضرورت عرفی قابل توجیه و قبول است، بر این اساس اقدامات اول کشنده مالک مال، مسئولیت قتل متجاوز را از ذمه او باز نمی‌کند، چنان‌که در حقوق فرانسه این گونه است، در حقوق فرانسه، مالک یک حوضچه‌ی پرورش ماهی که با گذاشتن دام‌های انفجاری در اطراف آن، موجب صدمه به نوجوانی شد که قصد گرفتن ماهی‌ها را داشت مسئول شناخته شد، چون در این حالت شرط تناسب وجود ندارد (گلدوزیان، ۱۳۶۹: ۱۹۳)، مقصود از تناسب در این مورد تناسب در ارزش است؛ ولی در نگاه فقهاء امامیه و همین‌طور حقوق ایران، اگر مالک حوضچه اقدام غیر متعارف خود به برق‌دار کردن سیم‌های اطراف حوضچه را نوعاً به اطلاع عموم برساند و سارق علیرغم آن با اطلاع از خطر برق گرفتگی اقدام به سرقت از حوضچه کند و به دنبال آن دچار برق گرفتگی شود مالک مسئولیتی نخواهد داشت، این عدم مسئولیت مالک از جهت دفاع نیست بلکه از جهات تحذیر و اقدام سارق علیه خود بنام "قاعده اقدام" (مصطفوی، ۱۴۱۲ ق: ۵۱) است؛ در غیر آن‌ها استفاده غیر متعارف مالک با هدف دفاع از مال مطلق نیست بلکه تا جایی مجاز است که مسبوق به مراتب ضرورت یعنی "اسهل فالاسهل" باشد، در این صورت تناسب در ارزش که در حقوق فرانسه موضوعیت دارد در حقوق ایران و نگاه فقهاء موضوعیت نخواهد داشت بلکه تناسب در شیوه دفاع است که تحت‌عنوان کلی ضرورت رافع مسئولیت مالک خواهد بود، بنابراین منظور از ضرورت دفاع، اجتناب‌ناپذیر بودن آن است. بدین توضیح که با توجه به قابل پیش‌بینی بودن وقوع حمله در آینده، راهی جز انجام دفاع پیشگیرانه وجود ندارد. ثانیاً در مفهوم ضرورت، تناسب نهفته است، در یک نگاه دقیق تناسب را می‌توان از دو جهت تناسب در ارزش و دیگری از جهت تناسب در شیوه یا سلاح مورد توجه قرار داد.

مقصود از تناسب در ارزش این است که بین صدمه قابل پیش‌بینی ناشی از حمله و صدمه ناشی از دفاع پیشگیرانه، تعادل منطقی وجود داشته باشد، به عبارت روان‌تر بین ارزشی که بواسطه تهاجم از بین می‌رود با ارزشی که در مقابل دفاع حفظ می‌گردد اختلاف معنی‌داری نباشد. بر این اساس

