

Original Article

Exploring the Repelling of the Worse by the bad and its Manifestation in the Penal Lore With the Observance of Citizenship Rights

Hooshang Golmohammadi¹, Seyed Mohammad Reza Ayati^{2*}, Mohammad Kazem Rahman Setayesh³

1. PhD Student, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran.
2. Professor, Department of Jurisprudence and Fundamentals of Islamic Law, Faculty of Law, Theology and Political Science, Science and Research Branch, Islamic Azad University, Tehran, Iran. (Corresponding author) Email: smrayati@gmail.com
3. Assistant Professor, Department of Quranic and Hadith Sciences, Faculty of Theology and Islamic Studies, Qom University, Qom, Iran.

Received: 6 Feb 2019 Accepted: 30 Jun 2020

Abstract

Objective and Background: In Cases That two Forbidden Actions are one Worse and the Other Worst, the Intellect Rules That one Should Welcome the Worse and Unpleasant Action for Avoiding the Worst and the Most Unpleasant Action Provided That This is the Only Solution and the Citizenship Rights are Observed by Both the Person and the Government.

Objective: the Present Article Tries Investigating the Way of Repelling the Worst by the Worse as Stated in the Penal Laws and Also in the Light of the Citizenship Rights.

Study Method: the Present Descriptive-Analytical Research has Been Carried out Through Library Research.

Ethical Considerations: The Present Study Has Been Conducted Through the Observance of the Content Originality as Well as in Adherence to Such Principles as Fairness and Trustworthiness.

Findings: It Will be Observed in This Article That There are Times That the Only Way for Getting Rid of More Corruptions is the Perpetration of and Giving up to Actions With Less Depravity; This Maxim is Termed “Repelling of the Worst by the Worse” and its Examples Can be Seen in the Statutory Provisions, Particularly the Penal Lore But, of Course, With this Exception That the Citizens’ Rights Should Not be Damaged by any Means Hence it is Necessary to Investigate and Analyze the Examples of This Axiom in Iran’s Penal Regulations.

Conclusion: The Contents of the Maxim “Repelling of the Worst by the Worse” in the Penal Laws Include the Permissibility of Perpetrating Worse Actions for Avoiding the Perpetration of the Worst Actions. In Fact, Such Contents Incorporate one of the Examples of the Maxim “the Most Important and the Important”. Considering the Novel Nature of This Axiom and its Match With the Latest Subjects in Political-Social Terms, it is Posited That What are the Examples of This Maxim in Iran’s Penal Regulations and That Can the Citizens’ Rights be Trampled With the Excuse of Repelling the Worst by the Worse? It can be Expressed That This Axiom is Overlapping With Such Other Maxims as Legitimate Defense, Citizenship Rights, Legal Authorities’ Instructions, Enforcement of the Most Important Rule and Urgency in the Penal Laws.

Keywords: Repelling of the Worse by the Worst; Penal Regulations; Citizenship Rights; Legitimate Defense, the Most Important Rule; Legal Authorities’ Instructions; Urgency

Please cite this article as: Golmohammadi H, Ayati S M R, Exploring the Repelling of the Worse by the bad and its Manifestation in the Penal Lore With the Observance of Citizenship Rights. *Iran J Med Law, Special Issue on Human Rights and Citizenship Rights 2018; 231-257.*

واکاوی دفع افسد به فاسد و تجلی آن در حقوق کیفری با رعایت حقوق شهروندی

هوشنگ گل محمدی^۱، سیدمحمد رضا آیتی^{۲*}، محمد کاظم رحمان ستایش^۳

۱. دانشجوی دکتری گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران.

۲. استاد گروه فقه و مبانی حقوق اسلامی، دانشکده حقوق، الهیات و علوم سیاسی، واحد علوم و تحقیقات، دانشگاه آزاد اسلامی، تهران، ایران. (نویسنده مسؤول)

Email: smrayati@gmail.com

۳. استادیار گروه علوم قرآن و حدیث، دانشکده الهیات و معارف اسلامی، دانشگاه قم، قم، ایران.

دریافت: ۱۳۹۷/۱۱/۱۷ پذیرش: ۱۳۹۹/۰۴/۱۰

چکیده

زمینه و هدف: در مواردی که دو حرام یکی فاسد و دیگر افسد است، عقل حکم می‌کند که برای پرهیز از امر افسد و ناخوشایندتر، انسان به استقبال امر فاسد و ناخوشایند برود، مشروط به اینکه، این تنها راه باشد و حقوق شهروندان هم از طرف شخص و هم از طریق حکومت رعایت گردد. هدف ما در این مقاله بررسی دفع نمودن افسد به فاسد در حقوق کیفری و در پرتو حقوق شهروندی می‌باشد.

روش تحقیق: روش تحقیق به صورت توصیفی - تحلیلی با بهره‌گیری از منابع کتابخانه‌ای می‌باشد.

ملاحظات اخلاقی: پژوهش پیش‌رو با حفظ اصالت محتوا و با رعایت اصل انصاف و امانتداری انجام پذیرفته است.

یافته‌ها: در این مقاله مشاهده می‌گردد: زمانی که تنها راه خلاصی از مفسده بیشتر، ارتکاب و تن دادن به امر دارای مفسده کمتر می‌باشد، از قاعده تحت عنوان «دفع افسد به فاسد» می‌توان مصادیقی در حقوق موضوعه به ویژه حقوق کیفری یافت که مشمول این قاعده باشد، البته با این استثناء که حقوق شهروندان در قوانین موضوعه عاری از هرگونه خدشه‌ای به هر بهانه‌ای می‌باشد، از این رو می‌تواند مصادیق این قاعده در قوانین کیفری ایران، مورد بررسی و تحلیل قرار گیرد.

نتیجه‌گیری: مفاد قاعده دفع افسد به فاسد در حقوق کیفری، عبارت است از جواز ارتکاب فاسد برای دفع افسد، که در واقع این محتوا، یکی از مصادیق قاعده اهم و مهم است. با توجه به روز بودن این قاعده و تطبیق آن با موضوعات روز از لحاظ سیاسی - اجتماعی، این مسأله مطرح می‌شود که مصادیق این قاعده در قوانین کیفری ایران، شامل چه مواردی است و آیا می‌توان به بهانه دفع افسد، حقوق شهروندان را زیر پا بگذاریم؟ این نتیجه قابل بیان است که این قاعده با مصادیقی از جمله: دفاع مشروع، حقوق شهروندی، امر آمر قانونی، اجرای قانون اهم، اضطرار در حقوق کیفری، هم‌پوشانی دارد.

واژگان کلیدی: دفع افسد به فاسد؛ قوانین کیفری؛ حقوق شهروندی؛ دفاع مشروع؛ قانون اهم؛ امر آمر قانونی؛ اضطرار

مقدمه

در علم اصول درباره تزامم و مصادیق آن مباحث گسترده‌ای مطرح شده و معیارهایی در جهت تشخیص اولویت حکم در موارد تزامم ارائه گردیده است. گاهی انسان به مواردی برمی‌خورد که هر دو ناخوشایند و نامطلوب است، ولی یکی از دیگری ناخوشایندتر است، یعنی تزامم بین دو مورد حرام که یکی از حرام‌ها نسبت به دیگری، فاسدتر و دارای آثار منفی بیشتری است. این همان چیزی است که به اصطلاح فقهی و اصولی «دفع افسد به فاسد» تعبیر می‌شود که باید ضمن رعایت حقوق شهروندان و به قدر متیقن از آن استفاده گردد.

