

الباب الثالث أسباب الإباحة

تمهيد:

إذا تحققت أركان الجريمة الدولية السابق سردها في الباب الأول من هذا البند. ث. ف. د. استوجبت مسئولية فاعلها واستحق العقاب المقرر لها.

ولكن هناك حالات أقر بها المشرع تنتفى صفة اللامشروعية عن الفعل المؤثم ومن ث. م. تجعله مباحاً، ولهذا سميت: أسباب الإباحة.

وتعرف أسباب الإباحة بأنها ظروف منصوص عليها في القانون ومحددة تحديداً دقيقاً. أ. من شأنها إذا توافرت في الفعل الموصوف بأنها جريمة، أن تجعله مباحاً. وتؤدي إلى ب. راءة مرتكبه، وتعفيه من أية مسئولية، جنائية أو غير جنائية⁽¹⁾.

أساس الإباحة:

إن المشرع حين يجرم فعلاً مباحاً، إنما يرى في هذا التجريم صيانة لم. مصلحة معينة. يعتبرها جديرة بالحماية، وأن استمرار هذا الفعل الذي جرمه مباحاً، يضر بهذه الم. مصلحة أو يهددها بالخطر. فالاصطدام بنص تجريمي يفترض عدواناً على مصلحة كفلها القانون بحمايته. والقول بغير ذلك يعنى وجود نصوص تجريبية لا تحمى مصالح معينة، وهو ما يتعين تنزيه. ه. المشرع عنه⁽²⁾.

ولكن إذا ارتكبت الجريمة في أحوال استثنائية يقدر المشرع أنه تنتفى. ي. معها. أ. أهمية المصلحة التي أراد رعايتها بنص التحريم، فإنه يرفع عن الفعل صفة الجريمة.

(1) د. عبد الرؤوف مهدي: شرح القواعد العامة لقانون العقوبات، دار النهضة العربية، 2009؛ وانظر ف. في الموضوع: د. محمود نجيب حسني: أسباب الإباحة في التشريعات العربية، منشورات جامعة. ال. دول العربية، معهد الدراسات العربية، ب. جامعة الدول العربية، سنة 1962؛ د. خلود سامي عزاره: النظرية العامة للإباحة، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، سنة 1984.

وقد جعل المشرع المصري عنوان الباب التاسع من الكتاب الأول من قانون العقوبات. ات "أس. باب الإباحة. وموانع العقاب"، وضمنه المواد من 60 إلى 63، بينما تستعمل بعض التشريعات العربية الأخرى تعبير "أسباب التبرير" مثل القانون الليبي والسوري والأردني.

(2) لايتاتي تدخل المشرع الجنائي الا في شان الحالات التي تمس مصالح معينة يراها. ج. ديرة بالحماية. القانونية، ومع ذلك فقد تتوافر ذات الحالات التي تعالجها نصوص التجريم، وع. الرغم من كونها تشكل جرائم يجب ان يعاقب عليها، الا انها ترتكب في ظروف معينة تجعل من الاولي ابحاثها وعدم العق. اب. عليها لانها بذلك تحقق مصلحة اجدر بالاعتبار من تجريمها والعاب عليها. - استاذنا ال. دكتور ام. ين مصطفى محمد: مرجع سابق ص 101

فأساس الإباحة في هذه الأحوال إذن هو انتفاء أهمية المصلحة المحمية بنص التجريم، سواء كان انتفاء هذه الأهمية راجعاً إلى انتفاء المصلحة كلية في هذه الأحوال، أو كان راجعاً إلى تفضيل المجتمع لمصلحة أخرى أهم وأولى بالرعاية من المصلحة المحمية بنص التجريم⁽¹⁾. فإذا جرم المشرع القتل، فإنه يهدف إلى حماية مصلحة المجتمع في صيانة أرواح أفراد، ولكن إذا ارتكب القتل دفاعاً عن النفس مثلاً، كما هو الحال في الدفاع الشرعي، فإنه يباح لأن صيانة روح المدافع أجدر وأهم بالنسبة للمجتمع من صيانة روح المعتدي الذي استخدم القتل ضده لمنع من تحقيق اعتدائه. ومن أجل هذا نص المشرع على اعتبار الدفاع الشرعي سبباً من أسباب الإباحة.

ويبدو من ذلك أن الإباحة ذات طبيعة موضوعية ينظر فيها إلى المفاضلة الموضوعية بين المصلحتين المتعارضتين واللذان تتعرضان للخطر، دون نظر إلى مدى خطأ الشخص مرتكب الفعل ... ولا إلى بواعثه إلا ما يستثنى بنص خاص. فمن الأصول العامة في القانون الجنائي والتي لا تحتاج إلى نص صريح يقررها. أن أسباب الإباحة من الأسباب الموضوعية تحدث أثرها من حيث تعطيل نص التجريم بغض النظر عن الحالة النفسية لمرتكب الأمر، ما لم ينص القانون على خلاف ذلك. مثل اشتراط القانون حسن النية في استعمال الحق ورضاء المريض بالنسبة إلى استعمال الطبيب حقه في العلاج⁽²⁾.

وتلك الموضوعية تلحق أسباب الإباحة من حيث أثرها، فيتربط بعلية الفعل. وفي الجريمة عن الفعل نفسه وينسحب هذا الأثر على كل المشتركين فيه. فإذا كان القانون يباح للطبيب إحداث جرح لمريض استعمالاً لحقه في العلاج، فإن كل من يشترك مع الطبيب في هذا العمل، يعتبر أنه اشترك في عمل مباح فلا يتعرض لأية مساءلة.

أنواع الإباحة:

تقسم أسباب الإباحة إلى قسمين:

1 - أسباب إباحة عامة وأسباب إباحة خاصة.

2 - أسباب إباحة مطلقة وأسباب نسبية.

(1) د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 307 وما بعدها.
(2) د. محمود نجيب حسني، القسم العام، ص 164؛ د. أحمد فتحي سرور، القسم العام، ص 311؛ وانظر في تفاصيل العنصر الشخصي في أسباب الإباحة د. علي حسن الشرفي: الباعث وأثره في المسؤولية الجنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 1986، ص 180 وما بعدها؛ د. عبد الله رؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 648 وما بعدها.

ويقصد بأسباب الإباحة العامة تلك الأسباب التي تعمل أثرها بالذ.سبة لأية جريمة.ة، بمعنى أنها إذا توفرت تبيح للشخص ارتكاب أية جريمة. مثل الدفاع الشرعى فهو سبب إباحة عام لأن من يوجد فى حالة دفاع عن النفس أو المال يباح له ارتكاب أية جريمة، على م.ا. سيأتى شرحه تفصيلاً.

أما أسباب الإباحة الخاصة، فيقصد بها أسباب الإباحة التي يقتصر أثرها على ج.رائم معينة بالذات لا يباح للشخص ارتكاب غيرها. فمثلاً حق دفاع الخصم أم.ام المد.اكم يد.يح للمتناقضى أن يرتكب جرائم القذف والسب والبلاغ الكاذب فقط ولكنه لا يبيح له مثلاً ضد.رب خصمه⁽¹⁾.

ويقصد بأسباب الإباحة المطلقة أنها تعمل أثرها بالنسبة لأى شخص توافرت فى حق.ه. فالدفاع الشرعى سبب مطلق من أسباب الإباحة، لأنه لا يشترط توافر صفة معينة فيمن يستفيد منه، فكل شخص وجد فى حالة دفاع شرعى يباح له ارتكاب الجريمة. أما أسباب الإباحة النسبية فهي لا تعمل أثرها إلا بالنسبة لفرد معين من الناس هم الذين تتوافر فيهم صفة معينة. مثال ذلك، حق الطبيب فى العلاج فهو لا يد.يح الجريمة.ة إلا لم.ن توافرت فيه صفة الطبيب، أى بالنسبة للأطباء فقط ومن هنا سمي بأنه سبب نسبى⁽²⁾.

تحديد أسباب الإباحة:

لا شك أن المشرع نفسه هو المنوط به هذا التحديد استقراراً للأمن.ن القا.انونى، إذ ل.و تركت للأفراد لسادت الفوضى لاختلاف التقدير بين الناس. ومن هنا كانت أس.باب الإبادة.ة محددة بنصوص خاصة فى قانون العقوبات، ولا يمنع هذا بطبيعة الحال أن يحيل هذا القانون الأخير على قانون آخر غير جنائى فى بيان حدود المصالح التي يريد حمايتها. فالم.ادة (60) من قانون العقوبات المصرى مثلاً تنص على إباحة كل فعل ارتكب بنية سليمة عم.لاً بد.ق مقرر بمقتضى الشريعة، والشريعة هنا تعنى أى قاعدة قانونية. فهذه الم.ادة، وإن وضعت قاعدة إباحة قانونية تفيد إباحة كل فعل ارتكب استعمالاً لحق من الحقوق التي خولها القا.انون

(1) وعلى سبيل المثال فقد نصت المادة (309) من قانون العقوبات على أن: "لا تسرى أحكام الم.واد 302، 303، 305، 306، 308 على ما يسنده أحد الأخصام فى الدفاع الشفوى أو الكتابى أمام المحاكم، فإن ذلك لا يترتب عليه إلا المقاضاة المدنية أو المحاكمة التأديبية.

(2) د. محمود محمود مصطفى: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1983، ص 159. د، محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات - القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1989، ص 13

للشخص، فإنها لم تفرق في ذلك بين قانون العقوبات وغيره من القوانين الأخرى كمصدر لهذا الحق، بل حتى ولو كان مصدر هذا الحق مجرد العرف.

فحتى القانون الدولي يمكن أن يكون مصدراً للإباحة الجنائية، من ذلك الاسد. تناد إلى اتفاقية جنيف في 1951/7/28 لإباحة دخول من ينطبق عليه وصف اللاجئ إلى الأراضي الفرنسية بطريقة غير قانونية⁽¹⁾.

وفي هذا تختلف قواعد الإباحة عن قواعد التجريم، فهذه القواعد الأخيرة لا يمكن أن يحددها سوى قانون العقوبات أو القوانين المكملة له بسبب قاعدة الشرعية الجنائية.

وتستند فكرة الإباحة في مجال القانون الدولي الجنائي إلى عين السند الذي تستند إليه في القانون الداخلي. ألا وهو عدم انطواء الفعل المرتكب - في الظروف التي ارتكب فيها - على عدوان على المصلحة التي يكفلها الشارع بحمايته. ويستوى بعد ذلك مصدر الدسبب المبرح للجريمة: وإذا كان من السائع الاستناد إلى العرف في إباحة الجريمة الداخلية، فإن ذلك يكون سائغاً من باب أولى بالنسبة للجريمة الدولية التي تستند إليه في مجال التجريم⁽²⁾.

وبالاطلاع على النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، نجد أنه قد أورد أسباب امتناع المسؤولية دون أن يفرق بينها وبين أسباب الإباحة وموانع العقاب، وعبر عن هذه الأسباب باب جميعاً باسم أسباب امتناع المسؤولية الجنائية، ولم ترد هذه الأسباب على سبيل الحصر⁽³⁾.

على أن أسباب امتناع المسؤولية الواردة في النظام الأساسي للمحكمة تفتقد إلى وجود محددات لها، فالمرض أو القصور العقلي أحد هذه الأسباب وكذلك السكر غير الاختياري والدفاع الشرعي والإكراه وصغر السن والغلط في الوقائع أو القانون⁽⁴⁾.

(1) د. عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 651.

(2) د. أمين مصطفى محمد: قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، 2013، ص 101 وما بعدها.

(3) بينت المادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة أسباب امتناع المسؤولية الجنائية لمرتكبي الجرائم الدولية والتي تدخل في اختصاصها، وبعد أن عدت هذه الأسباب في الفقرة الأولى منها، جاءت الفقرة الثالثة لتقرر أن للمحكمة أن تنظر أثناء المحاكمة في أي سبب لامتناع المسؤولية، بخلاف الأسباب المشار إليها في الفقرة الأولى، في الحالات التي يستمد فيها ذلك السبب من القانون الواجب التطبيق على النذو المنصوص عليها في المادة (21).

(4) د. محمود شريف بسيوني: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 125.

تقسيم:

وجرياً على المنهج الذى اتبعناه منذ بداية البحث فى الربط بين فكرة الجريمة الدولية وفكرة الجريمة الداخلية فلسوف نبحث أسباب الإباحة المعروفة فى القانون الجنائى الداخلى ومقابلها فى القانون الدولى الجنائى.

ولعل من أهم أسباب الإباحة المعروفة فى القانون الجنائى، حالة الدفاع الشرعى، وحالة الضرورة، وأخيراً أمر الرئيس الأعلى، وسوف نخصص لكل حالة من حالات الإباحة فصلاً مستقلاً على النحو التالى:

الفصل الأول: الدفاع الشرعى.

الفصل الثانى: حالة الضرورة.

الفصل الثالث: أمر الرئيس الأعلى.

الفصل الأول الدفاع الشرعى

تمهيد وتقسيم:

حق الدفاع الشرعى من أهم الحقوق التى تدعم حق الدولة فى البقاء، ففى العصور القديمة والوسطى كان المجتمع الدولى يفتقر إلى تنظيم محكم، بل ولقد استمر هذا الحال حتى مطلع العصر الحديث، لذلك فقد كان اللجوء إلى القوة هو الأساس الذى يحكم العلاقات بين أعضاء المجتمع الدولى، بينما لم يكن ثمة مواثيق دولية تحظر - بشكل قاطع - اللجوء إلى الحرب ... حتى إذا ذاق العالم ويلات الحروب، وبعد الحرب العالمية الثانية أُنشأ الأمم المتحدة التى نص ميثاقها على تحريم اللجوء إلى القوة صراحة فى المادة (4/2) ونص على استثناء الدفاع الشرعى من هذا التجريم فى المادة (51).

لذلك نبحت فى مفهوم الدفاع الشرعى وأساسه وشروطه من خلال ثلاثة مباحث على

النحو التالى:

المبحث الأول: مفهوم الدفاع الشرعى.

المبحث الثانى: التطور التاريخى للدفاع الشرعى.

المبحث الثالث: شروط الدفاع الشرعى.

المبحث الأول مفهوم الدفاع الشرعى

تقسيم

حق الدفاع الشرعى من الأسباب العامة لإباحة الجريمة فهو قاسم مشترك بين القانون الجنائى الداخلى والقانون الدولى الجنائى لذلك نعرض لمفهومه فى كل منهم فى مطلب مستقل.

المطلب الأول

مفهوم الدفاع الشرعى فى القانونى الداخلى

أولاً: مفهوم الدفاع الشرعى:

يقصد بالدفاع الشرعى استعمال القوة اللازمة لرد خطر حال غير مشروع يهدد بالإيذاء حقاً يحميه القانون⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو فإن الدفاع الشرعى حق لكل إنسان يهدد بخطر حال غير مشروع على نفسه أو ماله أو نفس الغير أو ماله. حيث يمكنه درء هذا الخطر، للحيلولة دون تحولته إلى ضرر، أو الحيلولة دون الاستمرار فى تفاقمه⁽²⁾.

وعلى ذلك نصت المادة (245) من قانون العقوبات المصرى على أن: "لا عقوبة مطلقاً على من قتل غيره أو أصابه بجرح أو ضربه أثناء استعماله حق الدفاع الشرعى عن نفسه أو ماله أو عن نفس غيره أو ماله..."، ونصت المادة (246) على أن: "حق الدفاع الشرعى عن النفس يبيح للشخص إلا فى الأحوال الاستثنائية المبينة بعد، استعمال القوة اللازمة لدفع كـ ل فعل يعتبر جريمة على النفس منصوصاً عليها فى هذا القانون. وحق الدفاع الشرعى عن المال مباح استعمال القوة لرد أى فعل يعتبر جريمة من الجرائم المنصوص عليها فى الأبواب الثانى والثامنة والثالث عشر من هذا الكتاب..."

وجاء قانون الجزاء الإماراتى لسنة 1987، بعبارة أدق من عبارة القانون المصرى، إذ نص فى المادة (56) منه على أن: "لا جريمة إذا وقع الفعل استعمالاً لحق الدفاع الشرعى، ويقوم حق الدفاع الشرعى إذا توافرت الشروط الآتية:

(1) د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، ص 183. الدكتور امين مصطفى محمد: مرجع سابق ص 143

(2) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 43.

1 - إذا واجه المدافع خطراً حالاً من جريمة على نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله، أو اعتقد هذا الخطر وكان اعتقاده مبنياً على أسباب معقولة.

2 - أن يتعذر على المدافع الالتجاء إلى السلطات العامة لاتقاء الخطر في الوقت المناسب.

3 - ألا يكون أمام المدافع وسيلة أخرى لدفع هذا الخطر.

4 - أن يكون الدفاع لازماً لدفع الاعتداء ومتناسباً معه".

ونصت المادة (12) (1) من القانون الجنائي السوداني لسنة 1991 على أن: "لا يعد الفعل جريمة إذا وقع عند استعمال حق الدفاع الشرعي، استعمالاً مشروعاً. (2) يذنب شخصاً ح. ق الدفاع الشرعي إذا واجه الشخص خطر اعتداء حال أو وشيك الوقوع على نفسه أو ماله أو عرضه أو نفس الغير أو ماله أو عرضه وكان من المتعذر عليه اتقاء الخطر به. اللجوء إلى السلطة العامة أو بأي طريقة أخرى، ويجوز له أن يدفع الخطر بقدر ما يلزم لردده وبالسبب المناسبة".

ثانياً: أساس حق الدفاع الشرعي:

وقد استقر الفقه على أن الدفاع الشرعي هو بمثابة حق عام يقرره المشرع في مواجهة الكافة، ويقابله التزام الناس باحترامه وعدم وضع العوائق في طريق استعماله⁽¹⁾.

إلا أن الفقه اختلف حول الأساس القانوني لاعتبار الدفاع الشرعي - من أسد. باب الإباحة⁽²⁾ -، فذهب البعض إلى أن فعل الاعتداء الذي يصدر من المدافع إنما يصدر منه بفعل الإكراه المعنوي الذي توجده حالة الدفاع، حيث إنه يكون في حالة رعب نتيجة لغريزته في حب البقاء، وبالتالي تتعدى لديه حريته في الاختيار.

وهذا الرأي لا يستقيم مع قواعد الدفاع الشرعي، لأن الضغط على الإرادة لا وجود له في حالة الدفاع الشرعي، كما أن الإكراه المعنوي لا يبدو قائماً إذا كان المدافع قد تعرض لخطر يسير، وهو بالتأكيد منعدم إذا كان الفعل المنسوب إلى المدافع قد صدر منه دفاعاً عن غيره، لا عن نفسه، فلا يستقيم هذا الرأي مع إباحة الدفاع الشرعي عن نفس ومال الغير، كما أن انتفاء الركن المعنوي مانع من موانع المسؤولية الجنائية بينما الدفاع الشرعي سبب إباحة.

وينتهي الرأي الراجح إلى أن أساس حق الدفاع الشرعي يقوم على الموازنة بين المصالح المتعارضة للأفراد وتغليب ما كان منها أولى بالرعاية، تحقيقاً للصالح العام الذي هو

(1) د. محمود نجيب حسني: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 183؛ د. أحمد فتحي سرور: الوسيط في قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 204 وما بعدها.

(2) د. محمد زكي أبو عامر: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 232؛ د. مأمون سلامة: قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 219 - 220.

هدف كل نظام قانوني، ولما كانت مصلحة المدافع المعتدى عليه أولى بالرعاية من حماية المعتدى، فإن القانون يبيح أفعال المدافع التي يرتكبها لرد الاعتداء حتى ولو شملت تلك الأفعال جرائم طبقاً لقانون العقوبات، ويفسر ذلك بأن المعتدى باعتدائه قد أهـدر الحماية المقررة لمصلحته⁽¹⁾.

المطلب الثاني

مفهوم الدفاع الشرعي

في القانون الدولي الجنائي

أولاً: تعريف الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي:

يعرف الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي على أنه حق يقرره القانون الدولي لأحد أعضائه الجماعة الدولية، يتمثل في استخدام القوة لصد عدوان مسلح، يشترط أن يكون لازماً لدرئه ومتناسباً مع قدره، على أن يتوقف عندما يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين⁽²⁾.

ويفصح هذا التعريف عن الشروط التي يتعين توافرها في الدفاع الشرعي، سواء ما يتعلق منها بفعل الاعتداء أو بفعل الدفاع، وعن مدى رقابة مجلس الأمن على توافرها هذه الشروط.

ويتميز الدفاع الشرعي عن التدخل المسلح في أن هذا الأخير يتمثل في إقحام دولة نفسها في شئون دولة أخرى لفرض سيطرتها عليها عن طريق الحرب فهي بذلك تقوم بعمل فردى ينطوي على عدوان على تلك الدولة، ويختلف بذلك عن التدخل الجماعي الذي يمارس في نطاق الأمم المتحدة، أو يباشره مجلس الأمن بقصد حفظ السلم والأمن الدوليين، وفي غير الحالات التي لا يعتبر فيها التدخل الانفرادي من قبيل الدفاع الشرعي فهو سلوك غير مشروع، وذلك على خلاف الدفاع الشرعي ذي الصفة المشروعة بنص الميثاق، والنظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، من هنا كان تحريم التدخل المسلح مطلقاً بنص المادة (312) من الميثاق.

(1) د. عبد الرؤوف مهدي، مرجع سابق، ص 648،

(2) د. محمد محمود خلف،: الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي، مكتبة النهضة المصرية 1973، ص 113.

ثانياً: أساس حق الدفاع الشرعى فى القانون الدولى:

يعتبر حق الدفاع الشرعى من المبادئ المستقرة فى القانون الدولى العام. وه. و. ح. ق. أصيل للدول من أجل الحفاظ على أمنها وسلامتها⁽¹⁾/ ويجد حق الدفاع الشرعى أساسه فى نظريتين أساسيتين:

ويتمثل منطق الأولى منهما فى أن الحفاظ على الذات حق طبيعى للدولة وللأفراد، ولا يمكن إلغاؤه أو تقليصه بواسطة القوانين الوضعية⁽²⁾، وقد عكست المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة هذا المفهوم للدفاع الشرعى، ووفقاً لهذه النظرية تكون الدولة لها الأولوية على القانون، ويعنى ذلك، أن لكل دولة مطلق الحرية فى تحديد حالة الدفاع الشرعى وفقاً لمصالحها. وهو فى الحقيقة أمر غير مقبول، لأنه يدفع كل دولة تمارس أعمالاً عدائية ضد دولة أخرى بأن تتذرع بحالة الدفاع الشرعى، مما قد يترتب عليه إثارة الفوضى فى المجتمع الدولى.

أما الثانية فتقوم على أن الدفاع الشرعى لا يمكن أن يخضع لحكم القانون انطلاقاً من نظريته بخضوع القانون للقوة. فقد أشار إلى أن صمود الدولة واستمرارها ليست من المسائل التى تخضع لحكم القانون. ومن ثم، فإن الدفاع الشرعى - أيضاً - ليس من المسائل التى يحكمها القانون عندما يكون هناك خطر وشيك يهدد قوة الدولة أو طريقة حياتها⁽³⁾.

ويعد نص المادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة تكريساً هاماً لمبدأ حق الدفاع الشرعى، إلا أن ممارسة حق الدفاع الشرعى طبقاً لهذه المادة تستلزم استيفاء توافر عدة شروط أهمها أنه لا يجوز ممارسة هذا الحق إلا إذا تعرضت الدولة لاعتداء مسلح وقع بالفعل أو وشيك الوقوع.

المبحث الثانى

مراحل تطور حق الدفاع الشرعى

إن الدفاع الشرعى يرتبط فى مراحله التاريخية باستخدام القوة، فهو يتناسب - عكسياً - مع استخدام القوة، فحيث ساد اللجوء إلى القوة والحرب اختفى الدفاع الشرعى، وعندما ظهرت القيود على استخدام الحرب، أخذت فكرة الدفاع الشرعى فى الظهور.

(1) د. حامد سلطان: الحرب فى نطاق القانون الدولى، المجلة المصرية للقانون الدولى، المجلد 25، 1969، ص 17.

(2) Schachter Oscar. Self- Defence and the Rule of Law, AJIL, April, 1989. P. 259 dt seq.

(3) د. إسماعيل عبد الرحمن: الحماية الجنائية للمدنيين فى زمن النزاعات المسلحة، مرجع ساق، ص 267.

ومنذ فجر التاريخ لم يكن استخدام القوة محرماً - بصورة قاطعة - باستثناء ما جاءت به الشريعة الإسلامية من تحريم اللجوء إلى القوة، وعلى ذلك لم تظهر فكرة الدفاع الشرعي بطريقة ملموسة⁽¹⁾، ولم يتبلور تحريم اللجوء إلى القوة بشكل طاهر، إلا في أعقاب الد. رب العالمية الثانية، حيث نص ميثاق الأمم المتحدة في المادة (4/2) على مبدأ تحريم اللجوء إلى القوة، واستثنى منه في المادة (51) حالة الدفاع الشرعي.

وإذ نبحت في مراحل تطور حق الدفاع الشرعي فقد رأينا أهمية أن نبدأ بتقرير ر. ه. ذا الحق في الشريعة الإسلامية ثم في عهد عصبة الأمم، وميثاق الأمم المتحدة وأخيراً في النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية.

أولاً: تقرير حق الدفاع الشرعي في الشريعة الإسلامية:

في العصور القديمة اعتبرت الحرب حقاً أصيلاً تمارسه الدولة لفض ما عسى أن يذ. شأ بينها وبين غيرها من الدول، وتقبله الفقهاء بحسبانه قانون العصر، ولم تجاوز وظيفة القانون الدولي التقليدي مجرد تنظيم ما ينجم عنها من آثار⁽²⁾، وفي ظل هذه الظروف لم يكن لد. ق الدفاع الشرعي ثمة وجود، لكونه عديم الجدوى، لأن الدولة قد خولت نفسها سلفاً ما هو أع. م وأشمل منه، ألا وهو اختصاصها بحق الحرب⁽³⁾.

حتى إذا جاءت الشريعة الإسلامية فقررت حق الد. دفاع الد. شرعي تد. ت. اس. م "دفع الصائل"⁽⁴⁾، واعتبر من أسباب الإباحة بالمفهوم الحديث، الذي لا يقف أثره عند مجرد إس. قاط للعقوبة، بل يجاوزه إلى نفي الصفة الإجرامية عن الفعل تماماً⁽⁵⁾، والأصل في مشروعيته قوله تعالى: ﴿مَنْ اعْتَدَى عَلَيْكُمْ فَاعْتَدُوا عَلَيْهِ بِمِثْلِ مَا اعْتَدَى عَلَيْكُمْ﴾⁽⁶⁾. ويجمع جمهور الفقهاء، على وجوبه في حالة الاعتداء على العرض، أما إن كان واقعاً على النفس ف. الجمور يوجب. ه أيضاً بينما يجيزه بعض المالكية وبعض الشافعية، فإن وقع على لمال كان جائزاً عند الجمهور

(1) راجع في تاريخ الحرب: د. ويصا صالح: العدوان المسلح في القانون الولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1975، ص 285 وما بعدها.

(2) Delvanis: La légitime derense en Droit International modern, I these, Paris, 1970. P. 8.

(3) د. ويصا صالح: مرجع سابق، ص 3.

(4) دحسنيين عبيد: القضاء الدولي الجنائي، مرجع سابق، ص 12 وما بعدها.

(5) الشيخ - د. محمد أبو زهرة: العقوبة في الفقه الإسلامي، دار الفكر العربي، القاهرة سنة 1958، ص 539؛ ومقالته عن: نظرية الحرب في الإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1985، ص 6.

Edmond "Bobbath: Pour une théorie du doit international musulman: Revue egyptienne de droit international, 1950. P. 25 et ss.

(6) سورة البقرة، آية 194.

