

کاوشی انتقادی در نظریه حق بنیاد در باب توجیه دفاع مشروع منجر به قتل

مهرداد رهنورد واقف* - دکتر محمدرضا نظری نژاد کیاشی**

چکیده:

یکی از نظریه‌های معاصر و پراهمیت در توجیه دفاع مشروعی که منجر به قتل مهاجم می‌شود، نظریه حق بنیاد است که توسط جودیت جارویت تامسون، فیلسوف معاصر اخلاق، ارائه شده است. این نظریه ادعا دارد که نقطه ثقل اخلاقی بودن و موجه بودن دفاع مشروع منجر به قتل آنجاست که مهاجم با انجام عمل ناموجه خود، حق اینکه از دیگران بخواهد که به حق کشته نشدن او احترام بگذارند را از دست می‌دهد و به عبارتی دیگر، مهاجم دیگر حق بر کشته نشدن ندارد و به این ترتیب مدافع می‌تواند بدون اینکه حقی از مهاجم را نقض کند، از خود دفاع نماید. یکی از مهم‌ترین ایراداتی که به این نظریه می‌توان وارد آورد، این است که اگر فرض را بر این بدانیم که مهاجم با حمله خود به قربانی/ مدافع، حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد، چرا مدافع در عمل تدافعی خود هنوز بایستی مقید به این باشد که عمل تدافعی‌اش متناسب و ضروری باشد؟ طرفداران این نظریه نتوانسته‌اند پاسخ درخور و صحیحی به این ایراد بدهند و در نتیجه باتوجه به ایراد مذکور و سایر ایراداتی که به این نظریه وارد آمده است، این نظریه نمی‌تواند به‌عنوان یک نظریه کامل و جامع برای توجیه دفاع مشروع مورد استناد قرار گیرد.

کلیدواژه‌ها:

دفاع مشروع، نظریه حق بنیاد، حق به کشته نشدن، تناسب، ضرورت.

* دانشجوی دکترای حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق، دانشگاه تربیت مدرس، تهران، ایران

Email: mehrdadvaqef1369@gmail.com

** استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده ادبیات و علوم انسانی، دانشگاه گیلان، گیلان، ایران،

Email: m.nazarinejad@gmail.com

نویسنده مسئول

مقدمه

اعمال مجاز در حقوق جزا، به علل موجهه یا اسباب اباحه معروف هستند. دفاع مشروع از مهم‌ترین اسباب اباحه محسوب می‌گردد که مطابق آن با فرض وجود شرایطی، از جمله ضرورت و تناسب عمل تدافعی، اقدام مدافع در نفی و رفع حمله به جان، مال و آبروی خود، مجاز قلمداد می‌شود. همچنین در این موارد به علت اهمیت موضوع دفاع، کمک شخص ثالث به مدافع مجاز و مقاومت مهاجم نیز غیرقانونی محسوب می‌گردد.^۱

اما مبنای حق دفاع مشروع چیست؟ چرا ما به‌طور شهودی چنین وضعیتی را امری اخلاقی و از نظر حقوقی مجاز می‌دانیم؟

دفاع مشروع یکی از نهادهای مهم حقوق جزاست که از دیرباز در سیستم‌های مختلف حقوقی دنیا به رسمیت شناخته شده است. درحالی که مجاز بودن دفاع مشروع ممکن است در نگاه اول بدیهی به نظر رسد اما نظریه‌های حقوقی و فلسفی در خلق یک توجیه فلسفی جامع و مانع با مشکلاتی زیادی روبه‌رو هستند.

حق دفاع مشروع را می‌توان این‌گونه تعریف کرد:

«اجازه‌ای است که مطابق آن شخص الف به‌منظور حفظ زندگی، بدن، سلامتی و اموال خود یا دیگری ممکن است شخص ب را تهدید کند، آسیب وارد کند یا او را بکشد. البته مشروط به آنکه شخص ب حداقل از بعضی جهات مفروض نسبت به جان و مال فرد الف یا دیگری تهدیدی ایجاد کرده باشد و تنها راه اجتناب فرد الف از آسیب دیدن، آسیب زدن به شخص ب باشد.»^۲

اغلب ما معمولاً علی‌رغم ممنوعیت اخلاقی عامی که در برابر ایراد آسیب به دیگران وجود دارد، دفاع از خود را اخلاقی می‌دانیم و بر این اساس بدون هیچ تأمل عمیقی، مشروعیت دفاع مشروع امری بدیهی می‌نماید؛ اما در این زمینه نیاز به ارائه یک نظریه جامع وجود دارد تا به مسائل و سؤالاتی که در زمینه دفاع مشروع ممکن است پیش آید، پاسخ‌های عقلایی و اخلاقی دهد. در زمینه تبیین دفاع مشروع چندین نظریه توسط فیلسوفان ارائه شده است.

نظریه مربوط به دفاع مشروط باید بتواند دفاع مشروعی را که منجر به قتل مهاجم

1. Albin Eser, "Justification and Excuse, a Key Issue in the Concept of Crime," in *Justification and Excuse: Comparative Perspective*, ed. Albin Eser, et al (Dobbs Ferry, Nt: Translational Juris Publication, 1976), 24-26.

2. Robert Leider, "Justifying Self-defense, Defense of others, and the Use of Force in Law Enforcement," (Ph.D. Thesis, USA: Georgetown University, 2009), 1.

می‌شود، توجیه نماید و بتواند مجاز بودن آن را اثبات نماید. یکی از نظریه‌هایی که داعیه ارائه یک تبیین جامع، عقلانی و اخلاقی از دفاع مشروع منجر به قتل مهاجم را دارد، نظریه حق‌بنیاد^۳ است. این نظریه در دوره معاصر توسط جودیت جارویس تامسون^۴، فیلسوف اخلاق شهیر معاصر، ارائه شده است. از طرفداران نامی این نظریه می‌توان به سوزان یونیاک^۵ و فیونا لیوریک^۶ اشاره کرد.

۱- تبیین نظریه حق‌بنیاد

خصیصه و ویژگی اساسی نگاه تامسون و طرفداران نظریه او، این است که کشتن مهاجم را حق^۷ مدافع می‌دانند و از طرفی چنین آسیبی را ناقض حق به کشته نشدن و آسیب ندیدن مهاجم نمی‌دانند.

او ابتدا با این گزاره/ ادعا، کار خود را آغاز می‌کند که: «بشر دارای حق به حیات و حق کشته نشدن است»^۸

استنفورد کادیش^۹ نظریه حق‌بنیاد را این‌گونه توصیف می‌کند که:

«این نظریه بر حق مهاجم تأکید کرده و متمرکز می‌شود. نقطه آغازین این نظریه این است که حق حیات به تمام ابناء بشر اهدا شده است. استدلال مرکزی این نظریه هم چنین است که مهاجم با عمل تقصیرکارانه خود، حق حیات خویش یا حداقل حق ادعای خود نسبت به حیات خویش را از دست می‌دهد»^{۱۰}

پس نقطه آغازین نظریه تامسون آن‌طور که بیان شد این است که هر شخصی حق حیات دارد. حال این حق حیات شامل حق به کشته نشدن هم می‌شود؛ یعنی اینکه تمامی ابناء بشر این حق را دارند تا از دیگران مطالبه کنند که آن دیگران، آنان را نکشند. به بیان دیگر شخص الف این حق را دارد تا از تمامی افراد از جمله شخص ب (مهاجم) بخواهد که شخص ب، او را نکشد.

3. Right-based

4. Judith Jarvis Thomson

5. Suzanne Uniack

6. Fiona Leverick

7. Right

8. Judith Jarvis Thomson, *Self-defense and Rights* (The Lindley Lecture, University of Kansas, April 5, 1976), 3.

9. Stanford Kadish

10. Boaz Sangero, *Self-defense in Criminal Law* (London: Hart Publishing, 2006), 44.

به‌طور بسیار واضحی تامسون در اینجا وام‌دار و سلی هوفلد^{۱۱}، قاضی برجسته آمریکایی، است که معروف‌ترین تبیین از نهاد حق را تا به حال بیان داشته است. او از ادبیات هوفلدی در زمینه حق‌ها برای بیان ایده‌اش استفاده می‌کند. برای بهتر فهمیدن نظریه تامسون جا دارد تا ابتدا توضیح مختصری درباره نظریه حق‌های هوفلد را ابتدا بیان کنیم. چون فهم نظریه تامسون منوط به آگاهی از نظریه حق‌های هوفلد است.

۱-۱- معنای هوفلدی حق

وسلی هوفلد، قاضی آمریکایی، در سال ۱۹۱۹ در کتاب «مفاهیم بنیادین حقوقی به کار برده شده در استدلال قضایی»^{۱۲} نشان می‌دهد که اصطلاح حق برای توصیف چهار رابطه حقوقی متفاوت به کار می‌رود. او می‌گوید وقتی ما از واژه حق استفاده می‌کنیم یکی از این چهار رابطه مد نظرمان است:

الف) حق مطالبه یا حق ادعا؛^{۱۳} ب) حق آزادی؛^{۱۴} ج) حق قدرت/ توانایی؛^{۱۵} د) مصونیت.^{۱۶} هوفلد حق ادعا را این‌گونه تعریف می‌کند که حق ادعا به آن دسته از حقوق قانونی گفته می‌شود که پس از وضع قانون در مورد دو طرف یک قرارداد یا شبه‌قرارداد صدق می‌کند؛ به‌گونه‌ای که یک طرف را مستحق و طرف دیگر را مکلف می‌گرداند.^{۱۷}

در توضیح حق ادعا یا مطالبه می‌توان گفت: فرض کنید الف و ب قراردادی منعقد می‌کنند که در آن ب متعهد می‌شود به الف مقداری پول بپردازد، در این وضعیت الف نسبت به آن مبلغ حق دارد و ب نیز متقابلاً وظیفه دارد آن مبلغ را به الف بپردازد. در اینجا الف حق مطالبه آن میزان مبلغ از ب را دارد.

در بیان این معنا از حق یکی از نویسندگان این‌گونه توضیح می‌دهد: «فحوائی کلام این جمله من که اعلام می‌نمایم من حق دارم آن‌طور که دوست دارم لباس بپوشم این نیست که دیگران تکلیفی در قبال من ندارند بلکه آن است که با پوشش خود به‌نحو دلخواه، هیچ عمل

11. Wesley Newcomb Hohfeld

12. Fundamental Legal Conceptions as Applied in Judicial Reasoning

13. Claim-Right

14. Liberty-Right

15. Power

16. Immunity

۱۷. محمدحسین طالبی و مصطفی حسینی‌نسب، «تبیین حق از نگاه هوفلد»، مجله حکومت اسلامی ۱۴(۱)

نادرستی را مرتکب نشده‌ام.»^{۱۸}

حق در این معنا فی الواقع، قدرت و توانایی است که قانون به افراد یا مراجع داده است تا بتوانند در حق مطالبه یا حق آزادی خود یا دیگران تغییری ایجاد کنند. نوع چهارم از حقوق قانونی، «حق مصونیت» می‌باشد. حق مصونیت عبارت است از مصونیت داشتن در برابر قدرت قانونی دیگران؛ یعنی صاحب حق، تحت تأثیر اعمال غیرقانونی دیگران قرار نمی‌گیرد و دیگران نمی‌توانند روابط قانونی‌اش را تغییر دهند.

