نظرية الضرورة
في ضوء الشريعة الاسلامية والقانون الإداري- دراسة مقارنة

د.سيف علي ناصر الحيمي

أستاذ القانون العام المساعد- رئيس قسم الحقوق - جامعة المستقبل

Email : saifalhimi@yahoo.com

الملخص

عرفت الشريعة الإسلامية الغرّاء نظرية الضرورة، حيث أن المجتمع الإسلامي كأي مجتمع آخر كثيراً ما تعترضه حالات مما يعد من قبيل حالات الضرورة، والتي تتطلب من ولاة الأمور أو رجال السلطة العامة حسن التدبير وسرعة التصرف لمواجهة الأخطار الناجمة عنها، وإلا تعرضت الدولة الإسلامية والأفراد لأخطار قد تعصف بالمصالحة العامة . وهنا نجد بان الشريعة الإسلامية –التي التزمت في أحكامها مبدأ رعاية مصالح الناس تحت أي اعتبار وفي كافة الأحوال- قد أقرت وأجازت في وقت مبكر سبقت فيه الشرائع الحديثة بعدة قرون اتخاذ بعض الإجراءات الاستثنائية التي يتطلبها الموقف، والكفيلة بتحقيق المبدأ المذكور ولو كان من شأنها الخروج عن بعض الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالى ابتداءً، وأشارت إلى ذلك بوضوح النصوص القرآنية الكريمة والسنة النبوية الشريفة، وتولى فقهاء الشريعة الإسلامية دراسة هذه النصوص وقد استنبطوا منها قواعد كلية وفرعية في العبادات والمعاملات، وبنوا أحكام الشريعة على مستلزمات الضرورات الخمس وهي: حفظ الدين والنفس والمال والعقل والنسل، وذهبوا إلى أن المحافظة على هذه الضروريات الخمس تبيح مخالفة التكاليف الشرعية بعد أن اشتقوا لها أحكاماً وشروطاً وقيوداً من مصادر الحكم الشرعي.

كما تعد نظرية الضرورة في القانون الإداري من النظريات التي تمثل مركزا رئيسا في عالم القانون نظرا لأهميتها من الناحيتين العلمية والعملية وهذه النظرية تأخذ بها غالبية التشريعات والتي يفرضها المنطق القانوني، حيث تعمل هذه النظرية على إحقاق الحق حيث أن ما تمارسه الإدارة و يكون مبررا و جائزا قانونيا بالضرورة أن لا يحيق الظلم أو التعسف بمن تطبق عليهم إجراءات الإدارة في ظل تلك الظروف.

2

Necessity Theory in Light of Islamic Sharia and Administrative Law: A Comparative Study

Dr. Saif Naser Ali Elhaimi
Assistant Professor of General Law and Head of Law Department, Future University

Abstract:

The Islamic Sharia defines the theory of necessity, as the Islamic society, like any other society, is often confronted by cases of what is considered as cases of necessity, which require from the rulers or the men of public authority good measure and quick action to face the dangers arising from it, otherwise the Islamic state and individuals will be exposed to dangers that may arise. storming public reconciliation. Here, we find that the Islamic Sharia - which in its rulings adhered to the principle of taking care of people's interests under any consideration and in all cases - had approved and authorized at an early age when modern laws preceded by several centuries the taking of some exceptional measures required by the situation, which guarantee the realization of the mentioned principle even if it would lead to exit About some of the rulings that God Almighty initially legislated, and which were clearly indicated by the noble Qur'anic texts and the honorable Sunnah of the Prophet. money, mind, and offspring, and they argued that preserving these five necessities makes it permissible to violate the legal duties, after they derived rules, conditions and restrictions for them from the sources of legal ruling.

The necessity theory in administrative law is also one of the theories that represent a major center in the world of law due to its importance from both a scientific and practical point of view. It is legally permissible, necessarily, that injustice does not happen to those to whom management procedures are applied under those circumstances.

مقدمة :

إن مقتضيات الضرورة تمتد جذورها الى زمن بعيد جداً في العلاقات الإنسانية وبصورة أكثر وضوحاً عند ظهور فكرة السلطة وأساليب ممارستها .فالظروف الاضطرارية تنشئ تعارضاً حتمياً بين نص قانون معين وبين ما تقتضيه طبيعة البشر وما جبلت عليه من ضرورة المحافظة على الحياة وذلك أمر ملازم للإنسان منذ نشأته الاولى حتى الوقت الحاضر، وقد عرفت الاديان السماوية فكرة الضرورة كما نظمتها قواعد الشريعة الاسلامية وتناولتها الاحاديث النبوية ووضع لها الفقهاء المسلمون أصولاً وقواعد كلية في مجال العبادات والمعاملات ،أما على مستوى القانون الوضعي فإن نظرية الضرورة بدأت أولاً في دراسات الفقه الجنائي فإذا كان مسلماً أن القانون الجنائي قديم جداً في صورته البدائية فإن حالة الضرورة جاءت منسجمة في قدمها مع قدم القانون الجنائي إلا ان هذه الفكرة لم يتأخر ظهورها طويلاً في فقه القانون المدني ومن ثم فقه القانون الدولي العام وكذلك القانون الإداري، وقد بدأنا الحديث عن نظرية الضرورة في مجال الشريعة الإسلامية باعتبار أنها أولت هذه النظرية اهتماما كبيراً ووضعت القواعد الفقهية لإعمالها. ثم نتحدث ثانياً عن هذه النظرية في القانون الإداري.

أهمية البحث: تكمن أهمية هذا البحث في ميدان الشريعة والقانون لاسيما في الدولة القانونية التي تحكمها قواعد المشروعية في تصرفاتها القانونية كافة بحيث تصبح هذه القواعد قيودا مشددة على أداء السلطات العامة في الدولة عند مواجهتها لظروف غير اعتيادية يصعب معها احترام النصوص الدستورية والقانونية السائدة في الظرف العادي لذا جاءت دراستنا للإحاطة بهذه النظرية حيث يسود الدولة الحديثة مبدأ مهم يحكم علاقاتها بالأفراد ويهدف الى إقامة التوازن بين حقوق الافراد وحرياتهم وبين ما للدولة من سلطات وقدرات، وهذا المبدأ هو ما يعرف بمبدأ المشروعية ومقتضى مبدأ المشروعية أنه يجب على كل سلطة من السلطات العامة في الدولة أن تتقيد في تصرفاتها بالقانون فلا تكون أعمالها وقراراتها صحيحة وملزمة للأفراد إلا بقدر التزامها حدود الاطار القانوني الذي تعيش الجماعة في ظله.

مشكلة البحث: إن الإشكالية الرئسة تنطلق في هذه الدراسة بالبحث عن مدى إمكانية تطبيق نظرية الضرورة وبالتحديد القواعد الفقهية في الشريعة الإسلامية ولوائح الضرورة التي تصدرها السلطة التنفيذية في الدولة على الظروف الطارئة.

أهدف البحث: يهدف هذا البحث إلى التعريف بماهية الضرورة، وصورها ومبرراتها وشروط تطبيقها، وإلى معرفة الفروق بين معالجة الشريعة الإسلامية لنظرية الضرورة ة ومعالجتها في القانون الوضعي، كما يهدف هذا البحث إلى بيان كيف أن الشريعة الإسلامية عالجت تلك النظرية بطريقة محكمة لتضمن حقوق الناس في حالة الضرورة وعدم قدرة المشرع الدستوري معالجتها بنفس الكيفية مع أنه استمد المبادئ الأساسية للنظرية من الشريعة الإسلامية من خلال مبدأين رئيسيين هما: (الضرورات تبيح المحظورات- وأن الضرورة تقدر بقدرها) وهذا المبدأ الأخير يقتضي أن يكون الإجراء متناسبا مع الضرورة التي اقتضته.

منهجية البحث: اعتمد الباحث على اتباع أسلوب المنهج الاستقرائي القائم على الأسلوب الوصفي والتحليل العلمي من خلال النصوص التشريعية والنصوص القانونية للإصدار تشريعات الضرورة، ومدى الحاجة إلى إصدار مثل تلك التشريعات سواء في الظروف العادية أو الظروف الطارشة، والصلاحيات المنصوص عليها في الدستور لإصدار تشريعات الضرورة، وذلك من خلال الرجوع إلى المراجع القانونية المتخصصة والدراسات والبحوث والمقالات ذات الصلة، وسيتم الاعتماد على الأسلوب التحليلي العلمي للنصوص التشريعية والقانونية لتحديد ما الحالة التي تستدعي إصدار تشريعات ضرورية من قبل السلطة التنفيذية والسند القانوني لإصدارها. كذلك تم الاستعانة بالمنهج المقارن وذلك لمعرفة هذه النظرية وتأصيلها بين كل من الشريعة الإسلامية والقوانين.

