

Analyzing the Fulfillment's Conditions of the Concepts of Duressor and Duressee in Iranian Criminal Law and Jurisprudence of Five Religions (With a view to Western Law)

Hamidreza Kalantari¹

LLD in Criminal Law and Criminology, Faculty of Law, Farabi School of Tehran University

Abstract

Duress is one of the defenses that the holy lawgiver of Islam, considering of the necessity of free will in committing human behavior, has confirmed and emphasized it before all the advanced laws of the progressive countries of the current world. Duressor and duressee are the basic elements of the realization of duress. In criminal laws and regulations, it has sufficed to mention the phrase "unbearable duress" and the fulfillment's conditions of the mentioned concepts in legal works have been briefly studied and Islamic jurists have not examined and analyzed this issue under an independent title. In respect of some of these conditions, there is a significant disagreement between *Imamieh* and *Ahl-E-Sunnat* jurists. Unlike some jurists of the Islamic world, the author, while examining and analyzing the conditions of duressor and duressee carefully, believes that there is no definite connection between the absence of duressor and the downfall of duress. Also, if the guilty duressee, despite knowing or predicting the occurrence of duress reasonably, does not avoid it, defense of duress will not be acceptable if they be located in a duress situation and committing a crime. In this regard, it is necessary for the legislature to act for legalizing silent issues, especially disputes in this field, in order to eliminate the aforementioned gaps.

Keywords: Duress, duressor, duressee, prior fault, *Ahl-E-Sunnat* jurisprudence.

Received: 06/08/2024

Accepted: 10/09/2024

How To Cite: Hamidreza Kalantari, (2024). Analyzing the Fulfillment's Conditions of the Concepts of Duressor and Duressee in Iranian Criminal Law and Jurisprudence of Five Religions (With a view to Western Law), *Criminal law doctrines of Islamic countries*, 1 (3), 37-52.

doi.org/ 10.22091/dlic.2024.11131.1021

Published by: University of Qom

©The Author(s)

Article type: Research

واکاوی شرایط صدق مفاهیم مکروه و مکروه در حقوق کیفری ایران و فقه مذاهب خمس (با نگاهی به حقوق غرب)

حمیدرضا کلانتری^۲

دکتر در حقوق کیفری و جرم‌شناسی از دانشکده حقوق دانشکده‌های فقه‌پای دانشگاه تهران
sadesaz1362@gmail.com

چکیده

اکراه از جمله دفاعیاتی است که شارع مقدس اسلامی با عنایت به لزوم اراده آزاد در ارتکاب رفتار انسانی، آن را پیش از همه قوانین پیشرفته کشورهای متمدن دنیای کنونی مورد پذیرش و تأکید قرار داده است. مکروه و مکروه از ارکان اساسی تحقق اکراه می‌باشند. در قوانین و مقررات کیفری، به ذکر عبارت «اکراه غیرقابل تحمل» اکتفا شده است و شرایط صدق مفاهیم مذکور در آثار حقوقی به‌اختصار بررسی و فقیهان اسلامی نیز این موضوع را ذیل عنوان مستقلی بررسی و تحلیل نموده‌اند. در مورد برخی از این شرایط نیز میان فقیهان امامیه و اهل سنت اختلاف نظر معناداری مشاهده می‌شود. نگارنده ضمن بررسی و تحلیل دقیق شرایط مکروه و مکروه، برخلاف برخی از فقیهان جهان اسلام بر این باور است که میان غیبت مکروه و زوال اکراه ملازمه قطعی وجود ندارد. همچنین اگر مکروه مقصر علی‌رغم علم یا پیش‌بینی معقول از وقوع اکراه، از آن اجتناب ننماید، در صورت واقع شدن در وضعیت اکراهی و ارتکاب جرم، دفاع اکراه از وی قابل پذیرش نخواهد بود. در این راستا لازم است مقنن در جهت رفع خلأهای مذکور به تقنین موضوعات مسکوت‌بالموضوع اختلافی در این زمینه اقدام نماید.

کلیدواژه‌ها: اکراه، مکروه، مکروه، خطای پیشینی، فقه اهل سنت.

پژوهشگاه علوم انسانی و مطالعات فرهنگی
پرتال جامع علوم انسانی

تاریخ پذیرش: ۱۴۰۳/۰۶/۲۰

تاریخ دریافت: ۱۴۰۳/۰۵/۱۶

استناد: حمیدرضا کلانتری، (۱۴۰۳). واکاوی شرایط صدق مفاهیم مکروه و مکروه در حقوق کیفری ایران و فقه مذاهب خمس (با نگاهی به حقوق

غرب)، آموزه‌های حقوق کیفری کشورهای اسلامی، ۱ (۳)، ۵۲-۳۷.

doi.org/ 10.22091/dclc.2024.11131.1021

نوع مقاله: پژوهشی

© نویسندگان

ناشر: دانشگاه قم

مقدمه

اکراه از جمله دفاعیاتی است که همواره بر آزادی اراده و قدرت تصمیم‌گیری آزادانه انسان تأثیر منفی دارد و بدین جهت به‌عنوان یکی از موانع مسئولیت کیفری در قوانین کشورهای مختلف جهان پیش‌بینی شده است. شارع مقدّس اسلام نیز با عنایت به لزوم اراده آزاد در ارتکاب رفتار انسانی آن را پیش از همه قوانین پیشرفته کشورهای متمدّنی دنیای کنونی مورد پذیرش و تأکید قرار داده است. مبنا و مستند روایی فقیهان اسلامی در رفع آثار تکلیفی و وضعی از شخص مکروه، حدیث شریف «رفع» است که در مقام امتنان و تسهیل امور وارد شده است. مقتّن در فصل دوم از بخش چهارم کتاب اول قانون مجازات اسلامی ذیل عنوان موانع مسئولیت کیفری در ماده ۱۵۱ مقرر می‌دارد: «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمّل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد. در جرائم موجب تعزیر، اکراه‌کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود. در جرائم موجب حد و قصاص طبق مقررات مربوط رفتار می‌شود.»

با نگاهی گذرا به قانون مجازات اسلامی روشن می‌شود، مقتّن به تعریف و مفهوم این دفاع در حقوق کیفری نپرداخته است. این سکوت مقتّن زمینه را برای بروز اختلاف و ابراز مفاهیم گوناگون از سوی نقش‌آفرینان جامعه حقوقی کشور مهیا نموده است. در مورد عناصر اکراه و شرایط آن نیز مقتّن به ذکر اصطلاح «غیرقابل تحمّل» اکتفا نموده است. بررسی آثار حقوق‌دانان کیفری بیانگر آن است که ایشان نیز اغلب به نحو گذرا و سطحی به برخی از شرایط اکراه اشاره داشته‌اند. در آثار فقهی نیز این موضوع به نحو مستقل و جامع مورد بررسی و تحلیل واقع نشده است. همین امر کنکاش و واکاوی دقیق عناصر اکراه و شرایط آن از جمله مفاهیم مکروه و مکروه را ایجاب می‌نماید. نگارنده برآن است تا با بررسی دقیق مفاهیم مذکور، دریچه‌های نوینی را جهت رفع اشکالات و ابهامات موجود به روی مقتّن بگشاید تا با وضع قوانین جامع، صریح و روشن به اختلاف‌های نظری و عملی در این زمینه پایان دهد. بدین منظور ابتدا مفهوم اکراه بررسی، سپس مفاهیم مکروه و مکروه مطرح و مورد سنجش و ارزیابی قرار می‌گیرند.

۱. مفهوم اکراه

برای نیل به مفهوم دقیق و علمی اکراه لازم است تا به بررسی معنای لغوی آن در لسان واژه‌شناسان و معنای اصطلاحی آن در لسان اندیشمندان اسلامی پرداخته شود.

۱-۱. اکراه در لسان واژه‌شناسان

اکراه مصدر باب افعال واژه‌ای عربی، از ریشه «کره» (به فتح و ضمّ اوّل و سکون ثانی) است. برخی معنای «کره» و «کرّه» را یکسان می‌دانند (ابن اثیر، ۱۳۶۷: ۴-۱۶۸). برخی نیز معتقدند «کرّه» عبارت از سختی و مشقتی که از خارج بر انسان وارد و با اکراه بر او تحمیل می‌شود؛ لیکن «کرّه» آن سختی و رنجی است که از درون انسان را آزار می‌دهد و او آن را ناپسند می‌داند، بر دو گونه است:

الف. آنچه را که از روی طبع مکروه می‌شود؛

ب. آنچه از جهت عقل یا شرع زشت و مکروه شمرده می‌شود. از این روی صحیح است که انسان در مورد یک چیز بگوید: من آن را می‌خواهم ولی از آن اکراه دارم، به این معنی که از جهت طبع و سرشت آن را می‌خواهم و اراده می‌کنم ولی از ناحیه عقل یا شرع زشت و مکروهش می‌دارم یا از جهت عقل و شرع می‌خواهم و از ناحیه طبع و

سرشت بدش می‌دانم. بنابراین اکراه، واداشتن انسان به چیزی است که آن را ناپسند می‌داند (راغب اصفهانی، ۱۴۱۲، ۷۰۸-۷۰۷؛ ابن منظور، ۱۴۱۴: ۱۳-۵۳۴). در فرهنگ‌های فارسی نیز معانی ذیل آمده است: به ناخواه و ستم بر کاری داشتن، به کار خلاف میل واداشتن کسی را (دهخدا، ۱۳۷۲: ۲-۲۶۹۷) ناپسند داشتن، امتناع (قرشی، ۱۴۱۲: ۶-۱۰).

