جامعة عمار ثليجي بالأغواط

كلية الحقوق والعلوم السياسية

قسم الحقوق

عنوان الموضوع:

حق الدفاع الشرعي
أمام المحكمة الجنائية الدولية

مذكرة في إطار مقتضيات نيل شهادة الماستر في القانون الجنائي

من إعداد الطالبتان:

- **براهيمي رقية**
- **طيبي إيمان**

تحت إشراف الدكتور:

رابحي لخضر

لجنة المناقشة:

الدكتور/الأستاذ: بطيمي حسين.....رئيسا

الدكتور: رابحي لخضر.....مشرفا ومقررا

الدكتور/الأستاذ: شويرب الجيلالي.....عضوا مناقشا

السنة الجامعية: 2018/2017

الإهـــــداء

بســم الله الرحمن الرحـيم

"ولئن شكـرتم لأزيـدنكم"

صـدق الله العـظيم

إلى من ساندني ودعمني ودفع الأمل في قلبي للمضي قدما والوصول إلى ما وصلت إليه زوجي الغالي.

والى قرة عيني ابني محمد أمجد و ابنتاي بلقيس وتسنيم.

إلى الذي بجانبه ارتويت وبدفئه احتميت وبنوره اهتديت، إلى من يشتهي اللسان نطقه وترقرق العين من وحشته، أبي الغالي رحمه الله وأسكنه الفردوس الأعلى.

إلى التي بحنانها احتميت وفي الحياة بها اقتديت، التي ساندتني في حياتي، إلى ركيزة أمانيَ وكبريائي، الى رمز المحبة والعطاء والوفاء أمي الغالية أطال الله في عمرها.

إلى أخويا، وأخواتي، وكل الصديقات.

رقـــية براهـيمي

كلـــمة شكـــــــــر

الحمد والشكر لله رب العالمين أن وفقنا لإنجاز هذا العمل.

نتقدم بجزيل الشكر والتقدير للدكتور رابحي لخضر الذي تقبل بصدر رحب الإشراف على هذا العمل وذلك عرفانا منا على ما قدمه لنا من نصح وإرشاد وتوجيه مشكور ومأجور.

كما نتوجه بجزيل الشكر إلى كل من ساهم في انجاز هذا البحث من قريب أو من بعيد.

المـقدمة

المقدمة

يعد حق الدفاع الشرعي من أهم وأبرز الموضوعات القانونية ويعتبر هذا الحق من الحقوق الحتمية في البقاء والمحافظة على المال والنفس، وتمتد جذوره إلى العصور الأولى لوجود الإنسان على الأرض ففكرة الدفاع الشرعي راسخة في العرف الدولي المنظم لها، فوضعت له ضوابط وشروط باعتباره حق أصيل يتمتع به الفرد كما تتمتع به الجماعات والدول.

فالتنظيم القانوني للمجتمع لا يهدف إلى إنهاء هذه الفكرة والقضاء عليها، بل على العكس من ذلك تجده يعمل على تنظيمها وتكريسها والمحافظة عليها، وأن أي تنظيم قانوني ينكر فكرة الدفاع الشرعي يعتبر متناقضا مع ذاته، كما أن فكرة الدفاع الشرعي ليست حكرا على التشريعات الجنائية الوطنية، إذ نجد صداها قد امتد ليشمل العلاقات بين الدول، فان العديد من المواثيق والمعاهدات الدولية التي عملت على تثبيتها، يعد أبرزها النص على حق الدول في الدفاع عن نفسها ضمن ميثاق الأمم المتحدة، والنص على حق الدفاع الشرعي في نظام روما الأساسي المنشأة للمحكمة الجنائية الدولية.

فالاعتداء المسلح محظور على المستوى الدولي إلا إذا كان في إطار الدفاع الشرعي وباعتباره استثناءا من مبدأ حظر استخدام واستعمال القوة المسلحة في العلاقات بين الدول، وعن طريق التأكيد على ضرورة وقوع هجوم مسلح للدفع بحق الدفاع الشرعي عن النفس، يأخذ البعض الآخر بالمفهوم الواسع باعتباره حقا يقوم من أجل رد خطر حقيقي حال دون انتظار هجوم فعلي.

كما أن هذا التوسيع يؤدي إلى امتداد مصطلح القوة ليشمل كافة أشكال التهديد أو استعمال القوة المتعارضة مع الميثاق، بل حتى الضغوط الاقتصادية والسياسية وغيرها، ذلك تهديد السلم والأمن الدوليين كما يمكن أن يتحقق حتى ولو تم بوسائل أخرى غير عسكرية مما يؤدي بدوره إلى توسيع نطاق الدفاع الشرعي.

ما مفهوم الدفاع الشرعي، وما هي الطبيعة القانونية للدفاع الشرعي في ظل المحكمة الجنائية الدولية ؟.

باعتبار موضوع دراستنا له أهمية كبيرة وتكمن في:

- حماية الأفراد وأخذ حقوقهم دون التعسف في ذلك، وتتجلى في إمكانية المحكمة الجنائية الدولية في إصدار الحكم، وإعطاء الضحية ما سلبه منه الغير وترجع أيضا إلى الأهمية الميدانية العلمية المعاشة يوميا.
- محاولة معرفة مدى التلازم والتوافق الحاصل بين مفهوم الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الجزائري والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية، حيث أن معظم الدراسات ركزت على موضوع القانون الجنائي الدولي والقضاء الجنائي الدولي خاصة المحكمة الجنائية الدولية التي خصصت لها دراسات بصورة دقيقة ومعمقة.

أ) الأسباب الذاتية: لهذا الموضوع حضوره الدولي في الآونة الأخيرة، وذلك من خلال العديد من حالات استخدام القوة المسلحة في العلاقات الدولية التي استندت في تبريرها إلى حق الدفاع الشرعي، ومحاولة إعطاء تعريف للدفاع الشرعي وتبين أساسه القانوني في ظل المحكمة الجنائية الدولية.

ب) الأسباب الموضوعية: تتجلى في قيمة الموضوع خلال التطبيقات التي تقوم بها المحكمة الجنائية الدولية لتمحيص الدليل المطروح لديها.

كما تتلخص كذلك في المرآة العاكسة بعنوان الحقيقة التي أصدرتها المحكمة الجنائية الدولية جراء تقييم الدليل كحالة الدفاع الشرعي.

ج) الأسباب العلمية: ومن أحد أسباب اختيار هذا الموضوع كمحاولة لوضع الحد الفاصل بين الدفاع الشرعي والمفاهيم الأخرى المطروحة في الساحة الدولية منها المفاهيم المشروعة والغير مشروعة، وكذلك تبيان شروط الدفاع الشرعي ومعرفة الدرجة العلمية للمحكمة الجنائية الدولية في دراسة وتقدير حالة الدفاع الشرعي.

- مقدار المعيار الذي تأخذ به المحكمة الجنائية الدولية لإصدار الحكم في حالة الدفاع الشرعي.

المقدمة

إن طبيعة دراسة موضوع المحكمة الجنائية الدولية في تقدير حالة الدفاع الشرعي بإتباع المنهج الوصفي في حالة الدفاع الشرعي والمنهج التاريخي في المحكمة الجنائية الدولية والاستعانة بالمنهج المقارن لمحاولة أخذ نظريات في حالة الدفاع الشرعي ومن جهة نظرة الشريعة الإسلامية والقانون المقارن والوضعي هو ما يقودنا إلى ربط القاعدة القانونية وتطبيقاتها العملية ليظهر التوافق بين النص وسبل تطبيقه لنخرج بنتائج معينة اثر هذا الاستقراء والربط بينهما.

تتمثل في معرفة مقياس حقيقة العدالة والمتبلورة في التطبيقات التي كرستها المحكمة الجنائية الدولية والعمل بما يحمي حقوق الأفراد.

تظهر في حماية النظام العام والسكينة العامة للمجتمع من المخاطر.

دراسة لبن تعزي موسى بعنوان علاقة مجلس الأمن بالمحكمة الجنائية الدولية في ظل أحكام اتفاقية روما ،1998 مذكرة ماجستير، قسم القانون العام، جامعة سعد دحلب بالبليدة 2006. والذي خص فيها جريمة العدوان وكذلك إجراءات المحكمة في مواجهة جريمة العدوان والتطرق إلى دور المحكمة فيما يخص جريمة العدوان وأيضا إلى المسؤولية الفردية عن جريمة العدوان، وكذلك غالى إجراءات المجلس فيما يخص جريمة العدوان وأشار إلى الشرط اللازم لممارسة المحكمة لاختصاصها بخصوص العدوان ودراسة حق الدفاع الشرعي في ظل المحكمة الجنائية الدولية وتبني شروطه ومفهومه؟

من خلال دراستنا لموضوع حق الدفاع الشرعي في المحكمة الجنائية الدولية، نجد أنه موضوع حساس كما أن هذا البحث صادفته عدة صعوبات أهمها ندرة المراجع والمصادر الخاصة، وربما السبب الأول في ذلك هو الغموض الذي يكتنف هذا المفهوم وبالتالي صعوبة تناوله بالدراسات التحليلية المتخصصة، مما فرض الاعتماد على المراجع العامة والمقالات ومواقع الانترنت التي لم تكن هي الأخرى غنية بالموضوع، ولكن بالرغم من الصعوبات فقد تم هذا البحث بفضل الله ثم بفضل توجيهات الأستاذ المشرف.

وللإجابة على الإشكالية قسمنا دراستنا إلى مقدمة وفصلين وخاتمة.

الفصل الأول بعنوان الإطار المفاهيمي لحق الدفاع الشرعي، وحاولنا من خلاله أن نتطرق إلى تعريف الدفاع الشرعي وتبيين مساره التاريخي، ففي البحث الأول والذي قسمناه إلى مطلبين، المطلب الأول هو حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية، والمطلب الثاني مفهوم الدفاع الشرعي في التنظيم الدولي، أما المبحث الثاني فكان حول مفهوم الدفاع الشرعي وينقسم إلى مطلبين، الأول حول تعريف الدفاع الشرعي والثاني كان شروط الدفاع الشرعي.

أما ما ورد في الفصل الثاني فكان طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، إذ أن المبحث الأول يتناول الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريعين الجزائري والدولي، وينقسم إلى مطلبين، الأول بعنوان التشريع في الجزائر، والثاني بعنوان التشريع في القانون الدولي، أما المبحث الثاني فكان حق الدفاع الشرعي أمام القضاء الدولي الجنائي، حيث تطرقنا في المطلب الأول لحق الدفاع الشرعي في محاكمات نورمبورغ وطوكيو، وفي المطلب الثاني للدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ومحكمة رواندا ويوغسلافيا.

الفصل الأول:

التطور التاريخي لحق الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي

الفصل الأول: التطور التاريخي لحق الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي

سوف نتطرق في هذا الفصل إلى التطور التاريخي في ظل القانون الجنائي الدولي، وعليه فقد قسمناه إلى مبحثين بحيث في المبحث الأول نتكلم عن الشريعة الإسلامية ورؤيتها لحق الدفاع الشرعي وكذلك حق الدفاع الشرعي في التنظيم الدولي، أما المبحث الثاني فنتناول مفهوم الدفاع الشرعي بالتطرق لتعريفه وشروطه.

المبحث الأول: الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي

قد أقرت الشريعة الإسلامية الدفاع الشرعي وسمته دفع الصائل فالمعتقد، صائل مستوجب استناد إلى قوله تعالى " فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ ". وما رواه عبد الله بن عمرو من قول رسول الله صلى الله عليه وسلم " مَنْ أُرِيدَ مَالُهُ بِغَيْرِ حَقٍّ فَقَاتَلَ فَقُتِلَ فَهُوَ شَهِيدٌ " ، وما رواه أبو هريرة عن رسول الله صلى الله عليه وسلم أنه قال " لَوْ أَنَّ امْرَأً اطَّلَعَ عَلَيْكَ بِغَيْرِ إِذْنٍ فَحَذَفْتَهُ بِحَصَاةٍ فَفَقَأْتَ عَيْنَهُ لَمْ يَكُنْ عَلَيْكَ جُنَاحٌ ".[1]

المطلب الأول: حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية

إن الغاية من الدفاع الشرعي والتشريع الجنائي الإسلامي رد اعتداء الصائل (المعتدي)، ومنع الضرر الحال الذي يهدد المصول عليه ودفع الأذى عنه، ومن ثمة فهو ليس يعاقب ينزله المصول عليه بالصائل، ولا يغالي في الأخذ به وإنما هو مباح طالما توفر فيه شرط اللزوم والتناسب، ومن ثم فإنه إذا توافر للمصول عليه وسيلتان لرد العدوان أحدهما مباحة والأخرى محرمة بحسب الأصل، فإنه يمنع عليه استعمال وسيلة الرد التي تنطوي على الفعل المحرم و إلا كان تجاوزا لحدود الدفاع، ذلك أنه لا يحق شرعا اللجوء في دفاعه إلى فعل إلا إذا كان هو أقل الوسائل الميسرة لرد الاعتداء الواقع عليه، ولا اللجوء إلى الوسيلة الدفاع المحرمة إذا كان مضطرا إلى الالتجاء إليها وفي حالة وجود وسيلة مشروعة لوقف العدوان لا تتوافر حالة الضرورة تلك.

كما إن فعل الدفاع يتعين أن يكون بالقدر اللازم من القوة لرد الاعتداء الصائل فإذا تعدى فعل المصول عليه هذا القدر من القوة فقد تجاوز حد الإباحة، وأضحى فيما تجاوز به متعديا وليس معاقبا.

ويأخذ فقهاء الشريعة الإسلامية في تحديد معيارهم لمعيار التجاوز في الدفاع بمعيار شخصي، فالعبرة عندهم في تحديد ما إذا كان المصول عليه قد تجاوز حدود الإباحة،

[1] أنظر ديدوني بلقاسم ،"الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده ، (مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، جامعة عمار ثليجي الأغواط)، 2008، ص78 .

فبدفاعه من عدمه هو ما يغلب على ظنه وقت الدفاع من لزوم ما قام به من أفعال أو عدم لزومها، فإن غلب على ظنه أن دفع الاعتداء الصائل يستلزم قدرا من القوة أو الوسيلة من الدفاع فإنه لا يكون مسؤولا عن ارتكاب الفعل بهذا القدر وتلك الوسيلة حتى إذا تبين بعد ذلك أن حالة الدفاع كانت تتطلب عملا أقل جسامة من الفعل الذي ارتكبه المصول عليه، ومفاد ذلك أن الشريعة الإسلامية تعتد بحسن النية لإباحة فعل الدفاع، ومن ثم من يتجاوز جدود الدفاع الشرعي بحسن نية قد يكون غير مسؤولا جنائيا عن فعله من اعتقد لزوم الفعل لدفع الاعتداء الصائل، و ليس بمعنى ذلك إهدار بشرط التناسب بين الاعتداء و فعل الدفاع في الشريعة الغراء، فهو شرط جوهري لإباحة فعل الدفاع إلا انه عند البحث عن هذا الشرط وتقدير التناسب بين الفعليين، فانه يتعين عدم إغفال الحالة النفسية للمصول عليه عند تعرضه لعدوان.

والخلاصة إذن، الشريعة الإسلامية تعفي المصول عليه من أية مسؤولية في حالة تجاوزه حدود الدفاع الشرعي متى كان ذلك بحسن النية، و تتوفر سلامة النية هنا متى كان القدر الذي استعمله المدافع من القوة هو القدر الذي وقع في نفسه أنه كان لرد الاعتداء و كان قد التزم الحرص، وتوخي الحذر في رده حتى لا يأتي أفعالا زائدة عن تلك التي يستلزمها موقف الدفاع جاءت الشريعة الإسلامية التي أكدت على أنها الديانة الخاتمة والعالمية[1]، بما يعكس الوتيرة التي كانت تسير عليها البشرية أنداك حيث كرست مبادئ جديدة في العلاقات الدولية.

الفرع الأول: الأصل في العلاقات الدولية هو السلم

توجد في القرآن الكريم الكثير من الآيات القرآنية التي تثبت أرجحيه السلام وترك استعمال القوة في العلاقات بين الشعوب والدول، ومنها " وَإِنْ جَنَحُوا لِلسَّلْمِ فَاجْنَحْ لَهَا..."[2] و"يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً "، لكون الاعتداء ممنوع بحكم المبادئ الثابتة في الإسلام، إذ أن كل اعتداء ظلم استنادا للآية التي جاء فيها :" وَلا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لا يُحِبُّ

[1] أنظر ديدوني بلقاسم،" مرجع سابق ، ص 78 - 79
[2] سورة الأنفال، الآية 61

الْمُعْتَدِينَ "[1] وكذلك " فَإِنِ انتَهَوْا فَلَا عُدْوَانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ "[2] أو الآية :" وَعِبَادُ الرَّحْمَٰنِ الَّذِينَ يَمْشُونَ عَلَى الْأَرْضِ هَوْنًا وَإِذَا خَاطَبَهُمُ الْجَاهِلُونَ قَالُوا سَلَامًا"[3]، وكذلك قوله تعالى " ادْفَعْ بِالَّتِي هِيَ أَحْسَنُ فَإِذَا الَّذِي بَيْنَكَ وَبَيْنَهُ عَدَاوَةٌ كَأَنَّهُ وَلِيٌّ حَمِيمٌ"[4]، وتبعا لذلك فإن الإسلام يدعو إلى السلام ويعتبر السلم هو الأصل، والحرب هي الاضطرار ، وإن الجهاد والحرب حكم ثانوي اضطراري وأن السلم هو الحكم الأولي، كما في قوله تعالى " فَإِنِ اعْتَزَلُوكُمْ فَلَمْ يُقَاتِلُوكُمْ وَأَلْقَوْا إِلَيْكُمُ السَّلَمَ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا"[5] .

الأصل في العلاقات الدولية في الإسلام هو السلم، أي أن اللجوء للحرب استعمال القوة إنما يكون لرد الاعتداء ومعنى ذلك أن الإسلام حرم اللجوء للحرب كقاعدة وأجازها استثناءا في حالة الدفاع الشرعي، هذا الأخير الذي يترتب عليه جعل الفعل الممنوع والمحرم في أصله فعلا مباحا.

الفرع الثاني: إن اللجوء إلى استعمال القوة في العلا قات الدولية يمثل استثناء

اللجوء إلى استعمال القوة في العلاقات الدولية إنما يكون على سبيل الاستثناء وفي حالات محددة حصرا وتعود جميعها إلى فكرة " رد الاعتداء " طبقا لنص الآية التي جاء فيها " وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ "[6] وقوله تعالى :" الشَّهْرُ الْحَرَامُ بِالشَّهْرِ الْحَرَامِ وَالْحُرُمَاتُ قِصَاصٌ * فَمَنِ اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَىٰ عَلَيْكُمْ "[7] و" أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ " [8] .

فإذا توافرت ظروف الدفاع الشرعي ويطلق الفقه الإسلامي على الدفاع الشرعي مصطلح دفع الصائل، وقرر أن الدفاع الشرعي ليس حقا بل واجبا طبقا للحديث الذي جاء فيه أن "منْ

[1] سورة البقرة، الآية 190
[2] سورة البقرة، الآية 193
[3] سورة الفرقان، الآية 63-72
[4] سورة فصلت، الآية 34
[5] سورة النساء، الآية 90
[6] سورة البقرة، الآية 190
[7] سورة البقرة، الآية 193
[8] انظر طاشور عبد الحفيظ، " الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام، (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأخوة منتوري بقسنطينة)، 2010\2011، ص13\14\15

قُتِل دُونَ مالِهِ فهُو شَهيدٌ، ومنْ قُتلَ دُونَ دمِهِ فهُو شهيدٌ، وَمَنْ قُتِل دُونَ دِينِهِ فَهو شهيدٌ، ومنْ قُتِل دُونَ أهْلِهِ فهُو شهيدٌ " ولكون الآيات القرآنية في رد العدوان جاءت بصيغة الأمر، وهو الوجوب ما لم يصرف عنه بقرينة ومعنى ذلك أنه عند الجمهور، وقد قسم الفقه الإسلامي الدفاع الشرعي إلى نوعين ".