۱-۲- استدلالات مرکزی نظریه حق بنیاد

بعد از اینکه توضیح مختصری درباره مفهوم حق از منظر هوفلد را بیان کردیم به خود بحث تامسون برمی‌گردیم. حال گفته تامسون را بهتر متوجه می‌شویم آن هنگام که می‌گوید: همه اشخاص حق به حیات و به تبع آن حق به کشته نشدن را دارند.

منظور تامسون از حق در اینجا، حق ادعاست؛ یعنی هر کسی (الف) درمقابل دیگری می‌تواند کشته نشدن خود را از آن دیگری (ب) مطالبه کند و درمقابل این ادعا و مطالبه، (ب) هم وظیفه دارد که مطابق مطالبه و ادعای (الف) عمل کند. تامسون در مورد منبع اینکه چرا همه انسان‌ها از یک حق کشته نشدن برخوردارند، چیزی نمی‌گوید فقط در مقاله دفاع مشروع و حق‌ها^{۱۹} می‌گوید که به‌طور سنتی این‌گونه تصور می‌شود که حق کشته نشدن یک «حق طبیعی» است.

حق طبیعی آن‌چنان که هارت و فینبرگ^{۲۰} تعریف می‌کنند عبارت است از: «حقی که انسان صرفاً بنابر انسان بودنش آن را دارا می‌باشد.»^{۲۱} او در ادامه می‌گوید که هابز گمان می‌کند حق به کشته نشدن جز حق‌های جدانشدنی و غیرقابل انتقال و سلب‌ناشدنی از انسان است و می‌گوید شاید او هم اشتباه می‌کرد زیرا اینکه حق به کشته نشدن یک حق طبیعی است به‌هیچ‌وجه امر بدیهی نیست.^{۲۲}

به‌نظر می‌رسد تامسون برای اینکه راهی برای مجاز بودن کشتن و قتل مهاجم توسط مدافع، پیدا کند چنین اظهارنظر می‌کند. در واقع او می‌خواهد از مطلق بودن حق کشته نشدن

۱۸. پیتز جونز، حقوق، ترجمه سید رضا حسینی (تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷)، چاپ

اول، ۲۰-۱۹.

19. Self-Defense and Rights (1976)

20. Joel Feinberg

21. Thomson, "Self-defense and Rights," op.cit. 14.

22. Thomson, "Self-defense and Rights," op.cit. 15.

دوری کند تا بتواند نقض حق کشته نشدن مهاجم را توجیه کند. او نمی‌خواسته به ایده‌های هابز مبنی بر مجاز بودن مقاومت مهاجم تن در بدهد. در اینجا بهتر است نظریه را صورت‌بندی نماییم.

نظریه تامسون را می‌توان به دو صورت گزاره‌بندی کرد. طریقه اول چنین است:

(الف) هر شخصی حق به حیات و حق به کشته نشدن دارد (حتی مهاجم)؛

(ب) الف حقی دارد مبنی بر اینکه دیگران (از جمله مهاجم) او را نکشند؛

(ج) پس اگر مهاجم الف را بکشد، او حق مبنی بر کشته نشدن الف را زیر پا گذاشته است؛

(د) اگر الف مهاجم را نکشد، مهاجم فرد الف را خواهد کشت؛

(ه) بنابراین مهاجم فاقد حق به کشته نشدن می‌شود.

در نتیجه

(و) الف می‌تواند مهاجم را بکشد.^{۲۳ و ۲۴}

نتیجه در واقع این است که مهاجم با حمله خود حق به کشته نشدن خود (یعنی گزاره الف) را از دست می‌دهد.

به شکلی دیگر نیز می‌شود نظریه تامسون را گزاره‌بندی کرد:

(الف) الف با حمله ناموجه‌اش حق مبنی بر کشته نشدنش توسط دیگران را از دست می‌دهد؛

(ب) پس او حقی مبنی بر کشته نشدن ندارد تا بر مبنای آن انجام یا عدم‌انجام کاری را مطالبه کند؛

(ج) چون حق، مطالبه‌ای ندارد پس ب هم وظیفه‌ای برای انجام کار یا عدم‌انجام کار بر طبق خواسته الف ندارد؛

(د) اگر ب وظیفه‌ای برای انجام یا ترک فعل به شکل خاصی نداشته باشد یعنی در انجام کشتن الف، آزاد است (حق آزادی دارد).

۱-۳- مطلق نبودن حق به کشته نشدن

طرفداران نظریه حق بنیاد، برخلاف صلح‌گرایان رادیکال قائل به مطلق بودن حق به کشتن

23. Kai Draper, "Rights and Self-Defense," *Public Affairs Quarterly* 20 (2006): 95
 ۲۴. باید خاطر نشان کرد که کای دراپر بدین نحو نظریه حق بنیاد را فرمول‌بندی نکرده است و بعضی از این گزاره‌ها توسط نگارنده اضافه شده است.

نشدن نیستند. بعضی از نویسندگان مثل ژاک ماریتان^{۲۵} معتقدند حق به زندگی مطلق است و حق‌های طبیعی نایستی قابل سلب شدن^{۲۶} باشند اما در اینجا تامسون با ایده خود نشان می‌دهد که ایده حق‌های مطلق، ایده صوابی نیست یعنی در برخی اوقات می‌توان حق بر کشته نشدن را از افراد سلب کرد.^{۲۷} تامسون نمونه‌های اعلا‌ی چنین موقعیتی را در قضیه دفاع مشروع می‌داند.

البته خود ژاک ماریتان طرفدار مجازات اعدام بود و تلاش می‌کرد تا مالکیت حق سلب‌ناشدنی کشته نشدن را با ساقط شدن / جریمه دادن این حق، در توجیه مجازات اعدام وفق دهد. برای این کار او بین مالکیت حق و اعمال آن تفاوت قائل می‌شود. او ادعا می‌کند که اشخاص با انجام گناه، حق اعمال یک حق سلب‌ناشدنی را از دست می‌دهند و نمی‌توانند آن را اعمال کنند اما این اشخاص همچنان بنا بر طبیعت انسانی خود، مالک این حق دانسته می‌شوند.^{۲۸}

پس در نگاه او مالکیت بعضی از حق‌ها مطلق است اما حق به اعمال آنها مشروط به سرپیچی یا تعدی نکردن است.

طبق نظریه توماس آکویناس^{۲۹} که در اثنای بحث توجیه مجازات اعدام آن را بیان می‌کند نیز مالکیت و دارا بودن حق کشته نشدن مشروط به رفتار ماست.

در نظر آکویناس برای اینکه ما همچنان دارای کرامت انسانی باشیم نیاز به این داریم که از نظم عقلانی^{۳۰} تبعیت و پیروی کنیم. ما صرفاً تنها به دلیل این واقعیت که بشری مختار و آزاد هستیم، مالک کرامت انسانی نمی‌شویم (بلکه باید مطابق با نظم عقلانی نیز رفتار نماییم) بنابراین اشخاص می‌توانند کرامت انسانی‌شان را بنا بر یک رفتار ناشایست اخلاقی از دست بدهند.^{۳۱}

جان فینیس^{۳۲} نیز همین خط فکری را ادامه می‌دهد و بیان می‌دارد که ما بنا بر انسان بودنمان حق‌هایی داریم و ادامه مالکیت این حق‌ها بسته و منوط است به تطبیق و وفق دادن

25. Jacques Maritain

26. Inalienable

27. Thomson, "Self-defense and Rights," op.cit. 14.

28. Ibid, 293.

29. Thomas Aquinas

30. Rational Order

31. Suzanne Uniacke, *Permissible Killing: The Self-Defense Justification of Homicide* (Cambridge: Cambridge University Press, 1996), 204-205.

32. John Finnis

خودمان با قواعد حاکم بر تعامل عادلانه‌ای که بین اشخاص وجود دارد.^{۳۳} یونیاک در این زمینه مثال و مقایسه جالبی انجام می‌دهد: اینکه افرادی از نظر بیولوژیکی والدین کسی باشند شرطی ضروری اما غیرکافی برای حفظ حق و حقوق والدین بر فرزند است، والدین علاوه بر اینکه از نظر بیولوژیکی پدر و مادر هستند باید به‌عنوان والدین نیز به‌طور رضایت‌بخشی رفتار کنند.^{۳۴}

تامسون نیز همین خط را ادامه می‌دهد او نگاه مطلق‌گرایانه‌ای به حق‌ها ندارد. در نظر او حق‌ها از جمله حق به حیات، حق‌هایی نیستند که به‌هیچ‌وجه نتوان آنها را کنار زد و در هر شرایطی حتماً باید به آنها احترام گذاشت بلکه در شرایطی می‌توان این حق را نقض کرد. اما در ادامه بحث باید بیان کرد که هر نظریه که در باب دفاع مشروع بیان می‌شود باید از دو جهت اعتبارسنجی شود، به عبارتی عیار و قوت یک نظریه که در باب دفاع مشروع و توجیه آن بیان می‌شود به این است که از دو جهت پاسخ مناسب و منطقی بیان کرده باشد. این دو جهت عبارتند از نحوه برخورد نظریه مورد بحث در باب قضیه مهاجم بی‌تقصیر^{۳۵} و جایگاه قیود تناسب و ضرورت عمل تدافعی در نظریه مورد بحث.

به بیانی دیگر هر نظریه که در باب توجیه دفاع مشروع بیان می‌شود: اولاً، باید پاسخی قانع‌کننده، منطقی، غیرناسازگار و اخلاقی به قضیه مهاجم بی‌تقصیر دهد و از جهت دیگر این نظریه بایستی به بهترین نحو ممکن، مقید بودن عمل تدافعی به قیود تناسب و ضرورت را در دل خود جای دهد، به نحوی که متناسب بودن و ضروری بودن عمل تدافعی جزئی درونی از آن نظریه باشد به طوری که اگر عمل تدافعی غیرمتناسب یا غیرضروری بود، نظریه مذکور آن را به‌عنوان عمل تدافعی مشروع در برابر مهاجم به حساب نیاورد.

حال در این بخش نظریه حق‌بنیاد را از این دو جهت مورد بررسی قرار خواهیم داد تا اعتبار آن را بسنجیم و از این طریق نقدهایی را که به آن وارد می‌دانیم، بیان بداریم.

۲- جایگاه قیود تناسب و ضروری بودن عمل تدافعی در نظریه حق‌بنیاد و

اعتبارسنجی آن

یکی از مهم‌ترین مفهومی‌هایی که دفاع انجام شده، باید مقید به آن باشد، قیود تناسب و

33. Ibid, 205.

34. Uniacke, "Permissible Killing," op.cit. 205.

35. Villainous Aggressor

ضرورت است. در این قسمت بنابر اهمیت قیود تناسب و ضرورت در عمل تدافعی بایستی توضیح نسبتاً مفصلاً در خصوص مفاهیم این دو قید بیان کرد. در واقع اگر بگوییم که قیود تناسب و ضرورت قلب دفاع مشروع و مشروع بودن عمل دفاعی هستند، سخن گزافی نگفته‌ایم.