مکلف با عدم کاربرد قاعده «دفع افسد به فاسد»، یعنی ترک فاسد و ارتکاب افسد به صورت عمدی و از روی علم، عصیان نموده و باید مجازات شود، زیرا فاسد فعل حرامی است که به منظور دفع افسد، مباح شده است و مکلف موظف است، فعل مباح را مرتکب شود. بر طبق قاعده‌ی اهم و مهم، باید ملاحظه‌ی امر مهم‌تر (اهم) را کرد و آن را مقدم داشت و در مواردی که دو حرام یکی فاسد و دیگر افسد است، عقل حکم می‌کند که برای پرهیز از امر افسد و ناخوشایندتر، انسان به استقبال امر فاسد و ناخوشایند برود، مشروط به اینکه واقعاً تنها راه خلاصی از مفسده بیشتر، ارتکاب و تن دادن به امر دارای مفسده کمتر باشد و به حقوق شهروندان و آزادی‌های آنان خدشه‌ای وارد نگردد.

قاعده «اهم و مهم» مربوط به زمانی است که در عمل به احکام، تزامم وجود داشته باشد و مکلف در مقام عمل، توانایی انجام دادن دو حکم شرعی را که یکی اهم و دیگری مهم است، ندارد و صرفاً قادر به انجام یکی از آنهاست که در اینجا باید به اهم عمل نماید و مهم را رها کند، اما قاعده «دفع افسد به فاسد» زمان اضطرار به ارتکاب دو حرام جریان دارد. یعنی هرگاه مکلف در مقام عمل توانایی ترک هر دو حرام را ندارد، از این قاعده برای دفع حرامی که حرمتش شدیدتر و فسادش بیشتر است استفاده می‌کند. در نتیجه هر دو قاعده به باب تزامم مربوط می‌شود. برای تزامم چهار صورت متصور است: (۱) تزامم دو مصلحت (۲) تزامم دو مفسده (۳) تزامم مصلحت

و مفسده (۴) تزامم مفسده و مصلحت. قاعده «اهم و مهم» با توجه به‌عنوان وسیعی که دارد، در همه تزامم‌ها حتی تزامم دو مفسده جریان دارد، ولی قاعده «دفع افسد به فاسد» صرفاً در تزامم مفسد جریان دارد.

۱- بیان مسأله

بررسی مصادیق و کاربردهای قاعده دفع افسد به فاسد در موارد حقوقی و نیز تطبیق موارد امروزی با این قاعده، می‌تواند در برخی موارد راه‌گشا باشد، که تبیین و بررسی مصادیق و موارد امروزی این قاعده، نیازمند تحلیل موارد در قالب این قاعده است. قاعده دفع افسد به فاسد از جمله قواعد پرکاربرد است که در تمام ابواب فقه جاری است. با وجود اینکه ادله اربعه بر مشروعیت این قاعده دلالت می‌کند، اما بحث کافی و مستقلی درخصوص این قاعده صورت نگرفته است، این قاعده از جمله قواعد فقهی است که در حقوق کیفری و جرم‌شناسی، به ویژه جرم‌شناسی پیشگیرانه، کاربردهای قابل توجهی دارد.

تشخیص حدود و ثغور قاعده مذکور مهم‌ترین چالش حقوق کیفری در مواجهه با این مسأله می‌باشد و به لحاظ حقوقی با قواعدی همچون ضرورت، اضطرار، امر آمر قانونی و ... تا حدودی در برخی مصادیق همپوشانی دارد؛ به نظر می‌رسد قانونگذار کیفری ایران، این قاعده را به طور مستقل به رسمیت نشناخته است و مصادیق مورد پذیرش قانونگذار را باید در ذیل عناوین یادشده جست‌وجو کرد.

در حوزه جرم‌شناسی، به ویژه جرم‌شناسی پیشگیرانه و نیز در مباحث اصلاح و درمان مجرمان، این قاعده می‌تواند کاربردهای قابل توجهی داشته باشد، ولی مهم‌ترین مسأله، مرجع تشخیص افسد و فاسد و نیز تشخیص حالت تزاممی است که مسؤولان را به روا دانستن فاسد برای دفع افسد متقاعد می‌سازد. سؤالاتی که در این مقاله با آن روبه‌رو هستیم این است که، مصادیق این قاعده در قوانین کیفری ایران، شامل چه مواردی است؟ علی‌ای‌حال در پاسخ به مسأله مطروحه و با عنایت به گستره قاعده مذکور در حقوق موضوعه و تحلیل کارایی آن، با هدف روشن شدن زوایای پنهان و ریشه‌های این قاعده برای استناد آن در موارد مبتلا به مکلف و نیز موارد حقوقی امروزی، مصادیق کاربردی آن در قوانین

دیدگاه مذاهب فقهی به این نتیجه رسیده است که: قاعده افسد به فاسد را از پرکاربردترین مباحث فقهی عنوان نموده است و با استفاده از منابع معتبر فریقین، مفاد قاعده، ادله قاعده، استثنائات، و تطبیقات این قاعده را تبیین نموده است.

۶- مقایسه یافته‌ها با یافته‌های قبلی

با توجه به مطالعاتی که در یافته‌های قبلی صورت پذیرفته است پژوهشی که موضوع واکاوی دفع افسد به فاسد را ضمن تجلی در حقوق کیفری و با رعایت حقوق شهروندی مورد مطالعه قرار دهد یافت نشد لذا مقالات مشابهی که در این خصوص نگارش شده صرفاً به کلی‌گویی پرداخته و در تطبیق با حقوق کیفری و حقوق شهروندی نمی‌باشد لذا در این مقاله سعی شده است نواقصی که در یافته‌های گذشته وجود دارد با بررسی همه جانبه در این مقاله مرتفع گردد.

مصادیق کاربردی قاعده افسد به فاسد در حقوق کیفری

با تأسی از حقوق شهروندی

این مصادیق عبارتند از:

۱- دفاع مشروع

آیه ۱۹۴ سوره مبارکه بقره از جمله آیاتی است که در خصوص دفاع مشروع مورد استناد قرار می‌گیرد: «الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ فَمَنْ اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اَعْتَدَى عَلَيْكُمْ وَاتَّقُوا اللَّهَ وَاعْلَمُوا أَنَّ اللَّهَ مَعَ الْمُتَّقِينَ»^۱

برای مشروعیت مطلق دفاع به دو قسمت آیه مذکور می‌توان استدلال کرد، قسمت نخست: «والحرمت قصاص»: این قسمت از آیه به طور مستقل بر مشروعیت «دفاع» دلالت دارد. این جمله از دو کلمه تشکیل شده: «حرمت» و «قصاص». در تفسیر این قسمت از آیه آورده‌اند که: «اگر با جنگ در ماه حرام حرمت آن را شکستند ... مؤمنان هم

کیفری ایران، طی بندهایی مجزا: دفاع مشروع، امر آمر قانونی، اجرای قانون اهم و اضطرار، مورد بررسی قرار می‌گیرد.

۲- اهمیت و ضرورت انجام تحقیق

به نظر می‌رسد قانونگذار کیفری ایران، این قاعده را به طور مستقل به رسمیت نشناخته است و مصادیق مورد پذیرش قانونگذار را باید در ذیل عناوین یادشده جست‌وجو کرد مصادیق زیاد و موارد مبتلابه مکلف در جامعه، انگیزه محقق را برای پیگیری این قاعده افزون نمود و چون از قواعد پرکاربرد در حوزه حقوق کیفری می‌باشد لذا دارای اهمیت و ضرورت پژوهش در این خصوص می‌باشد.

۳- محدودیت‌های پژوهش

از جمله محدودیت‌های پژوهش در این زمینه با عنایت به اینکه این موضوع در چند حیطه من جمله: فقه جزایی، حقوق کیفری، و حقوق شهروندی مورد مطالعه قرار گرفته است لذا دسترسی به منابع کتابخانه‌ای خاصه در موارد فقهی با محدودیت مواجه بودیم.