مطلقاً وواجباً عند بعضهم فيما له روح⁽¹⁾. والعدوان في الإسلام محرم بطريقة قطعية - لكونه صورة من صور الظلم الذي يحرمه الله سبحانه وتعالى في كثير من الآيات القرآنية، مثل قوله تعالى: ﴿وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽²⁾، ﴿فَإِنْ أَنْتَهُمْ وَفَلَا عُدَّانَ إِلَّا عَلَى الظَّالِمِينَ﴾⁽³⁾. أكثر من ذلك أن الإسلام يدعو إلى السلام ويشجب الحروب، من ذلك قوله تعالى: ﴿يَا أَيُّهَا الَّذِينَ آمَنُوا ادْخُلُوا فِي السِّلْمِ كَافَّةً﴾⁽⁴⁾، وقوله: ﴿وَلَا تَقُولُوا لِمَنْ أَلْفَقَى إِلَيْكُمْ السَّلَامَ لَسْتَ مُؤْمِنًا تَبْتَغُونَ عَرَضَ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا﴾⁽⁵⁾، وقوله: ﴿فَإِنْ اعْتَرَلَوكُمْ فَلَمْ يَقَاتِلْوكُمْ وَالْقَوَا إِلَيْكُمُ السِّلْمُ فَمَا جَعَلَ اللَّهُ لَكُمْ عَلَيْهِمْ سَبِيلًا﴾⁽⁶⁾. ولقد فرق القرآن الكريم بين الحرب المشروعة وغير المشروعة، مبيحاً الأولى دون الثانية، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يَقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يَحِبُّ الْمُعْتَدِينَ﴾⁽⁷⁾، وقوله: ﴿أَلَا تُقَاتِلُونَ قَوْمًا نَكَذُوا أَيْمَانَهُمْ وَهُمْ يَخْرُجُ الرِّسُولُ وَهُمْ يَدْعُوكُمْ أُولَٰئِكَ مَرَّةً كَذَبُوا بَعْدَ عَهْدِهِمْ فَاللَّهُ أَحَقُّ أَنْ تَخْشَوْهُ إِنْ كُنْتُمْ مُؤْمِنِينَ﴾⁽⁸⁾، وقد استخلص الفقهاء مشروعيتها في حالتين⁽⁹⁾: تنطوي أولاهما على الدفاع عن النفس استناداً إلى قوله تعالى: ﴿إِذْ لِلَّذِينَ يَقَاتِلُونَ بِأَنَّهُمْ ظَلَمُوا وَإِنَّ اللَّهَ عَلَىٰ ذَٰلِكُمْ لَـدَّيْرٌ الَّذِينَ أَخْرَجُوا مِنْ دِيَارِهِمْ بِغَيْرِ حَقٍّ إِلَّا أَنْ يَقُولُوا رَبُّنَا اللَّهُ وَلَوْلَا دَفْعُ اللَّهِ النَّاسَ بَعْضَهُمْ بِبَعْضٍ لَهْجَمَتِ صَوَامِعُ وَبِيْعٌ وَصَلَوَاتٌ وَمَسَاجِدُ يُذَكَّرُ فِيهَا اسْمُ اللَّهِ كَثِيرًا وَلَيَنْصُرَنَّ اللَّهُ مَنْ يَنْصُرُهُ إِنَّ اللَّهَ لَقَوِيٌّ عَزِيزٌ﴾⁽⁷⁾، وتنتمى الثانية في نصرة شعب مسلم أو حليف عاجز عن الدفاع عن نفسه، وذلك استناداً إلى قوله تعالى: ﴿وَمَا لَكُمْ لَأَ تُقَاتِلُونَ فِي سَبِيلِ اللَّهِ وَالْمُسْتَضْعَفِينَ مِنَ الرِّجَالِ وَالنِّسَاءِ وَالْوِلْدَانِ الَّذِينَ يَقُولُونَ رَبَّنَا أَخْرِجْنَا مِنْ هَذِهِ الْقَرْيَةِ الظَّالِمِ أَهْلُهَا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ

(1) د. محمد سلام مذكور، نظرية الإباحة عند الفقهاء والأصوليين، دار الفكر العربي، القاهرة، 1965، ص 467.

(2) سورة البقرة، آية 190.

(3) سورة البقرة آية 193.

(4) سورة البقرة آية 208.

(5) سورة النساء آية 94.

(6) سورة النساء آية 90.

(7) سورة البقرة آية 190.

(8) سورة التوبة آية 13.

(9) د. محمد عبد الله دراز: الق. انون الدولي والإسلام، المجلة المصرية للقانون الدولي، 1949، ص 2

- 6؛ د. حامد سلطان: أحكام القانون الدولي في الشريعة الإسلامية، القاهرة، 1970، ص 162 وما بعدها.

(7) سورة الحج، آية 39، 40.

لَدُنْكَ وَلِيًّا وَاجْعَلْ لَنَا مِنْ لَدُنْكَ نَصِيرًا⁽¹⁾، وفي الحالتين يشترط أن يكون الع. دوان ح. الأ. أو وشيك الحلول. ولا يكفي لمشروعية الدفاع أن تصدر عن المعتدى ثمة تصرفات غير ودية، أو منطوية على إسائة أدبية. وقد عني القرآن الكريم ببيان هذا الشرط الج. وهري م. ن. ش. روط الخطر المبرر للدفاع الشرعي، وذلك في قوله تعالى: ﴿وَلَا يَجْرِمَنَّكُمْ شَنَاَنُ ق. وم أن ص. دوكم عن المسجد الحرام أن تعتدوا، وتعاونوا على البر والتقوى ولا تع. ابونوا على الإثم والعُدوان⁽²⁾﴾. وصفوة القول أن الإسلام لا يقر، حق الحرب، أيًا كانت الغاية المستهدفة بها، وعند إقراره لها فهو يشترط ويحصرها في حالتين اثنتين هما: الدفاع ع. ن. النفس وذ. صرة الملهوف.

ثانيًا: حق الدفاع الشرعي في عهد عصبة الأمم:

ظل "حق الحرب" معترفًا به دون قيود صريحة حتى مطلع القرن العشرين، الذي م. ا. كان عقده الثاني أن ينتصف حتى استعرت الحرب العالمية الأولى، م. سببة للإذ. سانية ف. دح الأضرار، وقد حمل ذلك حكومات الدول المتحاربة والمحايدة - على السواء - على التفكير. ر في إنشاء منظمة دولية تتكفل بحفظ السلم مستقبلاً، وتجنيب العالم هو مواجهة ثانية، وتمث. ل ذلك في إنشاء "عصبة الأمم" التي أخفقت في تحقيق ما نيط بها من آمال.

لذلك علينا أن نوالى البحث ف عهد عصبة الأمم وما تلاه من قواعد دولية لنتبين تطور حالة حق الدفاع الشرعي.

أ - نصوص عهد عصبة الأمم:

لم يرد في نصوص عهد عصبة الأمم ما يفيد صراحة تحريم اللجوء إلى الد. رب، وإن ورد ما يفصح عن الاتجاه صوب الحد من هذا اللجوء بحسبانها عملاً غير مشروع⁽³⁾ (م. واد 10 - 15): فالمادة العاشرة تفرض على الدول الأعضاء واجب احت. رام ال. سلامة الإقليمية والاستقلال السياسي فيما بينها، وتلقى على عاتق مج. س الع. صبة واجب الت. شاور ف. في الإجراءات الواجبة اتخاذ من أجل تحقيق هذه الغاية، وتقيد المادة الثانية عشرة د. ق اللج. وء إلى الحرب بين دولتين من أعضاء العصبة عند نشوء نزاع بينهما، يحتمل أن يؤدي إلى تهديد السلم بقيد هام، هو ضرورة اللجوء إلى الطرق السلمية، وذلك بعرض النزاع إما على التحكيم، أو على القضاء، أو على مجلس العصبة، وعدم اللجوء إلى الحرب قبل مضي ثلاثة أشهر على صدور قرار أو حكم في النزاع المطروح. ومؤدى هذا النص أن تحريم الد. رب ل. يس

(1) سورة النساء، آية 75.

(2) سورة المائدة آية 2.

(3) Glaser, L'infraction, Op. Cit., P. 74; Delvans: Op. Cit., P. 12.

د. حامد سلطان: الحرب في نطاق القانون الدولي، المقال السابق، ص 14.

مطلقاً، فهو جائز بعد فوات هذه المهلة، ومع ذلك فقد ورد هذا التحريم المطلق في حالة واحدة. هي حالة ما إذا وافق أحد طرفي النزاع على القرار أو الحكم المتقدم ذكره، إذ يحدد على الدولة الأخرى، الدخول في حرب مع الدولة القابلة لقرار التحكيم أو حكم المحكمة أو قرار مجلس العصبة (م 4/13، 6/15).

وقد استخلص الفقهاء⁽¹⁾ استثناء يتعلق بحق الدفاع الشرعي من نص المادة (19) - التي تنص في فقرتها الأولى على أن: "الدولة التي تلجأ إلى الحرب خلافاً لما تقتضيه التعهدات المنصوص عليها في العهد تعتبر كما لو قامت بارتكاب عمل من أعمال الحرب ضد جميع الدول الأعضاء في العصبة"، وحينئذ يتعين - وفقاً للفقرة الثالثة من ذات النص - "على كل عضو في العصبة واجب تقديم المساعدة المتبادلة قبل عضو آخر بقصد مقاومة دولة قامت بانتهاك العهد من طرفها".

ب - بروتوكول جنيف سنة 1924:

استهدف هذا "البروتوكول"، تسوية المنازعات الدولية بالطرق السلمية، وقد نص في مادته الثانية على التزام الدول الأطراف بعدم اللجوء إلى الحرب إلا في حالتين: الأولى: هي حالة الدفاع الشرعي، والثانية: هي حالة تنفيذ الأعمال التي يأمربها مجلس العصبة أو جمعيتها العامة، والتي تكون متفقة مع نصوص هذا البروتوكول ونصوص العهد سلفاً⁽²⁾.

ج - قرار الجمعية العامة الخاص بالحرب العدوانية سنة 1927:

صدر هذا القرار في الدور الثامن لاجتماع الجمعية العامة بناء على طلب هولندا، وتضمن النص على تجريم الحرب العدوانية، وعلى اللجوء إلى الوسائل السلمية لفض المنازعات الدولية، لكنه لم يحدد الهيئة المختصة بنظر هذه الجريمة، من ناحية، ولا الجزاء المترتب على ارتكابها من ناحية أخرى، مما حمل البعض على اعتباره محض جزاء أدبي ليس غير، حيث لا تملك الجمعية المذكورة سلطة التشريع، إلا بعد تعديل نصوص العهد، تعديلاً يمكنها من ذلك⁽³⁾.

د - ميثاق بيان - كيلوج أو ميثاق باريس سنة 1928:

يعتبر هذا الميثاق أهم وثيقة دولية فيما بين الحربين العالميتين بشأن تدعيم الدرب، حيث ورد فيه هذا التحريم عاما ومطلقاً⁽⁴⁾، فأعلن - مادة أولى - "على الأعضاء المتعاقبون

(1) L. legítima defensa en dist internacional. Thèse. La Caire 1952, P. 20 et ss.

(2) د. ويصا صالح، مرجع سابق، ص 48 وما بعدها.

(3) د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 172؛ د. ويصا صالح، مرجع سابق، ص 59 وما بعدها.

(4) Graven: Cours., Op. Cit., P. 88; Glaser: L'infraction. Op. Cit., P. 73.

باسم شعوبهم إدانة اللجوء إلى الحرب كوسيلة لتسوية المنازعات الدولية، وتداولها عنها. كوسيلة لتحقيق السياسات القومية في علاقاتهم المتبادلة⁽¹⁾، كما أشار - في مادته الثانية - إلى ضرورة فض المنازعات والخلافات الدولية بالطرق السلمية.

أما عن حق الدفاع الشرعي فإن هذا الميثاق لم يتضمن في شأنه نصاً صريحاً بالإبادة أو التحريم، ومع ذلك فهو مستخلص من خلال المذكرات المتبادلة بين بعض الأعضاء الموقعين عليه⁽²⁾، من ذلك ما ورد بمذكرة الحكومة الفرنسية - المؤرخة 30 مارس سنة 1928 - من أن التنازل المعلن في الميثاق عن اللجوء إلى الحرب لا يشمل حق الدفاع الشرعي، وما ورد بمذكرة الحكومة البريطانية - المؤرخة 16 مايو سنة 1928 - من وجود بعض مناطق في العالم ذات أهمية خاصة بالنسبة لسلامة وأمن الإمبراطورية البريطانية، فإن حمايتها من أي هجوم يعتبر من قبيل الدفاع الشرعي، وما ورد أخيراً بمذكرة الحكومة الأمريكية - المؤرخة 3 يونيو سنة 1928 - من أن مشروع هذا الميثاق - الذي أعدته - لا ينطوي على تقييد أو منع للحرب التي تتخذ طبقاً لحق الدفاع الشرعي، لكونه مرتبطاً بسيادة كل الدول، وقائماً بصفة ضمنية في كافة المعاهدات، بحيث تعتبر كل دولة في حال من نصوصه، دفاعاً عن إقليمها، ضد أي غزو أو عدوان مسلح، وفقاً لما تقدره هي - دون معقب عليها - في ضوء الظروف الملابسة لهذا العدوان⁽³⁾.

ونخلص من كل ما تقدم إلى أن حق الدفاع الشرعي بقي حتى هذه المرحلة غير متمتع بمكانته الحقيقية في المجال الدولي، لعدم النص عليه صراحة في هذا الميثاق الأخير.

ثالثاً: حق الدفاع الشرعي في ميثاق الأمم المتحدة:

أنشئت منظمة الأمم المتحدة عام 1945، وقد أخذت على عاتقها صيانة الأمن الجماعي، وقد تكفل ميثاقها - بنص صريح هو نص الفقرة الرابعة من المادة الثانية - لتحريم اللجوء إلى القوة بصفة مطلقة. أو التهديد بها ضد سلامة الأراضي أو الاسد. تقالال. سياسى لأية دول، وعلى وجه آخر لا يتفق ومقاصد الأمم المتحدة، وأورد على ذلك بصفة استثناءات أهمها حق

(1) "Les Hautes parties contractantes de clarent

(2) Adnré Mandelstam: L'interprétation du Pacté de L'riand - Keliog, Révue générale de droit international, P. 555.

؛ د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 175؛ د. ويصا صالح، مرجع سابق، ص 295.

(3) Delvanis: Op. Cit., P. 22.

د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 175؛ د. ويصا صالح، مرجع سابق، ص 294 وما بعدها.

الدفاع الشرعى⁽¹⁾ فى المادة الحادية والخمسين، التى يجرى نصها على النحو الآتى: "ليس فى هذا الميثاق، ما يضعف أو ينتقص من الحق الطبيعى للدول، فرادى أو جماعات، فى الدفاع عن أنفسهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أعضاء "الأمم المتحدة" وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين، والتدابير التى اتخذها الأعضاء - استعملاً لحق. ١. لدفاع عن النفس - تبلغ إلى المجلس فوراً، ولا تؤثر تلك التدابير بأية حال فيما. ١. للمجلس - بمقتضى سلطته ومسئوليته من أحكامها الميثاق - من الحق فى أن يتخذ فى أى وقت ما يرى ضرورة اتخاذه من الأعمال لحفظ السلم والأمن الدولى أو إعادته إلى نصابه.

وعلى ذلك فقد اعترفت المادة (51) من الميثاق بحق الدول فى الدفاع عن أنفسها. سهم إذا اعتدت قوة مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن. التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين. أما حق الدفاع الشرعى بالنسبة للأفراد العاديين فقد نص عليه النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية الذى نبهته فى الفقرة التالية⁽²⁾.

رابعاً: حق الدفاع الشرعى فى النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية:

لم تتضمن الأنظمة الأساسية للمحاكم الجنائية الدولية. (ليوغ. سلافيا. السابقة) ICTY (ولرواندا) ICTY حق الدفاع الشرعى باعتباره مانعاً للمسئولية الجنائية. ومع ذلك، ذهب. ت. الدائرة الابتدائية بمحكمة (يوغسلافيا السابقة) فى قضية (كورديتش وآخرين) إلى أن الدفاع الشرعى باعتباره سبباً لاستبعاد المسئولية الجنائية يشكل إحدى الدفوع التى تعتبر جزءاً من. المبادئ العامة للقانون الجنائى والتى يتعين على المحكمة الجنائية الدولية (ليوغسلافيا السابقة) ICTY أن تأخذ به عند الاعتبار فى الفصل فى القضايا المطروحة أمامها⁽³⁾. وقدمت تعريفاً

(1) د. حامد سلطان: الحرب فى نطاق القانون الدولى، المقال السابق، ص 16 وما بعدها، أم. ع. ن. الاستثناءات الأخرى فهى: (1) الحق فى استخدام القوة لحفظ النظام الداخلى للدولة. المودة أو الفيدرالية. (2) استخدام القوة من جانب الدول الأعضاء فى الأمم المتحدة سواء كانوا منفردين أو مجتمعين - فى شكل منظمات إقليمية - ضد دولة كانت فى أثناء الحرب العالمية الثانية معادية لإحدى الدول الموقعة على الميثاق لمنع تجدد وسياسة العدوان من جانبها. (3) قيام مجلس الأمن باتخاذ التدابير القسرية لحفظ السلم والأمن الدوليين إما بصفة مباشرة أو عن طريق المنظمات الإقليمية. وقد. تستطيع الجمعية العامة الحل محل مجلس الأمن عند فشله طبقاً لقرار الاتحاد من أجل السلم - نتيجة استخدام حق الفيتو من جانب إحدى الدول الأعضاء الدائمين فى مجلس الأمن. (4) قيام مجلس الأمن بالتدخل بكل الطرق لتنفيذ قرار أصدره وامتنعت إحدى الدول عن تنفيذه إما بطريقة مباشرة أو عن طريق الوكالات المتخصصة التى تكون عضواً فيها. راجع: د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 179 وما بعدها.

(2) Bastid: cours grands problemes contemporain. paris. 1961-1962. p.454.

(3) طبقاً لما قضت به الدائرة الابتدائية فى هذا الصدد:

واسعاً لفكرة الدفاع عن النفس بوصفه يوفر دفاعاً عن أى شخص يتصرف للدفاع عن نفسه أو ممتلكاته أو حمايتها (أو عن شخص آخر أو ممتلكاته وحمايتها) ضد الهجوم شريطة أن تشكل تصرفاته رد فعل معقول وضرورى ومتناسب مع الهجوم، وكذلك اعتبرت أن مبدأ الدفاع عن النفس الوارد فى المادة (1/31/ج) من النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية، ويعكس الأحكام الموجودة فى أغلب القوانين الجنائية الوطنية، ويمكن اعتباره قاعدة من قواعد القانون الدولى العرفى⁽¹⁾، حيث أنها اعتبرت أن المادة (1/31/ج) من نظام روما الأساسى توضح أن أى حجة تثير مسألة الدفاع عن النفس يجب تقييمها على أساس الوقائع الخاصة به. وفى سياق الظروف الخاصة المرتبطة بكل تهمة⁽²⁾.

وقد حرص النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية ICC - بموجب المادة (1/31/ج) منه - على تأكيد حق الدفاع الشرعى بالنسبة للأفراد، دون التعرض لهذا الحق بالنسبة للدول؛ إذ تنص هذه المادة على أن: "... لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكاب السلوك: ... (ج) يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر أو يدافع فى حالة جرائم الحرب، عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو ممتلكات لا غنى عنها. لإنجاز مهمة عسكرية، ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوة، وذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطر الذى يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات. صود حمايته. واشترك الشخص فى علمية دفاعية تقوم بها قوات لا يشكل فى حد ذاتها سبباً لامتداد المسئولية الجنائية بموجب هذه الفقرة الفرعية".

ويبدو من النص أنه تبنى حق الأفراد العاديين فى الدفاع الشرعى؛ أى أن الفرد يحق له اللجوء للدفاع الشرعى عن جريمة - تدخل فى اختصاص المحكمة الجنائية الدولية - وشديكة أن ترتكب ضده، ولم يتعرض النص لحق الدولة فى الدفاع الشرعى لصيانة ذاتها من وقوع اعتداء وشيك عليها. الأمر الذى يستتبع منه أن المحكمة الجنائية الدولية لم تقر مبدأ المسئولية

A Trial Chamber of the ICTY held that "Self - defence as a ground For Excluding Criminal Responsibility is one of the defences that Form Part of the general principles of criminal Law which the International Tribunal must take into account in deciding the cases before it". Kordić Judgment, Op. Cit, Para. 449.

(1) أ. أحمد محمد عبد اللطيف: المحكمة الجنائية الدولية - نشأتها ونظامها الأساسى، لهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، 2012، ص 194 وما بعدها.

(2) ذهبت الدائرة الابتدائية إلى أنها تلاحظ أن:

It Went on not that the "Principle of self - defence" enshrined in Article 32 (1) (c) of the. Statute of the ICC reflects Provisions Found in most national criminal Codes and may be regarded as constituting a rule of customary International Law. Ibid., Para. 451.

الجنائية للدولة في حالة ارتكاب الجرائم من جانب ممثليها، ولم تتعرض - بالتالي - لمواد مع المسؤولية بالنسبة للدولة.

وقد تضمن النص شروط الدفاع الشرعي. حيث حرص على إي. راد عبارة: (غير مشروع للقوة) على النحو الذي يفهم منه أنها تجيز للشخص أن يلجأ إلى أفعال استباقية لدفع هذا الاستخدام الوشيك للقوة شريطة أن يكون هذا الاستخدام للقوة غير مشروع⁽¹⁾.

بينما لم يقصر هذا النص فكرة الدفاع الشرعي على الدفاع عن النفس فحسب بل شمل أيضاً الدفاع عن الآخرين في حالة جرائم الحرب سواء أشخاص أو مهمات لا غنى عن ذلك لإنجاز مهمة عسكرية⁽²⁾.

كما ضمن أحكام الدفاع الشرعي: حالات الدفاع عن أموال الشخص المدافع أو أم. وال غيره شرط أن تكون من الأهمية بحيث تكون لا غنى عنها لبقاء شخص الم. دافع أو ش. خص الغير، وأن تتعلق بجرائم الحرب تحديداً من دون باقي الجرائم الداخلة في اختصاص المحكمة أي أن حالة الدفاع الشرعي عن النفس ونفس الغير ت. شمل الج. رائم جميعها. الداخلة في اختصاص المحكمة. أما في حالة الدفاع عن المال سواء العائد لشخص المدافع أو غيره، فلا تقوم إلا في جرائم الحرب.

وقدر تعلق الأمر بفعل الدفاع فقد أشار النص المتقدم إلى وجوب أن يكون فعل الدفاع مبنياً على أسباب معقولة من دقة وحسن تقدير الرجل المعتاد في مثل تلك الظروف وأن يكون متناسباً مع درجة خطر الاعتداء الذي يهدد شخص المتهم أو الغير أو يهدد أمواله أو أم. وال الغير وأن لا يكون للمدافع وسيلة أخرى لتفادي خطر الاعتداء إلا بهذه الوسيلة، الأمر الذي أسهب الفقه الجنائي في شرح مضمونه. وتجدر الإشارة إلى أن النص موضوع البحث أورد حكماً في آخره استثنى منه الشمول بأحكام الدفاع الشرعي اشتراك شخص في عملية دفاعية تقوم بها قوات، فهذا لا يشكل في حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية الجزائية.

وعلى الرغم من أن هذا الحكم يشكل قيداً على القواعد العامة للقانون الجنائي التي تقضي بشمول الشريك الإباحة المشمول بها الفاعل الأصلي ولأنه لا يوجد مبرر واضح لإيراد هذا الاستثناء، فإن مرد الخشية من هذا الحكم الاستثنائي إنصرافه إلى عدم شمول الأش. خاص والجماعات بالإباحة عن الاشتراك في دعم قوات تقوم بعمليات دفاعية، وعلى هذا فإن

(1) د. ضاري خليل محمود، د. باسيل يوسف: هيئة القانون أم قانون الهيئة، دار المعارف، الإسكندرية، 2007، ص 216 وما بعدها.

(2) Report of the Preparatory Committee on the Establishment of An International Criminal Court, Op. Cit., P. 52.

المقاومة المدنية لأفراد مدنيين دعماً لقوات دفاعية كالمقاومة اللبنانية النظامية وقد زاد من الشك تبنى ودعم ممثلى الكيان الصهيونى لها الحكم فى مؤتمر (روما)⁽¹⁾.

المبحث الثالث

شروط الدفاع الشرعى

تقسيم:

تبين لنا مما سبق أن الدفاع الشرعى يتمثل فى مواجهة عدوان، لذلك فقد استخلص الفقه من نصوص القانون الداخلى ومما حوته قواعد القانون الدولى الجنائى شروطاً تتعلق بالعدوان الذى يمكن مواجهته بالدفاع، وشروطاً أخرى فى الدفاع الذى يواجهه العدوان. وإذا كان الأمر كذلك، يقسم هذا المبحث إلى مطلبين على النحو التالى:

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالعدوان

لابد لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يواجه ذلك الدفاع عدوان مسلح غير مشروع، حال ومباشر، يهدد أحد الحقوق الجوهرية للمجنى عليه، وعلى ذلك فإن شروط العدوان تتحدد فى ثلاثة:

الشرط الأول: أن يحدث عدوان مسلح غير مشروع:

ينبغى لقيام حالة الدفاع الشرعى أن يتعرض الشخص المتمسك لعدوان مسلح، ويعتبر. ر هذا الشرط من أهم القيود التى أوردتها المادة (51) على حق الدفاع الشرعى التقليل. دى، لأن هذا النص الأخير يعتبر منشئاً لهذا الحق وليس مقررراً له⁽²⁾، ومن ثم كان هذا الشرط جوهرياً، وينبغى بعد ذلك أن يكون هذا العدوان المسلح غير مشروع، فإن كان بدوره اسـ. تعمالاً لد. ق الدفاع الشرعى من قبل، كان مباحاً، ولا يجوز الرد عليه، تطبيقاً لقاعدة أنه لا دفاع ضد. د الدفاع⁽³⁾. وثمة شروط ينبغى توافرها كى يكون العدوان مسلحاً غير مشروع، وبالتالي مبرراً لقيام حالة الدفاع الشرعى:

(1) د. ضارى خليل، د. باسيل يوسف، مرجع سابق، ص 217.

(2) راجع فى الطبيعة القانونية لحق الدفاع الشرعى بين النظريتين المقررة والمنشئة: د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 216 وما بعدها؛ د. ويصا صالح، مرجع سابق، 388 وما بعدها.

(3) Pella: La Criminalité: Op. Cit., N. 136. P. 198.

أ - أن يكون ذا صفة عسكرية، ومثاله أن تقوم دولة أو مجموعة من الدول باستخدام قواتها المسلحة النظامية أو غير النظامية أو قواتها الخاصة - العصابات المسلحة - في الهجوم على إقليم دولة أخرى أو على رعاياها الموجودين في بلد أجنبي⁽¹⁾.

ب - أن يكون على درجة من الجسامة، وهو ما لا يشترطه القانون الداخلي، وتطبيقاً لذلك يجب استبعاد حوادث الحدود ولو استخدمت فيها القوة المسلحة، كأن تطلق إحدى قوات حرس الحدود النيران على فرقة أخرى من قوات الدولة المتاخمة، فهذا الحادث ليس بالجسامة التي تستوجب استعمال الدفاع الشرعي، بل يمكن اللجوء إلى الطرق السلمية لاقتضاء التعويض⁽²⁾. وبناء عليه رفضت الأمم المتحدة الشكوى المقدمة من إسرائيل الخاصة بعمليات الفدائيين داخل أراضيها والمنطقة من الأراضي المصرية. لكونها أدنى من مستوى الهجوم المسلح على إسرائيل. ورفضت تبعاً لذلك ادعاء الأخيرة بالدفاع الشرعي لتبرير عدوانها على مصر سنة 1956⁽³⁾.

وينكر البعض⁽⁴⁾، ما ذهب إليه الفقه⁽⁵⁾ من ضرورة أن تكون القوة المتطلبة للدفاع ذات طابع عسكري بحت، استناداً إلى ما نصت عليه الفقرة (ج) من المادة (1/31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية والتي تضمنت نصاً صريحاً يشير إلى استخدام القوة، وأن يكون هذا الاستخدام غير مشروع، لذلك فإنه يمكن أن يكون استخدام القوة من جانب القوات المسلحة أو الميليشيات العسكرية أو شبه العسكرية أو جماعات غير نظامية.

ج - ألا يكون لإرادة الدولة المعتدية دخل في حلول الخطر، وهو شرط لا وجود له في القانون الداخلي - مثل سابقه - ولكنه مسلم به في المجال الدولي حتى لا يهدد معاً الأمن لتعسف الدول واستفزازها لغيرها ثم التذرع بعد ذلك بالدفاع الشرعي⁽⁶⁾.

د - أن يتوافر القصد العدواني لدى الدولة المعتدية، فبدون هذا القصد تقتصر جريمة العدوان إلى ركنها المعنوي، فينهار بناؤها، ولا تبرر اللجوء إلى الدفاع الشرعي، مثال ذلك الحصار الأمريكي لكوبا سنة 1962، فعلى الرغم من الولايات المتحدة قد استخدمت

(1) Hassam abdel hach, Op. Cit., P. 63; Max Sorensen: Manual of Public international law, New York, 1968, P. 778.

(2) Pella: La Criminalité. Po. Cit., N. 134. P. 197.

(3) Glaser: L'intrusion. Op. Cit., P. 66; Al Chalabi, Op. Cit., P. 69 et ss.

(4) د. محمد صلاح أبو رجب: المسؤولية الجنائية الدولية للقادة وفقاً للقانون الدولي، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 2011، ص 868.

(5) د. حسنين عبيد، مرجع سابق، ص 60 وما بعدها.

(6) Glaser: L'intrusion: Op. Cit., P. 64; Al Chalabi: Op. Cit., P. 72 et ss.

سلاحها البرى والبحرى إلا أنه لم يعتبر هجوماً مسلحاً بـ.المعنى المقصود فى هـ.ذه الدراسة⁽¹⁾.