خطة البحث: ولبيان ما سبق فإن طبيعة البحث تقتضي تقسيمه إلى مبحثين:

المبحث الأول: نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية.

المطلب الأول: مفهوم نظرية الضرورة.

المطلب الثاني : العلاقة بين الضرورة وما يقاربها من المصطلحات

المطلب الثالث: مبررات تطبيق نظرية الضرورة

المطلب الرابع: شروط تطبيق نظرية الضرورة

المبحث الأول: نظرية الضرورة في القانون الإداري.

المطلب الأول: مضمون نظرية الضرورة

المطلب الثاني: مبررات نظرية الضرورة

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الضرورة

المطلب الرابع: مقارنة بين نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المبحث الثاني

نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية

إذا كانت نظرية الضرورة تعد نظرية قضائية المولد والنشأة أسسها مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن الفقه الإسلامي قد شيَّد نظرية الضرورة التي تلقى تطبيقاً لها في المجالات المختلفة ومنها المجال المتعلق بنشاط الإدارة، حيث لم تقتصر الشريعة الإسلامية على التشريع في الظروف العادية بل أخذت في الاعتبار ما قد تمر به المجتمعات من ظروف غير مألوفة، حيث قررت صراحة إباحة الخروج على الأحكام التي شرعها الله تعالى في حالة الضرورة.(1)

ولا غرابة في ذلك، فالشريعة الإسلامية الغراء تقوم على الوحي الإلهي والمبادئ الخلقية السامة منذ بداية عهد الدعوى حينما كلف الله تعالى سيدنا محمد ﷺ بحمل أمانة الدعوى، ومبادئ العدل والرحمة تملئ جنبات المجتمع الإسلامي في شتى المجالات وكان ﷺ هو القدوة في ذلك.

ولما كان الفكر الغربي يتباهى بأنه صاغ النظريات الحديثة، إلا أن الفقه الإسلامي قد تمكن منذ أمد بعيد من التوفيق بين مصالح الفرد والجماعة بطريقة عجزت عنها القوانين الوضعية ودليل ذالك كثرة هذه القوانين وإجراء التعديلات فيها باستمرار لتواجه ما لم تتداركة من حالات حال صدورها، في حين أن القواعد الكلية للتشريع الإسلامي ومبادئه العامة ما زالت وستظل قائمة توفي بحاجات البشر خلال اجتهادات الأمة للمسلمين.(2)

فالله عز وجل أنزل القواعد المحكمة الأبدية الدائمة التي لا تقبل تبديلاً ولا نسخاً ولا تغييراً. ومع ذلك فإن الله تبارك وتعالى أعقب هذه الأحكام الدائمة التي تطبق في الظروف العادية بأحكام أخرى، تطبق في الظروف الاستثنائية، حرصاً على حياة الناس، ومحافظة على حقوقهم.قال تعالى:﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾(3)وقوله جل وعلا ﴿مَا يُرِيدُ ٱللَّهُ لِيَجْعَلَ عَلَيْكُم مِّنْ حَرَجٍ﴾. (4)حيث إن من مقاصد الإسلام – التي دل استقراء النصوص الشرعية عليها– هي تحقيق مصالح العباد ودرء

(1) د. الخولي، عمر؛ د. صباح المصري ، (1433هـ/2012م) مبدأ المشروعية بين الشريعة الإسلامية وبين النظم الوضعية، دراسة مقارنة، مع تطبيقات عملية لرقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في كل من مصر والمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ص 287.

(2) د. عافية ، أحمد ، مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، الطبعة الأولى، 2001م، ص 639، 640.

(3) سورة البقرة، من الآية رقم (185).

(4) سورة المائدة، من الآية رقم (6).

المفاسد والأضرار عنهم في العاجل والآجل.[1] وعلى اعتبار أن نظرية الظروف الاستثنائية تُعد بمثابة تطبيق لنظرية الضرورة في مجال القانون الإداري فسوف نقوم بتقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: ماهية **الضرورة** في الشريعة الإسلامية.

المطلب الثاني: مبررات تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية.

المطلب الرابع: مقارنة بين نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

المطلب الأول

ماهية نظرية الظروف الاستثنائية

عرفت الشريعة الإسلامية ما يسمى في الفقه المعاصر بنظرية الظروف الاستثنائية تحت مسمى (الضرورة). وتتوقف معرفتنا لحقيقة الضرورة في الفقه الإسلامي على معرفة حقيقتها في اللغة العربية.

الضرورة لغة: الضرورة اسم لمصدر الإضرار ومعناها: الاحتياج إلى الشيء، يقال: اضطره إلى كذا، أي: أحوجه إليه، وألجأه فاضطره، ويقال: الضرورة، والضارة، والجمع: ضرورات.[2]

والخلاصة أن الضرورة في اللغة تأتي بمعان من أهمها ما يلي: [3]

الأول: الضرورة بمعنى الحاجة، يقال: رجل ذو ضرورة أي حاجة.

الثاني: الضرورة بمعنى الضيق، يقال: اضطر فلان إلى كذا يعني: ضاق به الأمر حتى اضطر إلى كذا.

الثالث: الضرورة بمعنى المشقة.

الرابع: الضرورة بمعنى الضرر، أو المبالغة في الضرر.

---

(1) الزيني ، محمود محمد عبد العزيز ، (1993) الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها-أحكامها-آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، ص12.

(2) ابن منظور ، جمال الدين(1414هـ،1994) لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة 482/4.

(3) الفيروزآبادى ، مجد الدين(1426 هـ، 2005م) القاموس المحيط مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة ، ص 428

الضرورة اصطلاحاً: يراد بالضرورة عند الفقهاء أو الأصوليين: الحاجة الشديدة إلى مخالفة الحكم الشرعي.[1]وقد تضمن هذا التعريف قيدين:

الأول: أن الضرورة حاجة ملجئه لا مدفع لها، وهذا ما دل عليه المعنى اللغوي.

الثاني: أن الضرورة عذر معتبر شرعاً، وسبب صحيح من أسباب الترخيص، يقتضي مخالفة الحكم الشرعي.

وعرفها البعض:" بأنها الحاجة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً".[2]

وقد عرف البعض الضرورة بأنها: " أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس، أو بالعضو، أو بالعرض، أو بالعقل، أو بالمال وتوابعها، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ضنه ضمن قيود الشرع. [3]وذهب البعض بأن الضرورة: "هي خوف الهلاك على النفس أو المال".[4]فكلما وقع الإنسان في مضرة شديدة ووجدت المهلكة، جاءت الشريعة الإسلامية بالتخفيف والتيسير ورفع الحرج. قال تعالى: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾[5]

ويتبن أنه متى طرأت حالة من الخطر أو المشقة مما يؤدي إلى أن يخاف معها وقوع الضرر الشديد أو الهلاك على أحد الضروريات وهي: النفس والعرض والمال والعقل والدين، فإن المحرم يكون مباح بقدر الحاجة فالضرورات تبيح المحظورات.

وعلى ذلك فإن الضرورة بالنسبة للدولة الإسلامية (الظروف الاستثنائية) تنصرف إلى كل حالة استثنائية تطرأ على الدولة الإسلامية بحيث لو لم تراعها لجُزِمَ أو خيف أن تتعرض مصالحها الأساسية للخطر أو الضياع. [6]

(1) د. خطاب ، حسن السيد ،(1430) قاعدة الضرورة تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، رجب -، ص 154.
(2) حيدر ، على ،(1423هـ،2003م) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب، 38/1.
(3) د. الزحيلي، وهبه ،(1418هـ، 1997م) نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة، ص67،68.
(4) د. قاسم، يوسف ،(1413هـ، 1993م) نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، ص 80.
(5) د سورة البقرة، من الآية رقم (185).
(6) د. عافية، مبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، مرجع سابق، ص 654.

أدلة مشروعية نظرية الضرورة :الشريعة الإسلامية بجميع مكوناتها تعالج جميع الظروف سواء أكانت عادية أم استثنائية، ويوضحها ويفصلها بجميع أركانها سواء أكان ذلك في كتاب الله عز وجل أم في السنة النبوية أم غيرها من المصادر الشرعية الموثوقة.

