كلية الحقوق

# حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي
# دراسة مقارنة

**رسالة مقدمة من الطالب**

**لولان حميد محمد أشكفتندي**

**الى كلية الحقوق- جامعة القاهرة لنيل درجة الماجستير في القانون الجنائي**

## لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

**الأستاذ الدكتور: حسنين إبراهيم صالح عبيد** **(مشرفاً ورئيساً)**

أستاذ القانون الجنائي/ كلية الحقوق-جامعة القاهرة ونائب رئيس الجامعة الأسبق.

**الأستاذ الدكتور: أحمد أبو الوفا** **(عضواً)**

أستاذ القانون الدولي العام/ كلية الحقوق-جامعة القاهرة ورئيس القسم السابق.

**الأستاذ الدكتور: أسامة عبدالله قايد** **(عضواً)**

أستاذ القانون الجنائي/ كلية الحقوق-جامعة بنى سويف وعميد الكلية الأسبق.

القاهرة

1437هـ - 2015م

**بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ**

**قال الله تعالى:**

**(وَقَاتِلُوا فِي سَبِيلِ اللَّهِ الَّذِينَ يُقَاتِلُونَكُمْ وَلَا تَعْتَدُوا إِنَّ اللَّهَ لَا يُحِبُّ الْمُعْتَدِينَ)**

**سورة البقرة: الاية 190**

# الإهداء

إلى محبي السلام ومناصريه

إلى بلدي كوردستان العراق

الباحث

لولان حميد

# شكر وتقدير

أتوجه بأسمى آيات الشكر وأصدق معاني العرفان إلى أستاذي الفاضل الدكتور "**حسنين إبراهيم صالح عبيد**" على تفضله بالإشراف على هذه الرسالة، وعلى صبره الكبير، ومتابعته لهذا العمل منذ بدايته إلى نهايته رغم كثرة مشاغله، وأعماله،عليه أرجوا من العلي القدير أن يوفقه إلى خدمة العلم والمعرفة.

كما أتوجه بخالص الشكر والتقدير إلى فضيلة الدكتور "**أحمد أبو الوفا**"، وأمتن له بخالص الإمتنان على تفضله بقبول مناقشة هذه الرسالة رغم مشاغله، والمسؤوليات الملقاة على عاتقه فجزاه الله عنا خير الجزاء.

كما أتقدم ببالغ الشكر والتقدير إلى فضيلة الدكتور "**أسامة عبدالله قايد**"، على قبوله مناقشة هذه الرسالة رغم مشاغله العلمية، فأدام الله في عمره وعمله، و جزاه الله عنا خير الجزاء.

**الباحث**

## المقدمة

لقد كانت الحروب هي التعبير الفطري الطبيعي لحب الثأر، والقصاص الجماعي، ولشريعة الغاب المعروفة منذ أقدم العصور، وقد طبقت تلك القاعدة بين الأفراد في شكل الحرب الثأرية الداخلية قبل تأسيس القضاء بشكله الحالي، فكان مبدأ العدالة الشخصية هو المبدأ المتبع في المجتمعات القديمة، وساد الاعتقاد عندهم أن الدم لا يغسله إلا الدم. ولقد تطور مفهوم الحرب فصارت الحرب دولية في مجالها ومفهومها، واتسمت من ثم بطابع العلاقات التي لا تقوم إلا بين الدول، وهكذا بقيت الحرب من المشكلات البارزة في العلاقات الدولية تعكر صفوها.

لقد جاءت كافة الشرائع السماوية وحتى بزوغ فجر الإسلام تنادي بضبط استعمال القوة إلا في حدود ما شرعه الله عزوجل، فالإسلام وقف من الحرب موقف الضد، لأنها تنافي تعاليمه، فحرم الحرب في جميع صورها وأشكالها، لكنه أجازها في حالة واحدة ألا وهي حالة الدفاع الشرعي. وإذا لجأ المسلمون الى الحرب دفاعا عن النفس، فإنها مع ذلك تبقى حرباً رفيقة، تقوم على المبادئ الإنسانية التي جاء بها الإسلام، حيث قال رسول الله ﷺ :" أنا نبي المرحمة أنا نبي الملحمة "[1]، والمرحمة والملحمة تتلاقيان في ميدان القتال، حيث تشتجر السيوف فلا يقاتل المسلم إلا من يقاتله، فإن كانت الحرب لابد منها، فإنها تكون محكومة بالمبادئ الانسانية، بحيث لا تزهق فيها أنفس الأعداء إلا في أضيق الحدود؛ لأن الحرب في الاسلام لا يلجأ إليها إلا لضرورة، والضرورة تقدر بقدرها. كما أن الحرب في الإسلام فضيلة جاءت لدرء الشر لا لتقويض القائم، ولا لفساد العامر.

