

اکراه و ضرورت در حقوق کیفری (مطالعه تطبیقی)

محمد رضا نظری نژاد*

استادیار گروه حقوق دانشگاه گیلان

(تاریخ دریافت: ۱۳۸۹/۰۶/۱۰ تاریخ پذیرش: ۱۳۸۹/۱۰/۰۴)

چکیده

بررسی اکراه و ضرورت در حقوق داخلی کشورهای مختلف بیانگر آن است که در برخی از کشورها از جمله فرانسه، ضرورت از اسباب اباحه و اکراه از علل رافع مسئولیت کیفری است. فارق این دو دفاع نیز آن است که واکنش شخص در معرض خطر، در دفاع ضرورت، متضمن منفعت برتر و شر کمتر است، در حالی که در اکراه این شرط لازم نیست. در برخی دیگر از نظام‌های حقوقی، از جمله اغلب ایالات امریکا، به تبعیت از قانون جزای نمونه این کشور، اکراه و ضرورت، در صورتی که متضمن رعایت مصلحت برتر و شر کمتر باشند، از اسباب اباحه قلمداد می‌شود. در غیر این صورت، اکراه از علل رافع مسئولیت کیفری است، اما ضرورت فاقد شرایط، از اسباب تخفیف مجازات است. حقوق کیفری آلمان دارای جامع‌ترین قوانین است. در حقوق کیفری این کشور، اکراه و ضرورت تفاوتی با یکدیگر نداشته و در صورت تحقق منفعت برتر، از اسباب اباحه و در غیر این صورت از علل رافع مسئولیت کیفری محسوب می‌شوند. بررسی قوانین جزایی ایران از ابتدا تاکنون، بیانگر آن است که قانونگذار ایران، تحت هیچ شرایطی واکنش شخص مضطر و مکره را از اسباب اباحه ندانسته است، بلکه مصداق جرم قلمداد نموده است، اما لحاظ مبانی جرم‌انگاری و نیز مبانی اسباب اباحه مقتضی آن است که اعمال دارای مصلحت برتر و شر کمتر، نه مصداق جرم، بلکه از اسباب اباحه پنداشته شود، که این موضوع به رغم عدم پیش‌بینی قانونگذار، می‌تواند توسط رویه قضایی به رسمیت شناخته شود.

کلیدواژه‌ها: اکراه، ضرورت، اسباب اباحه، علل رافع مسئولیت کیفری، رویه قضایی.

مقدمه

ارتکاب عمل ممنوعه در قوانین جزایی، در صورتی مستوجب مجازات است که مرتکب از دفاع برخوردار نباشد. دفاع، در مفهوم کلی به آنچه که مانع صدور حکم محکومیت است، تعریف می‌شود (Robinson, 1997, p. 11). این تعریف شامل کلیه دفاعیات اعم از شکلی و ماهوی است. دفاعیات شکلی در آئین دادرسی کیفری و دفاعیات ماهوی در حقوق کیفری مورد مطالعه قرار می‌گیرند. برخی از دفاعیات ماهوی، دفاعیات تبرئه‌کننده نام دارند که شامل اسباب اباحه (علل موجهه جرم) و علل رافع مسئولیت کیفری است (Ibid, p. 11-12). در اسباب اباحه، عمل مرتکب برخوردار از مصلحت و منفعت اجتماعی بوده و به این علت نه تنها قابل مجازات نمی‌باشد، بلکه مورد تحسین و تشویق نیز قرار می‌گیرد. (Ibid, p. 71) در مقابل، علل رافع مسئولیت کیفری، ناظر به علل و عوامل شخصی است که نافی عنوان مجرمانه نبوده، اما قابلیت سرزنش مرتکب جرم را زایل می‌سازد. از این رو، مرتکب جرم قابل مجازات نخواهد بود (Ibid, p. 82). تفکیک اسباب اباحه از علل رافع مسئولیت کیفری دارای آثاری به شرح زیر است:

الف- بهینه ساختن عدالت: اولین فایده تفکیک اسباب اباحه از علل رافع مسئولیت کیفری، آگاه کردن مردم است از اینکه چه کاری مجاز و چه کاری، غیرمجاز است؛ در اسباب اباحه، عمل مجاز است و قابل تحسین و تشویق، اما در علل رافع مسئولیت کیفری، عمل غیرمجاز و قابل سرزنش است (Eser, 1987, p. 27).

ب- امکان اعمال ضمانت اجراهای غیر تنبیهی به اشخاص دارای علل رافع مسئولیت کیفری: ضمانت اجراهایی که در حقوق جزا، اعمال می‌گردد عبارتند از، ضمانت اجراهای تنبیهی که، اهداف انتقام‌جویانه و سرزنش‌آمیز مجازات را دنبال می‌کنند و ضمانت اجراهای غیرتنبیهی که اهداف اصلاحی و تربیتی را مدنظر دارند. در مورد اشخاصی که عمل آنها، مشمول اسباب اباحه است، امکان اعمال هیچ‌یک از ضمانت اجراهای فوق، وجود ندارد، اما در مورد کسانی که، جرم را مرتکب شده‌اند، اما دارای علل رافع مسئولیت کیفری هستند، امکان اعمال ضمانت اجراهای غیرتنبیهی، وجود خواهد داشت؛ به این علت که، هدف از این ضمانت اجراها، سرزنش و انتقام از مجرم نبوده، بلکه اصلاح رفتار او است.

ج- وضعیت متفاوت شرکا و همکاران: در اسباب اباحه، چون عمل مجاز و مطلوب تلقی می‌شود، از یک طرف، امکان مقاومت در مقابل فرد، وجود ندارد و از طرف دیگر، کمک و مساعدت به او نیز، موجه و مجاز است، اما در علل رافع مسئولیت کیفری، چون جرم حادث شده است، تنها، فردی که از علل رافع مسئولیت کیفری، برخوردار است، از مجازات معاف می‌شود، اما دیگر شرکا و معاونین،

قابل مجازات هستند. به علاوه، با توجه به مجرمانه بودن عمل، امکان مقاومت و دفاع در مقابل شخص دارای علل رافع مسئولیت کیفری وجود دارد (Ibid. P. 33).
در این نوشتار، با تحقیق در مبانی دو مصداق از دفاعیات تبرئه‌کننده (دفاع ضرورت و اکراه)، و بررسی رافع مسئولیت یا اسباب اباحه بودن هریک از آنها، به این پرسش پرداخته خواهد شد که رابطه اکراه و ضرورت در نظام های مختلف حقوقی و حقوق ایران، چگونه است؟

۱- قلمرو ضرورت و اکراه:

منبع خطر در دفاع ضرورت، فشار ناشی از عوامل طبیعی و محیطی دانسته شده است. سیل، طوفان و...، مصادیق این گونه فشارها و عوامل محیطی محسوب می‌شوند، در مقابل، اکراه به فشار و تهدید عامل انسانی، تعریف شده است. (Lafave, 2000, pp. 476-477).
منحصر کردن منبع خطر به عوامل محیطی یا طبیعی، از یک طرف، امکان توضیح بسیاری از خطراتی که جنبه طبیعی یا محیطی نداشته، اما می‌تواند موجد استناد به دفاع ضرورت شود را، سلب می‌نماید و از طرف دیگر، همه مصادیق خطرات عوامل طبیعی یا محیطی را نیز، نمی‌توان مشمول دفاع ضرورت دانست. به این معنا که در برخی از موارد، منبع خطر در دفاع ضرورت عوامل خارجی نبوده؛ بلکه عوامل داخلی و فیزیولوژیک است مانند گرسنگی.^۱