أولا: القرآن الكريم: قال تعالى: ﴿ إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[1]وقال تعالى: ﴿ حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[2]وقال تعالى: ﴿ قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴾[3]وقال تعالى: ﴿ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ﴾[4]

فهذه الآيات تبين حرمة تناول الميتة ونحوها من المطعومات، إلا في حالة استثنائية وهي حالة الضرورة حفاظاً للنفس من الهلاك، ويذكر البزدوي أن الله تعالى استثنى حالة الضرورة، والاستثناء من التحريم إباحة، إذ الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة.[5]ويتبين لنا أن التشريع الإسلامي قد بني على التخفيف والتيسير ورفع الحرج عن الناس في أحكام الشرع .

ثانياً: السنة النبوية: يقول عليه الصلاة والسلام: «لا ضرر ولا ضرار».[6]

ووجه الدلالة: هو وجوب إزالة الضرر، ومن ثم يزال الضرر، ولو بإباحة المحظورات.[7]

---

(1) سورة البقرة، آية رقم (173).
(2) سورة المائدة، آية رقم (3).
(3) سورة الأنعام آية رقم (145).
(4) سورة الأنعام،آية رقم (119).
(5) د. المطيرات عادل مبارك ،(2001م) أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، ص 43.
(6) رواه ابن ماجه حديث رقم (2340) والحديث صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة برقم (250) 443/1.
(7) د. خطاب، حسن السيد،(1430هـ) قاعدة الضرورة تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، رجب -، ص 171.

– ماروي عن أبي واقد قال:" قلت يارسول الله إنا بأرض يصيبنا فيها مخمصة، فما يحل لنا من الميتة؟ قال:"إذا لم تصطبحوا (تشربوا أول النهار) أو لم تغتبقوا (تشربوا آخر النهار) ولم تحتفئوا بقلاً فشأنكم بها". (1)

ووجه الدلالة من الحديث: إذا لم تجدوا ألبنة تصطبحونها، أو شراباً تغتبقونه، ولم تجدوا بعد عدم الصبوح والغبوق بقلة تأكلونها، حلت لكم الميتة. (2)

وهذه بعض الأحاديث الواردة في بيان الضرورة وغيرها كثير، حيث وردت أحاديث في الصيود والذبائح، تجيز الأكل منها في حالة الضرورة، كما وردت أحاديث تبيح مال الغير حال الضرورة، وأحاديث في حال الدفاع عن النفس أو المال أو العرض وغيرها مما يدل على مراعاة الشريعة للضرورة مراعاة تامة مما يتوافق مع المقصد العام للشريعة وهو دفع الضرر عن الإنسان ورفع الحرج والمشقة عنه، وجلب المصلحة له.

ثالثاً: الإجماع:

أجمع الصحابة وفقهاء المسلمين على العمل بأحكام نظرية الضرورة، فقد جرى الصحابة على سنة الرسول ﷺ في عدم تطبيق الحكم الشرعي حالة تعارضه مع حكم مبدأ أقوى منه وهو الضرورة أو الظروف الاستثنائية، ولم يقفوا عند حد عدم تطبيق حد السرقة في زمن الحرب كما فعل الرسول ﷺ، فقد أمر سعد بن أبي وقاص ﷺ قائد جيش المسلمين في حرب الفرس بتأجيل إقامة حد الشرب على أبي محجن الثقفي؛ خشية أن تأخذه العزة بالإثم فيلتحق بجيش الأعداء فيهلك، ثم لما رأى حسن بلائه في المعركة امتنع عن إقامة الحد عليه. (3)

كذلك نهى عمر بن الخطاب ﷺ عن قطع يد السارق معطلاً تنفيذ حد السرقة في عام الرماة، مع أن النص عام وشامل لا يفرق بين زمن الراء أو زمن القحط والمجاعة، ولكن عمر ﷺ أدرك أن هناك ظروف استثنائية وهو المجاعة والقحط بالجزير العربية إبان خلافته يقضي بتعطيل إقامة الحد؛ لأن الجزاء المنصوص عليه للسارق لا يبرره إلا أن يكون السارق قد سرق لغير حاجة، أما إذا حل به

(1) مسند الإمام أحمد حديث رقم (21898) 227/36.
(2) د. المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة، 2001م.، ص43. د. خطاب، قاعدة الضرورة تبيح المحظورات، مرجع سابق، ص 171.
(3) د. مرسي ، عبد الله ،(1392هـ، 1972م) القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون في الإسلام، دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية، ص259.

الالعوز والجوع فإن العدالة تقتضي بعدم استحاقة لذلك الجزاء. [1]

والواقع أن ما قام به عمر ﷺ لا يُعد تعطيلاً لحكم من أحكام الشريعة الإسلامية بقدر ما هو إعمال لقواعدها التي تقتضي أن الضرورات تبيح المحظورات،وأن المجاعة تُعد بمثابة (الشبهه) التي من شأنها أن تدرأ تنفيذ الحدود.

رابعاً: القواعد الكلية والأصول الشاملة في الشريعة الإسلامية:

إلى جانب هذه الأدلة من الكتاب ومن السنة القواعد الفقهية الإجمالية المعتبرة عند فقهاء الإسلام، فإنهم يردون الفقه كله إلى خمس قواعد.ومن ضمن هذه القواعد:

1-الضرر يزال والمشقة تجلب التيسير: فقوله: "الضرر يزال" هذه قاعدة شرعية أدلتها كثيرة جداً، أي: أن أي ضرر ينبغي السعي في إزالته. قال تعالى ﴿ فَإِنَّ مَعَ ٱلۡعُسۡرِ يُسۡرًا ﴾.[2]

فالصعوبة والعناء والشدة التي يجدها المكلف في تنفيذ الحكم الشرعي تصير سبباً شرعياً صحيحاً للتسهيل والتيسير والتخفيف بوجه عام، فالشارع الحكيم لا يكلف الإنسان بفعل مشقة عظيمة كمشقة الخوف على النفوس والأعضاء، لما في ذلك من إتلاف للبدن أو إضعاف له، وهذا غير مقصود للشارع الذي أمر بحفظ النفس والبدن. فيكفي مثالاً في الترخيص بالفطر أن يتضرر الصائم بالصوم تضرراً يمنعه من ممارسة تصرفاته المعتادة، ويكفي في إباحة القعود في الصلاة ما يضعف الخشوع الواجب في الصلاة إذا صلى قائما.[3]

وبمقتضى هذه القاعدة فإن الصعوبة إذا وجدت في شيء من الأشياء كانت سببًا شرعيا صحيحًا للتسهيل والتخفيف ورفع المعاناة عن المكلف عند تنفيذ الأحكام بوجه ما. قال تعالى: ﴿ يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ ﴾[4]وقال تعالى: ﴿ وَلَا تَحۡمِلۡ عَلَيۡنَآ إِصۡرٗا كَمَا حَمَلۡتَهُۥ عَلَى ٱلَّذِينَ مِن قَبۡلِنَاۚ ﴾[5]وقال رسول اللهﷺ «إن الدين يسر، ولن يُشادَّ الدين أحد إلا غلبه» [6] وقالﷺ فيما أخرجه الشيخان من حديث أبي هريرة وغيره: «إنما بعثتم مُيسِّرين، ولم تُبعثوا معسرين».[7]وما روى

(1) د. الحكيم، سعيد عبد المنعم ، (1976م) الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه، الطبعة الأولى، ص 150، 151.
(2) سورة الشرح، آية رقم (5).
(3) د. الزحيلي ، وهبه ،(2004م) أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دمشق، دار الفكر المعاصر، ص 61-65.
(4) سورة البقرة، من الآية رقم (185).
(5) سورة البقرة، من الآية رقم (286).
(6) صحيح البخاري، كتاب الايمان، باب الدين يسر، حديث رقم (39) 16/1.
(7) صحيح البخاري، كتاب الوضوء، باب صب الماء على البول في المسجد، حديث رقم (220) 54/1.

البخاري عن أنس عن النبيﷺقال: «يسروا ولا تعسروا، وبشروا ولا تنفروا».[1]

ويجب أن يُعلم أنَّ "المشقة تجلب التيسير" إذا لم يوجد نصٌّ في المسألة المفروضة، أما إذا وُجِدَ فيها نصٌّ فلا يجوز العمل على خلاف النص بداعي جلب التيسير وإزالة المشقة، أو لمراعاة المصلحة.