وفي العصر الحديث دفع المآسي والدمار التي لحقت بالإنسانية من خلال الحربين العالميتين الدول نحو إقرار مبدأ حظر إستخدام القوة في العلاقات لدولية، وجعل أساس العلاقات الدولية تقوم على أساس السلم، والواقع أن ميثاق الأمم المتحدة يعتبر نقطة البداية في مجال دراسة الوضع القانوني لاستخدام القوة في القانون الدولي

---

[1] . الحديث رواه أبو موسى الأشعري(ر.ض) عن رسول الله ﷺ :( أنا محمد، وأحمد، والمقفى، والحاشر، ونبى التوبة، ونبى الرحمة، ونبى الملحمة). انظر: **محمد ناصرالدين الألباني**، صحيح الجامع الصغير، وزيادته، ط3، المكتب الإسلامي، بيروت، 1408هـ، ص1473.

المعاصر بما تضمنته المادة (4/2) من الميثاق بأن تلتزم جميع الدول بالامتناع عن اللجوء للقوة في علاقاتها الدولية، سواء الأعضاء أو غير الأعضاء في الهيئة، والتي جسدت بذلك تحريما عاما وشاملا في منع اللجوء الى القوة في العلاقات الدولية.

لقد كان اللجوء إلى الحرب أمرا مشروعا قبل عام 1945، ووسيلة مقبولة لفض النزاعات التي تنشب بين الدول، ونتيجة للتوتر الذي شهده العالم آنذاك حاولت هذه المواثيق تنظيم وتقييد هذا الحق دون الوصول إلى درجة تحريمه بصورة قطعية. وبذلك نقول: إن مبدأ حظر استخدام القوة في العلاقات الدولية قد وجد تكريسا فعليا له من خلال ميثاق الأمم المتحدة، إلا أن القول بهذا الرأي لا يعني إقرارا بالمبدأ على مطلقيته، فلكل قاعدة استثناء، وهو ما تبلور في نص المادة (51) من الميثاق.

لقد أورد الميثاق بموجب المادة (51) استثناءً هاما، أقر بموجبه حق الدول في استعمال القوة دفاعا عن النفس إذا ما تعرضت لهجوم مسلح، وقد أخضع هذا الحق لجملة من الضوابط يترتب على تخلفها عدم شرعية الإجراء المتخذ، فقد اشترط القانون في فعل العدوان وجود هجوم مسلح حال ومباشر، يقع على أحد أعضاء الأمم المتحدة، أما عن فعل الدفاع فقد أخضعه لشرطي الضرورة والتناسب على أن تباشر هذه الدول حقها في الدفاع الفردي والجماعي المكفول بموجب الميثاق إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ السلم والأمن الدوليين.

وتحقيقا للهدف الأسمى الذي قامت المنظمة لأجله، وإعمالا لسلطته في هذا المجال أنيط مجلس الأمن بمهمة حفظ السلم والأمن الدوليين، وإعادته إلى نصابه، وقد خوله الميثاق في هذه الحال بموجب الفصل السابع سلطات واسعة، تراوحت بين تدابير عسكرية وأخرى غير عسكرية، ولا يعد استعمال القوة في هذه الحالة تدخلا عسكريا بل إعمالا لاختصاصه في هذا المجال، وهو ثاني استثناء أورده الميثاق على المبدأ العام في منع اللجوء إلى القوة، أو التهديد بها في العلاقات الدولية. ولا يخفى أن مبدأ حظر استخدام القوة يعتبر أحد مبادئ الأمم المتحدة، بل وأولها من حيث الأهمية والتقدير. الأمر الذي جعل، الكثير يعتبرونه أهم المبادئ وأساسها؛ ذلك أنه يمثل الركيزة التي تقوم عليها العلاقات بين الدول، إذ بات قاعدة من قواعد القانون الدولي الآمرة التي لا يجوز الاتفاق على خلافه إلا بموافقة المجتمع الدولي في مجموعه.