۴- روش‌شناسی تحقیق

روش تحقیق در این مقاله به صورت توصیفی-تحلیلی و با استفاده از ابزار فیش برداری از کتب، پایان نامه‌ها و مقالات مشابه و مرتبط می‌باشد.

۵- پیشینه پژوهش

۱- حاجی ده‌آبادی، محمدعلی (۱۳۸۷) در مقاله‌ای تحت عنوان: قاعده دفع افسد به فاسد و دلالت‌های حقوقی جرم شناختی آن، به این نتیجه رسیده است که: قانونگذار کیفری ایران، این قاعده را به طور مستقل به رسمیت نشناخته است و مصادیق مورد پذیرش قانونگذار را باید در ذیل عناوین یادشده جست‌وجو کرد. در حوزه جرم‌شناسی، به ویژه جرم‌شناسی پیشگیرانه و نیز در مباحث اصلاح و درمان مجرمان، این قاعده می‌تواند کاربردهای قابل توجهی داشته باشد، ولی مهم‌ترین مسأله، مرجع تشخیص افسد و فاسد و نیز تشخیص حالت تزاحمی است که مسؤولان را به روا دانستن فاسد برای دفع افسد متقاعد می‌سازد.

۲- علی‌آبادی، عبدالصمد و اسفندیاری، رضا (۱۳۹۴) در مقاله‌ای تحت عنوان: واکاوی قاعده دفع افسد به فاسد از

۱. خداوند در این آیه می‌فرماید: «ماه‌های حرام را در مقابل ماه‌های حرام قرار دهید، که اگر حرمت آن را نگاه نداشته و با شما قتال کنند شما نیز قصاص کنید. هر که به ستم بر شما دست دراز کند او را از پای درآورید به قدر ستمی که به شما رسانده است، و از خدا پروا کنید و بدانید که خدا با پرهیزکاران است.»

تجاوز و تعدی اولیه انجام گرفته و آیه دستور می‌دهد که شما هم حق دارید مقابله به مثل کنید و آنان را دفع کنید و مجازات نمایید. منتها باید مجازات شما درباره آنان، متناسب با تعدی و عمل تجاوزکارانه آنان در مورد شما باشد و تعدی به معنای تجاوز یک انسان و شهروند، تجاوز به حقوق تمام شهروندان می‌باشد.

علاوه بر آیه مذکور، به موجب آیه ۲۱۷ سوره بقره؛ خداوند خطاب به پیامبر (ص) فرموده‌اند: «از تو، درباره جنگ کردن در ماه حرام، سؤال می‌کنند؛ بگو: «جنگ در آن، (گناهی) بزرگ است، ولی جلوگیری از راه خدا (و گرایش مردم به آیین حق) و کفر ورزیدن نسبت به او و هتک احترام مسجدالحرام، و اخراج ساکنان آن، نزد خداوند مهم‌تر از آن است؛ و ایجاد فتنه، (و محیط نامساعد، که مردم را به کفر، تشویق و از ایمان باز می‌دارد) حتی از قتل بالاتر است. و مشرکان، پیوسته با شما می‌جنگند، تا اگر بتوانند شما را از آیینتان برگردانند، ولی کسی که از آیینش برگردد، و در حال کفر بمیرد، تمام اعمال نیک (گذشته) او، در دنیا و آخرت، بر باد می‌رود؛ و آنان اهل دوزخند؛ و همیشه در آن خواهند بود».

برخی نویسندگان کتب قواعد فقهی، آیه مذکور را در جهت جواز و مشروعیت دفع افسد به فاسد مورد استناد قرار داده‌اند (۴). در آیه مذکور، جنگ در ماه‌های حرام در مقابل فتنه‌گری قرار گرفته است، یعنی دو مفسده که شدت فساد یکی از آنها (فتنه‌گری) نسبت به دیگری (جنگ در ماه حرام) بیشتر است؛ یعنی چنانچه دفع فتنه از طریق دیگر امکانپذیر نباشد، حتی اگر به واسطه جنگ در ماه‌های حرام - که به تصریح خداوند گناه بزرگی است - صورت گیرد، جایز و بلکه واجب است. در این مورد، خداوند متعال جنگ و قتال در ماه‌های حرام علی‌رغم اینکه حرام است (فاسد) را جهت دفع فتنه و فتنه‌گری به عنوان افسد، جایز دانسته است.

به عبارت دیگر «استدلال به این صورت است که در آیه مذکور دو مفسده با هم در تراحم‌اند؛ اول، مفسده شرک که عبارت است از کفر ورزیدن به خدا و جلوگیری از پیشرفت توحید، هتک حرمت مسجدالحرام و اخراج ساکنان او (فتنه)؛ و مفسده دوم، جنگ با کفار در ماه حرام است. بعد از سنجش

می‌توانند در ماه حرام با آنان بجنگند و مقابله به مثل نمایند» (۱). منظور این است که اگر مشرکان در این ماه‌های حرام به حریم شما تجاوز کردند، شما هم می‌توانید مقابله به مثل کنید و از جان و ناموس خود دفاع کنید. پس شکستن حرمت این ماه‌ها در حقیقت به معنای شکستن حرمت مؤمنان و آغاز نمودن جنگ و تجاوز در این ماه‌هاست.

بنا به عقیده‌های دیگر، منظور از «حرمت»، عام است که شامل حرمت انسان نیز می‌شود؛ و در این خصوص حریم خصوصی، آزادی و حقوق شهروندی شهروندان باید رعایت گردد. بعضی از مفسران به این تعمیم در تفسیر «حرمت» تصریح کرده‌اند و بیان داشته‌اند که مراد آیه این است که هر حرمتی قصاص دارد. پس اگر کسی در مورد شما حرمتی را شکست، شما نیز می‌توانید از باب قصاص، نسبت به او هتک حرمت کنید (۲).

برخی نیز عقیده دارند، «نظر روشن‌تر آن است که بگوییم حرمت هر نوع حرمتی که باشد یعنی چیزی که حفظ آن واجب است؛ مثل جان و عرض، که قصاص و مقابله به مثل در آن جاری است» (۳). بنابراین، این جمله بر مشروعیت اصل دفاع و مقابله به مثل در هرگونه حرمت‌شکنی و تجاوز از سوی متجاوزان دلالت می‌کند و شامل جهاد دفاعی و دفاع از نفس و عرض و مال می‌شود و اختصاصی به ماه‌های حرام، حرم و مسجدالحرام ندارد.

قسمت دوم آیه «فَمَنْ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ» متفرع بر جمله قبل است و از آن استنتاج شده است. در عین حال، خود این جمله نیز به طور مستقل بر قاعده کلی «مقابله به مثل» دلالت می‌کند و شکی نیست که همه انواع دفاع از مصادیق روش مقابله به مثل هستند. این آیه خطاب به مسلمانان است و منظور از عقاب، مجازات مشرکان و کفار است در برابر مجازاتی که مشرکان در مورد مؤمنان - به سبب ایمان به خدا و ترک بت‌پرستی - روا داشتند. آیه فوق دستور می‌دهد که اگر خواستید آنان را مجازات کنید، موظف به رعایت تناسب و مقابله به مثل هستید و نباید از این حد تجاوز کنید و حقوق دیگر شهروندان را خدشه‌دار نمایید. در این آیه از تعبیر عقاب استفاده شده و این گویای آن است که

این دو مفسده، مفسده مشرکان شدیدتر از مفسده جنگ با کفار در ماه حرام است» (۵).