۲-۱- تبیین مفهوم متناسب بودن عمل تدافعی

در تناسب، منفعت‌هایی که در خطر هستند و منفعت‌هایی که قرار است از بین بروند تا آن منفعت‌های در خطر حفظ شوند، درمقابل هم قرار می‌گیرند. به عبارتی این دو جبهه منفعت‌ها درمقابل همدیگر سبک‌سنگین می‌شوند و تنها هنگامی عمل مدافع متناسب است که ارزش^{۳۶} منفعت حفظ‌شده بیشتر از ارزش منفعت از بین رفته باشد.

به‌طور مثال هنگامی که مهاجم به ماشینم حمله کرده و می‌خواهد چراغ ماشین من را بشکند، اگر من برای دفع حمله او، سر او را بشکنم، دفاع من نامتناسب بوده است.

جرج پی فلچر^{۳۷} در تعریف تناسب می‌گوید: «تناسب در دفاع مشروع، نوعی بالانس کردن منافی است که درمقابل هم قرار گرفته‌اند، بالانس کردن منافع مدافع و منافع مهاجم»^{۳۸} جف مک ماهان^{۳۹} دو تعریف از قید تناسب دارد که ضرورتاً یکسان نیستند.

او می‌گوید برخلاف ضرورت که به مقایسه و سبک‌سنگین کردن بین نتایج موردانتظار عمل تدافعی و وسایل دیگری که برای دستیابی به همان هدف در دست داریم می‌پردازد، در تناسب بین انجام عمل تدافعی و انجام ندادن عمل تدافعی تصمیم‌گیری کرده و به سبک‌سنگین کردن می‌پردازیم. مثلاً بین انجام عمل تدافعی و تسلیم یا بین مداخله شخصی ثالث و عدم‌مداخله او تصمیم‌گیری کنیم.^{۴۰}

اما در مقالات جدیدتر خود قید تناسب را این‌گونه تعریف می‌کند: «قید تناسب در واقع سبک‌سنگین کردن بین تأثیرات بدی که عمل الف ایجاد می‌کند و تأثیرات بدی که عمل الف از وقوع آن جلوگیری می‌کند، است. اگر تأثیرات بدی که این عمل ایجاد می‌کند به نسبت تأثیرات مثبتی که این عمل از آن جلوگیری می‌کند، بیشتر نباشد عمل متناسب

36. Value

37. George P. Fletcher

38. George P. Fletcher and Jens David Ohlin, *Defending Humanity: When Force is Justified and Why* (Berkeley, CA: Oxford University Press, 2008), 96.

39. Jeff McMahan

40. Jeff McMahan, "Proportionate Defense," *Journal of Transnational Law and Policy* 23 (2014): 2.

است.^{۴۱}

همین تعریف از تناسب، موجه‌تر به نظر می‌رسد.

۲-۲- تبیین مفهوم ضروری بودن عمل تدافعی

درمقابل، قید ضرورت جنبه دیگری از قضیه را نشانه می‌گیرد. طبق تعریف جف مک ماهان، ضرورت در دفاع مشروع عبارت است از اینکه: «این گزینه (ی تدافعی که توسط مدافع درمقابل مهاجم استفاده می‌شود بایستی) کمترین میزان آسیب را در مقایسه با گزینه‌های دیگر به مهاجم یا دیگران وارد نماید و احتمال موفقیت آن نسبت به سایر گزینه‌ها مساوی یا بیشتر باشد.»^{۴۲ و ۴۳}

مک ماهان در جایی دیگر می‌گوید: «ضرورت، مقایسه کردن بین نتایج موردانتظار عمل تدافعی و بدیل‌هایی^{۴۴} که می‌توانند به همان هدف برسند، می‌باشد.»^{۴۵} می‌توانیم این‌طور این تعریف را ایضاً کنیم که:

در موقعیتی، عمل تدافعی A ضرورت دارد که عمل تدافعی A درمقابل و در مقایسه با گزینه‌های تدافعی در دسترس B و C، از طرفی آسیب کمتری به مهاجم و دیگران وارد نماید و از طرفی احتمال به ثمر نشستن و دفع حمله مهاجم با انجام عمل تدافعی A نسبت به گزینه‌های B و C مساوی یا بیشتر باشد.

مک ماهان خود نیز این بیان را تأیید می‌نماید: «اگر گزینه تدافعی کم‌هزینه‌تری با احتمال مساوی موفقیت (در دفع حمله) وجود داشته باشد، استفاده از گزینه پرهزینه‌تر امری غیرضروری است.»^{۴۶}

اما پس از بیان تعاریفی که تا به حال از قید تناسب و ضرورت بیان شده است، باید مفاهیم ضرورت و تناسب را از زاویه‌ای دیگر و به صورت یکپارچه و در راستای هم دید. امری که بین

41. Jeff McMahan, "The Limits of Self-Defense," in *The Ethics of Self-Defense*, ed. Christian Coons and Michael Weber (New York: Oxford University Press, 2016), 231.

42. McMahan, "Proportionate Defense," op.cit. 2.

۴۳. البته این تعریف که از قید ضرورت ارائه شد، یک تعریف خام است و اشکالات زیادی توسط نظریه‌پردازهایی مثل جف مک ماهان و ست لازار به آن وارد شده است؛ اما به دلیل اینکه این بحث به پیشبرد موضوع پژوهش حاضر کمکی نمی‌کند، از بیان آن خودداری می‌کنیم و همین صورت خام از قید ضرورت که درمورد قبول اکثر حقوق دانان است را فرض می‌گیریم.

44. Alternative

45. McMahan, "Proportionate Defense." op.cit. 1.

46. McMahan, "The Limits of Self-Defense," op.cit. 232.

اندیشمندان حوزه دفاع مشروع به آن توجه نشده است اما بسیار مهم و بنیادی است و در درک مسئله دفاع مشروع تأثیر بسزائی دارد.

به‌نظر نگارنده باید توجه کنیم که قید تناسب، قیدی حدگذار است و حدود مانوری را که مدافع می‌تواند انجام دهد نمایش می‌دهد.

یعنی اگر در عالم واقع **دوازده** گزینه تدافعی برای من مدافع وجود داشته باشد، قاعده تناسب به من می‌گوید که با توجه به این منفعت تو که در خطر است، **هفت** گزینه از این **دوازده** گزینه، گزینه‌های تدافعی غیرمتناسبی هستند، زیرا اگر این **هفت** گزینه را انتخاب کنی و با آنها عمل تدافعی را انجام دهی، منفعتی که تو از بین می‌بری (شری که عمل مدافع ایجاد می‌کند) به نسبت منفعتی که مهاجم قرار بود از بین ببرد (شری که مهاجم قرار بود، ایجاد کند) به‌طور قابل ملاحظه‌ای گزاف و زیاده است؛ بنابراین قید تناسب به من می‌گوید تو تنها حق داری که از **پنج** گزینه باقیمانده که از آن **دوازده** گزینه باقی مانده است دست به انتخاب بزنی و اگر من چنین کنم، عملم متناسب و اگر چنین نکنم، عملم نامتناسب خواهد بود.

فرض کنید بالاترین منفعتی که یک انسان می‌تواند داشته باشد، **ده** واحد ارزش داشته باشد. مهاجم می‌خواهد منفعتی از من را به یغما ببرد که **هشت** واحد ارزش دارد. حال من می‌توانم برای دفع حمله مهاجم، منفعتی را که تا **هشت** واحد ارزش دارد از مهاجم از بین ببرم. این یعنی اگر من، منفعتی از مهاجم را که **نه** یا **ده** واحد ارزش دارد برای دفاع از خودم از بین ببرم، عملم نامتناسب بوده است.

یعنی قید تناسب می‌گوید شما صرفاً تا **هشت** واحد ارزش را می‌توانید در مهاجم از بین ببرید و نه بیشتر.

این ویژگی حدگذار بودن قید تناسب است. قید تناسب در اینجا به من می‌گوید که می‌توانم صرفاً منفعتی از مهاجم را برای دفع حمله از بین ببرم که تا **هشت** واحد ارزش داشته باشد؛ یعنی قید تناسب، سقفی را که تا آنجا رفتارهای دفاعی ما صحیح و عقلایی است، تعیین می‌کند. مثلاً اگر برای اینکه دست من آسیب نبیند سر طرف مقابل را قطع کنم، این عمل من نامتناسب خواهد بود. انتخاب‌هایی که در اینجا می‌توانم بکنم، عبارتند از اینکه برای دفع این خطر که دست من قطع نشود، دست او را قطع کنم، انگشت او را قطع کنم، پوست او را خراش بیندازم یا صرفاً یک سیلی به او بزنم.

پس در مثال مذکور قید تناسب تعیین کرد که از **دوازده** گزینه تدافعی که در دسترس ما

هست، هفت گزینه غیرمتناسب هست، پس بنابراین ما صرفاً پنج گزینه خواهیم داشت که اگر آنها را درمقابل مهاجم به کار گیریم دفاع ما نامتناسب نخواهد بود و به عبارت بهتر دفاع ما نسبت به حمله مهاجم، متناسب خواهد بود.

اما این پایان کار نیست. قید تناسب فقط این وظیفه را دارد که بیان کند، استفاده از چه گزینه‌هایی مجاز است اما اینکه در این شرایط من مدافع باید کدام‌یک از این گزینه‌ها را انتخاب کنم، مشخص نمی‌کند، بلکه این امر وظیفه قید ضرورت است.

حال در مثال مذکور از بین پنج گزینه تدافعی متناسب، من باید آن گزینه‌ای را انتخاب کنم که درمقابل سایر گزینه‌ها، برای دفع خطر مهاجم، مستلزم آسیب کمتری نسبت به مهاجم باشد.

فرض کنید که مهاجمی قصد دارد دست شخصی را از کتف قطع کند، حال گزینه‌های تدافعی متناسب برای مدافع برای دفع خطر و رهایی از مهاجم عبارتند از:

الف) دست او را از کتف قطع کند؛

ب) دست او را از آرنج قطع کند؛

ج) دست او را از مچ قطع کند؛

د) انگشتان او را قطع کند؛

ه) به او سیلی بزند.

فرض نیز این است که تمامی گزینه‌های تدافعی بیان شده، احتمال برابری برای دفع خطر مهاجم دارند. به بیانی دیگر فرض این است که سیلی زدن به مهاجم همان قدر می‌تواند در دفع خطر مهاجم کارساز باشد و خطر او را به صورت قطعی دفع کند که قطع کردن دست مهاجم می‌تواند خطر مهاجم را دفع کند.

بنابراین در این قضیه فرد چند اقدام می‌تواند انجام دهد که تمامی آنها متناسب است اما باید توجه کرد که عمل فرد هنگامی علاوه بر متناسب بودن، ضروری هم هست که در این قضیه گزینه آخر یعنی سیلی زدن را انجام دهد، زیرا به نسبت سایر گزینه‌ها، آسیب کمتری را در پی دارد اما درصد احتمال موفقیت آن در دفع خطر مساوی یا بیشتر از سایر گزینه‌هاست.

به طور مثال فرض کنید مهاجم، کسی است که در حالت خوابگردی به سمت من حمله‌ور شده است و قرار است من را بکشد اما من می‌دانم که با زدن یک سیلی، او از خواب بیدار می‌شود و حمله‌اش دفع می‌شود؛ بنابراین در مثال خیالی مذکور اگر مدافع به جای سیلی زدن، قطع کردن دست مهاجم را انتخاب کند و از این طریق خطر او را دفع کند، هرچند که رفتار

تدافعی‌اش متناسب بوده است اما رفتار تدافعی‌اش ضروری نبوده است.

