

پیشانی

چیستی و ماهیت جزایی دفاع مشروع

تالیف

مصطفی چقازردی

فرزانگان دانشگاه

۱۳۹۸

| | |
|---------------------|---|
| سرشناسه | : چقازردی، مصطفی، ۱۳۶۵- |
| عنوان و نام پدیدآور | : چیستی و ماهیت جزایی دفاع مشروع / تالیف مصطفی چقازردی. |
| مشخصات نشر | : تهران: فرزندگان دانشگاه، ۱۳۹۸. |
| مشخصات ظاهری | : ۱۶۰ ص. |
| شابک | : ۹۷۸-۶۲۲-۶۵۳۸-۱۸-۳ |
| وضعیت فهرست نویسی | : فیپا |
| موضوع | : دفاع مشروع (حقوق) -- ایران |
| موضوع | : Self-defense (Law) -- Iran |
| موضوع | : مسوولیت جزائی -- ایران |
| موضوع | : Criminal liability -- Iran |
| موضوع | : رویه قضایی -- ایران |
| موضوع | : Jurisprudence -- Iran |
| رده بندی کنگره | : ۱۳۹۸ ج۹/۷/ج۳۸۵۶/KMH |
| رده بندی دیویی | : ۳۴۵/۵۵۰۴ |
| شماره کتابشناسی ملی | : ۵۵۹۰۹۲۹ |

انتشارات فرزندگان دانشگاه

چیستی و ماهیت جزایی دفاع مشروع

تألیف: مصطفی چقازردی

ناشر: فرزندگان دانشگاه

ناظر فنی: محسن فاضلی

نوبت چاپ: اول-۱۳۹۸

شمارگان: ۱۱۰۰ جلد

قیمت: ۴۵۰۰۰ تومان

شابک: ۹۷۸-۶۲۲-۶۵۳۸-۱۸-۳

مرکز فروش: تهران، میدان انقلاب، خ منیری جاوید، کوچه مینا، پلاک ۲۹، طبقه سوم

۰۲۱۶۶۹۷۹۵۲۶ - ۰۲۱۶۶۹۷۹۵۱۹

با پاس از سه وجود مقدس پدر، مادر و همسر
به پاس حافظه سرشار و گرمای امید بخش وجودشان و به پاس قلب های بزرگشان کن فریادس
است....

فهرست مطالب

| | |
|--|-----|
| پیشگفتار..... | ۹ |
| بخش اول..... | ۱۱ |
| شروط دفاع مشروع و جایگاه رویه قضایی در رفع ابهام از آنها | |
| بخش دوم..... | ۵۳ |
| برداشتهای حقوقی نسبت به موارد پذیرش ادعای دفاع مشروع در رویه قضایی | |
| پیوست ها..... | ۸۹ |
| منابع و مأخذ..... | ۲۳۹ |

پیشگفتار

دفاع مشروع از علل موجهه جرم است و هر کس در مقام دفاع از جان و عرض و ناموس و مال و آزادی تن خود یا دیگری مرتکب جرمی بشود در صورت اجتماع شرایط دفاع، قابل تعقیب و مجازات نیست. رویه قضایی جایگاه مهمی در کنار قانون، دکترین حقوقی و سایر منابع حقوق دارد و با توجه به ضرورت تفسیر قواعد کلی مربوط به دفاع مشروع و رفع ابهام از آنها بدست آوردن رویه قضایی در این مورد امر بسیار مهمی است. در این کتاب برای بررسی شرایط دفاع مشروع در رویه قضایی تعداد بیست و پنج رأی که از هیأت عمومی یا شعب دیوانعالی کشور صادر شده مورد استفاده قرار گرفته و در سه بخش عمده تقسیم بندی شده است. در بخش اول راجع به شروط دفاع مشروع در حقوق جزای ایران و جایگاه رویه قضایی در رفع ابهام از آنها و در بخش دوم به برداشتهای حقوقی نسبت به موارد پذیرش ادعای دفاع مشروع در رویه قضایی و در بخش سوم رد ادعای دفاع مشروع در رویه قضایی پرداخته شده است. رویه قضایی قبل از انقلاب در مورد عدم رعایت شرایط دفاع منتهی به قتل از سوی مدافع، در صورت وجود جهات مخففه مجازات اعدام، تبدیل به حبس ابد یا حبس موقت با اعمال شاقه می گردید و بعد از انقلاب در صورت احراز اصل دفاع و عدم تناسب و سکوت قانون، مطابق فتاوی معتبر، مدافع به پرداخت دیه مقتول محکوم می گردد و در صورت عدم احراز اصل دفاع به قصاص نفس محکوم می شود. کتاب حاضر دفاع مشروع را از آن جهت که بعنوان یکی از تأسیسات مهم حقوق کیفری، در آراء محاکم و مراجع قضایی مطرح گردیده و شروط و ضوابط مربوط به آن از نظر دادگاه ها مورد بحث واقع شده، مطالعه می کند. بدیگر سخن، ویژگی کتاب حاضر آنست که تأکید اصلی را بر مطالعه مصادیق دفاع مشروع از نظر حقوق جزای ایران و قانون مجازات مصوب ۹۲ نهاده و سعی دارد به این پرسش اصلی پاسخ دهد که شرایط کلی و ضوابط عمومی مندرج در قانون پیرامون دفاع مشروع، چگونه در آئینه رویه قضایی بازتاب یافته و به عبارت دیگر، چگونه به زبان قضایی ترجمه و برگردان شده است؟

برخی شرایط دفاع مشروع از قبیل رعایت تناسب، نبودن وسیله آسانتری برای دفع خطر و خنثی کردن تجاوز، عدم دسترسی بر قوای دولتی و انتظامی یا موثر واقع نشدن مداخله آنها برای جلوگیری از خطر، همگی شرایط کلی و تفسیر بردار هستند و معنای واقعی خود را فقط و فقط در رویه قضایی پیدا می کنند. هرگاه رویه قضایی بتواند این شرایط را به نحو متعادل و معقولی تفسیر

کند و به تمام اوضاع و احوال موثر در پرونده به شکل ضابطه مندی توجه داشته باشد، نظم عمومی و حقوقی طبیعی افراد برای دفاع از حقوق خویش، به شکل صحیحی با یکدیگر جمع شده و میان ملاحظات مختلف اجتماعی، موازنه صحیحی برقرار می شود.