۱- در مورد محدوده دفاع ضرورت بین حقوق کیفری کشورهای مختلف، اختلاف نظر دیده می‌شود؛ به طور مثال در حقوق جزای ایران، دفاع ضرورت موضوع ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی، از اقدامات پزشکی و طبی موضوع ماده ۵۹ قانون مزبور، تفکیک شده است. مبنای اقدامات پزشکی و طبی، تجویز قانونگذار دانسته شده است. (صانعی، ۱۳۷۲، ج ۱، ص ۲۳۷)
تجویز عمل جراحی فوری در ذیل ماده ۵۹ قانون مجازات اسلامی پیش‌بینی شده است. با توجه به عدم اشاره به این موضوع در ماده ۵۵ قانون مجازات اسلامی (دفاع ضرورت)، نیازی به احراز شرایط ضرورت نیز، در این مصداق نخواهد بود. همین رویه در قانون جزای نمونه آمریکا نیز دیده می‌شود که در ماده ۲-۳ قانون، به دفاع ضرورت پرداخته شده و در ماده ۳-۸ نیز به اقدامات پزشکی و طبی و مصادیق آن اشاره شده است.
اما در حقوق جزای انگلیس، یکی از مصادیق دفاع ضرورت، اقدامات پزشکی و طبی است که در مواردی که امکان اخذ رضایت از بیمار یا اولیای او وجود ندارد، به منظور لحاظ مصالح و منافع بیمار، انجام عمل جراحی، امکانپذیر خواهد بود. (Willson. 1998.p.277)

در حقوق جزای فرانسه با تفکیک مبنای حالت ضرورت از اقدامات پزشکی و طبی، مبنای اقدامات اخیر، عرف و عادت و اجازه ضمنی قانونگذار، دانسته شده است. (استفانی و لواسور، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۱۲) اما مبنای حالت ضرورت تحقق مصلحت برتر و منفعت بیشتر. (همان، ص ۵۰۹) با این حال، در قانون جزای این کشور، مقرره‌ای جدای از ماده ۷-۱۲۲ که در برگیرنده اقدامات فوری پزشکی باشد، وجود ندارد. بنابراین، ظاهراً اقدامات فوری اخیر را باید در ذیل دفاع ضرورت، مورد مطالعه قرار داد. در قانون مجازات آلمان، در بحث اسباب اباحه، مقرره‌ای جدای از ماده ۳۴ که ناظر به اقدامات ضروری و فوری است، ملاحظه نمی‌شود. از این رو به نظر می‌رسد که در این نظام جزایی نیز، اقدامات طبی و جراحی فوری، مشمول دفاع ضرورت خواهند بود.

به علاوه، کلیه مصادیق اجبار و فشار عوامل محیطی را نیز، نمی‌توان به استناد حالت ضرورت دفع نمود. فشار ناشی از عوامل محیطی و طبیعی، در صورتی محقق‌کننده دفاع ضرورت است که، منتهی به اجبار جسمی فیزیکی نشود. در صورتی که عوامل خارجی و محیطی، منتهی به اجبار فیزیکی گردد، مورد از شمول دفاع ضرورت، خارج بوده و باید آن را مشمول دفاع اجبار مادی دانست. (اجبار مادی در حقوق کشورهای رومی-ژرمنی). در حقوق کامن‌لا این‌گونه اجبار تحت عنوان بی‌ارادگی (Auto matism) از دفاعیات نافی عنصر مادی است. (Ibid. P. 477)

بنابراین، فشار ناشی از عوامل محیطی، در صورتی به عنوان شرایط ایجاد دفاع ضرورت محسوب می‌شود که، بر ذهن مرتکب، تأثیر گذارد، نه بر جسم او. اگرچه نیز اگرچه فشار و تهدید عامل انسانی تعریف می‌شود اما مرز آن با دفاع اجبار مادی را باید مدنظر قرار داد. در اکراه، فشار ناشی از تهدید انسانی، بر ذهن مرتکب تأثیر گذاشته و او را وادار به ارتکاب جرم می‌نماید نه بر جسم او.

مبنای اساسی تمایز دفاع اکراه از حالت ضرورت، مقدار و میزان واکنش شخص در معرض خطر است. با این توضیح که شرط تناسب واکنش شخص در معرض خطر، در دفاع ضرورت معنایی متفاوت از آن در اکراه دارد.^۱

تناسب در دفاع ضرورت به معنی رعایت مصلحت برتر و شر کمتر است (فلیچر، ۱۳۸۴ ص ۲۴۸). به عبارت بهتر، در مقایسه بین خطر موجود و عمل ارتكابی، باید هزینه‌های عمل ارتكابی از خطر و تهدید موجود کمتر باشد (Robinson, 1997, p.100). در ماده ۲-۳ قانون جزای نمونه آمریکا، عمل انجام شده در صورتی به استناد دفاع ضرورت، موجه است که برای رفع خطر و شر موجود، لازم باشد و همچنین، متضمن شر کمتری باشد. (با توجه به دیدگاه پیامدگرایی حاکم بر این نظام، در صورت احراز شر کمتر و مصلحت برتر، محدودیت‌های هنجاری و اخلاقی مدنظر قرار نخواهد گرفت. بنابراین، ارتکاب قتل نیز، در صورتی که در بردارنده شر کمتر و منفعت بیشتر باشد، مواجه با معنی نمی‌باشد (Fletcher.1974. P. 1284).

در ماده ۷-۱۲۲ قانون مجازات فرانسه نیز، عمل انجام شده در صورتی مشمول دفاع ضرورت است که، برای رفع خطر، ضروری باشد و نیز متناسب با اهمیت خطر و تهدید باشد. در مورد مفهوم

۱- مفهوم تناسب در دفاع مشروع نیز متفاوت از دفاع ضرورت و اکراه است. به این معنا که صدمه و ضرری که قانون به مدافع اجازه ایراد آن را می‌دهد در برخی موارد می‌تواند از بیش از حمله یا صدمه‌ای باشد که محتمل است به مدافع یا ثالث وارد گردد. مثلاً برای جلوگیری از سرقت می‌توان صدمه شدید وارد کرد یا برای جلوگیری از صدمه بدنی در مواردی ارتکاب قتل نیز مجاز است (western and mangiafica. P.855).

تناسب و قلمرو آن در دفاع ضرورت، و تفاوت یا عدم تفاوت آن با مفهوم تناسب در اکراه و دفاع مشروع، حکمی در این ماده، دیده نمی‌شود، اما با توجه به مبنای دفاع ضرورت، در رویه قضایی و دکترین فرانسه، در صورتی عمل متناسب با خطر است که، ارزش حفظ شده بیشتر از ارزش فدا شده باشد (استفانی و لواسور، ۱۳۷۷، ج ۱، ص ۵۰۶).

در ماده ۳۴ قانون مجازات آلمان، صراحتاً به غلبه ارزش حفظ شده بر ارزش از دست رفته و فدا شده تصریح شده است. همچنین به لزوم استفاده از وسایل مناسب و اخلاقی برای استناد به دفاع ضرورت تأکید شده است.^۱ با توجه به این معنا از تناسب، ضرورت در غالب نظام‌های حقوقی از اسباب اباحه (علل موجهه جرم) دانسته می‌شود.

اما در دفاع اکراه، شرط تناسب به این معنا اراده نمی‌گردد. به عبارت بهتر، در دفاع اکراه، لازم نیست که عمل اکراه شونده در مقایسه با خطر مورد تهدید، متضمن هزینه کمتر و مصلحت برتر باشد؛ اما اینکه تحت چه شرایطی عمل اکراه شونده مشمول عذر رافع مسئولیت کیفری است نیز، بین نظام‌های مختلف حقوقی اختلاف نظر وجود دارد، به این توضیح که در نظام‌های کیفری کامن‌لا، عمل مکره با معیار "انسان متعارف" سنجیده می‌شود. مطابق این معیار، در صورتی که ضرر وارده کمتر یا مساوی با تهدید اکراه شونده باشد نیز، امکان رفع مسئولیت از اکراه شونده وجود دارد.

