

مطالعات حقوق تطبیقی

دوره ۱۱، شماره ۱

بهار و تابستان ۱۳۹۹

صفحات ۸۱ تا ۹۸

بررسی تطبیقی الزام به فرار مدافع از موقعیت دفاع مشروع در حقوق کامن لا و فقه امامیه

صابر حمزه جواران

دانشجوی دکتری گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی واحد رفسنجان دانشگاه آزاد اسلامی

(Email: hamzejavaran@gmail.com)

امان‌الله علیمرادی*

استادیار گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده الهیات و معارف اسلامی واحد کرمان

دانشگاه آزاد اسلامی

حمید دلیر

استادیار گروه حقوق جزا و جرم‌شناسی، دانشکده حقوق و علوم سیاسی واحد رفسنجان دانشگاه

آزاد اسلامی

(Email: hamiddelir97@gmail.com)

(تاریخ دریافت: ۱۳۹۸/۰۵/۰۱، تاریخ پذیرش: ۱۳۹۸/۱۲/۰۵)

چکیده

یکی از موقعیت‌هایی که در دفاع مشروع به وجود می‌آید، حالتی است که مهاجم حمله خود را آغاز کرده، اما هنوز ضرورت دفاع برای مدافع به وجود نیامده است و وی امکان عقب‌نشینی و فرار از دست مهاجم را دارد. حال پرسش اساسی آن است که آیا مدافع ملزم به فرار در برابر حمله مهاجم است یا آنکه وی می‌تواند همچنان بایستد تا سرانجام از حق دفاع خود بهره‌مند گردد؟ حقوق کامن لا در قرون اخیر مبتنی بر نظریه جامعوی «شر کمتر و منفعت بیشتر» است و در صورت امکان عقب‌نشینی، مدافع را ملزم به فرار می‌داند؛ زیرا فرار راهی برای تحقق حفظ جان مهاجم (منفعت بیشتر) و کاهش احتمال جرم (شر کمتر) است، چنان‌که عدم رعایت آن با وجود حصول کلیه شرایط دیگر دفاع، موجب عدم مشروعیت اصل دفاع می‌شود. در متون فقهی، مبحث وجوب فرار بعد از بیان اصل وجوب دفاع، تنها برای تأکید بر حفظ جان مدافع در زمان عدم توانایی وی در برابر حمله مهاجم عنوان شده است. بنابراین اگر شرایط دفاع حاصل شود، اصل وجوب دفاع حاکم است و عدم فرار وی اثر حقوقی ندارد.

واژگان کلیدی

اکراه، امکان فرار، دفاع مشروع، وظیفه عقب‌نشینی.

مقدمه

دفاع انسان در مقابل حمله و تهاجم دیگری یکی از کهن‌ترین اعمالی است که در هر نظام حقوقی و اجتماعی وجود داشته، اما با آنکه این نهاد یکی از باسابقه‌ترین مباحث حقوقی است، شرایط اعمال، آثار و پیامدهای حقوقی که می‌تواند بر فعل مدافع داشته باشد، در هر سیستم حقوقی متفاوت است. برای نمونه در حقوق کیفری غرب که خود به دو سیستم کامن‌لا (عرفی) و رومی-ژرمنی تقسیم می‌شود، نهاد دفاع مشروع به تناسب ساختار کلی آن سیستم حقوقی، از مبانی نظری متفاوتی برخوردار است. در حقوق کامن‌لا تأکید بر موضوع نظم و اجتماع موجب آن شده است که ضابطه انسان معقول و شروط عینی نظیر تناسب در دفاع مشروع، برخلاف حقوق رومی-ژرمنی که بر مفهوم حق دفاع تأکید دارد، از اهمیت دوچندانی برخوردار شود. بنابراین در کشورهایی که از سیستم حقوقی کامن‌لا پیروی می‌کنند، دفاع کشنده در برابر اموال به دلیل عدم تناسب میان منافع جان قربانی و مال مدافع، مشروع محسوب نشده یا آنکه با شروط فراوانی مورد پذیرش قرار گرفته است (Leverick, 2006, p. 133-135).

یکی از ابهاماتی که بسته به مبانی دفاع مشروع به وجود می‌آید آن است که آیا مدافع قبل از ایجاد حالت ضرورت و در صورت امکان فرار، ملزم است برای پیشگیری از مرگ یا آسیب به قربانی (مهاجم) حداکثر تلاش خود را برای فرار و عقب‌نشینی انجام دهد یا اینکه وی حق دارد در مقابل حمله مهاجم ایستادگی کند تا اینکه حالت ضرورت برای حفظ جان خود به وجود آید و سپس اقدام به فعل منجر به مرگ یا صدمه به قربانی نماید؟

عده‌ای از حقوق‌دانان در این مورد بر لزوم عقب‌نشینی مدافع تأکید دارند و بعضی دیگر حق مدافع بر ایستادگی را تحسین نموده، همچنان موقعیت مدافع و فعل وی را مشروع فرض کرده‌اند. رویکرد حقوق کیفری کشورها به این مسئله نیز متفاوت است تا آنجا که حقوق کشورهای مبتنی بر حقوق کامن‌لا، بیشتر چنین قاعده‌ای را پذیرفته‌اند، ولی در مقابل سیستم‌های حقوقی رومی-ژرمنی نظیر آلمان با وجود استثناهایی، چنین قاعده‌ای را نپذیرفته‌اند (Fletcher, 2000, p. 860).

پذیرش یا عدم پذیرش قاعده «وظیفه عقب‌نشینی»^۱ به مبانی و مدل‌های توجیه‌کننده دفاع مشروع برمی‌گردد. سیستم‌های حقوقی که این قاعده را پذیرفته‌اند، در کیفیت پذیرش خود با یکدیگر یکسان نبوده، در حدود، دامنه و کارکرد این قاعده با یکدیگر متفاوت‌اند؛ برای مثال مسائلی نظیر آنکه جایگاه اعمال قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» در کجاست؟ عدم رعایت چنین قاعده‌ای نشان‌دهنده سوءنیت متهم است یا عدم رعایت آن به شروط فعل تدافعی متهم نظیر متناسب بودن آن؟ بین خطای قبلی مدافع در ایجاد حمله مهاجم و لزوم عقب‌نشینی مدافع چه

1. Duty to retreat

ارتباطی وجود دارد؟ عدم رعایت چنین قاعده‌ای دارای چه آثار حقوقی است؟ این‌ها ابهاماتی است که در حقوق کیفری غرب با معیارهای متفاوتی پاسخ داده شده است. در فقه امامیه نیز مبحثی شبیه به قاعده یادشده با عنوان وجوب فرار مدافع در مقابل جواز آن آمده است. در این مقاله سعی شده است علاوه بر پاسخ به پرسش‌های پیش‌گفته، متناسب با مبانی نظری تشریح‌کننده دفاع مشروع، به وجوه تمایز این دو مبحث، یعنی قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» و «وجوب فرار مدافع»، در حقوق کیفری غرب و فقه امامیه پاسخ داده شود.

۱. الزام به فرار و مفاهیم مرتبط

پرسش در مورد اینکه آیا متهم قبل از اقدام به قتل مهاجم، وظیفه عقب‌نشینی و خودداری از درگیری را دارد یا خیر، مرتبط به مبانی دفاع مشروع، تعریف دقیق و شناخت جایگاه این قاعده نسبت به دفاع مشروع است. قبل از تعریف این قاعده، به‌طور کلی دو دیدگاه در این مورد وجود دارد: گروه اول قائل به آن هستند که قربانی حمله می‌تواند در هر صورت بر حق خود ایستادگی و با وجود اجتناب از درگیری، از حق خود دفاع کند. اما گروه دیگر معتقدند که کارکرد اصلی حقوق جزا کاهش خشونت در میان افراد جامعه و حمایت از حقوق افراد از جمله مهم‌ترین حق، یعنی حق حیات است. در نتیجه در زمان حمله مهاجم، مدافع نیز باید تا جای ممکن و البته معقول، به خودداری از درگیری منجر به مرگ قربانی پردازد و تنها در چنین صورتی است که فعل کشنده بعدی وی یک فعل مشروع شمرده خواهد شد. در ادامه به شرایط اساسی که در فرار از طرف مدافع لازم است، پرداخته خواهد شد (Ibid, p. 865).