بخش اول

شروط دفاع مشروع و جایگاه رویه قضایی در رفع ابهام از آنها

در این بخش از کتاب که شامل دو فصل می‌باشد دفاع مشروع از جهات مختلفی مورد بررسی قرار می‌گیرد. در فصل اول ابتدا شروط دفاع مشروع در حقوق جزایی ایران و منابع فقه امامیه از این جهت که چون در کشور اسلامی هستیم و قواعد جزایی از فقه امامیه سرچشمه می‌گیرند و در فصل دوم جایگاه و اهمیت رویه قضایی در تفسیر قواعد مربوط به دفاع مشروع از این جهت که قواعد موجود بسیار کلی بوده و نیاز به تفسیر قضایی دارد و اینکه رویه قضایی ایران با چه مشکلاتی مواجه است می‌پردازیم.

فصل اول: شروط دفاع مشروع در حقوق جزایی ایران و منابع فقه امامیه

دفاع مشروع ابتدا از نظر لغوی و سپس در اصطلاح به معنی آن پرداخته و یک تعریف حقوقی ارائه می‌دهیم.

دفاع مشروع یک ترکیب اضافی است که از دو جز تشکیل شده است.

اول- دفاع که ریشه آن دفع بوده و در لغت به معنی دور کردن، از میان برداشتن و زایل کردن از قهر و قوه است.

دوم- مشروع که ریشه آن شرع بوده که منظور از آن هر عملی که از نظر شارع مجاز و مباح باشد.^۱

^۱ - شامبیاتی، هوشنگ، حقوق جزایی عمومی جلد اول - موسسه انتشاراتی و بیستار، ۱۳۷۳، ص ۳۰۳

در تعریف دفاع مشروع می‌گویند: آنکه جان یا مال یا شرف او مورد تجاوز است و فرصت توسل به قوای دولتی را ندارد و با فرار از محل تجاوز نتواند خلاصی یابد حق دارد به قهر از خود دفاع کند.^۱

به عبارت دیگر دفاع مشروع یکی از مباحث حقوق جزای عمومی است که از نظر جرائم مربوط و نحوه ارتکاب آنها و حدود مسئولیت مرتکبین و معافیت‌های قانونی پیش‌بینی شده که در مورد مرتکبین اعمال می‌گردد.^۲ با این تعاریف برای اینکه اقدام شخص مدافع مشروع تلقی و از مجازات معاف و رهایی یابد بایستی دفاع در برابر تعرض و تجاوزی صورت گیرد که نوع و ماهیت آن قبلاً توسط قانونگذار تصریح شده باشد. بنابراین لازم است شرایط مربوط به حمله و تجاوز از قبیل تجاوز به نفس و تعرض به عرض و ناموس و مال و آزادی تن خود یا دیگری و شرایط مربوط به دفاع از قبیل ضرورت دفاع و تناسب دفاع با حمله یا تجاوز مورد بررسی قرار گیرد و در این فصل تحولات تاریخی دفاع مشروع در مواد قانونی در سه مبحث مورد مطالعه قرار خواهد گرفت، مبحث اول: دفاع مشروع در قوانین قبل از انقلاب از سال ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی آن و بعد از انقلاب تا تصویب قانون مجازات اسلامی جدید و در مبحث دوم شروط دفاع مشروع در منابع فقه امامیه و بررسی ارزشهای قابل دفاع و ضرورت و تناسب دفاع (قاعده الاسهل فالاسهل) و اثبات مشروعیت دفاع پرداخته و در مبحث سوم شرایط دفاع مشروع از دیدگاه دکترین حقوقی و بررسی ارزشهای قابل دفاع از نظر حقوقدانان پیرامون دفاع از نفس و عرض و ناموس و آزادی تن و مال خود یا دیگری می‌پردازیم.

مبحث اول - دفاع مشروع در مواد قانونی

در این مبحث که شامل سه گفتار است، پیرامون تحولات تاریخی دفاع مشروع بحث می‌شود. گفتار اول دفاع مشروع در قوانین قبل از انقلاب مانند قانون مجازات عمومی سابق مصوب سال ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی آن تا سال ۱۳۵۲ و در گفتار دوم به مقوله دفاع مشروع بعد از انقلاب و مقایسه قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ با قوانین گذشته و قانون تعزیرات مصوب

^۱ - جعفری لنگرودی، محمد جعفر، مبسوط در ترمینولوژی حقوق ج سوم، گنج دانش، ۱۳۷۸، ردیف ۷۱۴۴

^۲ - پیمانی، ضیاءالدین، تفصیل قواعد دفاع مشروع در حقوق جزای ایران انتشارات دانشگاه تهران، ۱۳۵۷، ص ۱۷

۱۳۶۲ و در گفتار سوم به تحولات مربوط به قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ تا ۱۳۷۵ پیرامون قواعد عمومی دفاع مشروع به بحث می پردازیم.

گفتار اول - قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ و اصلاحات بعدی مصوب ۱۳۵۲ الف - قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۰۴

دفاع مشروع در ماده ۴۱ قانون مجازات عمومی مصوب ۱۳۰۴ چنین تعریف شده بود:

«هرکس که به موجب ضرورت برای دفاع و حفظ نفس یا ناموس خود مرتکب جرمی شود مجازات نخواهد شد و همچنین کسی که بواسطه اجبار، بر خلاف میل خود مجبور به ارتکاب جرم گردیده و احتراز از آن هم ممکن نبوده است، مگر درمورد قتل که مجازات مرتکب تا سه درجه تخفیف داده خواهد شد ...»

ملاحظه شد در ماده مذکور، فقط دفاع از نفس و ناموس لحاظ گردیده و سایر مقررات و ضوابط دفاع مشروع در مواد ۱۸۴ تا ۱۹۱ بیان شده است و برابر ماده ۱۸۴^۱ ارتکاب قتل در مقام دفاع از نفس یا عرض یا مال خود مرتکب یا شخص دیگر با رعایت شرایط دیگر مجاز تلقی گردیده است و در ماده ۱۸۵^۲ هرگونه مقاومت و قوه برای دفاع از نفس یا عرض ولو در مقابل مأمورین دولتی جایز خواهد بود. در این ماده برای دفاع از مال شرایطی در نظر گرفته است. بدین ترتیب مدافع برای ارتکاب اعمال مندرج در موارد ۱۸۴ و ۱۸۵ به صورت مطلق آزاد نبوده و می بایست شرایط ماده ۱۸۶^۳ را رعایت می نمود و در ماده ۱۸۷^۱ شروط دیگری برای تحقق دفاع در برابر قوای نظمیه و امنیه در نظر گرفته بود.