صاحب کتاب «التعريفات» می‌نویسد: اکراه عبارت از الزام و اجبار انسان به امری است که طبعاً یا شرعاً آن را ناخوش می‌دارد و با وجود ناخرسندی، برای رفع ضرری شدیدتر، به آن اقدام می‌کند (حسینی جرجانی، ۱۴۲۱: ۳۷). به نظر می‌رسد بازگشت همه این معانی به منع و مانع بودن است و فاصل و انتهای شی نیز به همان منع برمی‌گردد (مکارم شیرازی، ۱۳۶۳: ۴۷ و ۴۹).

۲-۱. اکراه در لسان اندیشمندان اسلامی

از دیدگاه بسیاری از فقهای امامیه، مرجع در تعریف اکراه عرف است (نجفی، ۱۳۸۵: ۳۲-۱۱؛ موسوی خمینی، ۱۴۳۴، ۲-۲۴۸: ۲۵۲).

صاحب جواهر در این زمینه می‌نویسد: «ملاک در تعریف اکراه مانند سایر عناوینی که موضوع حکم شرعی قرار می‌گیرند، عرف و لغت است؛ زیرا حقیقت شرعی برای آن‌ها وجود ندارد.» (نجفی، ۱۳۸۵: ۳۲-۱۱). فقیهان اسلامی تعاریف مختلفی را از واژه «اکراه» ارائه نموده‌اند که در ذیل به چند نمونه اشاره می‌شود: «اکراه عبارت است از تهدید دیگری به امری که وی را به انجام فعل یا ترک فعل موردنظر، وادار می‌سازد» (موسوی خمینی، ۱۴۳۴: ۲-۲۲۳).

حقیقت و معنای «اکراه» از نظر لغت و عرف عبارت است از وادار نمودن دیگری بر رفتاری که آن را ناپسند می‌دارد. برای صدق عنوان اکراه، وادار کردن مکروه می‌بایست توأم با تهدیدی باشد که وی ظن به وقوع آن در صورت امتناع از مطلوب مکروه داشته باشد؛ به نحوی که نسبت به نفس یا عرض یا مال مکروه یا بستگانش مضر باشد (انصاری، ۱۴۱۱: ۴۵۱-۱).

کراهت در لغت ضد میل و دوست داشتن است و اکراه یعنی وادار کردن شخصی به چیزی که میل ندارد و این معنا زمانی تحقق پیدا می‌کند که شخصی را به چیزی که ناپسند اوست، وادار کنند؛ به گونه‌ای که در صورت ترک آن ضرری متوجه خودش یا اقوامش و یا یکی از مؤمنین می‌شود و اگر آن تهدید منتفی شود، اکراه هم منتفی می‌شود (موسوی خوئی، ۱۴۱۷: ۱-۴۴۸). موضوع اکراه غالباً به مناسبت در ابواب فقه مطرح و به‌ندرت به‌عنوان مبحثی مستقل مورد توجه قرار گرفته است. نمونه‌هایی محدود از طرح مستقل این مبحث در آثار مذهب حنفی و مذهب ظاهری دیده می‌شود. در کتاب المبسوط سرخسی، «کتاب الإکراه» به‌عنوان یکی از ابواب فقهی پیش‌بینی شده است.^۳ ایشان در تعریف اکراه می‌نویسد: «اکراه نام کاری است که شخص نسبت به غیر خود روا می‌دارد تا رضایت او را منتفی ساخته یا اختیارش را محدود نماید؛ بدون اینکه اهلیت کار و یا خطاب را از او بگیرد (السرخسی، ۱۴۱۴: ۲۴-۳۸).

حقوق‌دانان نیز تعاریفی از اکراه ارائه نموده‌اند که غالباً بیانگر همان مفهوم لغوی و فقهی آن است. برای نمونه به

۳. در کتب «الهدایة شرح بدایة المبتدی» و «المحلّی بالآثار» نیز باب مستقلی به «اکراه» اختصاص داده شده است. (المرغینانی، ۱۴۱۷: ۶-۴۱۴؛ ابن حزم، ۱۴۲۵: ۷-۲۰۳)

چند تعریف اشاره می‌شود:

«حقیقت معنی اکراه، از نظر لغت و عرف، وادار کردن کسی است دیگری را بر انجام دادن فعل یا ترک فعلی که مورد بی میلی و کراهت اوست.» (فیض، ۱۳۸۱: ۳۲۳؛ الهام و برهانی، ۱۴۰۰: ۱-۳۰۹).
«اکراه حالتی است که شخص بر اثر تهدیدی غیرقانونی و غیرقابل تحمل نسبت به خود یا بستگانش که از جانب شخص دیگری صورت گرفته، مرتکب جرمی می‌شود که تهدید کننده از او می‌خواهد.» (قیاسی و ساریخانی، ۱۳۹۵: ۲۹۰-۳).

از دیدگاه نگارنده اکراه وضعیتی است که شخص تحت تأثیر ترس ناشی از تهدید غیرقابل تحمل و غیرقانونی عامل انسانی نسبت به خودش یا اشخاص مهم و گرامی نزد وی برای حفظ جان یا مال یا عرض مرتکب رفتار مجرمانه درخواستی مکروه می‌شود. لذا می‌توان گفت که شخص مکروه دارای اراده و محدودیت اختیار است.

۲. مکروه و شرایط آن

مکروه یا اکراه کننده شخصی است که دیگری را به ضرری در صورت عدم انجام مطلوب وی تهدید می‌نماید. در ذیل شرایط مکروه مورد بررسی و تحلیل قرار می‌گیرد.

۲-۱. انسان بودن

منشأ اکراه - مکروه - می‌بایست انسان باشد (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱-۱۲۲؛ جزائری مروج، ۱۴۲۸: ۴-۱۹۹) در غیر این صورت سخن از مسئولیت کیفری منتفی است. عبارات «اکراه کننده به مجازات فاعل جرم محکوم می‌شود»، «اکراه کننده به حبس ابد محکوم می‌شود»، «موجب قصاص اکراه کننده است.»، «هرگاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند» و ... به ترتیب در مواد ۱۵۱، ۳۷۵، ۳۷۷، ۳۷۹ (ق.م.ا) و ... به روشنی بیانگر این شرط در نظام کیفری ایران است؛ زیرا برخلاف قرون وسطی که حیوانات نیز محاکمه و مجازات می‌شدند، در دنیای کنونی، مسئولیت کیفری و به تبع آن تحمل مجازات، مختص انسان است.

۲-۲. وجود واقعی داشتن

مکروه می‌بایست در واقعیت موجود باشد و مکروه نیز به وجود وی آگاه باشد. با فقدان هرکدام از این دو مورد، عنوان اکراه منتفی می‌شود. در اینجا دو فرض متصور است: نخست، مکروه وجود واقعی دارد، لیکن مباشر از وجود وی آگاهی ندارد. در این صورت اکراه منتفی و مسئولیت کیفری با مباشر است. دوم، شخص مکروه واقعاً وجود خارجی ندارد، لیکن دیگری تصور می‌کند که مکروه وجود دارد یا توهم می‌نماید که امر به ارتکاب بزه از سوی مکروه صادر شده است، درحالی که چنین امری صادر نشده است. در این حالت نیز عنوان اکراه صدق نمی‌کند، لیکن مباشر نیز مرتکب فعل حرامی نشده است؛ زیرا ملاک در عصیان - مخالفت با اوامر و نواهی شارع مقدس - آن است که شخص بدون وجود عذر معقول، تعمّد در عصیان داشته باشد؛ درحالی که در فرض مذکور مباشر عقلاً معذور است (موسوی خونی، ۱۴۱۷: ۳-۲۹۷-۲۹۵؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱-۱۲۲؛ سبزواری، ۱۴۳۰: ۱۶-۲۹۰). عبارات مورد اشاره از قانون مجازات اسلامی در بند پیشین، گویای شرطیّت این امر در نظام کیفری ایران است؛ زیرا در صورت فقدان وجود واقعی مکروه، اعمال مجازات نسبت به وی موضوعیت ندارد.