الشرط الثانى: أن يكون الاعتداء حالاً ومباشراً:

يشترط فى العدوان المسلح - بالإضافة إلى ما سبق - أن يكون حاداً ومباشراً. والمقصود بشرط الحلول أن يكون واقعاً بالفعل وليس على وشك الوقوع⁽²⁾ - خلافاً لما عليه الحال فى القانون الداخلى - ولو كان منطوياً على استخدام الطاقة النووية⁽³⁾، والقول بعكس ذلك يجعل من مجرد حيازة الدولة لصواريخ ذرية أو أسلحة نووية منطوياً على هجوم مسلح يبرر الدفاع الشرعى، ذلك أن كل دولة حرة فى تسليحها والدفاع عن نفسها. وإذا كان لا يكفى - لتوافر هذا الشرط - أن يكون الخطر وشيك الوقوع، فإن الخطر المستقبل لا يكفى بـ.دوره لتوافره من باب أولى، ولو كان منطوياً على تهديد باستخدام القوة، مثل الوعيد الد. صريح أو الضمنى من قبل دولة تجاه أخرى بأنها سوف تستخدم القوة فى حالة عدم موافقة حكومة الأخيرة على طلباتها. بل ولو اقترن ذلك بإعداد العدة للهجوم بالفعل، إذ فى وسع الدولة الموجه إليها التهديد التقدم بشكوى إلى مجلس الأمن لاتخاذ ما يراه كفيلاً فى هذا الصدد، وفقاً للمادة (39) من ميثاق الأمم المتحدة. وذلك بالقياس على ما هو قائم فى القانون الداخلى، من استطاعة المهدد اللجوء إلى السلطات العامة لكفالة حمايته وأخيراً فإن العدوان الذى تم لا يبرر استعمال حق الدفاع الشرعى ضده فإن حدث كان انتقاماً غير مشروع⁽⁴⁾.

واشترط أن يكون العدوان مباشراً يعنى أن تكون القوات المسلحة للعدو قد قامت بغزو لإقليم دولة معينة تتأهب لردده على أساس الدفاع الشرعى، أما الغير مباشر فيتخذ شكل مناورات تقوم بها قوات الحدود مثلاً⁽⁵⁾، أو التحريض على إثارة حرب أهلية من قبل دولة تجاه أخرى. وقد ذهب رأى إلى أن نص المادة (51) - محل البحث - قد ورد عاماً، ومن ثم فهو يشمل كلاً من العدوان المباشر والغير مباشر، وعليه كان هذا الأخير مبرراً لقيام حالة

(1) د. عائشة راتب: الحصار البحرى الأمريكى على كوبا، المجلة المصرية للعلوم السياسية، فبراير سنة 1963، ص 83 وما بعدها؛ د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 409؛ د. وبصا صالح، مرجع سابق، ص 424 وما بعدها.

(2) Pella: La criminalité: Op. Cit., N. 135. P. 197; Glaser: L'infraction: Op. Cit., P. 75.

د. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 48.

(3) د. محمود خيرى بنونة: القانون الدولى واستخدام الطاقة النووية، بدون ناشر، القاهرة، سنة 1971، ص 78.

(4) Pella. L'criminalité. Op. Cit., N. 135. P. 198.

(5) راجع فى تفصيل الصور المختلفة للعدوان غير المباشر: د. وبصا صالح، مرجع سابق، ص 174 وما بعدها.

الدفاع الشرعى، مثال ذلك الدعم الفعال لعصابات مسلحة من قبل دولة بقصد الإغارة على دولة أخرى، وقد حدث ذلك بالفعل عندما كانت حكومة الصين الشعبية تقوم بإرسال المتطوعين ودعمهم وتوجيههم إلى كوريا⁽¹⁾، مما كان سبباً لإدانة حكومة الصين الشعبية المركزية بقرار أصدرته الجمعية العامة للأمم المتحدة في أول فبراير سنة 1951⁽²⁾.

الشرط الثالث: أن يكون الاعتداء ماساً بأحد الحقوق الجوهرية للدولة:

من المقرر فى القانون الداخلى أن الدفاع الشرعى يباح لرد عدوان على النفس أو المال - فى حدود وبدرجات معينة - سواء فى ذلك نفس المدافع أو نفس الغير. أو ماله أو ماله الغير. ونفس القاعدة نجدها فى القانون الدولى: فيجوز الدفاع الشرعى عن نفس الدولة كما لو حدث اعتداء على سلامة إقليمها - باعتباره يمثل جسدها - أو على مالها كما لو نال العدوان من أحد منشآتها⁽³⁾. وتتعدد الحقوق الجوهرية للدولة التى يمكن أن تكون محلاً لذلك العدوان، وقد أشارت الجمعية العامة للأمم المتحدة فى قرارها الصادر بتاريخ 14 ديسمبر سنة 1974 - الخاص بتعريف العدوان، إلى أن هذه الحقوق تشمل سيادة الدولة وسيادتها الإقليمية واستقلالها، أو غير ذلك مما يتعارض مع أهداف الميثاق.

ونصت المادة 31 من النظام الأساسى للمحكمة الجنائية على أن "لا يـ.سأل الشخص جنائياً إذا كان وقت ارتكاب السلوك ... (ج) يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر يدافع فى حالة جرائم الحرب، عن ممتلكات لا غنى عنها لبقاء الشخص أو شخص آخر أو عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية ضد استخدام وشيك وغير مشروع للقوة، وذلك بطريقة تتناسب مع درجة الخطر واشتراك الشخص فى عملية وقائية تقوم بها القوات لا يشكل فى حد ذاته سبباً لامتناع المسؤولية بموجب هذه الفقرة الفرعية".

المطلب الثانى شروط الدفاع

يمثل الدفاع الشرعى ضرورة ملحة تفرض على من يستخدمه أن تكون الوسيلة الوحيدة لرد العدوان وأن يكون متناسباً مع ذلك العدوان.

(1) راجع د. محمد عزيز شكرى، ود. حسن الإبراهيم: قضايا معاصرة فى السياسة الدولية، الكويت، بدون ناشر، 1973، ص 83.

(2) Al Chalabi: Op. Cit., P. 86 et ss.

د. وبيصا صالح، مرجع سابق، ص 433. وتطبيقات دولية للعدوان الغير مباشر، ص 435 وما بعدها.

(3) د. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 50.

الشرط الأول: أن يكون الدفاع لازماً لرد العدوان:

بأن يكون الدفاع هو الوسيلة الوحيدة لصد العدوان، فإن وجدت الدولة المعتدي عليها وسيلة أخرى يمكن أن تلجأ إليها دون استخدام القوة، ولم تلجأ إليها، كان فعلها غير مباح، بل يشكل عدواناً يبيح للدولة البادئة بالعدوان استعمال الدفاع الشرعي⁽¹⁾، وبناء عليه فإذا كان في وسع الدولة المعتدي عليها الاستعانة بمنظمة دولية في الوقت المناسب، وكانت معونتها كافية لإنقاذها من العدوان المسلح الواقع عليها، لم يكن للدفاع الشرعي محل⁽²⁾.

ويجب أن يوجه الدفاع إلى مصدر الخطر، ومصدر الخطر في جريمة العدوان المسلح هو الدولة أو الشخص أو المجموعة التي قامت به، ومن ثم وجب أن يتجه فعل الدفاع إلى هذه الجهة وحدها دون سواها، فلا يجوز - بناء على هذا - أن توجه إلى دولة أخرى محايدة، لأن انتهاك حياد دولة معينة من أجل ممارسة الدفاع الشرعي يعتبر في حد ذاته جريمة دولية. وهذا هو ما حدث أثناء الحرب العالمية الأولى حيث انتهكت ألمانيا حياد ك. ل. م. ن بلجيكا. ولكسمبورج المكفول بمعاهدتي سنة 1830، سنة 1867.

ويتعين أن يكون للدفاع صفة مؤقتة، وذلك - على حد تعبير المادة (51) من الميثاق - "إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدولي"، بيد أن عبارة النص يشوبها الغموض بشأن تحديد اللحظة التي يتدخل فيها مجلس الأمن وتوقف السلوك الدفاعي للدولة المعتدي عليها⁽³⁾.

الشرط الثاني: تناسب الدفاع مع الاعتداء:

وينصرف شرط التناسب إلى "كمية" الدفاع ويعنى أن تكون الوسيلة المستخدمة متناسبة من حيث جسامتها مع وسيلة العدوان⁽⁴⁾. ومعيار التناسب هنا معيار موضوعي قوامه م. سلك

(1) د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 235.

(2) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 49؛ د. ويصا صالح، مرجع سابق، ص 305.

(3) د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 448.

(4) راجع Glaser: L'infraction: Op. Cit. P. 64. وأيضا: ويصا صالح، مرجع سابق، ص 307.

وقد أثارت مسألة التناسب في أغسطس 1964 عندما وقع الصدام المسلح بين قوات البحرية الأمريكية والفييتامية في خليج "تونكين" بسبب ادعاء الحكومة الأمريكية وقوع هجوم من البحرية الفيتنامية الشمالية ضد السفن الحربية الأمريكية في المياه الدولية التي أصدرت أوامرها إلى قواتها بتدمير أية قوات مهاجمة في المستقبل وذلك في أعقاب الهجوم الأول، وبعد وقوع الهجوم الثاني الذي أسفر عن تدمير جزء كبير من القوات الأمريكية، وجهت القوات الأمريكية ضرباتها الجوية ضد القواعد الحربية الموجودة في فيتنام الشمالية، مفسرة ذلك بأن مبدأ التناسب يعنى - في نظرها - إزالة مصدر العدوان نهائياً؟!.

"الشخص المعتاد" إذا وضع في نفس الظروف المحيطة بالمدافع، وهو يصدق في المجال الدولي صدقه في المجال الداخلي⁽¹⁾.

وعلى هذا النحو نصت المادة (30) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية في الفقرة (ج) على أن لا يسأل الشخص جنائياً إذا كان ... يتصرف على نحو معقول للدفاع عن نفسه أو عن شخص آخر يدافع في حالة جرائم الحرب عن ممتلكات لا غنى عنها. إلا لبقاء الشخص أو شخص آخر، أو عن ممتلكات لا غنى عنها لإنجاز مهمة عسكرية ضد الذي يهدد هذا الشخص أو الشخص الآخر أو الممتلكات المقصود حمايتها.

ويعنى ذلك أن لإمكان التمسك بالدفاع الشرعي أن يكون فعل الدفاع متناسباً مع درجة الخطر التي تواجه الشخص المتهم وإلا خرج هذا الشخص من دائرة الإباحة ودخل في مجال التجريم، فالتجاوز في استعمال حق الدفاع الشرعي يفقده أحد شروطه، ويحيله إلى فعل مجرم وفقاً لأحكام القانون الدولي الجنائي.

ولو ثبت أن المعتدى عليه لم يستعمل غير هذا الفعل أو استعمل قدراً أقل، فإن هـ.ذا الشرط يعد متوافراً، ولا يشترط التماثل بين فعل الاعتداء وفعل الدفاع، فإذا اختلفت وسيلة الدفاع عن وسيلة الاعتداء - ولكن ثبت التناسب بينهما - فإن الدفاع الشرعي يعد متوافراً، فاختلاف وسيلة الدفاع عن وسيلة الاعتداء لا يحول دون القول بتوافر التناسب بين فعل الدفاع وفعل الاعتداء⁽²⁾.

ويثار - في هذا الصدد - تساؤل عن ماهية المعيار الذي يتعين على المحكمة الجنائية الدولية ICC أن تعول عليه حتى يتسنى لها تحديد معقولة (تناسب) فعل الاعتداء، هل هـ.و المعيار الشخصي أم المعيار الموضوعي؟

ففي حالة اتباع المعيار الشخصي، يتعين على المحكمة - في هذا الشأن. أن تأخذ في اعتبارها الظروف الشخصية لكل متهم على حدة، لتحديد معقولة فعل الدفاع. أما في حالة المعيار الموضوعي، فإن عليها أن تزن دفع المتهم بالتمسك بحالة الدفاع الشرعي في ضوء ما يمكن أن يكون عليه تصرف الشخص المعتاد إذا ما وضع في ذات ظروف المتهم.

وقد كانت مسودة المادة (30/1 ج) تتضمن معيار "الاعتقاد المعقول" وهـ.و معيار شخصي، حيث ينظر - في إطاره - إلى الظروف الشخصية لكل متهم على حدة لتحديد إذا ما

(1D . Bowett, self defence in international law, manchester university press. 1958. supranote 1 at 13.

انظر أيضاً: د. وبيصا صالح، مرجع سابق، ص 433. وقد ساق تطبيقات دولية للعنوان الغير مباشر، ص 435 وما بعدها.

(2) د. محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 87 - 88.

كان اعتقاده كان معقولاً بوجود استخدام غير مشروع للقوة مما يبرر استخدام الدفاع الشرعى ضدها. لكن الصياغة النهائية لتلك المادة جاءت خالية من المعيار الشخصى. وعلى الرغم من عدم النص صراحة على تبني المعيار الموضوعى، إلا أن استخدام عبارة "التصرف على نحو معقول" فى نص الفقرة الفرعية (ج) تفيد الاعتداد بالمعيار الموضوعى - على نحو ضمنى - لتحديد معقولية الدفاع⁽¹⁾.

تجاوز حدود حق الدفاع الشرعى:

يحدث تجاوز لحدود الدفاع الشرعى عند الإخلال بشرط التناسب، أى التوصل بوسائل أكثر جسامة من تلك التى استخدمت فى العدوان، ويسأل المتجاوز فى القانون الداخلى ع.ن التجاوز بوصف العمد، إذا كان بسوء نية ويخفف عنه العقاب - أى تعتبر ظرفاً مخففاً إذا كان بحسن نية⁽²⁾، أما فى القانون الدولى الجنائى فإن التجاوز يعتبر جريمة دولية. تدرج الدفاع الشرعى من قبل المعتبرى الأصلى، ولكن ذلك مشروط بتوافر القصد العدوانى أى سوء النية. فى القانون الداخلى، فإذا كان التجاوز نتيجة سوء تقدير من الدولة المعتبرى عليها فإنها تسأل عنها مسئولية غير جنائية⁽³⁾.

أثر الدفاع الشرعى:

يترتب على توافر الشروط اللازمة لقيام الدفاع الشرعى - على النحو السالف بيان - صيرورة الفعل مباحاً، وبديهي أن الذى يقوم بأعمال الدفاع هم موظفو الدولة، سواء كان ذلك بناء على أمر صادر من القائد العام، أو كانت هذه الأفعال داخلة فى مجال سلطتهم التقديرية، وهم يستطيعون الاحتجاج بتوافر هذه الشروط على فرض محاكمتهم دولياً. وطبقاً للطبيعة الموضوعية لأسباب الإباحة، فإن الفعل لا يعتبر جريمة على وجه الإطلاق، ويستفيد من الإباحة كل من ساهم فى الجريمة بصفة الفاعل الأصيل أو الشريك، وعليه تستفيد الدولة المشتركة فى أعمال الدفاع بمقتضى نظام الدفاع الشرعى الجماعى من تلك الإباحة.

وإذا كان مجلس الأمن هو الذى يقرر توافر شروط الدفاع الشرعى، فإن ذلك يفتقر سلفاً قيام الدولة المجنى عليها - المدافعة - بتقديم ما يثبت قيام العدوان المسلح الغير مشروع، واستجماعه لبقية شروطه، ثم إثبات التزامها بشرطى اللزوم والتناسب وهى بصدد الدفاع.

(1) د. محمد محمود خلف، مرجع سابق، ص 448.

(2) المادة (351) من قانون العقوبات المصرى.

(3) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 82.

الفصل الثانى

حالة الضرورة

تمهيد وتقسيم:

اختلفت التشريعات الجنائية الداخلية حول تأثير حالة الضرورة على المسؤولية الجنائية، فممنها ما يرى أنها سبب من أسباب إباحة الجريمة، بينما يدرجها البعض الآخر ضمن مواد.ع المسؤولية الجنائية.

وعلى أى حال فإن للضرورة شروط ينبغي توافرها حتى تؤتى أثرها. وإن كانت حالة الضرورة بشروطها وآثارها يمكن تصورهما فى حالة المسؤولية الجنائية الدولية، إلا أن ظروفًا عملية قد حدثت من تأثيرها على تلك المسؤولية. وإذا كان الأمر كذلك يقسم هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالى:

المبحث الأول: مفهوم حالة الضرورة فى القانون الجنائى الداخلى.

المبحث الثانى: شروط حالة الضرورة.

المبحث الثالث: حالة الضرورة فى القانون الدولى الجنائى.

المبحث الأول

مفهوم حالة الضرورة في القانون الجنائي الداخلي

تمهيد وتقسيم:

تكاد تجمع التشريعات الجنائية المختلفة على إعفاء الجاني من المسؤولية الجنائية إذا ما ارتكب جريمته في ظروف الإضطرار الذي لا قدرة له على دفعه بطريقة أخرى، على أن فكرة الضرورة ليست فكرة هلامية مطلقة دونما قيد، وإنما خطورة هذه الفكرة وأهمية النتائج التي تترتب عليها تقتضي تحديدها تحديداً دقيقاً وحصر نطاقها بتمييزها عما يمكن أن يلبس بها من أسباب امتناع المسؤولية الأخرى ... وتحديد أساسها القانوني ... وعلى ذلك سوف نتناول هذا المبحث في مطلبين:

المطلب الأول: التعريف بحالة الضرورة.

المطلب الثاني: أساس حالة الضرورة.

المطلب الأول

التعريف بحالة الضرورة

تكاد نظرية الضرورة أن تكون من النظريات العامة في الفقه القانوني، ذلك أننا نجد أنها في فقه القانون الجنائي وفي فقه القانون الدولي العام وفي فقه القانون العام وفي فقه القانون الخاص وعلى ذلك فإنه يمكن القول بحق أن: "هذه النظرية أصبحت من المبادئ العامة المسلم بها لدى رجال الفقه وإن اختلفوا في تصويرها وتبريرها"⁽¹⁾.

ونظراً لأن نظرية الضرورة في القانون الجنائي هي ما سوف ينصب عليه المبحث، لذلك فإننا سنقتصر في تعريفنا بتلك الحالة على إيضاح مفهوم الضرورة في ذلك القانون، على أن التعريف بحالة الضرورة لا يقتصر على بيان مفهومها وإنما لابد وأن يتناول تحديدها، بتمييزها عما قد يشتبه بها من موانع المسؤولية الأخرى.

أولاً: تعريف الضرورة:

عرف فقهاء القانون الجنائي حالة الضرورة بأنها وضع مادي للأمر ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل إنساني موجه إلى الغير من شأنه أن يعرض الفاعل أو غيره لخطر حال يهدد النفس لا سبيل إلى درئه إلا بارتكاب جريمة على إنسان بريء⁽²⁾. على أنه حين يكون المهدد بالضرر

(1) د. يحيى الجمل: نظرية الضرورة في الدستور المصري، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 2005، 4، ص 9.

(2) د. محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 544.

الجسيم على النفس هو ذات الشخص الذى ارتكب جريمة الضرورة دفعاً لهذا الخطر يتعين أن يكون مصدر إنذاره بالضرر فعل الطبيعة لا فعل الإنسان وإلا انقلبت الحالة إلى إكراه معنوى. أما حين يكون المهدد بالضرر الجسيم على النفس شخصاً آخر غير مرتكب الجريمة المدفوع بها هذا الضرر فإنه يستوى فى هذه الحالة أن يكون مصدر إنذار الغير بذلك الضرر فعل الطبيعة أو فعل الإنسان.

وتميل التشريعات الحديثة إلى عدم العقاب فى حالة الضرورة سواء ارتكبت الجريمة لوقاية النفس أو المال ومن هذه التشريعات القانون الفرنسى الذى نص فى المادة (64) من قانون العقوبات على انعدام المسؤولية فى حالة القوة التى لا يقوى الإنسان على مقاومتها، والقانون الألمانى الصادر سنة 1870 الذى ينص فى المادتين (52، 54) على عدم عقاب من يرتكب جريمة لوقاية نفسه أو جسمه أو وقاية نفس أو جسم أحد أقاربه، وتوسع قانون العقوبات الإيطالى الصادر سنة 1930، أكثر من ذلك فنص فى المادة (49) منه على عدم عقاب من يرتكب جريمة لوقاية شخصه أو شخص غيره من خطر جسيم حال يهدده، وقانون العقوبات النرويجى المادة (47) وكذلك قانون العقوبات الروسى سنة 1960 المادة (4).

وقد اعتبرت كثير من التشريعات العربية حالة الضرورة مانعاً للمسئولية ومن هذه التشريعات قانون العقوبات اللبنانى حيث حدد الشارع شروط حالة الضرورة فى المادة (229) عقوبات التى نصت على أن: "لا يعاقب الفاعل على فعل الجأته الضرورة أن يدفع عن نفسه أو عن نفس غيره أو عن ملكه أو ملك غيره خطراً جسيماً محدقاً لم يتسبب هو فيه قسداً شرط أن يكون الفعل مناسباً للخطر". وقد استخدم قانون العقوبات السورى نفس العبارات التى استخدمها القانون اللبنانى، وتناول قانون الجزاء الإماراتى حالة الضرورة ضد من موانع المسؤولية وقرنها بحالة الإكراه، حيث نص فى المادة (64) منه على أن: "لا يسأل جنائياً من ارتكب جريمة ألجأته إليها ضرورة وقاية نفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله من خطر جسيم على وشك الوقوع ولم يكن لإرادته دخل فى وقوعه، كما لا يسأل جنائياً من ألجئ إلى ارتكاب جريمة بسبب إكراه مادي أو معنوى، ويشترط فى الحالتين المنصوص عليهما فى الفقرة رتين السابقتين ألا يكون فى قدرة مرتكب الجريمة منع الخطر بوسيلة أخرى وأن تكون الجريمة بالقدر الضرورى ومتناسبة معه.

على خلاف موقف القانون الجنائى السودانى الذى اعتبر حالة الضرورة من أسباب الإباحة إذ نص فى المادة (15) منه على أن: "لا يعد مرتكباً جريمة الشخص الذى ألجأته إلى الفعل ضرورة لوقاية نفسه أو عرضه أو ماله أو نفس الغير أو عرضه أو ماله من خطر جسيم محدق لم يتسبب هو فيه قسداً ولم يكن فى قدرته اتقاؤه بوسيلة أخرى، بشرط ألا يترتب

على الفعل ضرر مثل الضرر المراد اتقاؤه أو أكثر منه، على أنه لا تبيح الضرورة القتل إلا في أداء واجب".

وعلى هذا النحو جاء نص المادة (61) من قانون العقوبات المصرى على أن: "لا مسئولية على من ارتكب فعلاً ألجأته إليه ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محقق لم يتسبب هو فيه عمداً ولم يكن في قدرته منعه بطريقه أخرى، ويشترط أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر المراد اتقاؤه".

ثانياً: تمييز حالة الضرورة:

هناك حالات أخرى غير حالة الضرورة تمتنع مسئولية الجاني إذا ارتكب جريمة مدفوعاً بإحداها تلك هي حالات القوة القاهرة والإكراه المادى والمعنوى.

وقد تتفق حالة الضرورة مع بعض هذه الحالات فى بعض الأمور إلا أن هناك فروقاً جوهرية تميز حالة الضرورة عن كل من هذه الحالات وسنوضح ذلك فيما يلى:

أ - تمييز حالة الضرورة عن القوة القاهرة:

يراد بالقوة القاهرة: عامل طبيعى غير إنسانى يتميز بعنف أكثر مما يتصف بالمفاجأة، ويسخر جسم الإنسان فى إنتاج حدث يعتبر إجرامياً لو كان الذى حققه إنساناً⁽¹⁾ من هذا القبيل أن تهب عاصفة هوجاء فتجرف فى طريقها جسم إنسان وتلقى به على آخر يقع صريعاً أو أن يصاب الشخص المدعو للشهادة بمرض يحول دون ذهابه إلى المحكمة للإدلاء بالشهادة. وتتميز حالة الضرورة عن القوة القاهرة بما يلى:

1 - مصدر حالة الضرورة قد يكون فعل الطبيعة أو فعل إنسان بينما مصدر القوة القاهرة دائماً فعل الطبيعة.

2 - فى حالة القوة القاهرة - ينعدم السلوك الإرادى وبالتالي السلوك الإجرامى من ناحية الفاعل - الخاضع للقوة القاهرة - حيث لا يقوم بأى تصرف بينما حالة الضرورة سلوك إجرامى إرادى. حيث أن الفاعل يتصرف ليدفع عن نفسه أو غيره ضرراً جسيماً.

ب - تمييز حالة الضرورة عن الإكراه المادى:

يراد بالإكراه المادى قوة إنسانية عنيفة مفاجئة أو غير مفاجئة تجعل جسم الإنسان أداة لتحقيق حدث إجرامى معين بدون أن يكون بين هذا الحدث وبين نفسه صدى. أحب الج. سم أى اتصال إرادى كأن يمسك زيد بيد بكر عنوة ويضع بها قلماً ثم يحركها بالقوة لتخط على مستند مزور إمضاء باسم بكر.

(1) د. رمسيس بهنام: النظرية العامة للقانون الجنائى، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1971، ص 977.

وتتفق حالة الضرورة مع الإكراه المادى فى أن الحدث الناشئ عن كل منها يقع على
إنسان برئ وتختلف حالة الضرورة عن الإكراه المادى فيما يلى:

1 - مصدر حالة الضرورة قد يكون فعل الطبيعة أو فعل إنسان بينما مصدر الإكراه المادى دائماً فعل إنسان.

2 - فى الإكراه المادى ينعدم السلوك الإرادى الإجرامى تماماً من ناحية المكره بينما حالة الضرورة هى سلوك إجرامى إرادى حيث يقوم الفاعل بالتصرف لدفع ضرر جسيم يهدده أو يهدد غيره⁽¹⁾.

2 - تمييز حالة الضرورة عن الإكراه المعنوى:

يراد بالإكراه المعنوى قوة إنسانية تتجه إلى نفسية الإنسان دون أن تقبض على جسمه فتحمل هذه النفسية كرهاً على ارتكاب الجريمة⁽²⁾.

وتتفق حالة الضرورة مع الإكراه المعنوى فى أن الجريمة الناشئة عن كل منها تصيب إنساناً بريئاً وأن ركنها المعنوى قائم بجانب ركنها المادى حيث أن الفاعل فى الحالتين يستطيع التخلّى عن ارتكاب الجريمة تاركاً الخطر المحدق يبلغ نهايته إلا أن هذا ك... اختلافات جذرية بين الإكراه المعنوى وحالة الضرورة.

1 - قد تنشأ حالة الضرورة بفعل الطبيعة بينما الإكراه المعنوى لا ينشأ إلا بفعل الإنسان.

2 - جريمة المكره تهدف إلى ردع ضرر يهدد المكره شخصياً أما جريمة الضرورة فقد يسعى بها فاعلها إلى درء ضرر لا يهدده شخصياً وإنما يهدد الغير.

3 - فى حالة الضرورة يشترط التناسب بين الخطر الذى يهدد الفاعل والضرر الذى يحدثه مدفوعاً بذلك الخطر بينما لا يشترط ذلك التناسب فى الإكراه المعنوى نظراً لأن المكره يفرض عليه الحل الذى سيخرج به من المأزق الذى وقع فيه وهذا يـؤدى إلى إتمام السلوك الإجرامى الذى طلب إليه إتمامه تحت ضغط الإكراه.

بينما فى حالة الضرورة لا يفرض على الفاعل إلا الموقف فقط ولكنه هو الذى يتبذّر الحل اللازم بناء على الموازنة الموضوعية بين الأضرار وقد تتعدد الحلول فيختار منها ما يقدر أنه أنسبها⁽³⁾.

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائى، المرجع السابق، ص 980.

(2) د. إبراهيم ذكى أخوخ: حالة الضرورة فى قانون العقوبات، دار النهضة العربية، 1962، ص 152.

(3) د. عبد السلام التونجى: موانع المسؤولية القانونية، معهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، 1971، ص 212.

الضرورة والدفاع الشرعى:

يشترك الدفاع الشرعى مع حالة الضرورة فى وحدة الأساس الذى يستند إليه كل منهما، وهو حماية مصلحة أحق بالرعاية، وهى مصلحة المعتدى عليه، وتتنحصر أوجه الخلاف بينهما فى أن الدفاع الشرعى يتمثل فى رد عدوان غير مشروع، أما الضرورة فهى تصد خطراً قد يكون مشروعاً أو غير مشروع⁽¹⁾، والدفاع الشرعى يبيح الجريمة فى كل من القانون الجنائى الداخلى والدولى، بينما اختلف الفقه على أثر حالة الضرورة التى تعتبر فى رأى جانب من الفقه سبب إباحة وفى رأى جانب آخر من موانع المسؤولية. على النحو الذى نبحثه فى المطلب التالى.

المطلب الثانى أساس حالة الضرورة

ذهب فريق من الفقهاء إلى أن السلوك الذى يأتى به المضطر هو عين السلوك الذى يأتى به الرجل العادى لو وضع فى موضعه⁽²⁾... وطبقاً لهذا رأى لا تعد حالة الضرورة من قبيل الإكراه المعنوى لأن فاعل الجريمة لا يباشر إنسان ما عنف لا على جسمه ولا على نفسه ليدفعه على ارتكاب الجريمة فهى فعله لا من الناحية المادية بل من الناحية النفسية أيضاً ويبدو ذلك على وجه خاص حين ترتكب جريمة الضرورة إنقاذاً للنفس... وبناء على هذا رأى لا تعد حالة الضرورة سبباً مبيحاً للجريمة حيث يلتزم الفاعل دفع تعويض مدنى لمن إصابته ضرر من الجريمة.