۱.۱. نوع حمله

از آنجا که این قاعده رابطه تنگاتنگی با مفهوم دفاع مشروع دارد، حداقل باید وجود حمله بالفعل از طرف مهاجم وجود داشته باشد.^۱ بنابراین در صورتی که مدافع بداند مهاجم به‌طور بالقوه با دیدن مدافع قصد حمله به وی را دارد، اما همچنان خود را در معرض دید وی قرار دهد، نمی‌توان قائل به آن شد که مدافع با عدم اجتناب از درگیری، چنین قاعده‌ای را رعایت نکرده است؛ زیرا قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» مشروط به آن است که حمله از طرف مهاجم شروع شده باشد (Ashworth & Horder, 2013, p. 145).

۱. امام خمینی در تحریرالوسیله می‌فرماید: «لو امکن التخلص عن القتال بالهرب و نحوه فالاحوط التخلص به»؛ یعنی اگر امکان داشته باشد که کسی از راه فرار و مانند آن از قتال با مهاجم خود را رها سازد، احوط آن است که فرار کند.

۱.۲. وجود حمله غیرقانونی

در مرتبه بعدی، وظیفه عقب‌نشینی باید در برابر حملات غیرقانونی مهاجم صورت گیرد. در نتیجه تسلیم شدن فرد در مقابل اعمال قانونی، هرچند یک وظیفه محسوب می‌شود، اما منظور اصلی از قاعده «وظیفه عقب‌نشینی»، عقب‌نشینی در مقابل اعمال غیرقانونی است. با وجود این، اگر منظور از غیرقانونی بودن، صدمه حاصل از حمله باشد یا وصف فعل، اوضاع متفاوت است. در صورتی که غیرقانونی بودن وصف فعل باشد؛ نظیر آنکه فردی به تصور آنکه مال از خود اوست، دست به تصاحب آن بزند، وظیفه عقب‌نشینی برای مالک اصلی مال معنا ندارد و در صورتی که منظور صدمه حاصله باشد، یعنی صرف از دست رفتن مال از دست صاحب واقعی، وظیفه عقب‌نشینی برای او همچنان محقق است. ابهام دیگر آن است که در بعضی از سیستم‌های حقوقی، دفاع مشروع به وجود مهاجم دارای قابلیت روانی مشروط است^۱ و از این رو، در مواردی که مهاجم دارای قابلیت عنصر روانی نباشد، دفاع مشروع نمی‌تواند محقق شود. بنابراین، حتی با وجود عقب‌نشینی وی و فعل بعدی منجر به قتل مهاجم، نمی‌توان عقب‌نشینی او را دارای هیچ‌گونه اثر حقوقی به لحاظ موضوع دفاع مشروع دانست (Bernsmann, 1996, p. 174).

۱.۳. زمان عقب‌نشینی از حمله

وجود واژه «وظیفه» نشان‌دهنده آن است که مدافع باید امکان عقب‌نشینی داشته باشد، زیرا نمی‌توان قائل به وظیفه برای فردی شد در حالی که امکان انجام آن وظیفه از نظر عقلی فراهم نباشد. با وجود این، جای این پرسش است که در چه زمانی می‌توان تصور کرد مدافع امکان عقب‌نشینی دارد؟

یکی از شرایط دفاع مشروع آن است که خطر باید قریب‌الوقوع باشد. هرچند در بسیاری از موارد، خطر قریب‌الوقوع نشان‌دهنده حالت ضرورت دفاع از سوی مدافع است، اما این دو مفهوم از یکدیگر متمایزند، زیرا می‌توان حالاتی را تصور کرد که با وجود حمله قریب‌الوقوع همچنان امکان عقب‌نشینی از سوی مدافع وجود دارد. از همین رو، بعضی حقوق‌دانان معتقدند که شاخصه ضرورت در دفاع مشروع بر حسب اوضاع و احوال موجود در هر پرونده در نظر گرفته می‌شود (شامبیاتی، ۱۳۷۴، ص ۳۲۰). برای نمونه، در مقابل حمله قریب‌الوقوع یک پیرمرد ضعیف‌بنیه به یک جوان نمی‌توان در صورت ارتکاب قتل پیرمرد از سوی جوان، همچنان قائل به توجیه آن بر مبنای دفاع مشروع شد؛ زیرا برای آن جوان راه‌های دیگری غیر از قتل وی وجود داشته است

۱. در حقوق کیفری آلمان چنین بایسته‌ای وجود دارد که در ادامه به این موضوع و اثر آن در الزام به فرار مدافع پرداخته خواهد شد.

و از طرف دیگر، هرچند در این مورد خطر فعل مهاجم قریب‌الوقوع بوده است، اما ضعف جثه وی مانع از ایجاد حالت ضرورت برای مدافع می‌شده است.

درمقابل می‌توان حالاتی را تصور کرد که با آنکه حمله قریب‌الوقوع نبوده، اما امکان عقب‌نشینی از مدافع سلب شده است. برای نمونه، می‌توان خشونت‌های خانوادگی علیه زنان را که باعث ابهام در ضابطه فوریت در حقوق غرب شده است مثال زد؛ آنجا که درحقیقت هرچند تمامی راه‌ها بر روی قربانی حادثه بسته شده است، اما به دلیل عدم فوریت حمله، نمی‌تواند از خود دفاع کند (ساریخانی، ۱۳۹۵، ص ۱۰۳).

بنابراین، در مورد زمان عقب‌نشینی مدافع در مقابل حمله مهاجم، مدافع وظیفه دارد که پیش از ایجاد حالت ضرورت برای دفاع، از حمله بالفعل موجود عقب‌نشینی کند؛ حتی در صورتی که حمله قریب‌الوقوع بوده باشد، زیرا فرض ضرورت در دفاع مشروع، مبتنی بر این است که وی دیگر امکان انجام آن وظیفه را ندارد؛ به عبارت دیگر، در حالت ضرورت ایجادشده، مدافع تنها می‌تواند از طریق اجبار و استفاده از زور، خود را از حمله مهاجم مصون نگاه دارد.

۲. الزام به فرار در حقوق کامن‌لا

در حقوق کیفری غرب، الزام به عقب‌نشینی مدافع برای اولین بار در حقوق کامن‌لای انگلیس به وجود آمد و در شرایط حمله مهاجم پذیرفته شد (Brown, 1991, p. 4)، اما جایگاه این قاعده به تناسب رویکردها به موضوع دفاع مشروع، متفاوت بوده و نقش انجام یا عدم انجام این قاعده در نحوه توجیه دفاع از طرف مدافع در سیر تحول زمان یکسان نبوده است. در ادامه به سیر این تحول پرداخته خواهد شد.

۲.۱. الزام به فرار، اماره عدم سوءنیت روانی

در دوره‌های اولیه حقوق کامن‌لای انگلیس این رویکرد رواج داشت؛ به طوری که عقب‌نشینی مدافع به منزله نداشتن سوءنیت مدافع در فعل تدافعی خود تلقی می‌شد و آنچه که به عدم محکومیت مدافع منجر می‌شد، درواقع نه به قصد قتل یا آسیب جسمانی، بلکه تنها به قصد دفاع از خود می‌بود و عقب‌نشینی مدافع، اماره عدم سوءنیت روانی مدافع در فعل خود فرض می‌شد.