اگر بخواهیم قید تناسب و قید ضرورت را با هم مقایسه کنیم باید بیان بداریم که قید تناسب بعد از اینکه ارزش منافع مدافع و مهاجم را سبک‌سنگین کرد به این نتیجه‌گیری می‌رسد که کدام گزینه تدافعی موجود در عالم واقع و در دسترس من، متناسب نیست و پس از آن قید ضرورت باتوجه‌به میزان آسیبی که از گزینه‌های متناسب در دسترس، متصور است و احتمال موفقیت آنها در دفع حمله، دست به انتخاب گزینه می‌زند.^{۴۷}

به عبارتی قید تناسب در فیلتر اول در این مورد بحث می‌کند که چه گزینه‌هایی **نباید مورد استفاده قرار گیرند** و پس از آن و در فیلتر دوم، قید ضرورت، از این بحث می‌کند که **چه گزینه‌ای باید مورد استفاده قرار گیرد.**^{۴۸}

پس از بیان مفهوم تناسب و ضرورت عمل تدافعی، حال سؤال اصلی و نقد اصلی به نظریه حق‌بنیاد این است که اگر مهاجم با حمله نامشروع خود، حق مبنی بر کشته نشدن خود را از دست می‌دهد، چرا مدافع هنوز بایستی مقید به دفاع متناسب و ضروری باشد؟ برای تقریب این مفهوم به ذهن بیان مثالی که می‌توان آن را «مقرره مجازات قرض‌گیرنده بدقول» نامید مفید است.

فرض کنید در یک کشور خیالی، قانونگذار برای جلوگیری از ضایع شدن حق مردم و رسیدن مردم به حق مالی خودشان این قانون را وضع می‌کند: «هرگاه شخصی به دیگری قرض دهد و قرض‌گیرنده، قرض او را ادا نکرد، فرد قرض‌دهنده این حق را دارد که ۱۰۰ ضربه شلاق (و نه تا ۱۰۰ ضربه شلاق) به قرض‌گیرنده بزند تا قرض‌گیرنده حق او را ادا نماید.»

نتیجه منطقی این مقرره آن خواهد بود که حتی اگر قرض‌گیرنده با اولین ضربه شلاق قرض خود را ادا کند، قرض‌دهنده می‌تواند او را ۱۰۰ ضربه شلاق بزند. چرایی این نتیجه از آن روست که این حق برای قرض‌دهنده وجود دارد که ۱۰۰ ضربه شلاق بزند، پس هیچ ترتیب و مکانیسمی برای آنکه قرض‌دهنده کمتر از ۱۰۰ ضربه، به عبارت دیگر در حد ضرورت، شلاق بزند در این مقرره وجود ندارد؛ بنابراین حتی اگر با اولین ضربه شلاق، قرض‌گیرنده قرض را ادا کرد، طبق این مقرره قرض‌دهنده می‌تواند همه ۱۰۰ ضربه شلاق را بزند.

۴۷. مهرداد رهنورد واقف، «مبانی اخلاقی و فلسفی دفاع مشروع منجر به قتل» (پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشت: دانشگاه گیلان، ۱۳۹۴)، ۵۱.

۴۸. همان، ۶۲.

این مقرر قانونی دو بخش دارد که با هم ناسازگار هستند. اولاً، این ماده قانونی از جهت مجازات ثابت است و از جهت هدف مشروط. ثابت بودن مجازات و مشروط بودن هدف با هم ناسازگار هستند. به بیانی دیگر قانونگذار بیان می‌کند که قرض‌دهنده این حق را دارد که ۱۰۰ ضربه شلاق به قرض‌گیرنده بزند اما قانونگذار این حق را به قرض‌دهنده نداده است که کمتر از ۱۰۰ ضربه شلاق به قرض‌گیرنده بزند. این جهت قانون سزاگرایانه است، یعنی صرفاً بنابر گذشته و آنچه در گذشته از فرد سر زده بدون توجه به آثار آن در آینده اعمال می‌شود؛ اما از جهتی دیگر قانونگذار قسمتی را در ماده بیان می‌کند که با هدف سزاگرایانه ابتدای مقررہ تعارض دارد، قانونگذار در ادامه مقررہ فلسفه مقررہ را هدف‌گرا قرار می‌دهد، به این معنا که به‌صرف رسیدن قرض‌دهنده به مال خود، هدف مقررہ محقق خواهد شد.

تعارض موجود بین این دو بخش از آن جهت است که این امکان وجود دارد که قرض‌گیرنده با اولین ضربه شلاقی که بر بدنش نواخته می‌شود، قرض خود را ادا کند، یا اینکه سر نود و نهمین ضربه قرض خود را ادا کند، حال در این وضعیت چه باید کرد؟ پاسخ مشخص است، قرض‌دهنده بایستی حتماً ۱۰۰ ضربه شلاق را بزند، حتی اگر قرض‌گیرنده با اولین ضربه شلاق، قرض خود را ادا کند.

وضعیت دفاع مشروع و نظریه حق‌بنیاد نیز دقیقاً مشابه چنین حالتی می‌باشد. نهاد دفاع مشروع دارای ماهیتی هدف‌گرا می‌باشد، یعنی آن چیزی که این نهاد را مشروع می‌کند، صرفاً رسیدن به هدف (یعنی دفع خطر جانی - مالی از طرف شخصی انسانی که ناموجه است)، می‌باشد و هر رفتار آسیب‌زای دیگری از سمت مدافع، ناموجه خواهد بود. همین که فرد دفاع‌کننده توانست خطر را دفع کند دیگر هیچ حق اضافه‌ای برای او وجود ندارد، زیرا استفاده از قدرت حق انحصاری دولت مدرن است و تفویض آن به مردم عادی در حد ضرورت و تناسب و صرفاً برای دفع خطر می‌باشد و نه چیزی بیشتر؛ بنابراین می‌توان گفت که دقیقاً مشابه با مثال بیان‌شده، دفاع مشروع دارای ذاتی هدف‌گرا می‌باشد اما نظریه حق‌بنیاد را می‌توان به‌نحوی دارای ذاتی سزاگرایانه دانست.

طبق نظریه حق‌بنیاد، با حمله مهاجم و وجود شرایطی که پیشتر ذکر شد، مهاجم حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد. این امر این نتیجه را در پی دارد که بیان کنیم وقتی کسی حق به کشته نشدن خود را از دست دهد، پس مدافع می‌تواند او را بکشد، بدون رعایت قیود تناسب و ضرورت. مشابه با مثال «مقررہ مجازات قرض‌گیرنده بدقول»، وقتی قرض‌دهنده به‌صرف اینکه شخصی قرض او را ادا نکرده است، این حق برایش ایجاد می‌شود

که ۱۰۰ ضربه شلاق به قرض‌گیرنده بزند، حال حتی اگر ضربه اول را زد و قرض‌گیرنده قرض خود را ادا کرد، چرا بایستی هنوز قرض‌دهنده را ملزم به رعایت کردن قید ضرورت بدانیم و بگوییم دیگر نیاز نیست که بیشتر از این به قرض‌گیرنده شلاق بزنی؟ قرض‌دهنده در جواب ما می‌تواند ادعا کند که قرض‌گیرنده به صرف ادا نکردن قرض خود، حق به صد ضربه شلاق نخوردن خود را از دست داده است، بنابراین حتی اگر سر ضربه اول یا نود و نهمین هم قرض خود را ادا کند، من می‌توانم همه صد ضربه شلاق را بزنم.

با بیان این مثال کامل مشخص شد که نظریه حق‌بنیاد و مثال «مقرره مجازات قرض‌گیرنده بدقول» هر دو از یک نقیصه رنج می‌برند و آن هم این است که می‌توان آنها را سزاگرایانه دانست نه هدف‌گرا.

حال ممکن است این سؤال پیش آید که هدف‌گرا بودن دفاع مشروع چه ارتباطی با قیود متناسب و ضروری بودن عمل تدافعی دارد؟ یعنی چه رابطه‌ای بین هدف‌گرا بودن و رعایت نکردن قیود تناسب و ضرورت عمل تدافعی وجود دارد؟ طبق آنچه بیان شد، دانستیم که نظریه حق‌بنیاد ترتیب و مکانیسمی در درون خود برای ملزم کردن مدافع به رعایت تناسب و ضرورت ندارد، حال آیا این امر به این معنا نیز می‌باشد که نظریه حق‌بنیاد، هدف‌گرا نیست؟ پاسخ آن است که قیود تناسب و ضرورت عمل تدافعی در دفاع مشروع، قیودی درجهت تضمین هدف‌گرا بودن دفاع مشروع هستند، به عبارت دیگر این قیود تعبیه شده‌اند تا هدف‌گرا بودن دفاع مشروع تضمین گردد.

قید تناسب بیان می‌دارد که برای دفع خطر از خود (هدف) نبایستی بیشتر از میزان آسیبی که عمل تهاجمی وارد می‌آورد را وارد بیاوری و یا با بیانی دیگر، قید تناسب برای آن تعبیه شده است که دفاع مشروع، شری بیشتر از شرّ حمله نامشروع ایجاد نکند که اگر چنین باشد دفاع ما نامشروع خواهد بود. (این قید یعنی آنکه هدف دفاع مشروع دفع خطر است اما نه به هر قیمتی.)

از طرف دیگر قید ضرورت بیان می‌دارد که هدف اساسی دفع خطر است، هرگاه ما بتوانیم با آسیب کمتری به هدف خود (یعنی دفع خطر) برسیم، نبایستی رفتاری داشته باشیم که آسیب بیشتری را وارد می‌آورد، یعنی هدف اساسی دفع خطر است و نه سزا دادن فرد به علت رفتار گذشته‌اش. (قید ضرورت یعنی آنکه هدف دفاع مشروع دفع خطر است آن هم تا حد امکان یا کمترین آسیب ممکنه.)

بنابراین همان‌طور که دانسته شد، قیود تناسب و ضرورت که عمل تدافعی بایستی مقید به

آنها باشد برای تضمین هدف اصلی و ذاتی دفاع مشروع هستند و از آن خبر می‌دهند. در نتیجه، هرگاه نظریه به این قیود بی‌توجه باشد، تبعاً به هدف‌گرا بودن دفاع مشروع بی‌توجه است.

۳- موضع نظریه حق‌بنیاد در برابر مهاجم بی‌تقصیر و اعتبارسنجی آن

آن چیزی که در نگاه تامسون جلوه‌نمایی می‌کند نگاه عینی^{۴۹} او به مسئله حمله انجام‌شده توسط مهاجم و به تبع آن ایجاد حق دفاع مشروع است. اگر بخواهیم این موضوع را در یک جمله خلاصه کنیم باید این‌طور بیان کنیم که از نظرگاه او معیار شکل‌گیری حق دفاع مشروع این است که دیگری حمله ناموجهی به سمت من روانه کرده باشد که اگر این‌طور باشد، دیگر بررسی محتوای ذهنی مهاجم و عاملیت او و غیره هیچ تفاوتی در مسئله ایجاد نمی‌کند.