ويعلل أستاذنا الدكتور/ محمود نجيب حسنى: امتناع المسؤولية بتجريد الإرادة من الحرية، فإذا هدد الخطر المتهم أو شخصاً مقرباً إليه فإن غرائزه تسيطر عليه وتدفعه للخلاص من هذا الخطر ومن ثم لا يكون أمامه إلا طريق واحد لا يملك اختيار سواه. أمّا إذا هدد الخطر شخصاً لا تربطه به صلة كالطبيب يقضى على الجنين إنقاذاً للأم فإن حرية الاختيار يضيق نطاقها إذ أن تقاليد المهنة أو البيئة أو مجرد الشعور بالتضامن الاجتماعى يحمل الشخص على اختيار طريق معين، ويعنى ذلك أن إرادته - لا تتمتع بالحرية فى الاختيار على النحو الذى يصلح لتقوم به المسؤولية⁽³⁾.

(1) د. محمد محمود خلف: الدفاع الشرعى فى القانون الدولى الجنائى، مكتبة النهضة المصرية 1973، ص 130.

G. stefani et G. levasseur : Droit penal General – 5ed – paris 1971 . p. 145.

(2) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائى، مرجع سابق، ص 1003.

(3) د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، ط 5، 1982، ص 545،

ويمكن الأخذ على رأى سيادته أن حرية الاختيار لا تمنع - وإن ضاق نطاقها إلى أبعد حد - أن تظل للفاعل الحرية فى اختيار الطريق الذى يدفع به الضرر، فالفعل يأتيه الم. ضرر فعله ليس من الناحية المادية فحسب وإنما من الناحية النفسية أيضاً.

وينادى البعض بضرورة اعتبار الضرورة من أسباب الإباحة⁽¹⁾ وبذلك يكتسب الم. سلوك الإجرامى طابع المشروعية شأنه فى ذلك شأن الدفاع الشرعى وأسباب الإباحة الأخرى، وهو بهذه الصفة يمنع من قيام المسؤولية الجنائية ابتداء فلا تقوم أصلاً ويترتب على ذلك انتفاء المسؤولية المدنية أيضاً.

وقد انتقد هذا الرأى، لأن سبب الإباحة يبيح الفعل جنائياً ومدنياً ومن غير المستساغ أن يضحي بمصلحة المضرور المجنى عليه المدنية وهو شخص برئ الأمر الذى سلم به جميع الشراح سواء من أنصار هذا الرأى أو من خصومه⁽²⁾، ومن جهة أخرى إذا صدح أن حالة الضرورة تبيح الفعل فسيترتب على ذلك أنه لا يجوز الدفاع الشرعى ضد جريمة الم. ضرورة، وهذا أمر لا يمكن قبوله إذ أى مبرر يمنع شخص برئ من الدفاع عن نفسه وماله.

ومن جمع هذا الآراء يمكن أن ننتهى إلى أن: فكرة الضرورة ذاتها بما تولده فى النفس من عنصر الاضطراب إلى ارتكاب الجريمة تصلح أساساً كافياً لتبرير امتناع المسؤولية، ذلك أن من يرتكب الفعل الإجرامى تحت تأثير الضرورة كمن يأتى من الخارج فيجد أن النار قد اشتعلت ببيته وأهله بداخله فينقض على منزل مجاور منتزعاً أشياء ومواد ليستعين به. فى إطفاء الحريق مرتكباً بذلك جرائم التعدى والسرقه والإتلاف إنما قد دفعه على ذلك عند صر الاضطراب الذى وجد فيه لحظة مشاهدته للخطر المحقق به، حقاً إن إرادته كانت حرة ولكنها كانت محصورة فى أضيق الحدود. وعلى ذلك يمكن تأسيس امتناع المسؤولية الجنائية فى حالة الضرورة على ما يلى:

أ - حالة الاضطراب النفسى التى يوجد فيها الفاعل وتدفعه إلى ارتكاب الجريمة وهى حالة نفسية بحتة، ونجد هذا الأساس متمثلاً فى قول الله عز وجل: ﴿وقد فصل لكم ما حرم عليكم إلا ما اضطررتم إليه﴾⁽³⁾.

(1) د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون العقوبات، القسم العام، 1981، ص 287؛ د. إبراهيم أخوخ، مرجع سابق، ص 143.

(2) د. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 668؛ د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 1003.

(3) سورة البقرة الآية 119.

ب - انتفاء نية البغى والعدوان لدى الفاعل، فهو حين يقدم على الجريمة، إنما يقدم عليها تحت وطأة الخطر المحقق به، فلا تتوافر لديه نية البغى والعدوان على من ارتكب الجريمة في حقه وقد عبر عن ذلك قوله تعالى: ﴿فمن اضطر غير باغ ولا عاد فلا إثم عليه﴾⁽¹⁾.

المبحث الثاني شروط حالة الضرورة

تمهيد وتقسيم:

تم النص على حالة الضرورة في المادة (61) من قانون العقوبات المصري، فهي تنص على أنه: "لا عقاب على كل من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقائية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى". وهي تقابل المادة (64) من القانون الإمبراطوري، والمادة (15) من القانون السوداني.

ويتضح من ذلك أن حالة الضرورة تقوم على ركزين أحدهما موضوعي والآخر

شخصي.

الركن الموضوعي:

يتمثل في وجود فعل أو مجموعة أفعال تشكل خطراً يهدد مصلحة جوهرية معتبرة قانوناً وبحيث لا يكون لإرادة صاحب المصلحة المهددة دخل في وقوع هذا الفعل أو تلك الأفعال.

الركن الشخصي:

فيتمثل في رد الفعل إزاء الفعل السابق الإشارة إليه في الركن الأول، ذلك أن صاحب الحق الذي يحق به الخطر يجد نفسه في وضع يتعين معه أن يخرق القانون لكي يحمي ذلك الحق.

ولابد أن شروطاً يجب توافرها في كل من الركنين الموضوعي والشخصي للقول بقيام حالة الضرورة.

ويتضح من النصوص القانونية سالف الذكر أن هناك نوعان من الشروط ينبغي توافرها للقول بوجود الضرر وهما:-

- 1 - شروط تتعلق بالخطر الذي يتعرض له الشخص.
- 2 - شروط تتعلق بالفعل أو بجريمة الضرورة التي يرتكبها من يوجد في هذه الحالة

(1) صورة الأنعام الآية 173.

وسنخصص مطلباً مستقلاً للحديث عن كل نوع من هذين النوعين من الشروط.

المطلب الأول

الشروط المتعلقة بالخطر

يشترط في الخطر الذى يتعرض له مرتكب جريمة الضرورة أن يكون على النفس، وأن يكون جسيماً وأن لا يكون لإرادة الفاعل دخل فى حلوله وألا يكون الفاعل ملزماً بمواجهة الخطر وسنتحدث بإسهاب عن كل من هذه الشروط.

أولاً: وجود خطر يهدد النفس:

طبقاً لنص القانون المصرى المادة (61) عقوبات يعنى هذا الشرط أن يكون الخطر الذى فجر حالة الضرورة مهدداً النفس لا المال، والمراد بالنفس هنا شخصية الإنسان المهدد بالخطر أو غيره سواء فى الشق الجسمانى منها بما يشمل من حياة وحرية وسلامة أعضاء أو فى الشق المعنوى أى ما يشمل الشرف والعرض والاعتبار واشترط أن يكون الخطر مهدداً النفس لا المال فى سبيل اعتبار الجريمة المرتكبة ضرورية يرجع إلى أن هذه الجريمة واقعة على شخص برئ ضحى بمصلحته فى سبيل مصلحة فاعل الجريمة وإذا كان لهذه الضحية مبررها حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى نفسه لأن النفس جديرة بالفداء ولو بتضحية دق للغير فلا يبق لها مبرر حين يكون فاعل الجريمة مهدداً فى ماله لأنه لا معنى لأن يستباح فى سبيل صون هذا المال الاعتداء على حق الغير البرئ⁽¹⁾. ويستوى فى ذلك أن تكون النفس المصونة بجريمة الضرورة هى نفس فاعل الجريمة أو نفس غيره كما لا يشترط وجود علاقة بين الفاعل والغير الذى يهدده الضرر وذلك لأن نص المادة (61) جاء مطلقاً فى ذلك. مثال ذلك الطبيب الذى يضحى بحياة الجنين فى سبيل إنقاذ الأم وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه: "لا محل لاحتجاج المتهم بالإكراه أو بحالة الضرورة لدفع اتهامه بجريمة إصدار شذيك بدون رصيد على أساس أن ثمة خطر منه يتهدده ناشئ عن دعوى إشهار إفلاس رفعت ضده إذ أن هذه الدعوى تهدد المال فحسب فلا محل لقيام الإكراه أو حالة الضرورة⁽²⁾."

كما قضت بأنه ... "إذا كان الحكم قد ذهب إلى أن تهديد المطعون ضده بالوضع تدت الحراسة وأيلولة الأرض إلى الإصلاح الزراعى يعد حالة ضرورة معفية من العقاب مع أنه

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائى، مرجع سابق، ص 989؛ د. هلالى عبد الله أحمد. د: شرح قانون العقوبات، القسم العام، طبعة أولى سنة 1987، دار النهضة العربية، ص 383: 385.

(2) نقض 23 يوليو سنة 1959، مجموعة أحكام النقض، س 1، رقم 149، ص 969.

انصب على المال فحسب فإنه يكون قد انطوى على تقرير قانونى خاطئ لأن حالة الضرورة تستلزم أن يكون الخطر مما يهدد النفس⁽¹⁾.

وسوى قانون الجزاء الإماراتى المادة (64) من قانون الجزاء فى هذه الحالة بين النفس والمال فسواء كان الخطر مهدداً النفس أو المال بضرر جسيم فإن دفعه بارتكاب الجريمة يعفى من المسؤولية الجنائية.

ويرى بعض الفقهاء أنه ليس ما يمنع من قبول جريمة الضرورة إذا كانت واقعة على مال فى سبيل صيانة مال آخر أكبر قيمة وإن كان من غير المقبول أن تقع جريمة على النفس صيانة لمال مهما كانت قيمته⁽²⁾.

وهذا رأى محل نظر لأن تقدير قيمة الأموال مسألة نسبية تختلف بـ اختلاف صـاحب المال ودرجة غناه وحاجته.

ثانياً: أن يكون الخطر جسيماً:

والخطر على النفس لا يكون جسيماً إلا حين يثير لدى الإنسان الخشية من انهيار كيانه سواء كان هذا الكيان مادياً أو أدبياً.

فخطر المساس بالكيان دون تهديد بالانهيار لا يعتبر خطراً جسيماً وخطـر حرمـان الإنسان من إشباع حاجة سواء كان مصدر هذه الحاجة هو غريزة الاقتناء أو كان مـصدرها الغريزة الجنسية لا يعتبر جسيماً ما دام لا يترتب على ترك الحاجة بدون إشباع تهديد كيان صاحبها بالانهيار⁽³⁾.

على أن جسامة الخطر ليس أمراً مطلقاً وإنما هو أمر نسبي يدخل فى تقديره عقيدة فاعل الجريمة نفسه، فإذا سرقت امرأة شيئاً وهى حامل لكى تشعب فى نفسها حاجة إلى هـذا الشئ تحركت فى نفسها عند رؤيتها له وكان ذلك بدافع الخشية على كيان الجنين المستقر فى بطنها والخوف من أن يجئ تكوينه معيماً إن هى تركت هذه الحاجة بدون إشباع فـإن على القاضى أن يحكم ببراءتها.

(1) طعن رقم 150 سنة 42 ق، جلسة 1972/4/27، س 23، ص 429؛ وانظر أيضاً طعن 137 سنة 43 ق، جلسة 1974/2/11، س 25، ص 19، الموسوعة الذهبية للقواعد القانونية التى قررتها المحكمة النقض المصرية، للأستاذين حسن الفكهاى وعبد المنعم حسنى المحاميان، ج 2، ص 366.

(2) د. عبد الرؤوف مهدى، مرجع سابق، ص 507.

(3) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائى، مرجع سابق، ص 989، وانظر هامشه رقم (1).

أما إذا سرق إنسان مبلغ من النقود بدافع قضاء فترة للنقاها بدار الاستشفاء بعد م. رض ألم به فهذه السرقة لا تعتبر واقعة في حالة ضرورة لأنها لم ترتكب درءاً لخطر جسيم⁽¹⁾ كذلك فالجوع والبرد الذي يمكن تحمله بمشقة مألوفة لا يعد خطراً جسيماً يعفى من عقوبة السرقة. وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس في صغر سن المتهم وإقامتها مع والدتها وحاجتها إليها، ما يجعلها في خطر جسيم لو لم تشترك م. مع والدتها في إح. راز الم. واد المخدرة⁽²⁾. فالرضا مفسد للاختيار وهو يؤثر فيما يقتضى الرضاء والاختيار معاً فمن اضطر إلى فعل شئ محرم ينبغي أن يكون الخطأ الذي اضطره بحيث يعدم رضاه أو يفسد اختي.اره فإذا كان الخطر غير جسيم إلى حد الإلجاء بحيث لا يهدد الفاعل بتلف النفس أو الأعضاء فلا يمكن القول بتوافر حالة الضرورة⁽³⁾.

وتقدير الجسامة المؤدية إلى قيام حالة الضرورة أمراً موضوعي ت. ستقل به محكمة.ة الموضوع دون معقب عليها من محكمة النقض.

ثالثاً: حلول الخطر:

لا يمكن أن يكون الخطر حالاً إذا كان خطراً متوهماً لم يتحقق بعد ولا يمكن أن يكون الخطر حالاً إذا كان من الممكن التنبؤ به قبل وقوعه بفترة بحيث يمكن الإعداد لمواجهةته كذلك فإن الخطر لا يكون حالاً إذا كان قد وقع بالفعل وأحدث أثره ولكن يكون الخطر حالاً إذا كان ذلك الخطر منذراً بضرر وشيك الوقوع⁽⁴⁾ ذلك أنه إذا لم يكن الضرر المائل خط.ره وش.يك وكانت توجد فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لدرئه فلا يكن في هذه الحالة ثمة مبرر للاعتداء على الغير البرئ، وحلول الخطر لا يلزم أن يكون واقعاً وإنما يكفي أن يكون كذلك في مخيلة الفاعل، بأن يعتقد بناء على أسباب معقولة أن الضرر الجسيم المخوف نزوله للنفس وشيك حتى لو لم يقع هذا الضرر بالفعل أى حتى إذا تبين أنه في الحقيقة لم يكن وش.يك الوقوع⁽⁵⁾.

وقد قضت محكمة النقض بأنه: "يشترط لتوافر حالة الضرورة أو حالة الإكراه الأدبي التي تمنع المسؤولية الجنائية أن يثبت الجاني أنه قد أراد الخلاص من شر محقق به أو أذ.ه

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 992 هـ. (1)، ص 993 هـ. (3).

(2) نقض 28 نوفمبر سنة 1929، مجموعة القواعد القانونية، ج 12، رقم 344، ص 391.

(3) الأستاذ/ عبد القادر عوده: النشرب الجنائي الإسلامي، دار الكتاب العربي، بيروت، بدون ت.اريخ، ص 576.

(4) د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 996.

(5) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 996؛ د. عوض محمد، د. قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، بدون تاريخ، ص 504.

يبيغى دفع مضرة لا يبررها القانون ولا يتصور أن يكون الطعن فى حكم صادر ضد مصلحة الدولة بالطرق القانونية المقررة للطعن فى الأحكام عملاً جائزاً يتغيا الم.تهم الذ.لاص مذ.ه بارتكاب جريمة⁽¹⁾.

والمعيار فى تقدير حلول الخطر يرجع فيه إلى الشخص العادى الذى يوجد فى نفس ظروف الفاعل، فيتصور بناءً على أسباب معقولة أن الخطر حال، ويدخل فى هذه الظروف ظروف الفاعل الشخصية ومنها ما يتوافر لديه من علم خاص.

رابعاً: ألا يكون لإرادة الفاعل دخل فى حلول الخطر:

بمعنى أن يكون الخطر المنذر بالضرر الجسيم على النفس غير ناشئ ع.ن إرادة ه.ذا الفاعل.

والعبرة فى ذلك بالخطر ذاته لا بالسلوك الذى أفضى إليه⁽²⁾ فالفاعل الذى يشعل الذ.ار فى مسرح عمداً فيذب الذعر بين رواده فيندفعون فى سرعة نحو الباب للخروج فيضطرو ه.و إلى سحق واحد منهم وإحداث عاهة به أثناء السعى إلى شق طريق النجاة لنفسه، ليس ل.ه أن يتعلل بحالة الضرورة فى سبيل التخلص من عقوبة جريمته، لأنه هو الذ.ذى أوجد.د بإرادته.ه الخطر الذى أفضى إلى هذه الجريمة.

وقد قضت محكمة النقض المصرية بأنه ليس للإنسان أن يرتكب أمراً محرماً ثم يقارف جريمة فى سبيل النجاة مما أحدثه بيديه، وبأنه إذا قدم المتهم رشوة من جريمة الإخفاء الت.ى ارتكبها فليس له أن يحتج بحالة ضرورة الجأته إلى دفع الرشوة تخلصاً م.ن خطر.ر الق.بض عليه⁽³⁾.

أما الشخص الذى يتسبب بإهماله وعدم احتياطه فى إشعال النار فى أحد الملاهى وف.ى زحمة تدافع الناس نحو الخارج يحدث بأحدهم إصابة بالغة بينما يشق لنفسه طريق النجاة، ل.ه أن يتمسك بحالة الضرورة ليتخلص من المسئولية عن جريمته لأنه إن كان ق.د أراد الذ.سلوك المشوب بإهمال والذى أفضى إلى إشعال النار فإنه لم يرد إشعالها أى لم يرد حالة الخط.ر

(1) الطعن رقم 1508 سنة 39 ق، جلسة 1970/1/18، ص 12، ص 94 وانظر الموسوعة الذهبية، جزء 2، ص 366.

(2) د. محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 481؛ د. مأمون سلامة، قانون العقوبات - الف.سم العام، دار الفكر العربى 1979 ص 317.

(3) طعن رقم 2617 سنة 20 ق، جلسة 1961/3/13، ص 12، ص 30، الموسوعة الذهبية، ج2، ص 364.

والعبرة من نفى الدافع بحالة الضرورة إنما هي بإرادة الخطر ذاتها ولا تكفي إرادة الم. سلوك المفضى إليها⁽¹⁾.

خامساً: أن لا يكون الفاعل ملزماً بمواجهة الخطر

لم يرد في القانون ذكر هذا الشرط، ومع ذلك فالفقه مجمع عليه لأنه شرط بديهي⁽²⁾ فإذا تهدد شخص خطر يتعين عليه أن يجابهه أو (يتحمل عواقبه) فلا يج. وز ل. ه. ال. تخلص م. ه. بارتكاب جريمة. وما يتمتع على المهدد بالخطر يتمتع كذلك على غيره فلا يج. وز للغير. ر أن يرتكب جريمة في سبيل إنجاء هذا الشخص من الخطر الذي يهدده. والمعول عليه في ه. ذا الصدد الالتزام القانوني دون غيره كالالتزام الخلقي أو الديني أو الاجتماعي وعلى ذلك لا تقوم حالة الضرورة المعفية من العقاب بالنسبة لمن صدر عليه حكم بالإعدام أو السجن أو ص. در أمراً بالقبض عليه لجريمة ارتكبها. فإذا لجأ أى من هؤلاء في سبيل الخلاص من الخطر الذي يهدده إلى ارتكاب الجريمة فلا يجوز له التذرع بحالة الضرورة للإفلات من العقوبة وك. ذلك الشأن بالنسبة للجندى في ميدان القتال ورجل المطافئ أمام خطر الحريق ورجل السفينة في حال غرقها وهؤلاء جميعاً ملزمون بمواجهة الخطر والصمود ل. ه. ولا يج. وز لأى م. نهم أن يرتكب جريمة في سبيل الفرار منه.

وتطبيقاً لذلك قضت محكمة النقض أنه إذا كان الخطر الذي يهدد المتهم ناشئاً عن إجراء قانوني فلا يجوز له أن يحتج لدفعه بحالة الضرورة باعتباره ملزماً بتحمل هذا الإجراء فم. ن اتهم بإعطاء شيكات بدون رصيد لا يجوز له أن يحتج بحالة الضرورة الناشئة ع. ن دعوى إشهار الإفلاس التى أقيمته ضده⁽³⁾ وقضت كذلك أنه إذا كان الثابت أن المتهم إنما قدم رشوة ليتخلص من جريمة الإخفاء التى ارتكبها فإن الدفاع الذى يستند إليه بأ. ه. ك. ان في حالة ضرورة ألجأته إلى دفع الرشوة تخلصاً من خطر القبض عليه ه. و د. فاع. ق. انونى ظ. اهر البطلان⁽⁴⁾. وقالت المحكمة أيضاً: "أنه لا يتصور أن يكون الطعن في حكم ص. اد. ر ض. د.

(1) د. رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، مرجع سابق، ص 198.

(2) د. محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 487؛ د. نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 1-3، ه. . 10؛ د.

عوض محمد، قانون العقوبات - القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، بدون تاريخ، ص 511.

(3) نقض 1959/6/3، مجموعة أحكام النقض، س 10، ص 669، رقم 149؛ كذلك نق. ض 1970/1/18، س 10، ص 94، رقم 24.

(4) طعن 1467، سنة 30 ق، جلسة 1961/3/13، س 12، ص 330 الموسوعة الذهبية ج 2، ص 364.

مصلحة الدولة بالطرق القانونية للطعن في الأحكام عملاً جائراً يبتغى على الطعن منعاً والخلاص منه باقتراف جريمة⁽¹⁾.

المطلب الثاني شروط فعل الضرورة

فعل الضرورة هو ما يرتكبه الإنسان ليدراً به خطراً حالاً يهدد على ندو جسيم نفسه أو نفس غيره ويشترط في هذا الفعل أن يكون لازماً لدفع الضرر وأن يكون متناسباً مع الضرر وأن يكون الفاعل حسن النية.

أولاً: أن تكون الجريمة لازمة لدفع الضرر:

يشترط القانون لإعفاء المضطر من العقاب ألا يكون في قدرته منع الخطر بطريقة أخرى مادة (61) من قانون العقوبات المصري، (64) إماراتي، (14) سوداني. وهذا يعني أن يكون الفعل لازماً لدرء الخطر، فإذا كان بوسع الجاني الالتجاء إلى وسيلة أخرى غير الجريمة، ولكنه تركها فلا يستطيع بعد ذلك أن يدفع بحالة الضرورة ومن يكون بوسعه دفع الخطر بجريمة بسيطة لا يستفيد من حالة الضرورة إذا ارتكب جريمة أشد لأن الضرورة تقدر بقدرها أي بقدر ما يدفع به الخطر فما زاد على ذلك فهو غير لازم⁽²⁾.

وللزوم حدان: **أولهما:** أن يكون الفعل من شأنه دفع الخطر فإذا كان الحق أن الخطر لا يندفع به لم يجز اللجوء إليه لعدم جدواه فإذا ارتكبه الفاعل لم يكن له أن يستفيد من حالة الضرورة مثال ذلك أن يخطف بعض الأشياء فتاة في سيارة وينطلقوا بها فيندفع أبوه إلى أثرهم ويعثر براكب دراجة فيعتدى عليه بالضرب طالباً منه التخلي عن دراجته فكي يستعملها في اللحاق بهم، أو أن يشعل أحد الأشخاص النار في مسكن فيقبض صاحبه على ابن الجاني ويضربه، غير أنه لا يشترط في فعل الضرورة أن يكون من شأنه درء بعضه أو تخفيف وطأته. ومثال ذلك أن يكون الخطر مندرجاً بموت أشخاص عديدين ويكون من شأن الفعل أن يزيد له. إذا الخطر ويستبدل به خطر الإصابة بعاهة فالفعل في هذه الأحوال يعتبر لازماً لدرء الخطر، ولكن يجب أن تكون الجريمة مؤدية فعلاً لدفع الخطر فلا يكون انتقاماً من شخص فممن يقتل م. شعل الحريق في مكان لا يعتبر في حالة ضرورة لأن هذا القتل لا يدفع عنه خطر الحريق بل هو انتقام من الشخص.

(1) نقض 18 يناير سنة 1970، مجموعة أحكام النقض، س 21، رقم 24، س 94.

(2) د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 596؛ د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 999؛ د. عوض محمد، مرجع سابق، ص 514.

والحد **الثاني**: أن يكون الفعل هو الوسيلة الوحيدة المتاحة لدفع الخطر ف. إذا تع. ددت الوسائل وجب اللجوء إلى أيسرها ... وينبنى على ذلك إذا أمكن دفع الخطر عن طريق الهرب أو اللجوء إلى السلطة العامة لم يجز دفعه بارتكاب جريمة وإذا أمكن دفعه بإتلاف مال لم يجز دفعه بإزهاق روح فإذا خالف المضطر ذلك فاستخدم وسيلة أشد حيث كان يكفيه ما دونها فإنه يكون قد تجاوز ما يلزم إلى ما لا يلزم فلا تمتنع مسؤوليته⁽¹⁾.

وقد قالت محكمة النقض في ذلك: "يشترط في حالة الضرورة التي تسقط الم. مسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر الحال به. ولما كان فرار الطاعن من مركز الشرطة لم يكن يسوغ له أن ينطلق في الطريق في. دفع الم. اارين تلك الدفعة التي ألقى بالمجنى عليه في طريق السيارة خاصة وأن الطاعن لا يدعى أن المجنى عليه حاول منعه أو الإمساك به، ومن ثم فإن دفاعه بقيام حالة الضرورة في ه. ذه ال. صورة: إنما يكون دفاعاً قانونياً لا يستأهل من المحكمة رداً"⁽²⁾.

غير أنه لو رأت المحكمة أن ضرراً ما لابد لمنعه من وقع الجريمة فلا بد وأن نستظهر الصلة بين واقعة الضرر وجريمة الضرورة، وقد قضت محكمة النقض في مثل ذلك بأنه: "من المقرر أن حالة الضرورة التي تحيط بشخص وتدفعه إلى الجريمة هي ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس وعلى وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في. حلولة، ويشترط في حالة الضرورة التي تسقط المسؤولية الجنائية أن تكون الجريمة. التي ارتكبها المتهم هي الوسيلة الوحيدة لدفع الضرر الحال له، لما كان ذلك وكان الحكم المطعون فيه قد تساند في قضائه بامتناع مسؤولية المطعون ضده أنه لجأ إلى ارتكاب جريمة البناء بدون ترخيص لضرورة وقاية نفسه وماله لسبب خارج عن إرادته لا يد له فيه ولا في قدرته. منع. ه بطريقة أخرى وهو تهدم البناء بسبب هبوط الأمطار، أن هذا الذي أخذه الحكم، لا ي. صلح في. ذاته سبباً للقول بقيام حالة الضرورة الملجئة إلى ارتكاب جريمة بناء بدون ترخيص ...".

وإذا كان هذا الحكم قد اتخذ من واقعة تهدم البناء على هذا النحو ذريعة للقول بقيام حالة الضرورة، فقد كان يتعين عليه أن يستظهر الصلة بين واقعة تهدم البناء بسبب هطول الأمطار والضرورة التي ألجأت المطعون ضده إلى إقامته على خلاف أحكام القانون وأن يتجلى ه. ذا الأمر ويستظهره بأسباب سائغة للوقوف على ما إذا كانت الجريمة التي ارتكبها المطعون ضده

(1) د. عوض محمد، المرجع سابق، ص 514.

(2) نقض 30 مارس سنة 1964، مجموعة أحكام النقض، س 15، رقم 42، ص 221؛ انظر: د. محمد. ود نجيب حسنى: الدور الخلاق لمحكمة النقض في تفسير وتطبيق قانون العقوبات، الق. سم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، ط 1982، ص 347.

هى الوسيلة الوحيدة لدفع خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولا يمكن لإرادته دخل فى حلوله، أو أنه كان بوسعه أن يتجنب ارتكابه بالالتجاء إلى وسائل أخرى يتمكن فيها من وقاية نفسه أو غيره من ذلك الخطر الذى يعترض قيامه مما قصر الحكم فى إثباته⁽¹⁾.

ويدخل فى لزوم الجريمة لدفع الضرر أن تنتهى أفعال تلك الجريمة بزوال الخطر. فليس للفاعل أن يستمر فى أعمال الجريمة طالما كان قد زال الخطر الوشيك الذى توقعه. بل الضرورة فإذا استمر بعد ذلك فى ممارسة أعمال الجريمة كالذى ينتزع أشياء من منزل جاره لإطفاء الحريق فإذا استمر فى هذه الأعمال بعد أن يكون الحريق قد انتهى أو أخذ أشياء لا تجدى فى إطفاء الحريق فإنه يعد مسؤولاً عن جريمة سرقة. فيجب أن تكون أفعال جريمة الضرورة لازمة لدفع الخطر.

وفى الشريعة الإسلامية يشترط ألا يكون لدفع الضرورة وسيلة إلى ارتكابه الجريمة⁽²⁾ فإذا أمكن دفع الضرر بفعل مباح امتنع دفعها بمحرم فالجائع الذى لا يستطيع شراء الطعام له أن يحتج بحالة الضرورة إذا سرق طعامه فيشترط للإعفاء من العقوبة أن يكون الفعل المحرم مما يرد الضرورة فإذا لم يكن كذلك فلا إعفاء، فمن يسرق أمتعة آخر لبيعها ويشترى بقيمتها طعاماً لا يستطيع أن يدعى أنه كان فى حالة ضرورة لأن سرقة الأمتعة لا تدفع الضرورة مباشرة أما من يسرق رغيماً فيستطيع أن يقول أنه كان فى حالة الضرورة لأن السرقة تدوى مباشرة إلى دفع الضرر.