والسؤال الذي يثار في هذا الصدد هو: ما الحالات التي يجوز فيها اللجوء الى القوة في العلاقات الدولية في كل من القانون الدولي الجنائي والفقه الاسلامي؟ وهل أن هجوما وشيك الوقوع أو تعرض دولة ما لهجمات من جماعات مسلحة يصلح كمبرر لتجاوز مبدأ منع اللجوء للقوة في العلاقات الدولية واعتباره بمثابة استثناء على القاعدة العامة في المنع ؟

للإجابة عن هذه الإشكالية اتبعنا في بحثنا هذا عدة مناهج، تمثلت أساسا في منهج رصد تطور مفهوم القوة قبل عهد العصبة وصولا إلى ميثاق الأمم المتحدة ومنهجا تحليليا ساعدنا في البحث في آراء الفقهاء، ومنهجا استقرائيا بالتعرض للنصوص القانونية ذات الصلة بالموضوع في المواثيق الدولية، وما هو مستقر في الشريعة الاسلامية.

## أهمية الموضوع:

لا يخفى على أحد الإفراط من جانب الدول القوية في اللجوء إلى القوة في العصر الحديث دون مسوغات شرعية، بالإضافة إلى الإنحراف بمفهوم الحرب المشروعة، فأصبحت تدرج جريمة العدوان ضمن مفاهيم الحرب المشروعة، والتي أعطتها تللك الدول مفهوم الحرب الإستباقية؛ أي تبادر تلك الدول القوية بالإعتداء على أية دولة تراها بمنظورها تشكل خطراً عليها، وكذلك ما نراه من اتهام بعض حركات المقاومة الإسلامية بالإرهاب، كل ذلك زاد من اهتمامي بهذا الموضوع حتى نلقي الضوء على مبررات الحرب من منظور الشريعة الإسلامية والقيود التي فرضتها على المسلمين عن إستخدام القوة، ومقارنتها بما استقر عليها القانون الدولي الجنائي. فأردنا من خلال هذا الموضوع إلقاء الضوء عما تضمنته الشريعة الإسلامية السمحاء والقيود التي فرضتها على المسلمين عن إستخدام القوة وما جاء في القانون الدولي المعاصر.

## خطة البحث:

فيما يتعلق بخطة البحث رأيت أن أقسم البحث بعد المقدمة وقبل الخاتمة إلى بابين: ففي الباب الاول تكلمت فيه عن ماهية حق الدفاع الشرعي وذلك في فصلين: الفصل الاول تكلمت عن ماهية حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي. أما الفصل الثاني فقد خصصته لبيان ماهية هذا الحق في الفقه الإسلامي.

أما الباب الثاني فقد تحدثت عن شروط الدفاع الشرعي في كل من القانون الدولي الجنائي والفقه الإسلامي، وذلك على فصلين: الفصل الاول تكلمت عن شروط الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي. أما الفصل الثاني فقد تناولت شروط حق الدفاع الشرعي (الجهاد) في الفقه الإسلامي.

ثم خاتمة البحث، وفيها أهم النتائج التي توصلنا إليها. ونرجو من الله تعالى السداد والتوفيق والقبول.

**الباحث**

# الباب الأول

# الباب الأول
# ماهية حق الدفاع الشرعي

**تمهيد وتقسيم:**

لعل من مظاهر الصحة والنضج في المجتمع الدولي المعاصر أن الميثاق الأممي تضمن مبادئ سامية، ومنها حظر وتجريم استعمال القوة، أو التهديد بها في العلاقات الدولية؛ وذلك كإحدى الوسائل اللازمة لصيانة السلم والأمن الدوليين، غير أن الميثاق لم يغلق الباب مطلقا لاستعمال القوة في العلاقات الدولية؛ وذلك لإجازته استعمال القوة في حالات، ومنها: حالة الدفاع الشرعي.

ومما لاشك فيه أن حظر اللجوء إلى القوة في العلاقات الدولية، الذي أرسى مقتضياته ميثاق الأمم المتحدة لم يكن هنا إلا ثمرة لما جاء بها الشرائع السماوية، وفي مقدمتها التشريع الإسلامي، فالإسلام حرم اللجوء الى إستخدام القوة في العلاقات الدولية كقاعدة عامة؛ ذلك لأن الأصل في العلاقات الدولية في الإسلام هو السلم، وأجازه استثناءً في حالة واحدة ألا وهي حالة الدفاع الشرعي( الجهاد). عليه نتناول هذه المواضيع في الفصليين الآتيين:

**الفصل الأول: ماهية حق الدفاع الشرعي في القانون الدولي الجنائي.**
**الفصل الثاني: ماهية حق الدفاع الشرعي في الفقه الإسلامي.**