۳-۲. توانایی مکروه بر انجام مکروهه^۴

مکروه می‌بایست توانایی و قدرت اعمال مکروهه به - وعید- تهدید - بر مکروه را در صورت خودداری وی از انجام مکروهه علیه، داشته باشد؛ در غیر این صورت اکراه محقق نمی‌شود. در برخی از آثار فقهی امامیه با عبارات مشابه^۵ مانند «كون المكروه قادراً على فعل ما توعده به بولایه أو تغلب أو نحوهما» به این موضوع اشاره شده است (نجفی، ۱۳۸۵: ۳۲-۱۱). در آثار فقهی اهل سنت نیز برای بیان این شرط از عباراتی نظیر^۶ «و شرط الإكراه قُدْرَةُ الْمُكْرَهِ عَلَى تَحْقِيقِ مَا هَدَدَ بِهِ بِوَلَايَةٍ أَوْ تَغْلِبٍ» استفاده شده است (الشربینی، ۱۴۱۸: ۳-۳۸۲؛ الأنصاری، ۱۴۱۸: ۲-۱۲۴؛ الدمیری، ۱۴۲۵: ۵۰۴-۷؛ النوی، ۱۴۲۶: ۴۱۶). عبارات «اکراه غیرقابل تحمل»، «شخصی برای دفاع و رهایی از اکراه... مرتکب قتل اکراه‌کننده شود یا آسیبی به او وارد کند» به ترتیب در مواد ۱۵۱، ۳۸۰ (ق.م.ا) گویای وابستگی تحقق اکراه به این شرط، در نظام کیفری ایران است. بدین توضیح که اکراه در صورتی غیرقابل تحمل است که مکروه حداقل در ظاهر امر، توانایی کافی برای به فعلیت درآوردن آن را داشته باشد، در غیر این صورت با عنایت به یقین یا ظن غالب مکروه بر عدم توانایی مکروه از اعمال تهدید، اکراه محقق نمی‌شود.

۴-۲. لزوم حضور مکروه

برخی از فقیهان اسلامی حضور شخص مکروه برای تحقق اکراه را لازم و ضروری می‌دانند. ایشان معتقدند در صورت غیبت مکروه، رفتار ارتكابی مکروه در قلمرو اکراه قابل بررسی نیست؛ زیرا با عدم حضور مکروه، اکراه منتفی است. در برخی از آثار فقه حنفی در این زمینه آمده است: «و الحامل أعم من أن يكون حقيقياً كما إذا كان حاضراً، أو حكماً كما إذا كان غائباً و رسوله حاضر خاف الفاعل منه خوف المرسل و أمّا إذا غاب الرسول أيضاً فلا إكراه.» (الکلبی، ۱۴۱۹: ۴-۳۹؛ الطوری، ۱۴۱۸: ۸-۱۲۹).

ماده ۱۰۰۵ مجله العدل بر مبنای فقه حنفی چنین مقرر می‌دارد: «هرگاه مکروه عمل مورد اکراه را در حضور مکروه یا همکار او انجام دهد، معنای اکراه صدق می‌کند؛ ولی چنانچه در غیاب وی انجام دهد، اکراه محسوب نخواهد شد؛ زیرا عمل مزبور پس از زوال اکراه، اختیاری است.»^۷ (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵: ۳-۲۶۰).

بر اساس مبانی این دیدگاه، میان غیبت مکروه و زوال اکراه ملازمه وجود دارد. لیکن به نظر می‌رسد آنچه در اکراه از اهمیت برخوردار است و بنیان آن را تشکیل می‌دهد، بروز خوف در مکروه و عروض حالت ناچاری در وی است. بدین ترتیب تا زمان وجود خوف در نفس مکروه علیرغم عدم حضور مکروه، اکراه محقق است. به عبارت روشن‌تر ملاک تحقق اکراه وجود تهدید و ترس حاصل از آن - نه مسائل و شرایط جنبی مانند حضور یا غیبت مکروه - است. کاشف

۴. در ماده ۱۰۰۳ مجله العدل آمده است: «يشترط أن يكون المجبر مقتدرًا على إيقاع التهديد. بناء عليه لا يعتبر إكراه من لم يكن مقتدرًا على إيقاع التهديد و تنفيذه.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵: ۳-۲۵۸؛ الزحيلي، ۱۴۰۹: ۵-۳۸۸)

۵. «كون المكروه قادراً على فعل ما توعده به» (الحلی، ۱۴۲۵: ۳-۴؛ الطوسی، ۱۳۸۷: ۵-۵۱) «مع قدرة المتوعد على فعل ما توعده به» (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۶-۱۹؛ بحرانی، ۱۴۰۹: ۲۵-۱۵۹؛ طباطبایی، ۱۴۲۲: ۱۲-۲۰۲؛ نراقی، ۱۴۲۹: ۱۴-۲۶۷). «كون المكروه غالباً قادراً على ما يهدده به بولایه أو تغلب» (جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۹-۱۸)

۶. «أن يكون قادراً بسلطان أو تغلب كاللص ونحوه.» (المقدسی، ۱۴۱۷: ۱۰-۳۵۳؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸: ۶-۲۹۷؛ المقدسی، عبدالله؛ المقدسی، عبدالرحمن؛ المرادوی، علی، ۱۴۱۶: ۲۲-۱۵۴)

«قدرة المكروه على إيقاع ما يهدد به سلطاناً أو لصاً» (العینی، ۱۴۲۰: ۱۱-۴۰-۳۹؛ الکلبی، ۱۴۱۹: ۴-۳۹)

«فَالْمُعْتَبَرُ فِي الْمَكْرَهَةِ تَمَكُّنُهُ مِنْ إِيْقَاعِ مَا هَدَدَهُ بِهِ، فَإِنَّهُ إِذَا لَمْ يَكُنْ مُتَمَكِّنًا مِنْ ذَلِكَ، فَإِكْرَاهُهُ هَذَيَانٌ.» (السرخسی، ۱۴۱۴: ۲۴-۳۹)

«أَمَّا الَّذِي يَرْجِعُ إِلَى الْمَكْرَهَةِ فَهُوَ أَنْ يَكُونَ قَادِرًا عَلَى تَحْقِيقِ مَا أُوْعِدَ؛ لِأَنَّ الصُّورَةَ لَا تَتَحَقَّقُ إِلَّا عِنْدَ الْقُدْرَةِ.» (کاسانی حنفی، ۱۴۲۴: ۱۰-۱۰۴)

۷. «إن فعل المكروه المكروه عليه في حضور المجبر أو عونه كان الإكراه معتبراً. و أمّا إذا فعله في غيابه فلا يعتبر لأنه يكون قد فعله طوعاً بعد زوال الإكراه.»

الغطاء از فقهای نامدار امامیه همسو با دیدگاه اخیر بیان می‌دارد: «تفاوتی ندارد، مکروه، مکروه‌علیه را در حضور یا غیاب مکروه انجام دهد، زیرا بعد از تحقق شروط مذکور، بر حضور و غیاب مکروه اثری مترتب نیست.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵: ۲۶۰-۳). هرچند در قوانین و مقررات کیفری تصریحی در این زمینه ملاحظه نمی‌شود، لیکن با عنایت به عبارت «اکراه غیرقابل تحمل» در ماده ۱۵۱ (ق.م.ا) به نظر می‌رسد آنچه از دیدگاه مقتن در تحقق اکراه لازم است و بنیان آن را تشکیل می‌دهد، وجود تهدید و ترس حاصل از آن است و حضور یا عدم حضور مکروه تأثیری در این زمینه ندارد. لازم به ذکر است که شخصیت مکروه هیچ تأثیری در تحقق اکراه ندارد (حسینی شیرازی، ۱۴۰۹: ۸۹-۷۶؛ کاسانی حنفی، ۱۴۲۴: ۱۰-۱۰۴؛ الزلمی، ۱۴۳۵: ۱۶۲؛ حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶: ۵۱۲؛ صادقی، ۱۳۹۴: ۲۰۴). بنابراین علیرغم عدم بلوغ یا جنون شخص، امکان صدق عنوان مکروه نسبت به وی وجود دارد.

۳. مکروه و شرایط آن

مکروه شخصی است که به ایراد ضرری نسبت به نفس یا آبرو یا مال خویش یا اشخاصی که برای وی گرامی و عزیز هستند مانند فرزند، همسر، پدر، مادر، خواهر، برادر و... تهدید می‌شود. در ادامه به شرایط لازم برای صدق عنوان مکروه پرداخته می‌شود.