به بیان دیگر همین که الف به من حمله ناموجه کرد همین امر برای اینکه الف حق مبنی بر حیاتش یا حق به کشته نشدنش را از دست دهد، کافی است. او در جایی دقیقاً به همین موضوع اشاره می‌کند:

«آنچه که من فکر می‌کنم در هر رخدادی (از این دست) واضح باشد این است که اگر قضیه به نحوی پیش رود که مهاجم جان شما را خواهد گرفت مگر آنکه شما او را بکشید، در اینجا (دیگر) مقصر بودن یا نبودن مهاجم در حمله‌اش، تأثیری در اینکه که آیا شما می‌توانید او را بکشید یا خیر؟ ندارد»^{۵۰} به عبارتی شما می‌توانید او را به‌طور مجاز بکشید هرچند که او مهاجم بی‌تقصیر باشد.

تامسون در دفاع مشروع با توجه به مهاجم، سه قضیه را از هم تفکیک می‌کند؛ مهاجم شرور، مهاجم بی‌تقصیر^{۵۱} و تهدید بی‌تقصیر^{۵۲}. در قضیه مهاجم بی‌تقصیر، مهاجم یکی از علل رافع مسئولیت کیفری را داشته و بنابر آن به سمت قربانی حمله کرده است. مثلاً اگر مهاجم مجنون باشد و بر اثر جنون این حمله را انجام داده باشد.

اما قضیه تهدید بی‌تقصیر از نظر تامسون آن است که در آن، فرد به اصطلاح مهاجم نه تنها تقصیری ندارد یعنی این تهدید واقع شدن را در ذهن نداشته بلکه حتی عاملیتی هم در این تهدید واقع شدن خود نداشته است یعنی صرفاً بدن او در حمله شرکت داشته است و او

49. Objective

50. Thomson, "Self-defense," op.cit. 286.

51. Innocent Aggressor

52. Innocent Threat

در اینجا، بدنش را به هیچ‌وجه هدایت نکرده است و هیچ کنترلی بر آن نداشته است. مثالی که خود تامسون می‌زند، مثال مرد بسیار چاقی است که در اثر اینکه یک فرد شرور او را هل می‌دهد از بالا سقوط می‌کند و نزدیک است که بر روی شما آوار شود. اگر بر روی شما بیفتد به علت وزن زیاد او، شما خواهید مرد اما خودش زنده می‌ماند. حال شما یک اسلحه لیزری که افراد را از بین می‌برد و ناپدید می‌سازد، در دست دارید اگر از آن استفاده کنید، شما زنده می‌مانید اما او را می‌کشید.^{۵۳} مثال دیگر کسی است که به علت طوفان شدید در آسمان معلق است و به سمت شما می‌آید و اگر بر روی شما بیفتد، شما را می‌کشد.

در برابر اینها مهاجم شرور قرار دارد، مهاجم شرور کسی است که در انجام حمله هم عاملیت داشته است و هم در انجام این عمل از نظر جزایی قابل سرزنش است.

اما اینکه می‌گوییم صرف حمله به الف، برای اینکه حق دفاع مشروع به الف تعلق گیرد، کفایت می‌کند و چیز دیگری نیاز نیست، آیا چنین استدلالی در قضیه مهاجم بی‌تقصیر و تهدید بی‌تقصیر هم صدق می‌کند؟ آیا نقض حق به کشته نشدن مرد چاقی که او را هل داده‌اند و در حال افتادن به روی دیگری است و در این تهدید واقع شدنش هیچ تقصیری ندارد و حتی عاملیتی هم ندارد، صحیح است؟

در قضیه مهاجم بی‌تقصیر هرچند که مهاجم، غیرمسئول و بی‌تقصیر بوده اما حداقل حمله را انجام داده است اما مرد چاق نه تنها مسئول نیست و تقصیری ندارد بلکه او اصلاً کنش و کاری را انجام نداده، او صرفاً به سمت شما سقوط کرده است.^{۵۴}

اگر بخواهیم طبق ایده‌های خود تامسون جلو رویم، بایستی بگوییم که هم مهاجم شرور و هم مهاجم غیرمسئول به سمت شما حمله‌ور شده‌اند و بدین وسیله شما را خواهند کشت مگر اینکه شما، آنها را متوقف کنید و تنها راه متوقف کردن آنها، کشتن آنهاست؛ بنابراین در هر دو مورد، مهاجم شما را خواهد کشت مگر اینکه شما او را بکشید.

اما آیا این امر در مورد مرد چاق (تهدید بی‌تقصیر) هم صدق می‌کند؟ اگر این امر صدق کند آن چیزی که در هر سه قضیه مهاجم شرور، مهاجم بی‌تقصیر و تهدید بی‌تقصیر مشترک است، این گزاره است که اگر مهاجم را نمی‌کشید، او شما را می‌کشت.

اما آیا به‌واقع می‌توان گفت که مرد چاق (تهدید بی‌تقصیر) می‌خواهد شما را بکشد؟ آیا می‌توان گفت که هرچند این حادثه کشتن شما را در پی دارد، اما مرد چاق نمی‌خواهد

53. Thomson, "Self-defense," op.cit. 287

54. Ibidem.

شما را بکشد؛ و گفت که او به سمت شما حمله نکرده بلکه صرفاً سقوط کرده است؟ تامسون اظهار می‌دارد که فرض کنید یک پیانو و یک گاو صندوق از بلندی افتاده و به‌زودی بر روی سر آلفرد سقوط خواهند کرد که این حادثه، کشتن آلفرد را در پی خواهد داشت. در اینجا شخصی سؤال می‌کند که چه کسی / چیزی آلفرد را کشت؟ گاو صندوق یا پیانو؟

تامسون می‌گوید جواب صحیح (بنا بر فرض) پیانوست علی‌رغم این واقعیت که پیانو هیچ حمله‌ای را انجام نداده است و اساساً پیانو نمی‌تواند حمله‌ای را ترتیب دهد. در واقع باید این‌گونه تصور کنیم که اگر یک حادثه شامل افتادن x بر روی y باشد و y بر اثر این حادثه کشته شود پس نتیجه این می‌شود که x ، y را کشته است. حال x هر چه که می‌خواهد باشد.^{۵۵}

همان‌طور که دیده شد نگاه تامسون نگاهی عینی به مسئله است. مهم آن حادثه و رخدادی است که برای من در بیرون از اذهان پیش می‌آید. در اینجا محتوای اذهان دیگران هر چه که می‌خواهد باشد، این امر تفاوتی در حق من برای دفاع از خود ایجاد نمی‌کند. چه عامل تهدید، مسئول و شرور باشد، چه غیرمسئول باشد چه حتی فقط جسم او در تهدید دیگری مدخلیت داشته باشد.

او خود نیز این نگاه را تأیید می‌کند:

«تهدید بی‌تقصیر هم شما را می‌کشد مگر اینکه شما او را بکشید. به عبارتی در قضیه تهدید بی‌تقصیر هم اگر شما هر کاری غیر از کشتن او می‌کردید، او شما را می‌کشت.»^{۵۶} آن چیزی که معیاریت دارد، این است که حمله‌ای از طرف دیگری به سمت من روانه شده است، اگر این شرط محقق شود برای نقض حق به کشته نشدن طرف مقابل کافی است.

نظرگاه مجاز بودن کشتن مهاجم بی‌تقصیر (غیرمسئول) و تهدید بی‌تقصیر منحصر به تامسون نیست. نویسندگان متعددی از قبیل سوزان یونیاک، چنی رایان^{۵۷}، نانسی دیویس^{۵۸} و جرج فلچر نیز این امر را مجاز می‌دانند. البته هر کدام طبق نظریه مدنظر خود چنین امری را توجیه می‌کنند.

55. Ibid, 288-289.

56. Ibidem.

57. Cheyney C. Ryan

58. Nancy Davis

از طرفی دیگر نویسندگانی همچون مایکل اوتسوکا^{۵۹}، ریچارد نورمن^{۶۰} و دیوید رودین^{۶۱} اعتقاد دارند که کشتن مهاجم بی‌تقصیر و تهدید بی‌تقصیر مجاز نیست.

یونیاک و تامسون در توجیه دفاع مشروع دیدی نسبتاً شبیه به هم ارائه می‌کنند. تامسون می‌گوید بنیادی‌ترین دلیل موجه بودن کشتن در دفاع مشروع این گزاره است:

«اگر من از قوه قهریه کشنده علیه دیگری استفاده نمی‌کردم و غیر از کشتن مهاجم کار دیگری می‌کردم، مهاجم من را می‌کشت به طوری که حق حیات من پایمال می‌شد.»

از آن طرف یونیاک ادعا می‌کند که در واقع تهدیدی که آن دیگری برای شما ایجاد کرد (چه مسئولانه، چه غیرمسئولانه و چه غیرعامالانه) ناعادلانه بوده است.^{۶۲}

یکی از دلایل اینکه این نظریه‌پردازها، کشتن در دفاع مشروع در قضیه مهاجم بی‌تقصیر و تهدید بی‌تقصیر را امری مجاز می‌دانند، این است که مهاجم بی‌تقصیر (غیرمسئول) و تهدید بی‌تقصیر، به جای اینکه از علل موجهه بهره ببرند، در عوض تنها در انجام حمله‌شان معذورند. در فرضی که رفتاری معذور باشد، عمل همچنان ناروا و غیرمجاز محسوب می‌شود و فرد در واقع رفتاری را انجام داده که نباید انجام می‌داده است و چون عمل فرد همچنان ناموجه و قبیح است، دیگران وظیفه‌ای برای احترام گذاشتن به عمل او و مقاومت نکردن در برابر او ندارند.^{۶۳}

جرج فلچر در کتاب *بازاندیشی در حقوق جزا*^{۶۴} اظهار می‌دارد که عذرها، عامل انجام رفتار ناصحیح را تبرئه می‌کنند اما صرفاً عامل را تبرئه می‌کنند و رفتار ناصحیح انجام‌شده را تبدیل به رفتاری به حق نمی‌کنند؛ بنابراین معاذیر هیچ نقشی در ایجاد حق یا سلب حق در یک موقعیتی که چندین منافع با هم در تعارض قرار گرفته‌اند، ندارند؛ اینکه عامل خطا کار معذور است یا نیست هیچ نقشی در حق شخص دیگر به مقاومت نکردن در مقابل عامل معذور یا کمک نکردن به قربانی ندارند؛ اما در جایی که عمل انجام‌شده موجه و توجیه‌شده باشد، قضیه متفاوت است.^{۶۵}

59. Michael Otsuka

60. Richard Norman

61. David Rodin

62. David Rodin. *War and self-defense* (New York, NY: Oxford University Press, 2004), 83.

۶۳. ره‌نورد واقف، پیشین، ۵۱.

64. *Rethinking Criminal Law* (2000)65. George P Fletcher, *Rethinking Criminal Law* (New York, NY: Oxford University Press, 2000), 760/

به بیان گلانوئل ویلیامز^{۶۶}، اشخاص می‌توانند در مقابل اعمالی که نابه‌حق است، دفاع کنند که اعمال نابه‌حق شامل اعمالی که مهاجمین معذور انجام می‌دهند نیز می‌شود.^{۶۷}

دیوید رودین در انتقاد به نگاه تامسون در مجاز دانستن کشتن مهاجم بی‌تقصیر (غیرمسئول) و تهدید بی‌تقصیر چنین استدلال می‌کند:

(الف) یک تخته‌سنگ این حق را ندارد که بر روی شما بیفتد؛
 (ب) زیرا فاقد حق - آزادی^{۶۸} برای افتادن بر روی شماست؛
 (ج) زیرا شما یک حق - مطالبه در برابر او دارید که او چنین نکند؛
 (د) حال اگر او چنین کند او حق شما مبنی بر اینکه بر روی شما نیفتد را پایمال کرده است.^{۶۹}

او می‌گوید هر چند که مقدمات ابتدایی صادق‌اند اما نتیجه بی‌معنا و مهمل است. پس بهتر است مفهوم حق را بار دیگر موردِ مذاقه قرار دهیم.