أولا: الدفاع عن النفس و ذلك استناد لعديد الآيات منها قوله تعالى:" أُذِنَ لِلَّذِينَ يُقَاتَلُونَ بِأَنَّهُمْ ظُلِمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ نَصْرِهِمْ لَقَدِيرٌ * الَّذِينَ أُخْرِجُوا مِن دِيَارِهِم بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَن يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ ".

ثانيا: الإغاثة الواجبة لشعب مسلم أو حليف عاجز عن نفسه وهو،ما يقابل الدفاع الشرعي الجماعي في القانون الدولي العام طبقا للآية :" ومَا لَكُمْ لَا تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَٰذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا وَاجْعَل لَّنَا مِن لَّدُنكَ نَصِيرًا ". والآية: " وَإِنِ اسْتَنصَرُوكُمْ فِي الدِّينِ فَعَلَيْكُمُ النَّصْرُ إِلَّا عَلَىٰ قَوْمٍ بَيْنَكُمْ وَبَيْنَهُم مِّيثَاقٌ ".

المطلب الثاني: الدفاع الشرعي في التنظيم الدولي

على إثر نشوء نظام الدولة تدخلت هذه الأخيرة لتحديد الصلح بين الجاني والمجني عليه، مما مهد فيما بعد لظهور عقوبة الغرامة من ناحية ومن ناحية أخرى ظهرت الدية التي كانت مصدرا تاريخيا لعقوبة الغرامة، وترك نظام القصاص الذي عرفته الشرائع القديمة أثرا تاريخيا هو حق الدفاع الشرعي، إذ يقوم على تخويل المعتدى عليه حق الدفاع على نفسه ضد الاعتداء الموجه إليه من الجاني، وهذا الأثر التاريخي قد اقتصر على مجرد المواجهة المباشرة للشر المحدق بالمجني عليه.

أما ما عدا ذلك فهناك اختلاف بين وواضح بين الدفاع الشرعي الذي يهدف إلى الحيلولة دون تمام العدوان أو على الأقل إيقافه، و بين القصاص الذي يهدف إلى الانتقام من الجاني.[1]

[1] انظر طاشور عبد الحفيظ، "مرجع سابق ص14\15

فالدفاع الشرعي في التنظيم الدولي هو أهم مظهر لحق الدولة في البقاء و ذلك بالدفاع على نفسها ودفع الخطر الناتج عنها بكافة الوسائل اللازمة لدرئه.

الفرع الأول: مبدأ الحرب في العلاقات الدولية

قد ساد مبدأ الحرب في العلاقات الدولية قديما واعتبر حقا تمارسه الدول لفض ما قد ينشأ بينهما من منازعات، ولم يكن أمام الفقهاء من بد إلا الاعتراف به باعتباره قانون العصر، الأمر الذي حذا بالكنيسة في مطلع العصور الوسطى إلى البحث عن حل لهذه المشكلة وكان علماء اللاهوت من أمثال "سواريز وفرانشيسكو دي فييتوريا وفاتيل وجورتسيوس " دورهم المتميز في ذلك الأوان حيث نادى الراهب الإسباني " دي فيتوريا " بفكرة الحرب الضرورية، وأكد على فكرة العقاب على المعتدين.

وقد واكب مطلع العصور الوسطى ظهور اتجاه نحو تقييد حق الحرب عن طريق ما عرف بفكرة الحرب العادلة، وهي تلك التي يباح للدولة المجني عليها إعلانها بوصفها عقوبة تنزلها بالدولة المعتدية التي انتهكت سيادتها ، واعتبرت وسيلة لاستعادة هيبة القانون لنصرة الحق، وقمع الظالم، وإرساء مبادئ العدالة، والإنصاف وهذا التكييف لما عرف بالحرب العادلة لقي قبولا لدى الفقهاء ومن بينهم الراهب الاسباني" فرانشيسكو دي فيتوريا " الذي سوق لفكرة الحرب العادلة ورأى أن نتبع في الحرب قواعد معينة يتم عن طريقها تجنب غير العسكريين ويلاتها من مدنيين ورجال دين، وعجزة آخرين وغيرهم .

وقال بوجوب عدم تجاوز الحرب مقتضيات النصر وقد صور " جروتسيوس " الحرب التي جرت في عصره بقوله "إنني أرى من العالم المسيحي إفراطا في الحرب تخجل منه حتى الأمم المتوحشة واستطرد قائلا أن الحروب تشتعل أوزارها لأتفه الأسباب وأحيانا دون سبب.

ترى الناس تندفع إلى السلاح وتشتعل الحروب ويكتوي بنارها الصغير والكبير[1] ، وتفتقد هذه الحرب أبسط قواعد التنظيم، ولا يراعي فيها القانون الإلهي أو القانون الإنساني

[1] انظر طارق عمار محمد كركوب، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008، ص 38-40

كما لا يوجد إلا قانون واحد هو قانون السباق لارتكاب أفظع الجرائم على إثر ذلك الوقت بفكرة أنسنة الحرب.

وذلك للحد من ويلاتها وأضرارها التي فاقت كل تصور، واكتوت البشرية بنارها أزمنة طويلة، وساد الحق في الحرب العلاقات، بين الدول ولم تظفر فكرة الدفاع الشرعي بأية خطورة، فحتى فكرة الحرب العادلة التي نادت بها الكنيسة لم تحد من الحرب أو تقيدها فظلت الحرب حقا للدولة تستعمله في الوقت الذي تراه مناسبا، وبالكيفية التي أرادت، بمعزل عن النتائج والخسائر التي قد تنتج عن هذه الحرب، بالرغم من أن العصور التي سبقت قيام المنظمات الدولية قد سادت فيها فكرة الحرب، ولم تحظ فكرة الدفاع الشرعي بأي اهتمام فإن الشريعة الإسلامية قد نصت على الدفاع الشرعي في مبدأ دفع الصائل، فالأصل في مشروعية هذا المبدأ قوله جل وعلا " فَمَنِ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ"، حيث أجمع الفقهاء على وجوبه في حال الاعتداء على العرض وإن وقع على المال أجازه الجمهور مطلقا.

والفقهاء المسلمون يرون في تهديد النفس و العرض وإن وقع على المال أجازه الجمهور مطلقا.

والفقهاء المسلمون يرون في تهديد النفس والعرض والمال سواء، كل هذه الأحوال تبيح للمعتدى عليه رد العدوان استنادا إلى حالة الدفاع الشرعي.

بيد أنهم اشترطوا التناسب بين الاعتداء ورده واتفقت كلمة الفقهاء على مختلف مذاهبهم على أن المقصود بالدفاع الشرعي والتجاوز فيه هو، استخدام المصول عليه قدرا زائدا من القوة لدرء العدوان ودفع خطره، فالأصل عندهم الإباحة واشترطوا التناسب بين الخطر المحدق بالمصول عليه وبين أفعال الدفاع [1].

[1] انظر طارق محمد كركوب، "مرجع سابق، ص41

الفرع الثاني: اعتداء دولة على أخرى

عادة ما يحصل اعتداء دولة على أخرى فيصرح ممثل الدولة المعتدية أن هذا الاعتداء ما هو إلا دفاعا عن النفس و ذلك بسبب عدم التعريف الدقيق و الموحد للعدوان على المستوى الدولي ،وبالتالي فليس كل حالات استعمال القوة العسكرية في العلاقات الدولية تعد عدوانا لان هذا الأخير محكوم بمجموعة من الشروط إذا تحققت عدت الواقعة عدوانا فيقوم حق الدفاع الشرعي وإذا لم تتحقق فلا تكون أمام عدوان، بل يمكن إعطاؤه إسما أخر غيره كالاشتباكات والعمليات الانتقامية والإرهاب وعليه يجب توافر الشروط الثلاثة في العدوان لكي يبرر فعل الدفاع و يباح وهي أن يكون خطرا لا أن يكون غير مشروع وأن يهدد حقا يحميه القانون لكن حتى إذا توافرت الشروط العدوان الكاملة في القانون لكن حتى إذا توفرت الشروط العدوان كاملة في القانون الجنائي الدولي فهذا ليس كافيا، إذا يجب أن تتوافر شروط تتعلق بالدفاع أيضا فليس كل أنواع الدفاع مشروعة وذلك طبقا للمادة 5 من ميثاق الأمم المتحدة[1].

[1]انظر طارق محمد كركوب، "مرجع سابق، ص43

المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي

يعد حق الدفاع الشرعي من المفاهيم التي كثرت وتباينت الآراء حول تعريفه، سواء في ظل القوانين الداخلية أو في ظل القانون الدولي وقد لعب الفقه دورا أساسيا في وضع النظريات والبحوث التي تحاول الكشف عن قواعد جديدة تمكن الدارسين والباحثين من الاتفاق على مفاهيم مشتركة لذلك نجد جملة من التعاريف الخاصة بحق الدفاع الشرعي .

المطلب الأول: تعريف الدفاع الشرعي

من أجل تعريف الدفاع الشرعي، لابد من الرجوع أولا إلى الأصل اللغوي للمصطلح، فقراء بعد ذلك لمجموعة من التعاريف الفقهية والقانونية.

الفرع الأول:

الدفاع الشرعي لغة: من خلال تصفح جملة من القواميس اللغوية و القانونية [1] نجد عدة تعاريف لمصطلح الدفاع الشرعي ، ففي القواميس اللغوية نجد أن الدفاع الشرعي مشتق من الفعل (دفع،دفعا،دفاعا) ، فيقال دفعه بمعنى رده أبعده و يقال دفعه في كذا أي أدخله فيه، وإليه الشيء أي أداء لاعتداء، ودفعه إلى كذا أي اضطره ودفع عنه الأذى أي حماه منه ودافع عنه أي حامي عنه و انتصر له.

كلمة الدفاع كمصدر: هي ما يتخذ في الحروب من الطرق والأساليب لرد هجمات العدوان.

يقال كذلك وزارة الدفاع: و هي مصلحة حكومية تشرف على تنظيم الجيوش وتجهيزها وإعداد الذخائر الحربية وما يستوجبه الدفاع من عدة وعدد لمواجهة كل طارئ.

الدفاع المدني: أو الدفاع السلبي و هو حماية السكان المدنيين.

الدفاع الشرعي أو الدفاع عن النفس يقابله باللغة الفرنسية : Légitime défense و يقابلها باللغة الانجليزية self défense ".

[1] انظر كاشر عبد القادر، "تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي القانوني، (مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري بتيزي وزو)، 2011، ص 21

أما في القواميس القانونية فيعد حقا مشروعا كل فعل قضت به ضرورة حالة لدفع تعرض غير محق على النفس أو الملك أو نفس الغير، وبالتالي يتوجب توافر ثلاثة شروط هي:

- الدفاع عن النفس أو الغير.
- الحاجة و الضرورة لهذا الدفاع.
- التعرض غير المحق.

يعفي الدفاع عن النفس من العقوبة عن الجرائم الخطيرة مثل القتل والجرح والضرب وغير ذلك، عندما تكون ضرورية وواجبة، ولكن يجب أن يكون هذا الدفاع منسجما مع التعدي، لأن الأعمال المتطرفة للدفاع تبقى غير مبررة، بل تستفيد فقط من الظروف المخففة.[1]

حق الدفاع الشرعي يعني تولي شخص بنفسه رد اعتداء بالقوة اللازمة عن نفسه أو غيره أو ماله ومال غيره، لتعذر الاستعانة بقوة السلطة العامة لحماية الحق المعتدى عليه.

الفرع الثاني :الدفاع الشرعي فقها

حاول الفقهاء تحديد الإطار العام للدفاع الشرعي باعتباره أحد أسباب الإباحة، بالقول بأنه : "الظروف والحالات والأوضاع الوقائع والملابسات (اختصرها العلم الجزائي الجنائي الأجنبي بالتعبير الفرنسي) التي يمكن أن تحيط في صورة عارضة أو محتومة، إما بوضع فاعل الجريمة أو المساهمين بالنسبة لموقعهم منها وارتباطها بها، أو بطبيعة الحق المعتدى عليه أيا كان نوعه أو مصدره، و إما بماهية الجريمة نفسها "

اختلفت الآراء بشأن تحديد مفهوم الدفاع الشرعي، حيث تناولته عدة نظريات في الفقه القانوني الوضعي، منها التي تؤيد فكرة الدفاع و منها التي تعارضها.

نذكر من بين النظريات المؤيدة لفكرة الدفاع الشرعي نظرية الكفاح في سبيل الحق التي يرى أصحابها، أن حق الدفاع الشرعي واجب يقابله التزام الناس باحترامه وعدم التعرض له،

[1] انظر كاشر عبد القادر ،"مرجع سابق ،ص22

إذ يعد كل فعل من شأنه أن يعيق ممارسة هذا الحق أو يحول دونه، غير مشروع يحمل صاحبه المسؤولية الجزائية ويوقعه تحت طائلة العقاب [1].

كما اعتبر بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي، ترخيص من القانون للمدافع برد الاعتداء وبل أكثر من ذلك فهو حق خوله القانون لجميع الأفراد.

نذكر أيضا نظرية إنهاء حق المعاقبة، وهي من النظريات الموضوعية التي ينطلق أنصارها من فكرة العقد الاجتماعي التي تعتبر أن الفاعل يحل محل السلطة العامة – التي تعقد معها ضمنيا لتولي حمايته والدفاع عنه بسبب عجزها أو غيابها لنجدة المعتدى عليه، بمعنى أن الدفاع يعد اختصاصا يخول للفرد استثناء ليحل محل سلطات الدولة المختصة بصورة مؤقتة في حالة غيابها عن مكان الواقعة وتخلفها عن درء الاعتداء وأداء وظيفتها الاجتماعية.

هناك كذلك نظرية بطلان الاعتداء، و صاحبها الفيلسوف الألماني " هيجل Hegel" الذي يعتبر الدفاع الشرعي تأكيد و احترام للأحكام القانون، و ليس خروجا عنه أو منحة منه، وقد أكد ذلك في مقولته: "إن الاعتداء هو نفي للقانون، والدفاع هو نفي لهذا النفي أي تطبيق القانون " أما الجانب الأخر من الفقه المعارض لفكرة أسباب الإباحة والتبرير كالدفاع الشرعي فيرى وجوب الحد منها، من أجل مواجهة الحركة الإجرامية المتصاعدة والمتفاقمة في عالم اليوم، و يكون ذلك أحيانا في حمى القانون.

إذ قال الفقيه الألماني غاير "Geyer"، صاحب النظرية المعروفة "مقابلة الشر بالشر " عند تعليقه على أسباب الإباحة لاسيما الدفاع الشرعي: " إن القانون في نصه على ذلك يرخص الجريمة ويسمح بها.

وعليه أصبح الاحتماء بالدفاع الشرعي من بعض المجرمين وسيلة دفع و دفاع يحتجون بها، كغاية لاستبعاد العقاب و المسؤولية و الجريمة نفسها " .

ويعتبر الدفاع الشرعي سببا عاما للإباحة كونه يسري في كل الجرائم التي تقع دفعا للخطر ولو لم تكن من قبيل الدفاع والجرح و الضرب، فالدفاع يكون في القبض على[1] المعتدي

[1]انظر كاشر عبد القادر،"نفس المرجع السابق، نفس الصفحة

وحبسه أو إتلاف الأدوات التي يستعملها غير أن الدفاع الشرعي ليس هدفه تخويل المعتدى عليه سلطة توقيع العقاب على المعتدي أو الانتقام منه، و إنما هدفه مجرد منع ارتكاب الجرائم أو منع التمادي فيها، وهو حق عام يقرره الشارع في مواجهة الكافة، ويقابله التزام الناس باحترامه وعدم وضع العوائق في طريق استعماله.

وهذا الحق ليس حقا مطلقا بل يستوجب لتطبيقه على الفعل المجرم توافر عدة شروط لكي يمكننا القول بأننا أمام قيام حالة الدفاع الشرعي، وترد بعض القيود على استعمال هذا الحق، وذلك لما يمكن أن تلحقه في بدن المعتدي، ولقد عرف القانون الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي بحيث يعتبر حقا مقرر للدولة يبيح استخدام القوة لصد العدوان المسلح بشرط أن يكون لازما لدرئه، ومتناسبا مع قدر هذا العدوان على أن يتوقف الدفاع عندما يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين[2] ، بالإضافة إلى أن اللجوء إلى القوة المسلحة في حالة الدفاع الشرعي أمر مشروع فحيث يكون هناك اعتداء حال تتوافر فيه شروط الدفاع الشرعي، فان من حق الدولة المعتدى عليها أن تصد هذا العدوان عن طريق القوة المسلحة إذا لزم الأمر ويكون استخدام تلك القوة مشروع أي مباح أو مبرر في هذه الحالة وقد أكد هذا القانون الدولي العام وميثاق الأمم المتحدة[3].

المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي

نظرا لخطورة التذرع باستعمال حق الدفاع الشرعي لتبرير استخدام القوة، فإن عملية الدفاع تتطلب شروط محددة لإضفاء المشروعية عليها، و يمكن حصرها في اللزوم و التناسب، وتجدر الإشارة إلى أن العرف الدولي سبق ميثاق الأمم المتحدة في بيان شروط الدفاع الشرعي، من خلال حادثة الكارولين الشهيرة التي وقعت أحداثها في النصف الأول من القرن التاسع عشر[4] .

---

[1] انظر كاشر عبد القادر ،مرجع سابق 23

[2] احمد عبد الحكيم عثمان، " الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية، مصر، الكتب القانونية، ص 34

[3] علي عبد القادر القهوجي ،" القانون الدولي الجنائي ، بيرون لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية ، 2001، ص51

[4] سامي عبد الرحمان جاد واصل، في إطار القانون الدولي العام مرجع سابق و ص 205.

الفرع الأول: اللزوم

يقصد به سواء في التشريعات الداخلية أو في القانون الجنائي الدولي أن يكون فاعل الدفاع لازما وضروريا.

تقيد التشريعات الداخلية التي تأخذ بحالة الضرورة [1] أعمال الدفاع بشرط عدم القدرة على تفادي الخطر بطريقة أخرى غير ارتكاب الجريمة، فلا يمكن قبول التذرع بضرورة عندما يتعلق الأمر مثلا بجروح خطيرة تسبب فيها شخص بالغ على طفل اعتدى عليه [2] ولقد تبنى القانون الجنائي الدولي هذه القاعدة، حيث منع استخدام القوة المسلحة بغير ضرورة وباعتبار أن الهدف من ممارسة حق الدفاع الشرعي هو رد العدوان، و حتى يكون الفعل لازما يجب أن يتصف بالمميزات التالية:

- أن يكون فعل الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لصد العدوان: بمعنى أن لا تكون هناك أية وسيلة أخرى غير اللجوء للقوة لصد العدوان، فإن وجدت وسيلة أخرى ولم تلجأ إليها الدولة المعتدى عليها، فإن فعل الدفاع في هذه الحالة يكون غير مشروع، كأن تكون الدولة المعتدى عليها قادرة على الاستعانة في وقت مناسب بمنظمة دولية، و كانت المعونة كافية لحمايتها من العدوان المسلح المرتكب ضدها.

- أن يوجه الدفاع إلى مصدر الخطر: مصدر الخطر في جريمة العدوان المسلح هو الدولة التي قامت به ، ومن ثم يجب توجيه فعل الدفاع إلى الدولة المعتدية وحدها، ولا يجوز توجيهه إلى دولة غير مشتركة في الحرب أو أية دولة أخرى محايدة، لأن انتهاك حياد دولة معينة من أجل ممارسة الدفاع الشرعي يعد في حد ذاته جريمة دولية.