۱-۱- روایت پیامبر (ص) در خصوص دفاع مشروع و

نبرد با کفار و دفع افسد: برخی از مفسران (۶) شأن نزول این آیه را به نقل از «روض الجنان» این‌گونه بیان نموده‌اند: «رسول خدا (ص) پس‌رعمه خود عبدالله بن جحش را دو ماه قبل از جنگ بدر و هفده ماه بعد از هجرت در ماه جمادی‌الثانی مأمور به سرپه‌ای فرمود و هشت مرد مهاجر را با وی همراه نمود و نامه‌ای به عبدالله داد و فرمود: نامه را باز نکند تا اینکه دو منزل از مدینه بیرون برود و نیز فرمود: به نام خدا بیرون رود و مأموریت را انجام دهد. عبدالله بعد از طی دو منزل نامه را باز کرد و به یاران خود نشان داد و خواند. پیامبر در آن نامه دستور داد تا به بطن نخله فرود آید و راه کاروان قریش را بگیرد و سپس گفت: هر که مایل است می‌تواند در این سرپه شرکت کند و نیز ممکن است شهادت نصیب وی بشود و هر که مایل نیست راه خود را پیش گیرد و برود. در این میان کاروان قریش که از طائف می‌آمدند، پدیدار شد. در میان کاروان عده‌ای از سران قریش که از جمله آن‌ها عمرو بن الحضرمی بود، وجود داشت. کاروان وقتی مسلمین را از دور دیدند ترسیدند و خواستند برگردند تا گرفتار مسلمین نشوند در این میان عبدالله بن جحش دستور داد سر یک نفر از اصحاب را بتراشند تا قریش گمان برند که اینان به قصد انجام عمره به مکه می‌روند. لذا یک نفر از اصحاب را به نام عکاشه بن محسن اسدی بنشانند و مشغول تراشیدن سر او شدند مشرکین قریش که از دور تراشیدن سر را مشاهده کردند با ایمنی خاطر به حرکت خود ادامه دادند و پنداشتند که اینان زائر بوده و به قصد عمره عازم مکه هستند و روزی که این دو گروه با هم برخوردند روز مشکوک بین آخر ماه جمادی‌الثانی و اول ماه رجب بود. لذا اصحاب گفتند: اگر امشب صبر کنیم فردا حتماً روز اول ماه رجب است و قتال و کارزار در آن حرام خواهد بود. لذا در همان روز جنگ را آغاز کردند. در مرحله نخست از صحابه واقد بن عبدالله السهمی تیری به طرف کاروان رها کرد. این تیر به عمرو بن الحضرمی اصابت کرد و او را کشت با انداختن تیر جنگ شروع شد. سپس جریان فتح

مسلمین به پیامبر رسید و مشرکین در میان مسلمین موضوع را به طرز دیگری وانمود و جلوه داده و گفتند: محمد و یارانش مراعات حرمت ماه‌های حرام را نکردند. رسول خدا (ص) از این موضوع نگران گردید و عبدالله را خواست، فرمود: من که به شما گفته بودم در ماه رجب قتال و جنگ نکنید عبدالله و اصحاب گفتند: یا رسول‌الله، ابن‌الحضرمی را کشتیم پس از آن شب، هلال ماه رجب را مشاهده کردیم. اکنون نمی‌دانیم آیا واقعاً در ماه رجب بوده یا آخر جمادی‌الثانی، مردم در همین گفتگو بودند که این آیه نازل گردید» (۷).

بنابر تفسیری دیگر «در تفاسیر شیعه و سنی آمده است: رسول اکرم (ص) شخصی را به نام عبدالله بن جحش به همراه هشت نفر، با نامه‌ای برای کسب اطلاعات از کفار و مشرکان فرستاد، اما بعد از ملاقات، درگیری پیش آمد و در این بین رئیس گروه مقابل کشته شد و دو نفر از آنان به اسارت درآمده اموالشان مصادره گردید. این حادثه در اول ماه رجب که از ماه‌های حرام است واقع شده بود، در حالی که این گروه گمان کرده بودند که آخر جمادی‌الثانی است، نه اول رجب. به هر حال این قتال اشتباهاً در اول رجب صورت گرفت و کفار این موضوع را دستاویز قرار داده و شایع کردند که مسلمانان احترام ماه‌های حرام را نگه نمی‌دارند. در برابر این تبلیغات دشمنان، قرآن جواب می‌دهد که گرچه جنگ در ماه حرام واقع شده، ولی این قتال به اشتباه از سوی مسلمانان صورت گرفته است، در حالی که شما مشرکان به عمد مرتکب گناهی شده‌اید که مجازات آن‌ها به مراتب از قتال در ماه حرام بیشتر است...» (۸).

بنابر عقیده برخی، آیه مورد بحث مبنی بر حرام بودن جنگ در ماه‌های حرام، با آیه ۱۹۳ سوره مبارکه بقره که بیان داشته: «با آنان بجنگید تا دیگر فتنه‌ای نباشد، و دین، مخصوص خدا شود. پس اگر دست برداشتند، تجاوز جز بر ستمکاران روا نیست» نسخ گردیده است و عده‌ای نیز بر این عقیده‌اند (۹) که «آیه، نسخ‌نشده، بلکه جنگ در ماه‌های حرام فقط برای یک مرتبه و آن هم برای شخص پیامبر (ص) مباح شده است و آن هنگام فتح مکه بود. به عقیده قائلین به عدم نسخ آیه؛ جنگ با کفار جهت دفع فتنه حتی اگر در ماه حرام

که در فقه و به تبع آن در حقوق موضوعه از جمله قانون مجازات اسلامی مقرر گردیده، رعایت گردد.

از جمله موادی که در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در ارتباط با دفاع مشروع بیان شده، ماده ۱۵۶ است که به موجب ماده مذکور: «هرگاه فردی در مقام دفاع از نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری، در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع با رعایت مراحل دفاع، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، در صورت اجتماع شرایط زیر مجازات نمی‌شود: الف) رفتار ارتكابی برای دفع تجاوز یا خطر ضرورت داشته باشد. ب) دفاع مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد. ج) خطر و تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری صورت نگرفته باشد. د) توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت عملاً ممکن نباشد یا مداخله آنان در دفع تجاوز و خطر مؤثر واقع نشود».

با مذاقه در این ماده، می‌توان گفت؛ تجاوز به نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن، مصداقی از افسد است که این تجاوز با دفاع مشروع - اگرچه ممکن است در قالب ارتكاب جرم عملی شود - قابل دفع است. در شرایط معمولی ارتكاب هرگونه جرم ممنوع بوده و در صورت ارتكاب، مرتکب مستحق مجازات و کیفر مقتضی خواهد بود. به عبارت دیگر، دفاع مشروع رفتاری است که طبق قانون، به طور عادی و معمول جرم است، حال اینکه در شرایطی خاص و با جمع بودن شرایط مقرر، ارتكاب جرم در مقام دفاع مشروع، موجه خواهد بود.

با این تفاسیر، افسد و فاسد در موضوع دفاع مشروع باید شرایطی داشته باشد. افسد که در این مصداق تجاوز است، چند شرط باید داشته باشد: نخست آنکه نسبت به نفس، عرض و ناموس و یا آزادی یک نفر باشد نه شخص. به همین دلیل باید گفت که این نوع دفاع تنها درباره شخص حقیقی ممکن است. دوم اینکه تجاوز یا خطر باید وجود داشته باشد و یا اینکه آنقدر حتمی و نزدیک باشد که گویی در حال واقع شدن است. فاسد نیز که در مصداق مورد بحث، ارتكاب جرم در مقام دفاع مشروع می‌باشد، باید شرایطی داشته باشد. از جمله اینکه مستند به قراین معقول یا خوف عقلایی باشد و

نیز باشد، جایز و بلکه واجب است. آیه ۲۱۷ سوره بقره، به نوعی نافی دیدگاه مشرکانی است که گمان می‌کردند با وجود حکم به عدم جواز جنگ در ماه‌های حرام، می‌توانند مرتکب هر اقدامی شوند و یا فتنه کنند. و چنانچه به ایجاد فتنه - که فسادی بیشتر از جنگ در ماه حرام دارد - اقدام کنند، کشتن آن‌ها واجب خواهد شد. در مجموع آیه مورد بحث مصداقی از دو اقدام حرام را در مقابل هم قرار داده و انجام یکی را جهت دفع دیگری مجاز و حتی واجب دانسته است.