بایستی بیان کنیم، تنها آن چیزی می‌تواند حق را پایمال کند که آن چیز، موضوع / مضمون یک وظیفه باشد؛ اما تنها، اموری / شیء و فاعلی می‌توانند موضوع تعهد و وظیفه باشند که اهلیت حداقلی شامل اهلیت عمل کردن، بررسی کردن، انتخاب کردن و قصد کردن را داشته باشند.^{۷۰} یک سنگ نمی‌تواند حق آزادی در اینکه بر روی شما بیفتد یا نیفتد را داشته باشد. از این امر این نتیجه‌گیری می‌شود که سنگ وظیفه‌ای هم مبنی بر اینکه روی شما نیفتد، ندارد. نتیجه‌ای که رودین می‌گیرد این است که یک تخته‌سنگ نه حق آزادی افتادن یا نیفتادن بر روی شما را دارد و نه وظیفه‌ای برای خودداری خود از افتادن بر روی شما، زیرا اصلاً او یک فاعل اخلاقی نیست.^{۷۱}

اوتسوکا اعتقاد دارد وقتی کسی از روی عمد و با ذهنی سالم و درحالی که می‌توانسته خطری برای زندگی شما به‌وجود نیاورد، اگر نسبت به زندگی و حق حیات شما خطری به‌وجود بیاورد، کشتن یا آسیب رساندن به او منصفانه است اما وقتی شخصی در خطری که برای دیگری به‌وجود آورده است، بی‌تقصیر باشد، منصفانه نیست که او را از حق اخلاقی در

66. Glanville Williams

67. Rodin, "War and Self-defense," op.cit. 84.

68. منظور حق - آزادی در ادبیات هوفلدی است.

69. Rodin, "War and Self-defense," op.cit. 85-86.

70. Ibid, 86-87.

71. Ibidem.

امان بودن از کشته شدن محروم بدانیم.^{۷۲}

قاعده‌ای که در زبان لاتینی وجود دارد که چنین می‌گوید: Ultra-Posse Nemo Obligator، معنای این قاعده چنین است؛ هیچ‌کس متعهد به انجام امری نیست که فاقد توانایی و اهلیت انجام آن باشد.

این قاعده نیز حرف رودین را تأیید می‌کند. در واقع به بیان دیگر رودین اظهار می‌کند کسانی که دارای قوه و قابلیت انجام یا عدم‌انجام کاری نیستند، نمی‌توانند متعهد به خودداری از انجام آن کار شوند. ما نمی‌توانیم افرادی را که به‌طور غیرارادی کاری انجام می‌دهند، ملزم به انجام وظیفه برای خودداری از کاری غیرارادی بکنیم. کسی هم که درمقابل ما وظیفه‌ای نداشته باشد، نمی‌توانیم در برابر او حق مطالبه‌ای داشته باشیم.

مایکل اوتسوکا اعتقاد دارد برای اینکه شخصی را پایمال‌کننده حق دیگری بدانیم، باید با عامل مسئول و پاسخ‌گویی روبه‌رو باشیم، اگر شهاب‌سنگ به سر کسی بخورد، این گفته منطقی است که بگوییم شهاب‌سنگ به شما اصابت کرده و شما را کشته است اما اگر بگوییم که تخته‌سنگ حق شما را پایمال کرده، سخن گزارفی بیان کرده‌ایم. تخته‌سنگ هیچ عاملیتی^{۷۳} ندارد پس نمی‌تواند موضوع و مشمول وظایف اخلاقی قرار گیرد و بنابراین نمی‌تواند حق دیگران را پایمال یا نقض کند.^{۷۴}

بنابراین از آنجایی که تهدید و مهاجم بی‌تقصیر، عامل مسئول و پاسخگو محسوب نمی‌شوند، پس نمی‌توانند حق‌ها را پایمال کنند، پس کشتن آنها توجیه نمی‌شود. نتیجه نهایی آن خواهد بود که:

مدافع در برابر مهاجم و تهدید بی‌تقصیر همچون شهاب‌سنگ و تخته‌سنگ هستند و نمی‌توانند حق مدافع را پایمال کنند؛ چون که اساساً عاملیتی ندارند یعنی قدرت تصمیم‌گیری برای چگونگی رفتار و قدرت سنجش رفتار و قدرت انتخاب ندارند؛ بنابراین نمی‌توان از کسی که قدرت کنترل خود و قدرت انتخاب ندارد، وظیفه‌ای را تقاضا کرد. در نتیجه چون مهاجم و تهدید بی‌تقصیر عاملیتی ندارند و همچون سنگ و تخته‌سنگ محسوب می‌شوند، نمی‌توان گفت که آنان حق مدافع را پایمال کرده‌اند پس اساساً نظریه حق‌بنیاد و فرایند ساقط شدن حق به کشته نشدن مهاجم شکل نمی‌گیرد.

72. Michael Otsuka, "Killing the Innocent in Self-Defense," *Philosophy & Public Affairs* 23(1) (1994): 91.

73. Agency

74. Ibid, 80.

البته این نتیجه‌گیری بدان معنا نیست که دفع خطر توسط مدافع غیرمجاز است بلکه منظور آن است که حداقل نظریه حق‌بنیاد این ظرفیت را ندارد که بتواند کشته شدن مهاجم و تهدید بی‌تقصیر را توجیه کند. به عبارت دیگر ما به واسطه نظریه حق‌بنیاد نمی‌توانیم دفاع در برابر مهاجم و تهدید بی‌تقصیر را مجاز بدانیم درحالی که خود نظریه پردازهای این نظریه اعتقاد دارند که این امر به وسیله نظریه حق‌بنیاد ممکن است.

۴- انتقادات وارده بر نظریه حق‌بنیاد

چندین انتقاد به نظریه حق‌بنیاد وارد است که در زیر ما به بررسی آنها می‌پردازیم. ایرادها به قرار زیر هستند:

۴-۱- توجیه‌ناپذیری شروط تناسب و ضرورت در نظریه حق‌بنیاد

همان‌طور که پیشتر بیان کردیم، مهم‌ترین ایراد و انتقاد وارده به نظریه حق‌بنیاد در رابطه با بی‌توجهی این نظریه نسبت به قیود تناسب و ضرورت عمل تدافعی است. نظریه حق‌بنیاد در درون خود هیچ مکانیسمی برای اینکه مدافع را مقید و ملزم به رعایت قیود تناسب و ضرورت کند، ندارد.

وقتی مهاجم حق به کشته نشدنش را از دست داده یعنی نمی‌تواند از دیگری، احترام به آن را مطالبه کند، حال چه چیزی می‌تواند جلوی مدافع را در کشتن مهاجم بگیرد؟ چرا مدافع اصلاً باید مقید به این باشد که عمل تدافعی‌اش متناسب و ضروری باشد؟

وقتی ما با مهاجمی روبه‌رو هستیم که حق به کشته شدن خود را از دست داده است پس به راحتی می‌توانیم او را بکشیم، حتی اگر من با وسیله کمتر آسیب‌رسانی هم بتوانم حمله مهاجم را دفع کنم. این نتیجه منطقی نظریه حق‌بنیاد خواهد بود.^{۷۵}

به عبارت دیگر نظریه حق‌بنیاد در درون خود هیچ مکانیسمی برای اینکه مدافع را مقید و ملزم کند که قیود تناسب و ضرورت را رعایت کند، ندارد. درحالی که با توضیحات مفصّلی که بیان شد و آن‌طور که مورد اتفاق نظر تمامی فلاسفه حقوق کیفری و اندیشمندان حوزه دفاع مشروع است قیود تناسب و ضرورت اصلی‌ترین و بنیادی‌ترین شروطی هستند که باید در

75. Joshua Dressler, "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale," *The Journal of Criminal Law and Criminology* 73(2) (1982): 454; Sanford H Kadish, "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law," *California Law Review* 64 (1976): 884; David Rodin, "War and Self-defense," op.cit. 73; Leider, op.cit. 38.

عمل تدافعی رعایت شوند.

بنابراین نظریه حق‌بنیاد، اصلی‌ترین شرط برای اینکه به‌عنوان یک نظریه قابل‌دفاع در حوزه دفاع مشروع، مطرح شود را دارا نیست و این یک نقطه ضعف بسیار اساسی در این نظریه است.

در این قسمت بیان نکته‌ای دیگر لازم می‌باشد و آن هم شرط لزوم عقب‌نشینی در دفاع مشروع می‌باشد. یکی از قدیمی‌ترین دفاعیات پذیرفته‌شده در تاریخ حقوقی جوامع، نهاد دفاع مشروع است. دفاع مشروع در شکل ابتدایی خود با نام *Se Defendendo* معروف بود. *Se Defendendo* را می‌توان اولین شکل دفاع مشروع نوین نامید.

فرض *Se Defendendo* این است که مدافع به‌دلیل غریزه زنده ماندن و صیانت از نفس، در هنگامی که به سمت او توسط مهاجم، حمله‌ای ناموجه انجام شود، گزینه‌ای غیر از آسیب به مهاجم و حتی کشتن او در دسترس نداشته و اگر چنین انتخابی کرده باشد، انتخاب واقعی نبوده است. وقتی با چنین مبنایی برای رفع مجازات روبه‌رو می‌شویم درواقع ما با علل رافع مسئولیت کیفری روبه‌رو هستیم که فرد را از مجازات معاف می‌کند. با وجود این از آنجایی که اجرای قانون توسط اشخاص غیردولتی، مخالف نیازهای جامعه قرون‌وسطی در نظر گرفته می‌شد، در نظر گرفتند که این عمل تنها می‌تواند توسط پادشاه مورد‌عفو قرار گیرد. البته در قرن ۱۴ عفو تبدیل به یک موضوع کاملاً صوری شد، به‌طوری‌که عفو، حتی بدون هیچ‌گونه دخالتی توسط پادشاه از طرف او اهدا می‌شد.^{۷۶}

اما این نهاد *Se Defendendo* با تمام شباهت‌هایی که با دفاع مشروع نوین داشت، چندین تفاوت قابل‌توجه با آن داشت:

(۱) همان‌طور که پیش از این بیان شد از آنجایی که فرد صرفاً بنا بر غریزه زنده ماندن و صیانت از نفس کسی را در دفاع از خود کشته است و گزینه‌ای غیر از این نداشته، او را مجازات نمی‌کنند پس در اینجا ما با یک عذر یا عامل رافع مسئولیت روبه‌رو هستیم.