لقد ثار جدل فقهي حول الحالة التي تقوم فيها عصابات مسلحة تنطلق من إقليم دولة معينة بشن هجوم على دولة أخرى مجاورة، فهل تقوم الدولة المعتدى عليها بتوجيه أعمال الدفاع ضد العصابات المسلحة، أم ضد الدولة المضيفة لتلك العصابات، أم ضد كليهما؟

[1] انظر كاشر عبد القادر ،" مرجع سابق، ص24.
[2] نفس المرجع السابق، ص55\58

ذهب الرأي الراجح في الفقه الدولي، إلى أن فعل الدفاع يجب أن يوجه إلى مصدر الخطر المباشر و بمعنى العصابات المسلحة التي قامت بالاعتداء، وليس ضد الدولة المضيفة لهذه العصابات، في حالة إثباتها لعجزها عن منع هذه العصابات من القيام بالاعتداء غير المشروع.

- أن يكون الدفاع ذو صفة مؤقتة: ورد هذا الشرط في المادة 51 من الميثاق التي تنص على: "و ذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والدوليين ..." يعني هذا أنه على الدولة المعتدى عليها أن تتوقف عن استخدام حقها في الدفاع الشرعي بمجرد تدخل المجلس واتخاذه التدابير اللازمة لحفظ السلم والآمن الدوليين.

وعليه فإن استخدام القوة من أجل الدفاع، يقتصر على الوقت اللازم لقيام المجلس باتخاذ الخطوات اللازمة لإنهاء العدوان ، بشرط أن تكون هذه الإجراءات فعالة بشكل يجعل استخدام القوة العسكرية من جانب الدولة المعتدى عليها غير ضروري.

الفرع الثاني: التناسب

يقصد بالتناسب أن يكون استخدام القوة في فعل الدفاع متناسبا مع حجم العدوان، أي أن تكون الوسيلة في الدفاع متناسبة من حيث جسامتها مع وسيلة الاعتداء[1].

يعتبر معيار التناسب في القوانين الجنائية الداخلية، معيارا موضوعيا أساسه مسلك الشخص العادي، إذ وضع في الظروف نفسها المحيطة بالمدافع، وهو ما يطبق كذلك في القانون الجنائي الدولي، فلا يجوز مثلا احتلال قوات دولية معينة لأراضي دولة أخرى لمجرد اعتداء حرس حدود الدولة الأخرى.

ولقد جاء في القانون الجزائري حسب نص المادة 2/39 إن شروط الدفاع الشرعي كالأتي: الخطر هو اعتداء متحمل أي انه اعتداء لم يتحقق بعد ويستهدف الدفاع الحيلولة دون تحقيقه بتحويل ويستوي ألا يتحقق الاعتداء على الإطلاق أو أن يتحقق جزء منه، فالخطر قائم في كلتا الحالتين والدفاع متصور، أما إذا تحقق الاعتداء كله فلا محل للدفاع كما انه

[1] انظر كاشر عبد القادر،" مرجع سابق، ص58

إذا لم يكن ثمة الخطر على الإطلاق لأنه لم يرتكب فعل أو ارتكب فعل ولكنه لا يهدد بخطر ولا محل للدفاع وقد اشترط القضاء والفقه في فرنسا شروط معينة وهي شروط يتضمنها أيضا نص قانون العقوبات الجزائري وهي :

أولا – الشرط الأول: يهدد الخطر النفس أو المال

توسع المشرع الجزائري في تحديد الخطر الذي يقوم به الدفاع الشرعي فنص على أن الدفاع قد يكون عن النفس أوعن الغير كما قد يكون عن المال سواء مال المدافع أو مال الغير ولم يتطلب النص أي صلة تربط بين صاحب الحق و المتعدي عليه كما جاء في نص م 2/39 "إذا كان قد دفعت إليه الضرورة الحالية للدفاع المشروع عن النفس أو عن الغير أو عن مال المملوك للشخص أو للغير بشرط أن يكون الدفاع متناسبا مع جسامة الاعتداء" .[1]

ثانيا – الشرط الثاني: أن يكون الخطر حالا[2]

وهو ما يعبر عنه نص المادة 2/39 بلفظ الضرورة الحالة " للدفاع المشروع فإذا زال الخطر أو الاعتداء فلا محل للدفاع و يسأل المعتدى عليه جنائيا عن العنف الذي استعمله ضد المعتدي بعد وقوع الاعتداء لان القانون يعتبر استعمال العنف في هذه الحالة من قبيل الانتقام الفردي الذي يعاقب عليه، ومع ذلك فإن المعتدى عليه يستفيد في هذه الحالة من الظروف المخففة بسبب الاعتداء الذي وقع عليه و يكون الخطر حالا في حالتين.

الحالة الأولى: أن يكون الاعتداء الذي يقدر بالضرر لم يبدأ بعد ولكنه على وشك أن يبدأ وهو يتحقق في الأحوال الذي يبدأ فيها المعتدي اتخاذ الأفعال التي تجعل وقوع الاعتداء وفق المجرى العادي للأمور وشيكا، كمن يتشاجر مع خصمه ثم ينطلق نحو سيارته ويستخرج منها مسدسا ويبدأ في عملية حشوه بالرصاص .

[1] انظر قوجيل نبيلة ،" سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي ،(مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،جامعة محمد خيضر ببسكرة) ، 2015-2016 ،ص 46

[2] رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع، ص 181

وترتيبا على ما تقدم لا يعد تهديد شخص لشخص أخر ولو بارتكاب جناية الاعتداء يخول لصاحبه حق الدفاع الشرعي، وذلك أن هذا التهديد وإن شكل الجريمة معاقب عليها م284_287 ق، ع، ج، إلا أن وسيلة دفعه وإبلاغ السلطة العامة عن التهديد.

الحالة الثانية : أن يبدأ الضرر الناجم عن الاعتداء في الوقوع ولكنه لم ينته بعد كضرب المجني عليه واستمراره لضربه، إذ تظل حالة الدفاع الشرعي قائمة طالما كان الاعتداء مستمرا، فإذا انتهى الاعتداء كما لو كف الجاني عن الضرب وسار في حال سبيله فإن حالة الدفاع الشرعي تكون قد انتهت بانتهاء حالة الاعتداء، وأي رد صادر من جاني المعتدى عليه أو غيره عن الجاني يعد انتقاما و ليس دفاعا.

و يتحقق شرط أن يكون الاعتداء حالا حتى في الأحوال التي تكتمل فيها عناصر الجريمة غير أن هناك احتمالا لاستمرارها سلوك الجاني ، كما هو الشأن بالنسبة للجرائم المستمرة، من الأمثلة على ذلك الحجز بدون وجه حق، إذ تتوافر حالة الدفاع الشرعي طالما استمر الحجز وهذا على الرغم من أن الجريمة قد اكتملت كمن يقوم بسرقة[1] أشياء موجودة في المنزل ثم حاول الخروج من منزل المجني عليه فحاول التخلص منه فإن الاعتداء غير سببه إلا بعد خروج الجاني من منزل المجني عليه.

أما انتهاء الاعتداء فله صورتين:

الصورة الأولى: انتهاء الاعتداء بتحقيق النتيجة الإجرامية الذي يسعى إليها المعتدى كالقتل متعمدا أي تحقيق نتيجة إجرامية مثل الجريمة التي تنتهي بوفاة الشخص المعتدى عليه [2].

الصورة الثانية: فهي عندما ينتهي الاعتداء بوقف المعتدى نشاطه الإجرامي، ولو لم تتحقق النتيجة الإجرامية التي يسعى إليها سواء كان توقف نشاطه اختياريا أو جبرا، كما لو أطلق المعتدى عيارا ناريا لم يصب المعتدى عليه ثم كف عن الاستمرار في إطلاق النار من سلاحه سواء باختياره أو بسبب تدخل خارجة عن إرادته.

[1] انظر قوجيل نبيلة ، " سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة دفاع الشرعي ،(مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر ،جامعة محمد خيضر ببسكرة)، 2015-2016 ،ص46

[2] أنظر ديدوني بلقاسم ،" مرجع سابق ،ص21.

ثالثا – الشرط الثالث: الخطر غير المشروع (الاعتداء غير المشروع)

يعتبر الخطر غير المشروع إذا كان يهدد الاعتداء على حق يحميه القانون الجنائي المعنى أن يهدد بتحقق نتيجة إجرامية معينة، فمن يهدد شخص بسلاح في يده ينشب بفعله خطرا يهدد حق فيترتب على اعتبار القضية غير مشروعة للخطر شرط الدفاع الشرعي نتيجة.

النتيجة الأولى:

أنه لا محل لقيام الدفاع الشرعي إذا كان الخطر الذي يتهدد الشخص هو خطر مشروع ويترتب على هذه النتيجة الأولى أنه لا محل للدفاع الشرعي إذا كان الفعل المنشأ للخطر خاضعا لسبب إباحة فالخطر يكون مشروعا في هذه الحالة .[1]

النتيجة الثانية :

إن الدفاع الشرعي جائز ضد كل خطر غير مشروع و يترتب على ذلك : إن هناك خطرا غير مشروع و لو كان منشأ هذا الخطر يستفيد من أسباب امتناع المسؤولية أو يستفيد من عذر قانوني.

الفرع الثالث: تطبيقات الخطر غير المشروع

هناك تطبيقات مختلفة للخطر غير المشروع وهي :

أولا: انتقاء الدفاع الشرعي إذا توافر سبب من أسباب الإباحة

إذا كان فعل المعتدي خاضعا لسبب إباحة فإن الخطر الناشئ عنه يعتبر مشروعا ولا يجوز لمن يهدده هذا الخطر الاحتجاج بالدفاع الشرعي، وسبق أن ذكرنا أربعة أسباب للإباحة، أمر أو إذن القانون ، للدفاع الشرعي، حالة الضرورة مثل من يتعرض لتنفيذ حكم الإعدام واجب التنفيذ لا يعتبر في حالة الدفاع الشرعي إذا قاوم تنفيذ هذه الأوامر.

ثانيا: جواز الدفاع ولو كان المعتدي غير مسؤول جنائيا

المستقر عليه هو جواز الدفاع الشرعي ولو كان الاعتداء صادر عن شخص مسؤولا جنائيا بسبب توافر مانع من موانع المسؤولية كالمجنون وصغر السن دون سن الثالثة عشر أو من

[1] انظر قوجيل نبيلة ،"مرجع سابق،ص 47

هو في حالة الضرورة والسبب في ذلك هو أن هذه الموانع لا تجرد السلوك من صفته الإجرامية إذ يظل اعتداء غير مشروع في ذاته يهدد حق يحميه القانون.

ثالثا: جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني مخفف

كما يجوز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي يستفيد من عذر قانوني مخفف ومثال لذلك الزوج الذي يفاجئ زوجه الآخر متلبسا بجريمة الزنا فيقدم على قتله أو قتل شريكه أو ضربه أو جرحه إذ يستفيد من عذر مخفف للعقوبة.

رابعا: جواز الدفاع الشرعي و لو كان المعتدي يستفيد من حصانة عائلية

حيث يجوز الدفاع الشرعي ولو كان ثمة حصانة عائلية تحول دون توقيع أية عقوبة، ذلك أن هذه الحصانة لا تزيل وصف الجريمة، وإنما ترفع العقوبة فقط.

وترتيبا على تقدم يجوز لأحد الأصول أن يدرأ بالعنف الجريمة يوشك أن يرتكبها أحد أبنائه على ماله ولو كان ينوي بعد ذلك العفو عليه، ويملك حق الدفاع أيضا كل شخص في غيبة الأب كالخادم ونحوه.

خامسا: جواز الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي غير خاضع للقانون الوطني:[1]

يكون الاعتداء غير مشروع و بالتالي يجوز لدفعه حتى لو كان صادر من شخص يتمتع بالحصانة الإجرائية، ذلك أن أثر هذه الحصانة يقتصر على امتناع تطبيق القانون الوطني مع بقاء فعل الجريمة يجوز متابعتها من طرف الدولة الأجنبية وفق لمبدأ الشخصية.

الفرع الرابع: الشروط المتعلقة بفعل الدفاع

أولا: أن يكون الدفاع لازما لدرء الخطر:

هذا الشرط بديهي إذا كانت المعتدى عليه الفرصة لمراجعة السلطة العامة أو أية وسيلة أخرى غير رد العدوان بالقوة و لم يلجأ إليها ، فإنه سيكون مسؤولا بدوره إن هو التجأ إلى الدفاع بدل استنفاذه لتلك الوسيلة بمعنى أن يكون الدفاع لازما عندما تكون القوة المادية. المستعملة فيه هي الوسيلة الوحيدة لدفع التعرض ، فالدفاع وسيلة احتياطية لا يجوز اللجوء

[1] قوجيل نبيلة ،"مرجع سابق، ص 48

إليها إلا إذا تعذر رد التعرض بوسائل أخرى غيرها، و مثال ذلك من يضرب شخصا صغيرا أو ضعيف الجسم يتوجه نحوه بعصا، في الوقت الذي يستطيع فيه انتزاع العصا من يده دون ضربه، ومن يستطيع رد المعتدي على أعقابه بالتهديد أو بالصراخ، فليجأ إلى الضرب، ومن يقتل لصا وهو يهم بدخول منزله، في الوقت الذي يستطيع فيه رده لمجرد أن ينتهزه أو يصيح به، ولقد ثار التساؤل بشأن الهرب إذا كان هو الوسيلة المتاحة لتفادي الاعتداء غير استخدام القوة، الحقيقية أن الهرب من وجه المعتدي يعتبر في أغلب الأحيان إمكانية أو فرصة ناجعة وفعالة فيتجنب رد العدوان بمثله، و لكنها وسيلة وضيعة تحط من الكرامة، وتلفظ الملتجأ إليها إلى السخرية قد لا يقبل اللجوء إليها أغلب المعتدي عليهم، و لا يليق بالقانون أن يجبر إنسان على أن يكون جبانا يفر أمام المخاطر ولا يدافع عن نفسه ضد العدوان، وهذا هو الرأي الغالب في الفقه[1].

والقضاء وعدم مطالبة المعتدي عليه بالهرب لما ينطوي عليه الهرب من الجبن وضعف وتخاذل ماس بكرامة الإنسان واعتباره عند أهل وطنه.

وأن يكون فعل الدفاع لازما و ما يعني ذلك:

1- أن يثبت أن المدافع لا يستطيع التخلص من الخطر إلا بالفعل الذي ارتكبه.

2- أن يثبت اتجاه الفعل إلى مصدر الخطر.

وهذا الشرط يثير مشكلتين :

بالنسبة للمشكلة الأولى فباستطاعته المدافع الالتجاء إلى السلطات العامة تحول دون احتجاجه بالدفاع الشرعي فإن نص م 2/39 عقوبات جزائري يقضي بأن تكون، هناك ضرورة حالة الدفاع، أما إذا كان لدى المهدد بالخطر فسحة من الوقت تكفي لالتجائه إلى السلطات العامة لطلب حمايتها فيعني ذلك أنه ليست هناك ضرورة حالة الدفاع الشرعي إذ لجأ إلى أعمال العنف، أما بالنسبة للمشكلة الثانية استطاعة المدافع الهرب من المعتدي تحول دون إباحة فعل الدفاع : فالقاعدة أن للمهدد بالخطر الصمود و مواجهة الخطر بأفعال

[1] انظر قويجيل نبيلة ،" مرجع سابق، ص52

الدفاع الملائمة فالدفاع حق، والهرب مشين ولا يجبر صاحب الحق على النزول حن حقه والالتجاء إلى مسلك يشينه، و لكن الهرب قد يكون في بعض الظروف غير مشين، و محل ذلك أن تبرره اعتبارات تنفي عنه دلالته على هذا الجبن، وفي هذه الحالة يتعين على المهدد بالخطر أن يلجأ إليه و يخطر عليه استعمال العنف ضد المعتدي إذ لم يعد الدفاع لازما.[1]

أما شروط لزوم فعل الدفاع هو أن يثبت اتجاه فعل الدفاع إلى مصدر الخطر فلا محل لإباحة فعل الدفاع، إذا وجه غير المصدر الخطر، فإذا ترك المعتدي عليه مصدر الخطر يهدده ووجه فعله إلى شخص أخر لا يصدر عنه خطر فلا محل لاحتجاجه بالدفاع الشرعي، فمن يهاجمه شخص لا يجوز له أن يوجه فعل دفاعه إلى غيره، و من يهاجمه لا يجوز له أن يترك الحيوان ويطلق النار على مالكه وعليه فلابد لشخص أن لا يلجأ إلى دفع الخطر بالقوة إلا إذا كان قادر على دفعه بوسيلة أخرى وأن يوجه الدفاع إلى مصدر الخطر[2]

ثانيا: أن يكون الدفاع متناسبا مع الاعتداء: بمعنى أن يتصرف بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذي يتعرض له لدفاع الشرعي.

من المسلم به أنه إذا أباح القانون لمن يهدده الخطر الاعتداء أن يلجأ إلى العنف ليتخلص من هذا الخطر، فإنه يبيح له ذلك بالقدر الضروري لدرئه وما زاد عن هذا القدر فغير مباح له، إذ يكون خارجا عن نطاق الدفاع الشرعي.

والصعوبة الحقيقية هي في تحديد المعيار الذي يمكن التعويل عليه في معرفة مقدار التناسب بين فعل الدفاع و جسامة الخطر ، لاسيما أنه قد تعرض في الحياة العملية إلى أمور و قضايا كثيرة تدعو إلى التردد في القول بتوافر التناسب المطلوب في الدفاع الشرعي أو عدم توافره و هذا ما نوضحه في البنود التالية [3]:

لمعيار التناسب: و عليه يعد فعل الدفاع متناسبا مع جسامة الخطر إذ انطوى على استعمال قدر من العنف لا يجاوز القدر الذي كان يستخدمه شخص معتاد أحاطت به ذات الظروف

[1] انظر قويجيل نبيلة ، "مرجع سابق ،ص53

[2] أنظر رضا فرج ،" شرح قانون العقوبات الجزائري ،القسم العام الجزائري ، شركة الوطنية للنشر والتوزيع ،ص163

[3] أنظر دكتور سامي جميل فياض الكبسي ، " رفع المسؤولية الجنائية ،بيروت لبنان ،2006،ص 101

التي أحاطت بالمدافع، فالمعيار أصله موضوعي قوامه الشخص المعتاد، أي الشخص الذي يقدر الأمور ويتصرف في وواجهتها على النحو المألوف المتفق مع الخبرة الإنسانية العامة، وللقاضي أن يعتبر نفسه هذا الشخص فيضع نفسه موضع الفاعل ويتساءل عما إذا كان يرد الخطر بالفعل الذي تلجأ إليه، أم أنه يلجأ إلى أفعال أقل جسامة و المعيار الذي يستعان به في تحديد التناسب بالمعنى السابق معيار موضوعي وشخص في نفس الوقت، فهو موضوعي يقوم على أساس الرجل العادي الذي يوجد في ظروف المعتدى عليه، وشخص لا يهمل الظروف الشخصية لهذا الأخير، فعلى القاضي عند تحديد التناسب بين فعل الدفاع وفعل التعرض أن يتصور رجلا عاديا يضعه موضع المدافع مع إحاطته بذات الظروف الشخصية التي أحاطت بالمعتدي عليه كقوته البدنية [1].

وسنه وجنسه ومكان وزمان فعل التعرض، ويتساءل عما إذا كان سيصد فعل التعرض بذات الفعل الذي لجأ إليه المدافع أم بفعل أقل منه جسامة أو ضرر، فالتناسب يكون قائما إذا كان الرجل العادي قد استعمل من القوة القدر الذي يلجأ إليه المدافع إذ وجد في نفس ظروفه وتتوافر شروط الدفاع الشرعي وعلى العكس ينتفي التناسب إذا كان الرجل العادي يلجأ إلى فعل أقل جسامة أو أقل ضررا إذا وجد في نفس الظروف التي وجد فيها المدافع، وتقدير توافر حالة الدفاع الشرعي من الأمور الموضوعية البحتة التي تختص بها المحاكم الموضوع دون أن يكون لمحكمة التمييز (المحكمة العليا) أية رقابة على ذلك.