نحوه اعمال قاعده یادشده، عقب‌نشینی یا الزام به فرار مدافع را به عنوان یک متغیر مستقل در هر دفاع مشروعی لازم می‌دانست؛ به این معنا که مدافع می‌بایست قبل از استفاده از زور،

تلاش برای فرار از موقعیت دفاع را از خود نشان می‌داد. بنابراین اگر او این تلاش حداقلی را انجام نمی‌داد، فعل وی خود یک جرم عمدی تلقی می‌شد^۱ (Leverick, 2006, p. 70). نمونه چینی موردی در پرونده «ژولین» (Julien) دیده می‌شود؛ آنجا که دادگاه تجدیدنظرخواهی مدافع را ملزم کرد که عدم عمدیت خود را با تلاش برای فرار در حین مبارزه قبل از اعمال زور علیه مهاجم از خود نشان دهد. در این پرونده، مدافع با پرتاب یک بطری شیر در مقابل مهاجمی که با ساطور خود ژولین را تهدید می‌کرد در دادگاه بدوی محکوم به انجام جنایت شد. در دادگاه، قاضی وجود الزام به انجام یا تلاش برای فرار، قبل از انجام عمل دفاعی را به هیئت ژوری یادآور شد. در مرحله تجدیدنظرخواهی، یکی از قضات در تأیید این رأی این گونه استدلال کرد: «حقوق، فرد تهدیدشده را ملزم به فرار نمی‌کند... اما ضرورت دارد که مدافع با اعمال خود نشان دهد که دارای عدم سوءنیت در مبارزه با مهاجم می‌باشد. او می‌بایست با فعل خویش نشان دهد که آماده وقت‌کشی یا تعلل قبل از استفاده از زور بر علیه مهاجم است تا جایی که این تعلل ویژگی ضروری عنصر دفاع مشروع می‌باشد» (Ibid).

۲.۲. الزام به فرار، شرط رافع مسئولیت کیفری

این رویکرد نیز که در قرون گذشته در حقوق کامن‌لا رواج داشته است، فعل مدافع در مقابل مهاجم را یک فعل موجه نمی‌داند. در این رویکرد، فرض بر آن بود که در زندگی اشخاص موقعیت‌هایی وجود دارد که فرد ناگزیر از انتخاب یک مورد است و یکی از این موقعیت‌های ناگزیر، دفاع در برابر حمله مهاجم است (Fletcher, 1998, p. 130).

مطابق این رویکرد، آنچه که به عدم محکومیت مدافع منجر می‌شود، تنها زمانی است که او دیگر چاره‌ای جز کشتن مهاجم برای خود نمی‌بیند. در واقع جایگاه الزام به عقب‌نشینی مدافع چنین فرض می‌شد که وی می‌بایست برای عدم ایجاد شرایط اکراه حداکثر تلاش خود را می‌کرد تا دفاع وی مورد پذیرش قرار گیرد و عدم عقب‌نشینی مدافع به معنای آن بود که وی (مدافع) به دست خویش اسباب اکراه خود را به وجود آورده است و در نتیجه نمی‌تواند به دفاع توسل جوید. در قرون سیزدهم تا شانزدهم در حقوق کامن‌لا تمامی موارد دفاع در مقابل مهاجم این گونه تفسیر می‌شد (Ibid, p. 131).

البته در بین نویسندگان در نحوه معذوریت چنین قتل‌هایی اختلاف نظر وجود داشته است. گروهی نظیر هاوکینز معتقد بودند که مدافع نباید اولین ضربه فیزیکی را وارد کند و تنها در این صورت، دفاع وی معذور است (Hawkins, 1824, p. 75)، اما نویسندگان دیگر بر این باور بودند

۱. در این دوره وظیفه عقب‌نشینی به نام duty to retreat to the wall بود (Neyland, 2008, p. 722). واژه دیوار در عبارت نشانده آن است که مدافع قبل از عمل تدافعی به هر صورت می‌بایست حالت عقب‌نشینی به خود می‌گرفت.

در جریان یک مخاصمه که مدافع در وجود آن بی‌تأثیر نبوده است برای معذوریت فعل مدافع، وی می‌بایست در زمان معقول از تنش و درگیری عقب‌نشینی می‌کرد (Foster, 1767, p. 277). در این خصوص در حقوق کیفری انگلیس در قرن هجدهم به بعد دو دسته قتل وجود داشت؛ یک دسته قتل‌های موجه و دسته دیگر قتل‌های معاف‌کننده. اگر مدافع در ایجاد حمله مهاجم مقصر نبود و حمله به صورت ناگهانی انجام می‌گرفت، عمل مدافع مشروع و موجه شمرده می‌شد.^۱ اما در صورتی که مدافع در ایجاد حمله مقصر بود و فرصت عقب‌نشینی داشت، وی ملزم به عقب‌نشینی بود و نیز در صورت عقب‌نشینی، عمل وی نه موجه، بلکه تنها از مجازات معاف می‌شد؛ به این معنا که اگر در حمله، مهاجم مقصر بود، عمل تدافعی وی در هر صورت جرم تلقی می‌شد.

بنابراین شاخصه توجیه‌کنندگی دفاع در این دوره، عدم تقصیر قبلی مدافع بود و در صورت تقصیر مدافع و عقب‌نشینی وی در موقعیت معقول، فعل وی معذور از مجازات بود و در پی آن در حالت عدم عقب‌نشینی در موقعیت معقول، فعل مدافع جرم عمدی فرض می‌شد (Op. Cit: 69). برخلاف رویکرد پیشین، این نگاه وظیفه عقب‌نشینی را تنها در حالتی لازم می‌داند که مدافع موقعیت معقول برای عقب‌نشینی داشته باشد. از این رو در صورتی که مدافع دارای این موقعیت (امکان فرار) باشد، ولی همچنان بر دفاع خود اصرار ورزد، دفاع وی دیگر مشروع تلقی نمی‌شود. نمونه بارز تأکید بر معقولیت در زمان عقب‌نشینی را می‌توان در حقوق اسکاتلند مشاهده کرد. در پرونده «بربرتی» (McBrearty v HM Advocate)، آنجا که متهم در محکومیت خود بر قتل عمد این‌گونه تجدیدنظرخواهی می‌کند، قاضی دادگاه بدوی بر معقول بودن فرصت فرار صحنه نمی‌گذارد. یکی از قضات دادگاه تجدیدنظر در حمایت از این گفته چنین بیان می‌دارد: «از یک فرد تحت فشار و تهدید نمی‌توان انتظار داشت که فرار کند، درحالی که خطر فرار وی بیشتر یا حداقل مساوی با استفاده از زور و اجبار او علیه مهاجم است. بنابراین قضات دادگاه بدوی در اعمال فرار مدافع می‌بایست هرگونه معقول بودن فرار را نیز مد نظر قرار می‌دادند».

بنابراین اگر تهدید می‌تواند با اجتناب معقول از آن دفع شود، ولی مدافع از این امر خودداری کند، عمل وی مجرمانه محسوب خواهد شد.

۲.۳. الزام به فرار شرط دفاع موجه

از نظریه‌های مشهور قرون اخیر در حقوق کامن‌لا که از درون آن، قاعده الزام به فرار به‌عنوان

۱. در حقوق کامن‌لا، این مورد اولین حالتی است که دفاع مشروع به‌عنوان یک فعل موجه شناخته شد.

شرط موجه فعل استنباط می‌شود، نظریه دفاع مشروع به‌عنوان شاخه‌ای از شر و منفعت^۱ جامعوی است.^۲ در این نظریه، منبع حق که در اینجا حق دفاع است، بستگی به مقایسه و تعادل منافع بین مدافع و مهاجم دارد. در دفاع مشروع، مهاجم با هجوم خود کفه این ترازوی متعادل منافع را به سمت مدافع می‌چرخاند. در این موقعیت، مهاجم، دیگر از برابری منافع در مقابل مدافع برخوردار نیست. مهاجم متناسب با هجوم خود به منافع دیگری، احترام به آن منفعت را نسبت به خودش از دست می‌دهد. این نظریه با عنوان نظریه «تنزل یافته»^۳ مشهور است (Fletcher, 2000, p. 859).