ننتهى من ذلك إلى أن جريمة الضرورة لابد وأن تكون لازمة لدفع الضرر على أن لزوم الجريمة فى حد ذاته لا يكفى إذا كانت تلك الجريمة غير متناسبة مع الضرر وهذاموضوع الشرط الثانى.

ثانياً: تناسب الجريمة مع الضرر:

لم تشر المادة (61) من قانون العقوبات المصري إلى هذا الشرط تصريحاً ولا تلميذاً. وذلك خلافاً لبعض التشريعات المعاصرة التى عنت بالنص عليه، ومنها القانون الجزائى والإماراتى المادة (64) والذى عبر عنه بالقول: "وأن تكون الجريمة بالقدر الضرورى لدفعه ومتناسبة معه"، والقانون الجنائى السودانى المادة (15) والتى عبرت عنه بالقول: "بشرط ألا

(1) الطعن رقم 133، سنة 45 ق، جلسة 1975/11/2، س 16، ص 675؛ منشور فى الموسوعة الذهبية للأستاذين/ حسن الفكهاى وعبد المنعم حسنى، ج 2، بدون تاريخ ص 268.

(2) الأستاذ عبد القادر عوده، مرجع سابق، ص 576.

يترتب على الفعل ضرر مثل الضرر المراد اتقاؤه أو أكبر منه". وقد اختلف الفقه الم. صرى فى مدى لزوم هذا الشرط - فمن الفقهاء من أوجبه باعتباره من طبيعة الضرورة⁽¹⁾ ومنهم من أهمله أخذاً بظاهر النص⁽²⁾ ويرجع هذا الخلاف إلى عدم وضوح فكرة التناسب ل. دى بع. ض الفقهاء.

والتناسب يقتضي الموازنة بين الحق الذي يحميه المضطر والحق الذي يضحي ب. ه.، او بين الضرر الذي يدفعه والضرر الذي يتوقعه، او بمعنى اخر يجب ان يكون الضرر الناشئ عن جريمة الضرورة متناسبا مع الضرر الذي كان يتوقعه الفاعل، فليس لمن يهدده الموت ان يفدي نفسه بقتل عدة انفس .

والتناسب بين الجريمة والضرر الذي كان يتوقعه المضطر هو امر نسبي يرجع فيه الي ظروف فاعل الجريمة ومدى حرته في الاختيار طبقا لمعيار الرجل العادي لو وجد في ذات الظروف، وهو امر يستظهره القاضي في كل قضية علي حده .

ويعبر فقهاء الشريعة الاسلامية عن هذا الشرط بقولهم: (ان تدفع الضرورة بالقدر الازم لدفعها)⁽³⁾، ذلك انه اذا كان مبدأ الشريعة في حالة الضرورة ه. و. ان: (ال. ضرورات تد. يح المحضورات)، فأن دقة الاحكام والعدل قد اقتضيا ان يرد علي هذا المبدأ مبدأ آخر يحد مذ. ه. وهو ان: (الضرورة تقدر بقدرها).

أثر الضرورة على المسؤولية الجنائية:

ذكرنا فيما سبق أن التشريعات الجنائية الداخلية وكذلك الفقه قد اختلف موقف كل م. نهم حول تأثير حالة الضرورة على المسؤولية الجنائية بين من يرى انها امن اس. باب الابادة، وبين من يرى انها من موانع المسؤولية، وطبقا للإتجاه الاخير. ر فاذ. ه. اذا اكتملت ش. روط الضرورة أعفى الفاعل من المسؤولية الجنائية وامتنع عقابه سواء كان السلوك الذى أتاها إيجابياً أو سلبياً وسواء أكانت الجريمة عمدية أو خطئية وسواء كانت واقعة على النفس أو على المال أو على ما عداهما، ولكن يظل للفعل وصف الجريمة، وهي ذات طبيعة شخصية، لا يتاثر بها الا من توافرت لديه.

(1) د. رؤوف عبيد، مرجع سابق، ص 528؛ د. رمسيس بهنام، مرجع سابق، ص 999 / 1000.

(2) د. محمود محمود مصطفى، مرجع سابق، ص 483.

(3) الإمام / موفق الدين بن قدامة المقدسي المتوفي 630هـ: المغني، دار الكتاب العربي، بيروت، ط 1972-

الجزء التاسع - ص 321

وطبقاً للإتجاه الذي يري ان الضرورة من اسباب الاباحة⁽¹⁾، فان الاباحة ذات طبيعة موضوعية تبيح الفعل ذاته، وتنفي عنه صفة التجريم ويستفيد منها كل من ساءم في الجريمة.

المبحث الثالث

حالة الضرورة في القانون الدولي الجنائي

من البديهي أن حالة الضرورة - بنفس شروطها السابق إيضاحها بالمبحث السابق، قابلة للتحقق وإنتاج أثرها القانوني في نطاق القانون الدولي الجنائي، حيث يمكن أن تباح، أو تمنع المسؤولية الجنائية عن الجريمة في حالة الاضطرار إلى ارتكابها درءاً لخطر جسيم مدق بنفس الجاني أو غيره، أو حماية للمصلحة الدولية.

وهذه المسألة متعارف عليها - دولياً - في حالة اللاجئين الذين يقتحمون الحدود الدولية للدولة المجاورة في حالة نشوب حرب أو اضطرابات أو كوارث في الإقليم الذي يقيمون فيه، حيث تدفعهم الضرورة لضرورة حفظ النفس إلى ارتكاب جريمة التعدي على دولة مجاورة ودخول إقليمها بغير رضاها وبغير الطريق القانوني والتعدي على ممتلكاتها.

وقد تدفع دولة ما بأنها مضطرة إلى اقتحام سفن دولة أخرى في البحر العام لاعتقادهما أن تلك السفن تحمل أسلحة إلى أعداء في حالة حرب معها. تحت ضرورة حماية أمنها. وقد تدعى إحدى الدول أنها تهاجم مواقع في دولة أخرى أو تدمر منشآت تحت ذريعة الاضطرار إلى حماية أمن مواطنيها من تجمعات أو معدات أو قوات كانت الدولة المعتدى عليها أو مجموعات مسلحة فيها تقوم بإعدادها للهجوم عليها.

في كل هذه الحالات يتعين التحقق من شروط حالة الضرورة على النحو السالف بيانه في المبحث السابق، حتى يمكن القول بأنها تنتج أثرها، أم غير ذلك.

ورغم الصعوبات التي تواجه تطبيق نظرية الضرورة في مجال القانون الدولي الجنائي، إلا ان الواقع القضائي الدولي لم يخل من بعض التطبيقات، الامر الذي يقتضينا تقسيمها. ذا المبحث الي مطللين علي النحو التالي:

المطلب الاول: صعوبة تطبيق نظرية الضرورة في القانون الدولي الجنائي .

المطلب الثاني: بعض تطبيقات نظرية الضرورة في القانون الدولي الجنائي.

(1) المادة 15 من القانون الجنائي السوداني . وانظر في الموضوع: د. ابراهيم ذكي أ خوخ: مرجع سابق ص 143، د.احمد فتحي سرور: الوسيط في شرح قانون العقوبات، ص 287.

المطلب الاول

صعوبة تطبيق نظرية الضرورة

في القانون الدولي الجنائي

إن تطبيق نظرية الضرورة تكتنفه بعض العقبات في المجال الدولي نظراً لاختلاف ظروف القانون الجنائي الدولي عن القانون الداخلي وما ينتج عن ذلك من صعوبة تطبيق نظرية الضرورة في ذلك المجال.

أولاً: اختلاف وظيفة القانون الجنائي الدولي:

بيد أن الفقه⁽¹⁾ يرى أن تأثير حالة الضرورة في القانون الجنائي الدولي يختلف عنه في القانون الداخلي لاختلاف وظيفة كل منهما، فحالة الضرورة تتمثل في القانون الداخلي في خطر جسيم حال أو وشيك الوقوع - على النفس - أو المال - في بعض التشريعات يهدد مصالحتين - أو أكثر - مشروعتين، بحيث لا يمكن صيانة إحداهما إلا بإهدار الأخرى، فإن كانت وظيفة القانون الداخلي هي حماية أفرادهم ومصلحتهم، فإن تلك الوظيفة في القانون الجنائي الدولي تنحصر في كفالة التعايش السلمي بين أشخاصه ليس غير، وفي سبيل بلوغ هذه الغاية، يكفل لكل دولة ذاتيتها واستقلالها في تسيير أمورها، ولا يورد عليها من قيد سوى ما تعلق بعدم تعسفها في استعمال حقوقها على نحو يضر بمصالح غيرها من الدول، ومن هنا قيل أن استقلال كل دولة ينتهي بداية عند استقلال الأخرى، والقول بغير ذلك يعدى تقويض القانون الدولي من أساسه⁽²⁾.

ثانياً: صعوبة التطبيق:

يترتب على اختلاف أساس حالة الضرورة في المجال الدولي صعوبة الأخذ بها كسبب إباحة أو كمانع مسئولية، وذلك للأسباب الآتية:

- 1 - عدم وجود سلطة قضائية دولية تتكفل بالتحقق من توافر شروط حالة الضرورة. وترتيب الأثر الناجم عنها، ومن شأن ذلك أن يشيع الاضطراب والفوضى في المجتمع الدولي.
- 2 - إن الاعتراف بها يؤدي إلى إهدار المبادئ التي يسعى القانون الدولي إلى إقرارها، وتفصيل ذلك: أن جانباً من الفقه يرى عدم اعتبار الضرورة سبب إباحة ويكيفها على أنها

(1) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 84 وما بعدها. د. عبدالعظيم مرسي وزير: الملامح الأساسية لنظام انشاء المحكمة الجنائية الدولية الدائمة، ورقة مقدمة في المؤتمر الاقليمي العربي بمناسبة الاحتفال باليوبيل الذهبي لاتفاقية جنيف للقانون الدولي الانساني 1949-1999، بالقاهرة 14-16 من ذ. وفمبر 1999، ص 42.

(2) Vespasien Palta: La guerre - crime et les crimes de guerre, Paris, 1946, P. 47
أشار إليه أستاذنا الدكتور حسنين عبيد: الجريمة الدولية ص 85، et ss.

من موانع المسؤولية، ومن شأن الأخذ بهذا التكييف الأخير أن تظل للفعل صفته الآثمّة، وأن انتفت مسؤولية الفاعل، مما يستتبع إمكانية استعمال الدفاع الشرعي ضده، ويفضي في النهاية إلى تعريض الأمن الدولي للخطر، والإطاحة بالغاية الم.ستهدفة بالقانون الدولي.

3 - وتتجلى صعوبة التطبيق بصورة أوضح في فترات الحروب، حيث تتضارب مصالح الدول المتحاربة، لأن كل حرب تستتبع تعريض هذه المصالح لأخطار متبادلة، ويترتب على الاعتراف بحالة الضرورة، ولو في صورة مانع مسؤولية، الاعتراف به للدولة المعتدية - أي التي أثارت الحرب - وذلك تطبيقاً لمبدأ المساواة بين الدول المتحاربة، وهو ما لا يتفق مع اعتبارات العدالة في شئ⁽¹⁾.

من أجل هذا رفضت محكمة نيرمبرج وطوكيو دفع المتهمين من كبار مجرمي الحرب الخاصة بحالة الضرورة، ولم تريا فيها ما يبرر جرائمهم، أو حتى يدول دون تحريرك مسؤوليتهم عنها⁽²⁾.

ثالثاً: ندرة حالات التطبيق:

وهكذا يرفض الرأي الراجح في الفقه الدولي الحديث الاعتراف بحالة الضرورة في القانون الجنائي الدولي سواء كسبب إباحة أو كمانع يدول دون تحريرك المسؤولية عن الجريمة⁽³⁾.

علي ان البعض⁽⁴⁾ يؤكد ضرورة الإعراف بحالة الضرورة في نطاق القانون الجنائي الدولي في حالتين:

الأولى: إذا كان طرفا النزاع - أو أطرافه - المطروح - ف.ردين أو أف.راداً ذوى شخ.صية دولية، إذ يجب حينئذ الاعتراف بحالة الضرورة، والتحقق من توافر شروطها، كما يتطلبها القانون الداخلي، بل يجب التوسع فيها بحيث تشمل تق.ديم الم.ساعدات الضرورية للغير.

الثانية: حالة الضرورات الحربية **necessities militaries** وهي التي يتكرر فيها الط.رف المحارب بسبب ضرورات الحرب لقوانين تلك الأخيرة وعاداتها⁽¹⁾ في سبيل تنفي.ذ

(1) Glaser: L'infraction. Op. Cit., P. 84.

(2) Glaser: L'infraction. Op. Cit., P. 86 note (79).

د. محمود نجيب حسنى، مرجع سابق، ص 60، 61.

(3) Glaser: L'infraction. Op. Cit., P. 86.

د. حميد السعدى، مقدمة في دراسة القانون الدولي الجنائي، بدون ناشر، بغداد، 1971، ص 298.

(4) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 86 وما بعدها.

خطة حربية معينة، وقد وجدت ألمانيا فيها ذريعة لدفع مسئوليتها أثناء محاكمات الحرب العالمية الثانية، وذلك بحجة أن ضرورة الحرب تبرر انتهاك قوانينها، ومع ذلك فقد تبين أن محكمتي نيرمبرج وطوكيو قد رفضتا هذا الدفع بصفة عامة لكافة الجرائم التي ارتكبتها الألمان، بصفة خاصة بالنسبة لجرائم الحرب⁽²⁾. وبالرجوع على قوانين وعادات الحرب، نجد أنها قدرت مقدماً الحالات التي تعد من قبيل الضرورات الحربية التي تسمح للمحارب بمخالفة قاعدة دولية جرى العرف بها، من ذلك - مثلاً - ما نصت عليه اللائحة الملحق بالاتفاقية الرابعة من اتفاقيات لاهاي سنة 1907 من تحريم استعمال السم والأسلحة المسمومة، وقتل أو جرح أفراد العدو على غرة، أو الذين ألقوا سلاحهم مادة (33)، بالإضافة إلى حظر تدمير ممتلكات العدو أو الاستيلاء عليها - إلا إذا اقتضت ذلك ضرورات الحرب - فضلاً عن عدم التسبب في فرض الضرائب - من جانب الدولة المحتلة على الشعب المهزوم. (م. واد (47) وما بعدها).

ويبدو مما تقدم، أن حالة الضرورة كسبب إباحة أو مانع مسئولية لا تحظى في المجال الدولي بنفس مكانتها في المجال الداخلي، وقد تخوف الفقهاء من إقرارها خشية أن تقود أو تتخذ ذريعة لتبرير أو دفع المسئولية الناشئة عن الجريمة الدولية، فتؤدي بالأهداف المستهدفة بالقانون الدولي، وقد اضمحل نطاق تطبيقها، بحيث لم يعد الفقه الحديث يجيزها إلا إن كانت بين فردين - أو أكثر - يتمتعان بالشخصية الدولية، أو كانت ذات صفة حربية. بشرط أن تكون في إطار ما تضمنته قوانين وعادات الحرب.

ولعله من أجل ذلك لم يرد ذكر لحالة الضرورة بين موانع المسئولية المنصوص عليها في المادة (31) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية، بينما نصت المادة (25) من مشروع لجنة القانون الدولي حول مسئولية الدولة عن أعمالها غير المشروعة إلى دورة (56) في 2002/1/28⁽³⁾ على أن: "لا يجوز للدولة أن تحتج بالضرورة لنفي المشروعية عن فعل غير مطابق للالتزام الدولي لتلك الدولة إلا في الحالتين التاليتين:

-
- (1) تنص هذه القوانين على وجوب التوفيق بين المقتضيات العسكرية التي لا تستهدف سوى النصر، وبين مقتضيات النظام الدولي الأعلى التي تهدف باسم العدالة والإنسانية إلى الحد من حرية المحاربين وتقليل آثار الحرب. راجع د. محمد محي الدين عوض، مرجع سابق، ص 340.
- (2) وقد بررت المحكمتان رفضهما بأن الاعتراف بحالة الضرورة من شأنه أن يقوض تماماً قوانين وعادات الحرب. راجع د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 86 وما بعدها.
- (3) وثيقة رقم A/RES/561/83

أ - فى حالة كون هذا الفعل هو السبيل الوحيد أمام هذه الدولة لصون مصلحة أساسية م. ن
خطر جسيم وشيك يتهدها.

ب - وفى حالة كون هذا الفعل لا يؤثر تأثيراً جسيماً على مصلحة أساسية للدولة أو الدول
التي كان الالتزام قائماً أمامها أو للمجتمع الدولي ككل⁽¹⁾.

المطلب الثاني

تطبيقات حالات الضرورة فى القضاء الدولي

لعل من أهم وأحدث القضايا التي تعرض فيها القضاء الدولي لحالة الضرورة، قضية
الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية 1984 - 1986 بين حك. ومتى نيك. اراجوا والولايات
المتحدة، وقضية مشروع جايكوفو وناجيماروس 1997 بين المجر وتشيكوسلوفاكيا، والرأى
الاستشارى لمحكمة العدل الدولية بشأن الآثار الناشئة عن ت. شبيد الج. دار فى الأرضى
الفلسطينية.

الأمر الذى يقتضينا التعرض لهذه القضايا كتطبيقات لمبدأ الاعت. داد بال. ضرورة فى
القضاء الدولي.

أولاً: قضية الأنشطة العسكرية وشبه العسكرية 1984 - 1986:

ترجع وقائع تلك القضية لشهر يوليو 1979 عندما استطاع حزب فرينتى ساندينستا
إسقاط حكومة الرئيس سوموزا فى نيكارجوا مستعيناً فى ذلك بالإمدادات المادية والت. شجيع
المعنوى الأمريكى، خاصة مع دعوة الحزب للحرية والديمقراطية بعيداً عن شعارات الشيوعية
التي كانت سائدة فى تلك المنطقة. ومع إطالة عام 1981 ت. وترت العلاقات الودية بين
الحكومة الأمريكية وحكومة اسانديستا فى نيكارجوا، لاعتقاد الولايات المتحدة الأمريكية فى
تحول هذه الحكومة إلى الديكتاتورية والماركسية، وإقامة جسور التعاون مع كوريا وروسيا
ودول أوروبا الشرقية⁽²⁾.

وفى عام 1984 دبت بذور الصراع والنزاع بينهما، حيث قامت حكومة الولايات
المتحدة بمساعدة جماعات الكونترا المعارضة بإمدادها بالسلاح لإسقاط النظام الحاكم فى

(1) لا يجوز فى أى حالة أن تحتج دولة بالضرورة كمبرر لنفى عدم الم. شروعية: (أ - إذا كان الالتزام
الدولى المعنى بنص اتفاقية الالتزام بالضرورة. ب - إذا كانت الدولة قد أسهمت فى حدوث الضرورة.

(2) انظر:

ICJ, 1986, Military and Paramilitary Activities, (Nicaragua & United States), P. 7

أشار إليه: الدكتور/ موسى جابر موسى: حالة الضرورة والمسئولية الدولية فى القانون الدولى.

العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص 266

نيكاراجوا، وعلى النقيض ادعت الولايات المتحدة أن نيكاراجوا تدعم نشاط مجموعات مسلحة تعمل في بعض البلدان المجاورة، ولا سيما في السلفادور، وأنه لا مسؤولية عن الهجمات العسكرية التي تشن عبر الحدود على هندوراس وكوستاريكا وعلى وجه الخصوص على شكل تقديم الأسلحة لتصفية الوجود الأمريكي في تلك الدول.

وعلى هذا الأساس تقدمت نيكاراجوا بدعواها إلى محكمة العدل الدولية في أبريل 1984 طلبت في مقدمتها قبول دعواها شكلاً واتخاذ الإجراءات التحفظية على حكومة الولايات المتحدة الأمريكية، وفي الموضوع بإدانة انتهاكات الحكومة الأمريكية لقواعد القانون الدولي لاسيما المادة (4/2) من ميثاق الأمم المتحدة التي تحظر على الدول استخدام القوة أو التهديد بها في علاقاتها، فضلاً عن حقها في التعويض عن الأضرار التي أصابتها من جراء الممارسات الأمريكية المتمثلة في فرض الحصار الاقتصادي والتجاري على نيكاراجوا⁽¹⁾.

وقد أصدرت حكمها في 27 يونيو 1986 والتي أكدت فيه المحكمة على إدانة سلوك الولايات المتحدة الأمريكية لمخالفتها لقواعد القانون الدولي التي تحظر استخدام القوة أو التدخل في شئون غيرها من الدول، بالإضافة لمخالفة سلوكها معاهدة الصداقة والتجارة المبرمة عام

(1) تجدر الإشارة أن حكومة نيكاراجوا قد ادعت بالادعاءات الآتية أمام المحكمة:

- 1 - أنه تم وضع ألغام في المياه الإقليمية لنيكاراجوا على يد عسكريين تابعين للولايات المتحدة الأمريكية أو أشخاص آخرين يتقاضون أجورهم من الولايات المتحدة الأمريكية.
- 2 - انتهاك مجالها الجوي من قبل الطائرات العسكرية التابعة للولايات المتحدة.
- 3 - أن الولايات المتحدة نظمت جيشاً من المرتزقة لمساعدة جماعات الكونترا المعارضة لإسقاط نظام السدينستا الحاكم، وذلك بإمدادهم بالسلاح والعتاد للقيام بعمليات عسكرية ضد النظام الحاكم في نيكاراجوا.
- 4 - اتخذت حكومة الولايات المتحدة الأمريكية تدابير ذات طبيعة اقتصادية ضد حكومة نيكاراجوا والتي تعتبر شكلاً من أشكال التدخل غير المباشر في شئونها الداخلية، فقد أوقفت المعونة الاقتصادية في شهر يناير 1981، وقامت بمنعها في أبريل 1981، وقامت الولايات المتحدة برفض حصار اقتصادي وتجاري حول نيكاراجوا وذلك بمعارضة ومنع قروض الهيئات المالية الدولية عن نيكاراجوا، مما أسفر عن توقف مساعدات البنك الدولي للإنشاء والتعمير.
- 5 - مخالفة الحكومة الأمريكية لمعاهدة الصداقة والتعاون التجاري المبرمة بينهما في مدينة ماناجوا عام 1956.

أما الولايات المتحدة الأمريكية فقد دفعت بداية بعدم ولاية محكمة العدل الدولية بنظر تلك الدعوى وردت على إدعاءات حكومة نيكاراجوا بالآتي:

- 1 - أن حكومة نيكاراجوا مسئولة عن الهجمات العسكرية التي تشن عبر الحدود على هندوراس وكوستاريكا، وأنها تدعم جماعات مسلحة تعمل في بعض البلدان المجاورة، ولا سيما بتقديم الأسلحة.
- 2 - أن مساعدة الحكومة الأمريكية للدول المجاورة لنيكاراجوا يستند للمادة (51) من ميثاق الأمم المتحدة في شأن الحق الطبيعي للدول فرادى أو جماعات في الدفاع الشرعي الجماعي. انظر: Ibid.

1956، ورفضت المحكمة المبررات الأمريكية بشأن حقها مع غيرها من الدول في الدفاع الشرعي الجماعي.

حيث قررت المحكمة "أن وضع الألغام في أوائل عام 1984 وشن هجمات معينة على موانئ نيكاراغوا ومنشآتها النفطية وقواعدها البحرية، التي يمكن نسبتها إلى الولايات المتحدة، تشكل خرقاً لهذا المبدأ ما لم تبررها ظروف تستبعد عدم المشروعية هـ.ذا، ورأت أي.ضاً أن الولايات المتحدة ارتكبت انتهاكات ظاهرة للمبدأ بتسليح جماعات الكونترا، ما لم يمكن تبرير ذلك بأنه ممارسة الحق الدفاع عن النفس⁽¹⁾.

وأخيراً قيمت المحكمة نشاط الولايات المتحدة بالنسبة إلى معيارى الضرورة والتناسب، فلم تستطع أن تجد أن الأنشطة المعنية قد تمت في ضوء الضرورة، ووجدت أن بعضها لا يمكن اعتباره وافياً بمعيار التناسب، فحق الدول في استخدام القوة في القانون الدولي العرفي لا بد وأن يكون ضرورياً ومتناسباً مع الخطر.

وقد أكدت محكمة العدل الدولية في حكمها على أن استخدام القوة أو التهديد به.ا. في العلاقات الدولية يجب أن يستند لحق الدفاع الشرعي الجماعي وأن يكون هذا الاستخدام طبقاً لمعايير الضرورة والتناسب، أي أن المحكمة نظرت لحالة الضرورة كشرط من شروط الدفاع الشرعي الجماعي.

وقد رأى البعض⁽²⁾ أن مسلك المحكمة في اعتبار الضرورة أحد شروط الدفاع الشرعي هو مسلك غير صحيح، فكان يجب على المحكمة أن تربط بين قاعدة استخدام القوة أو التهديد بها في العلاقات الدولية وحالة الضرورة، أي أن يكون استخدام القوة أو التهديد به.ا. أملاً.ه. معايير الضرورة وأن يكون هذا الفعل متناسباً مع الخطر المراد دفعه. إلا أنه رغم ذلك ف.إن المحكمة في تلك الدعوى قد تصدت في موقف محمود لها لبعض الأفكار والقواعد التي م.ا. تزال تشغل بال فقه القانون الدولي حتى وقتنا الراهن.

(1) انظر:

ICJ, 1986, Military and Paramilitary Activities, Op. Cit., P. 30.

(2) الدكتور/ موسى جابر موسى: حالة الضرورة والمسئولية الدولية في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2011، ص 266.

ثانياً: قضية جايسكوفو و ناجيماروس 1997:

"Gabcikovo Nagymaros Project Case"

تتلخص وقائع تلك القضية أن هناك معاهدة أبرمت بين كل من المجر و تشيكوسلوفاكيا عام 1977 من أجل إنشاء سد عند نهر الدانوب، وأطلق عليه " **Gabcikovo Nagymaros Project** " وذلك من أجل استثمار الموارد الطبيعية لهذا النهر من مياه وطاقة ونقل وزراعة، وقد بينت المعاهدة أن الدولتين ستتحمّلان تكاليف إنشاء السد بالتساوى، وقد بدأ العمل فى المشروع فى العام التالى لتلك المعاهدة. وفى ١٠ نوفمبر عام 1991 قامت الحكومة التشيكوسلوفاكية بتحويل مجرى نهر الدانوب بحوالى عشرة كيلو متر داخل أراضيها مما أثار غضب الحكومة المجرية فقامت بإرسال مذكرة للحكومة التشيكوسلوفاكية تبلغها بإنهاء المعاهدة المبرمة بينهما ابتداء من 25 مايو 1992.

وفى 15 أكتوبر 1992 قامت الحكومة التشيكوسلوفاكية بإنشاء سد فى عرض النهر. الدانوب وأطلقت عليه "الحل البديل". وفى أول يناير من عام 1993 انفصلت جمهورية تشيكوسلوفاكيا إلى جمهوريتين التشيك وسلوفاكيا، حيث أبرمت تلك الأخيرة اتفاق مع الحكومة المجرية لعرض النزاع الخاص بمشروع السد على محكمة العدل الدولية بموجب اتفاق خاص أبرم بين الطرفين فى 7 أبريل 1993. وعندما عرض النزاع على محكمة العدل الدولية عرضت كل من الحكومة المجرية والحكومة السلوفاكية طلباتهما⁽¹⁾.

(1) وتتلخص طلبات المجر فيما يلى:

- أولاً: أن المجر كان من حقها وقف وبعد ذلك هدم الإنشاءات الخاصة بالمشروع.
- ثانياً: أن جمهورية تشيكوسلوفاكيا الفيدرالية لم يكن من حقها أن تشرع فى تنفيذ الحل البديل.
- ثالثاً: أنه بإخطارها المؤرخ 19 مايو 1992 أنهت المجر بطريقة صحيحة معاهدة 1977.
- وقالت المجر أن الآثار القانونية التى تطلب من المحكمة الحكم فيها هى:
- أن معاهدة 1977 لم تدخل أبداً حيز التنفيذ بين المجر وسلوفاكيا.
- أن سلوفاكيا تتحمل المسؤولية أمام المجر عن تطبيقها للحل البديل.
- (الحل البديل هو الطريقة التى سلكتها سلوفاكيا لإتمام المشروع عندما أوقفت المجر العمل بالم. مشروع حيث قامت سلوفاكيا بعمل العديد من الإنشاءات وقد بررت سلوفاكيا الحل المؤقت باعتباره إجراء مضاف، إلا أن الحل البديل سيؤدى على أن تحصل سلوفاكيا لاستخدامها 80%، 90% من مياه نهر الدانوب قبل إعادتها إلى القاع الرئيس للنهر).
- إن سلوفاكيا مسئولة دولياً عن الأضرار والخسائر التى تحملتها المجر ورعاياها نتيجة تنفيذ الحل البديل.
- أن تلتزم سلوفاكيا بدفع تعويض عن ذلك الضرر والخسارة الذى إذا لم يتفق الطرفان عليه خلال ستة أشهر. وأن تلتزم سلوفاكيا بما يلى:
- أن تعيد مجرى الدانوب بطول الحدود بين الدولتين (بتطبيق قاعدة المجرى الملاحى الرئيسى).
- أن تقدم ضمانات مناسبة ضد تكرار ارتكاب هذا الفعل مرة أخرى.