[1] انظر قويجيل نبيلة ،" مرجع سابق، ص53

ملخص الفصل الأول:

لقد تناولنا في الفصل الأول التطور التاريخي لحق الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي، فتطرقنا إلى حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية والتي رأت أن الغاية من الدفاع الشرعي هو رد الاعتداء الصائل والمعتدي، ومنع الضرر الحال الذي يهدد الموصول عليه ودفع الأذى عنه.

أما التنظيم الدولي فقد تكلم عن الدفاع الشرعي وقال أنه هو أهم مظهر لحق الدولة في البقاء وذلك بالدفاع على نفسها ودفع الخطر الناتج بكافة الوسائل اللازمة لدرئه.

كما قد تطرقنا إلى مفهوم الدفاع الشرعي، بحيث عرف بأنه حق الشخص في تولي الدفاع عن نفسه لرد الاعتداء الواقع عليه بالقوة اللازمة عن نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره، لتعذر الاستعانة بقوة السلطة العامة لحماية الحق المعتدى عليه.

إضافة إلى هذا فقد تناولنا شروط الدفاع الشرعي التي تمثلت في اللزوم والتناسب إضافة إلى ما جاء في قانون العقوبات الجزائري سيما المادة 39 فقرة 2.

الفصل الثانـي:

طبيعة الدفاع الشرعي

في القانون الدولـي

الفصل الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الدولي

إن موضوع الفصل الثاني يدور حول طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الدولي وعليه قسمناه إلى مبحثين، فتكلمنا في المبحث الأول على الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريعين الوطني والدولي، كما تناولنا في المبحث الثاني حق الدفاع الشرعي أمام القضاء الجنائي الدولي.

المبحث الأول: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريعين الوطني والدولي

يثار الدفاع الشرعي في حالة ما إذا تعرض شخص ما لخطر العدوان، فيجوز له تبعا لذلك استعمال القوة التي تلزم لرد الاعتداء قبل حلوله، أو الحيلولة دون وقوعه، أو وقف استمرار هذا الاعتداء، وأورد المشرع الفرنسي في قانون العقوبات حق الدفاع الشرعي في باب انعدام المسؤولية، حيث نصت المادة (22) من قانون العقوبات الفرنسي على أنه "لا يعد مسؤولا جنائيا كل من تعرض لاعتداء على نفسه، أو على غيره عند ارتكاب الفعل بمقتضى الدفاع الشرعي إلا إذا انعدم التناسب بين وسائل الدفاع المسلحة، وخطورة فعل الاعتداء".

المطلب الأول: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريع الوطني

قسم فقهاء الإسلام الدفاع الشرعي إلى قسمين أولهما الدفاع الدولي، ويقصد به استعمال دولة القوة ضد دولة أخرى لدرء عدوانها، وثانيهما الدفاع الشرعي وينقسم بدوره إلى نوعين دفاع شرعي بمعناه عام، وصورته قيام وضع يحذوا بشخص معين إلى الدفاع عن نفسه أو عن غيره من خطر يهدده وشيك الوقوع ويسمى عندهم بالاحتساب قوامه أمر بمعروف ظهر تركه أو نهي عن منكر ظهر إتيانه [1]، ودفاع شرعي بمعناه المعروف في التشريعات الداخلية يتمثل في درء عدوان وشيك الوقوع على شخص اعتدى عليه، أو على ماله، أو على الغير [2] فالدفاع الشرعي في القانون الروماني مقرر للمعتدى عليه وهو حق له يستمده من القانون الطبيعي الذي تتسم قواعده بالثبات والاستقرار، ولا بتغير الزمان والمكان، ولم يدم هذا التكييف للدفاع الشرعي طويلا بل تغير في ظل النظام الكنسي، وصار الدفاع الشرعي في ظل الكنيسة عذرا، أو مجرد ضرورة تقيم العذر للفاعل، ولا تنزع عن الفعل صفة الجريمة، بل ينقلب أمره إلى مانع عقاب دنيوي ويشترط فيه توبة الفاعل، ورجوعه إلى ربه

[1] عبدالفتاح الصيفي، نظام الحسبة في الإسلام، محاضرات لطلبة الدراسات العليا بالمعهد العالي للدعوة الإسلامية، جامعة الإمام محمد بن مسعود الإسلامية، دار المعارف السعودية 1397ه ، ص 54.

[2] عبد الفتاح الصيفي، قانون العقوبات النظرية العامة ، مرجع سبق ذكره، ص 474 وما بعدها.

"عز وجل" ولعل سند هذا التكييف مستمد من تعاليم المسيح عليه السلام وحظه على الصفح والغفران والتسامح، وعدم مقابلة العنف بالعنف، والحظ على الهروب من المعتدى إذا كان لذلك سبيل، وقد تأثر التشريع الفرنسي بهذا التكييف وصار المعتدي عليه عنده مدينا إذا استعمل حقه في الدفاع الشرعي، ولا يرتفع عنه هذا الإثم إلا بعد تقديمه التماسا بالعفو إلى الملك وعليه أن يصدر العفو عنه، أو يرفض التماسه إذا لم يجد له مسوغا أو مبررا أو رأى أن ليس هنالك ضرورة لرد الاعتداء.

ولم يدم هذا التكييف في التقنين الفرنسي طويلا فالثورة الفرنسية اعتبرت الدفاع الشرعي حقا للمدافع يجيز له برد الاعتداء، وذلك في قانون العقوبات الصادر عام 1810 م، وتحديدا في مادته (328) عقوبات[1]، كما تأثر أيضا المشرع المصري بهذا التكييف للدفاع الشرعي وظل ملازما لتشريعاته المتلاحقة ابتداء من تشريعه الصادر عام 1883 إلى 1904 م، وقد تأثر المشرع الليبي بهذا التكييف، واعتبر الدفاع الشرعي حقا للمدافع وذلك في قانونه الصادر عام 1953 م، ولازال معمولا به إلى حد الآن.

وقد ثار الخلاف بين الفقهاء حول طبيعة الدفاع الشرعي وتكييفه واعتبر بعض الفقهاء[2] الدفاع الشرعي حقا وقال البعض الآخر انه ليس حقا تأسيسا على أن الحق لا يقوم إلا في مواجهة شخص معين في حين أن المدافع ليس في مخيلته أن يكون طرفا في دفاع شرعي.

ويقول هؤلاء بأن الدفاع الشرعي ما هو إلا رخصة تجيز للمدافع درء العدوان، وصد الاعتداء.

ونحن نرى بان هذا الرأي فيه خلط بين الحق المعنوي الذي يقوم عليه الدفاع الشرعي، وبين الحق المالي الذي يوجب وجود الطرف السلبي "المدين"محددا وموجودا عند نشأة الحق[3].

يرى بعض الفقهاء[1] أن الدفاع الشرعي ليس كله حق، بل قد يكون في أحيان أخرى واجبا إذا كان التزام خاص بمباشرته لممارسته من قبل مأمور الضبط القضائي المكلف بحراسة منطقة

[1] د.عبد الفتاح الصيفي ، مرجع سبق ذكره، ص 475 وما بعدها.
[2] د.محمد رمضان باره، مرجع سبق ذكره، ص 371.
[3] د.رمسيس بهنام، الجريمة والمجرم والجزاء، مرجع سبق ذكره، ص 278.

يقطنها مجموعة من الناس، ويمكن أن يكون رخصة في حال قيام العدوان على غير المدافع وماله.

والحكمة من إباحة الدفاع الشرعي قد اختلف الفقهاء حولها، وذهبوا فيها مذاهب شتى.

ومن الفقهاء[2] من استند إلى فكرة الإكراه المعنوي وأساسه فقد المدافع لحرية الإدراك والاختبار.

ويقول أصحاب هذا الرأي أن المدافع يفقد السيطرة على نفسه، ولا يستطيع أن يكبح جماح نفسه فتقوده إلى الفعل استنادا إلى غريزة حب البقاء.

ولهذا لا يمكن أن تسند فكرة الإثم أو الخطأ إلى المدافع، وإذا سلمنا بهذا الرأي فان فكرة التناسب بين فعل العدوان وفعل الدفاع لا يمكن تصورها لاسيما بعد أن يفقد المدافع السيطرة على نفسه،ويندفع بغريزة حب البقاء إلى رد العدوان، وبكل ما أوتي من قوة.

ومن الفقهاء من يقول بان الحكمة من وراء الدفاع الشرعي يستند إلى ضرورات اجتماعية، فالمدافع وهو يرد الاعتداء إنما يدافع عن المجتمع، وقيم الجماعة، لهذا ينتفي في حقه القصد الجنائي.

يبد أن هذا الرأي يستند إلى الغاية من وراء الدفاع الشرعي، والغاية لا يمكن أن تشكل عنصرا من عناصر الجريمة وتخلفها لا يؤثر في أركان الجريمة، ومن ثم فهي لا تصلح أساسا لتبرير الحكمة من وراء حق الدفاع الشرعي.

ويرى آخرون أن الدفاع الشرعي يقوم في حالة غياب الدولة المؤقت وعجزها عن مباشرة مهامها في رعاية الأفراد، وحفظ الأمن والسلام، ومن ثم فالمدافع يقوم بمثل هذه الأعمال نيابة عن الدولة وبتفويض منها.

ويؤخذ على هذا الرأي عدم سلامة الأساس الذي يقوم عليه، فكيف يتسنى للفرد المدافع أن يتمتع بصلاحيات تفوق تلك الممنوحة للموظف العام، وهو لا يمكن أن يكون مقبولا،

[1] د.عبد الفتاح الصيفي، مرجع سبق ذكره، ص 476.
[2] د.عوض محمد ، مرجع سبق ذكره، ص 471.

ومستساغا فالفرد الذي يرد العدوان إنما يرده بأفعال تعد في القانون جريمة، واقتراف الجرائم ليس من صميم عمل مأموري الضبط القضائي، ومحظورا عليهم إتيانها.

ويذهب بعض الفقهاء[1]إلى القول بان الدفاع الشرعي هو مقابلة الشر بالشر إلا أن مقابلة الشر تزول عنها هذه الصفة لدرء الشر الواقع بالمدافع.

ويؤخذ على هذا الرأي أنه اعتبر الدفاع مجرد عقاب، وهو في حقيقته ليس كذلك، فهو وسيلة لرد الاعتداء مما يتنافى هذا القول وجوهر الدفاع الشرعي.

ويرى البعض الآخر أن المدافع يسترد حقه الطبيعي في حماية نفسه، وعند تعرضه لعدوان إنما يعود لحالته الطبيعية الأولى وهي حالة البداوة التي كان عليها الناس قبل نشوء الدولة وهو ما يتماشى وفطرته التي فطر الله الناس عليها، والذي يولد الإنسان مزود بها.

انه وان جاز أساسا للدفاع عن نفس المعتدى عليه أو ماله فهو لا يمكن التسليم به إذا كان دفاعا عن نفس الغير، أو ماله، وفي ضوء هذا الجدل الهائل الذي لاقاه الدفاع الشرعي ومحاولة البحث عن الأساس من وراء إقراره فان الدفاع الشرعي كما يراه الباحث يجد أساسه في فكرة المصلحة فإذا تعارضت مصلحة المعتدي ومصلحة المدافع فلا مناص من التضحية بأي من هذين المصلحتين، وهي بلا شك مصلحة المعتدي باعتبارها الأقل قيمة اجتماعيا .

الأمر الذي تتحقق معه المصلحة العامة وهي ما تصلح أساسا للقيام بهذا الحق بعيدا عن الأهواء والنزوات، وتتفق التشريعات جميعها على أن الدفاع الشرعي هو سبب من أسباب الإباحة، ويرجع الأمر في ذلك إلى انه من الطبيعي أن يدرأ الإنسان عن نفسه الاعتداء، فالمدافع عن نفسه أو عن غيره إنما يمارس حقا من حقوقه الطبيعية، ويدافع عن مصلحة حماها المشرع، لذلك أورد المشرع الليبي الدفاع الشرعي في المادة 70 من قانون العقوبات، حيث نص على أن "لا عقاب إذا ارتكب الفعل أثناء استعمال حق الدفاع

[1] د. محمد نعيم فرحات ، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي أطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة عام 1981 غر منشورة، ص 19.

الشرعي"، والتشريع الليبي من بين تشريعات كثيرة اعتبرت الدفاع الشرعي سببا مطلقا من أسباب الإباحة .

فنطاق الدفاع الشرعي في التشريع الداخلي يقتصر أمره على القسم العام من قانون العقوبات تطبيقا لقاعدة الجنائي يقيد المدني[1].

واستنادا إلى ذلك فانه يمكن أن يستفيد من هذا السبب المبيح أي شخص وجد في نفس الظروف، بخلاف المشرع المصري الذي اعتبره سببا خاصا ينتج أثره في جرائم معينة كما سبق الذكر، حيث أورد المشرع الليبي حق الدفاع الشرعي في الإحكام العامة الواردة في قانون العقوبات، أي في القسم العام منه، ولم يورده ضمن القسم الخاص كما فعل المشرع المصري، الأمر الذي يعد سببا مبيحا ينتج أثره في كل الجرائم، ولم يقصره على جرائم الإيذاء والقتل، والجرح كما ذهب إلى ذلك المشرع المصري، الأمر الذي يفهم منه أن المشرع الليبي جعله سببا عاما ينتج أثره في كل الجرائم، وهو ما يتفق وطبيعة هذا الحق المبيح [2].

يرى بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي ممارسة لحق شخصي يتعارض وما هو مقرر في القانون المدني الذي يلزم أن تكون هناك رابطة بين الدائن والمدين،ويرى البعض الآخر من الفقهاء أن الدفاع الشرعي صورة من صور أداء الواجب [3]،غير أن هذا الرأي لا يمكن قبوله باعتبار أن الواجب يقابله جزاء لقاء عدم القيام به،والقانون الليبي لا يرتب أي جزاء على المدافع في حال تخليه عن حقه في الدفاع الشرعي [4] بل تقضي النصوص الواردة في قانون العقوبات الليبي إلى اعتبار الدفاع الشرعي حقا.

ثم أن الدفاع الشرعي ليس له حكم واحد، فهو في أغلب أحواله حق ورخصة في أحيان أخرى واجب في بعض الأحيان ويكون حقا إذا كان الدفاع ردا على عدوان واقع على حق للمدافع، ويكون رخصة إذا كان العدوان قد وقع على نفس الغير أو ماله، ويكون الدفاع

[1] د.نصر الدين الاخضري، مرجع سبق ذكره، ص 38.
[2] د. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي الأحكام العامة الجريمة والجزاء، الجريمة ، ط 3 مطابع عصر الجماهيرية 2000 ، ص 221.
[3] د.عوض محمد ، قانون العقوبات القسم العام دار الجامعة الجديدة للنشر 2000 ، ص 128.
[4] د.نصر الدين الاخضري ، مرجع سبق ذكره ،ص 38.

الشرعي واجبا، إذا كان القانون يفرض على المدافع درء العدوان عن الأشخاص المكلف بحمايتهم، كما في حال الشرطي الذي يكلف بحراسة منطقة معينة يقطنها مجموعة من الأشخاص، فهذا الشرطي مكلف بالمحافظة على أرواح أولئك الناس وسلامتهم والحفاظ على أموالهم، فإذا ما وقعت جريمة على أي شخص يقطن المنطقة المكلف بحراستها فوجب عليه درء الخطر الواقع على ذلك الشخص بأية وسيلة كانت، حتى وإذا اقتضى الأمر إلى استعمال القوة، فان لم يفعل ذلك فانه يعرض نفسه لمسائلة إدارية، وكذلك جنائية .

فالقانون لا يجيز له التفريط في حياة الناس، والقانون كذلك يلزم الزوجة الدفاع عن نفسها في حال تعرضها لجريمة اغتصاب مثلا، وذلك لأن عرضها ليس ملكا خالصا لها، وإذا لم تدافع عن نفسها فيمكن أن تكون محلا لشكوى زوجها، وذلك لتفريطها في عرضها الذي له حق فيه، وهو ما نرجحه ونراه صائبا ويتفق وطبيعة حق الدفاع الشرعي، وينسجم مع أحكامه وشروطه، يرى بعض الفقهاء [1] وهم بصدد حديثهم عن الأساس القانوني للدفاع الشرعي أنه سبب من أسباب المسؤولية الشخصية المؤسسة على فكرة الإكراه الأدبي وعلى الاضطراب والانفعال اللذين يستوليان على نفس المعتدي والميل الغريزي الذي يدفعه إلى ارتكاب الفعل محافظة على نفسه.

يبد أن هذا الرأي لا يستقيم مع بعض الفقهاء الآخرين إذ يمكن أن يتم اللجوء إلى استعمال حق الدفاع الشرعي ولو كان المعتدي عليه في حال هدوء بال وغير مضطرب.

المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي

إن طبيعة الدفاع الشرعي قد اختلف الفقهاء حولها وصار البحث في أساس الدفاع الشرعي في القانون الداخلي والدولي هل هي واحدة أم أن لكل طبيعته الخاصة به؟

يرى بعض الفقهاء أن طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الداخلي هي نفسها في التشريع الجنائي الدولي ، ويغدو في مثل هذه الحالة تدبيرا استثنائيا من النظام العام للدولة

[1] جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1976م ، ص 516.

باعتبارها تمارس حقا من حقوقها وهو درؤها للعدوان الواقع عليها، وذلك حفاظا على استقلالها وسلامة شعبها وأراضيها.

وقد أيَّد هذه النظرية العديد من الفقهاء وعلى رأسهم "جروتسيوس" الذي يرى بأن الدفاع الشرعي يجد أساسه في الأفعال الطبيعية، ويرى "موتتسكيو" أن طبيعة الدفاع الشرعي في التشريع الداخلي هي نفسها في التشريع الدولي، إذ من حق الأفراد الدفاع عن أنفسهم حتى بالقتل حماية لأنفسهم وأموالهم، وفي المقابل من حق الدولة التصدي لأي عدوان يهدد كيانها، ويدمر وجودها[1] .

وقد عارض واضعوا ميثاق الأمم المتحدة هذه الفكرة واعتبروا الدفاع الشرعي مبدأً عاما ويمكن تطبيقه على العلاقات الدولية، ولم يتفقوا على وحدة الأساس في القانون الداخلي والدولي .

كما ترى إحدى نظريات القانون الدولي وتعرف بالنظرية المستقلة بأن فكرة الدفاع الشرعي في التشريع الدولي هي ليست نفسها في التشريع الداخلي، فالدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي يقوم على فكرة مستقلة عن تلك التي في التشريع الداخلي، أما التشابه بين الأساسين فهو مجرد تشابه باللفظ فقط، دون أن ينصرف الأمر إلى المعنى والمضمون.

وقد أنكرت هذه النظرية فكرة المبدأ العام، واعتبرت الدفاع الشرعي استثناءاً من التزام مفروض أساسه القانون الجنائي الدولي، وينتج هذا الاستثناء أثره في تعطيل قواعد القانون الجنائي الدولي فاسحا المجال للدولة أن تمارس هذا الحق.

ومن ثم ميَّزت هذه النظرية بين طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي وطبيعته في التشريع الداخلي، وقد دافع بعض الفقهاء[2] عن هذه النظرية مستعينين في ذلك بوقائع سجلت في العلاقات الدولية من بينها حادثة الكارولين التي وقعت سنة 1837م ، وحادثة فرجينيا التي حدثت عام 1973م وتتلخص وقائع هاته الأخيرة في أن البحرية الاسبانية قد

[1] جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، دار إحياء التراث العربي بيروت لبنان 1976م ، ص 518.
[2] د. محمد محمود خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 150 وما بعدها.