اما در صورتی که مدافع همچنان فرصت فرار داشته باشد، وی ملزم به عقب‌نشینی است؛ زیرا عقب‌نشینی وی موجبی برای عدم تحقق جرم به‌مثابه شر کمتر و حفظ جان خود مهاجم به‌مثابه منفعت بیشتر است.

از دیگر نتایج نظریه «شر کمتر و منفعت بیشتر» در حقوق کامن‌لا آن است که اولاً می‌بایست میان منفعت حمایت‌شده از طرف مدافع و منفعت به‌خطر افتاده، تناسب برقرار باشد. بنابراین در موردی که مدافع به کشتن دزد اقدام می‌کند، قاعده تناسب در منافع رعایت نشده بود و ثانیاً برخلاف رویکرد پیشین که با وجود عقب‌نشینی، صرف تقصیر اولیه مدافع موجبی برای عدم معذور شناختن دفاع وی بود، در این رویکرد، در صورتی که مدافع در ایجاد موقعیت دفاع مقصر بوده، ولی عقب‌نشینی کرده باشد، باز فعل وی می‌تواند موجه شناخته شود؛ به این شرط که حمله مهاجم با تقصیر اولیه مدافع نامتناسب باشد^۴ (kadish, 1976, p. 886).

1. Lesser evil

۲. در میان حقوق دانان کامن‌لاپی به‌ویژه شاخه آمریکایی آن، این مدل از نظریه توجیه‌کنندگی دفاع مشروع مشهود است. چنان‌که گالوین ویلیام در دفاع مشروع می‌نویسد: «دفاع مشروع همچون دفاع مبتنی بر ضرورت می‌باشد با این تفاوت که تقریباً قواعد ثابتی را به‌دست آورده است» (William, 1982, p. 739).

3. Discount theory

۴. برای نمونه در پرونده «رشفورد» (R v Rashford)، مدعی‌علیه و مقتول با یکدیگر یک مشاجره لفظی داشتند. در پی این واقعه، مدعی‌علیه تصمیم می‌گیرد که با چاقوی خود به سراغ مقتول رفته، وی را تنبیه کند (تقصیر اولیه مدافع). در جریان درگیری، مدعی‌علیه (مدافع) مهاجم را به‌قتل می‌رساند. دادگاه بدوی در این پرونده، رشفورد را مبنی بر تقصیر بدوی خود، محکوم به قتل عمد می‌کند، اما دادگاه تجدیدنظر راهنمایی قاضی دادگاه بدوی در ملاک قرار دادن تقصیر مدعی‌علیه در وقوع حادثه را نادرست خواند. در این خصوص دادگاه تجدیدنظر این‌گونه بیان می‌دارد که به صرف این واقعیت که مدعی‌علیه برای انتقام‌گیری به حضور مقتول رفته (عنصر تقصیر)، نمی‌توان امکان هر رفتار خشونت‌آمیزی در جریان دعوا که شرایط دفاع مشروع را لازم می‌سازد، نادیده گرفت (Leverick, 2006, p. 116).

از آنجا که رأی یادشده در دادگاه‌های انگلیس سابقه نداشت، دادگاه تجدیدنظرخواهی رأی خود را به قضیه «برنز» (Burns v HM Advocate) در اسکاتلند ارجاع داد. در این پرونده، یکی از اعیان این‌گونه ابراز نظر می‌کند: «گفتن اینکه فردی نمی‌تواند به دفاع مشروع در مقابل دادگاه استناد کند آن هم به صرف آنکه خود

البته در صورتی که قصد اولیه مدافع از شروع مبارزه مرگ مهاجم باشد، دفاع وی در هر حال، معتبر شمرده نخواهد شد؛ هر چند مهاجم از حدود متعارف در برابر تقصیر بدوی مدافع خارج شده باشد. در این مورد، ماده ۳۵ قانون جزای کانادا می‌نویسد: «هرکس بدون داشتن علل موجه به دیگری صدمه برساند، در حالی که صدمه را به قصد مرگ یا صدمه جسمانی شدید آغاز نکرده باشد و یا بدون داشتن علل موجه، دیگری را تحریک به صدمه کرده باشد، عمل وی می‌تواند موجه باشد و در بند (c)، این عدم قصد را مشروط به این می‌کند که وی از ادامه بیشتر دعوا خودداری کرده باشد و نیز تا جای امکان، قبل از ضرورت حفظ جان خود، از مرگ یا صدمه جسمانی شدید عقب‌نشینی کرده باشد»^۱.

در ایجاد مشاجره و تنش تقصیر عمدی داشته است، صحیح نمی‌باشد. سؤال در مورد آنکه آیا وی حق استناد به دفاع مشروع در مقابل دادگاه را دارد یا خیر؟ به این بستگی خواهد داشت که آیا قربانی در برابر عمل مدعی علیه به شکل متناسب عمل کرده یا خیر؟ در نتیجه اگر عمل قربانی، آن قدر با فعل مدعی علیه (تقصیر اولیه مدافع) ناسازگار و نامتناسب بوده است که مدعی علیه بر مبنای یک درک معقول تصور می‌کرده است که در یک موقعیت فوری برای حفظ جان خود قرار دارد و راه‌های دیگر همچون فرار به غیر از استفاده از زور علیه قربانی بسته‌اند، مدعی علیه می‌تواند به دفاع مشروع استناد کند» (Ibid).

نمونه دیگر در این خصوص، پرونده «برد» (R v Bird) است. خانمی در جریان دعوا با دوست پسر قبلی خود در حالی که آن مرد او را به دیوار فشرده بود، محکم به چشم وی ضربه زد که موجب ازدست رفتن چشم آن مرد شد. دادگاه بدوی در رأی خود هیئت ژوری را با همان معیار دعوای ژولین راهنمایی کرد؛ به این طریق که مدافع قبل از دفاع از خود می‌بایست عدم سوءنیت خود را برای مبارزه نشان دهد. دادگاه تجدیدنظر رأی دادگاه بدوی را رد کرد. در رد نظر دادگاه بدوی، لرد لن (Lord Lane) بیان داشت که اساساً شرایط تکنیکی در خصوص وظیفه عقب‌نشینی قبل از اعمال زور وجود دارد... در اینکه آیا نیروی استفاده‌شده از طرف مدافع ضروری و معقول بوده است یا خیر.

منظور لرد لن از جمله پایانی آن است که پیش‌شرط استفاده از نیروی تدافعی بر علیه مهاجم در یک موقعیت ضروری زمانی است که قبل از پیدایش حالت ضرورت در شرایط معقول فرار، مدافع از اجرای فعل تدافعی اجتناب کرده باشد. نتیجه چنین حالتی آن است که فعل مدافع بنابه نظر لرد لن غیرمعقول دانسته می‌شود؛ چراکه او می‌توانست از ارتکاب چنین عملی خودداری کند.

۱. نمونه چنین حکمی در کامن‌لا در دعوای «ماسن» (Mason) اتفاق افتاد؛ آنجا که مدعی علیه با گفتار خویش موجب تحریک مقتول شد و با باتونی که در دست داشت، مقتول را تهییج کرد، اما قبل از انداختن باتون بر زمین، مقتول باتون را برداشته، دوباره به مدعی علیه ضربه زد. در این هنگام، مدعی علیه از درون کت خود خنجر را درآورد و به بدن مقتول فرو کرد که در نهایت موجب مرگ قربانی شد. در این دعوا مدعی علیه ادعای دفاع مشروع کرد، اما دفاع وی رد شد. قاضی دادگاه در استدلال خود این‌گونه بیان کرد که در این پرونده، علائم زیادی مبنی بر وجود سوءنیت و کینه عمیق مدعی علیه نسبت به مقتول وجود دارد که عمل وی را کمتر از قتل عمد نمی‌سازد (Ibid, p. 113).