مدافع حق ندارد برای دفع حمله‌ای که در آینده به قصد صدمه جزیی، متوجه او است، به قتل دست بزند، زیرا در این حالت از حد ضرورت فراتر رفته است (اردبیلی، ۱۳۸۶: ۲۰۳) و منطق عقلی و عرفی نمی‌پذیرد. در خصوص میزان زاید از حد تناسب در ارزش که مصداق تجاوز از دفاع است اختلاف نظر وجود دارد (حسینی، ۱۳۹۱: ۱۲۰)، همچنان‌که در رای اصراری مورخ ۸۱/۴/۷ با ردیف ۷۸/۲ دفاع نامتناسب در مقابل حمله مهاجم منجر به قتل وی موجب قصاص نشده است ولی مدافع را مکلف به پرداخت دیه می‌کند. در هر حال وقتی اعتقاد بر تناسب در ارزش است تا حدود متعارف قابل قبول است و مدافع را از حالت دفاع خارج نمی‌سازد، والا مدافع خود به متجاوز تبدیل خواهد شد؛ به زبان دیگر، هنگامی شخص مدافع به یک متجاوز تبدیل می‌شود که ارزش بیشتری از مهاجم را از بین ببرد یعنی عمل مدافع بیش از حد ضرورت دفاع است، در این صورت این عمل جرم و وی به‌عنوان مهاجم مجرم تلقی می‌شود. قانون‌گذار در بند الف ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۹۲، با طرح این‌که دفاع باید "برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد" نخواست است که در مفهوم ضرورت، تناسب در ارزش را به مخاطب خود القا کند، بر این اساس وقتی که در دفاع مشروع تناسب در ارزش شرط نیست و خصوصیتی ندارد، در دفاع پیشگیرانه نیز رعایت این تناسب را نباید شرط دانست. حال این پرسش مطرح است که آیا از مفهوم ضرورت می‌توان تناسب در سلاح یا شیوه دفاع را پذیرفت یا به هر طریق ممکن، دفاع از حق موضوعیت دارد؟ زیرا وقتی بتوان با واکنش کم‌خطرتری مهاجم را دفع کرد، از نظر منطقی و هزینه‌های سنگین و بعضاً غیر قابل جبران، قابل توجیه نیست که از همان ابتدا، مدافع با شدیدترین برخورد ممکن، هر چند متناسب با ارزش موضوع تهاجم باشد، مقابله کند، مثلاً چنانچه مهاجم، با فریاد کردن مدافع، از تهاجم منصرف می‌گردد باید به همان اندازه بسنده نمود، اگر مؤثر واقع نشد با زدن دست، اگر باز هم فایده نکرد با زدن چوب و در نهایت به حربه متوسل شد (محقق حلی، ۱۳۶۸: ج ۴، ۱۹۰۳)، حال با این فرض که مدافع برای حفظ مال خود در همان ابتدا واکنش خشنی از خود نشان دهد که فراتر از ضرورت باشد، مثلاً برای دفاع از مال خود مهاجم را به قتل برساند، در خصوص دفاع از نفس، قانون‌گذار در تبصره ماده ۳۰۲ قانون مجازات اسلامی پذیرفته است که اگر دفاع از مراتب آن تجاوز کند مجازات قصاص به تعزیر و دیه تبدیل شود، یعنی عدم تناسب در شیوه دفاع منجر به قتل صرفاً عامل مخففه مجازات است، ولی در غیر از قتل، به‌طور کلی، بر اساس ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی، اگر مدافع فراتر از ضرورت شیوه دفاع عمل کند که منطقی یا عرفاً برای دفاع لازم نیست مدافع مسئول است، در دفاع پیشگیرانه هم که از این جهت ویژگی‌های دفاع مشروع را دارد و در زمان مقدم بر تهاجم انجام می‌گیرد و این نوع عملیات پیشگیرانه به قصد دفاع انجام می‌شود، رعایت شرط مزبور یعنی تناسب در سلاح یا شیوه عمل لازم است، در غیر این صورت، چه بسا شخص مدافع، مهاجم محسوب شود.

### نتیجه گیری

در دفاع پیشگیرانه همچون دفاع مشروع، شخص مدافع به دنبال مقابله با تعرض دیگری علیه متعلقات خود اعم از جان، مال و ناموس خود است که با لحاظ نحوه دفاع بر دو نوع تهاجمی و تدافعی قابل تقسیم می‌باشد. ویژگی‌های مشترک هر دو نوع دفاع پیشگیرانه؛ قابل پیش‌بینی بودن تهاجم، غیرقانونی بودن تهاجم، باور قطعی مدافع نسبت به وقوع تهاجم و ضرورت دفاع است. هر یک از انواع دفاع پیشگیرانه، ویژگی‌های خاص خود را نیز دارند؛ وجود حملات مکرر در گذشته و بی‌تأثیر بودن مراجعه به نیروی انتظامی، دو ویژگی خاص دفاع پیشگیرانه تهاجمی است. مقدر نبودن توسل مدافع به نیروی انتظامی و همچنین متناسب بودن دفاع از ویژگی‌های ویژه دفاع پیشگیرانه تدافعی است.