(Western and Mangiafico, p.854) اما ضرر وارده در صورتی بیش از خطر مورد تهدید باشد، نمی‌توان شخص مکره را مشمول عذر رافع مسئولیت کیفری دانست. در نظام‌های حقوقی رومی-ژرمنی، این محدودیت نیز وجود ندارد. (Fletcher.1974. p. 128-129) به این توضیح که در این نظام حقوقی در بحث عذر رافع مسئولیت کیفری به جای معیار نوعی کامن‌لا، یک معیار شخصی حکومت می‌کند. به عبارت دیگر، به جای بررسی اقدام مکره با معیار انسان متعارف، بررسی خصایص و ویژگی‌های فردی (شخصی) مکره، ضروری است. بنابراین حتی اگر ضرر وارده توسط مکره بیش از خطر مورد تهدید باشد، همچنان او را می‌توان برخوردار از عذر رافع مسئولیت کیفری دانست. با توجه به عدم قید معیار انسان متعارف، نظری بر آن است که در حقوق کیفری این کشورها، منعی در پذیرش دفاع اکراه حتی در جنایات بین‌المللی مثل جنایت علیه بشریت وجود

۱- ماده ۳۴ قانون مجازات آلمان: هرکس برای رفع خطری قریب‌الوقوع که جان، جوارح، آزادی، عرض، اموال و یا دیگر منافع حمایت شده قانونی او یا دیگری را تهدید می‌کند، کاری انجام دهد، غیرقانونی تلقی نخواهد شد، مشروط به اینکه در مقایسه بین منافع متعارض، منفعت حمایت شده مهمتر از منفعتی باشد که نقض می‌شود. مفاد این ماده تنها هنگامی قابل اعمال است که رفتار شخص، روش مناسبی برای دفع خطر باشد.

ندارد. (Ibid) بررسی ماده ۳۴-۳۵ قانون مجازات آلمان و ماده ۱۲۲-۲ و ۱۲۲-۷ قانون مجازات فرانسه موید آن است که، بر خلاف دفاع ضرورت، که به شرط تناسب اشاره شده است، در دفاع اکراه به این شرط هیچ تصریحی نگردیده است. از این رو، در صورتی که ارتکاب جرم توسط مکره شدیدتر از خطر مورد تهدید باشد، همچنان او را به علت عدم قابلیت سرزنش می‌توان مشمول علل رافع مسئولیت کیفری دانست. همین موضع در دیگر کشورهای اروپایی مانند هلند نیز پذیرفته شده است (Chiesa, 2007, p.20 ; Slidregt. 2003. P.17)

در حقوق کیفری ایران و با بررسی ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی، مشخص می‌گردد که قانونگذار ارتکاب جرم توسط مکره و مجبور را مقید به شرط و قیدی ننموده است. از این رو به نظر می‌رسد که حقوق کیفری ایران در این زمینه متأثر از معیار شخصی است و محدودیتهای پیش‌بینی شده در حقوق جزای کامن‌لا را ندارد.

با توجه به تفاوت برشمرده، دفاع ضرورت در بسیاری از نظام‌های حقوقی از مصادیق اسباب اباحه و اکراه از مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری است.

تفاوت دیگر، که بین دفاع ضرورت و اکراه وجود دارد، این است که مصادیق خطر و ارزش‌های مورد حمایت در دفاع ضرورت از محدودیت‌های خاصی برخوردار نیست، در حالیکه در دفاع اکراه، خطر و تهدید محدود به ارزش‌های اساسی است. به طور مثال، در قانون مجازات آلمان و مطابق ماده ۳۵ قانون مجازات، تهدید به مال و اعتبار، موجبی برای استناد به دفاع اکراه مشمول علل رافع مسئولیت کیفری دانسته نشده است.^۱

در حقوق جزای انگلیس نیز، مصادیق خطر و ارزش‌های مورد حمایت، محدود است به تهدید نسبت به جان و جسم (Ashworth, 1992. p.190; Willson, 1998. pp.268-269). در قانون جزای نمونه آمریکا نیز، اگرچه ارزش‌های موضوع اکراه، صراحتاً در ماده ۹-۲ این قانون، پیش‌بینی نشده و بطور مطلق به تهدید، اشاره شده است، اما معیار رفع مسئولیت از مکره، بررسی وضعیت او با معیار انسان متعارف است.^۲ این معیار، سبب محدود کردن دایره خطرها و تهدیدها، به ارزش‌های اساسی

۱- ماده ۳۵ قانون مجازات آلمان: هر کسی برای رفع خطری قریب‌الوقوع نسبت به جان، عضو، آزادی خود، بستگان یا اشخاصی وابسته مرتکب عملی غیرقانونی شود، قابل سرزنش نخواهد بود، مشروط به جز ارتکاب این عمل، راه‌حلی برای رفع خطر وجود نداشته باشد.

۲- مطابق حقوق کیفری کامن‌لا معیار انسان متعارف در دفاع اکراه در دو موضع به کار می‌آید: نخست اینکه بررسی می‌شود که آیا شخص متعارف در موقعیت مکره تحت تأثیر تهدید انجام شده قرار می‌گرفت یا خیر؟ دومین محل کاربرد معیار انسان متعارف واکنشی است که شخص مکره و مجبور نسبت به تهدید و اکراه از خود بروز می‌دهد. در این مورد پرسش این است که آیا شخص متعارفی در وضعیت متهم واکنشی مشابه متهم انجام می‌دهد یا خیر؟ به

است. آن گونه که در تفسیر این ماده، تهدید نسبت به مال و حتی اعتبار و شهرت، موجبی برای استناد به دفاع اکراه، دانسته نشده است (Chiesa, 2007, pp. 34-35).

در رویه قضایی آمریکا نیز، مصادیق تهدید و خطر در اکراه، محدود به جان و عضو گردیده است (Lafave, 2000, p. 47)

در ماده ۳-۱۲۲ قانون مجازات فرانسه به مصادیق خطری که موجد استناد به دفاع اکراه باشد، اشاره نشده است. اما تهدید و اجبار موضوع اکراه، مقید به غیرقابل مقاومت بودن برای شخص، شده است. مقایسه این ماده با ماده ۷-۱۲۲ قانون، که ناظر به دفاع ضرورت است، و عدم پیش بینی عبارت «غیرقابل مقاومت بودن» در آن، بیانگر تفاوت شرایط اکراه و ضرورت در این نظام جرایمی است. بنابراین، خطرها و تهدیدهای کم اهمیت، مثل تهدید به مال، شهرت و اعتبار را می توان قابل اغماض و مسامحه دانست که موجبی برای استناد به دفاع اکراه در آنها نیست.

همین موضع با اندکی تفاوت در قانون مجازات اسلامی ایران نیز قابل ملاحظه است؛ بدین معنا که در ماده ۵۴ قانون مجازات اسلامی، اجبار و اکراه در صورتی موجد رفع مسئولیت کیفری است که عادتاً قابل تحمل نباشد. اشاره به این قید در ماده ۵۴، بیانگر آن است که در تهدیدهای کم اهمیت، از جمله تهدید نسبت به مال و...، نمی توان به دفاع اکراه متوسل شد. بنابراین، در حقوق جزای ایران نیز تهدیدهای کم اهمیت را نمی توان موجبی برای دفاع اکراه دانست. این نظریه از طرف برخی از حقوقدانان ایرانی نیز اتخاذ شده است (صانعی، ۱۳۷۲، ج ۲، ص ۲۵۸. گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۲۵۵). در مقابل برخی دیگر، مصادیق خطر و تهدید موضوع اکراه را مطلق دانسته اند (اردبیلی، ۱۳۷۷، ج ۲، ص ۹۶).

۲- رابطه اکراه و ضرورت در نظام های مختلف حقوقی:

بررسی رابطه اکراه و ضرورت در نظام های مختلف حقوقی مبین اختلاف نظرهای بنیادین است که می توان در سه مدل زیر آنها را مورد مطالعه قرار داد.