=

وقد دفعت الحكومة المجرية بأنها أوقفت بعض الإنشاءات الخاصة بالمشروع موضوع الدعوى والمفترض إنشائها طبقاً لمعاهدة 1977 المبرمة بين الطرفين، إلا أنها لم توقف العمل بمعاهدة 1977، وبررت الحكومة المجرية مسلكها بأنها كانت فى حالة ضرورة، حيث خشيت على تأثير الإنشاءات وخاصة السد على مياه نهر الدانوب من التلوث والإضرار بالثروة السمكية والحياة بصفة عامة داخل هذا النهر.

أما سلوفاكيا فقد ردت على دفع المجر بأنها لا يمكن أن توافق على توافر حالة ضرورة كى تبرر إنهاء أو على الأقل وقف المعاهدة بينهما، إلا أنها فى نفس الوقت تقرب. بأن تلجأ الإنشاءات قد سببت بعض الأضرار البيئية التى يمكن علاجها والقضاء عليها، وأنها أرادت أن تتفادى ما سيلحقها من أضرار نتيجة تصرف المجر فقامت بإنشاء سد بطول عشرة كيلومتر داخل أراضيها وهو ما أطلقت عليه "الحل البديل".

وبينت محكمة العدل الدولية أن حالة الضرورة قاعدة استثنائية مقبولة فى القانون الدولى إلا أنه يندر الدفع بها مقارنة بغيرها من الحالات المشابهة، وأنه يجوز الدفع به لحماية مصلحة أساسية للدولة من خطر جسيم وشيك الوقوع يجعل تصرفها لا يتطابق مع التزاماتها الدولية. ثم أشارت المحكمة للمادة (33) من المشروع الذى أعدته لجنة القانون الدولى فى عام 1980 والخاصة بحالة الضرورة، ثم قررت المحكمة أن حالة الضرورة مبرر يقره القانون الدولى العرفى لنفى عدم مشروعية فعل غير مطابق لالتزام دولى، وأن مثل هذا المبرر الذى ينفى عدم مشروعية لا يمكن قبوله إلا بصفة استثنائية.

كما بينت المحكمة إنه لا يوجد عامل محدد لتقرير ما إذا كان تصرف المجر غير المشروع هو الوسيلة الوحيدة لحماية مصالحها الأساسية، ودرء الخطر الذى يهددها بخطر.

=

أما سلوفاكيا، فقد طلبت من المحكمة الحكم بما يلى:

- أن معاهدة 1977 لم يتم إنهاء مفعولها، وأن الإخطار الذى أرسلته المجر فى 19 مايو 1992 لم يكن له أى أثر قانونى.
- أن المجر لم يكن من حقا وقف وبعد ذلك هدم الإنشاءات الخاصة بالمشروع.
- أن جمهورية تشيكوسلوفاكيا الفيدرالية من حقا فى نوفمبر 1991 تطبيق الحل البديل.
- على المجر أن تتوقف عن أى سلوك يعيق تطبيق معاهدة 1977 بحسن نية، وعليها أن تتخذ الخطوات الضرورية لتنفيذ التزاماتها المقررة وفقاً لتلك المعاهدة.
- على المجر تقديم ضمانات كافية بأنها لن تعيق تنفيذ المعاهدة.
- نتيجة خرق معاهدة 1977 تلتزم المجر بالإضافة إلى تنفيذ التزامات المعاهدة فوراً دفع تعويض كامل لسلوفاكيا عن الخسارة والضرر الناجمة عن تلك الانتهاكات بالإضافة إلى الفوائد. انظر: ICJ, 1997, Gabcilovo – Nogymaros Priject Case, P. 71 ff.

جسيم، ولو أن هناك تصرف آخر أمام المجر فعليها أن تسلكه حتى ولو كلفها هذا أعباء مالية أو التزامات دولية، وانتهت المحكمة إلى أن الضرر الذي سيلحق الإنشاءات على نهر الدانوب كان من الممكن تلافيه باتخاذ بعض الإجراءات العادية، فضلاً على أن الخطر الذي تدعيه الحكومة المجرية لم يكن موجوداً وقت إعلانها وقف إنهاء المعاهدة، وأن المجر قد شرارت بسلوكها في حدوث هذا الخطر⁽¹⁾.

كما أوضحت المحكمة أن هناك فرق بين الخطر والضرر فإذا كان من الممكن أن يصيب المجر ضرراً على المدى البعيد من جراء إنشاء السد إلا أنه لا يوجد ثمة خطر جسيم يهددها، وأن الأخطار التي تتحدث عنها المجر احتمالية ومستقبلية وعلى المدى البعيد وهو ذات يتنافى مع شرط تحقق الخطر كونه جسيماً وحقيقياً وحالاً أو على وشك الوقوع. حيث قررت المحكمة "أن الخطر يعتبر على المدى البعيد وشيك الوقوع، متى ثبت في اللحظة الزمنية المناسبة، أن تحقق هذا الخطر سيكون بصورة حتمية وبقينية"⁽²⁾.

وانتهت المحكمة في حديثها عن حالة الضرورة - أن الضرورة لا يمكن أن يعتد بها إلا بموجب شروط معينة محددة بدقة يجب الوفاء بها مجتمعة، والدولة المعنية ليست هي الحكم الوحيد الذي يبيت في تحقق الوفاء بتلك الشروط، وأن شروط حالة الضرورة لا تتوافر في حق المجر في الدعوى⁽³⁾.

وانتهت محكمة العدل الدولية في حكمها، أنه على المجر وسلوفاكيا التفاوض بحسن نية في ضوء الموقف السائد حالياً وعليهم اتخاذ كل الإجراءات الضرورية لتنفيذ معاهدة 1977 وإنشاء نظام مشترك يتم تنفيذه طبقاً لمعاهدة 1977، وإن لم يتفق الطرفان على ذلك، فيجب على المجر تعويض سلوفاكيا عن وقف وهجر الأعمال التي كان عليها إتمامها، وعلى سلوفاكيا تعويض المجر عن تطبيق الحل البديل⁽⁴⁾.

(1) تجدر الإشارة أن المحكمة قد قررت أنه يفترض أن المجر عندما أبرمت المعاهدة في عام 1977 كانت تعلم آنذاك أن إنشاء السد سوف يلحق ضرراً بالبيئة المجرية، كما أن المحكمة قد لاحظت أن بعد دخول معاهدة عام 1977 كانت عملية الإنشاءات في المجر تسير ببطء - وتخلص المحكمة في هذه القضية إلى استنتاج أنه حتى لو ثبت أنه كانت هناك حالة ضرورة في عام 1989 تتصل بأداء معاهدة عام 1977 فإن ذلك لا يسمح للمجر بأن تستند إلى تلك الحالة لتبرير عدم الوفاء بالتزاماتها بموجب المعاهدة لأنها ساعدت بالفعل أو الترتك على حدوثها. انظر:

I.C.J., 1997, Gabcikovo – Nagymaros Project Case, P. 116.

(2) انظر: Ibid.,

(3) انظر: Ibid,

(4) تجدر الإشارة أن المحكمة قد خلصت في حكمها إلى أن الطرفين كليهما ارتكبا أفعالاً غير مشروعة دولياً ولاحظت أن هذه الأفعال أدت إلى وقوع الأضرار التي أصابت الطرفان ومن ثم فإن المجر =

وقد اعتبر الفقه أن حكم محكمة العدل الدولية في قضية "Gabcikovo - Nagymaros Project" يعد بمثابة إقرار صريح من قبل محكمة العدل الدولية بحالة الضرورة كقاعدة دولية، ومن ثم زال كل خلاف فقهي حول مدى إقرار حالة الضرورة من عدمه في القانون الدولي، فالمحكمة لم تقتنع في تلك القضية بحجج المجر بأن تعليقها العمل في مشروع السد هو الوسيلة الوحيدة أمامها في ظل الظروف الحالية، وهذا ما جعل المحكمة تستبعد إمكانية الاحتجاج بالضرورة لتوافر وسائل أخرى بديلة لم تسلكها حكومة المجر⁽¹⁾. حيث أكدت المحكمة أن الدفع بحالة الضرورة في القانون الدولي يستلزم توافر عدة شروط. روط مجتمعة.

وقد ذهبت لجنة القانون الدولي تعليقاً على حكم المحكمة سالف الذكر "أن مسلك المحكمة كان عادلاً في تلك الدعوى، فتصرف المجر بوقف الإنشاءات بالسد يعد تصرفاً غير مشروع ولا يمكن أن تبرره حالة الضرورة، فكان بوسع المجر اتخاذ سلوكاً آخر يتفق ومبدأ حماية البيئة البحرية دون الإضرار بمصالح سلوفاكيا الاقتصادية⁽²⁾."

ثالثاً: الرأي الاستشاري الخاص بالآثار القانونية الناشئة عن تشييد جداراً في الأراضي الفلسطينية المحتلة 2004/2003:

Advisory Opinion of the Construction of Wall in the Occupied Palestinian Territory.

يرجع هذا الرأي الاستشاري إلى مشروع القرار رقم (14/10) الذي تقدمت به الجمعية العامة للأمم المتحدة إلى محكمة العدل الدولية في 8 ديسمبر 2003 لطلب الفتوى بشأن "الآثار

وسلوفاكيا كليهما ملزمان بدفع تعويض ومن حقهما الحصول على تعويض، غير أن المحكمة تلاحظ أنه نظراً إلى وقوع أخطاء من كلا الطرفين يمكن حل مسألة التعويض حلاً مرضياً في إطار تسوية إجمالية إذا تنازل كل من الطرفين عن كل الإدعاءات المقابلة المالية أو ألغاهما، وفي الوقت نفسه تود المحكمة أن تبين أن تسوية حسابات بناء الأشغال مختلفة عن مسألة التعويض، ويجب أن تدل وفقاً لمعاهدة عام 1977 والصكوك المتصلة بها، وإذا رغبت المجر أن تستمر في المشروع ومن ثم الاستفادة منه ف يجب عليها أن تدفع حصة متناسبة من تكاليف بنائه وتشغيله. انظر:

ICJ, 1997, Gabcikovo Nagymaros Project Case, P. 123.

(1) انظر:

James. Crawford, The International Law Commission's Articles On State Responsibility, Introduction Text and Commentaries Cambridge University, press 2002, <http://assets.cambridge.org/9780521813532/sample/9780621813632Ws.pdf>, P. 181.

(2) انظر: Report of the II. C, doc (A/56/10), 2001, Op. Cit., P. 45.

القانونية الناشئة عن تشييد الجدار الذى تقوم إسرائيل، السلطة القائمة بالاحتلال، بإقامته فى
الأراضي الفلسطينية المحتلة بما فى ذلك القدس العربية المحتلة، على النحو المبين فى تقرير
الأمين العام، وذلك من حيث قواعد ومبادئ القانون الدولى، بما فى ذلك اتفاقية جنيف الرابعة
عام 1949 وقرارات مجلس الأمن والجمعية العامة ذات الصلة⁽¹⁾؟

والمحكمة قبل أن تبحث مسألة مدى اختصاصها بإصدار تلك الفتوى قامت بوصف
الأحداث التى أدت إلى صدور قرار الجمعية العامة رقم (14/10) الذى طلبت فيه الجمعية
العامة فتوى بشأن الآثار القانونية لتشييد الجدار فى الأراضي الفلسطينية المحتلة⁽¹⁾.

وقد أكدت المحكمة فى ردها أنها غير مقتنعة بأن المسار المحدد الذى اختارته إسرائيل
للجدار أمر تقتضيه تحقيق أهدافها الأمنية، فالجدار على امتداد الطريق المختار، والنظام
المرتبط به يشكلان انتهاكاً خطيراً لعدد من حقوق الفلسطينيين المقيمين فى الأرض التى
احتلتها إسرائيل، وكذلك الانتهاكات الناشئة عن ذلك المسار لا يمكن تبريرها بحالة الضرورة
أو بدواعى الأمن القومى أو النظام العام. ومن ثم خلصت المحكمة إلى أن بناء الجدار يشكل
عملاً لا يتفق مع مختلف الالتزامات الدولية القانونية المنوطة بإسرائيل⁽²⁾.

وقد أوضحت المحكمة أن الادعاء بأن إسرائيل كانت فى حالة الضرورة - التى من
شأنها أن تنفى عن تشييد الجدار صفة عدم المشروعية غير مقنع.

(1) انظر:

CF. ICJ, Advisory Opinion of the Construction of Wall in the Occupied
Palestinian Territory (Recueil) 2003 – 2004), Par. 18.

إن الدورة الاستثنائية العاشرة للجمعية العامة التى أصدرت القرار (14/10) قد عقدت أول اجتماع لها
فى 24 أبريل 1997 وقد أصدرت فى اليوم التالى القرار رقم (1/10) والذى أعربت فيه الجمعية العامة
عن اقتناعها بأن الانتهاكات المتكررة من جانب إسرائيل تشكل تهديداً للسلام والأمن الدوليين وأدانت فيه
الأعمال الإسرائيلية غير القانونية وخاصة بناء المستوطنات. وفى 27 أكتوبر 2003 أصدرت الجمعية
العامة القرار رقم (13/10) الذى طالبت فيه إسرائيل بوقف وإلغاء تشييد الجدار فى الأرض الفلسطينية
المحتلة وأيدت فيه خريطة الطرق التى وضعتها اللجنة الرباعية التى تسعى لحل دائم للنزاع الفلسطينى
الإسرائيلى يقوم على أساس وجود دولتين.

وفى 8 ديسمبر 2003 استأنفت الدورة الاستثنائية الطارئة للجمعية العامة أعمالها مرة أخرى، بعد أن
قدم رئيس المجموعة العربية طلباً جديداً باسم الدول الأعضاء فى جامعة الدول العربية، وذلك
الجلسة أصدرت الجمعية العامة القرار (14/10) الذى طلب إصدار تلك الفتوى. انظر. Ibid,
Pars. 19 – 23.

(2) انظر: Ibid, Par. 138.

ولم تقتنع المحكمة، فى ضوء المسألة المعروضة عليها، بأن تشييد الجدار على امتداد المسار الذى تم اختياره هو السبيل الوحيد لصون مصالح إسرائيل من الخطر الذى احتجت به تبريراً لبناء هذا الجدار.

وختاماً ترى المحكمة أنه لا يجوز لإسرائيل الاستناد إلى حق الدفاع عن النفس أو حالة الضرورة لنفى صفة عدم المشروعية عن تشييد الجدار. وتبعاً لذلك تخلص المحكمة إلى أن تشييد الجدار والنظام المرتبط به أمران يخالفان القانون الدولى⁽¹⁾.

(1) انظر:

CF. ICJ, Advisory Opinion of the Construction of Wall in the Occupied Palestinian Territory, Op. Cit., Par. 140.

الفصل الثالث

أمر الرئيس الأعلى

تمهيد وتقسيم:

اعتبرت التشريعات الداخلية أمر الرئيس الأعلى من أسباب الإباحة، متى توافرت فيه شروط معينة لعل من أهمها أن تكون الأوامر التي تصدر من الرئيس الأعلى محكومة بالقانون فلا تخرج عن إطاره وأن يرتكب المرسوم الفعل بعد التثبت والتدري، وأن يعتقده مشروعية فعله، اعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة.

أما في إطار القانون الدولي الجنائي فقد ثار جدل واسع حول مدى تأثير أمر الرئيس الأعلى على مسؤولية مرتكب الفعل الإجرامي.

لذلك نبحت تأثير أمر الرئيس الأعلى على مسؤولية مرتكب الفعل من خلال مبحثين على

النحو التالي:

المبحث الأول: تأثير أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية في القانون الداخلي.

المبحث الثاني: تأثير أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي.

المبحث الأول

تأثير أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية في القانون الداخلي

تمهيد وتقسيم:

اختلف الفقه حول أثر أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية للمرؤوس، الذي يتهم في جريمة بدافع إطاعة أمر الرئيس الذي تجب عليه طاعته بين من يعتبر هذا الأثر سبباً م. ن أسباب الإباحة وبين من يعده مانعاً من موانع المسؤولية⁽¹⁾. على أنه في جميع الأحوال لابد وأن يتوافر في أمر الرئيس شروط معينة حتى ي. و. تى أثره.

لذلك نبحث في تأثير أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية للمرؤوس من خلال مطلبين على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لتأثير أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية.

المطلب الثاني: شروط تأثير أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية.

المطلب الأول

الأساس القانوني لتأثير أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية

تقتضى طبيعة العمل الإداري أن يقوم القادة المدنيين أو العسكريين بإصدار الأوامر إلى مرؤوسيه من القادة الصغار أو الموظفين أو الجنود الذين عليهم تنفيذ هذه الأوامر، وقد تكون هذه الأوامر غير قانونية، بينما يدفع هؤلاء المرؤوسون المسؤولية الجنائية ع. ن تنفيذ ذلك. ك الأوامر بأنهم إنما يعملون تنفيذاً لأوامر رئيس تجب عليهم طاعته⁽²⁾، الأمر الذي يثير التساؤل عن مدى الإعفاء من المسؤولية الجنائية بناء على هذا الدفع.

(1) راجع في ذلك:

د. حسين عبيد: الجريمة الدولية، ص 88 وما بعدها.

د. محمود نجيب حستي: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 62.

د. محمد عبد المنعم عبد الغني، مرجع سابق، ص 270.

(2) د. ويطلق أستاذنا الدكتور / أمين مصطفى محمد على هذه الحالة وصف: اداء الواجب حي. ث يباش. ر الموظفين العموميون اعمالهم بقصد تحقيق مصالح الدولة، ولذلك فمن المتصور ان ممارستهم اعم. الهم تنفيذا ل احكام القانون او تنفيذا لاوامر الرؤساء الذين تجب عليهم طاعتهم – مؤلف سيادته سالف الذكر، ص 176.

أولاً: موقف التشريعات الجنائية:

من القواعد المعروفة في نطاق القانون الجنائي الداخلي أن أمر الرئيس الأعلى يعتبر سبباً من أسباب الإباحة، وعلى ذلك نصت المادة (63) من قانون العقوبات المصري على أن: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أميري، في الأحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر من رئيس وحيث عليه طاعته أو اعتقد أنها واجبة.

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو لما اعتقد أن إجرائه م. ن اختصاصه".

ونصت المادة (55) من قانون الجزاء الاتحادي الإماراتي على أن: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف عام أو شخص مكلف بخدمة عامة في الحالتين الآتيتين:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس مخول قانوناً بإصدار هذا الأمر وتجب عليه طاعته.

ثانياً: إذا ارتكب بحسن نية فعلاً تنفيذاً لما أمرت به القوانين".

ونصت المادة (11) من القانون الجنائي السوداني على أن: "لا يعد الفعل جريمة إذا وقع من شخص ملزم بالقيام به أو مخول له القيام به بحكم القانون أو بموجب أمر مشروع صادر من السلطة المختصة، أو كان يعتقد بحسن نية أنه ملزم به أو مخول له القيام به".

ومن النصوص السابقة يبدو أن القانونين المصري والإماراتي قد نصا على وقوع الفعل من موظف عام (أميري) على حد تعبير القانون المصري. بينما لم يشترط القانون السوداني ذلك صراحة ولكنه مستفاد ضمناً من نصه على وقوع الفعل من (شخص ملزم به أو مخول له القيام به بحكم القانون).

وبينما لم يرد في قانون العقوبات المصري، ولا في القانون السوداني تعريف للموظف العام، فقد نصت المادة الخامسة من قانون الجزاء الإماراتي على أن: "يعتبر موظفاً عاماً في حكم هذا القانون:

1 - القائمون بأعباء السلطة العامة والعاملون في الوزارات والدوائر الحكومية.

2 - أفراد القوات المسلحة.

3 - رؤساء المجالس التشريعية والاستشارية وأعضاؤها.

4 - كل من فوضته إحدى السلطات العامة القيام بعمل معين وذلك في حدود العمل المفوض فيه.

5 - رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها والمديرون وسائر العاملين في الهيئات والمؤسسات العامة.

6 - رؤساء مجالس الإدارة وأعضاؤها المديرون وسائر العاملين في الجمعيات والمؤسسات ذات النفع العام.

ويعد مكلفاً بخدمة عامة في حكم هذا القانون كل من لا يدخل في الفئات المذكورة صراحةً عليها في البنود السابقة، ويقوم بأداء عمل يتصل بالخدمة العامة بناءً على تكليف صادر إليه من موظف عام يملك هذا التكليف بمقتضى القوانين أو النظم المقررة وذلك بالنسبة إلى العمل المكلف به.

ثانياً: موقف الفقه: الأساس القانوني لإباحة الأعمال الصادرة من الموظف العام في حدود وظيفته وطاعة لأمر الرئيس:

إذا كانت المادة (63) من قانون العقوبات المصري ومثيلاتها المادة (55) من القانون الإماراتي، (11) من القانون السوداني، تعالج الأعمال التي تقع من الموظفين أثناء تأدية وظائفهم، وتنفيذاً لأمر رؤسائهم، فإن التساؤل يثور حول نوع الأعمال التي يباشرها الموظف، وتقع في دائرة الإباحة، وفقاً لذلك النص، ومبعث التساؤل أن العمل المطابق للقانون الذي يأتيه أى فرد يقع مباحاً وفقاً للقواعد العامة بغير حاجة إلى نص المادة محل البحث؛ فإذا كان الأمر كذلك، فإن ذلك النص يعد تزييداً ولا يأتي بحكم جديد. ومع ذلك، فإن التفسير الدقيق صحيح لإرادة المشرع يوحى بأنه قصد بالمادة (63) إباحة نوع معين من الأعمال التي يباشرها الموظف العام، تاركاً إباحة النوع الآخر للقواعد التي تسرى على أعمال غير الموظفين أيضاً.

وتوضيح ذلك أن الأعمال التي يباشرها الموظف قد تحدد على نحو جامد، لا تتحرك سلطة تقديرية للمكلف بتنفيذها؛ فحينئذ يعد ذلك التنفيذ مباحاً وفقاً للقاعدة العامة في إباحة الأفعال المرتكبة طاعة لأمر القانون أو لأمر رئاسي مطابق للقانون. وهذا النوع من الأفعال ليس هو المقصود بالإباحة في المادة (63). ومن قبيل الأعمال التي تباشر وفقاً للاختصاص محدد: تنفيذ الجلاذ لعقوبة الإعدام عند صدور أمر بالتنفيذ، وحبس مأمور السجن للمحكوم عليه تنفيذاً للأمر الصادر بذلك من السلطة المختصة، وتنفيذ مأمور الضبط لأمر صادر إليه بالقبض على شخص محدد أو تفتيش منزله أو احتجازه مؤقتاً، وإفشاء شخص مدمر وتأمينه. وسر يلزمه القانون بالإبلاغ عنه ... ففي هذه الحالات ونظيراتها يباح الفعل لأن الموظف يـؤدى واجباً محدداً، وليس لأنه يستعمل سلطة وفقاً للمادة (63) ⁽¹⁾.

(1) الدكتور / أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 176. وأيضاً: الدكتور محمود مصطفى: الق. سم العام - مرجع سابق، ص 130، الدكتور محمود نجيب حسني: القسم العام - مرجع سابق ص 234.

وفى مقابل ذلك، ثمة أعمال أخرى يباشرها الموظف العام وتترك له سلطة تقديرية فى اتخاذ قرار بشأنها تبعاً لظروف الحال، وهذا النوع من العمال هو المعنى بالمادة (63) محل البحث، وهو الذى يبرر الحكم الخاص الذى وضعته تلك المادة بشأن الموظفين دون غيرهم. وتوضيح ذلك أن استعمال السلطة التقديرية قد يكون مصدراً للشطط مما يستوجب وضع قيود على الإباحة، كما أن حماية الموظف تقتضى أحياناً التغاضى عن بعض تجاوزاته. بشروط معينة. ومن قبيل هذه الأعمال التى يخول القانون بها سلطة تقديرية: السلطات المخولة لجهات الضبط والتحقيق فى اتخاذ إجراءات قسرية تمس حريات الأفراد. راد أو أم. والهم، ك. إجراءات القبض والحجز المؤقت والحبس الاحتياطى والتفتيش والضبط ورقابة المحادثة الهاتفية؛ فمن يباشر هذه الإجراءات طبقاً للسلطة المخولة له يقع فعله مباحاً تبعاً لما تقضى به المادة (63) وفقاً للشروط التى تضعها، وبحسب ما إذا كان الفعل مشروعاً أو غير مشروع.

وهكذا نخلص إلى أن الوقائع التى تغطيها المادة (63) من قانون العقوبات.ات الم.صري تشمل طائفتين: **الأولى**: الأعمال المشروعة التى يباشرها الموظف العام إعمالاً لسلطة تقديرية يتمتع بها. **الثانية**: بعض الأعمال غير المشروعة أو غير المطابقة للقانون التى يباشرها الموظف العام، إذا توافرت شروط محددة⁽¹⁾.

ورأى البعض⁽²⁾ أن الأثر القانونى لأمر الرئيس فى القانون الداخلى لا يخرج عن أحد فروض ثلاثة:

يعتبر فى أولها سبب من أسباب الإباحة يزيل عن الفعل وصف الجريمة - تماماً-.
ويعد فى الثانى مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية مع إبقائه على الصفة الآتمة للفعل، ويكون ذلك فى حالتين:

الأولى: إذا كان الأمر الصادر من الرئيس مشوباً بجهل أو غلط فى القانون، بحيث يكون منذ البداية متضمناً تكليف المروءوس بإتيان فعل مخالف للقانون، فيأْتيه الأخير بدسنة، معتقداً مشروعيته. ومؤسساً هذا الاعتقاد على أسباب معقولة، حتى يكون بمنجاة من المسؤولية العمدية وغير العمدية معاً⁽³⁾، **والثانية** إذا كان هذا الأمر مقترناً بإكراه معذوب. وق.ع. على المروءوس، بحيث يعدم لديه حرية الاختيار، كحالة الأمر الصادر للجندى فى ميدان القتال المقترن بتهديده بإطلاق النار عليه إذا لم ينفذه.

(1) د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصرى، الكتاب الأول، النظرية العامة للجريمة، مركز

التعليم المفتوح، جامعة القاهرة، 2011، ص 175 وما بعدها.

(2) د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 88 وما بعدها.

(3) د. محمد محيى الدين عوض، مرجع سابق، ص 342.

ويكيف في حالة **ثالثة** على أنه مانع من موانع العقاب⁽¹⁾ في حالة إذا ما توافرت شروط الضرورة السابق شرحها في المبحث السابق.

على أن هذا الرأي محل نظر حيث انتهى الرأي الراجح إلى أن الضرورة من أسد. باب الإباحة، بينما ذهب البعض إلى أنها من موانع المسؤولية الجنائية. ع. لى الن. و ال. سابق، إيضاحه.

المطلب الثانى

شروط تأثير أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية

يجب أن يتوافر فى العمل الذى ينفذ طاعة لأمر الرئيس عدة شروط كي ي. وتى أثره كسبب إباحة حسب رأى الراجح من الفقه، أو كمانع من مسئولته حسب رأى الآخر، فيجب أن يكون هذا الأمر قانونياً ومشروعاً من حيث السبب والغاية، وذلك على التفصيل الآتى.

أولاً: يجب أن يكون أمر الرئيس قانونياً:

ذلك أن علاقة المروؤوس بالرئيس، إنما تخضع - بالضرورة - للقواعد الأمرة لقانون العقوبات، وبالتالي فإنه يجب تنفيذ الأوامر الصادرة من السلطة الشرعية متى كانت متفقة مع القانون، فالإخلال بالقانون من أى موظف (رئيساً كان أم مروؤوساً) يعد عملاً من أعمال الغصب، فالالتزام الواقع على الجميع هو عدم تجاهل القواعد القانونية وإلا قامت المسؤولية الجنائية الفردية⁽²⁾. لذلك فقد اتفقت كافة التشريعات القانونية⁽³⁾، على أنه يجب أن يكون الأمر.

(1) Glaser: L'infraction Op. Cit., P. 22.

(2) د. أحمد عوض بلال: مرجع سابق، ص 175 وما بعدها.

(3) فى القانون الجنائى لجمهورية ألمانيا الديمقراطية "سابقاً"، ورد نص خاص بأمر الرئيس ه. و الم. ادة (258) منه، حيث نصت على أن الجندي ليس مسئولاً جنائياً إذا عمل طبقاً لأمر رئيسه ما لم يكن تنفيذ الأمر يخالف بصورة واضحة القواعد المتعارف عليها فى القانون الدولى.

Gerhard Von Glohn, law among nations, an introduction to public international law Fifth edition, London, P. 77.

وأشارت المادة (51) من قانون العقوبات الإيطالى لسنة 1930 إلى مسؤولية الموظف فى حالة إصداره أمراً يشكل جريمة، وبمسؤولية - أيضاً - من قام بتنفيذ هذا الأمر، إلا إذا كان يعتقد - بناء على خطأ - فى الوقائع - أنه يقوم بتنفيذ أمر مشروع قانوناً، وأنه لم يكن فى استطاعته تبين عدم مشروعيته. د. عبد الحميد خميس، مرجع سابق، ص 263.