۲-۱- جایگاه دفاع مشروع در حقوق کیفری و

منشور حقوق شهروندی: در تبیین جایگاه دفاع مشروع در حقوق موضوعه و به ویژه حقوق کیفری و منشور حقوق شهروندی ایران می‌توان گفت حقوق موضوعه ارتكاب اعمالی را که در شرایط عادی جرم و مستوجب مجازات است، در مقام دفاع جرم نمی‌شناسد و مسؤولیت کیفری و مسؤولیت مدنی دفاع‌کننده را منتفی می‌داند (۱۰) دفاع مشروع در قوانین کیفری به عنوان یکی از علل موجه جرم مطرح می‌شود.

علل موجهه یا عوامل توجیه‌کننده به مواردی گفته می‌شود که با تحقق آنها، وصف مجرمانه جرم از بین می‌رود؛ به این معنا که عملی که به طور معمول جرم بوده است، در شرایطی خاص، دیگر در نظر مقنن عنوان جرم نخواهد داشت و به دلیل تلقی شدن به عنوان یک عمل موجهه، جرم نیست تا قابل مجازات باشد. در تمام نظام‌های حقوقی دنیا و از جمله نظام حقوقی کشور ایران، دفاع مشروع جزء علل و عوامل موجهه جرم محسوب می‌شود. بنابراین باید گفت که این موضوع مختص نظام حقوقی ایران نیست و مورد توجه تمام نظام‌های حقوقی دنیاست که به آن استناد شده و به اعتبار این تأسیس، وصف مجرمانه بسیاری از جرایم از آنها گرفته می‌شود. با این وصف، ارتكاب جرم در حالت کلی، ممنوع بوده و قابل مجازات است، ولی هرگاه ارتكاب جرمی در جهت ممانعت و دفع خسارت یا آسیبی جبران‌ناپذیر به نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن خود یا دیگری در برابر هرگونه تجاوز یا خطر فعلی یا قریب‌الوقوع باشد، نوعی دفع افسد (آسیب جبران‌ناپذیر) با فاسد (ارتكاب جرم) بوده و مشروع و مجاز خواهد بود و مرتکب مجازات نخواهد شد، البته مشروط به آنکه شرایط دفاع مشروع

خطر یا تجاوز به سبب اقدام آگاهانه یا تجاوز خود فرد و دفاع دیگری، صورت نگرفته باشد.

امر آمر قانونی

خداوند متعال در آیه ۵۹ سوره نساء فرموده‌اند: «ای اهل ایمان، فرمان خدا و رسول و فرمانداران (از طرف خدا و رسول) که از خود شما هستند اطاعت کنید، پس اگر در چیزی کار به نزاع کشد آن را به حکم خدا و رسول بازگردانید اگر به خدا و روز قیامت ایمان دارید. این کار برای شما بهتر و خوش‌عاقبت‌تر خواهد بود»^۱.

همه مفسران شیعه در این زمینه اتفاق نظر دارند که منظور از «اولی‌الامر» امامان معصوم می‌باشند که رهبری مادی و معنوی جامعه اسلامی، در تمام شئون زندگی از طرف خداوند و پیامبر (ص) به آنها سپرده شده است، و غیر آنها را شامل نمی‌شود، البته کسانی که از طرف آنها به مقامی منصوب شوند و پستی را در جامعه اسلامی به عهده بگیرند، با شروط معینی اطاعت آنها لازم است نه به خاطر اینکه اولی‌الامرند، بلکه به خاطر اینکه نمایندگان اولی‌الامر می‌باشند. این موضوع در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ این‌گونه عنوان شده است: «هرگاه به امر غیر قانونی یکی از مقامات رسمی، جرمی واقع شود آمر و مأمور به مجازات مقرر در قانون محکوم می‌شوند لکن مأموری که امر آمر را به علت اشتباه قابل قبول و به تصور اینکه قانونی است، اجراء کرده باشد، مجازات نمی‌شود و در دیه و ضمان تابع مقررات مربوطه است».

به موجب این ماده هرگاه عملی براساس قانون یا امر آمر قانونی، ارتکاب یابد، مشمول و مصداق عمل مجرمانه نمی‌شود و در نتیجه تقصیری بر عهده مرتکب نیست. در واقع حکم قانون و امر آمر قانونی، افعال مأموران دولتی، از جمله پلیس که در مواقعی نیز در مقام ضابطین دادگستری و به دستور مقامات

قضایی به انجام وظایفی اقدام می‌نمایند و در این راستا به ناچار تیراندازی می‌کنند را مشروع می‌سازد. افعال مذکور فی‌نفسه جرم هستند یعنی اگر در حالت عادی ارتکاب یابند فاعل آنها مجرم و قابل مجازات است، زیرا عنوان‌هایی چون بازداشت غیر قانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر آن در قانون توصیف شده‌اند، ولی چون به موجب حکم قانون وصف مجرمانه در مواردی از این اعمال برداشته می‌شود، گویی جرمی واقع نشده است (۱۱). در این مصداق، عناوین مذکور یعنی بازداشت غیر قانونی، ضرب و جرح و قتل و نظایر آن به عنوان امری فاسد می‌باشند که در شرایط عادی مجاز نیستند، در حالی که اگر این موارد در جهت ایجاد نظم و امنیت جامعه و نیز مجازات مجرمین باشد، ممنوعیتی ندارد.

۱- شرایط امر آمر قانونی

۱- امر از ناحیه آمر قانونی صادر شده باشد. در این زمینه باید قانونی وجود داشته باشد تا آمر و مأمور طبق آن رفتار نمایند. چرا که مقنن، اجرای عملی را که خود تجویز نموده باشد تکذیب نمی‌کند و از طرفی چنانچه کسی عملی را طبق قانون انجام دهد، مرتکب جرمی نشده است.

۲- آمر باید در سلسله مراتب اداری قرار گرفته باشد. به عبارت دیگر باید در سلسله مراتب اداری هم قانوناً حق صدور امر به مأموری که وی را مکلف به اجرای دستور غیر قانونی می‌نماید، داشته باشد و رابطه استخدامی و نیز مافوق و مادون بودن آمر و مأمور از جهت سلسله مراتب اداری باید محرز گردد.

۳- امر آمر قانونی باید واجد شرایط کتبی و رسمی باشد. چنانچه شخصی محدود به سلسله مراتب اداری بوده و بتواند بدون اذن مافوق و امر مقام صلاحیت‌دار، عملی را انجام دهد، در این حالت، مرتکب، رافع مجازات نبوده و فاعل جرم قابل تعقیب کیفری و مجازات خواهد بود.

۴- مأمور موظف به اجرای امر باشد و امر صادره نه تنها می‌بایست در حدود شرح وظایفی باشد که مأمور ملزم به اجرای آن طبق مقررات است، بلکه مأمور نیز باید طبق آموزشی که به او داده شده است، رفتار نماید. چنان‌که در تبصره ۲ ماده ۲۴ قانون مجازات جرائم نیروهای مسلح

۱. «يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا أَطِيعُوا اللَّهَ وَأَطِيعُوا الرَّسُولَ وَأُولِي الْأَمْرِ مِنْكُمْ فَإِن تَنَازَعْتُمْ فِي شَيْءٍ فَرُدُّوهُ إِلَى اللَّهِ وَالرَّسُولِ إِن كُنتُمْ تُؤْمِنُونَ بِاللَّهِ وَالْيَوْمِ الْآخِرِ ذَلِكَ خَيْرٌ وَأَحْسَنُ تَأْوِيلًا»

قانوناً مکلف به اجرای دستور مافوق خود می‌باشد. به عبارت دیگر کسی که با احراز و رعایت شرایط قانونی و با صدور حکم، تصدی مقامی را عهده‌دار می‌گردد و وظایف و تکالیفی به عهده وی گذاشته می‌شود، مقام رسمی محسوب می‌گردد (۱۳).