2- الضرورات تبيح المحظورات: الضرورة هي العذر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع. والمباح شرعا هو الشيء الذي يجوز تركه وفعله في نظر الشرع، والمقصود من المباح هنا ما ليس به مؤاخذة، وأن إباحة الضرورة للمحظورات تسمى في علم أصول الفقه رخصة. [2]

ومعنى هذه القاعدة: أن الممنوع شرعاً يباح عند الضرورة وهي الحاجة الشديدة فعند وجود الحاجة الشديدة والاضطرار يجوز تناول الممنوع شرعاً. قال تعالى:﴿ **وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ** ﴾[3] وقوله تعالى:﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ** ﴾[4] كجواز أكل الميتة ولحم الخنزير حفاظاً للنفس من الهلاك، وجواز التلفظ بكلمة الكفر عند الإكراه، جواز أخذ رب الدين من مال المدين الممتنع من أداء الدين بغير إذنه إذا ظفر بجنس حقه.[5]

3-الضرورة تقدر بقدرها: ومعني هذه القاعدة: أن كل ما أبيح للضرورة من فعل أو ترك فإنما يباح بالقدر الذي يدفع الضرر والأذى، ومعنى الإباحة رفع المؤاخذة لا الضمان.[6]

وبمعنى آخر إنه إذا اضطر الإنسان لفعل محظور، فليس له أن يتوسَّع في فعل المحظور بل يقتصرنه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط، وهذه القاعدة تعتبر قيداً للعموم والتوسع المفهوم من قاعدة الضرورات تبيح المحظورات. فالمحظور يباح بالقدر الذي تندفع به؛ ولأن مجاوزة ما تندفع به الضرورة وقوع في الحرام، والدليل قوله تعالى: ﴿ **فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ** ﴾[7] وقوله تعالى: ﴿ **غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ** ﴾.[8] وعلى هذا فإن الآيات القرآنية تشير إلى أن الجائز عند الضرورة هو مقدار ما يدفع به الضرورة لأن الإباحة ضرورة فتقدر بقدرها.

---

(1) صحيح البخاري، كتاب الأدب، حديث رقم (6125) 30/8.
(2)حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 37.
(3) سورة الأنعام آية رقم (119).
(4) سورة البقرة، آية رقم (173).
(5) د. المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص 47.
(6)عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، 2001م، ص153،
(7) سورة البقرة، آية رقم (173).
(8) سورة المائدة آيه رقم (3).

فالجائع المضطر للأكل لا يتناول من المحرم إلا بقدر سد الرمق، ولا يجوز للطبيب أن ينظر إلى العورة عند المداواة إلا بقدر الحاجة ولا تداوى المرأة عند رجل إذا كانت هناك امرأة للطب لقلة المخاطر في إطلاع الجنس على جنسه، ومن جاز له اقتناء كلب للصيد لم يجز له أن يقتني زيادة على القدر الذي يصطاد به.[1]

4- **الميسور لا يسقط بالمعسور:** ومعنى هذه القاعدة: أن المأمور به إذا لم يتيسر فعله على الوجه الأكمل الذي أمر به الشرع لعدم القدرة عليه، وإنما يمكن عفل بعضه فيجب فعل البعض المقدور عليه ولا يترك بترك الكل الذي يشق فعله.

وقد دل على ذلك قوله تعالى: ﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ ﴾[2] وقوله تعالى﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَاۚ ﴾[3] وقوله ﷺ: لعمران بن الحصين رضي الله عنه: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا، فإن لم تستطع فعلى جنب».[4].

المطلب الثاني

العلاقة بين الضرورة وما يقاربها من المصطلحات

سنتكلم عن العلاقة بين الضرورة وما يقاربها من المصطلحات وذلك من خلال ثلاثة فروع وفق التفصيل الاتي:

الفرع الأول : العلاقة بين الضرورة والحاجة

.الفرع الثاني: .العلاقة بين الضرورة والرخصة

الفرع الثالث: . العلاقة بين الضرورة والمشقة.

(1)عافية، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص 153.
(2) سورة البقرة، من الآية رقم (286).
(3) سورة الطلاق، من الآية رقم (7).
(4) أخرجة البخاري في صحيحة، كتابك أبواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، حديث رقم (1117) 48/2. أخرجة أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب في صلاة القاعد، حديث رقم (878) 109/4.

الفرع الأول

العلاقة بين الضرورة والحاجة

تتفق الضرورة والحاجة في أن كلا منهما يستدعي التيسير والتخفيف؛ حيث إن الضرورة والحاجة يشتركان في معنى واحد، وهو أصل المشقة، إلا أنهما يختلفان في مقدار المشق[1] ذلك أن المشقة في باب الضرورة مشقة فادحة غير عادية؛ إذ يترتب عليها التلف أو ما يقاربه، فالضرورة هي الحالة الملجئة التي لابد منها، فهي تستدعي إنقاذا ودفعا للهلاك .

وأما المشقة في باب الحاجة؛ فإنها مشقة محتملة عادية، لا يترتب عليها الهلاك والتلف، وإنما يحصل معها الحرج والضيق، فالحاجة تستدعي تيسيرا وتسهيلا لأجل الحصول على المقصود. ودفع هذه المشقة أو تلك يدخل تحت باب المصالح، ومن هنا كانت المصالح تنقسم إلى مصالح ضرورية ومصالح حاجية وأخرى تحسينية.

فالمصالح الضرورية نسبة إلى الضرورة، كما أن المصالح الحاجية نسبة إلى الحاجة

قال الشاطبي في بيان النوع الأول وهو المصالح الضرورية: "فأما الضرورية؛ فمعناها أنها لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجر مصالح الدنيا على استقامة، بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين "[2]

ويقول في بيان النوع الثاني وهو المصالح الحاجية: "وأما الحاجيات؛ فمعناها أنها مفتقر إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل المكلفين ــ على الجملة ــ الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة. [3] وبهذا يظهر جليا أن المشقة الواقعة في باب الحاجة أدنى رتبة من المشقة الواقعة في باب الضرورة . وقد"جعل بعضهم المراتب خمسة: ضرورة، وحاجة، ومنفعة، وزينة، وفضول . فالضرورة: بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب؛ كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي

(1) السيوطي، الأشباه والنظائر، مرجع سابق ٨٠-٨١.
(2) الشاطبي، إبراهيم بن موسى،(1417هـ،1997م،) الموافقات تحقيق: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى 17/2-18.
(3) الشاطبي، الموافقات21/2

جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو . وهذا يبيح تناول المحرم .

والحاجة: كالجائع الذي لو لم يجد ما يأكل لم يهلك غير أنه يكون في جهد ومشقة . وهذا لا يبيح المحرم . وأما المنفعة: فكالذي يشتهي خبز الحنطة ولحم الغنم والطعام الدسم .

وأما الزينة: فكالمشتهي الحلو المتخذ من اللوز والسكر والثوب المنسوج من حرير وكتان . وأما الفضول: فهو التوسع بأكل الحرام أو الشبهة؛ كمن يريد استعمال أواني الذهب أو شرب الخمر. [1]

والحاصل أن الضرورة هي أعلى المراتب ثم تأتي الحاجة . وقد ترتب على هذا الفرق أثر عظيم؛ حيث إن الضرورة يباح معها الإقدام على ارتكاب المحظور في سبيل دفعها، وهذا ما دلت عليه قاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات. وهذا بخلاف الحاجة فإنها لا تبيح ارتكاب المحظور، لكنها تستدعي تيسيرا وتخفيفا، وقد تنزل الحاجة منزلة الضرورة في الترخص لأجلها بارتكاب المحظور .

وقد ورد في هذا المعنى قاعدة: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة) وفي لفظ: (الحاجة تنزل منزلة الضرورة؛ عامة كانت أو خاصة. [2] ومن الأمثلة على الحاجة العامة: "مشروعية الإجارة، والجعالة، والحوالة، ونحوها جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة وفي الثانية من الجهالة وفي الثالثة من بيع الدين بالدين؛ لعموم الحاجة إلى ذلك والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة. [3] ومن الأمثلة على الحاجة الخاصة: تضبيب الإناء بالفضة لإصلاح موضع الكسر، ولبس الحرير لحاجة الجرب والحكة ودفع القمل. [4]

شروط تنزيل الحاجة منزلة الضرورة : [5] إذا تقرر أن الحاجة عامة كانت أو خاصة تجعل في منزلة الضرورة في جواز الترخيص لأجلها فإن هذا ليس على إطلاقه، وإنما يشترط لذلك أن تتصف هذه الحاجة بقدر من الشدة الزائدة والمشقة الظاهرة . وذلك بأن يعم البلاء بهذه الحاجة ويكثر، أو يجري عليها تعامل، أو يرد في ذلك نص، أو يكون لها نظير في الشرع يمكن إلحاقه به Kومن هنا يتبين أن الحاجة التي تنزل منزلة الضرورة ليس فيها ــ بحسب الغالب ــ مخالفة لنص معين، أما الضرورة فإنها من قبيل الأحكام الاستثنائية، التي وردت على خلاف النص . ولذلك فالحاجة إنما تعتبر في

(1) السيوطي، الاشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 85

(2) السيوطي، الاشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 88.