در فقه امامیه و قانون ایران، دفاع پیشگیرانه تهاجمی مجاز دانسته نشده و به افراد اجازه تهاجم به قصد پیشگیری از تعرض آینده داده نشده است، چه این که ادعای مدافع نسبت به وقوع حمله در آینده ممکن است اغراق آمیز بوده و قابلیت راستی‌آزمایی نداشته باشد یا یقین به احراز آن ممکن نباشد، این در حالی است که فرصت خروج از مهلکه خطر و مراجع ذی صلاح قانونی از جمله نیروی انتظامی وجود دارد، ولی با وجود آن، از آنجا که حقوق ایران مبتنی بر قواعد فقهی و اوضاع و حوال حاکم بر جرم است، در صورت وقوع جرائم تعزیری با لحاظ قاعده حرج، مسئولیت کیفری و مجازات مرتکب با لحاظ قاعده "التعزیر بما یراه الحاکم" قابل نقصان است.

در متون فقه امامیه و قوانین ایران، با این که دفاع پیشگیرانه تدافعی به طور خاص و صریح پذیرفته نشده است، لیکن ماده ۵۰۸ قانون مجازات اسلامی و تبصره یک آن، نظر به اقداماتی کرده است که می‌تواند به منظور دفاع پیشگیرانه تدافعی نیز انجام شود به شرطی که مدافع نسبت به موضوع حق داشته و دفاع متناسب باشد، بنابراین چنانچه شخصی قصد تعرض به ملکی را داشته باشد و به موانع تعبیه شده از سوی مالک برخورد نماید و صدمه ببیند بدون توجه به تناسب در ارزش، می‌توان مالک را از هرگونه ضمان بری دانست. البته در دفاع پیشگیرانه تدافعی، ملاک تناسب در شیوه دفاع عرف یا جواز قانونی است که قابل توجیه می‌باشد، بر این اساس، مالک می‌تواند بمنظور دفاع از اموال موجود در ملک خود، اطراف آن را سیم بکشد ولی نمی‌تواند آن‌ها را برق‌دار نماید و موجب کشتن کسی گردد که دست به سیم می‌زند، زیرا قاعده سلطنت اقتضای آن را دارد که مالک هر تصرفی را در ملک خود انجام دهد ولی اقتضای ضرورت در دفاع نمی‌طلبد که بدون متعارف بودن دفع از مالش از همان ابتدا با برقدار کردن سیم‌های اطراف ملک دفاع کند، اما اگر مال مورد حمایت داخل ملک باشد و مالک اطراف آن را در داخل ملک برق‌دار نماید ایجاد موانع ایذائی مثل احداث دیوار، متعارف عمل کردن و رعایت "اسهل فالاسهل" است، چنان که جواز



قانونی یا اطلاع رسانی در قالب تحذیر نیز می تواند مسئولیت را از مالکی بردارد که در مال خود دخل و تصرف غیرمتعارف می نماید و در نتیجه دیگری به موجب آن صدمه دیده است.

### منابع

- اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۶)، **حقوق جزای عمومی**، ج ۱، چاپ ۱۸، تهران: نشر میزان.
- حسینی، سیدمحمد (۱۳۹۱)، «بررسی تطبیقی آثار شرط تناسب و عدم رعایت آن در دفاع مشروع با نگاهی به احکام لّصّ در فقه و نظام حقوقی ایران و دکترین قلعه در نظام حقوقی ایالات متحده آمریکا»، **نشریه نامه مفید**، سال هجدهم، شماره ۹۴، ص ۱۱۹-۱۳۸.
- دهخدا، علی اکبر (۱۳۷۳)، **لغت نامه دهخدا**، ج ۷، چاپ اول از دوره جدید، تهران: انتشارات دانشگاه تهران.
- صبح مشهدی، حمید (۱۳۸۵)، «بررسی و تبیین قاعده تحذیر یا هشدار»، **نشریه دادرسی**، شماره ۶۰، ص ۱۹-۱۳.
- فلاح، مهدی (۱۳۸۵)، «قاعده تحذیر در رویکرد فقهی و حقوقی»، **ماهنامه معرفت**، سال پانزدهم، شماره ۱۰۶، ویژه نامه حقوق، ص ۴۷-۵۷.
- فلچر، جورج پی (۱۳۹۴)، **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد: انتشارات دانشگاه علوم رضوی.
- فیض، علی رضا (۱۳۶۵)، **تطبیق در حقوق جزای عمومی اسلام**، چاپ اول، تهران: انتشارات امیرکبیر.
- گلدوزیان، ایرج (۱۳۶۹)، «دفاع مشروع و اعمال در حکم دفاع مشروع»، **مجله کانون وکلاء دادگستری مرکز**، دوره ۱ جدید، ص ۱۵۱-۱۵۰.
- محقق داماد، سید مصطفی (۱۳۷۴)، **قواعد فقه**، ج ۲، چاپ ۵، تهران: انتشارات وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامی.
- میرمحمد صادقی، حسین (۱۳۸۶)، **جرایم علیه اشخاص**، چاپ اول، تهران: نشر میزان.