أوقفت سفينة تجارية أمريكية في أعالي البحار بحجة تقديم المساعدة للثوار في كوبا، وقد بررت البحرية الاسبانية هذا الفعل باعتباره يستند إلى حق الدفاع الشرعي، و قالت في ذلك أن الأصل في قواعد القانون الدولي عدم توقيف أي سفينة في أعالي البحار وقت السلم، ويجوز استثناءا وقفها وقت الحرب، ويرى جانب من الفقهاء أن الحكومة الاسبانية قد طبقت نفس الفكرة التي تدور حول الدفاع الشرعي في التشريع الداخلي، واعتبرت اسبانيا ما قدمته السفينة الأمريكية للثوار الكوبيين عملا عدوانيا، ومن ثم فهو غير مشروع وأن عمل الحكومة الاسبانية رغم عدم مشروعيته فان مبرره يستند إلى رد على العدوان القائم من السفينة الأمريكية لقاء مساعدتها للكوبيين الثوار الذين يناصبون اسبانيا العداء.

نستخلص من هذه الواقعة أن الحكومة الاسبانية قد استخدمت القوة ضد السفينة الأمريكية فكان الرد على هذا الفعل مطابقا لأحكام القانون الجنائي الداخلي، ولم يخرج عن قواعده وأصوله[1].

يستخلص مما سبق أن الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي هو حق مقرر في التشريع الجنائي الدولي، وهو استثناء من الأصل العام الذي يمنع اللجوء إلى القوة وإنما تلجا إليه الدولة في حال غياب مجلس الأمن، وهو ما تؤكده صراحة المادة 51 من الميثاق، ومما جاء في هذا الميثاق انه ليس فيه ما ينتقص في حال تعرض الدولة للعدوان المسلح، وإلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ الأمن والسلم الدوليين، وإعادته إلى نصابه ولكن ما هو موقف المشرع الدولي من أفعال الثوار ؟ وهل يمكن مقابلتها بالدفاع الشرعي وما هي المسؤولية الملقاة على عاتق الدولة التي يتبعونها بجنسيتهم.

المتفق عليه أن يخضع الثوار إلى ذات القانون الذي يخضع له الأفراد العاديين، ويسالون عن الأفعال التي يقترفونها، وتسال الدولة التي ينتمي إليها هؤلاء الثوار في حال ثبوت تقصيرها في قمع أعمالهم، وفي حال عجز الدولة عن قمع هؤلاء الثوار، وأضرت أعمالهم بدولة أخرى فان الدولة التي ينتمي إليها الثوار لا تسال عن أفعال تابعيها باعتبارهم مارقين

[1] د. محمد محمود خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 161 وما بعدها.

عن القانون خارجين عن سلطات الدولة التابعين لها، مما أدى إلى عجز دولتهم عن تأديبهم، وتعفى هذه الدولة من المسؤولية الجنائية عن أفعال الثوار تأسيسا على القوة القاهرة، ومما يؤكد هذا الاتجاه[1]ما انبثق عن لجنة القانون الدولي بشان مسؤولية الدولة، وتحديدا في المادة 14 التي نصت على أن "لا يعتبر فعلا صادرا عن الدولة بمقتضى القانون الدولي تصرف عضو من أعضاء حركة تمرد قائمة في إقليم هذه الدولة، أو في أي إقليم آخر خاضع لولايتها".

وإذا نتج عن الصراع القائم بين الثوار والحكومة الشرعية سقوط الأولى وحلول الثوار محلها، فان هؤلاء سيسالون عن كل ما اقترفوه من أعمال نتجت عن ذلك الصراع منذ بداية الثورة وحتى نهايتها وإذا ما انتصر الثوار وكونوا دولة جديدة على إقليم الدولة فان هذه الدولة هي استمرار لحركة الثوار، وتعد مسؤولة عما اقترفه الثوار من أفعال سابقة على نشوء هذه الدولة[2]،أما إذا انحدرت صفوف المتمردين وفشلت ثورتهم لأي سبب كان، فان الحكومة الشرعية لا تتحمل مسؤولية هؤلاء الثوار إلا إذا كانت الدولة قادرة عليهم،وقصرت وأهملت في ذلك فان مسؤوليتها في مثل هذه الحالة قائمة، وتسال عن أفعال هؤلاء وهو ما يتفق ومبادئ العدالة والإنصاف، إذ أن الدولة التي تعجز عن صد التمرد المتأتي من أناس مارقين على سلطانها لا تسال عن أفعالهم رغم صلة التبعية التي تربطهم بها.

وفي عصرنا الحاضر فسرت المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة تفسيرا خاطئا، وقد أبيح استعمال العنف في العلاقات الدولية بدعوى الدفاع الشرعي الوقائي لإجهاض قدرات الجسم، واعتبروا محاصرة موانئ دولة أخرى دفاعا شرعيا وقائيا من قبل دولة أخرى، بمبرر أن ذلك يهدد السلم والأمن الدوليين، أو أن السياسة الاقتصادية المتبعة من الدولة المحاصرة تمثل تهديدا لدولة جارة، هذه التفسيرات حاول بها القاضي الأمريكي شوبيل أن يبرر حصار موانئ

[1] د. محمد محمود خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 155 وما بعدها.
[2] د.صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ط 1 ، 1995م، دار النهضة العربية ، ص 746 وما بعدها.

نيكاراغوا من قبل الأسطول الأمريكي، وزعم أفعال الولايات المتحدة الأمريكية إنما تندرج تحت ذريعة الدفاع الشرعي وفقا لنص المادة 51 من الميثاق.

وقد رفضت محكمة العدل الدولية هذه التفسيرات باعتبارها مشوبة بسوء نية في تفسير النصوص الواردة في الميثاق، وذلك لمخالفتها للمعايير القانونية السائدة في عصرنا الحاضر[1]، وعليه فان فكرة الأمن الوقائي لتبرير الدفاع الشرعي لا تصلح تبريرا لفعل الدولة، ويظل الفعل المرتكب من قبل الدولة عدوانا تسال عنه الدولة المعتدية، وتقوم مسؤوليتها الدولية قبل الدولة المعتدى عليها، ويقوم الحق في الدفاع الشرعي لقاء هذا العدوان من اجل درئه، باعتبار أن فكرة الأمن الوقائي لتبرير الحق في الدفاع الشرعي هي فكرة تفتقد إلى الأساس القانوني السليم، وتخالف المعايير القانونية السائدة في عصرنا من عدوان سافر ضد حقوق الإنسان الأمر الذي يظل هذا الفعل مندرجا تحت وصف العدوان غير المبرر الذي يفتقد إلى السند الذي يقوم عليه.

[1] د.علي إبراهيم، المنظمات الدولية، النظرية العامة للأمم المتحدة، مرجع سبق ذكره، ص 283.

المبحث الثاني: حق الدفاع الشرعي أمام القضاء الجنائي الدولي

لجأ المجتمع الدولي منذ القدم إلى البحث عن وسائل يمكن من خلالها أن يضع حدا للمنازعات التي تثور بين الدول بسبب المصالح المتعارضة، إلا أن التمسك بمبدأ السيادة كان من بين الأسباب التي وقفت حائلا أمام إنشاء تنظيم قضائي يفرض أحكامه وقراراته على المجتمع الدولي بشان ما يفصل فيه من منازعات، ويعد وضوح المبادئ القانونية التي كانت نتيجة خلاصة تجارب المجتمع الدولي، فاتجهت الدول إلى طرف ثالث يوكل إليه مهمة الفصل في المنازعات، وقد تم ذلك عبر اتفاقيات بين الأطراف المتنازعة عن طريق التحكيم، وقد استمر العمل بالتحكيم مدة ليست بالقصيرة لم يشهد من خلالها المجتمع الدولي نشوء أي تنظيم قضائي توكل له مهام الفصل في المنازعات، حتى أنشئت محكمة العدل الدولية سنة 1920 [1].

المطلب الأول: حق الدفاع الشرعي في محاكمات نورمبيرغ وطوكيو1945.

انتهت الحرب العالمية الثانية بالقضاء على ألمانيا النازية وهزيمتها، وما كان من الدول المنتصرة في هذه الحرب إلا أن اجتمعت في لندن بتاريخ 8-8-1945 وأصدرت ميثاقا يقضي بتشكيل محكمة عسكرية تتولى محاكمة مجرمي الحرب الألمان، وحددت الجرائم التي تتولى المحكمة النظر فيها ومن بينها جرائم ضد السلام وجرائم الحرب، ويتولى النظام الأساسي لهذه المحكمة بيان هذه الجرائم والعقوبات التي يتعين تطبيقها على من تثبت إدانته، وحرصا من هذه المحكمة على عقاب كل من ساهم بأي فعل من أفعال العدوان فقد جرم النظام الأساسي لهذه المحكمة حتى مجرد التحضير للحرب العدوانية أو عمل التدابير بشأنها ومن اشترك في ارتكابها بناء على تلك الأفعال[2].

وقد بينت المادة 6 فقرة "ب" من لائحة محكمة "نورمبيرنج" جرائم الحرب بقولها "إنها الأعمال التي تشكل انتهاكا لقوانين وأعراف الحرب"، وقد فسرت لجنة القانون الدولي عبارة التحضير

[1] د.مفتاح عمر درباش ، ولاية محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات ، ص 63.
[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 174.

لحرب عدوانية أو التحضير لها بأنها كل الخطوات المؤدية إلى الحرب أو التي تؤدي حتما إلى الحرب، وقد أخذ على النظام الأساسي لهذه المحكمة عدم تحديده لفكرة المؤامرة بوصفها إحدى الجرائم ضد السلام.

ولم يرد في النظام الأساسي لهذه المحكمة أية إشارات عن الدفاع الشرعي[1] وان ما ارتكبه هؤلاء من أفعال هي جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وعمل مخالف للمعاهدات والمواثيق الدولية التي أصبحت أحكامها ملزمة بمجرد التصديق عليها من الدول ذات العلاقة.

مثلما نصت عليه المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة الحالي، إلا انه يمكن استنتاج ذلك من المناقشات التي دارت بين الوفود بشان النظام الأساسي وكذلك المقترحات المقدمة من هذه المحكمة فقد قيل بان دول الحلفاء كانت في حالة دفاع شرعي حماية لكيانها واستقلالها وكذلك وجودها، وكانت هذه الدول ضحايا لعدوان دول المحور الأمر الذي أعطى الحق لدول الحلفاء في استعمال حقهم في الدفاع الشرعي بصورة فردية أو جماعية، والمحكمة لم تجادل في صحة هذه الواقعة وعلاوة على ذلك، فقد أوضح احد أعضاء هذه المحكمة بان الدفاع الشرعي حق قد كفله القانون الدولي[2] لجميع الدول ودون استثناء تمارسه بصورة فردية أو جماعية وذلك حفاظا على كيانها وسيادتها فهذه السيادة تنتقص في حال تعرض الدولة لأي عدوان واحتلال، كما هو حال الدولة العراقية الآن، واستعمال هذا الحق من عدمه متروك للدولة التي تعرضت لعدوان أو احتلال بشرط أن يكون مبنيا على أسباب معقولة وظروف تؤكد قيام حالة العدوان المسلح الحال والمباشر على الدولة، ومما يلاحظ على النظام الأساسي لمحكمة "نورمبيرنج" انه تبنى في أحكامه ميثاق "بريان كيلوج" واعتبرت المحكمة أن أحكام هذا الاتفاق قد تم خرقها من قبل مجرمي الحرب الألمان.

[1] د. نصر الدين الاخضري ، مرجع سبق ذكره ، ص 136 وما بعدها.
[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 188.

وأن ما ارتكبه هؤلاء من أفعال هي جرائم حرب وجرائم ضد الإنسانية وأعمال مخالفة للمعاهدات والمواثيق الدولية، التي أصبحت أحكامها ملزمة بمجرد التصديق عليها من الدول ذات العلاقة.

دفع القادة الألمان غزوهم للنرويج بالقول بأنها أعمال تؤدي إلى إحباط تقدم الحلفاء وهي من قبيل الأعمال الوقائية المرفوضة ومثلها الإستباقية، فالحاجة لا تدعو إلى الإطلاق وتحميل الأشياء أكثر مما تحتمل[1].

بيد أن الاعتداء على الدولة وغزوها عمل تجرمه الأعراف الدولية والمواثيق وقواعد القانون الدولي التي لا تجيز استعمال القوة إلا في حالة الدفاع الشرعي، بقدر ما يجيز للدولة المعتدي عليها دفع العدوان والتذرع بحالة الضرورة الملجئة للدفاع الشرعي.

ورأت المحكمة أن غزو المحور للنرويج كان بقصد حماية وجودهم العسكري في هذه الدولة.

لقد كفل ميثاق "نورمبيرنج"حق الدفاع الشرعي للدولة، وبموجبه صار لها حق تقدير ذلك وعما إذا كان هناك حالة عدوان أم دفاع عن حق البقاء.

هذا هو وضع الدفاع الشرعي في محاكمات "نورمبيرغ"، أما في المحاكمات العسكرية للشرق الأقصى فقد اصدر الجنرال "آرثر"بصفته القائد الأعلى لقوات الحلفاء في اليابان قرارا بإنشاء محكمة عسكرية للشرق الأقصى أطلق عليها اسم "محكمة طوكيو لمحاكمة كبار مجرمي الحرب اليابان".

وقد صدق الجنرال آرثر على هذا القرار يوم 29-4-1946 ، وقد قامت هذه المحكمة على نفس المبادئ التي عملت على أساسها محكمة "نورمبيرنج"، وقد تولت المادة 5 فقرة "أ" من النظام الأساسي للمحكمة تحديد الجرائم التي ينعقد الاختصاص بشأنها لهذه المحكمة، وكان أهم المبادئ التي أرستها هذه المحكمة مبدأ عدم اللجوء إلى القوة وتقرير المسؤولية الشخصية

[1] د.نصر الدين الاخضري ، مرجع سبق ذكره ، ص 159.

لمجرمي الحرب بمعزل عن مناصبهم التي يشغلونها، ما يؤخذ على هذه المحكمة أنها لم تضع تعريفا دقيقا لفعل العدوان ولم تحدد المعيار الذي يمكن من خلاله تحديد هذه الأفعال[1].

وكان مسلك محكمة طوكيو نفس نهج محكمة "نورمبيرغ" فيما يتعلق بجريمة التآمر، فقصرتها على الجرائم ضد السلم أي بمعنى الحرب العدوانية.

بيد أنها عددت الأفعال التي تعد جرائم ضد السلام والنظام الأساسي لمحكمة "طوكيو"نص صراحة، على منع اللجوء إلى القوة لفض المنازعات الدولية، واعتبر الخروج عن هذا الأصل جريمة ضد السلم والأمن الدوليين.

ويلاحظ أن محاكم "نورمبيرغ" قد استعملت تعبير الجرائم، رغم أن ميثاق "بريان كيلوج" لم يتضمن هذه العبارة، وفي نفس الوقت تدين مبدأ الحرب وتندد باستعماله، فالحرب في ميثاق "بريان كيلوج" محرمة وغير مشروعة، ورغم أن ميثاق "بريان كيلوج" قد وصف الأعمال العدائية بأنها غير مشروعة، فان هذا الميثاق لم يحدد العقوبة التي ينبغي إنزالها على من يرتكب هذه الأفعال.

حاول المجتمعون في مؤتمر لندن عام 1945 المتعلق بالمحاكم العسكرية تعريف العدوان، وذكر المندوب الأمريكي أن دول المحور قد ارتكبت جريمة الحرب العدوانية، وذلك بغزوها لأقاليم الدول الأخرى، وان الدول المحتلة هي في حالة دفاع شرعي، ولكن يستفاد ذلك من خلال ما تم طرحه من مناقشات ومداولات ومحاضر جلسات بين وفود الدول المشاركة في هذا المؤتمر، وما أثير من دفوع في هذه المحاكمات من المتهمين الذين حوكموا أمامها حيث ردت المحكمة عن الدفوع بان دول الحلفاء هم الذين كانوا في حالة دفاع شرعي بخلاف ما كان عليه الحال لدى دول المحور[2].

وقد حاول مندوب الولايات المتحدة الأمريكية المشارك في مؤتمر لندن التقييد من حق الدفاع الشرعي.

[1] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 193 وما بعدها.
[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 195 وما بعدها.

ورأى بأن الاعتبارات السياسية والاقتصادية والحربية في حد ذاتها لا تصلح أساسا للتذرع بحق الدفاع الشرعي، وتظل هذه الأفعال أفعالا عدوانية يقوم في مواجهتها الحق في الدفاع الشرعي، ويجمع الفقهاء على أن التحدي بالدفاع الشرعي كان قائما أمام محاكمات "نورمبيرغ" ولا مراء في إنكاره.

وفي هذا الصدد قال المدعي العام البريطاني لا يمكن لميثاق "بريان كيلوج" المشهور أو أي ميثاق آخر قبل "نورمبيرغ" حرمان الدول من التحدي به أمام القضاء الدولي[1].

بيد انه لا يعني أن تكون الأفعال المتأتية من الدولة كلها تندرج تحت حق الدفاع الشرعي، وان تقدير قيام الدفاع الشرعي أو التحدي به، تقديره منوط بمجلس الأمن بناء على حقائق مستمدة من الواقع وليس كما تراه الدولة نفسها وتقدره، فتصرف الدولة كتصرف الفرد تماما وسلوكها محل تقييم المجتمع الدولي عن طريق الهيئة الدولية المعروفة بمجلس الأمن، وفي هذا السياق طلب المدعي العام البريطاني من محكمة "نورمبيرغ" تقييم أفعال وسلوكيات دول المحور وعما إذا كانت هذه الأفعال تمثل دفاعا عن النفس أم لا وحتى أن كانت هذه الأفعال ليست بمنأى عن المراقبة والفحص من قبل الهيئة المختصة المناط بها تقدير هذه الأفعال وتقييمها، فهي مسالة موضوعية تخضع لتقدير وتقييم هذه المحكمة فلها وحدها حق في الفصل في هذه المسالة وقد ذكرت محكمة "نورمبيرغ" في حيثيات أحكامها أن الحرب غير المشروعة هي التي تتخذها الدولة لتحقيق طموحات قومية، فاعتبرتها حربا عدوانية تقوم معها مسؤولية الدولة والقائمين على مؤسساتها.

وقد أكدت محكمة "نورمبيرغ" أن تقدير قيام حالة الدفاع الشرعي وان كان خاضعا لتقدير الدولة، فانه في النهاية يحتاج إلى فحص محكم من المحكمة حتى تقرر عما إذا كان هذا التقدير يتفق وأحكام القانون الدولي أم لا.

[1] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 195.

أما محاكمات الشرق الأقصى (طوكيو) فقد قامت على نفس الأساس الذي قامت عليه محاكمات "نورمبيرغ" وهو منع اللجوء إلى القوة لفض المنازعات الدولية وحل الخلافات التي تثور بين الدول.

فللدولة وحدها حق تقدير هذه الحالة دون معقب عليها من قبل محكمة جرائم الحرب في الشرق الأقصى (محاكمات طوكيو) ، فلها وحدها حق تقدير أفعال وسلوك الدولة وعما إذا كان سلوكها يندرج تحت حالة من حالات الدفاع الشرعي أم لا، ويأتي ذلك بعد فحص وتقييم الحجج والذرائع المقدمة من الدولة وهو المعيار الذي بواسطته يتسنى للمحكمة الفصل في قيام حالة الدفاع الشرعي من عدمها.

فهولندا عندما أعلنت الحرب على اليابان كانت مدركة تماما أن الهجوم المسلح الياباني كان وشيك الوقوع ولذلك فهي في حالة دفاع شرعي من اجل درء العدوان الواقع على أرضها من قبل اليابانيين، ويرجع الفضل لهذه المحاكم في وضع معيار دقيق لحالة الحرب بقصد تحقيق سياسات قومية، واعتبرت هذه الحرب حربا عدوانية تندرج تحت وصف الحرب غير المشروعة وتشكل في نفس الوقت جريمة دولية معاقب عليها، ويؤخذ على هذه المحاكم أنها ضيقت من نطاق الدفاع الشرعي وطرحت الدفوع المتعلقة بها حتى قيل في شأنها أنها محاكم المنتصر ضد الدول التي انهزمت بعد الحرب العالمية الثانية وهي دول المحور وعلى رأسها ألمانيا واليابان[1].