^۱ - ماده ۱۸۴ مقرر می دارد: «قتل و ضرب و جرح هرگاه در مقام دفاع از نفس یا عرض یا مال خود مرتکب یا شخص دیگری واقع شود با رعایت مواد ذیل مرتکب مجازات نمی شود، مشروط بر اینکه دفاع متناسب با خطری می باشد که مرتکب را تهدید می کرده است.»

^۲ - ماده ۱۸۵ مقرر می دارد: «در مورد هر فعلی که مطابق این قانون جرم بر نفس یا عرض محسوب شود ولو اینکه از مأمورین دولتی صادر گردد استعمال هرگونه مقاومت و قوه برای دفاع از نفس یا عرض جایز خواهد بود و برای دفاع از مال جایز است. استعمال قوه لازمه برای هر فعلی که به موجب مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ و ۲۲۴ جرم محسوب شده است.»

^۳ - ماده ۱۸۶ مقرر می دارد: «در مواقعی که توسل به قوای دولتی برای دفاع ممکن باشد بدون اینکه وقت فوت شود و ضرری وارد آید موقعی برای عنوان دفاع نخواهد بود.»

ماده ۱۸۸^۲ همان قانون ارتکاب قتل در مقام دفاع را فقط در سه مورد متناسب اعلام نمود:

- ۱- دفاع در برابر قتل و ضرب و جرح شدید
 - ۲- دفاع در برابر کسی که در صدد سرقت و ربودن انسانی برآید.
 - ۳- برای دفاع از کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری بر آید در مواد ۱۸۹^۳ و ۱۹۰^۴ و ۱۹۱^۵ همان قانون شرایط خاص مربوط به دفاع از مال و کیفیات آن بیان شده بود.
- در سال ۱۳۳۳ ماده واحده^۶ قانون راجع به تشدید مجازات سارقین مسلح که وارد منزل یا مسکن اشخاص شوند تصویب شد. در تبصره این ماده مقرر نمود «در صورتیکه ساکنین محل های مزبور، در مقام مدافعه از مال، جان یا ناموس یا جلوگیری از بردن، در محل سرقت، مرتکب قتل با جرح یا ضرب سارقین شوند، از مجازات معاف خواهند بود و برای تشدید مجازات سارقین مسلح و بالا بردن ضریب دفاع در برابر آنها جرم مذکور را در ردیف جرائم علیه امنیت برشمرده و از

- ^۱ - ماده ۱۸۷ مقرر می‌دارد: «مقاومت با قوای نظمیه و امنیه در موقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند دفاع محسوب نمی‌شود ولی هرگاه قوای مزبوره از حدود و وظیفه خود خارج شود و برحسب ادله و قرائن موجوده، خوف آن باشد که عملیات آنها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض گردد در این صورت دفاع در مقابل آنها نیز جایز است.»
- ^۲ - ماده ۱۸۸ مقرر می‌دارد: «در مقام دفاع از نفس و عرض در موارد ذیل قاتل عمد از مجازات معاف خواهد بود اول برای دفاع از قتل یا جرح شدید و ضرب و آزار شدید در صورتی که خوف از این امور مستند به قرائن معقوله باشد دوم برای دفاع از کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف بر آید سوم: برای دفاع از کسی که در صدد سرقت و ربودن انسانها برآید.»
- ^۳ - ماده ۱۸۹ مقرر می‌دارد: «قتل عمد در مقام دفاع از مال در موارد زیر مجازات نخواهد داشت. اول: در مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ و ۲۲۴ دوم: در مورد ورود در منزل مسکونی و ملحقات محصوره آن در شب بوسیله بالا رفتن از دیوار یا شکستن در، یا امثال آن سوم: هر فعلی که برحسب قرائن معقوله موجب خوف قتل و یا جرح شدید یا ضرب و آزار شدید باشد.»
- ^۴ - ماده ۱۹۰ مقرر می‌دارد: «اگر دفاع برای جلوگیری از سرقتی باشد که در غیر مواد ۲۲۲ و ۲۲۳ و ۲۳۴ مذکور است یا برای جلوگیری از هر جرم دیگری نسبت به اموال باشد. مجازات مرتکب قابل تخفیف است.»
- ^۵ - ماده ۱۹۱ مقرر می‌دارد: «در مورد ماده قبل هرگاه جنایت مرتکب مستوجب اعدام یا حبس دائم با اعمال شاقه باشد مجازات حبس تأدیبی از یکسال تا سه سال برای او مقرر می‌شود و اگر مستوجب حبس غیردائم بود حبس تأدیبی از شش ماه الی یکسال خواهد داشت و اگر تقصیر او فقط جرح باشد از یک الی شش ماه حبس خواهد بود.»
- ^۶ - ماده واحده مقرر می‌دارد: «هرگاه یک یا چند نفر برای سرقت وارد منزل یا مسکن اشخاص شوند گرچه یک نفر آنها حامل سلاح باشد و یا در موقع سرقت در مقام هتک ناموس برآیند هیچکدام از آنها هم مسلح نباشند در دادگاههای نظامی محاکمه و به مجازات مقرر در بند الف ماده ۴۰۸ قانون دادرسی و کیفر ارتش محکوم خواهند شد.»

صلاحیت دادگاه جنایی قبل از انقلاب خارج و در صلاحیت دادگاه های نظامی قرار داده و مجازات مرتکبین را به بند الف ماده ۴۰۸ قانون دادرسی و کیفر ارتش احاله نموده است.

ب- اصلاحات انجام شده در سال ۱۳۵۲

در قانون مجازات عمومی مصوب سال ۱۳۵۲ به جای ماده ۴۱ قانون سابق مواد ۴۳ و ۴۴ تصویب شد و ظاهراً قانونگذار خواسته تا کلیه مقررات مربوط به دفاع مشروع را در یکجا جمع کند ولی بعضی از مقررات قانون سابق بلحاظ عدم مغایرت همچنان معتبر باقی ماند.^۱

اگر چه مواد ۴۳ و ۴۴ قانون اخیر باعث شد تا مقررات و ضوابط دفاع مشروع و اجبار از همدیگر جدا شوند و این امتیاز محسوب می شود، موضوع دیگر مورد نظر قانونگذار واقع شده و آن دفاع برای آزادی تن خود مدافع و دیگری است و ضوابط دقیقتری بیان شده است.