۱.۲ تفکیک بین اکراه و دفاع ضرورت:

حقوق کیفری فرانسه، در این دسته قرار می گیرد. در قانون مجازات این کشور، دفاع اکراه، جدای از دفاع ضرورت، پیش بینی شده است. (ماده ۳-۱۲۲ و ۷-۱۲۲ قانون مجازات فرانسه) از نظر

عبارت دیگر واکنش در دفاع اکراه مطابق این نظام حقوقی با بررسی معیار انسان متعارف سنجیده می شود. از این رو حقوقدانان کامن لا در دفاع اکراه نیز قابل به شرط تناسب با لحاظ معیار انسان متعارف هستند. (willson.1998. p.271. lafave. 2000.p.474)

رویه قضایی و دکتربن نیز، اکراه از علل رافع مسئولیت کیفری و ضرورت، از اسباب اباحه محسوب می‌شود.

در این نظام، نامشخص است که اگر حالت ضرورت شرایط لازم را نداشته باشد، آیا می‌توان آن را از علل رافع مسئولیت کیفری دانست و یا اگر اکراه، متضمن تحقق شرکتری باشد، آیا می‌توان آن را از اسباب اباحه، محسوب نمود یا خیر. البته در پاسخ به پرسش اول، عده‌ای از حقوقدانان فرانسوی در صورت عدم وجود شرایط دفاع ضرورت، از جمله شرط تناسب، دفاع اجبار روحی را مطرح و مورد را مشمول علل رافع مسئولیت کیفری قلمداد می‌کنند (استفانی و لواسور، ۱۳۷۷، ص ۵۰۶ و ۵۳۷).

۲.۲ تفکیک بین اکراه و ضرورت و پیش‌بینی امکان مباح بودن عمل مکره، تحت شرایطی:

نظام حقوق جزای کامن‌لا را می‌توان در این سیستم قرار داد. در حقوق جزای کامن‌لا، اکراه در دو معنا به کار می‌رود.

الف: اکراه ناشی از تهدید که ارتکاب جرم ناشی از درخواست فرد اکراه کننده است.

ب: اکراه ناشی از اوضاع و احوال که، در آن تهدید به ارتکاب جرم وجود ندارد، بلکه اوضاع و احوال خاص، سبب ارتکاب جرم است؛ به طور مثال، طلبکار از بدهکار، پرداخت مطالبات خود را می‌خواهد؛ در غیر این صورت، او را تهدید به ضرب و جرح خانواده‌اش می‌کند. او برای اجتناب از عملی شدن این تهدید، به سرقت بانک مبادرت می‌کند. در این مثال، تهدید به ارتکاب جرم، وجود ندارد بلکه، تهدید به پرداخت مطالبات است. اما اوضاع و احوال خارجی سبب می‌شود که، شخص برای اجتناب از تهدید، مبادرت به ارتکاب جرم می‌کند (Hearing, 2002, p. 395).

موضوع اکراه ناشی از اوضاع و احوال نیز، مانند اکراه ناشی از تهدید انسانی در حقوق کامن‌لا، محدود به خطر مرگ یا ایراد ضرب و جرح شدید است (Elliott and Quinn, 2006, p. 357).

در حقوق کامن‌لا، رابطه این دو نوع از اکراه و حالت ضرورت به سه گونه زیر، تقسیم می‌شود: الف- در مدل اول که برخی از ایالات آمریکا از جمله ایلینویز (Illinois)، از آن تبعیت می‌کنند، دفاع ضرورت به نحو موسع تفسیر می‌گردد و اکراه به نحو مضیق. در این وضعیت، اکراه صرفاً حالتی را شامل می‌شود که، در آن، شخص اکراه کننده با تهدید دیگری به مرگ یا صدمات جسمانی، ارتکاب جرمی مشخص را، درخواست می‌کند. بنابراین در این مدل، اکراه در معنای سنتی خود استعمال، و از علل رافع مسئولیت کیفری، تلقی می‌شود، و دفاع ضرورت و نیز اکراه ناشی از اوضاع و احوال، دارای احکام مشابهی تلقی و از اسباب اباحه محسوب می‌شوند (Western and Manginifico, p. 849).

ب- در مدل دوم که در حقوق جزای انگلیس می‌توان آن را جستجو نمود، اکراه به نحو موسع و دفاع ضرورت به نحو مضیق، مورد تفسیر قرار می‌گیرند. در این مدل، هرگونه تهدید اعم از اینکه مشخص و هدفمند باشد و ارتکاب جرم مشخصی را درخواست نماید یا مطلق باشد، اکراه محسوب می‌شود. در مقابل، دفاع ضرورت به تهدید ناشی از عوامل طبیعی تعریف می‌گردد (Ibid, p. 850). در این نظام، اکراه در معنای موسع خود از علل رافع مسئولیت کیفری و دفاع ضرورت، از اسباب اباحه محسوب می‌شود (Hearing, 2002, p. 397).

ج- مدل سوم که قانون جزای نمونه آمریکا و بسیاری از قانونگذاری‌های فدرال، برگرفته از آن است، بدین ترتیب است که دفاع ضرورت، هم شامل تهدید انسانی است و هم تهدید با منشأ طبیعی را در برمی‌گیرد. در این دفاع، در صورتی که عمل انجام شده، در مقایسه با خطر و تهدید موجود، از منفعت بیشتری برخوردار باشد، از اسباب اباحه محسوب می‌شود.

اکراه نیز شامل تهدید هدفمند انسانی و نیز تهدید ناشی از اوضاع و احوال است. در این حالت، در صورتی که عمل انجام شده در مقایسه با خطر و تهدید موجود از منفعت بیشتری برخوردار نباشد، اما منطبق با معیار انسان متعارف باشد، از علل رافع مسئولیت کیفری محسوب می‌گردد. (Western and Mangiafico, p. 852)

در این مدل، تمامی شقوق اکراه در صورت تحقق شرکتمتر و منفعت بیشتر، مصداق اسباب اباحه است. صرفنظر از صراحت ماده ۹-۲ قانون جزای نمونه آمریکا، در قالب قانونگذاری‌های آمریکا، در صورت تحقق شرکتمتر، احکام اسباب اباحه حاکم خواهد بود (Lafave, 2000, p. 477). اما در این مدل، دفاع ضرورتی که واجد شرایط، از جمله شرط تناسب نباشد، مشمول علل رافع مسئولیت کیفری نبوده، و حداکثر بتوان مرتکب را مشمول تخفیف مجازات دانست (Ibid, p. 470).

۳.۲ وحدت احکام ضرورت و اکراه:

وحدت احکام ضرورت و اکراه در قانون جزای آلمان (۱۹۷۵)، ملاحظه می‌شود. در این نظام جزایی، در ماده ۳۴ قانون مجازات، بدون تفکیک دفاع ضرورت از اکراه، در صورتی که عمل انجام شده در مقایسه با خطر و تهدید (نسبت به هر ارزشی) در بردارنده منفعت بیشتر و شرکتمتری باشد، آن عمل، مشمول اسباب اباحه خواهد بود. 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 در بردارنده عدم قابلیت سرزنش مرتکب باشد، باید آن را در ذیل علل رافع مسئولیت کیفری قرار داد، به عبارت بهتر، در این کشور، ضرورت از اکراه تفکیک نشده است، بلکه آنچه تفکیک شده است، اسباب اباحه و علل رافع مسئولیت کیفری است؛

که اکراه و ضرورت تحت شرایطی می‌توانند مشمول اسباب اباحه شوند و تحت شرایطی دیگر، مشمول علل رافع مسئولیت کیفری.

نکته‌ای که در پایان این بحث باید بدان پرداخت، این است که اگرچه در نظام جزایی آمریکا، اکراه در صورت تحقق شرکتمتر، مصداق اسباب اباحه خواهد بود؛ اما نمی‌توان با وجود این قاعده نیز، قایل به شباهت نظام جزایی آمریکا و آلمان شد.