این استدلال قاضی دادگاه مبتنی بر وجود سوءنیت در مورد مدعی علیه است، اما این پرسش همچنان می‌تواند باقی بماند که در صورتی که مدعی علیه از نیت اولیه خود برگشته باشد؛ به طوری که در آثای درگیری از هدف

امروزه در سیستم‌های حقوقی مبتنی بر کامن‌لا، پذیرش قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» به‌عنوان یک شرط موجه با ایجاد شرایطی تعدیل شده است؛^۱ برای مثال در اواخر قرن نوزدهم و اوایل قرن بیستم شکل مطلق عقب‌نشینی مدافع در بسیاری از ایالت‌های آمریکا تعدیل شد و این تعدیل به چندین صورت انجام گرفت: قانون جزای نمونه^۲ در این خصوص، شرط عقب‌نشینی مدافع را تنها در صورتی لازم می‌داند که فعل تدافعی کشنده بوده و مدافع از امکان فرار بی‌خطر خود آگاهی داشته باشد. بنابراین بر اساس قانون جزای نمونه در مواردی که فعل تدافعی کشنده نباشد، عقب‌نشینی مدافع لازم نیست. اما استثنای این مورد، حالتیست که مدافع در خانه یا محل کار خویش است و در این شرایط، وی با وجود قصد به‌کارگیری فعل کشنده، باز به عقب‌نشینی ملزم نیست. حقوق‌دانان آمریکایی در نوشته‌های خود از این قاعده با عنوان نظریه قلعه (castle) نام برده‌اند (Wallace, 2104, p. 4).

در حقوق کیفری کانادا در ماده ۳۵ (در عبارات بالا، متن ماده توضیح داده شد)، مدافع تنها زمانی ملزم به فرار است که خود در شروع به مبارزه مقصر بوده باشد.^۳

برخلاف حقوق کیفری کانادا و آمریکا، حقوق کیفری فعلی انگلیس قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» را به‌عنوان یک شرط غیرمستقل از فعل مدافع می‌نگرد؛ به این معنا که امکان عقب‌نشینی مدعی‌علیه تنها یک اماره در احتساب آن است که فعل تدافعی او ضروری و معقول می‌باشد یاخیر.^۴

خود عقب‌نشینی کند یا جریان مبارزه به‌گونه‌ای پیش برود که وی مجبور به عقب‌نشینی شود، آیا در این صورت می‌توان در مقابل حمله بعدی مهاجم، عمل وی را دفاع مشروع فرض کرد؟ به‌نظر می‌رسد عمل مدعی‌علیه (مدافع) با وجود عقب‌نشینی خود، در حقوق کامن‌لا همچنان ناموجه شناخته شده است. نمونه چنین موردی قضیه «ماوریج» است که در آن لرد هالت (Lord Holt) این‌گونه ابراز نظر کرد که اگر «الف» با سوءنیت طوری به «ب» حمله کند که هدف اصلیش قتل وی باشد و سپس «ب» خنجر وی را گرفته و «الف» برای حفظ جان خود به طرف دیوار پناه ببرد و «ب» وی را همچنان دنبال کند که درنهایت «الف» با وجود عقب‌نشینی خود، «ب» را بکشد، همچنان عمل وی قتل عمد شمرده خواهد شد. برای آنکه سوءنیت اولیه «الف» و عمل وی عنصر اصلی حمله مهاجم بوده است و «ب» نمی‌توانست آن قدر به «الف» اعتماد کند که دوباره حمله خود را از سر بگیرد (Ibid, p. 115).

۱. امروزه اکثریت ایالت‌های آمریکا با وجود قانون جزای نمونه، وظیفه عقب‌نشینی مدافع را با هیچ شرطی نپذیرفته و آن را کاملاً رد کرده‌اند. این ایالت‌ها عبارت‌اند از: آلاسکا، آریزونا، کالیفرنیا، کلرادو، کلمبیا، فلوریدا، مینه‌سوتا، جورجیا، اوهایو، ایلینویز، ایندیانا، کنتاکی، اریگان، ویرجینیا، ویسکانسین، واشنگتن، ورمونت، مانانا، نوادا، نیوهمپشایر، لویزیانا، میسی‌سی‌پی، اتا و آلاباما در این ایالت‌ها بر قاعده حق دفاع با عنوان stand on yourground تأکید شده است (Robinson, 2015, p. 57).

2. MPC § 3.04(2)(b)(ii)

۳. البته این در صورتی است که فعل اولیه مدافع به قصد مرگ یا آسیب جسمانی شدید نبوده باشد.

۴. در پرونده «هاو» (R v Howe)، دادگاه عالی استرالیا در مورد عدم رعایت قاعده یادشده این‌گونه بیان می‌دارد: «عقب‌نشینی از حمله مهاجم در شرایط معقول یک شرط دستوری و مستقل در آنجایی که موضوع دفاع

با وجود این، یکی از نظریه‌های مهم که به رد قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» می‌انجامد، نظریه‌ای است که در سیستم حقوقی رومی-ژرمنی پذیرفته شده است. مطابق این نظریه، مدافع در حق دفاع مستقل خود مختار است. حق دفاع یک حق فردی بوده، برخلاف واژه منفعت که معیار سنجش آن جامعه است و در نتیجه منفعت مهاجم به‌عنوان عضوی از جامعه نیز مد نظر قرار می‌گیرد، در این نظریه تنها حق مدافع در دفاع از خود به رسمیت شناخته می‌شود. اگر حاکمیت فرد بر خودش با تعرض دیگری نقض شود، مدافع حق دارد مهاجم را از حاکمیت خود بیرون رانده، حاکمیت خود را مستقر نماید. همان‌گونه که افراد یک کشور حق دارند که مهاجم و دشمن را مطلقاً بیرون برانند، افراد نیز دارای چنین حقی هستند. نظریه یادشده از آرای لیبرالیسم نشئت می‌گیرد که فرد را معیار و اصل قرار می‌دهد و در تعارض فرد و جامعه، فرد را مقدم می‌شمارد. در واقع عمل مهاجم او را بدون پشتوانه حقوقی می‌سازد (Fletcher, 2000, p. 860).

یکی دیگر از نتایج نظریه حق دفاع، آن است که برخلاف نظریه پیشین (شر کمتر و منفعت بیشتر)، لزوم تناسب منافع در دفاع مدافع لحاظ نمی‌شود و به صرف مورد تعرض قرار گرفتن حاکمیت فرد، مدافع می‌تواند از حق حاکمیت خود دفاع کند. بنابراین اگر وظیفه عقب‌نشینی آن‌چنان که در حقوق کامن‌لا می‌توانست یک شرط تناسب فعل به حساب آید یا دفاع کشنده از اموال، یک عدم هماهنگی در منافع محسوب شود، در نظریه یادشده، تمامی این شرایط که شرایط فعل مدافع شمرده می‌شوند، نادیده گرفته می‌شود. عده‌ای از نویسندگان حقوقی از این نظریه با عنوان نظریه پیامدگرایانه نام برده‌اند، زیرا پذیرفتن حق دفاع کشنده حتی در برابر دفاع از اموال، این پیام را به مهاجم خواهد داد که در هر صورت، فعل وی بدون پیامد نخواهد ماند (Leverick, 2006, p. 45).