والحرب العدوانية قبل محاكمات "طوكيو ونورمبيرنج" كانت أعمالا مشروعة تمارسها الدول تحت ذريعة حماية سيادتها ووجودها، ومن ثم كان لمحكمة "طوكيو ونورمبيرنج" الفضل في تجريم هذه الأفعال واعتبارها جرائم حرب لم تنص محكمة "طوكيو" على حق الدفاع الشرعي صراحة إلا أنه يمكن استنتاجه من خلال ما تم طرحه في هذه المحكمة من قبل مدعيها [2].

[1] د. عبد الفتاح بيومي الحجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ،مرجع سبق ذكره ، ص 206.
[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 195 وما بعدها.

فأحكامها توجب على جميع الأعضاء ضرورة فض المنازعات التي تنشا بينهم بالوسائل السلمية على وجه لا يجعل السلم والأمن الدوليين عرضة للخطر[1].

والأصل العام في ميثاق الأمم المتحدة أن يحرم اللجوء إلى استعمال القوة لتسوية المنازعات الدولية[2]، ولم يترك الميثاق للدولة الخيار في استعمال هذه الطرق والوسائل كما جاء بالمواثيق السابقة عليه، وإنما اوجب على الدولة أن لا تلجا إلى القوة لفض هذه المنازعات، وقد كان هذا الحكم نتيجة تعطش المجتمع الدولي إلى الأمن والسلام والاستقرار من اثر اكتوائه بحروب عالمية أتت على الأخضر واليابس اثر فشل عصبة الأمم.

فاندفع المجتمع الدولي إلى تنظيم استعمال القوة ووضع ضوابط ومعايير لاستعمالها والحد من سلطات الدولة، وفي ذلك اصدر المجتمع الدولي تصريحا سمي بتصريح موسكو سنة 1943م، وقد جاء فيه انه من الضروري التعجيل بإنشاء هيئة عالمية تعتمد المساواة والسيادة بين جميع الدول التي تتوق إلى السلام، بمعنى تهدف إلى تحقيقه وعلى أساس ذلك تم إنشاء هيئة الأمم المتحدة في أغسطس سنة 1944م[3].

وقد اقر المجتمع الدولي انه هو وحده المخول باستعمال القوة عن طريقة مؤسساته الأممية، ومهمته تكمن في إعادة السلم والأمن الدوليين إلى نصابها.

ومن ثم اخذ المجتمع الدولي بفكرة الأمن الجماعي عن طريق مؤسساته ولم يترك الأمر دون تنظيم، وفي حال تعرض الدولة إلى عدوان فعلى المجتمع الدولي أن يعيد الأمن إلى نصابه حتى تتمكن الهيئات الدولية من فض المنازعات وإعادة الأمن والسلام والاستقرار إلى نصابه وضبط كل صور العنف بما فيها الاضطرابات الداخلية[4]، ولأجل ذلك اعترف المجتمع الدولي للدولة استنادا إلى تشريعاتها الدولية بالدفاع عن كيانها ووجودها في حال تعرضها لعدوان من دولة أخرى.

---

[1] مادة من ميثاق الأمم المتحدة

[2] د.علي إبراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الأمم المتحدة – ط1 ، 2001م، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ص 72وما بعدها.

[3] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 247.

[4] د.عبد الله الاشعل ، النظرية العامة للجزاءات ط 1 ، 1997 ،دار النهضة العربية القاهرة مصر ، ص 197.

وقد صيغت المادة 51 من الميثاق وجاءت متناغمة مع المادة 2-4 من الميثاق، وذلك بإقرار المقترح الاسترالي الذي ترك الدفاع الشرعي الفردي يمارس إلى جانب صلاحيات مجلس الأمن، وقد اقترح مندوب كولومبيا تعديلا لهذا الاقتراح بحيث يجري "ومع ذلك فانه في وقت يطرأ بغتة هجوم مسلح ضد دولة عضو في مجموعة إقليمية فلها أن تلجا بصورة آلية بموجب الميثاق إلى تدابير الدفاع الشرعي الفردي أو الجماعي حيث يعتبر حقا طبيعيا لها".

إذا كان الدفاع الشرعي مقررا قبل نشوء هيئة الأمم المتحدة، فان المادة 51 من الميثاق قد قيدت هذا الحق ووضعت له ضوابط وشروط لاستعماله، ومن أهمها شرط وقوع العدوان المسلح[1]، وعليه فان حق الدولة في استعمال الدفاع الشرعي طبقا للمادة 51 من الميثاق يقوم على إفساح المجال للدولة لاستعمال حقها في القوة دون استئذان مجلس الأمن استنادا إلى حقها في الدفاع الشرعي.

بيد أن هذا الحق يتصف بالتأقيت وينتهي بتدخل مجلس الأمن، ويرى بعض الفقهاء[2] أن حكم المادة 51 من الميثاق لم يتعارض وحكم المادة 2-4 من الميثاق، بل من العدالة والإنصاف أن تخول الدولة المعتدى عليها حقها في الدفاع عن كيانها ووجودها واستقلالها انفراديا، وهو مالا يتعارض والدفاع الشرعي الجماعي وهذا التدبير جاء مكملا لفكرة الأمن الجماعي.

ثم أن أجهزة الأمم المتحدة قد لا تكون مستعدة وجاهزة لدرء العدوان الواقع على الدولة الضحية، فمن حق هذه الأخيرة أن تدفع ذلك الاعتداء بالوسيلة التي تراها مناسبة دون إفراط في استعمال القوة أو تفريط في استخدامها، وهو ما يكمل فكرة الأمن الجماعي الذي يقوم بين مجموعة من الدول التي توجد بينها روابط وصلات ومصالح مشتركة، حالة كون العدوان الواقع على واحدة منها هو عدوان على المجموعة الدولية بأكملها، ويأتي ذلك عن

[1] د.علي إبراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الأمم المتحدة – ط1 ، 2001م، دار النهضة العربية القاهرة مصر ، ص 100وما بعدها.

[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 255.

طريق اتفاقية دفاع مشترك، تعترف فيه الدولة المبرمة لهذه الاتفاقية بان أي اعتداء على احدها يعتبر اعتداءا ضدها جميعا الأمر الذي تبادر معه هذه الدول مجتمعة إلى أعمال التدابير اللازمة لدرء العدوان عملا بأحكام الميثاق وتحديدا المادة51 منه[1].

تجاذب حكم المادة 51من الميثاق نظريتان أولاهما النظرية المقررة، ويرى أنصار هذه النظرية أن المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة قد احترمت حق الدول في الدفاع الشرعي عن وجودها وكيانها، ولا يوجد في هذا النص أي مساس بهذا الحق بل على العكس قد وردت عبارة "حق طبيعي" وهو ما يدل على وجود هذا الحق باعتباره مكفول للدولة ولم ينتقص منه شيء وهو من الحقوق الجوهرية للدول، ولا يستعمل إلا في حال وقوع العدوان المسلح على الدولة وباستقراء حكم المادة51 من الميثاق.

يرى بعض الفقهاء[2] أن لفظ طبيعي الوارد في النص كان القصد منه عدم فصله عن الحق ولم يكن متناقضا عم كان سائدا قبله وعليه فان المادة 51 من الميثاق لم تحد من هذا الحق ولم تقيده بل أقرته على إطلاقه ونظمته، بحيث لا يجوز استعماله إلا في حال وقوع العدوان المسلح على الدولة، ولم يكتف أنصار هذه النظرية بهذا القول، بل أضافوا بان حكم المادة 51 والميثاق لم يتوقف عند حد اعتبار الدفاع الشرعي كاملا وغير منقوص، بل قالوا في حال في حال عجز الهيئات عن اتخاذ التدابير المشتركة يجب أن تتخذ تدابير المساعدة الذاتية لحماية المصالح التي تتعرض لعدوان.

ولكن المادة51 من الميثاق قد اشترطت على الدولة أن تستعمل هذا الحق في حال العدوان المسلح وليس الوشيك الوقوع، ويترتب على ذلك أن العمليات العسكرية الوقائية لا تعد من قبيل الدفاع الشرعي، وإنما هي عدوان مسلح غير جائز ومخالف لصريح نص المادة 2-4 من الميثاق، ولا يدخل ضمن حالات الدفاع الشرعي طبقا للحكم 51 من الميثاق، ويغدوا تبعا لذلك وسيلة من وسائل تبرير العدوان الذي تلجا إليه بعض الدول في الوقت الحاضر

[1] د.علي إبراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الأمم المتحدة – ط1 ، 2001م، دار النهضة العربية القاهرة مصر ، ص 105 وما بعدها.

[2] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 259.

مثل إسرائيل وما تقوم به من ممارسات قمعية ضد الفلسطينيين تحت شعار الدفاع الشرعي الوقائي[1].

وما قامت به مؤخرا ضد قافلة الحرية واعتداءها على منظمي هذه المساعدات الإنسانية في المياه الإقليمية الدولية تحت ذريعة الدفاع عن النفس، هو عدوان سافر على أناس أبرياء في عرض البحر الدولي، ويمثل انتهاكا لاتفاقيات "جنيف" بشان الدبلوماسيين، لاسيما وان بعض منظمي هذه القافلة هم نواب في مجالس تشريعية تركية وجزائرية وغيرها يتمتعون بحصانة سندها العاتق الدولي وهذه الاتفاقيات، ويمثل في نفس الوقت انتهاكا سافرا لاتفاقيات المساعدات الإنسانية لمن يستحقها، ولا يمكن تبرير العدوان الإسرائيلي على هذه القافلة مهما تذرعت إسرائيل بحقها في الدفاع الشرعي الوقائي .

أما النظرية المنشئة التي تعتمد التفسير الضيق، فان الدفاع الشرعي وفقا لها لا ينشا للدولة إلا في حال العدوان المسلح المباشر وليس التهديد الوشيك الوقوع، لأنه يجب أن يقيد نشوء حق الدولة في الدفاع الشرعي بوقوع هجوم مسلح وليس وشيك الوقوع، بعكس الحال ما هو مقرر في النظرية المقررة التي تأخذ بالتفسير الموسع للنص والذي يكفل للدولة الحق في الدفاع الشرعي حتى في حال تعرضها لتهديد بهجوم وشيك الوقوع، وهو ما يستند إلى الدفاع الشرعي الوقائي الذي يبرر العدوان على الدول والشعوب، ووفقا لهذا الرأي فان هذا الأمر يكون مطابقا تماما لحادثة الكارولين، وهو مالا يتفق وحكم المادة 51 من الميثاق إذ لا يعد دفاعا شرعيا بل عدوانا على تلك السفينة، لأنها لم يصدر منها عدوان حال ومباشر بل كان عدوانا وشيك الوقوع الأمر الذي لا يجيز للبحرية الكندية ضرب تلك السفينة وهو ما يتعارض تماما وحكم النص.

وعلى الرغم من أن المادة 2-4 من ميثاق الأمم المتحدة [2] تحرم على أعضاء هذه المنظمة اللجوء إلى القوة في حل المنازعات الدولية .

---

[1] د.علي إبراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الأمم المتحدة – ط1 ، 2001م، دار النهضة العربية القاهرة مصر، ص 96.

[2] ميثاق الأمم المتحدة.

فان الممارسات الدولية تحفل بحالات كثيرة من استعمال القوة بكل أشكالها لإدارة المنازعات والخلافات التي تثور بين الدول تحت ذريعة استعمال حق الدفاع الشرعي، وقد حاولت إسرائيل في حربها على غزة الترويج لعملياتها العسكرية تحت ذريعة استعمال حقها في الدفاع الشرعي الوقائي حماية لمواطنيها، والمادة 51 من الميثاق يشترط في الدفاع المشروع توافر عدوان مسلح، وقد اعتبرت إسرائيل أن إطلاق الصواريخ من غزة بمثابة عمل عسكري حقيقي، وهو مالا يمكن اعتباره كذلك على أعمال المقاومة الفلسطينية في غزة كرد على أعمال الحصار والإغلاق الذي تمارسه منظمة الجيش الإسرائيلي على الشعب الفلسطيني وهو ما يندرج تحت حكم المادة السابعة من توصية الجمعية العامة للأمم المتحدة في قرارها المذيل برقم 3314 بشان تعريف العدوان الصادر بتاريخ 14 ديسمبر 1974م، والتي نصت على أن تعريف العدوان لا يمكن أن يمس على أي نحو بما هو مستقى من الميثاق من حق في تقرير المصير والحرية والاستقلال للشعوب المحرومة من هذا الحق بالقوة [1].

وقد اتفق خبراء القانون الدولي على أن تقرير المصير حق قانوني في القانون الدولي، وهو ليس مسالة يختص بها القانون الداخلي للدولة بل هو شان عالمي.

وقد تعرضت النظرية المقررة التي قال بها بعض الفقهاء[2] لانتقاد شديد بمقولة أن حكم المادة51 من الميثاق هو حافظ أكثر منه مانح، فالمادة 51 هي مادة منشئة لحق الدفاع الشرعي وليست حافظة له بموجب نشأته العرفية، فهذا الحق مقيد بضوابط في نشأته وتطبيقه[3] .

فالنظرية المنشئة هي الأولى بالإتباع دون النظرية المقررة، فالدفاع الشرعي لا يجيز للدولة استعماله إلا في حال العدوان المسلح حال الوقوع وليس المحتمل أو الوشيك الوقوع، فلا يصح للدولة استعمال هذا الحق أو التذرع به، ولذلك تصبح التدابير التي قامت بها مجرد

[1] صحيفة الوسائط البحرينية مملكة البحرين ، عندما يصبح الدفاع الشرعي ذريعة للعدوان ، ص 1 و 2.
[2] الدفاع الشرعي، بوابة محامين مصر مقال صادر يوم 26 – 01 – 2009م.
[3] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص267.

عدوان لا يرقى إلى مرتبة الدفاع الشرعي وجب رده بدفاع شرعي أو جماعي، بالإضافة إلى أن النظرية المقررة التي قيل بها لا تتماشى مع التطور الذي لحق بقواعد القانون التي تحتكر استعمال القوة على المنظمات والهيئات الدولية المعنية بهذا الأمر، ولا ينسحب على غيرها والأعمال التحضيرية العسكرية التي تقوم بها الدولة المجاورة لا تبرر قيام حالة الدفاع الشرعي المؤسس على حكم المادة51 من الميثاق.

وتبعا لذلك فان استخدام القوة الذي لا يصل إلى حد الهجوم المسلح أو التهديد به لا ينشئ للدولة أو يجيز لها الدفاع الشرعي طبقا لحكم المادة 51، لان هذا العمل مخالف لحكم المادة 2-4 من الميثاق وان لفظ طبيعي الوارد في حكم المادة 51 من الميثاق لا معنى قانوني له، إذ يستقيم معنى النص بمعزل عن هذا اللفظ، ويرى بعض الفقهاء[1] أن اعتبار حق الدفاع الشرعي حقا طبيعيا هو تعبير غير مقبول وينشا تبعا لذلك الحق للدولة في حال ما إذا كان الهجوم مسلحا مؤديا إلى انتهاك سلامة إقليمه،ا فانتهاك الإقليم هو نتيجة لاستعمال القوة المسلحة، كما حدث في العدوان الثلاثي على مصر سنة 1956 واستعمال المعتدين للقوة المسلحة التي نتج عنها انتهاك الإقليم المصري الذي قامت به فرنسا وبريطانيا وإسرائيل على مصر أتاح لمصر فرصة الرد على هذا العدوان، مما ينشا لمصر الحق في الرد على هذا الاعتداء الصارخ على سيادتها وإقليمها[2].

نخلص إلى انه لا ينشا حق الدفاع الشرعي الفردي لدولة ما ويمكن لها ممارسته إلا لصد هجوم مسلح ارتكبته دولة ما، وهو ما يستفاد من حكم المادة 51 من الميثاق، فالحرب العدوانية تعد عملا من أعمال العدوان ضد السلام والأمن الدوليين يترتب عليها نشوء مسؤولية جنائية دولية على الدولة المعتدية وينقلب عملها إلى جريمة دولية ينتج عنها آثار قانونية نتحمل تبعتها الدولة التي شنت الحرب.

[1] د.محمد خلف ، مرجع سبق ذكره ، ص 273 وما بعدها.
[2] د. عصام الدين بسيم ، منظمة الأمم المتحدة ، ط 1998 – 1999 ، مطابع الطويجي ، ص 137.

المطلب الثاني: الدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية

تبني النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية فكرة الفردية في حق الدفاع الشرعي، وهو ما يعني أن للفرد وحده دون الدولة الحق في استخدام الدفاع الشرعي لدفع جريمة دولية تحدق به، كجريمة إبادة للجنس البشري وجرائم الحرب أو جرائم ضد الإنسانية، ولم يفسح للدولة التذرع بهذا الح ق وإنما قصره على الفرد فقط، وضرب النظام الأساسي صفحا عن تذرع الدولة بالدفاع الشرعي قبل الفرد[1]، ولعل السبب في ذلك يرجع إلى أن الفرد أصبح من أشخاص القانون الدولي، له الحقوق المقررة بموجب هذا القانون عليه الالتزامات التي حددها له هذا القانون.

ولاستقراء العهود الدولية السابقة من ميثاق "بريان كيلوج" وغيره من العهود اللاحقة لم تعتبر الفرد احد أشخاص القانون الدولي، الأمر الذي لم تقرر له الحقوق والالتزامات إلا في ظل النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، وهو ما يعكس التطور الذي لحق بقواعد القانون الدولي، وقد انبثق هذا الأمر من المواثيق والأعراف الدولية التي اعتبرت الفرد احد أشخاص القانون الدولي العام، ومن جهة أخرى فانه حتى في أحوال شن الحرب على الدولة فان الفرد هو من سيرد العدوان دون غيره فهو من ينوب عن الدولة في استعمال حق الدفاع الشرعي، ومن ثم فان ما ورد بالنظام الأساسي وتحديدا في مادته 31 التي نصت على أحوال امتناع المسؤولية الجنائية لا تتعارض أحكامها مع أحكام المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة.

بل جاءت متناغمة معها ومنسجمة، فالأولى قررت الحق للفرد في التذرع بالدفاع الشرعي، والثانية قررت للدولة الحق في استعمال الدفاع الشرعي، وهو ما لا يوجد تعارض بين هذه الحكمين بل رأى بعض الفقهاء تكامل بين هذين الحكمين.

[1] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ط 1 ، دار الفكر الجامعي 2005م ، ص 239 وما بعدها.

ناهيك عن أن ما ورد في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية، وإقراره لحق الفرد في استعمال الدفاع الشرعي، يتفق تماما مع ما هو مقرر في التشريعات الداخلية في تقرير هذا الحق، والاعتراف به للفرد ومن بينها قانون العقوبات الليبي، وقانون العقوبات المصري وغيرهما.

وتأسيسا على ذلك فانه يحق لأسير الحرب الدفاع عن نفسه أو عن الغير ضد أي فعل يوشك أن يقع على إحداهما ويهددهما بموت محقق، أو جروح بالغة الخطورة ، ولم تكن هناك سلطة تمنع عنهما هذا العدوان، فيحق له استعمال حقه في الدفاع الشرعي، الأصل انه يحق للشخص استعمال الدفاع الشرعي عن نفسه أو عن الغير بشرط أن تختص المحكمة الجنائية الدولية بالجريمة ، ويحق للفرد استعمال حقه في الدفاع الشرعي عن ماله ، أو مال غيره بشرط أن يكون ضحية جريمة من الجرائم التي تؤول الاختصاص بنظرها إلى محكمة الجنايات الدولية[1] كوقوع العدوان على مصادر مياه تؤدي إلى عطش الإنسان وموته، أو بوقوع العدوان على مستودعات للسلع التموينية والغذائية ينتج عنه موت إنسان جوعا، فهي جرائم حرب يحق للفرد مواجهتها بالدفاع الشرعي عن ماله أو مال غيره.