### قوانین:

- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵
- قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱
- قانون آئین دادرسی کیفری ۱۳۹۲

## ب - عربی

- انصاری، مرتضی، (۱۴۲۲)، **فوائد الاصول (الرسائل)**، ج ۱، قم، مجمع الفكر الاسلامی
- حلی، حسن بن یوسف بن مطهر (۱۴۲۰ ق)، **تحریر الاحکام**، چاپ ۵، قم، مطبعه الاعتماد
- فاضل هندی (۱۴۲۴ ق)، **کشف اللثام عن قواعد الاحکام**، دوره یازده جلدی، ج ۱۱، چاپ اول، قم، انتشارات مؤسسه نشر اسلامی.
- مجلسی، محمد باقر، (۱۴۰۳)، **بحار الانوار**، جلد ۲، بیروت، دارالاحیاء التراث العربی
- محقق حلی، ابوالقاسم نجم الدین جعفر بن حسن (۱۳۶۸)، **شرایع الاسلام**، ج ۴، ترجمه ابوالقاسم ابن احمد یزدی، به کوشش محمد تقی دانش پزوه، چاپ ۴، تهران، انتشارات دانشگاه تهران.
- مصطفوی، سید محمد کاظم، (۱۴۱۲ ق)، **القواعد**، ج ۱، نشر الاسلامی.
- مکی العاملی، محمد بن جلال الدین (۱۴۱۰ ق)، **اللمعة الدمشقیه**، ج ۹، چاپ اول، قم، انتشارات داوری.
- موسوی بجنوردی، سید حسن، (۱۳۷۱ ش)، **القواعد الفقہیہ**، جزء اول، چاپ ۲، قم، موسسه اسماعیلیان
- موسوی خمینی، سید روح... (۱۳۹۰ ق)، **تحریر الوسیله**، ج ۱ و ۲، چاپ سوم، نجف اشرف، انتشارات آداب.
- موسوی خویی، سید ابوالقاسم (۱۴۲۲ ق)، **مبانی تکلمة المنہاج**، قم، انتشارات مؤسسه احیاء آثار آیتا... خویی.
- نجفی، محمد حسن (۱۳۶۷)، **جواهر الکلام فی شرح شرایع الاسلام**، ج ۴۲، چاپ ۳، انتشارات دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، ملا احمد، (۱۴۲۰ ق)، **عواید الایام**، چاپ ۱، بیروت، انتشارات دارالهدی
- Clarkson, C. M. V (Christopher M. V) and Keating, H. M(2010), **Criminal Law/ Text and Materials: General Defenses/ Necessary Defense**, 7th Edition, London, Sweet and Maxwell.
- Joshua Dressler(2002), **Criminal Law Theory**, Battered Women Who Kill Their Sleeping Tormenters: Reflections on Maintaining Respect for Human Life While Killing Moral Monsters,: Doctrines of the General Part 259 Stephen Shute and A. P. Simesters eds, Number 11 Oxford Scholarship online.
- Joshua Dressler(2012), **Battered Women and Sleeping Abusers: Some Reflection** (Frank R. Strong Chair in Law, Michael E. Moritz College of Law), The Ohio State University.Moritz
- Palmer V the Queen (1971), Privy Council on appeal from the Court of Appeal of Jamaica, AC.e- lawresources.co.uk.