حقوق کیفری آلمان در مورد دفاع مشروع از مبنای نظری پیش گفته، یعنی حق دفاع تبعیت می‌کند. اولین باری که در آلمان این مبنای نظری پذیرفته شد، در سال ۱۵۳۲م بود زمانی که قانون‌گذار آلمان کشتن سارقی را که حریم خانه را شکسته بود، تأیید کرد؛ البته نه به صورت یکی از شروط معاف‌کننده بلکه به‌عنوان یک عامل موجه.

حقوق کیفری آلمان در تمامی موارد، وظیفه عقب‌نشینی را به‌جز در برابر مجانین و کودکان رد می‌کند. دلایل نظری وجود چنین وظیفه‌ای در بین حقوق دانان متفاوت است؛ اینکه مدافع هر زمان که عقب‌نشینی او به از دست رفتن شأنش منجر شود باید قاعده یادشده را رعایت کند. بنابراین یکی از مواردی که با عقب‌نشینی، شأن مدافع با وجود آن نیز حفظ می‌شود، عقب‌نشینی مدافع در برابر مجانین و کودکان است. دلیل دیگری که آورده‌اند آن است که

مشروع مطرح است، نمی‌باشد. در حال حاضر شکی در این نیست که عقب‌نشینی مدافع برای هیئت ژوری می‌بایست در راستای شرط معقولیت در فعل مدافع باشد».

هجوم مجانین و کودکان در واقع نظم اجتماعی را هدف قرار نمی‌دهد؛ در نتیجه اصولاً چنین حملاتی از دایره دفاعیات ضروری خارج است (Op. Cit: 865).

اما با وجود دلایل پیش گفته، پرسش آن است که در حقوق کیفری آلمان برای چنین دفاعیاتی چه حکمی در نظر گرفته شده است؟

گروهی از حقوق‌دانان با حفظ عنوان دفاع مشروع بر این باورند که مدافع در برابر حمله مجانین و کودکان ملزم به عقب‌نشینی است و گروهی دیگر معتقدند که این موارد جزء موارد دفاع اکراه یا ضرورت معاف‌کننده است؛ به این معنا که احکام ضرورت و اکراه یک ملاک واحد دارند. در ماده ۳۴، قانون‌گذار بدون تفکیک دفاع ضرورت از اکراه در صورتی که عمل انجام شده در مقایسه با خطر و تهدید (نسبت به هر ارزشی)، دربردارنده منفعت بیشتر و شر کمتری باشد، آن عمل را مشمول اسباب اباحه یا موجه دانسته است. اما در ماده ۳۵ این قانون، همچنان بدون تفکیک این دو دفاع از یکدیگر، در صورتی که عمل انجام شده در مقایسه با خطر و تهدید نسبت به جان، عضو و آزادی متضمن شرایط اسباب اباحه نباشد، اما دربردارنده عدم قابلیت سرزنش مرتکب باشد، باید آن را در ذیل علل رافع مسئولیت کیفری قرار داد و به عبارت بهتر، در این کشور ضرورت از اکراه تفکیک نشده است (نظری‌نژاد، ۱۳۸۹، ص ۱۴۵).

بنابراین از آنجا که دفاع در برابر مجانین و کودکان دفاع مشروع تلقی نمی‌شود و از سوی دیگر، میان کشته شدن مدافع در این موارد و کشته شدن مهاجم، منفعت یا شر کمتری وجود ندارد، دفاع شامل دفاع اکراه یا ضرورت معاف‌کننده می‌شود و به‌صراحت ماده ۱(۳۵)، اگر فرد مکره با وجود فرصت فرار همچنان انتظار پذیرش خطر را کشیده باشد، دفاع وی مورد قبول نیست؛ زیرا این به آن معناست که وی با دست خویش خود را در معرض خطر یا اسباب اکراه قرار داده است.

۳. الزام به فرار در فقه امامیه

۳.۱. جایگاه امکان فرار در فقه امامیه

در فقه امامیه، بحث امکان فرار مدافع در مقابل حمله مهاجم اغلب در مبحث مقابله با دزد و محارب در کتاب حدود صورت گرفته است.

فقها در باب فرار مدافع از دو حالت کلی وجوب و جواز مدافع سخن رانده‌اند؛^۲ برای مثال

۱. متن انگلیسی ماده (۱) ۳۵ . A person who, faced with an imminent danger to life, limb or freedom which cannot otherwise be averted commits an unlawful act to avert the danger from himself, a relative or person close to him, acts without guilt This shall not apply if and to the extent that the offender could be expected under the circumstances to accept the danger, in particular, because he himself had caused the danger, or was under a special legal obligation to do so; the sentence may be mitigated pursuant to section 49(1) unless the offender was required to accept the danger because of a special legal obligation to do so.

۲. برای مطالعه بیشتر در این زمینه، ر.ک. مقاله «بررسی تطبیقی امکان فرار در دفاع مشروع در حقوق کیفری

علامه حلی نوشته است: «فردی که از نفس، مال و ناموس خود دفاع می‌کند، اگر با فرار کردن امکان رهایی از دست متجاوز را داشته باشد، واجب است فرار کند چراکه این کار راحت‌ترین راه دفاع کردن می‌باشد» (علامه حلی، ۱۴۱۳ق، ج ۳، ص ۵۷۲).

امام خمینی، از فقهای معاصر، در تحریرالوسیله می‌فرماید: «اگر فرار از حمله مهاجم به شیوه دیگری به غیر از جنگیدن ممکن باشد، احتیاط آن است که جنگ نکند. بنابراین اگر مدافع که بر او حمله برده‌اند، بتواند از راهی غیر از جنگیدن خود را رها سازد، احتیاط آن است که چنین کند» (موسوی خمینی، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۴۷۹).

علمای اهل سنت نیز چنین موردی را جزء حالت ضرورت و یکی از شروط مشروعیت می‌دانند. در این مورد ابن قدامه می‌نویسد: «اگر به نفس، مال یا ناموس کسی تعرض شود... اگر امکان فرار یا پناه بردن و مانند آن وجود دارد، حق دفاع ندارد» (برجی (۱۳۸۵) به نقل از ابن قدامه، ۱۳۷۴، ج ۳، ص ۵۰۵). بنابراین اگر امکان فرار وجود داشته باشد و باین‌همه، مدافع از خود دفاع کند، به دلیل عدم ضرورت دفاع، فعل مدافع مشروع فرض نمی‌شود.

فقها در تحلیل فقهی عدم مشروعیت فعل مدافع با وجود امکان دفاع چنین نوشته‌اند: اطلاقات ادله دفاع شامل موردی که امکان فرار مدافع وجود دارد نمی‌شود؛ به طوری که در دفاع فردی که امکان فرار دارد، حداقل شک داریم^۱.

در جای دیگر نیز این‌گونه آورده‌اند که مقتضای جمع بین ادله حرمت قتل، جرح، تصرف در احوال و نفوس از یک طرف، و ادله عدم جواز تحمل ظلم و ضرر و وجوب دفاع از طرف دیگر، این است که گفته شود: دفاع منجر به قتل و جرح وقتی واجب است که راه فراری برای مدافع جز دفاع وجود نداشته باشد. اما اگر بتواند فرار کند، واجب است فرار نماید و مرتکب قتل و جرح مهاجم نشود (شمس ناتری و زارع، ۱۳۹۶، ص ۱۳۴).

عبارت پیش گفته نشان می‌دهد که منظور از امکان فرار همان رعایت اصل ضرورت به معنای خودداری از ارتکاب عمل تدافعی در حالت امکان فرار است، زیرا برای قرار نگرفتن در ادله حرمت قتل و جرح، صرف انجام ندادن عمل تدافعی تا حالت ضرورت کفایت و از آنجا که حفظ جان مدافع در فقه نیز دارای اهمیت است، ایشان از اصطلاح وجوب فرار که دارای صبغه

ایران، فرانسه و مصر» از مهدی چگنی و همکاران.