(3) الاشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 88.

(4)الاشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 85.

(5) الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص ١٥٥-١٥٦

موضع لا نص فيه، بخلاف الضرورة فإنها تعتبر في موضع النص. [1] وقد انبنى على هذا الفرق أثر كبير؛ حيث إن الترخص لأجل الضرورة مؤقت بزمن محدد، وهو قيام العذر، ثم إنه خاص للمضطر دون غيره، بخلاف الترخص لأجل الحاجة فإنه ــ في الغالب ــ يأخذ صفة الدوام والاستمرار؛ إذ ينتفع به المحتاج وغيره، سواء مع وجود الحاجة أو عدمها.

الفرع الثاني

العلاقة بين الضرورة والرخصة

يشترك كل من الضرورة والرخصة في كونهما سببا شرعيا للتسهيل والتيسير ورفع المشاق،إلا أن التسهيل في باب الضرورة يختص بالحاجة الشديدة الملجئة، وذلك بخلاف التسهيل في باب الرخصة فإنه أعم؛ إذ هو يشمل الحاجة الشديدة الملجئة ويشمل غيرها من الأعذار الموجبة للتخفيف والترخص .بيان ذلك أن الرخصة في اصطلاح الأصوليين هي: الحكم الثابت على خلاف الدليل الشرعي لمعارض راجح. [2] وللرخصة أسباب كثيرة، منها: الجهل والنسيان والسفر والمرض والاضطرار .

ومن هنا يظهر أن الضرورة أو الاضطرار سبب من أسباب الرخصة،وبهذا النظر يمكن أن نقول: إن الرخصة أعم مطلقا من الضرورة؛ فكل ضرورة رخصة، وليس كل رخصة ضرورة .فالعلاقة إذن بين الضرورة والرخصة هي العموم والخصوص المطلق.

الفرع الثالث

العلاقة بين الضرورة والمشقة

تشترك الضرورة في واحد من معانيها اللغوية مع المشقة؛ إذ تأتي الضرورة في اللغة بمعنى المشقة، وقد تقدم بيان ذلك في التعريف اللغوي . ومن هذا الوجه فالضرورة والمشقة مترادفان؛ إذ هما بمعنى واحد ، وأما بالنظر للمعنى الشرعي للضرورة فإن المشقة أعم من الضرورة؛ حيث إن المشقة على مراتب :

الأولى: المشقة العظيمة الفادحة؛ كمشقة الخوف على النفوس والأطراف ومنافع الأعضاء

الثانية: المشقة الخفيفة؛ كأدنى وجع في إصبع، وأدنى صداع في الرأس .

---

(1)الاشباه والنظائر، مرجع سابق، ص 83.

(2)الإحكام للآمدي: ١٣٢/١

الثالثة: مشقة متوسطة بين هاتين المرتبتين؛ كحمى خفيفة، ووجع الضرس اليسير ولا ضبط لهذه المراتب إلا بالتقريب. بخلاف الضرورة الشرعية؛ فإنها خاصة بالمشقة الفادحة العظيمة . ومن هذا الوجه فإن العلاقة بين الضرورة والمشقة هي العموم والخصوص المطلق؛ إذ المشقة أعم مطلقا من الضرورة؛ حيث إن كل ضرورة مشقة، وليس كل مشقة ضرورة.

المطلب الثالث

مبررات نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية

تستند نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية إلى أصلين أساسيين بيانها كتالي:

الأصل الأول: فكرة الضرورة التي تقرها الشرائع الإلهية بل والتشريعات الوضعية وتُعد ركيزة أساسية تبنى عليها الشريعة كثيراً من أحكامها وسبباً من أسباب الرخص التي قررها الله سبحانه وتعالى تيسيراً على عبادة ورفعاً للحرج عنهم.

وقد قسم الأصوليون الحكم التكليفي باعتبار عمومه رخصة وعزيمة.

الرخصة في اللغة: عبارة عن السهولة واليسر يقال رخص السعر إذا كثرت السلع وتيسر شراؤها. وأما الرخصة بفتح الخاء فهو الشخص الآخذ بها.[1]

وفي الاصطلاح: فقد عرفها بعض الأصوليين بأنها: "الحكم الثابت على خلاف الدليل لعذر"[2]

أو هي: "الأحكام التي شرعها الله تعالى بناء على أعذار العباد، رعاية لحاجتهم، مع بقاء السبب الموجب للحكم الأصلي".[3]أو هي: الحكم المتغير إلى السهولة لعذر، مع قيام السبب للحكم الأصلي. وذلك كقصر الصلاة في السفر، فإن الدليل يقتضي وجوب الصلاة تامة بدخول الوقت، فقصر الصلاة الرباعية في السفر المبيح للقصر ثابت على خلاف الدليل الأصلي لعذر وهو المشقة.

أي أن الحكم تغير من الصعوبة وهي الإتمام في الحضر، إلى السهولة وهي القصر في السفر، لعذر المشقة التي راعاها الشارع، مع قيام السبب للحكم الأصلي، وهو دخول الوقت الذي به يستقر التكليف

([1]) ابن منظور، لسان العرب 40/7، الفيروز آبادي القاموس المحيط، 304/2.

([2]) الآمدي ، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي ، الإحكام في أصول الأحكام تحقيق: عبد الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت- دمشق- لبنان، 1/ 132.

([3]) المقدسي ، ابن قدامة،(1423هـ،2002م) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام بن حنبل، أحمد أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية 189/1.

الأصلي.وهذه الرخصة لا بد لها من دليل شرعي تثبت به وتستقر وإلا لما جاز الإعراض عن الدليل الأصلي.وهذا هو المراد بالقول: "الحكم الثابت" أو "الأحكام التي شرعها الله تعالى" فإن الحكم الجديد لو لم يقم عليه دليل شرعي لم يكن من قبيل الرخصة أو لما كان ثابتاً.

والحكم الثابت على خلاف الدليل، أعم من أن يكون ثابتاً على خلاف الدليل المقتضي للتحريم، كأكل الميتة للمضطر. أو ثابتا على خلاف الدليل المقتضي للوجوب، كترك الصيام في السفر، أو ثابتًا على خلاف الدليل المقتضي للندب، كترك صلاة الجماعة بعذر المطر، والمرض، ونحوهما.[1]

فالضرورة صورة من صور الرخصة، والضرورة إذا كانت في نطاق الأفراد قد تقتضي التخفيف والتيسير إلا أنها بالنسبة للدولة الإسلامية قد تفرض اتخاذ إجراءات استثنائية كتقييد الحريات أو اتخاذ إجراءات رادعة أو تشديد العقوبات إلى غير ذلك مما تفرضه الضرورة حفظاً لكيان الدولة الإسلامية ومصالحها الأساسية، وعلى ذلك فإن الضرورة بالنسبة للدولة الإسلامية تنصرف إلى كل حالة استثنائية تطرأ على الدولة الإسلامية بحيث لو لم تراعها لجزم أو خيف أن تتعرض مصالحها الأساسية للخطر والضياع.[2]

فقصر الصلاة الرباعية في السفر المبيح للقصر ثابت على خلاف الدليل الأصلي لعذر وهو المشقة.