۳-۱. در معرض تهدید قرار داشتن

مکروه می‌بایست به سبب تهدید به ضرری که یک‌راست متوجه جان یا سلامتی یا آبرو یا مال وی یا شخص عزیز و گرامی نزد وی است، در مخاطره باشد. عبارات «هرگاه کسی بر اثر اکراه غیرقابل تحمل مرتکب رفتاری شود که طبق قانون جرم محسوب می‌شود، مجازات نمی‌گردد» و «هرگاه کسی دیگری را به رفتاری اکراه کند که موجب جنایت بر اکراه شونده گردد» در مواد ۱۵۱ و ۳۷۹ (ق.م.ا) گویای شرطیت این امر نزد مقتن است.

۳-۲. ناتوانی در رهایی از تهدید

برای مکروه امکان مقاومت یا فرار یا درخواست کمک از نیروهای انتظامی یا سایر اشخاص توانمند جهت رهایی از تهدید وجود نداشته باشد. لذا اگر امکان گریز از تهدید به طرق مذکور یا هر اقدامی به جز ارتکاب مطلوب مکروه، میسر باشد، مکروه محسوب نمی‌شود (العوجی، ۱۹۹۲: ۲-۳۳۹). به بیان روشن‌تر، مکروه باید ناچار از ارتکاب مکروه‌علیه باشد و به تعبیر اصولیین فاقد مندوحه باشد. فقیهان اسلامی در مورد تحقق این شرط در محرمات اتفاق نظر دارند (انصاری، ۱۴۱۱: ۱-۴۵۴؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷: ۳-۳۰۳؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱-۱۲۲؛ موسوی خمینی، ۱۴۳۰: ۲-۹۱-۹۰؛ نراقی، ۱۴۲۹: ۱۴-۲۶۸-۲۶۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۳۸؛ الشربینی، ۱۴۱۸: ۳۸۲-۳؛ الأنصاری، ۱۴۱۸: ۲-۱۲۴؛ الدمیری، ۱۴۲۵: ۷-۵۰۴؛ النووی، ۱۴۲۶: ۴۱۶). پیش‌بینی صریح مقتن در مورد حق دفاع مشروع در مقابل مکروه موضوع ماده ۳۸۰ (ق.م.ا) و مفهوم عبارت «اکراه غیرقابل تحمل» بیانگر آن است که اگر مکروه راه‌گیزی برای رهایی از تهدید داشته باشد، دیگر استناد به دفاع اکراه از وی پذیرفته نیست.

۳-۳. یقین یا ظن به اجرای تهدید^۸

مکروه می‌بایست یقین یا ظن غالب داشته باشد که در صورت امتناع از انجام مکروه‌علیه، مکروه به عملی خواهد شد.

۸. در ماده ۱۰۰۴ مجله العدل آمده است: «یشترط خوف المکروه من المکروه به. یعنی: یشرط حصول ظن غالب للمکروه بإجراء المکروه به إن لم يفعل المکروه علیه.» (کاشف الغطاء، ۱۴۲۵: ۳-۲۵۸؛ الزحیلی، ۱۴۰۹: ۵-۳۸۹-۳۸۸)

عباراتی نظیر^۹ «أن يعلم أو يظن غالباً أنه لو لم يفعل ما يريده و امتنع من ذلك أو وقع به المكروه». بیانگر لزوم این شرط نزد فقیهان اسلامی می‌باشد (نجفی، ۱۳۸۵: ۱۱-۳۲؛ الحلی، ۱۴۲۵: ۳-۴؛ الطوسی، ۱۳۸۷: ۵-۵۱؛ جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۶-۲۰؛ جبعی عاملی، ۱۴۲۵: ۹-۱۸؛ بحرانی، ۱۴۰۹: ۲۵-۱۵۹؛ طباطبایی، ۱۴۲۲: ۱۲-۲۰۲؛ نراقی، ۱۴۲۹: ۱۴-۲۶۷). در آثار اهل سنت از جمله کتاب «بدائع الصنائع فی ترتیب الشرائع» چنین آمده است:

«از شرایط تحقق اکراه نسبت به مکروه آن است که اندیشه یا ظن غالب داشته باشد که در صورت عدم انجام درخواست مکروه، تهدید وی عملی خواهد شد؛ اندیشه یا ظن غالب برای تحقق اکراه کفایت می‌کند؛ زیرا اندیشه غالب حجت محسوب می‌شود، بالأخص زمانی که رسیدن به یقین دشوار باشد. لذا اگر تهدید واقع شده باشد، لیکن اندیشه غالب مکروه آن باشد که مکروه، تهدید و وعید را انجام نمی‌دهد؛ حکم اکراه شرعاً ثابت نمی‌شود؛ زیرا ضرورت و ناچاری محقق نشده است.»^{۱۰} (کاسانی حنفی، ۱۴۲۴، ۱۰-۱۰۴)

سرخسی فقیه شهیر حنفی در این زمینه بیان می‌دارد: «چنانچه دزدان مسلح شخصی را برای انجام عملی حرام، تهدید به قتل نمایند؛ ولی شخص تهدید شده به عدم اقدام آنان مطمئن باشد، مجاز نیست عمل حرام را انجام دهد؛ زیرا معیار، خوف تلف است و با توجه به اینکه وی مطمئن به عدم اقدام آنان است، خوف صدق نمی‌کند؛ هرچند که آنان تهدید کرده باشند.»^{۱۱} (السرخسی، ۱۴۱۴: ۲۴-۵۰).

لازم به ذکر است، برخی فقها صرف احتمال عقلایی (موسوی خونی، ۱۴۱۷: ۳-۲۹۹؛ نائینی، ۱۴۲۴: ۱-۳۹۹؛ نجفی، ۱۳۸۵: ۳۲-۱۲؛ طباطبایی یزدی، ۱۴۲۱: ۱-۱۲۲؛ اصفهانی، ۱۳۹۳: ۳-۲۳۷؛ مکارم شیرازی، ۱۴۲۵: ۲۳۸؛ جزائری مروج، ۱۴۲۸: ۴-۲۰۱). و برخی مطلق احتمال (موسوی خمینی، ۱۴۳۰: ۲-۸۴؛ شبیری زنجانی، ۱۳۹۳: جلسه ۲۲۹)^{۱۲} اجرای تهدید را برای صدق عنوان اکراه کافی می‌دانند. به نظر می‌رسد در نظام کیفری ایران نیز، علم یا ظن غالب یا احتمال عقلایی مکروه مبنی بر تحقق مکروه به برای صدق عنوان اکراه کفایت می‌کند؛ زیرا ملاک تحقق اکراه آن است که انجام مطلوب مکروه ناشی از ترس ورود ضرر از ناحیه انسانی باشد، به نحوی که با فقدان ترس به ارتکاب آن رفتار اقدام نمی‌نمود.

۳-۴. عدم رفتار بیانگر اختیار

مکروه نمی‌بایست رفتاری را انجام دهد که دلالت بر اختیار وی نماید، به عبارت دیگر به جز مکروه علیه اقدام دیگری انجام ندهد (الزلمی، ۱۴۳۵، ۱۶۱؛ الزحیلی، ۱۴۰۹، ۵-۳۸۸)

۹. «أن يظن المكروه - بالفتح - أو يقطع بأنه إذا لم يأت بالمكروه عليه أوقع المكروه - بالكسر - به ما يتهذده فيه قتل أو ضرب أو نحوهما.» (كاشف الغطاء، ۱۴۲۵: ۳-۲۵۸) «أَنْ يُغْلِبَ عَلَى ظَنِّهِ تَزَوُّلُ الْوَعِيدِ بِهِ، إِنْ لَمْ يَجِبْهُ إِلَى مَا طَلَبَهُ.» (المقنن، ۱۴۱۷: ۱۰-۳۵۳؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸: ۶-۲۹۸ - ۲۹۷؛ المقدسی، عبداله؛ المقدسی، عبدالرحمن؛ المرداوی، علی، ۱۴۱۶: ۲۲-۱۵۴)

«خوف المكروه بالفتح وقوع ذلك أي ما هدد به الحامل بأن ظن أنه يوقعه» (العيني، ۱۴۲۰: ۱۱-۴۰ - ۳۹؛ الكليني، ۱۴۱۹: ۴-۳۹) «وَوَظَنَّهُ أَنَّهُ إِنْ أَفْتَحَ مِنْ فِعْلٍ مَا أَكْرَهَ عَلَيْهِ حَقَّقَهُ أَيْ فِعْلٌ مَا خَوَّفَهُ بِهِ.» (الشرييني، ۱۴۱۸: ۳-۳۸۲؛ الأنصاري، ۱۴۱۸: ۲-۱۲۵؛ الدميري، ۱۴۲۵: ۷-۵۰۴؛ النووي، ۱۴۲۶: ۴۱۶)

۱۰. «النَّيُّ الَّذِي يَرْجِعُ إِلَى الْمَكْرَهِ فَهُوَ أَنْ يَقَعَ فِي غَالِبِ رَأْيِهِ وَ أَكْثَرِ ظَنِّهِ أَنَّهُ لَوْ لَمْ يُجِبْ إِلَى مَا دُعِيَ إِلَيْهِ تَحَقَّقَ مَا أُوْعِدَ بِهِ؛ لِأَنَّ غَالِبَ الرَّأْيِ حُجَّةٌ خُصُوصاً عِنْدَ تَعَدُّرِ الْوُصُولِ إِلَى التَّعَيُّنِ حَتَّى أَتَى لَوْ كَانَ فِي أَكْثَرِ رَأْيِ الْمَكْرَهِ أَنَّ الْمَكْرَهَ لَا يُحَقَّقُ مَا أُوْعِدَ لَا يُثَبِّتُ حُكْمَ الْإِكْرَاهِ شَرْعاً، وَإِنْ وَجَدَ صُورَةَ الْإِعَادِ؛ لِأَنَّ الصُّورَةَ لَمْ تَتَحَقَّقْ.»