زیرا اولاً همان طوری که گفته شد در حقوق جزای آمریکا، اکراه تحت شرایطی می‌تواند از اسباب اباحه قلمداد شود، اما بالعکس، حالت ضرورت، تحت هیچ شرایطی، امکان انطباق با علل رافع مسئولیت کیفری را ندارد. به علاوه، مبنای موجه بودن اکراه و ضرورت در حقوق جزای آمریکا، متفاوت از مبنای آن در آلمان است که با ذکر مثال زیر، به شرح این موضوع پرداخته می‌شود.

راننده زندانیان محکوم به مرگ، تهدید می‌شود که اگر یکی از زندانیان را شخصاً نکشد، کشته خواهد شد. در این مثال، در صورتی که راننده در مقابل تهدید انجام شده، مقاومت کند، کشته خواهد شد؛ ضمن اینکه زندانیان محکوم به مرگ نیز، همگی اعدام خواهند شد. اما اگر او از دستور قتل، تمکین کند و یکی از زندانیان را بکشد، او خود زنده خواهد ماند. در این مثال، انجام یا عدم انجام عمل توسط مکره، نسبت به زندانیان محکوم به مرگ، علی‌السویه بوده و تأثیری در مرگ آنها، نخواهد داشت. اما در صورتی که او به انجام عمل مبادرت کند، حداقل جان خود را نجات خواهد داد. بنابراین، انجام عمل، متضمن نجات یک نفر خواهد شد؛ اما عدم تمکین از دستور قتل، منجر به مرگ همه زندانیان و خود مکره است. از این رو، انجام دستور، متضمن منفعت بیشتری است. (Chiesa, 2007, p.51)

در حقوق جزای آمریکا، به علت رعایت شرکتمتر، تردیدی به مشروع بودن و مباح بودن عمل انجام شده، نیست. اما در حقوق جزای آلمان و برخی دیگر از کشورهای اروپایی، در ارزیابی شر، نمی‌توان تنها به بعد کمی آن توجه داشت. کشتن شخص دیگر بدون مجوز قانونی، عملی است مصداق شر، خلاف اخلاق و مخالف نظم عمومی. از این رو، این قتل، غیرقانونی است. بنابراین در این مثال، نمی‌توان قایل به موجه و مباح بودن عمل شد و حداکثر باید آنرا از علل رافع مسئولیت کیفری دانست.^۱

۱- برای مطالعه بیشتر در این زمینه مراجعه شود به:

-George p. Fletcher. 2000, pp.787-788

- Paul H. Robinson. 1997. Pp. 95-99

-Jonothon Qoung, 2002. p.21

-Peter Western and James Mangiafico. p.930

۳- اکراه و ضرورت در حقوق کیفری ایران:

در آثار حقوق دانان ایرانی، دفاع ضرورت از اسباب اباحه و دفاع اکراه از اقسام علل رافع مسئولیت کیفری قلمداد شده است (گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۳۱ و ص ۲۴۷؛ پرویز صانعی، ۱۳۷۲، جلد سوم ص ۲۵۶؛ محسنی، ۱۳۷۶، ج ۳، ص ۲۵۶). مبنای توجیه دفاع ضرورت نیز ملاحظات عینی دانسته شده است. به عبارت دیگر، در نظر حقوقدانان ایرانی منافع و مصالح اجتماعی متضمن مباح دانستن عمل کسی است که در حالت ضرورت مرتکب عملی می‌شود که در حالت عادی جرم است (صانعی، همان، ص ۲۲۳؛ گلدوزیان، همان، ص ۱۳۲؛ محسنی، همان، ص ۲۶۲). در صورتی که دفاع ضرورت از اسباب اباحه قلمداد و مبنای آن نیز منافع و مصالح اجتماعی محسوب گردد، بسیار بدیهی خواهد بود که شرط تناسب، به عنوان یکی از شرایط دفاع ضرورت به تحقق منفعت بیشتر و شر کمتر معنی گردد. اما حقوقدانان ایرانی، تناسب در دفاع ضرورت را لزوماً در معنای تحقق منفعت برتر و شر کمتر اراده نمی‌کنند، بلکه تساوی هزینه و فایده را نیز مشمول دفاع ضرورت می‌دانند (صانعی، همان، ص ۲۲۴، ۲۲۶؛ محسنی، ۱۳۷۶، ص ۲۶۸-۲۶۹، گلدوزیان، ۱۳۸۴، ص ۱۳۳).

اگر اسباب اباحه، به علل و عواملی عینی تعریف شوند که به جهت جلوگیری از ضرر بیشتر یا تحقق مصلحت برتر، مجاز و مشروع قلمداد می‌گردند (Robinson, 1997, pp71-72)، در فرض پرهزینه‌تر یا مساوی بودن عمل مضطر با خطر ارتكابی، مصلحت برتر و شر کمتری در عمل او نمی‌توان یافت و از این رو، تحسین یا تشویقی به او قابل استناد نیست تا بتوان عمل او را مشمول اسباب اباحه دانست. در فرض تساوی یا پرهزینه‌تر بودن عمل شخص مضطر در مقایسه با خطر موجود، عمل مجرمانه محسوب، اما مرتکب به علت غیرقابل سرزنش بودن، از علل رافع مسئولیت کیفری برخوردار و از مجازات معاف خواهد شد. اما پرسش این است که در قوانین جزایی ایران، دفاع ضرورت و اکراه از چه وضعیتی برخوردار است؟

بررسی قوانین جزایی ایران از زمان تصویب قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، بیانگر آن است که از زمان تصویب این قانون تاکنون، هیچ تغییری در متن و محتوای این دو دفاع انجام نشده و متن موجود در قانون مذکور مکرراً در قوانین بعدی تکرار شده است. به این منظور، به ذکر این دو دفاع در قوانین جزایی سال‌های ۱۳۵۲-۱۳۷۰ و نیز لایحه قانون مجازات اسلامی می‌پردازیم.

ماده ۳۹ و ۴۰ قانون مجازات عمومی سال ۱۳۵۲، ناظر به دفاع اکراه و ضرورت بود که چنین اشعار می‌داشت:

ماده ۳۹: هرگاه کسی بر اثر اجبار مادی یا معنوی که قابل تحمل نباشد، مرتکب جرمی گردد مجازات نخواهد شد در این مورد، اجبارکننده به مجازات آن جرم محکوم می‌گردد.

ماده ۴۰: هر کسی هنگام بروز خطر شدید از قبیل سیل و طوفان، به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد؛ مشروط به این که خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب بوده و برای رفع آن ضرورت داشته باشد. ماده ۵۴ و ۵۵ قانون مجازات اسلامی ۱۳۷۰ نیز در مقام بیان دفاع اجبار و اکراه چنین مقرر می‌دارند:

ماده ۵۴: در جرایم موضوع مجازات‌های تعزیری و بازدارنده، هرگاه کسی بر اثر اجبار و اکراه که عادتاً قابل تحمل نباشد، مرتکب جرمی گردد، مجازات نخواهد شد. در این مورد اجبارکننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌گردد.

ماده ۵۵: هرکسی هنگام بروز خطر شدید، از قبیل آتش سوزی، سیل و طوفان به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی شود، مجازات نخواهد شد؛ مشروط بر این که خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل ارتكابی نیز با خطر موجود متناسب باشد و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.

در لایحه قانون مجازات اسلامی نیز در مبحث سوم از فصل چهارم، مقررات مربوط به اجبار، اضطرار، جهل و اشتباه پیش‌بینی شده است که ماده ۱-۱۴۳ و ۲-۱۴۳ چنین بیان می‌دارند:

۱-۱۴۳- هرگاه کسی بر اثر اجبار و اکراه که عرفاً و عادتاً قابل تحمل نباشد مرتکب جرمی به جز جرمی که موجب قصاص است، گردد، مسئول نخواهد بود. در جرایم تعزیری و بازدارنده اجبار یا اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود...