۱. این ایده که بعضی از حقوق‌دانان با استناد به حق بودن دفاع، حتی با وجود امکان فرار، مدافع را مستحق دفاع دانسته‌اند (اردبیلی، ۱۳۸۶، ص ۱۹۷) نادرست است، زیرا فرض بر آن است که تا زمانی که امکان فرار وجود دارد، حق دفاع به وجود نمی‌آید؛ چنان‌که حقوق کیفری آلمان با وجود پذیرش نظریه حق دفاع، بر شرط ضرورت در دفاع نیز تأکید کرده است. در این خصوص قانون مجازات فرانسه قبل از انقلاب فرانسه با تأثیر از تعالیم مسیحیت، دفاع را یک حق می‌دانست که آن حق هم تنها در صورت ضرورت قابل اعمال بود (چگنی و همکاران، ۱۳۹۶، ص ۶۳۵).

اخلاقی است نیز استفاده کرده‌اند. در واقع می‌توان گفت: ایشان برای جمع بین ادله حرمت و ادله عدم جواز تحمل ظلم، قاعده اسهل فالاسهل را به وجود آورده‌اند که وجوب فرار، ظهور این قاعده تا قبل از ضرورت دفاع است. ولی بعد از ایجاد ضرورت، قاعده اسهل و فالاسهل به تناسب به فعل دفاعی مدافع برمی‌گردد.^۱

۲.۳. معنای وجوب فرار در پرتو وجوب دفاع

همه فقها بر این عقیده‌اند که تسلیم شدن در برابر مهاجمی که قصد جان مدافع را کرده است جایز نیست و واجب است که فرد از خود دفاع کند. اما در مورد جواز تسلیم شدن در دفاع از مال و عرض، گروهی قائل به وجوب دفاع هستند و گروهی دیگر اشکال کرده‌اند که تا زمانی حفظ نفس بر دفاع از مال متوقف باشد، قاعده یادشده یعنی حرمت تسلیم شدن برقرار است. دلیل آن را نیز آن دانسته‌اند که حفظ نفس از حفظ مال اولی‌تر است؛ این در حالی است که فقها در کنار اصل وجوب دفاع، از وجوب فرار نیز دفاع کرده‌اند. با توجه به تعاریف یادشده، این پرسش به وجود می‌آید که نسبت بین این دو حکم چیست؟

پاسخ به پرسش پیش گفته نیازمند آن است که بدانیم جایگاه وجوب فرار در بیان فقها چیست. کدام معنا از واژه وجوب فرار می‌تواند در دیدگاه فقها دارای بار حقوقی باشد: الف) یک حکم شرعی تکلیفی، تنها برای تأکید بر حفظ نفس خود مدافع؛ ب) حکمی وضعی که عدم رعایت آن در اصل دفاع مشروع اثر می‌گذارد.

به نظر می‌رسد، منظور فقها از وجوب فرار مدافع معنای اولی است. فقهای امامیه که قائل به وجوب فرار در موارد امکان فرار مدافع هستند، ملاک و معیار اصلی وجوب فرار مدافع را واجب بودن حفظ نفس از حمله مهاجم می‌دانند. برای مثال، فاضل هندی در کشف اللثام می‌فرماید: «يجب الدفاع عن النفس و الحریم بما استطاع و لا یجوز الاستسلام لوجوب دفع الضرر عقلاً، و النهی عن المنکر بمراتبه... و إن لم یمكن و أمکن الهرب وجب، و کذا یجوز مع إمكان الدفع؛» یعنی اگر توانایی در دفاع را نداشته باشد ولی امکان فرار داشته باشد واجب است بر او که فرار کند.^۲

۱. در این باره سبزواری می‌فرماید: «يجب مراعاة الأسهل فالأسهل كما تقدم و ذلك مع الفرصة و الإمكان و یختلف باختلاف الموارد اختلافاً كثيراً» (۱۴۱۳ق، ص ۱۶۱).

۲. به نظر می‌رسد در حقوق کیفری کامن‌لا، معیار قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» بیشتر برای سنجش صداقت مدافع و حفظ جان مهاجم وضع شده است. برای مثال در مباحث قبلی، رعایت قاعده یادشده در دوره‌ای نشانه عدم سوءنیت مدافع در دفاع از خود فرض می‌شد و در موارد تقصیر بدوی در شروع منازعه از طرف مدعی‌علیه ضروری است. بنابراین در فرار مدافع نگاه فقه امامیه به احترام جان مدافع است و حقوق کامن‌لا برعکس در قاعده «وظیفه عقب‌نشینی»، طرف مهاجم را گرفته است.

چنان که می‌بینیم، اصل بر دفاع و عدم تسلیم در مقابل مهاجم است و قاعده و جوب فرار تنها در زمان عدم توانایی مقاومت در برابر حمله مهاجم است. در نتیجه، در صورت عدم اعمال آن به هر نحو، به طوری که مدافع دیگر چاره‌ای جز مقابله و درگیری نداشته باشد، همان اصل و جوب دفاع مقدم می‌شود.^۱

این برخلاف قاعده «وظیفه عقب‌نشینی» در حقوق کامن‌لا بوده، اساساً برای جلوگیری از مبارزه است و می‌توان آن را یکی از کارکردهای حقوق پیشگیرانه محسوب کرد. در واقع قاعده یادشده به حالت فعال مدعی‌علیه در توقف نزاع و درگیری اشاره دارد؛ به این معنا که وی می‌بایست حالت یا فعلی از خود نشان دهد که در توقف درگیری فیزیکی مؤثر باشد، بنابراین صرف ایستادن (تا ایجاد حالت ضرورت) به مقصود قاعده پیش‌گفته کافی نیست. این معنا از قاعده یادشده را می‌توان به‌درستی از بند C ماده ۳۵ حقوق کیفری کانادا استنباط کرد، آنجا که آمده است: وی از ادامه بیشتر دعوا خودداری کرده و نیز تا جای امکان قبل از ضرورت حفظ جان خود از مرگ یا آسیب جسمانی شدید عقب‌نشینی کرده باشد.

نتیجه

در حقوق کامن‌لا نقش حقوقی الزام مدافع به عقب‌نشینی یا فرار در صورت امکان به‌طور گسترده بحث شده و در ادوار مختلف، متفاوت بوده است. برای دوره‌ای، عقب‌نشینی شرط نداشتن سوءنیت روانی در ارتکاب قتل مهاجم تلقی می‌شد و تا پیش از قرن هجدهم که دفاع مشروع یکی از اسباب رافع مسئولیت کیفری قلمداد می‌شد، وظیفه عقب‌نشینی شرط اباحه فعل مدافع بود. در دوره اخیر با ایجاد نظریه «شر کمتر و منفعت بیشتر»، عقب‌نشینی مدافع تحقق این دو عنصر در دفاع مشروع شناخته شده است، زیرا مدافع با فرار خود موجبات عدم تحقق جرم به‌مثابه شر و نیز حفظ جان مهاجم به‌مثابه یک منفعت را برای جامعه فراهم می‌آورد. امروزه قاعده الزام مدافع به فرار در سیستم‌های حقوقی مبتنی بر کامن‌لا، با ایجاد

۱. چنین نتیجه‌ای را می‌توان در بیان مقدس اردبیلی (ره علیه) در شرح ارشاد و شهید ثانی در شرح لمعه به‌روشنی مشاهده کرد. «اگر محارب و لص قصد قتل انسانی را بکند و مدافع چاره‌ای به‌جز مقابله و درگیری نداشته باشد، تسلیم شدن در برابر او جایز نمی‌باشد بلکه واجب است تا زمانی که او را بکشد یا خودش کشته شود و در صورتی که عاجز از مقاومت باشد و راه فرار از دست او به‌جز فرار نداشته باشد، بر او واجب است که فرار کند و درگیر شدن جایز نمی‌باشد» (مقدس اردبیلی، ۱۴۱۶ق، ج ۱۳، ص ۲۸۹). شهید ثانی نیز می‌فرماید: «اگر دزد طلب نفس و جان آدمی را کند، بر متعدی‌علیه واجب است که او را دفع کند به شرطی که در دفع او بر اسهل مراتب از دفع اکتفا کند... و در صورتی که نتواند او را دفع کند، فرار بر او واجب می‌شود؛ چرا که فرار یکی از افراد دفاع از نفس است که حفظ آن واجب است» (شهید ثانی، ۱۳۸۵، ج ۹، ص ۳۹۴).