فتاريخ الإنسانية مليء بالوقائع المؤكدة لموت مئات الآلاف من البشر في معسكرات الاعتقال بسبب تعرضهم للظروف الجوية القاسية، كالحر الشديد أو البرد الشديد أو الجوع والعطش الشديد وغيره.

لم ينص النظام الأساسي على مثل هذه الفروض،وإنما ساقها الباحث باعتبار أنها وقائع يمكن أن تقع في حروب تثور بين دول يكون ضحيتها الإنسان وكان على واضعي النظام الأساسي أن يأخذوا هذه الفروض بعين الاعتبار، وهو ما يعد قصورا في النظام الأساسي وفراغا تشريعيا كان يمكن تلافيه، فالنظام الأساسي لهذه المحكمة، وان كان يهدف إلى منع المعتدي من الاستمرار في عدوانه إلا انه يجيز استعمال الدفاع الشرعي لمقاومة هذا العدوان[2].

[1] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سبق ذكره ، ص 241.

[2] د.سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات ، ط 1 ، 2000 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الإسكندرية مصر ، ص 431.

ومن جهة أخرى فقد خول النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية للفرد الدفاع عن الممتلكات المتعلقة بدولته،وكان لهذه الممتلكات شان عسكري فيما لو دمر بواسطة الحرب لفقدت الدولة قدرتها على الدفاع عن نفسها مثل ضرب مخازن للأسلحة أو الذخائر ، أو مستودع للمؤن، أو الطائرات، وان تدمير هذه الأشياء سيشل قدرات الدولة في الدفاع عن نفسها ، وفي مثل هذه الحال يحق للفرد باعتباره قائدا ونائبا عن دولته التصدي لهذا الاعتداء، مستعملا حقه في الدفاع الشرعي.

ونصت على هذا الحكم المادة(11ح) والمادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية بقولها "أن يدافع في حالة جرائم الحرب، عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية".

وتأسيسا على ذلك فانه يحق للفرد الدفاع عن ماله، أو مال الغير ضد جرائم الحرب، فالمهم في الأمر والمناط من قيام حالة الدفاع الشرعي أن تكون هناك جريمة من جرائم الحرب قد وقعت على الفرد أو دولته [1].

ويستفاد من هذه الأحكام أنها جاءت مطابقة لما نصت عليه التشريعات الداخلية فيما يتعلق باستعمال حق الدفاع الشرعي فهي أحكام تتفق مع القواعد العامة في هذه القوانين، وتتفق كذلك مع المادة 51 من الميثاق ولا تتعارض معها، كما أسلفنا الذكر حيث نصت هذه الأخيرة بأنه يحق للمدافع الدفاع عن ماله أو مال غيره عند وقوع جريمة عليه ولا ينبغي أن يقوم خطر هذه الجريمة مبينا على الاحتمال أو ما يتوقعه المدافع وفق المجرى العادي للأمور، وإنما وفقا لتقدير الرجل المعتاد الذي يتوقع أن يؤدي فعله إلى الجريمة ، كان هذا الفعل خطرا يجوز رده بأعمال الدفاع الشرعي [2] .

[1] د. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، ص 342.

[2] د. عبد العزيز الألفي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام من قانون العقوبات ، ط 1 ، 2002 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص 211.

وجاء النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية وقيد ذلك بوجود المدافع في حالة حرب وبالتالي جسامة الأضرار المتولدة عن هذا الاعتداء [1]، أو كانت الأحوال لازمة لتحقيق أي غرض عسكري، ويشترط في هذه الممتلكات أن تكون لها اثر في بقاء المدافع ضد هجوم وشيك وغير مشروع ، وبناء عليه لا يجوز استعمال الدفاع الشرعي ضد واقعة إجرامية تمت وانتهت حتى وان دخلت في اختصاص هذه المحكمة.

ويحق للأسير الذي يتعرض للتعذيب، ويتناوب الجند على تعذيبه أن يستعمل في الدفاع الشرعي حتى ضد آخر قام بتعذيبه ، رغم أن الأفعال السابقة تشكل كل منها جريمة مستقلة وكاملة .

وان استمرار هذا التعذيب لهذا الأسير يعني ارتكاب جرائم حرب متعددة، ولذلك يحق للمدافع تبعا لذلك أن يستعمل حقه في الدفاع الشرعي ضد آخر جندي اعتدى عليه وعذبه، فهدف هذا الأسير في هذا المثال هو منع استمرار وقوع هذه الجرائم عليه وحتى لا تتفاقم الأضرار التي وقعت عليه وتزداد جسامتها الناتجة عن هذه الوقائع المشكلة لجرائم الحرب.

بالإضافة إلى ذلك فان النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية قد خول للفرد الحق في الدفاع الشرعي ضد عدوان وشيك الوقوع يهدد بوقوع خطر محدق [2].

والعلة الحقيقية في إباحة الدفاع الشرعي تكمن في عدم شرعية الاعتداء الوشيك الوقوع أو الذي وقع فعلا، فإذا ما افتقر الفعل إلى صفة عدم المشروعية أو صفة العدوان فانه يعود إلى أصله من الإباحة، ويمتنع الدفاع الشرعي ضده [3].

وقد اشترط المشرع في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أن يكون هناك تناسبا بين فعل العدوان وفعل الدفاع ، وهو ما نصت عليه المادة 31 في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية أي يجب أن تتناسب جسامة العدوان مع جسامة الرد على هذا الاعتداء،

[1] د.سليمان عبد المنعم ، النظرية العامة لقانون العقوبات ، ط 1 ، 2000م ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، ص 431.
[2] د. عبد الفتاح بيومي حجازي، المحكمة الجنائية الدولية ، ص 244.
[3] د.سليمان عبد المنعم ، مرجع سبق ذكره، ص 433.

ومعيار التناسب في التشريع الجنائي الداخلي هو معيار الرجل المعتاد المحاط بنفس الظروف [1].

فإذا تبين أن الدولة المعتدى عليها قد ردت على العدوان بقدر تفوق جسامته جسامة الاعتداء فان التناسب بين فعل الدفاع والعدوان [2]، يغدوا منتفيا، وتسال الدولة عن هذا التجاوز وفق أحكام القانون الدولي .

وينص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية على أنه (... واشتراك الشخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل في حد ذاته سببا لامتناع المسؤولية الجنائية ...).

ويفهم من سياق هذا النص أن التذرع لقيام حالة الدفاع الشرعي يكون مبنيا على حكم المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة، وليس النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية،فحق الدفاع الشرعي مكفول لكل من تعرض لعدوان يشكل جريمة تدخل في اختصاص المحكمة الجنائية الدولية مثل جرائم الحرب، وجرائم إبادة الأجناس [3].

أما الجرائم الدولية المتمثلة في جرائم التزوير للعملات وتزييف النقد وجرائم غسيل الأموال وغيرها من هذه الجرائم، فيمكن لمن تعرض لهذا النوع من العدوان أن يتذرع بحق الدفاع الشرعي استنادا إلى نص المادة 51 من الميثاق وليس بحسب النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، الأمر الذي خلا منه النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

يبد أن المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة ترتبط مع أحكام النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية برابطة التكامل، فكل حكم من هذه الأحكام هو مكمل للأخر ومتمما له.

ومن جهة أخرى هناك مبدأ يحكم العلاقات الدولية وهو المعاملة بالمثل، ما علاقة هذا المبدأ بحق الدفاع الشرعي ؟

[1] د.نصر الدين الاخضري ، مرجع سبق ذكره ، ص 48.
[2] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سبق ذكره ، ص 246.
[3] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، مرجع سبق ذكره ، ص 247.

مبدأ المعاملة بالمثل هو حق مقرر وفق قواعد القانون الدولي للدولة التي تعرضت لعدوان مشوب بعدم المشروعية [1].

وتأسيسا على مبدأ المعاملة بالمثل فللدولة أن ترد على هذا العدوان بعمل مماثل ويرى بعض فقهاء القانون الجنائي[2].

إن الأفعال المبرر للمعاملة بالمثل من دولة هو أمر ينبغي التحرز منه، فضرب المدن المفتوحة للدول التي تتعرض لاعتداء مخالف لأحكام القانون الدولي يجعل من الدولة المعتدى عليها أن ترد بالمثل على الدولة المعادية في مدنها المفتوحة، وهو في ذلك محق فضرب المدن المفتوحة أمر غير مبرر وان استند إلى مبدأ المعاملة بالمثل القاسم المشترك بين الدفاع الشرعي والمعاملة بالمثل أن كل منها يقع كرد فعل على اعتداء مجرم .

وان الأفعال التي تقع منهما هي أعمال عنف توصف لأنها مجرمة والفارق بينهما يكمن في أن الدفاع الشرعي هو عمل مباح وإجراء وقائي، في حين أن المعاملة بالمثل تعد من قبيل الأعمال الانتقامية والأخذ بالثأر وهي ردع للمعتدين حتى لا يقدم على اقتراف مثل هذه الأفعال مستقبلا[3] .

أما الدفاع الشرعي فهو رد على اعتداء حال أو وشيك الوقوع والمعاملة بالمثل في أوقات الحرب تعد سببا من أسباب الإباحة، والعلة في ذلك إجبار المحاربين على احترام قواعد وأحكام الحرب وذلك بإحساس الخصم بان مخالفة قوانين الحرب قد تعرض مرتكب هذه المخالفة لمبدأ المعاملة بالمثل، بحيث تهدده بارتكاب اعتداءات جسيمة لها أثار سلبية وعواقب وخيمة تهدد كيانه، وهو يواجه اعتداء عدوه إنما يمارس سببا من أسباب الإباحة وينوب عن المجتمع الدولي في كبح جماح عدوه ووضع حد لعدوانه، والاتفاقات الدولية المتوالية أقرت مبدأ المعاملة بالمثل ولا سيما اتفاقية "جنيف" لأسرى الحرب لم ينص النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على مبدأ المعاملة بالمثل، وإنما مبادئ القانون الدولي

[1] د.عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ، ص 249.

[2] د.محمد بهاء الدين باشات ، المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، الأعمال الانتقامية وفكرة العقاب الدولي أطروحة دكتوراه ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية ، ط 1.

[3] د.محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي ط 1 ، 1960م، دار النشر العربية القاهرة ، ص 250.

والقانون الواجب التطبيق حسبما نص عليه المشرع في المادة الأولى من النظام الأساسي يفرض على المحكمة الأخذ به باعتباره احد أسباب الإباحة التي ترفع عن الفعل الصفة المجرمة الأمر الذي لا يمنع من الأخذ به [1].

ويشترط للأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل في زمن الحرب والاحتجاج به كسبب مبيح أن يشكل العدوان جريمة دولية تدخل في اختصاص هذه المحكمة، ولا يحتج بمبدأ المعاملة بالمثل على أفعال مباحة ومشروعة، ويجمع الفقهاء[2] على أن الاعتداد بمبدأ المعاملة بالمثل لا يكون إلا إذا وقع عدوان من دولة أخرى .

ويرى جانب من الفقهاء أن التطور الذي لحق بقواعد القانون الدولي أسفر عن هجر النظرية التقليدية التي كانت تحصر تطبيق بمبدأ المعاملة بالمثل على الدول ذات السيادة، بينما تستبعد الجماعات المسلحة التي تكون سببا في إشعال حرب أهلية أحيانا كما يحدث في بعض دول إفريقيا اليوم.

ومن حق الدولة المعتدى عليها في الأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل سيؤدي إلى الإضرار بها وإفلات المعتدي من العقاب وهو ما يتنافى والعدالة.

ويرى بوجوب استبعاد النظرية التقليدية وعدم قصر المعاملة بالمثل على الدول ذات السيادة، فهو ما يتماشى والعدالة الحقة ومدعاة لكبح جماح المعتدي وتحقيق الأمن والسلم الدوليين.

السؤال الذي يطرح نفسه هو هل يتوجب على المعتدي إنذار المعتدي عليه بالأخذ بالمعاملة بالمثل أم أن ذلك ليس بالأجراء الضروري؟

يرى جانب من الفقهاء[3] بان الإنذار شرط للجوء إلى المعاملة بالمثل وعلة هذا الرأي هو إفساح المال أمام المعتدي عليه ليتوب إلى رشده ويقلع عن الأفعال المجرمة التي اقترفها في حق المعتدي عليه عما لحق به من أضرار، وقد يكون هذا الإخطار كافيا لردع المعتدى ويرى البعض الاخر بوجوب إخطار المعتدي وإنذاره عما اقترفت يداه من أفعال، حتى يتسنى

[1] د.اشرف توفيق شمس الدين ، مبادئ القانون الجنائي الدولي ط 2 ، 1999م ، دار النشر العربية القاهرة ، ص 65.
[2] د.محمد بهاء الدين باشات ، مرجع سبق ذكره ، ص 43.
[3] د. أشرف توفيق شمس الدين ، مبادئ القانون الجنائي الدولي ط 2 ، 1999م ، دار النشر العربية القاهرة ، ص 71.

للمدافع الحصول على تعويض عن الأضرار التي لحقت به بخاصة إذا كانت هذه الأضرار جسيمة مهددة لكيانه واستقراره، وهناك شرط آخر للأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل وهي شرط السببية، بمعنى انه ينبغي أن تتوافر علاقة السببية بين فعل الاعتداء.

وفعل الرد على العدوان وان الأضرار التي نتجت عن فعل الاعتداء هي التي كانت سببا بالأخذ بمبدأ المعاملة بالمثل حتى يتحقق الغرض منه، وهو تحقق الردع للمعتدي لا الانتقام منه، وحتى تتحقق الحكمة من وراء المعاملة بالمثل يجب أن يكون هناك تناسب بين فعل الاعتداء والرد عليه، حتى لا يدب الوهن إلى هذه الرابطة وتضعف [1]، ومما يشترط في مبدأ المعاملة بالمثل أن تترافق أفعال الرد سلوك محظور معاقب عليه بموجب قواعد القانون الدولي كأخذ الرهائن فهذا السلوك محظور في قواعد القانون الدولي لا ينبغي اللجوء إليه مهما كانت تبعات وأثار الاعتداء، وإلا وصمت المعاملة بالمثل بصفة عدم المشروعية، فاتفاقيات "جنيف" الموقعة عام 1949م توجب حماية الأشخاص في زمن الحرب وعدم أخذهم كرهائن، وكذلك نصت الاتفاقيات الدولية المتعاقبة على حماية الجرحى والغرقى والمصابين في زمن الحرب وعدم التنكيل بهم، واشترط الفقهاء كذلك في مبدأ المعاملة بالمثل، التماثل بين فعل الاعتداء وفعل المعاملة بالمثل، وهذا الشرط يكون ضامنا لمدى الجسامة بين فعل العدوان وفعل الرد عليه، واشترط الفقهاء [2] في وسائل الرد بالمثل أن تكون منظمة أي يصدر بها أمر من قائد الجيش أو الفرقة في زمن الحرب، والعلة في هذا الشرط أن يكون الأمر صادر من شخص مسؤول وعلى قدر عال من المهنية العلمية حتى يكفل القانون أن تكون في نطاقها المشروع وتحقيقا لهذا الشرط وكفالة أن يكون الرد بأمر مخول قانونا، لا يجوز لأي من المدنيين تولى هذا الأمر بأنفسهم، ولا يجوز لسلطات الدولة أن تخول أيا منهم ليتولى إصدار مثل هذه القرارات وإلا كان القرار مشوبا بعيب اغتصاب

[1] د. محمود نجيب حسني ،دروس في مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية القاهرة 1959-1960 ، ص40.
[2] د. أشرف توفيق شمس الدين ، مبادئ القانون الجنائي الدولي ط 2 ، 1999م ، دار النشر العربية القاهرة ، ص 74.

السلطة وعدم المشروعية وذلك لصدوره من غير مختص ولن يتسنى لغيره الاستفادة من الإباحة المقررة قانونا[1].

ويرى بعض الفقهاء[2]أن مبدأ المعاملة بالمثل يصطدم بفكرة العدالة والأخلاق وذلك لافتقار المجتمع الدولي إلى وجود سلطة عليا يناط بها حق رد المعتدي وإجباره على تعويض المضرور، وفي هذا السياق قرر مجلس الأمن عام 1956م في قضية مضيق كورفوا عدم الاعتراف بهذا المبدأ رغم إقراره في محاكمات "نورمبيرنج و طوكيو" وتقنينه من طرف لجنة القانون الدولي .

نخلص إلى أن مبدأ المعاملة بالمثل هو احد أسباب الإباحة يجوز التمسك به من طرف من قرر لصالحه وهو ما يتوافق وحق الدفاع الشرعي ويتماثل معه في هذا الجانب ولا يتسنى الدفع به أمام محكمة الجنايات الدولية إلا في جرائم تدخل في اختصاص هذه المحكمة باعتباره احد أسباب الإباحة أو موانع المسؤولية، كما قرر ذلك النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ولا يمنع من الأخذ بأسباب الإباحة الأخرى المقررة بموجب القانون الواجب التطبيق أمام هذه المحكمة [3].

الفرع الأول: الدفاع الشرعي أمام محكمة رواندا

تعرضت مناطق عديدة من العالم إلى أحداث بشعة أهدرت فيها كل القيم الإنسانية مما عرض السلم والأمن الدوليين للخطر، ومن بين هذه الأحداث المروعة تلك التي حدثت على إقليم يوغسلافيا سابقا فبعد موت جوزيب بروز تيتو 1980 – 1892 المارشال والسياسي اليوغسلافي، رئيس الوزراء (1945 – 1953) ورئيس الجمهورية (1980 – 1953).

مما أدى إلى ضعف الدولة اليوغسلافية وانهيار الحكم الشيوعي فيها وبدأ الصرب في السيطرة على الدولة ومقومات الحكم فيها إلى أن وصلوا إلى رئاسة الحكومة، فبدأوا التنكيل

[1]د. عبد الواحد محمد الفار، الجرائم الدولية ، مرجع سبق ذكره ، ص 267 .
[2]د.محمود نجيب حسني ، دروس في مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية القاهرة 1959-1960 ، ص46 .
[3]د. محمد عبد المنعم عبد الخالق ، الجرائم الدولية دراسة تأهيلية للجرائم ضد الإنسانية والسلام وجرائم الحرب ، دار النهضة العربية ، ط 1989 م، ص 246.

بالمقومات الأخرى الخاصة المسلمة منها ومارسوا التعذيب والاضطهاد والتمييز بين الأجناس غير الصربية، فبدأت حركات الاستقلال لهذه القوميات بعد بداية التسعينات تفككت جمهوريات الاتحاد، وكانت بداية الانهيار بعد إعلان الكروات والسلوفيين المسلمين الاستقلال عن يوغسلافيا الذي لم ترحب به كل من جمهوريتي صربيا والجبل الأسود اللتان أرادتا الاحتفاظ بشكل من أشكال الاتحاد وأعلنت الحرب على الكروات، ولم تنجح أي اتفاقية في وقف القتال بل تأكد الاستقلال في 1991/10/08 إذ كان النزاع دائر بين قوميات متعددة خاصة بين الصرب والكروات والمسلمين لكنه تحول من حرب أهلية إلى نزاع دولي بتدخل صربيا والجبل الأسود إلى جانب صرب البوسنة وارتكاب الصرب أفعالا بشعة جدا ضد الكروات والمسلمين لافتقارهم للأسلحة المتطورة مقارنة بالصرب، وارتكبوا أشنع الجرائم الدولية خاصة جرائم الحرب وجرائم ضد الإنسانية وجرائم الإبادة الجماعية والاغتصاب، إذ أبيد ما يقارب ربع مليون مسلم وتم اغتصاب أكثر من ثلاثين ألف امرأة مسلمة وهجير مئات الآلاف نتيجة التقتيل.