ماده ۴۳ قانون اصلاحی مقرر می دارد: «هرکس در مقام دفاع از نفس و یا عرض و یا ناموس و یا مال خود یا دیگری، در برابر هرگونه تجاوز فعلی و یا خطر قریب الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد، در صورت اجتماع شرایط زیر، قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود، ۱- دفاع با تجاوز و خطر متناسب باشد. ۲- توسل به قوای دولتی بدون فوت وقت، عملاً ممکن نباشد و یا مداخله قوای مزبور در رفع تجاوز و خطر موثر واقع نشود. ۳- تجاوز و خطر، ناشی از تحریک خود شخص نباشد.

تبصره: «وقتی دفاع از نفس و یا عرض و یا ناموس و یا مال و یا آزادی تن دیگری جایز است که او ناتوان از دفاع بوده و تقاضای کمک کند و یا در وضعی باشد که امکان استمداد نداشته باشد.»

در ماده ۴۴ قانون اصلاحی مقرر شده بود: «مقاومت با قوای تأمین و انتظامی، در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند، دفاع محسوب نمی شود. ولی هرگاه قوای مزبوره از حدود وظیفه خود خارج شوند و بر حسب ادله و قرائن موجود، خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض و ناموس گردد، در این صورت دفاع جایز است.»

گفتار دوم- قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۶۱

الف- مقایسه با قوانین گذشته

بعد از پیروزی انقلاب اسلامی تحولات اساسی در کشور ما رویداد، و بدنبال آن تغییراتی در قوانین جاری کشور بوجود آمد که از جمله آنها قوانین جزایی بود که شدیداً رنگ و بوی اسلامی بخود گرفت قانونگذار بدنبال تدوین و تنظیم قوانین بر مبنای موازین شرعی با رعایت زمان و مکان بود.

بدین ترتیب ابتدا قوانین بصورت آزمایشی تصویب شد و مقوله دفاع مشروع نیز که مبنای فقهی داشت دستخوش تغییر گردید و این تغییر شامل ضوابط دفاع از مال شد به نحوی که این شرایط در گذشته سابقه نداشته است. مقررات کلی دفاع مشروع در قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۱۳۶۱ طی مواد ۳۳ و ۳۴ بیان شده بود. تفاوت میان ماده ۳۳ این قانون با ماده ۴۳ قانون مجازات عمومی سابق حذف عبارت «تجاوز و خطر ناشی از تحریک خود شخص نباشد.» از ماده ۴۳ قانون سابق بود، با این تغییر تحریک کردن شخص به حمله باعث نمی شود که مدافع نتواند در مقابل او از خود دفاع نماید فرق دیگر، در تبصره های مواد مذکور بود. در تبصره یک ماده ۴۳ قانون سابق، علاوه بر ناتوانی شخص ثالث تقاضای کمک او شرط بود در حالیکه در تبصره ماده ۳۳ قانون جدید نیاز به کمک داشتن برای دفاع از دیگری ذکر شده است که با تقاضای کمک تفاوت دارد.

مقررات ماده ۳۴ با مقررات ماده ۴۴ قانون سابق کاملاً منطبق بود.

ب- مقایسه با موادی از قانون تعزیرات مصوب سال ۱۳۶۲

مقررات قانون مذکور درمورد دفاع مشروع که از زمان تصویب آن، در دوران حاکمیت قانون راجع به مجازات اسلامی سال ۱۳۶۱ و قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۵ حاکم بود که در

۱- ماده ۳۳ قانون راجع به مجازات اسلامی مصوب ۶۱ «هرکس در مقام دفاع از نفس یا عرض یا ناموس و یا مال خود یا دیگری و با آزادی تن خود یا دیگری، در برابر هر گونه تجاوز فعلی یا خطر قریب الوقوع عملی انجام دهد که جرم باشد در صورت اجتماع شرایط زیر قابل تعقیب و مجازات نخواهد بود.

۲- ماده ۳۴ قانون راجع به ... «مقاومت با قوای تأمینی و انتظامی در مواقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند دفاع محسوب نمی شود. ولی هرگاه قوای مذکور از حدود وظیفه خود خارج شوند و حسب ادله و قرائن موجود خوف آن باشد که عملیات آنان موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض یا ناموس گردد در این صورت دفاع جایز است.»

مواد ۹۲ الی ۹۶ پیش بینی گردیده بود برابر ماده ۹۲ قانون تعزیرات: «قتل و جرح و ضرب، هرگاه در مقام دفاع از نفس یا عرض یا مال خود مرتکب، یا شخص دیگری واقع شود، با رعایت مواد ذیل مرتکب مجازات نمی شود، مشروط بر اینکه دفاع متناسب با خطری باشد که مرتکب را تهدید می کرده است.» در تبصره ذیل این ماده آمده است که «در مورد دفاع از مال غیر، استمداد صاحب مال شرط است.»

در ماده ۹۶ قانون تعزیرات مقرر گردیده بود: «در موارد ذیل، قتل عمدی به شرط آنکه دفاع متوقف به قتل باشد، مجازات نخواهد شد.

۱- دفاع از قتل یا جرح شدید و ضرب و آزار شدید.

۲- دفاع در مقابل کسی که در صدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید.

۳- دفاع در مقابل کسی که در صدد سرقت و ربودن انسان یا مال او برآید.

در مقایسه ماده ۹۲ قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ با ماده ۱۸۴ قانون مجازات عمومی سابق می توان گفت عیناً تکرار شده است ولی یک تبصره به آن اضافه شده که برای دفاع از مال غیر استمداد کردن را شرط می دانست. در ماده ۹۳^۱ قانون تعزیرات که جایگزین ماده ۱۸۵ قانون مجازات عمومی گردیده برای دفاع از مال چنین مقرر شد: دفاع در برابر هر عملی که به موجب مواد مربوط به سرقت جرم باشد جایز است. در حالیکه برای دفاع از مال طبق ماده ۱۸۵ قانون مجازات عمومی^۲ عمل متجاوزانه باید مطابق مواد ۲۲۲^۳ و ۲۲۳^۴ و ۲۲۴^۵ جرم محسوب می گردید. ماده ۹۴ قانون مذکور در بیان شرایط دفاع چنین مقرر داشته بود: «دفاع در مواقعی صادق است که:

۱- ماده ۹۳: «در مورد فعلی که مطابق این قانون جرم بر نفس یا عرض محسوب می شود. ولو اینکه از مأمورین دولتی صادر گردد استعمال هرگونه مقاومت و قوه برای دفاع از نفس یا عرض جایز خواهد بود و برای دفاع از مال جایز است استعمال قوه لازمه برای رد هر فعلی که به موجب مواد مربوط به سرقت جرم محسوب شده است.»