وتتص المادة العاشرة من القانون الجنائى البلجيكى على أن مسؤولية العسكريين تتساوى مع مسؤولية العاملين المدنيين، فى حالة تنفيذ أمر ذات طابع إجرامى، كان من الممكن تبينه على نحو بديهى.

Haus J.J., Principes Generaux de Droit Pénal Belge, ed 1879, PP. 612 - 613.

ولا يوجد فى القانون الجنائى الفرنسى نص عام يتعلق بهذا الموضوع، ولكن وردت بشأنه المادة (327) عقوبات فى باب القتل والجرح، وهى تطبيق للقاعدة المشار إليها فى حالة خاصة، وتتضمن هذه المادة أن الأمر الصادر من السلطة الشرعية لا يكون بنفسه فعلاً مباحاً، وإنما يلزم علاوة على ذلك أن يكون هذا الأمر مطابقاً للقانون.

قانونياً، وذلك لأن طاعة المرؤوس للقائد المدني، ليست بذات الصرامة والشدة الموجودة فى النظام العسكرى، حيث أن هذه العلاقة تظل خاضعة دائماً لمظلة القواعد الملزمة والآمرة لقانون العقوبات، وفى هذه الحالة فإنه يمكن تنفيذ الأوامر الصادرة من السلطة التشريعية، طالما أنها متفقة مع القانون، والإخلال الخطير بالقانون من أى موظف (قائداً كان أم مرؤوساً) يعد عملاً من أعمال الغضب، إذن فهناك ثمة واجباً يقع على عاتق القادة ومرؤوسيه. وه. و. ع. دم تجاهه. ل. القواعد القانونية، وإلا تحققت المسؤولية الجنائية الفردية، بل أنه لا يجوز أن يتجاهل هؤلاء القادة ومرؤوسيهم الهدف الذى يرمى إليه القانون. صراحة أو ضمناً⁽¹⁾.

وعلى ذلك فإذا كان الغرض من الأوامر الصادرة من القادة ارتكاب جنائية أو جنحة، فلا يجوز لمرؤوسيه التذرع بأن تنفيذهم لتلك الجنائية أو الجنحة كان من قبيل إطاعة أوامر القادة، وبالتالي فهى سبب من أسباب الإباحة إلا فى أحوال محددة على سبيل الد. صر، ففى قانون العقوبات المصرى، تنص المادة (63) من قانون العقوبات⁽²⁾ على أنه: "لا جريمة إذا وقع الفعل من موظف أم. يرى، وفى الأحوال الآتية:

أولاً: إذا ارتكب الفعل تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيس وجبت عليه إطاعته أو اعتقد أنه. واجبة عليه.

ثانياً: إذا حسنت نيته وارتكب فعلاً؛ تنفيذاً لما أمرت به القوانين أو ما اعتقد أن إج. راءه من اختصاصه.

وذهبت محكمة النقض بشأن المادة (63) إلى أنه: "من المقرر أن طاعة المرؤوس لرئيسه لا تكون فى أمر من الأمور التى يجرمها القانون. وقد اعتد القانون - بموجب المادة (63) - لمنع المسؤولية الجنائية عن الموظف الأميرى أن يكون قام به بحسن النية، وأنه قام -

(1) د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 178.

(2) تقابل المادة (55) من القانون الإماراتى، (11) من القانون السودانى وق. د. ع. الج. ق. انون العقوبات المصرى، موضوع أوامر الرئيس تحت باب أسباب الإباحة ومواز. ع. العقاب، وذهب بعض الفقهاء إلى معالجة أوامر الرئيس تحت مسمى (أداء الواجب) بوصفه سبباً من أسباب الإباحة فى حالة معينة، ومانع من موانع العقاب فى حالة أخذ. رى. د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 189؛ د. أحمد عوض بلال: مبادئ قانون العقوبات المصرى، مرجع سابق، ص 174، ويعالجها تحت مسمى "أداء الواجب واستعمال السلطة"؛ د. محمود نجيب حسنى: شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 231.

أيضاً - بما ينبغي له من وسائل التثبيت والتحرى، وأنه كان يعتقد مشروعية الفعل الذى قام به إطاعة لأمر رئيسه، وأن اعتقاده كان مبنياً على أسباب معقولة⁽¹⁾.

وقد رأى البعض⁽²⁾ أن صياغة المادة (63) بهذا النحو لا توحى بأن المشرع قد أراد أن تؤدى إلى إباحة ارتكاب الجرائم مهما كان إصرار الرئيس وإخلاص المرؤوس فى إطاعة أوامره، فارتكاب الأخير جريمة امتثالاً لأمر أصر عليه رئيسه يخرج - بدون أدنى شك - من مناهج الإباحة؛ إذ لا طاعة عمياء لأوامر غير شرعية فى النظام المصرى. وعلى سبيل المثال فإنه لا يسعف المرؤوس لدفع التهمة عن نفسه استناده إلى أمر صادر إليه من رئيسه بارتكاب تزوير فى جداول الانتخابات أو اختلاس أموال فى عهده، كما يتحمل الجنود المسؤولية عن قتل بعض الأهالى عمداً، على الرغم من صدور أمر إليهم من رئيسهم، وهو رقيب شرطة⁽³⁾. وبيّن مما تقدم أنه إذا انطوى تنفيذ الأمر غير المشروع على جريمة، فإن المرؤوس يكون مسؤولاً عن هذه الجريمة فى الحالات التالية⁽⁴⁾.

- (1) نقض جنائى 1969/1/6، طعن 1923، سنة 38 ق، مجموعة السنة 20، ص 24.
- وفى خصوص مسؤولية المرؤوس عن تنفيذ أوامر الرئيس المخالفة للقانون، ذهبت المحكمة الإدارية العليا بمجلس الدولة المصرى فى حكم هام لها إلى أنه إذا ارتكب العامل مخالفة تنفيذ أمر صدر إليه من رئيسه يعفى من الجزاء إذا توافر شرطان:
- 1 - أن يكون الأمر الصادر إليه من رئيسه مكتوباً.
 - 2 - أن يقوم العامل بتنبيه الرئيس إلى المخالفة، ويعفى العامل من المسؤولية إذا ثبت أن ثمة إكراه أدبى أو معنوى شاب إرادته وأفقده حريته سواء فى طلب كتابة الأمر إليه أو فى تنبيه رئيسه على المخالفة، وفى هذه الحالة يكون العامل فاقداً حرية الإرادة فى التصرف، فقد تحيط بالمرؤوس ظروف لا تصل فى مداها إلى مرتبة الإكراه الذى يبرر عدم طلب كتابة الأمر أو التنبيه إلى المخالفة لكن هذه الظروف تمثل قيداً على حرية المرؤوس وتشكل صعوبة تدفعه إلى التسليم بالأمر الواقع والامتثال لتنفيذ الأمر. المخالف، وأثر هذه الظروف تخفيف الجزاء، ويتعين الرجوع إلى كل حالة على حدة لدراسة ظروفها واستظهار طبيعة العلاقة بين الرئيس والمرؤوس ومدى ما يملكه الرئيس قبل المرؤوس من سلطات. يراجع حكم المحكمة الإدارية العليا فى الطعن رقم 2611 لسنة 30 ق جلسة 1986/4/29، والطعن رقم 1525 لسنة 36 ق جلسة 1955/11/11، منشور لدى: د. محمد ماهر أبو العينين: الدفوع التأديبية أمام المحاكم التأديبية ومجالس التأديب والطعن التأديبى أمام المحكمة الإدارية العليا وفقاً لأحكام وقتها. مجلس الدولة، دار أبو المجد للطباعة، القاهرة، الطبعة الأولى، 2006، ص 406.
- (2) د. خلود سامى عزارة: النظرية العامة للإباحة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1984، ص 376. وقد ذهبت محكمة النقض المصرية فى خصوص ذات الموضوع إلى أن طاعة المرؤوس لرئيسه لا تمتد بأى حال إلى ارتكاب الجرائم، وأنه ليس على مرؤوس أن يطيع الأمر الصادر له من رئيسه بارتكاب فعل يعلم هو أن القانون يعاقب عليه. نقض 6 يناير 1969م، مجموعة الأحكام، ص 20، رقم 6، ص 24.

(3) د. خلود سامى عزارة، مرجع سابق، ص 376 (هامش رقم 1).

(4) د. أحمد فتحى سرور: الوسيط فى قانون العقوبات، مرجع سابق، ص 200 - 203.

أولاً: إذا كان المروءوس يعلم سلفاً بحقيقة الجريمة التي ينطوى عليها تنفيذ الأمر اعتبر مسئولاً عن الجريمة مسئولية كاملة، ولكنه يستطيع أن يدرك هذه المسئولية إذا ثبت أنه قد كان خاضعاً لإكراه معنوى صادر إليه من رئيسه.

ثانياً: إذا نفذ المروءوس بناء على اعتقاد خاطئ بمشروعية الأمر الصادر به من رئيسه بارتكاب جريمة، انتفى لديه القصد الجنائي، وأمكن مساءلته جنائياً عن جريمة غيرة عمدية إذا كان القانون يعاقب عليها بهذا الوصف، على أن هذا الاعتقاد الخاطئ ينتفى إذا كان عدم المشروعية واضحاً لدى المروءوس⁽¹⁾.

ثالثاً: إذا أثبت المروءوس أنه لم ينفذ أمر الرئيس إلا بعد التثبت والتحري وبناء على أسس معقولة، تنتفى المسئولية الجنائية، ويرجع في تحديد ماهية التثبت والتحري والأسس المعقولة إلى معيار موضوعي واقعي، أي معيار الشخص المعتاد إذا كان في مثل ظروف المتهم وهو بذاته معيار الخطأ غير العمدية.

رابعاً: إذا وقعت الجريمة بناء على تنفيذ أمر الرئيس فإن الرئيس يعتبر مسئولاً عن ارتكابه بوصفه شريكاً، ولا يحول دون مسئولية الرئيس - إذا توافرت شروطها - أن يكون المروءوس حسن النية، فلا مانع قانوناً من مساءلة الرئيس عن جريمة عمدية على الرغم من مساءلة المروءوس الذي يثبت حسن نيته عن جريمة غير عمدية، حيث إن كلاً من المساهمين في الجريمة يسأل وفقاً لمدى توافر القصد الجنائي لديه⁽²⁾.

ثانياً: مشروعية سبب العمل:

يجب أن يقف وراء العمل الذي يؤثر على المسئولية الجنائية للمروءوس سبب مشروع، والسبب حالة واقعية أو قانونية تدفع الموظف إلى مباشرة العمل؛ فهو المدرك أو الدافع للعمل. ومن ذلك محاولة الهرب كسبب لاستعمال القوة مع المقبوض عليه أو المحكوم عليه أو المتهم الهارب من جانب رجل الشرطة، فإن استعملت القوة مع انتفاء أي محاولة للهرب كان استعمال العنف غير مستند إلى سبب. وتوافر أمارات على ارتكاب الجريمة التي تجيز القبض على المتهم فيها هو سبب القبض، فإن تم هذا الأخير بغيرها فإنه يكون حينئذ بغير سبب. ويستوى مع انعدام السبب وجوده مع اتصافه بعدم المشروعية، كما لو كان التلبس الذي يسمح باتخاذ إجراءات قسرية ضد المتهم قد تم التحقق منه خلال وسيلة غير مشروعة أو منافية للأداب، كالتلصص والاعتداء على حرمة المسكن⁽³⁾.

(1) المادة (4/122) من قانون العقوبات الفرنسي 1992.

(2) راجع المادة (42) من قانون العقوبات المصري.

(3) د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 177.

ثالثاً: مشروعية غاية العمل:

يجب أن تكون السلطة التقديرية في مباشرة العمل قد مورست لتحقيق غاية م. شروعة. وهذا الشرط ذو طبيعة شخصية تقتضى إعادة تقييم الحالة النفسية أو المعنوية للموظف وقت مباشرة الإجراء. ويعبر عن هذا الشرط بحسن النية، وله ذات المدلول المعمول به في استعمال الحق كسبب للإباحة، وهو استهداف الغاية المشروعة⁽¹⁾. ويكون الموظف حسن النية بهذا المعنى إذا كان يرمى بالإجراء إلى تحقيق الغاية التي قصدها المشرع من تقرير الإجراء؛ فإذا كان الموظف يقصد تحقيق غاية أخرى سواها، فإنه يكون سيئ النية ويقع عمله مخالفًا للقانون، ولو توافرت بقية الشروط الأخرى اللازمة لإباحة الفعل من الناحية الموضوعية⁽²⁾. وتطبيقاً لذلك، إذا استعمل الضابط القوة في تفريق المتظاهرين، ليس بغرض الحفاظ على الأمن، وإنما بقصد التشفي أو الانتقام أو التعبير عن موقف سياسى معين، فإن شرط حسن النية يتخلف؛ وكذلك الحال لو صدر أمر بحبس شخص احتياطياً انتقاماً منه، وليس لتحقيق الأغراض التي شرع من أجلها الحبس الاحتياطى، وهى الخشية من هرب المتهم أو إلحاق الأذى من عبثه بأدلة الاتهام⁽³⁾. أما إذا بوشر الإجراء استهدافاً للغاية المشروعة وتوافرت إلى جانب ذلك غاية ثانوية غير مشروعة خاصة بمن باشر الإجراء، كرهبته في الثأر من المقبوض عليه أو المحبوس احتياطياً، فإن الإجراء فى مجمله يعد مشروعاً، اعتداداً بالغاية الأصلية المشروعة التي تحققت. وتجدر الإشارة إلى أن مدلول حسن النية بالمعنى السابق يختلف عن نظيره فى حالة وقوع الفعل غير المطابق، حيث يعنى فى هذه الحالة الأخيرة مجرد الاعتقاد فى مشروعية الفعل⁽⁴⁾.

فإذا توافرت الشروط السابقة جميعها أصبح عمل الموظف استعمالاً لسلطته التقديرية مباحاً، بصرف النظر عن النتيجة الفعلية التى يفرض إليها الإجراء؛ فإذا كان هذا الأخير مقصوداً به التحصل على دليل معين، فإن الإباحة تظل ثابتة له ولو لم يفض الإجراء بالفعل إلى العثور على الدليل المقصود، كالإذن بتفتيش مسكن بحثاً عن مخدرات لا يتم العثور عليها

(1) الدكتور / أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 182.

(2) وقد علقت محكمة النقض المصرية على اعتقاد الموظف بمشروعية فعله بالقول بأن "المتهم في هذا الاعتقاد كان ملزماً دائرة التثبت والتحري ولا يمكن القول إن المتهم قد انحدر عن حد ادنى من حدود الرجل العادي في مثل وظيفته ومركزه وظروفه والمثيرات التي ازدحمت عليه" - نقض 25 ديسمبر 1956 - مجموعة احكام النقض - س 7، رقم 356، ص 1321.

(3) الدكتور محمود مصطفى: القسم العام - مرجع سابق، ص 136، الدكتور محمود نجيب حسني: القسم العام - مرجع سابق ص 244.

(4) د. أحمد عوض بلال مرجع سابق، ص 171.

فعلاً. أما إذا تخلف أى من تلك الشروط اللازمة، فإن العمل لا يعد مباحاً لأنه أصبح غير مطابق للقانون، ويلزم حينئذ للإفلات من المسؤولية عنه توافر الشروط الإضافية التى وضعتها المادة (63) من قانون العقوبات المصرى بشأن العمل غير المطابق للقانون.

العمل غير المطابق للقانون:

قد يتبادر للذهن - للوهلة الأولى - أن العمل غير القانونى الذى يباشره الموظف العام يخرج عن دائرة الإباحة ويرتب المسؤولية الجنائية لفاعله وفقاً للقواعد العامة، سواء أكان التنفيذ الخاطئ للعمل تلقائياً، أم بناء على أمر مخالف للقانون صادر من رئيس. ولكن المشرع أراد أن يقرر حماية إضافية للموظف العام الذى يأتى بعمل غير مشروع فى ظرف تنفسي سوء نيته، فقرر إفلات الموظف من العقاب رغم أن عمله غير قانونى طالما توافرت الشروط المنصوص عليها. والعلة فى ذلك أن تقرير المسؤولية فى هذا الفرض وفقاً للقواعد العامة يحتمل معه تردد الموظفين فى مباشرة أعمالهم خشية المساءلة، وهو ما يعرقل سير المصلحة العامة ويفوت الأغراض المتوخاة من ممارسة الوظيفة العامة⁽¹⁾.

ويكون العمل غير مطابق للقانون تطبيقاً لأحكام المادة (63) فى حالتين: عندما تقع المخالفة من الموظف نفسه اعتقاداً منه أن الفعل يدخل فى اختصاصه، والثانية: عندما تتمثل المخالفة فى تنفيذ أمر غير قانونى صادر من رئيس.

1 - وقوع المخالفة على أثر تنفيذ خاطئ لأمر القانون:

تفترض هذه الحالة أن الموظف قام من تلقاء نفسه بعمل مخالف للقانون دون أن يستند فى ذلك إلى أمر رئيس له. ويحدث ذلك عندما لا يكون الموظف مختصاً بالعمل الذى باشره بالفعل ولكنه يعتقد أنه من اختصاصه لتمثله أو تقاربه فى الطبيعة من الأعمال التى يباشرها عادة. ومن ذلك أن يصدر عضو النيابة أمراً بالقبض أو بالحبس الاحتياطى فى جريمة لا يجوز فيها ذلك، أو أن يقبض مأمور الضبط على شخص آخر خلاف من حدد فى أمر القبض الصحيح، أو أن يجرى القبض فى حالة لا يجوز فيها ذلك. ولا تتحقق هذه الحالة عندما يكون محل الاعتقاد المغلوط بالاختصاص عملاً بعيد الصلة عن الأعمال المرتبطة بالوظيفة التى يمارسها الشخص؛ فحينئذ يكون الادعاء بالاعتقاد فى الاختصاص بذلك العمل البعيد غير دى

(1) راجع فى ذلك:

د. حسنين عبيد: الجريمة الدولية، ص 88 وما بعدها..

د. محمد عبد المنعم عبد الغنى، مرجع سابق، ص 270.

أساس، ولا يستفيد صاحبه من حكم إن توافر أمر الرئيس المذكور. صوص عليه في القانونين الجنائية⁽¹⁾.

2 - وقوع المخالفة على أثر تنفيذ أمر مخالف للقانون صادر من رئيس:

تفترض هذه الحالة أن الموظف نفذ أمراً مخالفاً للقانون صادراً إليه من رئيس لم تكن طاعته واجبة قانوناً لعدم مشروعية الأمر؛ ولكن الموظف اعتقد خطأ أن تلك الطاعة واجبة عليه، فنفذ الأمر، وتضمن ذلك التنفيذ ارتكاب جريمة. ومن المفهوم في هذا الفرض أن الأمر قد صدر من رئيس إلى مرؤوس يقتضى عملهما معاً إصدار الأول لأوامر تلزم الثاني قانوناً، بحيث يكون من مقتضيات الوظيفة إصدار الأمر من أحدهما وتنفيذه من الآخر ويلتمس العذر للمتلقي إذا اعتقد في بعض الحالات أن الأمر مشروع، استصحاباً للأصل في الأوامر التي يتلقاها عادة من رئيسه⁽²⁾.

وإذا كان أمر الرئيس غير قانوني، فيستوى السبب الذي يوصف من أجله بأنه كذلك؛ فقد يكون مخالفاً للقانون من حيث الشكل أو من حيث الموضوع. ومن تطبيقات الأمر المخالف للقانون أن يقوم مأمور الضبط بتنفيذ أمر باطل بالقبض لصدوره عن غير مختص، أو بشأن حالة لا يجوز فيها، أو لعدم استيفائه الشروط الشكلية، أو أن يصدر الرئيس إلى مرؤوسه أمراً بتسهيل استيلاء الغير على مال مملوك للدولة، أو بإيداع شخص غير المحكوم عليه بالسجن لتمضية العقوبة فيه بدلاً منه⁽³⁾.

ففي مثل هذه الحالات ونظيراتها يقع الموظف في صراع الولاء للترامين متناقضين: الالتزام بتنفيذ أمر الرئيس، والالتزام بأمر القانون الذي يوجب عليه الامتناع عن تنفيذ الأمر المخالف له. ويثور التساؤل عن المعيار الذي بموجبه يتعين فض هذا التنازع. وقد قيل بثلاث نظريات في هذا الصدد.

فمن ناحية، وفقاً لنظرية "الطاعة السلبية أو المطلقة" يتعين على المرؤوس دائماً طاعة أوامر رئيسه دون أن يشغل نفسه بمدى تطابقها مع القانون، ومن ثم تتنقّى مسؤوليته عن تنفيذ كافة الأوامر التي يصدرها رئيسه. وواضح أن هذه النظرية يمكن أن تفضي إلى تعسف خطير وتضحى بالقيمة التي يحميها القانون تغليباً لواجب الطاعة⁽⁴⁾.

(1) الدكتور / أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 185.

(2) الدكتور / أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 186.

(3) راجع في ذلك:

د . محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 62 .

د . محمد عبد المنعم عبد الغني ، مرجع سابق، ص 270 .

(4) الدكتور محمود مصطفى: القسم العام - مرجع سابق، ص 136.

ومن ناحية ثانية، وفقاً لنظرية "الطاعة المعتدلة" أو "الجواب الذكية" يلتزم المرؤوس قبل تنفيذ الأمر بفحص مدى مشروعيته، فإن تبين له أنه غير مشروع امتنع عن تنفيذه ولا يجازى على الإخلال بواجب الطاعة؛ أما إذا نفذ الأمر، فلا يقع فعله مباحاً. ورغم أن هـ. ذا النظر. أم أفضل من سابقه، إلا أنه يستعصى على التطبيق لأنه يستحيل ترك تقدير مشروعية الأوامر. ر إلى كافة المرؤوسين، فضلاً عن أن هذا النظام س. وف. ي. شل. ق. وة. الرؤساء. ف. فى الحياة العسكرية⁽¹⁾.

ومن ناحية ثالثة، وفقاً لنظرية أخيره، ترتبط إباحة عمل المرؤوس بمدى "وضوح درجة عدم المشروعية" التي يتضمنها الأمر؛ فإذا كان وجه عدم المشروعية واضحاً فى الأمر، فلا إباحة إذا نفذ الموظف؛ أما إذا كان ذلك الوجه غير ظاهر فى الأمر، فإن تنفيذه يبقى عليه فى دائرة الإباحة، ما لم يكن الموظف على علم بسبب عدم المشروعية. وهذا النظام يبدو عملياً وعادلاً، ولكن الصعوبة فى تطبيقه تكمن فى تقدير مدى وضوح عدم المشروعية فى الفعل. لترتيب الأثر القانونى المشار إليه. ويمكن القول: إنه يستدل على ذلك بمعيار مزدوج، موضوعى وشخصى. فمن الناحية الموضوعية، يعد وجه عدم المشروعية ظاهراً تبعاً لطبيعة العمل المطلوب تنفيذه؛ فالمخالفة للقانون تكون واضحة عندما يتضمن الأمر ارتكاب جريمة ماسة بحياة الغير أو بحقه فى سلامة الجسم، كأمر يصدره رئيس عسكري بالإجهاز على أسير جريح، أو ضابط الشرطة الذى يتلقى أمراً بتعذيب شخص محتجز. أما الأعمال التى تتضمن مساساً بالملكية (كالضبط والتفتيش) أو بحقوق الشخ. صية (ك. ضبط المراسلات أو رقابة المحادثات)، فإنها قد تحمل مظهر المشروعية، نظراً لأن المرؤوس يدرك أنه لا مباداة فى حالات محددة. ومن الناحية الشخصية، يؤخذ فى الاعتبار الصفات الخاصة التى تتوافر فى من يتلقى الأمر لتنفيذه، كنوع وظيفته (مدنية أم عسكرية)، وتدرجه الوظيفى، وثقافته القانونية، ومستواه الثقافى العام⁽²⁾.

ويشترط لانتفاء المسؤولية عن فعل الموظف رغم وقوعه مخالفاً للقانون توافر شرطين: **أولهما:** حسن نية الموظف، **وثانيهما:** ارتكاب الفعل بعد التثبت والتدري والاعتقاد فى مشروعية الفعل اعتقاداً مبنياً على أسباب معقولة⁽³⁾.

(1) الدكتور محمود نجيب حسني: القسم العام - مرجع سابق ص 244.

(2) د. أحمد عوض بلال، مرجع سابق، ص 183.

(3) الدكتور / أمين مصطفى محمد، المرجع السابق، ص 186-189.

المبحث الثاني

تأثير أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي

تمهيد وتقسيم:

احتدم الخلاف في الفقه حول الأساس القانوني لأثر تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس على المسؤولية الجنائية لمنفذ هذا الأمر إذا ترتب على تنفيذه جريمة، في الوقت الذي لم يسلم فيه القضاء الدولي - في أغلبه - بانتفاء المسؤولية لمنفذ ذلك الأمر، بينما تردد صدى أثر تنفيذ الأمر الصادر من الرئيس في كثير من المواثيق الدولية الجنائية التي لم يسلم أغلبها بهذا الأثر المانع للمسؤولية، بينما سلم البعض منها بذلك بشروط.

لذلك نبحت أثر أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية للمرؤوس في القانون الدولي الجنائي من خلال ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الأساس القانوني لأثر أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية في القانون الدولي الجنائي .

المطلب الثاني: تطبيق أمر الرئيس في القضاء الدولي.

المطلب الثالث: أمر الرئيس في الوثائق الدولية الجنائية.

المطلب الأول

الأساس القانوني لأثر أمر الرئيس على المسؤولية الجنائية

في القانون الدولي الجنائي

اختلف الرأي - في القانون الدولي الجنائي - حول الطبيعة القانونية للأثر الذي يخلفه تنفيذ أمر الرئيس الأعلى على المسؤولية الجنائية.

حيث ذهب البعض إلى اعتبار أمر الرئيس سبباً من أسباب الإباحة استناداً إلى واجب الطاعة الذي يلتزم به المرؤوس، خاصة في نطاق الأعمال العسكرية، حيث يكون الأخير في حالة إكراه أدبي، مما يبرر عقاب هذا الرئيس وهذا أمر كاف⁽¹⁾.

وقد ذهب البعض إلى أن الأمر القيادي هنا يعد مانعاً من موانع المسؤولية، فلا مسؤولية على الجندي البسيط حيث أنه التزم بالطاعة المفروضة عليه، وقام بتنفيذ الأمر الموجه إليه، وظهر هذا المعنى - بجلاء - في كتيب القانون العسكري البريطاني عام 1914⁽²⁾، وعلى ذلك

(1) عرض هذا الرأي: د. محمود نجيب حسني، مرجع سابق، ص 83.

(2) Lippman Mathew R., Humanitarian Law: The Development and Scope of the Superior Orders Defense, Penn State International Law Review, Fall 2001, P. 159; Paust, J. J., Op. Cit., P. 75.

فإذا قام جندي بتنفيذ أمر رئيس له بضرب مدينة مفتوحة أو بقتل الجرحى وكلها أفعال تعد في الأصل جرائم دولية، ولكنها عندما ترتكب تنفيذاً لأمر فهي تتجرد من صفتها غير المشروعة، وبالتالي لا تقع عليه ثمة مسؤولية⁽¹⁾.

وقد ارتكن أنصار هذا الرأي إلى أن ضرورات النظام العسكري، لا تتصور بدون طاعة كاملة يدين بها المرؤوسين للرؤساء، فالجندي أو القائد في القيادات الدنيا، عليه واجب الطاعة بدون مناقشة للقيادات العليا في الأوامر الصادرة منهم. حيث أن المرؤوس يصدر إليه أمر واجب التنفيذ وإلا سوف يتعرض للعقاب، الذي يهدده في أهم حقوقه في الحياة أو في سلامته الجسدية، وتنفيذه هذا الأمر هو طوق النجاة الوحيد للتخلص من هذا الخطر، وبذلك فإنه يكون في حالة إكراه، وأنه مما يناقض اعتبارات العدالة أن يتجاهل القانون الجنائي الدولي تلك الحالة ويصر على توقيع العقاب على المرؤوس على الرغم من وقوعه تحت إكراه معنوي تسبب في تنفيذه لهذا الأمر المجرم، وانتهى هذا الرأي إلى أن المسؤولية يجب أن تقع كاملة على القيادات التي تصدر الأمر فحسب⁽²⁾.

وقد عيب⁽³⁾ على هذا الرأي أنه يتعامل مع منفذ الأمر على اعتبار أنه مجرم. رد من الإرادة، وليس له حرية على الإطلاق في تنفيذ الأمر الوارد إليه. كما أن من شأن تطبيقه أن يؤدي إلى نتائج غير مقبولة؛ وهي أن يفلت مجرمو الحرب من العقاب، فضلاً عن أن الرئيس سوف يحتج بدوره - في الغالب من الأحوال - بأمر صادر إليه من رئيسه، وهذا الأخير يدفع كذلك بالدفع ذاته، مما يؤدي إلى استحالة تحديد الشخص المسؤول عن الفعل غير المشروع. بل إن ذلك الاتجاه يذهب بنا إلى مدى بعيد من تشعب المسؤولية الجنائية وتسلسلها حتى تصل إلى رئيس الدولة نفسه عن طريق التسلسل التصاعدي في المسؤولية، فتبدأ من الجندي البسيط ومروراً بجميع القادة المباشرين وغير المباشرين حتى تصل إلى رئيس الدولة⁽⁴⁾.