ونتيجة لهذه الأعمال الوحشية التي صنفت على أنها جرائم دولية لمدى خطورتها وفظاعتها أصدر مجلس الأمن قراره رقم (808) في 22 فيفري 1993 بضرورة إنشاء محكمة دولية جنائية[1] لمحاكمة الأشخاص المتهمين بارتكاب انتهاكات جسيمة لقواعد القانون الدولي الإنساني في أراضي يوغسلافيا منذ 1991 على أساس أن هذا الإجراء يدخل في سلطاته طبقا للفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة، ثم بموجب القرار رقم (827) الصادر في 1993/05/25 بدأ الوجود القانوني لهذه المحكمة، إذ تميزت باختلافها عن المحاكم الخاصة مثل المحكمة العسكرية الدولية لنورمبرغ والمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى، فلم يقتصر الاهتمام على بعض المجرمين ولكن امتد اختصاصها لكل من ينتهك القانون الإنساني بغض النظر لانتمائه لأي طرف من أطراف النزاع، ووجه المدعي العام "جولد

[1] مزيان راضية، أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2006، ص 30.

ستون" قرارا باتهام 22 شخصا وذلك على الرغم من المصاعب التي واجهتها والتي تمحورت أغلبها حول ارتكاب جرائم تمت في جمهورية البوسنة والهرسك، وغالبيتها صدرت ضد أشخاص من صرب البوسنة لارتكاب جرائم ضد مسلمي البوسنة.

تختص هذه المحكمة حسب المادة الأولى من نظامها بمعاقبة كل من ارتكب خروقات جسيمة للقانون الدولي الإنساني وأيضا حسب المواد (2، 3، 4، 5)، فإنها تختص بجرائم الحرب، الإبادة الجماعية، والجرائم ضد الإنسانية. وانه كما هو الشأن بالنسبة لسابقاتها كل من المحكمة العسكرية لنورمبرغ والمحكمة العسكرية للشرق الأقصى، لا نجد أي مادة قانونية تنص بصريح العبارة عن أسباب الإباحة بصفة عامة وعن الدفاع الشرعي بصفة خاصة.

كما أن هذا لا يعني طبعا عدم ورود مثل هذا النص القانوني كان كنتيجة حتمية لفظاعة الجرائم التي تختص بها المحكمة، فلا يعقل مثلا أن يتم اغتصاب آلاف النساء المسلمات بدافع وجود حالة دفاع شرعي لذلك، فهذا العمل الوحشي يبقى عملا غير مشروع لا يمكن بأي حال من الأحوال أن نصبغ عليه الصفة المشروعة خاصة أنه ما كان ليتم إلا لوجود نوايا خبيثة تهدف إلى تطهير عرقي كهدف سياسي مقصود يرمي إلى إبادة جنس معين كما لم نجد الدفوع التي تقدم بها المتهمين أمام هذه المحكمة أيا منها يدعي أنه ارتكب هذه الأعمال إلا لوجود سبب من أسباب الإباحة كالدفاع الشرعي، خاصة أولئك المتهمين بارتكابهم أعمال تصنف على أنها جرائم ضد الإنسانية[1].

رغم هذا فانه لا يعني انعدام وجود نص قانوني صريح عن الدفاع الشرعي أن المحكمة لا تقر به، بل في حال وجود من تضرع به عليها أن توقف إجراءات المحاكمة إلى غاية البت والتأكد من خلال تفحص أدلة حالة وجود دفاع شرعي أم لا، وهذا بالرجوع للقاعدة العامة المنصوص عليها في ميثاق الأمم المتحدة حسب نص المادة 51 التي تعتبر مادة مرجعية

[1] مزيان راضية، أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص 30.

قانونية وأساسية والتي تكزن واجبة التطبيق في حال توافر شروط الدفاع الشرعي، لكنه أمر جد مستبعد مع خطورة وفظاعة الجرائم المرتكبة[1].

الفرع الثاني: الدفاع الشرعي أمام محكمة يوغسلافيا

لم تسلم قارة إفريقيا كمثيلتها أوربا من همجية ووحشية الأعمال اللا إنسانية ضد شعوب بريئة، وكانت رواندا أحدى الدول التي وقعت بها أشنع وأفظع الجرائم الدولية على الإطلاق خاصة منها جريمة إبادة الجنس البشري، إذ ترجع الأزمة الرواندية إلى النزاع المسلح الذي نشب بين القوات الحكومية وميليشيات الجبهة الوطنية الرواندية على اثر عدم السماح لمشاركة كل القبائل في نظام الحكم وبصفة خاصة قبيلة "التوتسي" حيث كان الحكم في يد قبيلة "الهوتو" لكن نطاق هذه الحرب توسع ليمتد ويشمل الدول المجاورة لرواندا المعروفة بدول البحيرات الكبرى.

إذ يبدأ تاريخ النزاع خاصة بعد الحادثة التي وقعت في 06 أفريل 1944 اثر تحطم طائرة كانت تقل كل من الريسين الرواندي والبورندي والتي سقطت فوق "كيجالي"، على اثر هذا الحادث نشب نزاع بين قوات الحرس الجمهوري الرواندي والميليشيات المسلحة تسبب بمقتل عدد كبير من الضحايا خاصة المدنيين خاصة من قبيلتي التوتسي والهوتو، ونظرا لخطورة الوضع وتفاقمه واعتمادا على الفصل السابع من ميثاق الأمم المتحدة أصدر مجلس الأمن القرار 955 لإنشاء محكمة دولية جنائية تختص بالنظر في الجرائم الدولية التي ارتكبت على إقليم رواندا والدول المجاورة منذ 01 جانفي 1994 إلى 31 ديسمبر ،1994 وهي كل من الجرائم ضد الإنسانية، جرائم الإبادة، وكل الخروقات الجسيمة للقانون الدولي الإنساني، وتعاقب كل من ارتكب انتهاكات جسيمة لمضمون المادة الثالثة المشتركة لاتفاقيات جنيف لحماية ضحايا الحرب والبروتوكول الثاني الملحق لاتفاقيات جنيف الصادرة في 1977.

إن نظام محكمة رواندا لم يتطرق إلى الدفاع الشرعي في مادة قانونية صريحة لنفس الأسباب والعلل السابقة الذكر، نظرا لمدى خطورة وفظاعة الجرائم التي تختص بها، وفي حالة ما إذا

[1] مزيان راضية، أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي، المرجع السابق، ص 32.

تذرع أحد المتهمين بسبب الإباحة المتمثل في الدفاع الشرعي فانه يجب على المحكمة أن ترجع إلى ما نصت عليه المادة (51) من الميثاق في تطبيق الدفاع الشرعي.

هذا عن تطبيق الدفاع الشرعي أمام محكمتي يوغسلافيا ورواندا[1]

[1] مزيان راضية، المرجع السابق، ص 33.

ملخص الفصل الثاني:

إن موضوع الدفاع الشرعي يعد من أبرز الموضوعات القانونية للمكانة التي يحتلها في المحكمة الجنائية الدولية، كما أنة يقوم على أساس قانوني في التشريعين، ومنه نلاحظ أن التقنين الفرنسي للدفاع الشرعي اعتبره حق للمدافع ويجيز له برد الاعتداء وانه سبب من أسباب الإباحة.

وان الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي هو حق مقرر في التشريع الجنائي الدولي، كما ذكر في نص المادة 51 من ميثاق الأمم المتحدة على أنه حق يكفله القانون الدولي لجميع الدول دون استثناء تمارسه بصورة فردية أو جماعية وذلك حفاظا على كيانها وسيادتها فهذه السيادة تنتقص في حال تعرض الدولة لأي عدوان واحتلال كما هو حال الدولة العراقية الآن واستعمال هذا الحق من عدمه متروك للدولة التي تعرضت لعدوان أو احتلال بشرط أن يكون مبنيا على أسباب معقولة وظروف تؤكد قيام حالة العدوان المسلح الحال والمباشر على الدولة.

الخـاتمة

الخاتمة:

بعد أن تناولنا نقاط بحثنا هذا بشيء من التفصيل يمكن أن نخلص إلى أن حق الدفاع الشرعي قد مر بعدة تطورات تاريخية، بدأت مع الشريعة الإسلامية بحيث كانت الغاية منه هي رد اعتداء الصائل، ومنع الضرر الحال الذي يهدد المصول عليه، بحيث أن حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية ليس حقا وإنما واجبا طبقا للحديث الذي جاء فيه أن "من مات دون نفسه فهو شهيد ومن مات دون ماله فهو شهيد ومن مات دون عرضه فهو شهيد"، ثم تلها التنظيم الدولي الذي كان ينظر لحق الدفاع الشرعي على انه أهم مظهر لحق الدولة في البقاء وذلك بالدفاع على نفسها ودفع الخطر الناتج عنها بكافة الوسائل اللازمة.

ويجب أن تتوفر الشروط الثلاثة لكي يبرر فعل الدفاع ويباح وهي أن يكون خطر غير مشروع، وان يهدد حقا يحميه القانون، بالإضافة إلى توفر شروط تتعلق بالدفاع لأنه ليس كل أنواع الدفاع مشروعة وذلك طبقا للمادة 05 من ميثاق الأمم المتحدة، وعليه فان الدفاع الشرعي يعد سببا من أسباب الإباحة كونه يسري في كل الجرائم التي تقع دفعا للخطر ويكون هدفها مجرد ارتكاب الجرائم أو التمادي فيها ، لذلك فقد تناولته العديد من التشريعات المختلفة، من بينها التشريع الوطني بنص المادة 39\2 من قانون العقوبات الجزائري.

بحيث لابد من توافر شروط متعلقة بالخطر، بحيث يجب أن يمس هذا الخطر النفس أو المال بالإضافة إلى أن يكون الخطر حالا وهو ما عبر عنه بلفظ الضرورة الحالة، كما قد تكلم القانون الدولي الجنائي على الأساس القانوني للدفاع الشرعي، وذكرته إحدى النظريات أن فكرة الدفاع الشرعي هي ليست نفسها في التشريع الداخلي يقوم على فكرة مستقلة عن تلك في التشريع الدولي الجنائي أما التشابه بين الأساسين فهو لفظي فقط.

وخلاصة الأمر أن الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي هو حق مقرر في التشريع الجنائي الدولي، وهو استثناء عن الأصل العام الذي يمنع اللجوء إلى القوة، وإنما تلجأ إليه الدولة في حال غياب مجلس الأمن وهذا ما أكدته المادة 51 من الميثاق.

الخاتمة:

وعليه فان الدفاع الشرعي يعتبر سبب من أسباب الإباحة، لأنه في حالة ما إذا تعرض الشخص للخطر وكان هذا الخطر يهدده في سلامة جسده أو ماله وبالإضافة إلا انه كان حالا أي واقعا فلابد له من أن يدافع عن نفسه بنفس أفعال الاعتداء الموجهة له، كما أنه يعتبر حلا بالنسبة للدول التي قد يقع علها عدوان من دولة أخرى، فإنها تستطيع رد العدوان في حالة غياب مجلس الأمن لأنه هو من له صلاحية حفظ السلم والأمن الدوليين.

الاستنتاجات:

- إن حق الدفاع الشرعي بدأ مع الشريعة الإسلامية، وأن الغاية منه هي رد اعتداء الصائل.
- يرى التنظيم الدولي أن حق الدفاع الشرعي على أنه أهم مظهر لحق الدولة في البقاء.
- لا يكون الدفاع الشرعي مشروعا إلا إذا توفرت شروطه.
- ان الدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي هو حق مقرر في التشريع الجنائي الدولي.

الاقتراحات:

- يجب إصلاح هيئة الأمم المتحدة باعتبارها الهيئة العالمية الكفيلة والمؤهلة قانونا بإدارة النزاعات الدولية.
- يجب انشاء هيئة وتفعيلها من خلال منحها سلطة في مواجهة كل أطراف المجتمع الدولي بدون تمييز ويجب بلورة قراراتها على أرض الواقع.
- يجب تطوير القانون والنهوض بمستواه بما يناسب المتغيرات الدولية وتفعيله بشكل يأخذ بعين الاعتبار مصالح المجتمع الدولي بأكمله.
- العمل على ترشيد مقتضيات الفصل السابع من الميثاق وتبني التفسير والمحدود للمادة 51 منه والمرتبطة بحق الدفاع الشرعي.

قائمة المراجع

قائـمة المراجع:

أولا – المصادر:

1. القرآن الكريم.
2. الأحاديث الشريفة.
3. ميثاق الأمم المتحدة والنظام الأساسي

ثانيا – الكتب:

1. احمد عبد الحكيم عثمان، " الجرائم الدولية في ضوء القانون الدولي الجنائي والشريعة الإسلامية، مصر، الكتب القانونية.
2. أشرف توفيق شمس الدين ، مبادئ القانون الجنائي الدولي ط 2 ، دار النشر العربية القاهرة ، 1999م.
3. جندي عبد الملك ، الموسوعة الجنائية ، دار احياء التراث العربي بيروت لبنان 1976م
4. رضا فرج، شرح قانون العقوبات الجزائري، القسم العام الجزائر، الشركة الوطنية للنشر والتوزيع.
5. سامي جميل فياض الكبسي ، " رفع المسؤولية الجنائية" ،بيروت لبنان.
6. سامي عبد الرحمان جاد واصل، في إطار القانون الدولي العام.
7. سليمان عبد المنعم، النظرية العامة لقانون العقوبات ، ط 1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، الاسكندرية مصر، 2000م.
8. صلاح الدين عامر، مقدمة لدراسة القانون الدولي العام ط، دار النهضة العربية ، 1995م .
9. طارق عمار محمد كركوب، حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، الإسكندرية، دار الفكر الجامعي، 2008.
10. عبد العزيز الالفي ، شرح قانون العقوبات ، القسم العام من قانون العقوبات ، ط1 ، دار الجامعة الجديدة للنشر ، 2002م.
11. عبد الفتاح بيومي حجازي ، المحكمة الجنائية الدولية ط 1 ، دار الفكر الجامعي 2005م .

12. عبد الله الاشغل ، النظرية العامة للجزاءات ط1، دار النهضة العربية القاهرة مصر 1997م.
13. عبدالفتاح الصيفي، نظام الحسبة في الاسلام، محاضرات لطلبة الدراسات العليا بالمعهد العالي للدعوة الاسلامية، جامعة الامام محمد بن مسعود الاسلامية، دار المعارف السعودية.
14. عصام الدين بسيم ، منظمة الامم المتحدة ، ط 1 ، مطابع الطويجي ، 1999/1998.
15. علي ابراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الامم المتحدة – ط ، 200 م، دار النهضة العربية القاهرة مصر.
16. علي ابراهيم ، المنظمات الدولية – النظرية العامة – الامم المتحدة – ط1 ، دار النهضة العربية القاهرة مصر، 2000م.
17. علي ابراهيم، المنظمات الدولية، النظرية العامة للأمم المتحدة، مرجع سبق ذكره.
18. علي عبد القادر القهوجي ،" القانون الدولي الجنائي ، بيروت لبنان ، منشورات الحلبي الحقوقية.
19. عوض محمد ، قانون العقوبات القسم العام دار الجامعة الجديدة للنشر 2000.
20. محمد رمضان باره، شرح القانون الجنائي الليبي الاحكام العامة الجريمة والجزاء، الجريمة ، ط 3 مطابع عصر الجماهيرية 2000.
21. محمد عبد المنعم عبد الخالق ، الجرائم الدولية دراسة تأهيلية للجرائم ضد الانسانية والسلام وجرائم الحرب ، دار النهضة العربية ، ط 1989م.
22. محمود نجيب حسني ، دروس في مبادئ القانون الجنائي الدولي، دار النهضة العربية القاهرة1959-1960.
23. محمود نجيب حسني، دروس في القانون الجنائي الدولي ط،1 دار النشر العربية القاهرة ، 1960م.
24. مفتاح عمر درباش ، ولاية محكمة العدل الدولية في تسوية المنازعات.

ثالثا – الدراسات غير المنشورة:

1. ديدوني بلقاسم ،"الدفاع الشرعي وتجاوز حدوده"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الليسانس في العلوم القانونية والإدارية، جامعة عمار ثليجي الأغواط، 2008.
2. طاشور عبد الحفيظ، "الدفاع الشرعي في القانون الدولي العام"،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة الأخوة منتوري بقسنطينة، 2011/2010.
3. قوجيلنبيلة،"سلطة القاضي الجنائي في تقدير حالة الدفاع الشرعي"،مذكرة تخرج لنيل شهادة الماستر،جامعة محمد خيضر ببسكرة ، 2016/2015.
4. كاشر عبد القادر،"تطور مفهوم الدفاع الشرعي في ظل المتغيرات الدولية الراهنة من الدفاع الشرعي إلى الدفاع الشرعي القانوني"، مذكرة تخرج لنيل شهادة الماجستير، جامعة مولود معمري بتيزي وزو، 2011.
5. محمد بهاء الدين باشات ، المعاملة بالمثل في القانون الدولي الجنائي، الاعمال الانتقامية وفكرة العقاب الدولي أطروحة دكتوراه ، الهيئة العامة لشؤون المطابع الأميرية، ط1.
6. محمد نعيم فرحات ، النظرية العامة لعذر تجاوز حدود الدفاع الشرعي اطروحة دكتوراه نوقشت بجامعة القاهرة عام 1998.
7. مزيان راضية، أسباب الإباحة في القانون الدولي الجنائي، مذكرة لنيل شهادة الماجستير في القانون العام، جامعة قسنطينة، كلية الحقوق، 2006.

رابعا – المقالات:

1. صحيفة الوسائط البحرينية مملكة البحرين ، عندما يصبح الدفاع الشرعي ذريعة للعدوان، العدد 2430 – الجمعة 01 مايو 2009م.
2. الدفاع الشرعي، بوابة محامين مصر مقال صادر يوم 26 –01– 2009م.

الفهـــرس

الموضوع	الصفحة
المقدمة.....	01
الفصل الأول: التطور التاريخي لحق الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي ..	06
المبحث الأول: الدفاع الشرعي في ظل القانون الجنائي الدولي	08
المطلب الأول: حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية	08
الفرع الأول: الأصل في العلاقات الدولية هو السلم	09
الفرع الثاني: إن اللجوء إلى استعمال القوة في العلا قات الدولية يمثل استثناء	10
المطلب الثاني: الدفاع الشرعي في التنظيم الدولي	11
الفرع الأول : مبدأ الحرب في العلاقات الدولية	12
الفرع الثاني: اعتداء دولة على أخرى	14
المبحث الثاني: مفهوم الدفاع الشرعي	15
المطلب الأول : تعريف الدفاع الشرعي	15
الفرع الأول: الدفاع الشرعي لغة	15
الفرع الثاني :الدفاع الشرعي فقها	16
المطلب الثاني: شروط الدفاع الشرعي	18
الفرع الأول: اللزوم	19
الفرع الثاني: التناسب	20
الفرع الثالث: تطبيقات الخطر غير المشروع	23
الفرع الرابع: الشروط المتعلقة بفعل الدفاع	24
ملخص الفصل الأول:	28
الفصل الثاني: طبيعة الدفاع الشرعي في القانون الدولي	29
المبحث الأول: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريعين الوطني والدولي	31
المطلب الأول: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في التشريع الوطني	31
المطلب الثاني: الأساس القانوني للدفاع الشرعي في القانون الجنائي الدولي	36
المبحث الثاني: حق الدفاع الشرعي أمام القضاء الجنائي الدولي	41
المطلب الاول: حق الدفاع الشرعي في محاكمات نورمبيرغ وطوكيو1945	41
المطلب الثاني: الدفاع الشرعي في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية	53
الفرع الأول: الدفاع الشرعي أمام محكمة رواندا	61
ثانيا: الدفاع الشرعي أمام محكمة يوغسلافيا	64
ملخص الفصل الثاني:	66
الخـاتمة	67
قائمة المراجع	70