۲- رجوع شود به ص ۵

۳- ماده ۲۲۲: «هرگاه سرقت جامع تمام شرایط مقرر در شرع نبوده ولی مقرون به تمام پنج شرط ذیل باشد جزای مرتکب حبس دائم با اعمال شاقه است ۱- سرقت در شب واقع شده باشد ۲- سارقین دو نفر یا بیشتر باشند ۳- یک یا چند نفر از آنها حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد. ۴- از دیوار بالا رفته یا حرز را شکسته یا کلید ساختمانی بکار برده یا اینکه عنوان یا لباس مستخدم دولت را اختیار کرده یا برخلاف حقیقت خود را مأمور دولتی قلمداد کرده و یا در جایی که محل سکنی یا توابع آن است سرقت کرده باشد.»

- ۱- خوف برای نفس یا عرض یا مال، مستند به قرائن معقول باشد.
 - ۲- دفاع متناسب با حمله باشد.
 - ۳- توسل به قوای دولتی یا هر گونه وسیله آسانتری، برای نجات مسیر نباشد.
- ماده ۹۵ قانون تعزیرات با مقررات قانونی سابق تفاوتی نداشت.

گفتار سوم- قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ و ۱۳۷۵

الف- قواعد عمومی

برابر مواد ۶۱ و ۶۲ قانون مجازات اسلامی مصوب سال ۱۳۷۰ که ضوابط دفاع مشروع را بیان کرده بود. ضوابط تعیین شده با مقررات مواد ۳۳ و ۳۴ قانون راجع به مجازات اسلامی تفاوت زیادی نداشت مگر یک شرط در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۰ که در مقام بیان شرایط: دفاع مشروع پیش بینی شده بود در ماده ۳۳ قانون راجع به مجازات وجود نداشت و آن بند دوم ماده مذکور که مقرر شده بود: «عمل ارتكابی بیش از حد لازم نباشد.» با عنایت به این شرط، در صورتیکه دفاع بیش از حد و اندازه لازم باشد. مدافع بعنوان متعدی از حد دفاع مسئول و متجاوز محسوب می شود که در مبحث آتی مورد بررسی قرار خواهد گرفت.

بالاخره در قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ آخرین ضوابط مربوط به دفاع مشروع در مواد ۶۱ و ۶۲ و ۶۲۵ الی ۶۲۹ به تصویب رسید بعضی از این مواد قانونی تکرار مواد قانون تعزیرات سال ۱۳۶۲ با کمی تغییر مصوب گردید به عنوان مثال ماده ۶۲۵^۳ تکرار همان ماده ۹۲^۴ قانون تعزیرات

^۱ - ماده ۲۲۳: «هرگاه سرقت مقرون به آزار یا تهدید باشد مرتکب به حبس با اعمال شاقه از سه الی پانزده سال محکوم خواهد شد و اگر جرحی نیز واقع شده باشد به حداکثر مجازات مزبور محکوم می شود.»

^۲ - ماده ۲۲۴: «هرگاه سرقت در طرق و شوارع واقع شده و مقرون به یکی از شرایط ذیل باشد جزای سارق حبس دائم با اعمال شاقه است. ۱- سارقین دو یا چند نفر بوده و لاقلاً یکی از آنها حامل سلاح ظاهر یا مخفی باشد. ۲- سارقین دو نفر یا چند نفر بوده و سرقت مقرون به آزار و تهدید باشد. ۳- هر چند سارق یک نفر بوده ولی حامل سلاح باشد و ارتکاب سرقت در شب واقع شده یا مقرون به آزار یا استعمال اسلحه باشد در مورد این ماده محکمه می تواند نظر به اوضاع و احوال قضیه مرتکب را محکوم به اعدام کند.»

^۳ - ماده ۶۲۵: «قتل و جرح و ضرب هرگاه در مقام دفاع از نفس یا عرض یا مال خود مرتکب یا شخص دیگری واقع شود. با رعایت مواد ذیل مرتکب مجازات نمی شود مشروط بر اینکه دفاع متناسب با خطری باشد که مرتکب را تهدید می کرده است.»

^۴ - رجوع شود به صفحه ۸

است لیکن تبصره ماده تغییر داده شده در تبصره ماده ۹۲ قانون تعزیرات مقرر شده بود «در مورد دفاع از مال غیره استمداد صاحب مال شرط است.» لیکن در ماده ۶۲۵ قانون مجازات علاوه بر این شرط آمده است «در صورتیکه حفاظت مال غیره بر عهده مدافع باشد.» باز مدافع می تواند از آن دفاع کند در حالیکه صاحب مال استمداد نکرده باشد چون حفاظت مال به او سپرده شده است.

ماده ۱۲۲۶ قانون مجازات اسلامی که جایگزین ماده ۹۳ قانون

تعزیرات گردیده این عبارت «... برای دفاع از مال جایز است استعمال قوه لازم برای رد هر فعلی که به موجب مواد مربوط به سرقت جرم محسوب شده است.» حذف شده و در قسمت اول ماده ۹۳ قانون تعزیرات در ماده ۶۲۶ قانون مجازات تکرار شده و بعضی از کلمات مانند (استعمال) و (قوه) حذف شده است بدین ترتیب سیاق نگارش زیباتر بیان شده است.

ماده ۶۲۷^۳ قانون مجازات اسلامی بدون هر گونه تغییر عیناً تکرار ماده ۹۴^۴ قانون تعزیرات است.

ماده ۶۲۸^۵ قانون مجازات اسلامی با مقایسه ماده ۹۵ تنها تفاوت اینست که دفاع از مال را در برابر تجاوز مأمورین پذیرفته است.

ماده ۶۲۹^۶ قانون مجازات نیز مانند ماده ۹۶^۱ قانون تعزیرات می باشد. تنها یک بند الف در ماده ۶۲۹ قانون مجازات اسلام آمده عبارت «... یا دفاع از هتک ناموس خود و اقارب ...» که در ماده

^۱ - ماده ۶۲۶: «در مورد هر فعلی که مطابق قانون جرم بر نفس یا عرض یا مال محسوب می شود ولو اینکه از مأمورین دولتی صادر گردد هر گونه مقاومت برای دفاع از نفس یا عرض یا مال جایز خواهد بود.»

^۲ - رجوع شود به صفحه ۸

^۳ - ماده ۶۲۷: «دفاع در مواقعی صادق است که: الف- خوف برای نفس یا عرض یا ناموس یا مال هستند به قرائن معقول باشد ب- دفاع متناسب با حمله باشد. ج- توسل به قوای دولتی یا هرگونه وسیله آسانتری برای نجات میسر نباشد.»