۲-۱۴۳- هرکس هنگام بروز خطر شدید فعلی یا قریب‌الوقوع از قبیل سیل، طوفان، آتش‌سوزی، زلزله بدون اختیار یا با اختیار و لیکن به منظور حفظ جان یا مال خود یا دیگری مرتکب جرمی می‌شود؛ مسئول نیست، مشروط به این که فاعل، خطر را عمداً ایجاد نکرده و عمل مرتکب با خطر موجود متناسب بوده و برای دفع آن ضرورت داشته باشد.

نگاه دقیق به موضع قانونگذار در مقاطع مختلف قانونگذاری، بیانگر آن است که دفاع ضرورت، از علل رافع مسئولیت کیفری محسوب و از این جهت، تفاوتی بین این دفاع و اکراه وجود ندارد. از این نظر، قانونگذار موضعی متفاوت از دکتین اتخاذ نموده است. اما دلایلی را که از نظر قانونگذار، ضرورت از عوامل رافع مسئولیت کیفری است، می‌توان به قرار زیر معرفی کرد:

الف- در کلیه قوانین جزایی از سال ۱۳۵۲ تاکنون، عمل شخص مضطر در مقابله با خطر شدید از قبیل سیل، طوفان، آتش‌سوزی و... جرم محسوب می‌گردد. در حالی که در نظام‌هایی که جرم را برخوردار از سه عنصر قانونی، مادی و معنوی می‌دانند، وجود اسباب اباحه، سبب مجاز و مشروع گردیدن عمل مجرمانه بوده و عنوان جرم به آن عمل قابل اطلاق نخواهد بود. در این مصادیق،

عمل، مجاز و موجه است و به همین علت، قانونگذار در بیان دفاعیاتی مانند امر آمر، اعمال جراحی و طبی و... از عبارت "جرم محسوب نمی‌شود" استفاده نموده است. اما در دفاع ضرورت، به مانند دفاع اکراه، از عبارت "مجازات نخواهد شد." استفاده کرده است.

ب- در صورتی که از نظر قانونگذار، دفاع ضرورت از اسباب اباحه محسوب و معیار تناسب در این دفاع نیز رعایت شر و هزینه کمتر تلقی می‌شد، ضرورتی به محدود کردن دایره ارزش‌های مورد حمایت در این دفاع به نظر نمی‌رسید. در حالی که قوانین جزایی ایران بر خلاف قوانین جزایی کشورهای مورد مطالعه، ارزش‌های مورد حمایت در دفاع ضرورت را محدود به جان و مال نموده است. اگر معیار تناسب در دفاع ضرورت، رعایت منفعت بالاتر و شر کمتر تلقی گردد، در هنگام مواجهه با خطر شدید و در حمایت از هر ارزش، رعایت مصلحت برتر و شر کمتر را باید سبب مباح شدن عمل تلقی نمود.

ج- پیش‌بینی شرط تناسب در دفاع ضرورت، و عدم پیش‌بینی آن در دفاع اکراه نیز به معنی مباح بودن اقدام شخص مضطر در حقوق کیفری ایران نمی‌باشد. زیرا عبارت "تناسب" مشترک لفظی است که در دفاع مشروع، ضرورت و اکراه، استعمال می‌شود. آنچه فارق این دفاعیات از یکدیگر است، مفهومی است که با توجه به مجموعه شرایط هر یک از این دفاعیات، از این عبارت اراده می‌گردد. آنچه از این عبارت در حقوق کیفری ایران، اراده می‌گردد، لزوماً قابل انطباق با شرایط این دفاع در نظام‌های حقوقی دیگر نیست که آنرا مشروط به رعایت منفعت بیشتر و شر کمتر می‌نمایند. به علاوه، قراین و امارات دیگر نیز مؤید عدم انطباق شرایط این دفاع در حقوق کیفری ایران با حقوق داخلی سایر کشورهاست.

در حقوق کیفری ایران، تلقی از شرط تناسب در دفاع ضرورت، معادل تلقی است که از این شرط در دفاع اکراه در حقوق کیفری کامن لا وجود دارد.

د- در لایحه قانون مجازات اسلامی در فصل چهارم تحت عنوان موانع مسئولیت کیفری، به ذکر اسباب اباحه و علل رافع مسئولیت کیفری پرداخته شده است. در این فصل، مبحث اول، دوم و سوم، به علل رافع مسئولیت کیفری و مبحث چهارم و پنجم به اسباب اباحه اختصاص دارد. مبحث اول، ناظر به طفولیت است، مبحث دوم اختصاص به جنون دارد و مبحث سوم نیز اجبار، اضطرار، جهل و اشتباه را پیش‌بینی نموده است. پیش‌بینی اجبار و اضطرار ذیل مبحث سوم، با در نظر گرفتن پیشینه قانونگذاری در ایران است که احکام این دو دفاع را واحد قلمداد می‌نماید؛ اما در مبحث چهارم و پنجم، که ناظر به دفاعیاتی مانند دفاع مشروع و انجام وظیفه قانونی است؛ قانونگذار از عبارت "جرم محسوب نمی‌شود" استفاده نموده است. در این دو مبحث، ذکری از دفاع ضرورت به میان نیامده است.

پیش‌فرض قانونگذار در این دو دفاع، این است که گویی در مواجهه با خطر و تهدید، عمل شخص در معرض خطر هیچگاه نمی‌تواند دربردارنده شر کمتر و منفعت بالاتر باشد. شاید گفته شود که حتی اگر عمل شخص در معرض خطر، در مقایسه با خطر موجود، متضمن شر کمتر و منفعت بالاتر باشد، همچنان از نظر قانونگذار ایرانی، عمل او مجاز و موجه نبوده، بلکه مشمول علل رافع مسئولیت کیفری است. در این صورت، پرسش اساسی این است که قانونگذار از اسباب اباحه و علل رافع مسئولیت کیفری چه مبنایی را اراده می‌کند؟

آیا اساساً قانونگذار در بحث اسباب اباحه و علل رافع مسئولیت کیفری، مبنایی را در نظر داشته است که مطابق آن، به تفکیک دفاعیاتی مانند دفاع مشروع و انجام وظایف قانونی از یک طرف و دفاعیات مشمول علل رافع مسئولیت کیفری از طرف دیگر مبادرت کرده است؟

در صورت وجود معیار و مبنا، عمل شخص در دفاع مشروع و سایر اسباب اباحه، واجد چه خصوصیتی است که عمل شخص در معرض خطر که متضمن شر کمتر است، فاقد آن خصوصیات است؟

پرسش‌ها و ابهام‌های فوق که حاکی از بی‌اطلاعی قانونگذار از مبانی اسباب اباحه و علل رافع مسئولیت کیفری است، ضروری می‌نماید که در تدوین قوانین، از قالبی اندیشیدن و بی‌توجهی به فروض مختلف، احتراز و با لحاظ اصول حقوقی و تحول قوانین در دیگر کشورها، به قانونگذاری مبادرت گردد.

حالا پرسش این است که با توجه به موضع انتقادآمیز قانونگذار، آیا رویه قضایی می‌تواند به استناد مبانی اسباب اباحه، نقص و سکوت قانون را جبران نماید؟

۴- رویه قضایی و استناد به مبانی دفاع ضرورت:

یکی از مبانی دفاع ضرورت، مبنای اخلاقی و هنجاری است. دفاع ضرورت مطابق مبنای فوق، بر الزامات اخلاقی مبتنی است. مطابق این مبنا، کلیه انسان‌های متعارف، ارتکاب عمل مجرمانه را به منظور تحقق شر کمتر، مورد قبول و پذیرش قرار می‌دهند. به طور مثال، خراب کردن یک خانه معمولی و غیرمسکونی به منظور ایجاد یک آتش‌شکن (Fire break) برای نجات شهر در معرض سوختن، از نظر کلیه انسان‌های متعارف، عملی است مباح و مبتنی بر منفعت بالاتر (Horder. 1998. pp. 155-156).