۱۱. «وَلَوْ أَنَّ هَؤُلَاءِ اللَّصُوصَ قَالُوا شَيْئاً مِنْ ذَلِكَ لِلرَّجُلِ، وَ الرَّجُلُ لَا يَرَى أَنَّهُمْ يُقْدِمُونَ عَلَيْهِ لَمْ يَسْعَ الْإِقْدَامَ عَلَى الْمُحَرَّمَ؛ لِأَنَّ الْمُتَعَبِّرَ خَوْفَ التَّلَفِّ، وَ لَا يَصِيرُ خَائِفاً التَّلَفَّ إِذَا كَانَ يَعْلَمُ أَنَّهُمْ لَا يُقْدِمُونَ عَلَيْهِ، وَإِنْ هَدَّوْهُ بِهِ.»

۱۲. «اگر کسی به خاطر ۴۰ یا ۵۰ درصد شبهه قتل، از انجام کاری امتناع نکند، عقلاء هم عذر او را می‌پذیرند.»

رفتار مکروه از چهار صورت خارج نیست:

اول، برابر با مکروه علیه؛

دوم، کمتر از مکروه علیه؛

سوم، بیشتر از مکروه علیه؛

چهارم، متفاوت از مکروه علیه.

در آثار فقهی این موضوع بیشتر در ضمن مباحث شرایط مطلق و شرایط متعاقدين در عقد بيع مورد بررسی واقع شده است. حکم صور اول و چهارم بدیهی و روشن است، در صورت اول اکراه محقق و در صورت چهارم اکراه منتفی است. از دیدگاه فقهای امامیه در صورت سوم به نظر می‌رسد رفتار ارتكابی مکروه نسبت به مازاد مکروه علیه، اختیاری محسوب می‌شود. در صورت دوم نیز علی‌الظاهر اکراه را صادق می‌دانند (جبعی عاملی، ۱۴۱۰: ۶-۲۲ - ۱۹؛ اصفهانی، ۱۴۱۶: ۸-۹؛ نجفی، ۱۳۸۵: ۳۲-۱۴ - ۱۳؛ انصاری، ۱۴۱۱: ۱-۴۵۸؛ موسوی خوئی، ۱۴۱۷: ۳-۳۲۶ - ۳۲۴؛ اصفهانی، ۱۳۹۳: ۲-۲۵؛ طباطبایی حکیم، ۱۴۰۵: ۱۹۹؛ موسوی خمینی، ۱۴۲۷: ۲ - ۱-۵۴۱: ۳۵۱-۳۵۰).

فقیهان اهل سنت اعم از مالکی، شافعی، حنفی و حنبلی در مورد صورت سوم قائل به اختیاری بودن رفتار ارتكابی مکروه می‌باشند. لیکن در مورد فرض دوم میان این دسته از فقیهان اختلاف نظر وجود دارد، فقهای شافعی و مالکی اکراه را منتفی می‌دانند در حالی که فقیهان حنفی و حنبلی در صدق عنوان اکراه تردیدی ندارند (الشربینی، ۱۴۱۸: ۳۸۲-۳؛ الأنصاری، ۱۴۱۸: ۲-۱۲۵؛ الدمیری، ۱۴۲۵: ۷-۵۰۴؛ النووی، ۱۴۲۶: ۱۶۴؛ الرملی، ۱۴۲۴: ۶-۴۴۶ - ۴۴۵؛ المقدسی، ۱۴۱۷: ۱۰-۳۵۴ - ۳۵۳؛ ابن مفلح، ۱۴۱۸: ۶-۲۹۸؛ المقدسی، عبدالله؛ المقدسی، عبدالرحمن؛ المرداوی، علی، ۱۴۱۶: ۲۲-۱۵۶؛ کاسانی حنفی، ۱۴۲۴: ۱۳۵ - ۱۳۳؛ الزحیلی، ۱۴۰۹: ۵-۳۹۰ - ۳۸۹).

با عنایت به تصریح مقتن مبنی بر «اکراه بر رفتار دارای عنوان مجرمانه»، «اکراه در قتل» و «اکراه در جایت بر عضو» موضوع مواد ۱۵۱، ۳۷۵ و ۳۷۷ (ق.م.ا) و تنقیح مناط از تبصره ماده ۱۲۶ (ق.م.ا) که مقرر می‌دارد: «برای تحقق معاونت در جرم، وحدت قصد و تقدم یا اقتران زمانی بین رفتار معاون و مرتکب جرم شرط است. چنانچه فاعل اصلی جرم، جرمی شدیدتر از آنچه مقصود معاون بوده است مرتکب شود، معاون به مجازات معاونت در جرم خفیف‌تر محکوم می‌شود.»، به نظر می‌رسد چنانچه رفتار مکروه کمتر از مکروه علیه باشد، اکراه محقق و سبب رفع مسئولیت کیفری از وی می‌شود. لیکن اگر او یا را فراتر از مطلوب مکروه بگذارد، نسبت به مازاد، رفتاری وی اختیاری است.

۳-۵. کراهت باطنی از مکروه علیه

برخی فقهای اهل سنت معتقدند مکروه می‌بایست نسبت به مکروه علیه قبل از تحقق اکراه نیز فاقد میل و رضایت درونی باشد. اعم از اینکه خواست و مطلوب مکروه حق شخص مکروه - مانند بیع مال خویش - یا حق شخص ثالث - مانند اتلاف مال غیر یا حق شرعی، مانند شرب خمر و زنا باشد (الحنفی الحصکفی، ۱۴۲۳: ۶۰۱؛ ابن عابدین، ۱۴۲۳: ۱۷۸-۹ السرخسی، ۱۴۱۴: ۲۴-۳۹؛ الزحیلی، ۱۴۰۹: ۵-۳۸۹). ایشان در بیان لزوم شرط مذکور

می‌نویسند: اگر مکروه از مکروه‌علیه ممتنع نباشد، اکراه به جهت فقدان یکی از ارکان آن - عدم رضا - محقق نمی‌شود^{۱۳} (الکلبولی، ۱۴۱۹: ۴-۴۰-۳۹).

به نظر می‌رسد در حقوق کیفری ایران نیز هرچند در اغلب موارد شرط مذکور به‌طور طبیعی وجود دارد؛ لیکن اثبات خلاف آن مانع جریان قاعده اکراه نمی‌شود؛ زیرا فرض آن است که در صورت فقدان اکراه، مکروه به‌رغم میل و رضایت باطنی بدان اقدام نمی‌کرد (حاجی ده آبادی، ۱۳۹۶: ۵۱۶؛ صادقی، ۱۳۹۴: ۱۹۸). یکی از فقهای نواندیش و بصیر معاصر در این زمینه بیان می‌دارند:

«خواه مکروه از مکروه‌علیه کراهت داشته باشد یا نه؛ اکراه محقق می‌شود؛ زیرا ... اراده گاه به امور مورد کراهت شخص و گاه به امور مورد تمایل وی تعلق می‌گیرد. ممکن است امری برحسب طبع مرتکب، مورد اشتیاق وی باشد، لکن بنابر مصالح عقلایی، اراده وی به ترک آن تعلق گیرد، مانند نوشیدن آب برای بیمار. در این صورت اگر شخصی وی را بر نوشیدن آب وادار نماید، نوشیدن آب ناشی از اکراه مکروه است.»^{۱۴} (موسوی خمینی، ۱۴۳۰: ۲-۸۳).

بدین ترتیب شخصی که سالیان دراز در آرزوی آمیزش با یار دیرین خویش است، لیکن به دلیل مانع شرعی امکان وصال آغوش وی را ندارد، چنانچه بر زنای با وی اکراه شود، در صورت انجام آن، علیرغم اشتیاق نفس به آمیزش، مسئولیت کیفری ندارد؛ زیرا رفتار وی ناشی از فشار و تهدید مکروه است.