^۴ - رجوع شود به صفحه ۸

^۵ - ماده ۶۲۸: «مقاومت در مقابل نیروهای انتظامی و دیگر ضابطین دادگستری در موقعی که مشغول انجام وظیفه خود باشند دفاع محسوب نمی شود ولی هرگاه اشخاص مزبور از حدود وظیفه خود خارج شوند و بر حسب ادله و قرائن موجود حذف آن باشد که عملیات آنها موجب قتل یا جرح یا تعرض به عرض یا مال گردد در اینصورت دفاع در مقابل آنها نیز جایز است.»

^۶ - در موارد ذیل قتل عمدی به شرط آنکه دفاع متوقف به قتل باشد مجازات نخواهد داشت: الف) دفاع از قتل یا ضرب و جرح شدید یا آزار شدید یا دفاع از هتک ناموس خود و اقارب. ب) دفاع در مقابل کسیکه درصدد هتک عرض و ناموس دیگری به اکراه و عنف برآید. ج) دفاع در مقابل کسیکه درصدد سرقت و ربودن انسان یا مال او برآید.

۹۶ قانون تعزیرات سابق پیش بینی نشده بود هر چند که در ماده ۹۲ همان قانون و ماده ۶۲۵ قانون مجازات اسلامی بطور کلی دفاع از عرض را بیان کرده بود و دفاع از عرض دیگری را نیز جایز شمرده بود که شامل هتک ناموس خود مدافع نیز می گردید و هتک ناموسی اقارب مدافع هم کمتر از هتک ناموس دیگری نیست ولی عبارت مذکور زاید به نظر نمی رسد.

ب- قواعد مندرج در کتاب پنجم (تعزیرات و مجازات های باز دارنده)

قانون مجازات اسلامی مصوب ۱۳۷۵ در کتاب پنجم خود بخش تعزیرات و مجازات های باز دارنده، ضوابط مربوط به دفاع مشروع را در مواد ۶۲۵ الی ۶۲۹ بیان نموده که در بعضی جاها با قانون تعزیرات سابق تفاوت هایی دارد و از آنجا که موارد مذکور در پاورقی صفحات قبل آورده لذا از تکرار آن در متن خودداری می شود.

با عنایت به اینکه قتل و ضرب و جرح از جمله جرائمی هستند که با اطلاق جرم در ماده ۶۱ قانون مجازات اسلامی مطابقت دارد بنابراین موجهی برای تکرار آن درموارد ۶۲۵ و بعد از آن نبود. در ماده مذکور کلمه «عرض» را مترادف با ناموس بکار برده و این از بند ماده ۶۲۶ قانون مذکور استنباط می شود لذا حذف لفظ «ناموس» در ماده ۶۲۵ تعارض با ماده ۶۱ همان قانون ایجاد نمی شود آنچه مورد نظر است بحث «آزادی تن» در ماده ۶۱ ق.م.ا استمداد صاحب مال را برای دفاع شرط ندانسته بلکه نیاز به کمک او ملاک قرار گرفته است و این با منطق و عدالت سازگارتر است. ماده ۲۶۲ ق.م.ا دفاع در مقابل هر متجاوزی را یک اصل دانسته و تفاوتی بین مأمورین دولتی و دیگران قرار نداده است و این چندان مفید به نظر نمی رسد.

شرایط دفاع مقرر در بندهای الف و ب ج ماده ۶۲۷ ق.م.ا با آنچه که در بندهای سه گانه ماده ۶۱ همان قانون با همدیگر مطابقت دارند موضوع تناسب دفاع با حمله در هر دو ساده یکسان است و توسل به قوای دولتی نیز بصورت دقیقتر در ماده ۶۱ ق.م.ا آمده و بند الف ماده ۶۲۷ ق.م.ا مقرر شده: «خوف برای نفس یا عرض یا ناموسی یا مال هستند به قراین معقول باشد.» در تناسب دفاع با تجاوز و خطر بطور حقیقی شامل می شود هر چند که در ماده ۶۱ ق.م.ا «هرگونه تجاوز فعلی با خطر قریب الوقوع...» نیز تأکید بر موضوع می باشد ولی می توان از بند الف ماده ۶۲۷ ق.م.ا برای احراز دفاع با توجه به ماده ۶۱ ق.م.ا نیز استفاده کرد.

ماده ۶۲۸ ق.م.ا که مغایرتی با ماده ۶۲ ق.م.ا ندارد ولی دفاع از مال به آن اضافه شده و کلمه تعرض به ناموس حذف گردیده، زیرا قانونگذار کلمه عرض و ناموس را مترادف فرض نموده است چون کلمه عرض کاملتر از ناموس است و مقاومت در برابر قوای تأمینی و دیگر ضابطین دادگستری بصورت مترادف بکار رفته است.

ماده ۶۲۹ ق.م.ا که ناظر بر دفاعی که منجر به قتل مهاجم بشود پرداخته هر چند ماده ۶۱ ق.م.ا بصورت عام به آن اشاره نموده است ولی در جمع بندی به نظر می رسد که قانونگذار در کتاب پنجم قانون مجازات اسلامی قواعد را دقیقتر بیان نموده که بهتر بود مواد ۶۱ و ۶۲ ق.م.ا در مواد ۶۲۵ الی ۶۲۹ ق.م.ا و تمام در کتاب اول باب چهارم بصورت یکجا ضوابط و قواعد مربوط به دفاع مشروع را بیان می نمود.

مبحث دوم - شروط دفاع در منابع فقه امامیه

در این مبحث که شامل سه گفتار است که در گفتار اول به بررسی ارزشهای قابل دفاع و در گفتار دوم به ضرورت و تناسب دفاع و در گفتار سوم اثبات مشروعیت دفاع، از دیدگاه اسلام و قرآن و منابع فقه امامیه مورد بررسی و تحلیل قرار می گیرد.