دفاع مشروع نوین در سیستم‌های حقوقی جهان جز عوامل موجهه دانسته می‌شود که این تمایز باعث تفاوت‌هایی عملی فراوانی می‌شود؛

(۲) اصلی‌ترین شرط تحقق *Se Defendendo* این بود که فرد تا جای ممکن عقب‌نشینی

کند؛ یعنی فرد چاره‌ای غیر از ارتکاب این عمل را نداشته باشد. ویلیام بلک استون^{۷۷} شهیر این قید را این‌گونه شرح می‌دهد: هیچ وسیله ممکن یا حداقل احتمالی برای فرار از دست مهاجم وجود نداشته باشد.^{۷۸}

بنابراین همان‌طور که دیده شده شرط عقب‌نشینی تا جای ممکن که امروزه تحت عنوان ضرورت عمل تدافعی شناخته می‌شود (هرچند که این دو شاخص تفاوت‌هایی با هم دارند) از ابتدا جزء شرایط حتمی دفاع مشروع بوده است اما در نظریه حق‌بنیاد فکری بابت رعایت این قید نشده است.

۴-۲- ساقط شدن حق کشته نشدن مهاجم در برابر تمامی انسان‌ها

ایراد دیگری که به این نظریه وارد است، چنین می‌نماید که الف با انجام حمله‌ای ناموجه به ب، بایستی حق کشته نشدن خود را فقط و فقط در برابر ب از دست دهد؛ اما از آنجایی که دفاع مشروع، جزء عوامل موجهه دانسته می‌شود، هرکسی می‌تواند به دفاع ب کمک کند. معنای این حرف این است که وقتی مهاجم حمله‌ای نسبت به ب انجام داد، نه تنها در برابر ب، بلکه در مقابل همه اشخاص حق مبنی بر کشته نشدنش ساقط می‌شود.^{۷۹} یعنی مهاجم با حمله خود تبدیل به مرده متحرک خواهد شد و هرکسی در هر جایی حق دارد به کشتن او کمک کند.^{۸۰}

فلچر از چنین شخصی با عنوان Outlaw یاد می‌کند. چنین شخصی را با مسامحه می‌توان همان مهدورالدم که در ادبیات فقهی ما مشهور است، ترجمه کرد. شخصی که تحت حمایت قانون نیست و از مزیت‌ها و منافع قانون بی‌بهره است. کسی که خارج از مرزهای حقوق و حمایت‌های حقوقی قرار می‌گیرد. این شخص تمامی حقوقش در برابر تمامی افراد سلب می‌شود حتی در رابطه با کسانی که هیچ‌چیزی درباره خطای این فرد نمی‌دانند^{۸۱} چنین نتیجه‌گیری، آشکارا ناصحیح می‌باشد.

فرض کنید الف قصد کشتن ب را دارد حال با توجه به نظریه حق‌بنیاد به علت حمله ناموجهی که فرد الف انجام داده است و با فرض اینکه ب برای دفع خطر چاره‌ای جز کشتن

77. William Blackstone

78. Fletcher, *Rethinking Criminal Law*, op.cit. 857.

۷۹. این نقد را از عبارتی در مقاله Justifying the Right to Self-Defense نوشته Shlomit Wallerstein الهام

گرفته‌ام.

۸۰. ره‌نورد واقف، پیشین، ۵۴.

81. Fletcher and Ohlin, "Defending Humanity," op.cit. 36; Sangero, op.cit. 44.

الف ندارد، حق کشته نشدن **الف** ساقط می‌شود. از طرفی دیگر از آنجایی که اکثر فلاسفه حقوق کیفری و اندیشمندان حوزه دفاع مشروع، دفاع مشروع را جزء عوامل موجهه می‌دانند، پس بایستی قائل به این باشیم که تمامی افراد حق کمک به مدافع را دارند زیرا دفاع مدافع عمل مجازی می‌باشد.

از این دو مقدمه می‌توان این‌طور نتیجه گرفت که مهاجم با حمله خود، حق به کشته نشدن خود را در مقابل تمامی افراد از دست می‌دهد درحالی که آشکارا نظریه‌پردازهای حق‌بنیاد این امر را در ذهن ندارند.

طبق نظریه حق‌بنیاد چون مهاجم، حق کشته نشدن مدافع را زیر پا گذاشته پس حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد و چون حق به کشته نشدن ندارد پس نه می‌تواند از طرف مقابل (مدافع) کشته نشدن خود را مطالبه کند و نه طرف مقابل (مدافع) وظیفه‌ای مبنی بر احترام به مهاجم و حق کشته نشدن او دارد، زیر درواقع مهاجم حق خود را از دست داده است.

آن چیزی که از این صورت‌بندی فهمیده می‌شود، آن است که مهاجم تنها در برابر مدافع حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد و نمی‌تواند احترام به حق کشته نشدن خود را از مدافع بخواهد؛ اما باین‌حال مهاجم حق کشته نشدن خود در برابر دیگران را از دست نمی‌دهد پس قاعدتاً دیگران نباید حق کشته نشدن مهاجم را زیر پا بگذارند. به عبارتی دیگر نظریه حق‌بنیاد یک نظریه رابطه‌ای / قراردادی هست، یعنی همین که **الف** به من بی‌احترامی کرد من هم می‌توانم احترام و حرمت **الف** را نگه ندارم، اما بی‌احترامی **الف** به من دلیل نمی‌شود که ب هم به **الف** احترام نگذارد.

این درحالی است که طرفداران نظریه حق‌بنیاد و خود خانم تامسون که اعتقاد دارند که دفاع مشروع را باید جزء علل موجهه دانست نه جزء آن چیزی که در ادبیات حقوقی ایران به عوامل رافع مسئولیت معروف گشته است.

اما همان‌طور که دیدیم اعتقاد به نظریه حق‌بنیاد با اعتقاد بر موجهه بودن آن متناقض است.

۴-۳- استدلال ناقص نظریه حق‌بنیاد

در صورت‌بندی اولی که از نظریه حق‌بنیاد ارائه شد، مابین گزاره دال و واو رابطه سببی وجود ندارد. این دو گزاره را مشاهده بفرمایید:

د) اگر الف مهاجم را نکشد، مهاجم فرد الف را خواهد کشت؛
 ه) بنابراین، مهاجم فاقد حق به کشته نشدن می‌شود.
 در اینجا تامسون دلیلی نمی‌آورد که چرا این گزاره که اگر من مدافع، مهاجم را نکشم، مهاجم مرا می‌کشد باعث می‌شود مهاجم فاقد حق مبنی بر کشته نشدن بشود. صرف این ادعا که من اگر دیگری را نکشم دیگری مرا می‌کشد باعث موجه بودن کشتن دیگری از طرف من نمی‌شود.

به عبارتی صرف اینکه دیگری به من حمله کرده است و اگر او را نکشم او مرا می‌کشد، تأثیری در حق مبنی بر کشته نشدن دیگری ندارد. تامسون باید دلیلی بیاورد که چرا حمله الف به ب باعث نقض شدن حق مبنی بر کشته نشدن الف می‌شود. صرف حمله کردن الف به ب، ربط و دخلی به حق مبنی بر کشته نشدن الف ندارد و روی این حق تأثیر نمی‌گذارد.^{۸۲}

۴-۴-۴- عدم‌قابلیت استناد به نظریه حق‌بنیاد در جرایم سنگین غیر از قتل

یک نظریه جامع در زمینه دفاع مشروع بایستی این قابلیت را داشته باشد که بتواند تمامی جرایمی که مدافع در مقام دفاع انجام می‌دهد را پوشش دهد و توجیه کند، اینکه یک نظریه بتواند تنها جرم قتل را مجاز گرداند ولی نتواند باقی جرایم را توجیه نماید یک ایراد مهم برای این نظریه می‌باشد.

در مواردی که مهاجم قصد آدم‌ربایی یا تجاوز داشته باشد، طبق نظریه حق‌بنیاد چه باید کرد؟ آیا کسی که صرفاً آدم‌ربایی کرده یا کسی را برای ابد در جایی محبوس کرده است یا مهاجمی را که می‌خواهد به کسی تجاوز کند، می‌توان بنابر دفاع مشروع کشت؟ آیا این کارها باعث اسقاط حق مبنی بر کشته نشدن مهاجم می‌شود؟ طرفداران نظریه حق‌بنیاد برای حل این مشکل راه‌حلی ایجاد نکرده‌اند.^{۸۳}

به عبارت دیگر اگر کسی بخواهد به دیگری تجاوز به عنف کند طبق نظریه حق‌بنیاد مدافع بایستی چه واکنشی داشته باشد؟ مبنای نظریه حق‌بنیاد حق به کشته نشدن تمامی افراد است که تحت شرایطی این حق می‌تواند اسقاط شود. با کمی مسامحه می‌توانیم حق به کشته نشدن را به حق آسیب جسمی ندیدن نیز توسعه دهیم؛ اما آیا می‌توان حق مورد تجاوز واقع نشدن را هم شامل این امر دانست؟ پاسخ منفی است.

۸۲. ره‌نورد واقف، پیشین، ۵۴.

83. Leider, op.cit. 35.

هسته مرکزی نظریه حق‌بنیاد، حق بر کشته نشدن (و با مسامحه می‌توان حق بر آسیب ندیدن را هم به این نظریه الصاق کرد) و توجیهاتی برای نقض این حق تحت شرایطی خاص است که آن شرایط خاص تنها زمانی رخ می‌دهند که بر فرض اگر من دیگری را نکشم، دیگری من را می‌کشد یا اینکه اگر من به دیگری آسیب نرسانم، دیگری به من آسیب شدیدی می‌رساند. در این شرایط حق دیگری مبنی بر کشته نشدن / آسیب ندیدن ساقط می‌شود و من می‌توانم او را بکشم یا به او آسیب برسانم، زیرا او حقی درمقابل من ندارد پس من وظیفه‌ای برای رعایت حرمت حق او ندارم و هنگامی که وظیفه‌ای و تکلیفی برای انجام کار بخصوصی نداشته باشم یعنی می‌توانم و آزادم که آن کار را انجام دهم (حق آزادی). فرض کنید که طبق نظریه حق‌بنیاد الف حق به مورد تجاوز واقع شدن را ندارد. حال ب این حق الف را نقض کرده است. طرفداران نظریه حق‌بنیاد می‌توانند دو پاسخ برای این سؤال چالشی مطرح کنند:

۱) چون ب حق مورد تجاوز واقع نشدن الف را نقض کرده است پس بایستی حق ب برای مورد تجاوز واقع نشدن ساقط گردد؟!

۲) یا اینکه حق به مورد تجاوز واقع نشدن الف باعث می‌شود که حق به کشته نشدن و آسیب ندیدن ب نقض شود؟

فرض ۱ آشکارا خطا می‌باشد اما فرض ۲ در دید اول منطقی به نظر می‌رسد؛ اما این پاسخ نیز با اشکالات مبنایی روبه‌روست.