۳-۶. عدم خطای پیشینی

هرچند این شرط در اغلب آثار حقوقی به‌عنوان یکی از شرایط تحقق «اجبار-اکراه مادی» بیان می‌گردد، لیکن در برخی از این آثار آن را از شرایط اکراه معنوی - اکراه مصطلح - نیز برشمرده‌اند. منظور از «عدم خطای پیشینی» آن است که قرار گرفتن در موقعیت اکراهی برای مکروه قابل پیش‌بینی نباشد. بنابراین چنانچه علیرغم پیش‌بینی آن به مسیر خویش ادامه دهد، امکان استناد به دفاع اکراه از وی سلب می‌شود (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۲-۳۵). در یکی از آثار حقوق دانان عرب در مقام بیان مثال برای وضعیت مذکور چنین آمده است: اگر شخصی به حریم جنسی زن متأهلی تجاوز نماید؛ آنگاه همسر زن، وی را بر قتل زن، تهدید به قتل نماید و او در اثر این تهدید، زن را به قتل برساند، دفاع اکراه قابل استناد نیست، زیرا قرار گرفتن در وضعیت اکراهی ناشی از خطای پیشین وی است (الخلف و الشاوی، ۲۰۱۱: ۳۷۹). به نظر می‌رسد مثال مذکور برای تنویر این بحث نامناسب است؛ زیرا پیش‌بینی چنین امری متعارف و معقول نیست.

در حقوق انگلستان یکی از شرایط تحقق اکراه آن است که متهم «واقعاً غیرقابل سرزنش» باشد، بدین معنا که ناچاری به انتخاب میان دو شرّ، ناشی از تقصیر پیشینی وی نباشد. بنابراین دفاع اکراه در مورد اشخاصی که با اختیار خویش به سازمان تروریستی یا گروه‌های مجرمانه خشونت‌گرا پیوسته‌اند، قابل استناد نیست؛ زیرا چنین اشخاصی باید این موضوع را که در صورت تقصیر چه امری برایشان حادث خواهد شد، پیش‌بینی نموده باشند (Clarkson,).

۱۳. «كُنَّ الْمَكْرَهُ مُتَمَتِّعَةً قَبْلَهُ أَيْ قَبْلَ الْإِكْرَاهِ عَنْ فِعْلٍ مَا أَكْرَهُ عَلَيْهِ... إِذْ لَوْ لَمْ يَمْتَنِعْ عَنْهُ لَمْ يَكُنْ إِكْرَاهًا لِفَوَاتِ ذِكْرِهِ وَ هُوَ فَوْتُ الرِّضَى كَمَا أُشِيرَ إِلَيْهِ فِي الْإِخْتِيَارِ وَ فِيهِ دَلَالَةٌ عَلَى أَنَّ هَذَا الشَّرْطَ مُسْتَذَكَّرٌ لِحَقِّهِ أَيْ لِحَقِّ نَفْسِهِ كَتَبَعَ مَالِهِ أَوْ إِتْلَافَهُ بِلاَ عَوْضٍ أَوْ إِغْتَاقِ عَقْدِهِ وَ لَوْ بِمَالٍ أَوْ أَجْرٍ أَخْرَوِيٍّ أَوْ لِحَقِّ شَخْصٍ آخَرَ كِثْلَ لَافٍ مَالٍ آخَرَ أَوْ لِحَقِّ الشَّعْرِ كَشْرَبِ الْخَمْرِ وَ الرِّثَا وَ تَحْوِيهِمَا؛ لِأَنَّ الْإِكْرَاهَ لِهَذِهِ الْحُقُوقِ يُعْذِرُ الرِّضَى لَا مُتَبَاعٍ قَبْلَ الْإِكْرَاهِ.»

۱۴. «سواء كان ما يقهره و يحمله عليه مما يكرهه أم لا؛ لما عرفت من أن الإرادة ربما تتعلق بالمكروهات و قد تتعلق بما يشاق إليه. فقد يكون شئ مشتاقاً إليه بحسب الطبع، لكن بواسطة الترجيحات العقلية لا تتعلق به الإرادة، بل تتعلق بتركه، كشرب الماء للمستسقى، فحينئذ إن ألزمه جابر على شربه، يكون شربه عن إكراه مكروه.»

121: 2005). در برخی از آثار حقوق کیفری انگلستان این وضعیت تحت عنوان «اکراه خودانگیخته»^{۱۵} یا «اختیاری در معرض اکراه قرار گرفتن»^{۱۶} توصیف می‌شود (Elliott & Quinn, 2016: 391; Herring, 2010: 130). بر اساس رأی مجلس اعیان در پرونده حسن (۲۰۰۵)، هنگامی که «متهم بر اثر همکاری ارادی با دیگران در یک فعالیت مجرمانه مشارکت می‌نماید، چنانچه خطر در معرض فشار قرار گرفتن از طریق تهدید همراه با خشونت را پیش‌بینی نماید یا به‌طور متعارف و معقول می‌بایست پیش‌بینی می‌نمود» استناد به دفاع اکراه وجهی ندارد (Elliott & Quinn, 2016: 391; Herring, 2010: 130). در پرونده مذکور متهم مشمول خشونت فروشنده مواد مخدر شد. فروشنده مواد مخدر دوست پسر زن فاحشه‌ای بود که برای متهم به‌عنوان راننده و مراقب عمل می‌نمود. فروشنده مواد مخدر به متهم دستور سرقت از منزلی را داد و به وی گفت: چنانچه از انجام آن امتناع نماید، او و خانواده‌اش آسیب خواهند دید. متهم در حین سرقت مسلحانه منزل با چاقو دستگیر و به اتهام سرقت مسلحانه مشدد تحت تعقیب قرار گرفت. وی دفاع اکراه را مطرح نمود، لیکن در دادگاه بدوی محکوم شد. تجدیدنظرخواهی وی در دادگاه تجدیدنظر مورد پذیرش قرار گرفت؛ لیکن تجدیدنظرخواهی مقام تعقیب در مجلس اعیان، موفقیت‌آمیز بود و محکومیت اولیه وی تأیید گردید. مجلس اعیان مقرر داشت: دفاع اکراه در صورتی که متهم به‌طور اختیاری، خویش را در معرض خطر تهدید قرار دهد، قابل استناد نیست (Elliott & Quinn, 2016: 392). در کتاب ارزشمند اصول حقوق کیفری اثر آندره آشورث و جرمی هردر در این زمینه آمده است: اکراه ناشی از تهدید و اکراه ناشی از اوضاع و احوال، هر دو موضوع نظریه خطای پیشنی می‌باشند. در پرونده آقای شارپ به سال ۱۹۸۷، متهم به یک گروه سرقت مسلحانه پیوست، لیکن زمانی که خواست گروه را ترک نماید، خودش تهدید به خشونت گردید. دادگاه تجدیدنظر اعلام نمود که دفاع اکراه در صورت وجود شرایط ذیل قابل استناد نخواهد بود: نخست: مرتکب به نحو ارادی و داوطلبانه به گروهی بپیوندد که می‌داند ممکن است وی را برای ارتکاب جرم تحت فشار بگذارد؛ دوم: در زمان تحت فشار قرار گرفتن برای ارتکاب جرم، عضو فعالی از گروه باشد (Ashworth & Horder, 2013: 208-209) گفتار بارونس هیل مؤید رویکرد ذهنی در پرونده شارپ است. ایشان بیان می‌نمایند که تهدید پیش‌بینی شده باید تهدیدی برای ارتکاب بزه بوده باشد نه تهدید عمومی به خشونت. این نکته بی‌گمان درست است که احتمال قرار گرفتن در معرض خشونت یا تهدید به آن باقابلیت پیش‌بینی تهدیدهایی که برای وادار نمودن متهم به ارتکاب جرم مورد استفاده قرار می‌گیرند، متفاوت است (Ashworth & Horder, 2013: 209).

سیاست حقوقی باید منتج به بازداشتن شهروندان از معاشرت با بزهکاران مشهور گردد؛ بنابراین باید چنین افرادی را تا جای ممکن مشمول دفاعیات کیفری ننماید. بر این مبنا اگر فردی به‌صورت داوطلبانه با اشخاصی که به فعالیت مجرمانه می‌پردازند، در ارتباط باشد یا در روابط پیشین خود با آن‌ها باقی بماند، درحالی که می‌داند یا به‌طور معقول باید بداند که ممکن است از سوی آن‌ها یا همکارانشان تحت فشار قرار گیرد، برای توجیه هر عملی که از این پس توسط آن‌ها به انجام آن مجبور می‌گردد، نمی‌تواند به دفاع اکراه استناد نماید (Ashworth & Horder, 2013: 209).

بند ۲ ماده ۲-۹. قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا در این زمینه مقرر می‌دارد:

15. Self-induced duress

16. Voluntary exposure to duress

«ماده ۲ - ۹. اکراه ...»