گفتار اول - ارزشهای قابل دفاع

ارزشهای قابل دفاع آن دسته از اموری هستند که بر پایه فطرت و عقل استوار میباشد و مرحوم علامه طباطبائی در تفسیر آیه ۲۵۱ سوره بقره می فرمایند: « فطری بودن دفع و غلبه یک اصل عامی است که در همه افراد وجود دارد و اگر فطرت انسانی چنین اصل مسلمی نبود، هیچگونه دفاعی از او سر نمی زد، چه از حق شروع و چه از امر نامشروع. زیرا اعمال هستند به فطرت اوست.^۱

۱- دفاع از تن و تمامیت جسمانی

دفاع کردن از جان و مال و ناموس یک ضرورت عقلی است، هیچ عاقلی، در برابر تجاوز بی رحمانه به جان و مال و ناموس خود و دیگری سکوت نمی کند و عقل، تجاوز را محکوم می کند

^۱ - طباطبائی، علامه سید حسین، تفسیر المیزان ج ۴، ترجمه محمد تقی مصباح یزدی، نشر بنیاد فکری علامه طباطبائی، ۱۳۶۴

و دفاع در برابر آن را می پذیرد، فقیه فاضل هندی می فرماید: « چون دفع ضرر، عقلاً لازم است، پس دفاع واجب است.»^۱

مهمترین ودیعه ای که خداوند به بشر عنایت فرموده موهبت حیات می باشد و خداوند در قرآن کریم در باب اهمیت حفظ نفس می فرماید: «...من قتل نفساً بغير نفس او فساد فی الارض فکانما قتل الناس جميعا و من احياها فکانما احيا الناس جميعا.»^۲ آیه ۳۲ از سوره مائده در جای دیگر تجاوز علیه نفس را که به قتل منجر شود حرام اعلام نموده نموده « و لا تقتلوا النفس التي حرم الله الا بالحق ... »^۳ آیه ۳۳ سوره بنی اسرائیل بالاخره، آیات و روایات فراوانی در باب وجوب حفظ نفس آمده و گواه این مطلب است.

در منابع فقهی برای دفاع از نفس اهمیت زیادی قائل شده اند به نحویکه فقها، دفاع از نفس را واجب دانسته اند. شهید ثانی در شرح لمعه می فرمایند: « و الا قوی وجوب الدفع عن النفس والحريم مع الا مکان و لا يجوز الاستسلام » یعنی نظر قوی تر بر اینست که دفاع از نفس و عرض باامکان (قدرت دفاع داشتن)^۴ دیگری نیز با داشتن توانایی و ظن به سلامت مدافع واجب است.^۵ امام خمینی (ره) می فرماید: « اگر بر مدافع هجوم آورد که او را بکشد یا بر ناموس او حمله کند، دفاع نمودن واجب است ولو اینکه بداند کشته می شود.»^۶

در مورد دفاع از نفس بعضی از فقهای اسلامی از باب نهی از منکر واجب دانسته اند به نحوی که دفاع از نفس و عرض را دفاع خاص و نهی از منکر را دفاع عام تعبیر نمودند و گاهی دفاع از نفس که در برابر دشمنان اسلام به منزله جهاد در راه خدا دانسته و در صورتیکه مدافع ضمن دفاع به قتل برسد، جزو شهدا محسوب می شود همچنانکه اگر مهاجم بر اثر دفاع مجروح یا کشته شود

^۱ - فاضل هندی، بهاء الدین محمد اصفهانی، کشف اللثام ج ۲، کتاب حدود، نشر مکتب آیه الله مرعشی نجفی، ۱۴۰۵ هـ ق، صفحه ۴۳۴

^۲ - ترجمه «...هرکس انسانی را جز برای قصاص یا فسادی که در روی زمین کرده بکشد چنان است که گویی همه مردم را کشته و هرکس انسانی را حیات بخشد گویی همه مردم را زنده کرده است ...» آیه الله مشکینی

^۳ - مکارم شیرازی، برگزیده تفسیر نمونه، تنظیم احمدعلی بابایی، ج ۲ نشر دارالکتب اسلامیة، ۱۳۸۶، ص ۶۲۳

^۴ - شهید ثانی - زین العابدین احمد جعی عاملی، روضه البهیة، ج ۹، فصل ۷، بیروت سال ۱۴۰۳ هـ ش، ص ۳۴۸

^۵ - فاضل هندی، بهاء الدین محمد اصفهانی، کشف اللثام. ج ۲ کتاب حدود، باب دفاع، ص ۴۳۳

^۶ - امام خمینی (ره) تحریر الوسیله، کتاب امر به معروف و نهی از منکر، باب دفاع، مساله ۱۰

خونش هدر می باشد.^۱ و اما درباره دفاع از نفس دیگری حدیثی از پیامبر (ص) می فرماید: بشنود صدای مسلمانی که فریاد می زند، ای مسلمانان به فریادم برسید و پاسخ ندهد مسلمان نیست.^۲ بنابراین یکی از ارزشهایی که در شرع به آن تاکید گردیده و قابل دفاع است دفاع از نفس در برابر متجاوزین می باشد.

۲- دفاع از عرض و ناموس

در منابع فقهی عرض و ناموس با عناوین (عرض، حریم، اهل) بکار رفته است. کلمه حریم در لغت به معنی مکانی است که حمایت از آن واجب است^۳ و در معنی دیگر حریم به معنی آنچه که حرام شده و مربوط به انسان بوده و انسان از آن حمایت می کند مانند خانواده^۴ کلمه اهل نیز به معنای خاندان، مقیم، ساکن و زن به کار رفته است.^۵

قرآن کریم درباره عفت و پاکدامنی مومنان سفارش نموده است آیه ۵ سوره مومنون می فرماید: «والذین هم لفروجهم حافظون»^۶ کسانی که تن خود را به زنا و لواط آلوده می سازند مرتکب گناه کبیره و زشت می شوند و در دنیا و آخرت مجازات می گردند و در بعضی آیات دیگر به کیفر مرتکبین تصریح گردیده است.

در متون فقه امامیه در دفاع از عرض و ناموس آمده است «اگر مردی همسرش را با کسی در حال زنا ببیند و یقین کن کند که زن نسبت به مرد اجنبی مطاوعه کرده (تمکین از روی میل و اراده) می تواند هر دوی آنها را در همان حال بکشد در این صورت نه قصاص می شود و نه ضمانی بر عهده اوست خواه زوجه مذکور دائمی باشد خواه عقد موقت و خواه زوجه مدخوله باشد خواه غیر مدخوله و مرد زانی خواه محصن بوده یا غیر محصن فرقی نمی کند چرا که حکم قضیه قتل آنها مطلق است و اطلاق افاده عموم می نماید و لذا شامل همه حالات مذکوره حتی کمتر از جماع

^۱ - داوودالطار . کتاب التجاوز و الدفاع شرعی ، ترجمه اکبر غفوری ۱۳۷۵ هـ.ش، صفحه ۱۰

^۲ - حر عاملی، محمد بن حسن، وسائل الشیعه، ج ۱۱ کتاب جهاد باب ۵۹ یاری کردن ضعیف، بیروت، سال ۱۳۹۱ هـ ق حدیث ۱