با دلایل گفته شده اصولاً اجرای حکم قانون، بدون شرایط لازم از مأموری که به ادای وظیفه می‌پردازد و در نتیجه آن مرتکب عملی می‌شود که جنبه مجرمانه دارد، رفع تقصیر نمی‌کند. این حکم حداقل در مورد کارمندان دولت و کارکنان نیروهای مسلح که عموماً تابع سلسله مراتب اداری یا نظامی هستند و نمی‌توانند بدون دستور مافوق و یا در چهارچوب وظایف قانونی محوله عمل کنند، صادق است. در نتیجه هرگاه حکم قانون رأساً تکلیفی برای مأمورین تعیین نکند و ادای تکلیف مستلزم امر مافوق باشد، ارتکاب عمل به هیچ وجه مشروع تلقی نمی‌شود. برای مثال؛ چنانچه مأموران پلیس که به موجب قانون اختیار جلب متهمان و اعمالی مانند تفتیش منازل را دارند، در غیر موارد جرم مشهود اگر بدون دستور قاضی رسیدگی‌کننده به جلب اشخاص یا تفتیش منازل بپردازند به اتهام جلب غیرقانونی و یا هتک حرمت منازل قابل تعقیب در مراجع قضایی ذیصلاح هستند. در حقیقت بیشتر مسائل مربوط به امر آمر قانونی یا دستور مافوق، از شرایطی ناشی می‌شوند که پلیس در آن قرار می‌گیرد. یعنی شرایطی که این نیروها بایستی از اسلحه استفاده نمایند. در این شرایط استدلالات زیادی می‌شود که نشان‌دهنده این هستند که در واقع امر یادشده در اینجا مسؤول خواهد بود. یعنی اگر کسی دستور ارتکاب جرمی را بدهد، خود مسؤول آن جرم است، منتهی اگر بحث در جایی باشد که با وجود تمام شرایط قانونی دستوری داده و مأمور نیز اجرا نموده است در اینجا چنین امری جزء عوامل موجهه جرم بوده و وصف مجرمانه عمل را برخواهد داشت.

اجرای قانون اهم با رعایت حقوق شهروندان

یافته‌های جدید دانش اصول، حاکی از آن است که تنها مرجح مطمئن در تزامن احکام، قانون اهم و مهم است. به این ترتیب نباید در راستای تحقق قانون، مهم حقوق شهروندان

جمهوری اسلامی ایران در خصوص تیراندازی مأمور تأکید شده که تیراندازی باید مطابق مقررات صورت گیرد و مقررات مربوط به موجب آیین‌نامه‌ای است که حسب مورد توسط سپاه یا ارتش یا نیروی انتظامی تهیه و به تصویب ستاد کل نیروهای مسلح می‌رسد (۱۲).

قانونگذار در مورد حکم قانون در ماده ۱۵۹ قانون مجازات اسلامی ساکت است، اما باید توجه داشت که این سکوت را باید با سایر قوانین، قواعد و مقررات حل نمود. به عبارت دیگر در بسیاری از موارد قانونگذار با ایجاد تکلیف قانونی از مأمور دولت می‌خواهد که عملی را انجام دهد و درواقع وی را موظف به انجام آن عمل می‌نماید؛ روشن است که در این موارد، وصف مجرمانه نیز از عمل برداشته خواهد شد. به‌عنوان مثال هنگامی که در آیین‌نامه راجع به اجرای حکم قصاص گفته می‌شود که محکوم به اعدام مصلوب می‌شود و یا در آیین‌نامه نحوه اجرای احکام قصاص، رجم، قتل، صلب، اعدام و شلاق موضوع ماده ۲۹۳ قانون آیین دادرسی کیفری مصوب ۱۳۸۲/۶/۲۷، مأمور اجرای حکم مکلف به اجرای این احکام شده است، همه این موارد از مصادیق حکم قانون هستند و بنابراین حکم قانون موجب سلب عنوان مجرمانه از آنها می‌گردد. گاهی اوقات حکم قانون در انجام مأموریت به قائم مقامی آمر قانونی، می‌تواند صادر شود. مثلاً ضابطین دادگستری در جرائم مشهود مکلفند کلیه اقدامات لازم را برای جلوگیری از امحاء اثرات جرم و فرار متهم و هر تحقیقی که برای کشف جرائم لازم بدانند انجام دهند. در این مورد حکم قانون مستقیماً رفتار مأمورین را موجه ساخته که این همان مفهومی است که در خصوص عوامل موجهه جرم در ابتدا گفته شد (۱۰).

درخصوص امر آمر قانونی سه نظر وجود دارد: (۱) اطاعت بی‌چون و چرا (کورکورانه) (۲) سرنیزه آگاه (۳) بینابین. مطابق نظریه شماره ۱۳۷۳/۲/۳-۷/۱۵۲۳ اداره حقوقی قوه قضائیه، کلیه کارمندان دولت در محدوده وظایف خود قائم مقام رسمی محسوب می‌شوند. منظور از مقام رسمی مذکور در ماده ۵۷ قانون مجازات اسلامی (مصوب ۱۳۷۰)، مستخدمی است که نسبت به کارمند مرئوس خود آمر قانونی بوده و مأمور مرئوس

زیر پا نهاده شود به موجب قانون اهم و مهم که مبتنی بر مصالح احکام است اگر در نزد شارع، ملاک یکی از دو حکم از ملاک حکم دیگر قوی‌تر باشد، همان حکم بر حکم دیگر مقدم می‌شود. یکی از مصادیق قانون اهم و مهم، همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت‌سنجی اعمال حرام نیست. بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم همان تشخیص مصلحت و مفسده موجود در احکام و سنجش آنها با یکدیگر است (۱۴).

تقدیم اهم بر مهم در قرآن کریم تأیید شده است. سند قرآنی قانون اهم و مهم، آیاتی از سوره کهف که در خصوص داستان همراهی حضرت خضر و موسی (ع) است. در این آیات مصادیقی بیان گردیده که به طور ضمنی می‌توان قاعده مورد بحث را از آنها، استنباط نمود. خداوند متعال در آیه ۷۱ سوره کهف فرموده است: «آن دو به راه افتادند تا آنکه سوار کشتی شدند، (خضر) کشتی را سوراخ کرد. (موسی) گفت: «آیا آن را سوراخ کردی که اهلش را غرق کنی؟! راستی که چه کار بدی انجام دادی!» و به موجب آیه ۷۴ همان سوره «باز به راه خود ادامه دادند، تا اینکه نوجوانی را دیدند و او آن نوجوان را کشت. (موسی) گفت: «آیا انسان پاکی را، بی آنکه قتلی کرده باشد، کشتی؟! به راستی کار زشتی انجام دادی!» پس از اعتراض‌های که توسط موسی (ع) به کارهای خضر صورت گرفت، خضر (ع) در پاسخ بیان کرد: «آن کشتی مال گروهی از مستمندان بود که با آن در دریا کار می‌کردند؛ و من خواستم آن را معیوب کنم؛ (چرا که) پشت سرشان پادشاهی (ستمگر) بود که هر کشتی (سالمی) را بزور می‌گرفت!»، «و اما آن نوجوان، پدر و مادرش با ایمان بودند؛ و بیم داشتیم که آنان را به طغیان و کفر وادارد!» (آیه ۸۰ سوره کهف) آنچه از آیات ذکرشده قابل استنباط است اینکه خضر (ع) کشتی را سوراخ کرد که کاری ناپسند بود، ولی هدف وی از سوراخ کردن کشتی این بود که به چنگ پادشاه ستمگر نیفتد. یعنی به نوعی با ورود یک ضرر، ضرر بزرگ‌تری را دفع نمود. سپس وی نوجوانی را کشت که قتل نوجوان نیز در حالت مطلق، امری حرام و ناپسند است، ولی بعداً مشخص شد که نوجوان شخصی کافر بود که ممکن بود پدر و مادرش را نیز به کفر و طغیان

وادر کند. پس قتل که عملی ناپسند بود، خطر کفر وی نسبت به پدر و مادرش را دفع نمود.