۲. اگر مرتکب با بی‌پروایی خود را در موقعیتی قرار دهد که احتمال می‌داد، موضوع اکراه قرار گیرد، دفاع مقرر در این ماده قابل استناد نخواهد بود. همچنین، در صورتی که در قرار دادن خود در چنین موقعیتی، سهل‌انگار باشد و سهل‌انگاری برای مجرمیت بزه انتسابی کافی باشد، چنین دفاعی پذیرفته نمی‌شود.^{۱۷} این بند از ماده مذکور در واقع بیانگر آن است که متهم در صورتی از استناد به دفاع اکراه محروم می‌گردد که با بی‌پروایی خویش را در موقعیتی قرار داده باشد که احتمال در معرض اکراه واقع شدن، وجود داشته است. بدین‌سان مرتکب را از این جهت که بی‌پروا محسوب می‌شود، می‌توان مسئول بزه‌هایی دانست که دارای معیارهای مجرمیت بالاتر از بی‌پروایی هستند. باین‌حال، در مورد تسری تقصیر به امکان اکراه، بند ۲ تنها این اجازه را می‌دهد که بزه‌ی منتسب شود که تقصیر برای تحقق مجرمیت کافی باشد (آقای نی و محمودی جانکی، ۱۴۰۰: ۷۳ - ۷۲).

به نظر می‌رسد علی‌رغم عدم تصریح به شرط مذکور در فقه اسلامی لیکن می‌توان لزوم آن را از عبارات برخی فقها برداشت نمود. صاحب عروة الوثقی در باب احکام روزه می‌نویسد: «بر روزه‌دار جایز نمی‌باشد که به مکانی برود که می‌داند در آنجا به واسطه اکراه یا ریختن در حلقش یا مانند آن ناچار به افطار می‌شود، بنابراین اگر رفت و ناچار به افطار گردید هرچند به نحو ریختن در دهان، روزه‌اش باطل می‌شود...» (طباطبایی یزدی، ۱۴۲۸: ۲-۳۵). عبارات امام خمینی (ره) در این زمینه رساتر است. ایشان بیان می‌دارند: «شخصی که می‌داند اگر به مکانی معلوم برود، بر شرب خمر اکراه می‌گردد، [باین‌وجود] با اختیار به آنجا برود و به شرب خمر اکراه شود، بدون اشکال مجازات خواهد شد؛ زیرا انسان نادانی که عقلاً معذور نبوده و بر مولی خود تجری نموده است، مستحق ارفاق نیست و حکم از او برداشته نمی‌شود. به‌هرحال روایت حدیث شریف رفع منصرف از شخص مقصّر است.» (موسوی خمینی، ۱۴۲۶: ۲۵).

برخی فقهای معاصر از جمله آیات عظام سیستانی و مکارم شیرازی^{۱۸} نیز همسوبا دیدگاه اخیر فتوا داده‌اند (گنجینه استفتائات قضایی، ۱۳۹۷: نسخه ۳-کد سؤال ۸۴۰۱) علی‌رغم عدم تصریح مقتن به شرط مزبور، به نظر می‌رسد بر مبنای مبانی پیش‌گفته، نباید در شرطیت آن برای صدق عنوان اکراه در حقوق کیفری ایران تردیدی نمود. بدیهی است که مکروه در این زمینه باید مرتکب تقصیر شده باشد، بدین معنا که قرار گرفتن وی در موقعیت اکراهی قابل پیش‌بینی، ناشی از رفتار غیرقانونی یا نامشروع باشد. لذا اگر مکروه یقین داشته باشد که در صورت حضور در دانشگاه (وضعیت مجاز)، به سبلی زدن به یکی از مدیران دانشگاه اکراه خواهد شد، علی‌رغم حضور و تحقق امر مذکور، دفاع اکراه از وی قابل پذیرش خواهد بود.

17. Section 2.09. Duress.

2) The defense provided by this Section is unavailable if the actor recklessly placed himself in a situation in which it was probable that he would be subjected to duress. The defense is also unavailable if he was negligent in placing himself in such a situation, whenever negligence suffices to establish culpability for the offense charged.

۱۸. پاسخ آیت ... مکارم شیرازی به استفتای نگارنده:

متن استفتاء: «شخصی می‌داند که اگر به فلان مجلس برود، وی را به شرب خمر اکراه می‌نمایند. چنانچه داوطلبانه به آنجا برود و او بگویند شراب بخور وگرنه کشته می‌شوی، در صورت شرب خمر آیا حد می‌خورد یا مجازات از وی برداشته می‌شود؟»

«پاسخ استفتاء: «مجازات حد اجرا می‌شود.»

نتیجه‌گیری

مقتنّ ایران اسلامی شناسانشی از مفهوم اکراه در قوانین لازم‌الاجرای کنونی ارائه ننموده است. در مورد عناصر اکراه و شرایط آن نیز به ذکر اصطلاح «غیرقابل تحمّل» اکتفا نموده است. اکراه وضعیتی است که شخص تحت تأثیر ترس ناشی از تهدید غیرقابل تحمل و غیرقانونی عامل انسانی نسبت به خودش یا اشخاص مهم و گرامی نزد وی برای حفظ جان یا مال یا عرض، مرتکب رفتار مجرمانه درخواستی مکروه می‌شود. لذا می‌توان گفت که شخص مکروه دارای اراده و محدودیت اختیار است. برای تحقّق اکراه، مکروه و مکروه باید شرایطی را دارا باشند. مکروه باید انسان، دارای وجود واقعی و توانا بر انجام مکروه باشد. در مورد شرط لزوم حضور مکروه هر چند فقهای حنفی معتقدند میان غیبت مکروه و زوال اکراه ملازمه وجود دارد. لیکن به نظر می‌رسد ملاک تحقّق اکراه وجود تهدید و ترس حاصل از آن - نه مسائل و شرایط جنبی مانند حضور یا غیبت مکروه - است. مکروه نیز باید در معرض تهدید، ناتوان در رهایی از تهدید، دارای یقین یا ظن به اجرای تهدید، عدم رفتار بیانگر اختیار باشد. در رابطه با شرط کراهت باطنی از مکروه علیه علیرغم لزوم وجود آن از دیدگاه برخی فقهای اهل سنت، به نظر می‌رسد اثبات خلاف آن مانع جریان قاعده اکراه نمی‌شود؛ زیرا فرض آن است که در صورت فقدان اکراه، مکروه به‌رغم میل و رضایت باطنی، تن به مطلوب مکروه نمی‌داد. آخرین شرط از شرایط مکروه «عدم خطای پیشینی» است، بدین معنا که قرار گرفتن در موقعیت اکراهی برای وی قابل پیش‌بینی نباشد. به نظر می‌رسد همسو با سیاست جنایی آمریک و انگلستان و صراحت عبارات برخی فقهای امامیه لازم است مقتن جهت رفع خلأهای موجود بالأخص موارد اختلافی موادی را به شرح ذیل تصویب نماید:

«ملاک تحقّق اکراه وجود تهدید و ترس حاصل از آن است اعم از آن‌که مکروه نزد مکروه حاضر باشد یا نباشد.» «اگر مکروه مقصّر علیرغم علم یا پیش‌بینی معقول و متعارف از وقوع اکراه، از آن اجتناب ننماید، در صورت واقع شدن در وضعیت اکراهی و ارتکاب جرم، دفاع اکراه از سوی وی قابل استناد نیست.»