أي أن الحكم تغير من الصعوبة وهي الإتمام في الحضر، إلى السهولة وهي القصر في السفر، لعذر المشقة التي راعاها الشارع، مع قيام السبب للحكم الأصلي، وهو دخول الوقت الذي به يستقر التكليف الأصلي

والعزيمة: هي الأحكام التي شرعها الله تعالى إبتداً لتكون قانوناً عاماً ملزماً لكل المكلفين وفي جميع الأحوال كالصلاة والصيام والزكاة والحج وسائر شعائر الإسلام التي ألزم الله تعالى العباد بها فإنها مشروعة على سبيل العموم لكل شخص وفي كل حال.[3]

فالعزيمة هي الحكم الأصلي العام الذي يجب تطبيقه في الحالات العادية أما الرخصة فهي الحكم الاستثنائي الذي يطبق في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية.[4]

الأصل الثاني: تحقيق المصالح الأساسية لرعاية المجتمع الإسلامي في دنياه وأخراه، وذلك حفظاً

(1) د. الزحيلي، محمد مصطفى،(1427 هـ ، 2006م) الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، الطبعة: الثانية، /435.
(2) د. النادي، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 93.
(3) الشاطبي، الموافقات 1/ 464.
(4) د. السناري، محمد عبد العال مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة، مرجع سابق، ص114، 115.

لمقاصد الشريعة الإسلامية، إذ إن تطبيق نظرية الضرورة في مجال القانون الإداري يفضي إلى الاعتراف للإدارة بسلطة القيام بكافة الإجراءات اللازمة لحفظ النظام العام وحماية المصالح العليا للمجتمع، وضمان السير المعتاد للمرافق العامة التي تؤدي الخدمات للناس، فتصبح تلك الإجراءات مشروعة حتى لو كانت غير مشروعة في الظروف العادية.[1]

المطلب الرابع

شروط تطبيق نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية

الضرورة الشرعية تستوجب الترخيص لفعل ما هو ممنوع فعلاً، أو تركاً إذا تحققت الشروط، وتوافرت الأسباب، وهو حالة استثنائية من تشريع عام يتناسب وعموم المكلفين، في غالب الحالات، ولكنه في بعض الحالات الفردية يمثل ضرراً جسيماً لا يطيقه بعض الأفراد، وفي الترخيص لهم بفعل أو الترك لما يضرهم من الواجبات المعتادة إبقاء للتشريع العام محافظاً به على المصلحة العامة، وضماناً لمصلحة الفرد دون انفلات.

والمهم في كل هذا هو المحافظة على مقاصد الشرع، فالشريعة الإسلامية تسامح في انضباط ومرونة في غير تسيب أو انفلات، وواقعية في غير تدن أو انحطاط.[2]

وعلى ذلك فإن الأخذ بمقتضى الضرورة – كما سبق– ليس على إطلاقة، إذ لا بد من تحقق ضوابط وشروط حتى يصح الأخذ بالضرورة وحكمها، فليس كل من أدعى الضرورة صح له العمل بها.

ولذلك وضع الفقهاء ضوابط وشروطاً للأخذ بمقتضى الضرورة وهي كالآتي:

أولاً: أن تكون الضرورة قائمة بالفعل لا منتظرة:

أي أنه لا بد أن تكون الضرورة محققة الوقوع باليقين أو الظن الغالب، فلا يكفي في ذلك التوهم، بل لا بد من تحقق وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمسة: النفس والعقل والدين والعرض والمال فعندئذ تأخذ الضرورة حكمها.[3]

ودليل ما أقره الفقهاء من قواعد كلية تفيد أن الأحكام الشرعية لا تناط بالظن، ومن ذلك قولهم:

(1) د. الخلوي، المصري، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 293.
(2) د. بو سنان، عبد الوهاب إبراهيم ، (1423) فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص 64.
(3) د. المطيرات، أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، 46
د. خطاب، قاعدة الضرورة تبيح المحظورات، مرجع سابق، ص 175.

"الرخصة لا تناط بالشك "،وإنما باليقين،[1] ولا عبرة بالأوهام، ولا الظنون المرجوحة والاحتمالات البعيدة.[2] ولذلك اشترط الفقهاء في إباحة جرائم الضرورة، أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، فليس للجائع مثلاً أن يأكل من الميتة قبل أن يجوع.

أما إن كانت الضرورة غير حالة أو غير قائمة وكان هناك فسحة من الوقت لا يحل للإنسان الاقتراب من المحرم؛ لأن العلة التي من أجلها أبيح المحرم غير موجودة، وكذلك إن وجدت العلة وزالت لا يصح الأخذ بالرخصة بمجرد زوال العلة. والأصل في ذلك الحكم قاعدة فقهية مشهورة مؤداها: "بأن العلة تدور مع المعلول وجوداً وعدما". [3]

وقد أكد الفقهاء على هذا الشرط للأخذ بالرخصة في استباحة المحرم، إذ بدونه لا تصدق الضرورة ولا تتحقق حالتها هذا في حق الأفراد، وفي حق الجماعة يكتفي بالحاجة. فموضوع الكسب الحرام إذا طَّبق الزمان وأهله ولم يجدوا إلى طلب الحلال سبيلا فلهم أن يأخذوا منه قدر الحاجة، ولا تشترط الضرورة التي نرعاها في إحلال الميتة في حقوق آحاد الناس، بل الحاجة في حق الناس كافة تنزل منزلة الضرورة في حق الواحد المضطر لو صابر ضرورته ولم يتعاط الميته لهلك، ولو صابر الناس حاجاتهم وتعدوها إلى الضرورة لهلك الناس قاطبة، ففي تعدي الكافة الحاجة من خوف الهلاك ما في تعدي الضرورة في حق الآحاد. إذ لا يراعى فيما يعم الكافة الضرورة بل يكفي بحاجة ظاهرة. [4]

ثانيا: أن تكون الضرورة ملجئة:

يعني أن يتحقق فيها الإضرار، بحيث يُخشى منها تلف النفس أو الأعضاء، أو أحد الضروريات الخمس الواجب الحفاظ عليها ورعايتها، وهي الدين والنفس، والعرض، والمال، والعقل كما سبق؛ لأن قوام الحياة بدونها كلها، أو بعضها متعذر، فكان في المساس بها إخلالاً للعدل، ومن ثّم كان لها

(99) السيوطي، جلال الدين ، (1411هـ، 1990م) الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى، ص 141.
(2) الجوزية ، شمس الدين ابن قيم: (1423ه) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى، - 3/ 279
(3) د. الزيني ، محمود محمد عبد العزيز-(1993م) الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها- احكامها-آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الاسكندرية، ، ص93.
(102) د. أبو سنان ، عبد الوهاب إبراهيم،(1423ه) فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، ص 65.

أثرها في إباحة المحظورات.[1]

فالضرورة –كما سبق– هي : "الحاجة الملجئة لتناول الممنوع شرعا". وهذا الإلجاء قد يكون بفعل الغير كما في الإكراه ونحوه، وقد يكون بسبب ظروف طارئة وقوة قاهرة كالمخمصة التي يكون فيها الإنسان أو المجاعة العامة التي يكون فيها الناس. وهذا الممنوع شرعاً الذي يضطر إلى تناوله قد يكون طعاماً أو شراباً، كما قد يكون قتل نفس أو فعل فاحشة أو تلف مال، كما قد يكون الغرض من ارتكاب المحظور دفع هلاك النفس أو تلف المال أو ارتكاب الفاحشة. والمنظور إليه في تحديد حالات الضرورة قد يكون أسباب الضرورة أو ما تندفع به أو الغرض المقصود من دفعها بارتكاب المحظور. والذي نختاره أساساً لتحديد حالات الضرورة، وما تندفع به، أي ما يضطر المضطر إلى تناوله من المحظور.[2]ومن ذلك الاضطرار إلى قول الباطل كالنطق بكلمة الكفر عند الضرورة والاضطرار إلى إتلاف نفس وفعل فاحشة، والاضطرار إلى أخذ المال أو إتلافه.

ثالثاً: أن تبلغ الضرورة درجة عظمى:

بحيث يصبح من المستحيل أن تواجهها السلطات العامة وهيئاتها الإدارية بالتصرفات والقواعد المقررة في الظروف العادية، بمعنى أنه يجب أن يتبين للإدارة أن تمسكها بقواعد المشروعية لحالة السعة والاختيار سيؤدي إلى تهديد حياة الدولة الإسلامية ومصالحها الأساسية للخطر والضياع.[3]

رابعاً: أن تقدر الضرورة بقدرها: ولها الشرط جانبان:[4]

الأول: ألا يتناول من المحظور إلا بقدر ما يدفع الضرر فقط، فإن أسترسل أو توسع حرم قطعًا.

فالمضطر إنا جاز له أن يتناول الحرام بقدر ما يزيل عنه الضرورة، فلا يباح له إلا بالقدر الذي تندفع به، لأن ما زاد عن ذلك القدر لا يصدق عليه حالة الضرورة، فيُبنى على التحريم.