در وجه استدلال آیات مذکور در خصوص سوراخ کردن کشتی می‌توان گفت، حضرت خضر با دو مفسده روبه‌رو بود؛ نخست، سوراخ کردن کشتی بدون اجازه صاحبان آنکه افراد نیازمندی بودند؛ دوم، تصرف آن کشتی به دست پادشاه. بدون شک مفسده اول نسبت به مفسده دوم، ضرر کمتری به همراه داشت و حضرت خضر برای دفع افسد به فاسد آن کار را انجام داد (۱۵). به عبارت دیگر حضرت خضر هنگامی که این دو مفسده را دید برای دفع مفسده دوم یعنی تصاحب کشتی توسط پادشاه ستمگر، مفسده اول یعنی سوراخ کردن کشتی را انتخاب کرد. این آیه دلالت صریحی بر دفع افسد به فاسد دارد و برخی از مفسران هنگامی که به این آیه رسیدند به صراحت گفتند که فعل حضرت خضر (ع) در واقع دفع افسد به فاسد بوده است (۸).

اگرچه سوراخ کردن و تخریب کشتی با توجه به اینکه به مالکین آن ضرر و زیان می‌رساند، کاری فاسد بود، ولی مفسده و زیان آن نسبت به تصاحب توسط پادشاه ستمگر، کمتر بود و برای دفع این مفسده بزرگ‌تر، می‌توان آن عمل فاسد را مرتکب شد. بنابراین، برخی از این کار مشروعیت دفع افسد به فاسد را استنتاج کرده‌اند (۱۵).

اما در مورد کشتن نوجوان در مقایسه با طغیان و کفر والدین شاید نتوان صریحاً قاعده دفع افسد به فاسد را استنباط نمود. زیرا تشخیص این موارد صرفاً در مورد اشخاصی صدق می‌کند که به غیب آگاه باشند. وگرنه اشخاص عادی نمی‌توانند به یقین برسند که شخصی به واسطه طغیان در آینده، دینداری والدینش را به فساد بکشاند. به عبارت دیگر، با توجه به ویژگی خاصی که در خضر (ع) بود، توانست آثار شوم مترتب بر ادامه حیات نوجوان را درک کند و تشخیص دهد. لذا نمی‌توان آیات ۷۴ و ۸۰ سوره کهف را در توجیه و استنباط قاعده مورد بحث مورد استناد قرار داد.

لزوم تقدم حکم اهم بر حکم مهم در جایی که امکان انجام دادن هر دو حکم وجود ندارد، چنان وضوحی دارد که برخی از فقها آن را از فطریات دانسته‌اند (۱۶). سند دیگری که برای

از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام و یا ترک واجب، در حال اضطرار است. به همین دلیل اضطرار را به ناچاری و بی‌اختیاری معنی نموده‌اند (۱۸). در مورد تفاوت اضطرار و اکراه گفته شده که اضطرار اختصاص به وضعیت موجود دارد و از ناحیه فعل شخص است، اما اکراه از ناحیه فعل غیر است، بنابراین در اضطرار، آنچه که محرک مضطر برای انجام فعل است، ضرورت و وضعیت خاصی است که برای خود او ایجاد شده و در اکراه، محرک مکره یعنی آنچه در حقوق مدنی جهت و در حقوق کیفری انگیزه نامیده می‌شود، دفع ضرر و خطری است که ممکن است به دلیل عدم انجام کاری از ناحیه اکراه‌کننده برایش ایجاد شود. همچنین در اکراه، تهدید و فشار به طور مستقیم برای انجام فعل است، در حالی که در اضطرار فشار مستقیمی برای انجام کار نیست، بلکه وضعیت موجود به طور غیر مستقیم مکره را به انجام عمل وادار می‌کند (۱۹).

ماده ۱۵۲ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۹۲ در این زمینه مقرر می‌دارد: «هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع از قبیل آتش‌سوزی، سیل، طوفان، زلزله یا بیماری به منظور حفظ نفس یا مال خود یا دیگری، مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود قابل مجازات نیست مشروط بر اینکه خطر را عمداً ایجاد نکند و رفتار ارتكابی با خطر موجود متناسب و برای دفع آن ضرورت داشته باشد».

قانونگذار ارتکاب جرم را با توجه به حالت اضطرار در شرایط خاص موجه شناخته است. در عین حال با به کار بردن عبارت از قبیل سیل و طوفان تنها نمونه‌هایی از مصادیق خطر شدید را عنوان می‌کند و موجه بودن جرم را در حالت ضرورت به این چند مورد منحصر نمی‌سازد. بنابراین ذکر موارد موجود در ماده از باب حصر نیست. پس اگر موقعیت دیگری هم به وجود آید که متضمن خطر شدید برای شخص باشد، قانونگذار با جمع بودن سایر شرایط، مرتکب عمل مجرمانه را از مجازات معاف می‌شناسد. با توجه به منطبق نفع اجتماعی، دلیلی برای معافیت مرتکب از مجازات در جرم اضطراری وجود دارد. کسی که مرتکب جرم ضروری است، لزوماً دارای منش انحرافی و ضد اجتماعی نیست به همین جهت، اجرای مجازات در مورد

اعتبار این قانون وجود دارد، عقل است؛ در تزامم احکام مکشوف، عقل حکم می‌کند که آنچه در نظر شارع، اهم است باید مقدم شود؛ چرا که در کنار تقدیم حکم اهم، سه گزینه رقیب وجود دارد؛ یکی تقدیم حکم غیر اهم بر حکم اهم، دوم انجام دادن یکی از دو حکم بدون توجه به اهم و مهم بودنشان و سوم ترک هر دو وظیفه. براساس درک عقل، همه گزینه‌های رقیب قبیح هستند؛ بنابراین تنها گزینه ممکن، همان تقدیم حکم اهم بر حکم مهم است (۱۴). آخرین سندی که می‌توان برای اعتبار این مرجع ارائه کرد نیز اجماع است. جستارهای فقهی نشان می‌دهد که با این قانون هیچ فقهی مخالفت نکرده است (۱۷).

در حقوق موضوعه نیز، چنانچه ارتکاب عمل برای اجرای قانون اهم لازم باشد، آن عمل جرم محسوب نمی‌شود. بنابراین هرگاه انجام وظایف شخصی مستلزم به کار بردن و انجام عملیات و اقداماتی باشد که در نتیجه آنها به منافع غیر، لطمه وارد شود، در شرایطی که اعمال مزبور در وضعیت عادی جرم تلقی می‌شوند، ارتکاب همان اعمال در اجرای قانون اهم نسبت به مرتکب، جرم تلقی نمی‌شود.

مصادیق اجرای قانون اهم عبارتند از: تخریب در جهت اطفای حریق و نجات دیگری، سلب آزادی به منظور نجات دیگری و نقض مقررات راهنمایی و رانندگی برای نجات بیمار. همچنین برای تشخیص قانون اهم باید به اولویت ارزش‌های مورد احترام قانونگذار یعنی حفظ جان، حفظ سند، حفظ مال و حفظ آزادی اشخاص توجه نمود (۱۰).