شرایطی تعدیل شده است. در این خصوص، قانون جزای نمونه شرط عقب‌نشینی مدافع را تنها در صورتی لازم می‌داند که وی قصد ارتکاب فعل کشنده را داشته باشد. بنابراین در مواردی که فعل تدافعی کشنده نباشد، بنابر قانون جزای نمونه امریکا، عقب‌نشینی مدافع ضرورتی ندارد. استثنای این مورد در قانون جزای نمونه حالتی است که مدافع در خانه یا محل کار خویش است. در این حالت، وی با وجود قصد به‌کارگیری فعل تدافعی کشنده بر مبنای نظریه «قلعه» ملزم به عقب‌نشینی نیست. حقوق کیفری کانادا در ماده ۳۵، مدافع را زمانی ملزم به فرار می‌داند که خود در شروع به مبارزه مقصر بوده باشد. البته در صورتی که تقصیر اولیه وی (مدافع) شامل قصد کشتن یا آسیب جسمانی شدید به مهاجم بوده باشد، موضوع به‌طور کلی از حالت دفاع مشروع خارج و قاعدتاً عقب‌نشینی بعدی وی در مقابل حمله مهاجم، فاقد اثر حقوقی است. در فقه امامیه اصل بر دفاع و عدم تسلیم در مقابل مهاجم است و وجوب فرار فقط در زمان عدم توانایی مقاومت در برابر حمله مهاجم برای اهمیت بر حفظ نفس مدافع بیان شده است. در نتیجه در صورت عدم اعمال آن به هر نحو، به طوری که مدافع دیگر چاره‌ای جز مقابله و درگیری نداشته باشد، اصل وجوب دفاع مقدم می‌شود.

منابع و مأخذ

۱. فارسی و عربی

الف) کتاب‌ها

۱. ابن قدامه، عبدالله بن احمد (۱۳۷۴)، المقنع مع الحاشیه، ج ۳، چ ۳، قاهره: المطبعة السلفیه ومکتبته‌ها.
۲. اردبیلی، محمدعلی (۱۳۸۶)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ ۱۷، تهران: نشر میزان.
۳. اصفهانی، فاضل هندی، محمدبن حسن (۱۴۱۶ق)، کشف اللثام و الإبهام عن قواعد الأحكام، ج ۱۱، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی وابسته به جامعه مدرسین حوزه علمیه.
۴. حلی، حسن بن یوسف مظهر (علامه)، (۱۴۱۳ق)، قواعد الاحکام فی معرفه الحلال و الحرام، چ ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.
۵. سبزواری، سید عبدالاعلی (۱۴۱۳ق)، مهذب الأحکام فی بیان الحلال و الحرام، ج ۲۸، قم: مؤسسه المنار.
۶. شامبیاتی، هوشنگ (۱۳۷۴)، حقوق جزای عمومی، ج ۱، چ ۵، تهران: انتشارات ویستار.
۷. موسوی خمینی، سید روح‌الله (۱۳۷۷)، تحریرالوسیله، قم: دفتر انتشارات اسلامی حوزه علمیه.
۸. عاملی، زیدالدین بن علی (شهید ثانی)، (۱۳۸۵)، الروضه البهیة فی شرح المعه دمشقیه، قم:

انتشارات قدس، دفتر تبلیغات اسلامی.
 ۹. مقدس اردبیلی، محمدبن احمد (۱۴۰۳ق)، مجمع الفائده والبرهان فی شرح ارشاد الازدهان، ج ۱، قم: دفتر انتشارات اسلامی.

ب) مقالات

۱۰. برجی، یعقوب علی (۱۳۸۵)، «شرایط دفاع مشروع از نگاه فریقین»، مجله پژوهش‌نامه حکمت و فلسفه اسلامی، سال پنجم، ش ۱۷.
۱۱. چگنی، مهدی؛ قیاسی، جلال‌الدین؛ خزایی، میثم (۱۳۹۶)، «بررسی تطبیقی امکان فرار در دفاع مشروع در حقوق کیفری ایران، فرانسه و مصر» مجله علمی- پژوهشی علوم اجتماعی، دوره ۱۱، ش ۳۹.
۱۲. ساریخانی، عادل (۱۳۹۵)، «فوریت در دفاع مشروع غیرتهاجمی از منظر فقه اسلام و غرب»، مجله تطبیقی حقوق اسلام و غرب، دوره ۳، ش ۴.
۱۳. شمس ناتری، محمدابراهیم و زارع، محمدکاظم (۱۳۹۶)، «بازشناسی مفهوم دفاع مشروع در قانون جدید مجازات اسلامی»، مجله فقه و مبانی حقوق اسلامی، دوره ۵۰، ش ۱.
۱۴. نظری‌نژاد، محمدرضا (۱۳۸۹)، «اکراه و ضرورت در حقوق کیفری (مطالعه تطبیقی)»، پژوهش‌نامه حقوقی دانشگاه گیلان، دوره ۱، ش ۱.

۲. خارجی

A) Books

15. Ashworth, Andrew and Horder, Jeremy (2013), Principles of criminal law, Oxford University Press.
16. Bernsmann, K. (1996). "Private Self-Defence and Necessity in German Penal Law and in the Penal Law Proposal—Some Remarks", Israel Law Review, 30(1-2), 171-187.
17. Brown, Richard Maxwell (1991), No duty to retreat: Violence and values in American History and society, Oxford University Press on Demand.
18. Fletcher, George P. (1998), Basic concepts of criminal law, Oxford University Press.
19. Fletcher. George P. (2000), Rethinking criminal law, Oxford University Press.
20. Foster, M. (1767), A Report of Some Proceedings on the Commission of Oyer and Terminer and Goal Delivery for the Trial of the Rebels in the Year 1746 in the County of Surry and of Other Crown Cases. To which are added discourses upon a few branches of the Crown Law, Sarah Cotter.
21. Hawkins, William (1824), A Treatise of the Pleas of the Crown Or a System of

the Principal Matters Relating to that Subject, Digested Under Proper Heads: In Two Volumes. Of courts of criminal jurisdiction and the modes of proceeding therein, (Vol. 2). Sweet.

22. Leverick, Fiona (2006), *Killing in Self-defence*, OUP Oxford.

B) Articles

23. Kadish, Sanford, H. (1976), "Respect for life and regard for rights in the criminal law", *Calif. L. Rev.*, 64,871.
24. Neyland, Johan Paul. (2008), "A Man's Car Is His Castle: The Expansion of Texas Castle Doctrine Eliminating the Duty to Retreat in Areas outside the Home", *Baylor L. Rev.*, 60, 719.
25. Robinson, Paul, H. (1975), "A theory of justification: societal harm as a prerequisite for criminal liability", *UCLA L. Rev.*, 23, 266.
26. Robinson, Paul. H, Kusssmaul, M. G, Stoddard, C. M., Rudyak, I, & Kuersten, A. (2015), "The American criminal code: General defenses", *Journal of Legal Analysis*, 7(1), 37-150.
27. Wallace, Lacy (2014), "Castle Doctrine Legislation: Unintended Effects for Gun Ownership?" *Justice Policy Journal*, 11(2), 1-17.
28. Williams, G. (1982), "The theory of excuses", *Criminal Law Review*, (NOV), 732-742.