فهرست منابع

- ابن اثیر، مبارک بن محمد. (۱۳۶۷ ش). *النهایه فی غریب الحدیث والأثر*. قم: اسماعیلیان.
- ابن حزم، علی بن احمد. (۱۴۲۵ ق). *المحلی بالآثار*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن عابدین، محمد امین. (۱۴۲۳ ق). *رد المحتار علی الدر المختار شرح تنویر الأبصار*. ریاض: دار عالم الکتب.
- ابن مفلح، ابراهیم بن محمد. (۱۴۱۸ ق). *المبدع شرح المقنع*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- ابن منظور، محمد بن مکرم. (۱۴۱۴ ق). *لسان العرب*. بیروت: دارالفکر.
- اصفهانى، سید ابوالحسن. (۱۳۹۳ ق). *وسيله النجاة مع تعالیق الکلیپایگانی*. قم: مهر استوار.
- اصفهانى، محمد بن حسن. (۱۴۱۶ ق). *کشف اللثام والإبهام عن قواعد الأحکام*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- انصاری (شیخ)، مرتضی بن محمد امین. (۱۴۱۱ ق). *کتاب المكاسب والبيع والخيارات*. قم: دارالذخائر.
- الأنصاری، زکریا بن محمد. (۱۴۱۸ ق). *فتح الوهاب بشرح منهج الطلاب*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- آقای نیا، حسین؛ محمودی جانکی، فیروز. (۱۴۰۰ ش). *قانون جزای نمونه ایالات متحده آمریکا و یادداشت‌های توضیحی*. تهران: میزان.
- بحرانی، یوسف. (۱۴۰۹ ق). *الحدائق الناضرة فی أحكام العترة الطاهرة*. قم: مؤسسة النشر الاسلامی.
- جبعی عاملی (شهید ثانی)، زین الدین بن علی. (۱۴۱۰ ق). *الروضة البهیة فی شرح اللمعة الدمشقیة*. تهران: کتابفروشی داورى.
- جزائری مروّج، سید محمد جعفر. (۱۴۲۸ ق). *هدی الطالب إلى شرح المكاسب*. قم: طلیعه النور.
- حاجی ده آبادی، احمد. (۱۳۹۶ ش). *جرائم علیه اشخاص: قتل*. تهران: میزان.
- حسینی جرجانی، علی بن محمد. (۱۴۲۱ ق). *التعریفات*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- حسینی شیرازی، سید محمد. (۱۴۰۹ ق). *الفقه: کتاب القصاص*. بیروت: دارالعلوم.
- الحلی، جعفر بن الحسن. (۱۴۲۵ ق). *شرایع الاسلام فی مسائل الحلال والحرام*. قم: دارالتفسیر.
- الحنفی الحصفی، محمد بن علی. (۱۴۲۳ ق). *الدر المختار شرح تنویر الأبصار و جامع البحار*. بیروت: دارالکتب العلمیه.
- الخلف، علی حسین؛ الشاوی، سلطان عبدالقادر. (۲۰۱۱ م). *المبادئ العامة فی القانون العقوبات*. بغداد: مكتبة السنهوری - مكتبة داليا.
- الدمیری، محمد بن موسی. (۱۴۲۵ ق). *نجم الوهاج فی شرح المنهاج*. بیروت: دارالمنهاج.
- دهخدا، علی اکبر. (۱۳۷۳ ش). *لغت نامه*. تهران: دانشگاه تهران.
- راغب اصفهانى، حسین بن محمد. (۱۴۱۲ ق). *مفردات ألفاظ القرآن*. دمشق: دارالقلم - دارالشامیه.

- الرملى، محمد بن أبى العباس. *نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- الزحيلي، وهبة. (۱۴۰۹ ق). *الفقه الإسلامى وأدلته*. دمشق: دارالفكر.
- الزلمى، مصطفى إبراهيم. (۱۴۳۵ ق). *موانع المسؤولية الجنائية فى الشريعة الإسلامية و التشريعات الجزائية العربية*. تهران: دار نشر احسان.
- سبزواری، سید عبدالأعلى. (۱۴۳۰ ق). *مهذب الأحكام فى بيان الحلال والحرام*. قم: دارالتفسير.
- السرخسى، محمد بن احمد. (۱۴۱۴ ق). *المبسوط*. بيروت: دارالمعرفة.
- شبيرى زنجانى، سید موسى. (۱۳۹۳ ش). *درس خارج فقه، كتاب البيع*، جلسه ۲۲۹.
- الشربىنى، محمد بن الخطيب. (۱۴۱۸ ق). *معنى المحتاج إلى معرفة معانى ألفاظ المنهاج*. بيروت: دارالمعرفة.
- صادقى، محمد هادى. (۱۳۹۴ ش). *حقوق جزای اختصاصی (۱): جرائم علیه اشخاص (صدمات جسمانی)*. تهران: میزان.
- طباطبایى حکیم، سید محسن. (۱۴۰۵ ق). *نهج الفقاهة*. قم: ۲۲ بهمن.
- طباطبایى یزدی. (۱۴۲۸ ق). *العروة الوثقى مع تعليقات عدة من الفقهاء العظام*. قم: مدرسة الإمام على بن أبى طالب (ع).
- طباطبایى یزدی، سید محمد کاظم. (۱۴۲۱ ق). *حاشية المكاسب*. قم: مؤسسه اسماعیلیان.
- طباطبایى، سید على. (۱۴۲۲ ق). *رياض المسائل فى تحقیق الأحكام بالدلائل*. قم: مؤسسة آل البيت (ع) لإحياء التراث.
- الطورى، محمد بن حسين. (۱۴۱۸ ق). *تكملة البحر الرائق شرح كنز الدقائق*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- الطوسى، محمد بن الحسن. (۱۳۸۷ ش). *المبسوط فى فقه الإمامية*. تهران: المكتبة المرتضوية.
- العوجى، مصطفى. (۱۹۹۲ م). *القانون الجنائى العام، المسؤولية الجنائية*. بيروت: نوفل.
- العینى، محمود بن احمد. (۱۴۲۰ ق). *البنایة شرح الهدایة*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- فیض، علیرضا. (۱۳۸۱ ش). *مقارنه و تطبیق در حقوق جزای عمومى اسلام*. تهران: وزارت فرهنگ و ارشاد اسلامى.
- قرشى، سید على اكبر. (۱۴۱۲ ق). *قاموس قرآن*. تهران: دارالكتب الإسلامیه.
- قیاسى، جلال الدین؛ ساریخانى، عادل. (۱۳۹۵ ش). *مطالعه تطبیقى حقوق جزای عمومى اسلام و حقوق موضوعه*، مسؤولیت کیفری. قم: پژوهشگاه حوزه و دانشگاه.
- کاسانى حنفى، أبى بكر بن مسعود. (۱۴۲۴ ق). *بدائع الصنائع فى ترتیب الشرائع*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- کاشف الغطاء، محمد حسين. (۱۴۲۵ ق). *تحریر المجله*. قم: *المجمع العالمى للتقريب بين المذاهب الاسلاميه*.
- الکلبیولی، عبدالرحمن بن محمد. (۱۴۱۹ ق). *مجمع الأنهر (ج ۴، ج ۱)*. بيروت: دارالكتب العلمية.
- گنجینه استفتائات قضایى. (۱۳۹۷ ش). نسخه ۳. قم: مرکز تحقیقات فقهی حقوقی قوه قضاییه.

- المرغینانی، علی بن أبی بکر. (۱۴۱۷ ق). *الهدایه شرح بدایه المبتدی* (ج ۶، ج ۱). کراچی: إدارة القرآن و العلوم الإسلامیه.
- المقدّسی، عبدالله. (۱۴۱۷ ق). *المغنی*. ریاض: دار عالم الكتب.
- المقدّسی، عبدالله؛ المقدّسی، عبدالرحمن؛ المرداوی، علی. (۱۴۱۶ ق). *المقنّع والشرح الكبير والإیصاف*. قاهره: هجر.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۳۶۳ ش). «تحلیلی پیرامون مسأله تعزیرات در اسلام (۲)». مجله نور علم، ۷.
- مکارم شیرازی، ناصر. (۱۴۲۵ ق). *أنوار الفقاهة: کتاب البیع*. قم: مدرسة الإمام علی بن أبی طالب (ع).
- موسوی خمینی (امام)، سیّد روح الله. (۱۴۲۶ ق). *الخلل فی الصلاة*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی (امام)، سیّد روح الله. (۱۴۲۷ ق). *تحریر الوسیله*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی (امام)، سیّد روح الله. (۱۴۳۰ ق). *کتاب البیع*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خمینی (امام)، سیّد روح الله. (۱۴۳۴ ق). *المکاسب المحترمه*. تهران: مؤسسه تنظیم و نشر آثار امام خمینی (ره).
- موسوی خونی، سیّد ابوالقاسم. (۱۴۱۷ ق). *مصباح الفقاهة فی المعاملات*. قم: مؤسسه انصاریان.
- نائینی، میرزا محمد حسین. (۱۴۲۴ ق). *منیة الطالب فی شرح المکاسب*. قم: مؤسسه النشر الإسلامی.
- نجفی (صاحب جواهر)، محمدحسن. (۱۳۸۵ ش). *جواهر الکلام فی شرح شرائع الاسلام*. تهران: دارالکتب الاسلامیه.
- نراقی، مولی احمد. (۱۴۲۹ ق). *مستند الشیعة فی أحكام الشریعة*. بیروت: مؤسسه آل البيت (ع).
- النووی، أبی زکریا یحیی بن شرف. (۱۴۲۶ ق). *منهاج الطالبین و عمدة المفتین*. بیروت: دارالمنهاج.
- الهام، غلامحسین؛ برهانی، محسن. (۱۴۰۰ ش). *درآمدی بر حقوق جزای عمومی: جرم و مجرم*. تهران: میزان.

References

- Ashworth, Andrew & Horder, Jeremy, *Principles of Criminal Law*, Seventh edition, London, Oxford University Press, 2013.
- Clarkson, C.M.V, *Understanding Criminal Law*, Fourth edition, London, Sweet & Maxwell, 2005.
- Elliott, C. & Quinn, F, *Criminal Law*, Eleventh edition, Harlow, Pearson, 2016.
- Herring, J, *Criminal Law, The Basics*, London New York, Routledge, 2010.