اضطرار

اضطرار حالتی است که در آن تهدید خارجی برای شخص وجود ندارد، ولی اوضاع و احوال برای انجام یک عمل به نحوی است که انسان با وجود عدم رضایت و تمایل به آن کار، با توجه به اوضاع و احوال خاص، آن کار را از روی قصد و رضای خاصی انجام می‌دهد. رضای کامل را در فقه طیب نفس می‌گویند (۱۷).

اضطرار از عوامل ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوطه از عهده مکلف خارج می‌شود. بدین معنی که مکلف را

۲- یکی از مصادیق قانون اهم و مهم، همان قانون دفع افسد به فاسد است که چیزی جز اهمیت‌سنجی اعمال حرام نیست. بنابراین ماهیت قانون اهم و مهم، همان تشخیص مصلحت و مفسده موجود در احکام و سنجش آنها با یکدیگر است که در این خصوص رعایت حقوق شرعی و قانونی شهروندان باید در اولویت دفع فاسد باشد و به گونه‌ای نباشد که به راحتی با استناد به این قاعده به حقوق آنان تجاوز نماییم.

۳- مصادیق اجرای قانون اهم عبارتند از: تخریب در جهت اطفای حریق و نجات مال و جان دیگری، سلب آزادی به منظور نجات دیگری و نقض مقررات راهنمایی و رانندگی برای نجات بیمار. همچنین برای تشخیص قانون اهم باید اولویت ارزش‌های مورد احترام قانونگذار یعنی حفظ جان، حفظ سند، حفظ مال و حفظ آزادی اشخاص که نمونه‌ای بارز از حقوق و آزادی‌های شهروندی می‌باشد مورد توجه باشد.

۴- اضطرار نیز از عوامل ثانوی است که با پیدایش آن تکلیف مربوطه از عهده مکلف خارج می‌شود. بدین معنی که مکلف را از موضوع حکم شرعی خارج می‌کند که نتیجه آن جواز ارتکاب حرام و یا ترک واجب در حال اضطرار است. به همین دلیل اضطرار را به ناچاری و بی‌اختیاری معنی نموده‌اند.

از باب اصلاح یا ارباب بی‌فایده خواهد بود. به علاوه چون جرم ضروری در شرایط بسیار استثنایی صورت می‌گیرد، بازدارندگی مجازات، از ارتکاب جرم توسط سایرین نیز بی‌نتیجه است. شرایط براءت و معافیت مرتکب جرم ضروری با توجه به مطالب گفته شده عبارتند از؛ وجود خطر شدید، ضرورت ارتکاب جرم، عدم دخالت مرتکب در ایجاد خطر و تناسب جرم با خطر موجود.

برخی افراد به موجب عقد قرارداد یا مقررات قانونی وظایفی را عهده‌دار می‌شوند که با قبول خطر ملازمه دارد. برای نمونه شخصی که دارای مهارت و گواهینامه مخصوص است، متعهد می‌شود که در کنار دریا بایستد و از جان کسانی که در آب شنا می‌کنند در مقابل خطر غرق شدن حفاظت نماید، حال اگر چنین شخصی برای نجات یک انسان به دریا برود، ولی قدرت جسمانی خود را از دست بدهد، نمی‌تواند شناگر دیگر را غرق کند تا بتواند به تنهایی به ساحل برگشته و به حالت ضرورت استناد نماید تا از مجازات معاف شود. به همین ترتیب نیروهای پلیس که موظف به حفظ جان و مال و ناموس مردم هستند نمی‌توانند برای آنکه در مقابل حمله غیرقانونی یک دزد کشته نشوند، شخص بیگانه‌ای را به کشتن داده و عمل خود را در حالت ضرورت بخوانند (۱۹).

نتیجه‌گیری

مطابق نوشتار حاضر مشخص شد:

۱- با مذاقه در ماده ۱۵۶ قانون مجازات اسلامی می‌توان گفت، تجاوز به نفس، عرض، ناموس، مال یا آزادی تن، مصادیقی از افسد است که مخالف حقوق و آزادی‌های شهروندی می‌باشد و این تجاوز با دفاع مشروع - اگرچه ممکن است در قالب ارتکاب جرم عملی شود - قابل دفع است. در شرایط معمولی ارتکاب هرگونه جرم ممنوع بوده و در صورت ارتکاب، مرتکب، مستحق مجازات و کیفر مقتضی خواهد بود. به عبارت دیگر، دفاع مشروع، رفتاری است که طبق قانون، به طور عادی و معمول جرم است، حال اینکه در شرایطی خاص و با جمع بودن شرایط مقرر، ارتکاب جرم در مقام دفاع مشروع، موجه خواهد بود.

References

1. Tabatabai, M. H, Al-Mizan Fi Al-Tafsir Al-Quran, vol. 2, Beirut, Scientific Institute for Press, 1996, 63.
2. Shokani, M, Fath al-Qadir, vol. 1, published by Ibn Kathir, Damascus, 1982, 192.
3. Haqi, I, Ruh al-Bayan, vol. 1, Dar al-Fikr Publishing, Beirut, 1999, 283.
4. Zuheili, M, The rules of jurisprudence on the Hanafi and Shafi'i religions, Majlis al-Nashr al-Alami for the Kuwaiti community, second edition, 2004, 213-214.
5. Aliabadi, A and Esfandiari, R, Analysis of the rule of repelling corruption to corruption from the perspective of jurisprudential religions, two quarterly journals of Islamic religions research, Volume 2, Number 3, Summer and Fall, 2015, 11.
6. Mohaghegh, M, B, Examples of visions in the dignity of revelation of verses from the point of view of Sheikh Tusi and other private and public commentators, Islamic Publications of Tehran, sixth edition, 1994, 75.
7. Razi, A, Rawda al-Jinan and the Spirit of Paradise in the Interpretation of the Qur'an, Part 1, published by Astana Quds Radawi, Mashhad, 1992, 213-215.
8. Qaraati, M, Tafsir Noor, vol. 1, publication of the Cultural Center, Lessons from the Quran, Tehran, 11th edition, 2004, 338.
9. Tusi, M, al-Tabiyan fi Tafsir al-Qur'an, Part 2, Dar al-Hayya Arab Heritage, Beirut, 1982, 207.
10. Golduzian, I, Requirements of Public Criminal Law, Tehran, Mizan Publishing, 23rd Edition, 2017, 140.
11. Ardabili, M. A, Public Criminal Law, Vol. 1, Mizan Publishing, Fifty-sixth Edition, Tehran, 2010, 179.
12. Shambiati, H, Exclusive Criminal Law, Vol. 1, Majd and Zhoubin Publications, Twelfth Edition, Tehran, 2017, 84-85.
13. Collection of Islamic Penal Code, in charge of research, compilation and revision of presidential regulations, fourth edition, Tehran, 2003, 159.
14. Kheradmandi, S and Mousavi, S, M, Execution of Conflict in Legal Rulings, West Azerbaijan Law Enforcement Quarterly, Year 6, Issue 21, 2013, 39.
15. Saffar, F, Jurisprudence of Interests and Evil, Fiqh Center for Jurisprudence Studies and Research and House of Science for Investigation, Printing, Publishing and Distribution, 2008, 8.
16. Sabzwari, S. A. A, Muhdhab Al-Ahkam, Part 2, Sharing Al-Manar, Qom, 1992, 236.
17. Jafari Langroudi, M. J, Law of Obligations, Volume 1, University of Tehran Press, Twelfth Edition, 2016, 56.
18. Karimi, H, Farhang Dadresi, published by the Office of Islamic Culture, Tehran, 2004, 51.
19. Abdipour, E, A Comparative Study of the Concept and Effects of Emergency in Civil Law, Qom, Islamic Propaganda Office Publications, First Edition, 1997, 45.