(1) د. محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 107 - 108؛ د. عبد الفتاح حجازي: المحكمة الجنائية الدولية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2004، ص 173 وم. بعده؛ د. إسماعيل عبد الرحمن: الحماية الجنائية للمدنيين في زمن النزاعات المسلحة، مرجع سابق، ص 248 وما بعدها. انظر أيضاً:

Garner, Op. Cit., P. 83; Ascensio Hervé, Op. Cit., P. 219.

(2) د. محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي الدولي، مرجع سابق، ص 108؛ د. إبراهيم الدراجي، مرجع سابق، ص 832.

(3) د. عبد القادر صابر جراد، القضاء الجنائي الدولي - رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة 2005، ص 498.

(4) د. إسماعيل عبد الرحمن، مرجع سابق، ص 499.

وعلى خلاف الرأى السابق، فقد ذهب جانب آخر من الفقه إلى أن أمر القائد لا يع. د مانعاً من موانع المسؤولية، فإذا كان أنصار الرأى الأول قد استعاروا ما يقرره القانون الوطنى فى هذا الشأن من ضرورة طاعة المرؤوس لأمر رئيسه، إلا أن القانون الدولى الجنائى غير. ر مقيد بذلك الحكم، بل فى وسعه أن يقرر ما يخالفه وأن يرى أن ذلك الفعل ع. دواناً على المصالح التى يحميها، ويسبغ عليه عدم المشروعية دون تقيد بما قرره أحكام القانون الجنائى المحلى⁽¹⁾.

ويجب على المرؤوس التفرقة بين الأمر القانونى والأمر غير القانونى؛ ف. المرؤوس إنسان لديه ملكات الوعى والإدراك، فهو ليس آلة صماء تنفذ دون تفكير ما تتلقاه من أوامر، بل من واجبه أن يفحص الأمر ولا يقدم على تنفيذه إلا إذا ثبت له اتفاقه مع قواعد القانون. وعليه فإذا كان الأمر غير متفق مع القانون فإنه يجب على المرؤوس رفض تنفيذه، وأق. ر أنصار هذا الرأى مسؤولية منفذ الأمر فى حالة ما إذا كان الأمر غير قانونى.

ولذلك لا يقبل دفاع أى مرؤوس يرتكب جريمة دولية تنفيذاً لأمر صادر إليه من رئيسه طالما أن الأمر غير قانونى بشكل واضح، وهو يكون كذلك إذا ما أدرك الرجل العادى بمجرد سماعه أو قراءته لهذا الأمر أو حصوله عليه أنه أمر غير قانونى.

على أن البعض⁽²⁾ قد ذهب إلى أنه يجب على الجنود الالتزام بتنفيذ أى أمر قانونى ق. د يتلقوه من القائد العسكرى الأعلى، حيث يفترض المرؤوسون وج. د أس. باب وجيه. ل. دى رؤسائهم فى إصدار مثل هذه الأوامر، وعلى ذلك يفترض حماي. ل. دى لأن الأوامر. ر الصادرة له من رؤسائه وقادته يفترض أن لها أسباباً وجيهة.

بيد أنه على الرغم من عدم وقوع الجندى تحت طائلة العقاب عند طاعته للأوامر التى يمكن للرجل العادى الذى يتمتع بحس سليم أن يعتقد بأنها لا تخالف القانون أو تتطوى على أى خرق أو انتهاك له، إلا أنه لن يمكنه تفادى المسؤولية على أساس أن يطيع الأوامر. ر العلي. ا الصادرة له فى حين أن أى رجل عادى قد يعتبرها جريمة فى حد ذاتها⁽³⁾. فالأمر بالاعتداء على النساء والأطفال والعجزة والمسنين أو المدنيين أو الجنود الذين ألقوا سلاحهم أو حرق أو إبادة العديد من المدن غير جائز قانوناً، وبالتالي لا يجوز الدفع به عند المحاكمة للوصول إلى

(1) د. محمد محى الدين عوض: دراسات فى القانون الدولى الجنائى، مرجع سابق، ص 678؛ د. عبد. د الفتاح حجازى: المحكمة الجنائية الدولية، مرجع سابق، ص 172.

(2) Stephen James F., History of The Criminal Law, 1983, PP. 204 – 106.

(3) DSicey Albert V., The law of the cvonstitution, 1951, P. 302.

انتفاء المسؤولية بدعوى أنه قد تم بناء على أوامر عليا، حيث إنه يعد م.ن.ال.دفع غير المقبولة⁽¹⁾.

هنا يثار تساؤل عن القانون الذى يعتد به فى تحديد قانونية الأمر أو عدم قانونية - هل هو القانون الوطنى أم القانون الدولى؟

فالقائد الأعلى الذى أصدر الأمر، وكذلك القائد الأدنى أو الجندى الذى نفذ. ذه. يخ. ضعان لنظامين قانونيين مختلفين؛ فعلاقة الرئيس بمروؤوسه تخضع للقانون الداخلى وم.ن.ث.م.ف.إن الطاعة الواجبة من المروؤوس للرئيس مفروضة بحكم القانون من حيث الشكل، وأما من حيث مضمون هذا الأمر، فالموضوع مختلف، فمضمون الأمر قد يكون قانونياً طبقاً للقانون الداخلى وغير قانونى طبقاً للقانون الدولى فهل يلتزم منفذ الأمر بقانونه الداخلى على الرغم مما ش.ابه من مخالفة للقانون الدولى؟ أم أنه يتمتع عن تنفيذه طبقاً للقانون الدولى، ويخضع بالتالى للعقاب طبقاً للقانون الداخلى.

ذهب رأى إلى أن يجب الرجوع إلى القاعدة العامة بأنه عند تعرض قاعدة من قواعد القانون الدولى مع القانون الداخلى فإنه يرجح أمر القانون الدولى، لأن قوته الإلزامية أكبر. سواء كان التشريع الداخلى صادراً بعد أم قبل تكوين قاعدة القانون الدولى هذه، وبالتالى ف.إن الرئيس والمروؤوس تقع عليهم المسؤولية إذا ما كان الفعل مجرمًا دوليًا حتى وإن كان مباحًا فى القانون الوطنى⁽²⁾.

وذهب جانب من الفقه إلى أن هناك أفعالاً معينة تكون جرائم حرب خطيرة مجرمة ولا يسمح فيها بالاستثناء مثل سوء معاملة الأسرى، وإلحاق الأذى بالمدنيين. لذلك ف.إن النظر.ام القانونى الدولى لا يقر الاستثناء فى مثل هذه الجرائم بواسطة القانون الوطنى، فليس للقانون الوطنى فى هذه الحالة أى تمييز فى التطبيق، حيث إنه إذا ما فرض أن القانون الوطنى لدولة ما لا يجرم انتهاك قوانين الحرب، فإن ذلك لا يعتد به على المستوى الدولى، ومن ثم لا يقبل. الدفع - من المروؤوس - بوجود أمر قيادة بذلك لأنها تنتهك أحكام القانون الدولى الذى يصبح فى هذه الحالة هو الأولى بالتطبيق⁽³⁾.

(1) Paust Joran J., Superior order and Command responsibility - in - Cherif M Bassiouni, (ed) International Criminal law, (New York, Transnational Publishers, 1998, PP. 226 - 227.

(2) د. محمود نجيب حسنى: دروس فى القانون الجنائى الدولى، مرجع سابق، ص 109.

(3) د. إسماعيل عبد الرحمن: الحماية الجنائية للمدنيين فى زمن النزاعات المسلحة، مرجع سابق، ص 254. Amato D., Op. Cit., P. 606.

وعلى جانب آخر فإنه إذا كان الفعل غير المشروع قد ارتكب تنفيذاً لأمر رئيس وجبت طاعته، فإن ذلك قد يؤدي إلى انتفاء أحد العناصر التي يتطلبها القصد الجنائي، وبالتالي لا تقوم المسؤولية الجنائية التي يتطلبها المشرع ولا يوقع عقاب؛ فالغالب أنه يترتب على تنفيذ أمر رئيس وجبت طاعته الاعتقاد بشرعية الفعل، فيؤدي ذلك إلى انتفاء أحد العناصر التي يتطلبها القصد الجنائي، وبالتالي لا تقوم المسؤولية الجنائية العمدية، والاعتقاد بشرعية أمر الرئيس - المكلف المرؤوس بتنفيذه - هو أمر طبيعي، لأن المرؤوس يفت. رض ف. ي. رئي. سه الدراية. القانونية، والخبرة بما تقضى به أحكام التشريع. ولذا، فإن الفعل ذاته قد يوسم بالمشروعية في نظر بعض الفقه، وقد يعتبره البعض الآخر فعلاً غير مشروع، ومن أمثلة ذلك مهاجمة سد. فن العدو التجارية المسلحة تسليحاً دفاعياً دون إنذار سابق، فهو إجراء يسمح به البعض وينكره البعض الآخر، وإذا كان الأمر في كثير من هذه الحالات غامضاً فإنه من المنطقي أن يعذر المرؤوس حين يعتقد أن فعله مشروع، وأن يقبل منه الدفع بانعدام القصد الجنائي لديه⁽¹⁾.

على أنه ينبغي أن يستبعد الدفع بانتفاء القصد الجنائي في حالة تنفيذ أمر الرئيس ف. ي. الحالات التي تكون فيها الصفه غير المشروعية ظاهرة على نحو لا يحتمل شكاً، كما أن تنفيذ أمر رئيس تجب إطاعته قد يعد أساساً للدفع بتوافر الإكراه المعنوي أو حالة الضرورة.

والحق أن الاتجاه الذي يرى أن في تنفيذ أمر الرئيس سبب إباحة هو الأول. ي بالإتباع نظراً للظروف التي تنتاب منفذ الأمر حالة تنفيذه إذ أن مناقشة الأمر في الميادين أمر لا يمكن القبول به في نطاق الأعمال العسكرية والتي تستهدف من وجهة نظر الق. ائمين به. ا. حماية مصلحة مشروعة للبلاد. لذلك كان علينا أن ندرج تنفيذ أمر الرئيس ضمن أسباب الإباحة.

المطلب الثاني

تطبيقات أمر القائد أو الرئيس

في القضاء الدولي

أولاً: أمر القيادة في محاكمات الحرب العالمية الثانية:

1 - المحكمة العسكرية الدولية في نورمبرج: INT

تنص المادة الثامنة من النظام الأساسي لمحكمة (نورمبرج) على أنه: "لا يعفى المدعى عليه من المسؤولية كونه تصرف بناء على أمر من حكومته أو من رئيس أعلى، ولكن يجوز النظر في تخفيف العقوبة إذا قررت المحكمة أن العدالة تقتضي ذلك.

(1) د. محمود نجيب حسني: دروس في القانون الجنائي، مرجع سابق، ص 111 - 112.

ودفع معظم مجرمى الحرب الرئيسيين الذين حاكمتهم المحكمة العسكرية الدولية (بنورمبرج) بأنهم كانوا يتصرفون بناء على أوامر رؤسائهم؛ ففي أثناء هذه المحاكمات دفع كل من (أفريد جول وويلهام كينل) بأوامر الرؤساء العليا، وأشاروا إلى أنه بالنظر إلى وضعهم كجنود فى الجيش لم يكن بإمكانهم مخالفة الأوامر الصادرة لهم من رؤسائهم، وأنهم لم يفعوا سوى الالتزام بواجباتهم العسكرية فى تنفيذ الأمر الصادر إليهم. ورفضت المحكمة هذا الدفع، حيث أشارت إلى أن قواعد القانون الدولى لا تعفى من قام بتنفيذ أوامر تتطوى على انتهاكات جسيمة لقواعده، كما أن المتهمين كانوا على علم بالصفة غير المشروعة لتلك الأوامر. ومن ثم فهم مساهمون مع (هتلر) فى ارتكاب الجرائم المنصوص عليها بالمادة (6) من النظام الأساسى لمحكمة (نورمبرج). وانتهت المحكمة إلى أن المتهمين فعلاً عن مسئوليتهم الجنائية، فهم غير جديرون - طبقاً لمقتضى العدالة - بالظرف المخفف للعقوبة الذى نصت عليه المادة (8) من النظام الأساسى لمحكمة (نورمبرج)، وقضت عليهم بعقوبة الإعدام⁽¹⁾.

2 - المحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى IMTFE

تنص المادة السادسة من النظام الأساسى للمحكمة العسكرية الدولية للشرق الأقصى على أن: "الدفع بأن المتهم تصرف بناء على أمر حكومته أو رئيسه لا يعفيه من المسؤولية، ولكن يمكن اعتبار الأمر سبباً مخففاً".

وقد قامت القوى المتحالفة بعمل محاكمات للمتهمين الألمان مرتكبي الجرائم الدولية، فذهبت المحكمة العسكرية الأمريكية فى قضية (القيادة العليا) **High Command** إلى أنه: "لا يمكن اتهام القيادات العسكرية الذين ليسوا على صلة بالمسؤوليات العسكرية بموجب القانون الدولى بمشاركتهم الجنائية فى إصدار أوامر ليست واضحة أنها جنائية، أو أنه لا يبدو من سياقها الظاهرى أنها جنائية بموجب القانون الدولى؛ فمثل هذا القائد يتلقى الأوامر من رؤسائه وقد لا يكون على دراية بتميز هذه الأوامر ومعرفة شرعيتها، وله الحق فى أن يفترض - فى غياب معرفته بالنقيض - أن هذه الأوامر التى تلقاها شرعية بموجب إصدارها. ولا يمكن إلقاء القبض عليه باعتبار أنه مسئول جنائياً بمجرد وجود خطأ فى الحكم⁽²⁾".

وأكدت المحكمة فى قضية (الفيلد مارشال ليست وآخرين) على أنه لا يلزم الضابط إلا بتنفيذ الأوامر القانونية الصادرة إليه، وكل من ينقل أو يصدر أو ينفذ أمراً بارتكاب جريمة يصبح مجرمًا إذا عرف أو كان عليه أن يعرف الطابع الإجرامى فى الأمر، ومن المؤكد أن

(1) Minow Martha, Living up to Rules: Holding Soldiers Responsible for Abusive Conduct and the Dilemma of the Superior Orders Defense, McGill Law Journal, Spring 2007, P. 19.

(2) United States V. Willelm Von Leeb et al (High Command Case), Op. Cit., P. 59 et Seq.

ضابط برتبة فيلد مارشال في الجيش الألماني، ذا خبرة تزيد على أربعين عاماً. ضابط محترف، كان يعلم، أو كان عليه أن يعلم بالطابع غير المشروع لهذا الأمر⁽¹⁾.

ثانياً: أمر القائد في محاكمات ما بعد الحرب العالمية الثانية:

طرح مسألة الدفع بأمر الرئيس الأعلى في عدد من المحاكمات التي جرت عقب الحرب العالمية الثانية، ففي قضية (ويرنر) **Werner** بجنوب أفريقيا عام 1947 رفضت المحكمة الدفع بالأوامر العليا، وأكدت على ذلك محكمة الاستئناف، وذهبت إلى أن المتهم لم يكن عليه إلزاماً بطاعة أوامر القائد الألماني، حيث إن هذا القائد ليس لديه سلطة عليا، تحدث جدران معسكر سجناء الحرب في مقاطعة جنوب أفريقيا⁽²⁾.

وفي القضية الأمريكية ضد (كيندر) **Kinder** عام 1954، و (كاللي) **Calley 1971**، ذهبت المحكمة إلى أن الأمر غير الشرعي هو ذلك الأمر الذي لا يكون هناك أدنى شك في عدم شرعيته من قبل الشخص العاقل والقادر على الفهم⁽³⁾.

وفي قضية (بويس نواجو) **Pius Nwaoga** ضد نيجيريا عام 1972 رفضت المحكمة النيجيرية دفاع الأوامر العليا وذلك لعدم شرعيتها، حيث أنه طالما أن الضابط أصدر أمراً بإزالة الجثث خارجاً بذلك عن أي نظام قانوني، فإن أوامره تعد بشكل أساسي غير شرعية وطاعته تعد انتهاكاً للقانون، والمطالبة بدفاع الأوامر العليا - في هذا الصدد - يعد أمراً لا سند له⁽⁴⁾.

(1) Trials of War Criminals before the Nuremberg Military Tribunal Under Control Council Law, (U. S. Govt Printing office: Washington 1950), United States V. Field Marshal, Case No. VII, Vol. XI, P. 1217 Quoted in 1991 ILC Report, Op. Cit., Comment No. 2 on Article II of the Draft code, and (Footnote 315).

(2) تخلص واقعات هذه القضية في أن سجين حرب ألماني كان مسجون في جنوب أفريقيا ارتكب جريمة قتل سجين آخر يشتبه أنه جاسوس، وقد تذرع بوجود أمر من قائد ألماني في المعسكر.

Werner R. V. and another, Appellate Division 20 May 1947, South African law Reports 828 (A).

(3) US. V. Kinder (1954) CMR 742; See United States V. Calley, Instructions from the Military Judge to the court Martial members, Mars 1971, in Friedman, II, P. 1703 - 27.

(4) تخلص واقعات هذه القضية في مقتل مدنيين بواسطة ثلاثة ضباط من جيش Rebel Biafran. اتوا متكرين في زى مدنيين، وكان كل واحد منهم تحت سيطرة الجيوش الفيدرالية، وطالب واحد من هؤلاء الضباط بدفاع الأوامر العليا.

Puis Nwaoga V. Nigeria, Supreme Court, 3 March 1972, All Nigeria law Report, Part, 1, Vol. I, P. 149 (also reproduced in (1979) 52 IL.R.), P. 494.

أما فى القضية الكندية (فنتا) **Finta** عام 1994 ارتأت المحكمة العليا لكندا أن دفع. ا ع الأوامر العليا يمكن إثارته فى أحوال معينة، لاسيما عندما لا تكون أمام المرؤوس أى فرصة للاختيار الأخلاقى فيما يتعلق بتنفيذ الأوامر، حتى وإن كانت عدم شرعية الأمر ظاهرة⁽¹⁾. وفى خصوص الفظائع التى ارتكبتها الجنود الأمريكيين خلال حرب فيتنام، أدين المتهم بالقتل العمد مع سبق الإصرار، حيث إنه قتل أحد الفيتناميين وحكم عليه بالسجن لمدة وثلاثين عاماً، وقد ذهبت المحكمة فى ذلك إلى أن إصدار أو تنفيذ أمر بقتل شخص ما فى ظل ظروف هذه القضية لا يمكن تبريره بموجب قوانين هذه الدولة، أو مبادئ القانون الدولى أو قوانين الحرب البرية، فمثل هذا الأمر يمكن أن يكون خارج نطاق السلطة العليا، كما أنه غير قانونى تماماً⁽²⁾.

المطلب الثالث

أمر الرئيس فى الموائيق الدولية الجنائية

اهتمت الموائيق الدولية ببيان تأثير أمر القائد على المسئولية الجنائية ولعل من أبرز هذه الموائيق لجنة القانون الدولى والنظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية، لذا نببحثها بشئ من التفصيل:

أولاً: أمر القائد فى لجنة القانون الدولى:

أكدت لجنة القانون الدولى عند صياغتها لمبادئ القانون الدولى على أنه: "لا تعفى حقيقة أن الشخص تصرف بناء على أمر حكومته أو رئيسه الأعلى من مسئوليته بموجب القانون الدولى، بشرط أن يكون الاختيار الأخلاقى متاحاً له فى الواقع"⁽³⁾.

كما نصت فى المادة (11) المعنونة (الأمر الصادر من الحكومة أو الرئيس الأعلى) من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنها عام 1991 على أنه: "لا يعفى المتهم بارتكاب جريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من مسئوليته الجنائية بسبب أنه تصرف تنفيذاً لأمر صادر من حكومة أو رئيس أعلى، إذا كان فى استطاعته فى الظروف القائمة فى ظل الوقت، عدم تنفيذ ذلك الأمر".

وجاء فى تقرير لجنة القانون الدولى - بشأن التعليق على المادة سالفه الذكر - أن المادة (11) أصبحت تشكل قاعدة تقضى بأن الأمر الصادر من رئيس أعلى لا يكفى، من حيث

(1) R. V. Finta Supreme Court of Canada, 24 March 1994, (R. V. Finta (1994) I SCR 701), Para. 374.

(2) United States V. Schultz, 39 C. M. R. 133, 136, 18 C. M. A. 133, 136 (1968).

(3) The texts of the Principles are reproduced in year Book of the International Law Commission. 1985, Vol. II (Part Two), Para. 45.

المبدأ، لإعفاء المروؤوس من المسؤولية⁽¹⁾. وأنه إذا كان الأمر الصادر من الرئيس يرتب مسؤولية المروؤوس، فإنه يتعين أن تتوفر للمروؤوس القدرة على اختيار، أى الإمكانية الفعلية لعدم تنفيذ الأمر. ولا تكون هذه الظروف متوافرة فى حالة الإكراه المعنوى أو البدنى الذى لا يمكن مقاومته، أو حالة الضرورة أو حالة الغلط الواضح والمقبول⁽²⁾.

وتتص المادة الخامسة من مشروع مدونة الجرائم المخلة بسلم الإنسانية وأمنه. ا. ع. ام 1996، والمعنونة (الأمر الصادر من حكومة أو رئيس أعلى) على أنه: "لا يعفى الفرد المتهم بجريمة مخلة بسلم الإنسانية وأمنها من المسؤولية الجنائية لكونه تصرف بناء على أمر صادر من حكومة أو من رئيس أعلى، ولكن يجوز النظر فى تخفيف العقوبة إذا اقتضت العدالة ذلك".

وبين تقرير لجنة القانون الدولى بشأن التعليق على نص هذه المادة أنه لا يمكن تجاهل مسؤولية المروؤوس الذى يرتكب العمل الإجرامى فعلاً، ولو كان ذلك بناء على أمر رئيسه الأعلى، وإلا فإنه سوف يؤثر سلباً على الاحترام الواجب لأحكام القانون الجنائى الدولى المتعلقة بالمسؤولية عن الجرائم الدولية⁽³⁾.

ثانياً: النظام الأساسى للمحكمة الجنائية الدولية ليوغوسلافيا السابقة CTV

نص النظام الأساسى لمحكمة (يوغوسلافيا السابقة) فى الفقرة الرابعة من المادة ١٠. سابعة منه على أن: "4 - لا يعفى متهم بارتكاب جريمة من المسؤولية لكونه تصرف ب. أوامر من حكومة أو من رئيس أعلى. ومع هذا، يجوز للمحكمة الدولية النظر فى تخفيف العقوبة إذا رأت فى ذلك استيفاء لمقتضيات العدالة".

وتعرضت الدائرة الابتدائية بمحكمة (يوغوسلافيا السابقة) إلى الدفع بإطاعة الأوامر العليا فى قضية (أرديموفيتش) الذى اعترف بارتكاب جرائم فى قرية "بيليسا"، حيثما وجهت إليه الدائرة الابتدائية سؤالاً عن مدى معرفته بأحد قتل بسبب عدم إطاعته الأوامر، فأجاب بأن: "ه متأكد أنه كان سيتم قتله لو رفض الانصياع للأوامر"⁽⁴⁾.

(1) See 1991 ILC Report, Op. Cit., Para. 2.

(2) See 1991 ILC Report, Op. Cit., Para. 3.

(3) Report of the International Law Commission of The work of its Forty – Eighth Session, 6 May – 26 July, 1996, General Assembly Official Records Fifty – First, Supplement No. 10, U.N. Doc A/51/10. Comment No. 3 on article 5, P. 24.

(4) Sentencing Judgment rendered in the Erdemović Case No. IT – 96 – 11 – T on 29 November 1996 by Trial Chamber. The Trial Chamber took Superior Orders into account in mitigation of accuser's Punishment.

ثالثاً: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية لرواندا ICTR:

جاء نص المادة 4/6 من النظام الأساسي لمحكمة (رواندا) على نحو يطابق حرفياً نص المادة (4/7) من النظام الأساسي لمحكمة (يوغسلافيا السابقة) بشأن إقدام المروّوس على تنفيذ أمر الرئيس الأعلى بارتكاب جريمة، فإن ذلك لا يعفيه من المسؤولية الجنائية، وإن كان يجوز اعتباره ظرفاً مخففاً من العقوبة متى اقتضت العدالة ذلك.

رابعاً: النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية ICC:

تنص المادة (33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية على أن: "1 - ف. في حالة ارتكاب أى شخص لجريمة من الجرائم التي تدخل في اختصاص المحكمة، لا يعفى الشخص من المسؤولية الجنائية إذا كان ارتكابه لتلك الجريمة قد تم امتثالاً لأمر حكومي أو رئيس، عسكرياً كان أو مدنياً، عدا في الحالات التالية:

- أ - إذا كان على الشخص التزام قانوني بإطاعة أوامر الحكومة أو الرئيس المعنى؛
- ب - إذا لم يكن الشخص على علم بأن الأمر غير مشروع؛
- ج - إذا لم تكن عدم مشروعية الأمر ظاهرة؛

2 - لأغراض هذه المادة تكون عدم المشروعية ظاهرة في حالة أوامر ارتكاب جريمة الإبادة الجماعية أو الجرائم ضد الإنسانية".

ويلاحظ أن هذا النص قد جاء على نحو مخالف لما ورد بالأنظمة الأساسية للمدائكم الجنائية (ليوغسلافيا السابقة ورواندا)، والمحاكم الوطنية ذات الطابع الدولي. حيث أجاز اعتبار الدفع بأوامر الحكومة أو الرئيس المعنى مانعاً من موانع المسؤولية الجنائية، متى انطبق بشأنه إحدى الحالات السالفة الذكر.

ويتعلق الشرط الأول من شروط الإعفاء من المسؤولية الجنائية بالشق الموضوعي للدفع حيث إنه يتصل بالعلاقة بين الرئيس والمروّوس والالتزام القانوني الذي يحكمهما، فكلية (الالتزام) تعنى وجود علاقة تابع ومتبوع بين كليهما يحققها معنى الالتزام الذي يحكم هذه العلاقة، ويجعل تنفيذ الأمر واجباً حتمياً على المروّوس، وأما كلمة (قانوني) في هذا النص فتعبر عن مشروعية الأمر ومصدره.

ويتعلق الشرط الثاني بعدم علم الشخص بأن الأمر غير مشروع، فإنه يتعلق بالجانبي الشخصي للدفع بالأمر الرئاسي، فيجب بناء على هذا الشرط أن يثبت ارتكاب المتهم جرائم دولية داخلية في اختصاص المحكمة بأنه لم يكن يعلم بعدم مشروعية الأمر⁽¹⁾، ففي هذه الحالة

(1) Sliedregt Van, Op. Cit., P. 325.

لا تنهض المسؤولية الجنائية على هذا المتهم لانعدام القصد الجنائي والمتمثل في علم الفاعل بالصفة غير المشروعة لعمله المكون للجريمة الدولية والناجم من تنفيذه لأوامر رؤسائه. ويهدف الشرط الثالث إلى عدم التمسك بالشرط السابق وإدعاء عدم معرفة أن الأمر غير مشروع طالما أن عدم المشروعية ظاهراً.

وقد استبعدت الفقرة الثانية من المادة (33) - تأكيداً لما سبق - الدفع بأوامر الرؤساء فيما يتعلق بجرائم الإبادة الجماعية والجرائم ضد الإنسانية لكون عدم المشروعية ظاهرة فيهما. إذ تتطلب الإبادة الجماعية توافر قصد خاص لدى المتهم ينصرف إلى تدمير كلي أو جزئي لجماعة قومية أو عرقية أو دينية.

كما أن الجرائم ضد الإنسانية تتعلق بأفعال غير إنسانية تتسم بطابع شديد الجسام، ترتكب كجزء من هجوم واسع النطاق أو على نحو منهجي ضد أي سكان مدنيين.

ويبدو من العرض السابق أن نص المادة (33) من النظام الأساسي للمحكمة الجنائية الدولية الدائمة هو أول وثيقة دولية تصدر في إطار القانون الجنائي الدولي متضمنة إمكانية اعتبار أمر الرئيس مانع من موانع المسؤولية إذا توافرت الحالات الواردة فيه، لكنه أيضاً يوفر توازناً ملائماً إلى حد ما بين مصلحة العدالة والتزامات الجندي، إذ لا تسمح في حد ذاتها فرصة بالإفلات من العقاب حيث لا بد من توافر الشروط الثلاثة المبينة سابقاً مجتمعة، وكذلك فإن هذا النص يسمح في الحالات النادرة التي يمكن فيها التمسك به، بتحقيق العدالة بالذسبة للجندي الذي يجد نفسه قد تحمل مسؤولية قرارات اتخذها بحسن نية بناء على أوامر صادرة من آخرين كانت لديهم المعلومات التي حجبوها عن المتهم نفسه، والتي تجعل من الأمر الصادر أمراً مخالفاً للقانون. وقد كان من الأجدي اعتبار إطاعة أمر الرئيس من بين أسباب الإباحة إلا أنه منهج النظام الأساسي للمحكمة لم يفرق بين أسباب الإباحة وموانع المسؤولية.