مبنای اخلاقی در حقوق جزای آلمان قابل مشاهده است. در این مبنا، حالت ضرورت با تکیه بر آموزه‌های اثبات‌گرایانه (پوزیتیویستی) و منفعت‌گرایانه توجیه نمی‌شود، بلکه حالت ضرورت به قواعد

برتر و فراقانونی، استوار است، صرفنظر از این که این قواعد برتر، توسط قانونگذار اشاره شده یا نشده باشد. (Fletcher. 2000. p. 775)

به منظور ایضاح مطلب، لازم است به بیان سابقه دفاع ضرورت در حقوق آلمان پرداخته شود. در قانون مجازات ۱۸۷۱ آلمان، دفاع ضرورت پیش‌بینی شده بود، اما در مورد اسباب اباحه یا علل رافع مسئولیت کیفری بودن آن، صراحتی دیده نمی‌شد. جزئیات قانون، بیانگر آن بود که حالت ضرورت، از مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری است؛ به این معنا که، اولاً این دفاع در فرضی قابل استناد بود که، خطری برای جان یا عضو حادث گردد، نه همه منافع انسان. ثانیاً در استناد به این دفاع، نیازی به احراز منفعت برتر احساس نمی‌شد؛ به عبارت بهتر، مقایسه منافع رقیب (در فرض ارتکاب عمل و عدم ارتکاب آن)، ضروری دانسته نمی‌شد. (Fletcher, 1994, p.1280)

در قانون مدنی این کشور نیز ماده ۲۲۸ و ۹۰۴، ناظر به حالت ضرورت بودند. این دو ماده، ناظر به دو حالت متفاوت از دفاع ضرورت بودند. در ماده ۲۲۸ قانون مدنی، ایراد ضرر و خسارت به منبع خطر، در صورت وجود شرایط، از جمله "ضرورت عمل"، "تناسب" و نیز "عدم ایجاد خطر توسط مضطر"، از اسباب اباحه دانسته می‌شد که موجب ایجاد هیچ‌گونه مسئولیتی نمی‌شد. این ضرورت، ضرورت دفاعی دانسته می‌شد.

در مقابل ضرورت دفاعی، ضرورت تهاجمی بود که، در ماده ۹۰۴ قانون مدنی این کشور پیش‌بینی شده بود. مطابق این نوع ضرورت، به منظور اجتناب از خطر، به مالی که منبع خطر نمی‌باشد، ضرر و زیان وارد می‌شود. در ضرورت تهاجمی، عامل، صرفنظر از نقش خود در ایجاد خطر، مسئولیت مدنی خواهد داشت. (Fletcher.1974. p.1274 ; Fletcher. 2000. pp.776-778)

در سال ۱۹۲۷، پرونده‌ای در محاکم قضایی آلمان، مطرح شد که در آن، پزشکی به منظور حفظ جان مادر، اقدام به سقط جنین او نمود. این سقط جنین، مشمول قانون مدنی نمی‌شد؛ به این علت که، در قانون مدنی، خطر نسبت به مال، می‌توانست مصداق استناد به دفاع ضرورت باشد. مشمول ماده ۵۴ قانون مجازات نیز نبود، زیرا مطابق این ماده، رفع مسئولیت کیفری به استناد دفاع ضرورت، تنها منحصر به عامل و یا وابستگان او بود. بنابراین، پزشک که از وابستگان مادر نبود، مشمول این ماده نیز نمی‌شد. به علاوه، در ماده ۲۱۸ این قانون، که ناظر به جرم‌انگاری از سقط جنین بود، مطلق سقط جنین جرم قلمداد می‌شد و هیچ‌گونه اسباب اباحه‌ای برای آن، پیش‌بینی نشده بود. همچنین، عباراتی مثل "سوء نیت" یا "غیرقانونی بودن" نیز، در تعریف این جرم، مورد اشاره قرار نگرفته بود، تا امکان تفسیر موسع، برای رهایی متهم را فراهم کند. با وجود همه این محدودیت‌ها، دادگاه رسیدگی کننده به اتهام پزشک، به صدور حکم برائت پزشک مبادرت نمود. (Fletcher. 2000. Pp.779; Eser.1967. p.55)

مبنای این تصمیم قضایی آن بود که، در این نظام قضایی، حقوق موضوعه از حقوق فراقانونی و برتر، تفکیک می‌گردد. الزام حقوق موضوعه، به علت وضع آن توسط مراجع قانونگذاری رسمی است. اما الزام دومی، به علت رعایت معیار حق است. حق که مفهومی اخلاقی و هنجاری دارد، علت غایی یک سیستم قانونگذاری و مبنای آن را نشان می‌دهد. با توجه به مبنای فوق، در تعریف جرم و جرم‌انگاری، علاوه بر غیرقانونی بودن عمل، ناحق بودن (Wrong full) یا مبتنی بر خطا بودن آن نیز، باید مدنظر قرار گیرد. (فلیچر، ۱۳۸۴، ص ۲۴۳)

در صورت پذیرش این موضوع در تعریف جرم، آنرا باید عملی ناحق دانست که از طرف قانونگذار، جرم تلقی می‌شود و برای آن مجازات تعیین شده است. با لحاظ مفهوم حق در تعریف جرم، یک اسباب اباحه فراقانونی توسط محاکم قضایی، ایجاد شد و بر همین مبنا، پزشک از اتهام سقط جنین به استناد حالت ضرورت تبرئه شد. (همان)

نظیر همین پرونده در سال ۱۹۶۸ نیز مطرح شد که، در این پرونده، پزشکی که با نقض تعهد رازداری، وضعیت خطرناک بیمار اسکیزوفرنیک را به مقامات گزارش کرده بود، تبرئه شد. دلیل تبرئه این پزشک، دفاع ضرورت متضمن منافع و مصالح برتر بود (Fletcher, op.cit, p.785).

موضوعی که در پرونده سقط جنین ۱۹۲۷، در محافل قضایی و حقوقی مطرح شد، این بود که مطابق چه معیاری می‌توان حالت ضرورت را از مصادیق اسباب اباحه دانست؟

نظریه اول، حاکی از آن بود که در صورت استفاده از وسایل متناسب برای تحقق اهداف خوب، می‌توان حالت ضرورت را از اسباب اباحه دانست و در صورتی که وسایل و اهداف سازگاری نداشته باشد، نمی‌توان، عمل را مشمول اسباب اباحه دانست. اما مطابق نظر دیگر، در بررسی موضوع، منافع رقیب را باید مدنظر قرار داد. در همین معیار نیز اختلاف نظر وجود داشت. عده‌ای با تأسی از تئوری‌های منفعت‌گرایانه، قتل یک بی‌گناه را که باعث نجات عده‌ای شود، مشمول اسباب اباحه می‌دانستند. اما عده‌ای دیگر، با الگو گرفتن از مکتب اخلاقی کانت، با رعایت شرایطی چند، و در صورت تحقق اهداف ارزشمندتر، ارتکاب قتل را موجه می‌دانستند (Ibid, p.782).

در سال ۱۹۷۵، قانون مجازات جدید آلمان در ماده ۳۴، صراحتاً دفاع ضرورت و نیز اکراه را که مبتنی بر تحقق منافع عالی‌تر باشد، پذیرفت. اما دو نکته قابل ذکر در این قانون، وجود دارد که شایسته اشاره است:

نخست این که، در این ماده، برای تحقق دفاع ضرورت و اکراه، غلبه داشتن ضرر اجتناب شده از ضرر ایجاد شده، کافی نیست، بلکه ضرر اجتناب شده، باید بطور خاص (Essentially) یا ماهوی (Substantially) بر ضرر ایجاد شده، برتری داشته باشد، در حالی که در قوانین مشابه، مثل قانون جزای نمونه آمریکا، عبارات خاص یا ماهیتی، ملاحظه نمی‌شود. (Fletcher, 2000, p.p.786-787)

ذکر عبارات فوق در قانون جزای آلمان، برای خارج کردن مصادیقی است که منفعت برتر یا ضرر کمتر، از تشخیص و تعیین ویژه‌ای برخوردار نمی‌باشد.