الثاني: أن يتقدّر زمن إباحة المحظور بقدر بقاء الضرورة، وهذا المعنى يفيد أن الضرورة علة وسبب الإباحة المحظور، والحكم يرتبط وجودة بالعلة، فإذا زالت الضرورة زالت الإباحة، وهي

(1) د. قاسم، يوسف، (1413هـ، 1993م)نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، ص 191.
(2) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص91.
(3) د. قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص 183. .
(4) د. قاسم، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص 208. د. خطاب، قاعدة الضرورة تبيح المحظورات، مرجع سابق، ص 180.

الحكم المرتبط وجودة بوجودها، ولا يجوز العمل به في حالة عدم وجود الضرورة.

وعلى ذلك لا بد أن تقتصر الضرورة على الفترة الزمنية التي تحدث فيها الظروف الاستثنائية ولا تمتد إلى ما بعدها.[1]

خامساً: ألا يترتب على العمل بالضرورة ضرر أكبر من الضرر الحاصل بها:

ومعنى ذلك أن الضرر يجب إزالته لكن لا يزال بضرر مماثل، ولا بضرر أكبر منه، وإنما يزال الضرر بضرر أدنى منه فقط، وذلك إعمالاً لقاعدة: "الضرر لا يزال بالضرر".[2] " وقاعدة دفع الضرر الأعلى يتحمل الأدنى"، فلا بد أن يكون يكون ارتكاب المكلف المحظور المرخص فيه من أجل الضرورة أقل مسئولية شرعية وأخف خطورة حسية من الالتزام والأخذ بالتشريع العام (العزيمة)، فالضرورات لا تبيح كل المحظورات، بل يجب أن تكون كل المحظورات أقل من الضرورات، فإذا كان الأخذ برخصة الإباحة يؤدي إلى نتائج متساوية في الضرر، فليست الضرورة والحالة هذه مبيحه ارتكاب المحرم، ومن باب أولى إذا كان ارتكاب المحظور يؤدي إلى ما هو أعظم من الضرورة. ومثال ذلك: لو أن شخصا هدد آخر بالقتل أو بقطع العضو وأجبره على قتل شخص، فلا يحق للمكره أن يوقع القتل؛ لأن الضرورة هنا مساوية للمحظور، بل إن قتل المكره أخف ضررا من أن يقتل شخصا آخر، وفي الحالة هذه إذا أوقع ذلك المكره القتل يكون حكمه حكم القاتل بلا إكراه، أما من جهة القصاص فينفذ في حق كل من المجبر والمكره.[3]

سادساً: تعذر دفع الضرورة بوسيلة أخرى غير فعل المحظور:

ويتحقق ذلك بأن يتعين، ارتكاب المحظور وسيلة لدفع الضرر، بحيث لا يستطيع المكلف دفع الضرورة إلا بارتكاب المحظور، ومتى استطاع أن يزيل الضرورة بوسيلة أخرى مباحة امتنع عليه ارتكاب المحظور، فمثلاُ الجائع الذي لا يستطيع شراء طعام وأخذه على سبيل الهبة أو الصدقة ليس له أن يحتج بحالة الضرورة، ودليل ذلك قوله ﷺ: لعمران بن الحصين رضي الله عنه: «صل قائما، فإن لم تستطع فقاعدا، فإن لم تستطع فعلى جنب».[4]ووجه الدلالة: أن عدم استطاعة الصلاة قائماً، لم يبح

(1) د. النادي، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 99.
(2) الزرقاء، أحمد بن الشيخ محمد،(1409ه/ 1989م) شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية، 195.
(3) حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، ص 38.
(4) أخرجة البخاري في صحيحة، كتابك أبواب تقصير الصلاة، باب إذا لم يطق قاعداً صلى على جنب، حديث رقم (1117) 48/2. أخرجة أبو داود في سننه، كتاب الصلاة، باب في صلاة القاعد، حديث رقم (878) 109/4.

الصلاة على جنب وإنما أباح أولاً الصلاة قاعدا، ثم عدم استطاعة الصلاة قاعداً، أباح الصلاة على جنب وهكذا، لأن الميسور لا يسقط بالمعسور،ومن القواعد الفقهية المشهورة في هذا الشأن: "أن الضرر لا يزال بمثله أو بالضرر". [1] فهذه القاعدة قيداً على القاعدة الفقهية المشهورة: "الضرر يزال". لأن إزالة الضرر لا يكون بإحداث ضرر مثله ولا بأكثر منه بالأولى، فالشرط أن يزال الضرر بلا إضرار بالغير إن أمكن وإلا فبالأخف منه.[2] وعلى ذلك لا يجوز للإنسان محتاج إلى دفع الهلاك عن نفسه جوعاً أن يأخذ من مال محتاج مثله، كما لا يجوز لمن أكره بالقتل إن يقتل إذا كان المراد قتله مسلماً بغير وجه حق. أما إذا لم يكن هناك سبيل غير ارتكاب الجريمة فيكون له أن يختار الأخف فالأخف أو بمعنى الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف". أو يختار أهون الشرين وأخف الضررين. [3]

المبحث الأول

نظرية الضرورة في القانون الإداري

يقوم النظام الديمقراطي أساساً على احترام مبدأ المشروعية، وأحياناً تطرأ حالة ضرورة أو ظروف استثنائية لا تقوى قواعد الشرعية العادية على مواجهتها إذا تم تطبيقها خلال هذه الظروف، بل إن هذه الظروف الاستثنائية إذا ما توفرت فإنها تكاد تعصف بمبدأ المشروعية ككل وبالنظام القانوني جملة من شدتها، وهنا يكون لزاماً على المؤسسات الدستورية في الدولة أن تلجأ إلى الإجراءات الاستثنائية إذا توافرت هذه الظروف الاستثنائية لكي يمكن مواجهتها، وذلك بتطبيق نظرية الظروف الاستثنائية لدرء هذا الخطر الجسيم الذي يكاد يعصف بكيان الدولة ووجودها، ومن هنا ينبغي تقسيم هذا المبحث إلى أربعة مطالب وفق التقسيم الأتي:

المطلب الأول: مضمون نظرية الضرورة.

المطلب الثاني: مبررات نظرية الضرورة..

المطلب الثالث: شروط تطبيق نظرية الضرورة..

المطلب الرابع: مقارنة بين نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي.

(1) حيد، درر الحكام في شرح مجلة الحكام، مرجع سابق، 40/1.
(2)الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص96.
(3) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص96.

المطلب الأول

مضمون نظرية الضرورة

تعد نظرية الضرورة [1]من النظم القانونية العامة التي لها الأثر الواضح في إضفاء المشروعية على بعض الأعمال المخالفة للقانون، وهي فكرة قديمة لازمت الفكر القانوني، وترجع إلى أصلين معروفين يقضيان بأن (الضرورات تبيح المحظورات[2]– الضرورة تقدر بقدرها).

ولم يحاول القضاء أن يضع تعريفاً عاماً لنظرية الضرورة، وقد يكون القضاء تعمد ذلك ليصبح وحده صاحب الكلمة في تقدير حالة الضرورة حسب ملابسات كل حالة على حدة، وكي لا تكون سلطته هنا مقيده بالمفهوم الذي أرساه مما قد يقف حجر عثرة في سبيل تطوره ومواجهة كل الحالات التي تعرض عليه في هذا الشأن.[3]ويمكن أن يكون السبب في عدم وضع تعريف ما أشار إليه صراحة مفوض الحكومة Letoumeur في تقريره حول قضية Laugier من أن الضرورة هي فكرة غير واضحة، ولا يمكن تعريفها، وهي تختلف باختلاف الحالات.[4]وبالنسبة للفقه فقد حاول البعض إيجاد تعريف للنظرية، حيث ذهب الدكتور سليمان الطماوي إلى تعريفها بأنها:" ظروف تؤدي إلى توسيع نطاق المشروعية العادية بحيث تصبح التصرفات غير المشروعة في الأوقات العادية تصرفات مشروعة في الظروف الاستثنائية"،[5] ويتفق هذا التعريف مع ما قال به بعض الفقهاء في

(1) لقد أطلق مجلس الدولة الفرنسي على هذه النظرية تسميات مختلفة، فتارة يسميها (نظرية سلطات الحرب)، وأحيانا يسميها (نظرية سلطات فترة الأزمة) وتارة أخرى يطلق عليها تسمية (نظرية الظروف الطارئة)، وفي أحيان أخرى يسميها (. انظر د الجمل، . يحيى ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر. ص72.