ایراد اول آن است که مبنای اینکه حق به مورد تجاوز واقع نگرفتن می‌تواند حق به کشته نشدن / آسیب ندیدن را ساقط کند، چیست؟ در قضیه‌ای که الف قصد کشتن ب را داشت، این نظریه منطقی به نظر می‌رسد زیرا هر دو حق از یک جنس و نوع بودند، حق به کشته نشدن ب تحت شرایطی باعث می‌شد که حق به کشته نشدن الف ساقط شود؛ اما در قضیه نقض حق به مورد تجاوز قرار نگرفتن و ساقط شدن حق به کشته نشدن، چنین رابطه‌ای وجود ندارد. از طرفی دیگر اگر پاسخ طرفداران نظریه حق‌بنیاد چنین باشد، این امر هم مشخص نشده است که معیار تناسب و ضرورت عمل تدافعی در این قضا یا چه خواهد بود؟ به عبارت دیگر چه خطرهایی از جانب مهاجم می‌تواند حق مبنی بر کشته نشدن / آسیب ندیدن او را ساقط کند؟ آیا کسی که می‌خواهد دیگری را برباید هم حق مبنی بر کشته نشدن / آسیب ندیدن خود را از دست می‌دهد؟ کسی که می‌خواهد جواهرات خانه دیگری را برباید چه؟ با بیانی دیگر، مرز ساقط شدن حق مبنی بر کشته نشدن / آسیب ندیدن مهاجم تا کجاست؟

اگر بخواهیم این مفهوم را با زبان اعداد بیان کنیم این طور خواهد بود که مهاجم می‌تواند در برابر مدافع ده عمل را انجام دهد. هر کدام از این عمل‌های تهاجمی آسیبی دارد، عمل ۱، یک واحد آسیب برای مدافع دارد و عمل ۱۰، ده واحد آسیب برای مدافع دربر خواهد داشت. عمل ۱، کمترین میزان آسیب و عمل ۱۰، بیشترین میزان آسیب را خواهد داشت.

حال سؤال اصلی و نقد اساسی به نظریه حق بنیاد در فرض مزبور این می‌تواند باشد که مهاجم تا کدام یک از این اعمال را انتخاب کند حق به کشته نشدنش نقض می‌شود؟ اگر مهاجم عمل تهاجمی ۵ را انتخاب کند که پنج واحد آسیب برای مدافع دارد، حق مبنی بر کشته نشدن ساقط می‌شود؟ دلیل این انتخاب چیست؟ چطور عمل ۶ که شش واحد آسیب برای مدافع داشت، می‌توانست حق به کشته نشدن مهاجم را نقض کند اما به یکباره عمل ۵ که پنج واحد آسیب دارد، نمی‌تواند باعث اسقاط حق کشته نشدن مهاجم گردد درحالی که آسیب‌های این دو عمل تفاوت آن‌چنانی با هم ندارند؟

به عبارت دیگر، اگر بر فرض که طرفداران نظریه حق بنیاد ادعا کنند که جرایم سنگین غیر از قتل هم می‌تواند حق به کشته نشدن مهاجم را ساقط کند، بایستی پاسخ داد که معیار اینکه جرم سنگین الف می‌تواند باعث ساقط شدن حق به کشته نشدن شود و جرم سنگین دیگر ب نمی‌تواند باعث ساقط شدن حق به کشته نشدن شود، چیست؟ اگر هر دوی این جرایم سنگین می‌توانند باعث سقوط حق به کشته نشدن مهاجم شوند، اساساً معنای خود سنگین چیست؟ آدم‌ربایی ساده جرم سنگین محسوب می‌شود؟ شخصی که هر روز زنی را تهدید به تجاوز جنسی می‌کند، آیا جرم سنگینی انجام داده است؟

منظور آن است که اگر هم بر فرض که این نظریه جرایم دیگری را غیر از اینکه مهاجم می‌خواسته قتل انجام دهد، باعث ساقط شدن حق به کشته نشدن بدانند، عاملی در دل خود نظریه برای مشخص شدن جرایمی که می‌تواند حق به کشته نشدن را ساقط کنند و جرایمی که نمی‌توانند باعث ساقط شدن این حق مدافع گردند، وجود ندارد. البته مدافعان این نظریه می‌توانند قیودی از بیرون به این نظریه الصاق کنند تا این عیب برطرف شود اما بایستی گفت که این نظریه در دل خود و به طور مستقل جوابی برای این چالش ندارد.

به طور کلی سازکاری برای تعیین اینکه حق مبنی بر کشته نشدن یا حق مبنی بر آسیب ندیدن چگونه ساقط می‌شود در نظریه حق بنیاد وجود ندارد یا حداقل روشن نیست.

نتیجه

نظریه حق‌بنیاد که توسط جودیت جارویت تامسون، فیلسوف معاصر و پرآوازه اخلاق عملی، نظریه‌پردازی شده است، نقاط قوت بسیار زیادی دارد از قبیل اینکه مبنای خود را بر روی نهاد حق که پایه و اساس دولت مدرن و حقوق مدرن می‌باشد، پایه‌گذاری می‌کند. او اعتقاد دارد که در جامعه مدرن افراد تنها بر اساس حق، قادر به تأثیر گذاشتن بر دیگران و تأثیر پذیرفتن از دیگران می‌باشند؛ بنابراین چه آن هنگام که ما بخواهیم مجرم را مجازات کنیم و چه آن هنگام که بخواهیم در مقام دفاع از خود و برای دفع حمله فرد مهاجم، آسیبی به او وارد آوریم، بایستی این کار را بر اساس حق خود در انجام این کار (وجود حق آزادی) و فقدان حق دیگری در اینکه بتواند از من بخواهد طور دیگری رفتار کنم (نبود حق - مطالبه) باشد.

اما با وجود این، نظریه او از یک ایراد مبنایی رنج می‌برد که باعث می‌شود نتوان از این نظریه به عنوان یک نظریه جامع و کامل برای توجیه دفاع مشروع و خاصه دفاع مشروع منجر به قتل استفاده کرد.

یکی از اصول پذیرفته شده در حقوق جوامع مدرن، تناسب و ضرورت میان عمل تدافعی با حمله و تعدی مهاجم می‌باشد. تناسب بدین معناست که عمل تدافعی مهاجم برای دفع حمله بیشتر و سنگین تر از خود حمله نباشد و از طرف دیگر ضرورت متضمن این معناست که عمل تدافعی برای دفع حمله مهاجم آخرین راه حل باشد و او از راه‌های کمتر آسیب‌زا نتواند حمله مهاجم را دفع کند.

اما مهم‌ترین ایراد نظریه حق‌بنیاد این است که به طور تلویحی این دو قید عمل تدافعی را رد می‌کند، بدین معنا که فرد مهاجم در نظریه حق‌بنیاد با حمله تقصیرمندان خود (در صورتی که مدافع در شرایطی قرار بگیرد که اگر مهاجم را نکشد، خود او کشته می‌شود) حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد. حال باید این سؤال را پرسید، هنگامی که مدافع حق به کشته نشدن خود را از دست می‌دهد و طبق این نظریه می‌تواند توسط مدافع کشته شود، چرا هنوز مدافع بایستی در حمله‌اش مقید به قیود تناسب و ضرورت باشد؟ مهاجم حق به کشته نشدن خود را از دست داده است و حتی اگر بتوان حمله او را با یک سیلی دفع کرد، طبق این نظریه، مدافع مجاز است که مهاجم را بکشد، در حالی که این عمل به میزان زیادی با شهودهای اخلاقی ما سازگار نیست. هرچند که این نظریه به طور مستقیم چنین کاری را مجاز نمی‌داند اما به طور تلویحی چنین نتیجه‌ای را می‌توان از این نظریه برداشت کرد. از طرف دیگر این نظریه نمی‌تواند پاسخ مناسبی برای مسئله مهاجم و تهدید بی‌تقصیر ارائه دهد، به بیان بهتر

این نظریه در دادن پاسخ به این مسئله، عقیم است. بنابراین با وجود چنین ایراد مبنایی و ایرادهای مهم دیگر، نمی‌توان از نظریه حق‌بنیاد به‌عنوان یک نظریه که بتواند به طرز مناسب و شایسته‌ای دفاع و آسیب‌هایی که مدافع در مقام دفاع مشروع به مهاجم وارد می‌آورد را توجیه نماید.



فهرست منابع

الف) منابع فارسی

- جونز، پیتر. حقوق. ترجمه سید رضا حسینی. چاپ اول. تهران: پژوهشکده مطالعات فرهنگی و اجتماعی، ۱۳۸۷.
- ره‌نورد واقف، مهرداد. «مبانی اخلاقی و فلسفی دفاع مشروع منجر به قتل». پایان‌نامه کارشناسی ارشد، رشت: دانشگاه گیلان، ۱۳۹۴.
- طالبی، محمدحسین، مصطفی حسینی‌نسب. «تبیین حق از نگاه هوفلد». *مجله حکومت اسلامی* ۱۴(۱) (۱۳۸۸): ۱۸۸-۱۵۵.
- نظری‌نژاد، محمدرضا. «مبانی و موجبات دفاع مشروع در برابر حمله به حیات یا تهدید آن». *نشریه فقه و حقوق اسلامی* ۳(۶) (۱۳۹۲): ۲۸۲-۲۲۳.

ب) منابع خارجی

- Draper, Kai. "Rights and Self-Defense." *Public Affairs Quarterly* 20 (2006): 95-113.
- Dressler, Joshua. "Rethinking Heat of Passion: A Defense in Search of a Rationale." *The Journal of Criminal Law and Criminology* 73 (1982): 421-470.
- Eser, Albin. "Justification and Excuse, A Key Issue in the Concept of Crime." In *Justification and Excuse: Comparative Perspective*, edited by Albin Eser et al, 17-65. Dobbs Ferry, Nt: Translational Juris Publication, 1976.
- Fletcher, G. P., & J. D. Ohlin. *Defending Humanity: When Force Is Justified and Why*. New York, NY: Oxford University Press, 2008.
- Fletcher, George P. *Rethinking Criminal Law*. Berkeley, CA: Oxford University Press, 2000.
- Kadish, Sanford H. "Respect for Life and Regard for Rights in the Criminal Law." *California Law Review* 64 (1976): 871-901.
- Leider, Robert. "Justifying Self-Defense, Defense of Others, and the Use of Force in Law Enforcement." Ph.D. Thesis. USA: Georgetown University, 2009.
- McMahan, Jeff. "Proportionate Defense." *Journal of Transnational Law and Policy* 23 (2014): 1-36.
- McMahan, Jeff. "The Limits of Self-Defense." In *The Ethics of Self-Defense*, edited by Christian Coons and Michael Weber, 229-242. New York: Oxford University Press, 2016.
- Otsuka, Michael. "Killing the Innocent in Self-Defense." *Philosophy & Public Affairs* 23(1) (1994): 74-94.
- Quong, Jonathan. "Rights." In *The Routledge Companion to Social and Political Philosophy*, edited by Gerald Gaus and Fred D'Agostino, 618-629. Abingdon, United Kingdom: Routledge, 2010.
- Rodin, David. "War and Self-defense." *Ethics & International Affairs* 18 (2004): 63-68.
- Rodin, David. *War and Self-defense*. New York, NY: Oxford University Press, 2002.

- Sangero, Boaz. *Self-defence in Criminal Law*. London: Hart Publishing, 2006.
- Thomson, Judith Jarvis. "Self-defense." *Philosophy & Public Affairs* 20 (1991): 283-310.
- Thomson, Judith Jarvis. *Self-defence and Rights*. The Lindley Lecture, University of Kansas, April 5, 1976.
- Uniacke, Suzanne. *Permissible Killing: The Self-defence Justification of Homicide*. Cambridge, England: Cambridge University Press, 1996.
- Wallerstein, Shlomit. "Justifying the Right to Self-Defense: A Theory of Forced Consequences." *Virginia Law Review* 91 (2005): 999-1035.