دوم این که در قانون جزای آلمان، قید منحصر به فردی وجود دارد که در هیچ متن قانونی دیگری، دیده نمی‌شود. این قید آن است که عمل انجام شده توسط عامل، وسیله‌ای مناسب برای اجتناب از خطر باشد. با توجه به معیار اخیر، در پرونده انگلیسی «دادلی و استفان»، متهمانی را که برای نجات خود از گرسنگی، یکی از خدمه کشتی را به قتل رسانده بودند و از اعضای بدن او تغذیه کرده بودند، نمی‌توان مشمول دفاع ضرورت مبتنی بر اسباب اباحه دانست. در این پرونده، اگرچه قتل یک نفر موجب نجات دو نفر شده بود، اما وسیله به کار رفته نامتناسب بود.

با بررسی تطبیقی موضوع، به پرسش مطروحه باز گردیم که آیا در حقوق کیفری ایران، رویه قضایی، امکان موجه دانستن اعمال فرد مضطر و مکره که از طریق استفاده از وسایل متناسب، در بردارنده منفعت برتری است را خواهد داشت؟

اگر مبنای جرم انگاری را جلوگیری از ضرر و قلمرو حقوق جزا را محدود به اعمال خطاکارانه‌ای که بطور جدی ارزشهای اساسی جامعه را تهدید می‌کند، بدانیم (عبدالفتاح، ۱۳۸۱، ص ۱۵۸)، اعمال فاقد ضرر و متضمن منفعت و مصلحت برتر را نمی‌توان مجرمانه دانست. با تکیه بر این تعریف فرا قانونی جرم، و استناد به قواعدی مانند اصل برائت، لزوم تفسیر مضیق قوانین جزایی، تفسیر موسع قوانین ارفاقی و نیز توجه به مبانی اسباب اباحه، به نظر می‌رسد که رویه قضایی می‌تواند با لحاظ شرایط در پیش گفته، اعمال مضطر و مکره را مشمول اسباب اباحه قلمداد نماید.

نتیجه:

مطالعه حقوق کشورهای مورد بررسی بیانگر آن است که دفاع ضرورت، به لحاظ ضرورت رعایت تناسب بین اقدام شخص در معرض خطر و خطر موجود، (تناسب در معنای تحقق منفعت برتر و شر کمتر) از مصادیق اسباب اباحه قلمداد می‌گردد اما در اکراه، واکنش شخص مکره در بسیاری از کشورها با معیار مزبور سنجیده نمی‌شود. از این رو، این دفاع در بسیاری از نظام‌های حقوقی از علل رافع مسئولیت کیفری است. با توجه به عدم تفاوت بنیادین بین اکراه و ضرورت در تعداد معدودی از کشورها، از جمله آلمان، شاهد این هستیم که با پیش‌بینی قواعد جامع، احکام ضرورت و اکراه به نحو واحد و یکپارچه‌ای پیش‌بینی شده است، که تحت شرایطی از مصادیق اسباب اباحه و تحت شرایط دیگر از مصادیق علل رافع مسئولیت کیفری است.

مطالعه قوانین جزایی ایران در دفاعیاتی مانند اکراه و ضرورت، بیانگر آن است که قانونگذار برخلاف نظام‌های کیفری مورد بررسی، ضرورت و اکراه را از اسباب اباحه یا علل موجهه جرم

ندانسته، بلکه مشمول علل رافع مسئولیت کیفری تلقی می‌نماید. از این‌رو، عمل شخص در معرض خطر واجد هر ویژگی باشد، جرم محسوب و تنها به علت فقد قابلیت سرزنش مرتکب، مجازات اعمال نخواهد شد.

در هر حال، مطابق اصول حقوقی، مبنای اسباب اباحه، مصلحت و منفعت برتر است که در بسیاری از موارد، عمل شخص در معرض خطر و تهدید، می‌تواند دربردارنده آن باشد. از این‌رو، ضروری است پیش‌بینی شود که در مواردی که عمل شخص در معرض خطر و تهدید متضمن شر و هزینه کمتری است، احکام اباحه بر آن بار گردد، اعم از اینکه منبع خطر، تهدیدی انسانی باشد یا خطری طبیعی. به عبارت بهتر، بدون تفکیک اکراه و حالت ضرورت از یکدیگر، باید حسب مورد برخی از مصادیق اکراه و ضرورت را از جمله اسباب اباحه، و برخی دیگر را از جمله علل رافع مسئولیت کیفری دانست. اما رویه قضایی، به استناد مبانی جرم‌انگاری و مبانی اسباب اباحه و نیز استناد به قواعدی مانند تفسیر موسع قوانین ارفاقی، می‌تواند تا زمان اصلاح قانون، نقیصه قانونی مورد بحث را مرتفع نماید.

منابع و مأخذ

الف. فارسی

۱. اردبیلی، محمدعلی، ۱۳۷۷، **حقوق جزای عمومی**، چاپ اول، تهران، انتشارات میزان.
۲. استفانی، گاستون و ژرژ لواسور، ۱۳۷۷، **حقوق جزای عمومی**، ترجمه حسن دادبان، تهران، انتشارات دانشگاه علامه طباطبایی.
۳. صانعی، پرویز، ۱۳۷۲، **حقوق جزای عمومی**، تهران، انتشارات گنج دانش.
۴. عبدالفتاح، عزت، ۱۳۸۱، **جرم چیست و معیارهای جرم‌انگاری کدام است**، ترجمه اسماعیل رحیمی‌نژاد، مجله حقوقی دادگستری، شماره ۴۱.
۵. فلیچر، جورج پی، ۱۳۸۴، **مفاهیم بنیادین حقوق کیفری**، ترجمه سیدمهدی سیدزاده ثانی، مشهد، مؤسسه چاپ و انتشارات آستان قدس رضوی.
۶. گلدوزیان، ایرج، ۱۳۸۴، **بایسته‌های حقوق جزای عمومی**، تهران، انتشارات میزان.
۷. محسنی، مرتضی، ۱۳۷۶، **دوره حقوق جزای عمومی**، تهران، انتشارات گنج دانش.

ب. خارجی

1. Ashworth, Andrew, (1992), **Principles of Criminal Law**, New York: Oxford University press.
2. Chiesa, Luis E, (2007), **Duress Demanding Heroism and proportionality**, Pace Law School, [http://digitalcommons.pace.edu/Law faculty/ 404](http://digitalcommons.pace.edu/Law%20faculty/404)
3. Elliott. Catherine and Frances Quinn, (2006), **Criminal Law**, Edinburg: Gata Harlow.
4. Eser, Albin, (1987), **Justification and Excuse, A key Issue in the Concept of Crime, in Justification and Excuse: Comparative perspective**, edited by Albin Eser et al, Vol.1.Dobbs Ferry, Nt: Transnational Juris publication.
5. Fletcher, George p. (1974), **The Individualization of Excusing condition**, Southern California Law Review, 47
6. Fletcher, George, (2000), **Rethinking Criminal Law**, New York, Oxford university press.
7. Hearing, Jonathan, (2002) **Criminal Law**, New York, Palgrave MacMillan.
8. Horder, Jereme, (1998) **Self-defense, Necessity and Duress**, Canadian Journal of law and Jurisprudence, Vol. XJ, No.1.
9. Lafave, Wayne. (2000) **Criminal Law**, West.
10. Qoung, Jonothan, (2007), **killing in Self-Defense**, Politics University of Manchester, Mancept Working Paper series.
11. Robinsin, Paul H, (1997), **structure and Function in Criminal Law**, Clarendon Press Oxford.

12. Slidregt, Elies Van, (2003), **Defense in International Criminal Law**, paper to be presented at the conference convergence of Criminal Justice Systems: Building Bridge Bridges the Gap, The International Society for The Reform of Criminal Law. 17th International Conference.
13. Western, Peter and James Mangiafico, **The Criminal Defense of Duress**, Buffalo Criminal Law Review, Vol.6
14. Willson, william, (1998), **Criminal law**, London and New York, Longman.