^۳ - معین، محمد، فرهنگ فارسی، ج ۱ چاپ ۱۲، انتشارات امیرکبیر، ۱۳۷۷، ص ۴۹

^۴ - دیگر، محمد بندر، ترجمه المنجد، ج ۱ چاپ اول، انتشارات ایران، ۱۳۷۴، ص ۲۷۴

^۵ - معین، محمد، همان مأخذ، ص ۱۳۵۱

^۶ - «و آنانکه فروج و عورتهای خود را از عمل حرام نگه می دارند.» ترجمه الهی قمشه ای

نیز می شود و به قاعده فراش شهرت یافته و این حکم اختصاص به همسر دارد و شامل دیگر زنان خویشاوند و غیر خویشاوند نمی شود بدلیل اینکه حکم مذکور خلاف اصل است و باید به همان قدر متیقن و موضع وفاق اکتفا نمود و اصل بر اینست که زن و مرد در فراش مستحق کشتن نبودند و فعلی هم که شوهر مدعی آن می باشد واقع نشده است.^۱

این نظر مشهور فقها می باشد، امام خمینی (ره) بر خلاف نظر مشهور در مورد مردیکه بستگان خود مانند دختر یا خواهر یا نوه های پسری و دختریش را در حال زنا با مرد اجنبی ببیند می تواند آنها را با رعایت الایسر فالایسر آنها را از هم دور کند و از ناموس و عرض خود دفاع کند اگرچه منجر به قتل مهاجم بشود در اینصورت خون مهاجم هدر است ولی این حکم بین مدافع و خدایش می باشد که در ظاهر امر، مدافع باید براساس موازین قضایی ادعایش را ثابت کند و الا قاضی حکم به قصاص مدافع می دهد.^۲

صاحب جواهر می فرماید: «وهوانه یجب حفظ النفس و العرض»^۳

و او (مدافع) اینکه جان و عرض خود را واجب است حفظ کند و بطور کلی در متون فقهی هر جا سخن از دفاع نفس آمده بدنبال آن عرض و حریم هم آمده و حکم آن نیز درباره مدافع یکسان آمده است البته کلمه عرض غالباً با حریم مترادف بکار رفته است مضافاً تعرض به عرض و ناموس به تعرض فیزیکی محدود نیست بلکه دامنه شمول آن به نگاه حرام داخل حریم و کسیکه چشم چرانی می کند نیز تسری می یابد فلذا مدافع می تواند با رعایت قاعداً الا سهل فالاسهل او را دفع کند.^۴ شهید ثانی می فرماید: «دفاع از عرض و ناموس دیگری با داشتن توانایی و ظن به سلامت مدافع واجب می داند»^۵

بنابر آنچه گفته شد یکی دیگر از ارزشهای قابل دفاع در فقه دفاع از عرض و ناموس است و فرقی میان زن و مرد برای دفاع از عرض قائل نشدند و فقط از جهت وجوب دفاع و جواز دفاع گاهی میان فقها اختلاف نظر وجود دارد.

^۱ - لطفی، اسدالله، ترجمه لمعه انتشارات مجد، ۱۳۸۵، ص ۶۶۶

^۲ - امام خمینی، تحریر الوسیله، جزء اول، باب دفاع، چاپ سوم، ۱۳۹۷ هـ.ق، مساله ۲۷

^۳ - نجفی، محمد حسن، جواهرالکلام ج ۴۱- کتاب حدود باب دفاع دارلکتب اسلامیه چاپ ۱۴۰۰ هـ.ق صفحه ۶۵۳

^۴ - امام خمینی، مأخذ پیشین، مساله ۳۰ و ۳۱

^۵ - شهید ثانی، جبعی عاملی، روضه البهیة ج ۹ فصل ۷، بیروت، ۱۴۰۳ هـ.ق، صفحه ۳۴۸

۳- دفاع از آزادی تن

در منابع فقهی موضوعی با عنوان دفاع از آزادی تن وجود ندارد و هیچ کدام از فقهای متقدمین و متاخرین پیرامون دفاع در مقابل متجاوزی که قصد محبوس کردن فردی را دارد حکمی ندارند ولی به نظر می رسد که دفاع از آزادی تن در ردیف تجاوز به نفس و دفاع از نفس بطور مطلق آمده است یعنی اینکه تعرض به نفس ممکن است بصورت قتل یا کمتر از آن مانند ضرب و جرح شدید و یا جسمی که نوعی آزار شدید است واقع شود.

بنابراین وقتیکه دفاع از ضرب و جرح و مال مشروع باشد بطریق اولی دفاع از آزادی تن که مهمتر از ایراد ضرب و مال است دفاع مشروع خواهد بود. در نهایت دلیل اینکه در متون فقهی اشاره ای به بازداشت غیرقانونی نشده است، اینست که فقها تصور نمی کردند که روزی حکومت اسلامی برقرار شود تا درباره مقوله دفاع از آزادی تن یا مقاومت در برابر قوای دولتی دفاع محسوب می شود یا خیر، احکام مربوطه را بیان کنند.^۱

۴- دفاع از مال

فقها مورد دفاع از مال را جایز شمرده اند مگر در مواردیکه حفظ جان منوط به حفظ مال باشد یعنی هستی مدافع به آن بستگی داشته باشد در این صورت دفاع از مال واجب می شود. شهید ثانی در مسالک و شرح لمعه^۲ می فرماید: «دفاع کردن از مال واجب نیست، مگر در حالت اضطرار» با قید اینکه مدافع به هنگام دفاع در برابر مهاجم ظن به سلامتی خود داشته باشد. فاضل هندی می فرماید: «دفاع از مال واجب نیست مگر در سه حالت:

۱- نیاز شدید به آن مال داشته باشد.

۲- فقدان مال ضرر عمده به مدافع وارد می شود.

۳- مال بصورت امانت در اختیار مدافع باشد.^۳

حضرت امام (ره) راجع به دفاع از مال می فرماید «اگر هجمه یا تجاوز به مالش یا مال متعلق به همسرش صورت بگیرد بر او جایز است که مهاجم را دفع کند بهر وسیله ای که امکان دارد اگر چه منجر به قتل مهاجم بشود البته احتیاط واجب آنست که در هنگام دفاع، مدافع رعایت قاعده

^۱ - مجیدی، سید محمود، جزوه متون فقه جزایی دوره کارشناسی ارشد، دانشگاه آزاد دامغان، ۱۳۸۸

^۲ - شهید ثانی، مأخذ پیشین

^۳ - فاضل هندی، مأخذ پیشین، ص ۴۳۳