(2) إن قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، كانت من القواعد المسلم بها في معظم القوانين والشرائع القديمة (كالقانون الروماني والشريعة الإسلامية الغراء) وكانت هذه القاعدة تسري في البداية في مجال حماية الإنسان والدفاع عن أمواله، ولكن سرعان ما ظهر دور الجماعة وتعاظمت أهميتها ودخلت مصالح البلاد الأساسية التي تحميها حالة الضرورة. ومن هنا ظهرت نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية في مجال القانون الدولي ثم فروع القانون الأخرى كالقانون الدستوري والقانون الإداري. أنظر: د. أبو السعود، محمود ، القضاء الإداري، الجزء الأول، بدون تاريخ نشر، ص 60.

(3) د. الخولي ، عمر ؛ د. المصري ، (1433هـ/2012م) مبدأ المشروعية بين الشريعة الإسلامية وبين النظم الوضعية، دراسة مقارنة، مع تطبيقات عملية لرقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في كل من مصر والمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى، ص 205.

(4) لقد جاء النص الأصلي على الشكل التالي:

"Circumstances exceptionnelles: Idée imprécise, qui ne saurait être définie, et varie avec chaque espèce". Voir C.E, 16 Avril 1948, Laugier, S, 1948, III, p.37.

(5) د. الطماوي ، سليمان (2012م) النظرية العامة للقرارات الإدارية، مراجعة وتنقيح د. محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي، ص 121.

فرنسا.[1]

فقد تواجه الإدارة في بعض الأوقات ظروفاً استثنائية تجبرها على اتخاذ بعض الإجراءات التي تعد غير مشروعة في الظروف العادية حماية للنظام العام وحسن سير المرافق العامة، فتضفي على إجراءاتها تلك صفة المشروعية الاستثنائية.[2]

فما يحرم على الإدارة في ظل الظروف العادية قد يصبح مباحاً في الظروف الاستثنائية، أو في حالات الضرورة وفقا للقاعدة السابقة "الضرورات تبيح المحظورات"، وإذا كان فرض احترام الإدارة للقانون واجباً لحماية حقوق الأفراد وممتلكاتهم وحرياتهم، فإن إباحة تحلل الإدارة من بعض القيود القانونية في بعض الظروف الحرجة توصلاً إلى حماية كيان الدولة ووجودها، وحماية أرواح المواطنين وأملاكهم ينبغي أن يكون أكثر سموا.[3]

وبهذا المعنى فإن نظرية الضرورة لا تعني الخروج عن نطاق مبدأ المشروعية وتخرج الأعمال الإدارية عن الخضوع لقواعد المشروعية على نحو مطلق، وإنما يعطي هذا المبدأ للإدارة مرونة في القيام بأعمالها لتتسع بذلك سلطاتها مما يعطيها قدرة على مواجهة الأخطار غير المتوقعة التي تهدد كيان الدولة وأمنها، على أن تلتزم بهدف الصالح العام وتتخذ الإجراءات الضرورية اللازمة لمواجهة حالة الضرورة الاستثنائية.

ونجد أن هذه النظرية هي من ابتداع القضاء الإداري الفرنسي لكي يسمح للإدارة باعتبار القرارات الإدارية التي تصدرها السلطة التنفيذية لمواجهة هذه الظروف مشروعة رغم ما يشوبها من عيوب تجعلها غير مشروعة في ظل الظروف العادية.[4]

ويعد حكم قضية Heyriés في 1918/6/28 بداية هذه النظرية، وإن كان هذا الحكم ليس الأول بشأنها،[5]حيث قضى هذا الحكم بصحة المرسوم الصادر عن رئيس الجمهورية بتاريخ1914/9/10م

(1) André de laubadére, jean-claude venezia et Yves gaudemet, Traité de droit administrtif, Tome 1,11édition, Libraire general de droit et de jurisprudence, Paris, 1990., P. 545.

(2) د. راضي، مازن ليلو، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق، ص 21.

(3) د. ميرغني، محمد خيري،(2006، 2007م) القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول ، ص47.

(4)د. بسيوني ، عبد الغني ، (1983) ولايات القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف العامة، ، ص 46، د. محمود أبو السعود، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص 58وما بعدها.

(5) لقد كان الحكم الأول الذي طبق فيه مجلس الدولة الفرنسي نظرية الظروف الاستثنائية هو في قضية الجنرال (Verrier) بتاريخ 1915/7/30 والذي رفض فيه طلب الجنرال المذكور بإلغاء القرار الصادر بإحالته إلى الاستيداع

والمتضمن إيقاف العمل بالمادة (65) من قانون 22/4/ 1905م، حتى نهاية الحرب والتي تعطي لأي موظف الحق في الاطلاع على ملف خدمته قبل توقيع أي جزاء تأديبي عليه، وكان ذلك بمناسبة صدور قرار في 22 أكتوبر 1916م بفصل السيد (هيريس) Heyriés من وظيفته دون أن يسمح له بالاطلاع على ملف خدمته مقدما، فطعن في هذا القرار بدعوى الإلغاء أمام مجلس الدولة على أساس أن رئيس الجمهورية ليس من حقه وقف تطبيق المادة 65 المشار إليها بالمرسوم الذي أصدره في 10 سبتمبر 1914م؛ لأن المرسوم لا يمكن أن يوقف العمل بالقانون طبقاً لقاعدة توازي الأشكال لكن مجلس الدولة رفض هذا الطعن، مستنداً في لذلك على أن المادة 3 من الدستور الصادر في 25 فبراير 1875 التي تعطي لرئيس الدولة سلطة إصدار القوانين وتأمين تنفيذها تعتبر أساسا دستورياً لمبدأ استمرارية المرافق، وعلى رئيس الجمهورية خلال هذه الفترة تقرير ذلك.[1]

وقد سار القضاء الإداري في مصر على نسق نظيرة الفرنسي بعد نشأة مجلس الدولة عام1946م، فأكدت أحكام القضاء أنه يقدر الخطر الذي يهدد النظام العام وسير المرافق العامة بقدر ما تطلق حرية الإدارة في تقدير ما يجب اتخاذه من الإجراءات لمواجهة هذا الخطر.[2]

وبناء على ذلك فإن مفهوم نظرية الضرورة يفهم من خلال حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر والمنصوص عليه بالآتي: "إن النصوص التشريعية وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا طرأت ظروف استثنائية ثم أجبرت الإدارة على تطبيق النصوص العادية فإن ذلك يؤدي حتماً إلى نتائج غير مستساغة تتعارض حتى ونية واضعي تلك النصوص العادية..".[3] وأول حكم يشير إلى نظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية هو حكم محكمة القضاء الإداري الصادر في 14 ديسمبر سنة 1954م وكان ذلك بمناسبة الإجراءات والأحداث التي صاحبت حريق القاهرة، ومدى شرعية تلك

والذي خالف الإجراءات المقررة في شأن إحالة ضباط القوات المسلحة إلى الاستيداع. وقد أسس مجلس الدولة حكمه هذا على أن ظروف الحرب جعلت من المستحيل استيفاء إجراءات إحالة ضباط القوات المسلحة فضلا عما توجبه هذه الظروف من ضرورة التخلص من الضباط الذين تقرر الحكومة عدم صلاحيتهم لمقتضيات الدفاع القومي. د. الجرف، طعيمة، (1976) مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة، ص159.

(1) حيث جاء بهذا الحكم:

"il lui incombe…de veiller ace qu atoute époque les services publics …soient en etat de fonctionner et a ce quer lse difficultant de al guerre n en paralysent pas la marche".

C.E., 28 juin 1918, , Hyriès, Rec., P. 651.

(2) د. إمام، محمد محمد عبده،(2007) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة "دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي، ص 50.

(3) حكم المحكمة الإدارية العليا، في القضيتين رقمي 956 و 958، لسنة 5 ق، بتاريخ 1962/4/14م، مجموعة أحكام المحكمة، السنة 7، بند 61، ص 601.

الإجراءات وأساس مسئولية الدولة عنها.[1] ولما سبق من اعتبارات جرى العمل في كثير من البلاد على أن يتوقع المشرع ظرفاً استثنائياً معيناً أو جملة ظروف استثنائية فيبادر إلى وضع نصوص توسع من سلطات الإدارة بقصد تمكينها من مواجهة هذه الظروف، هذه النصوص تعد بمثابة حلولاً تشريعية تمكن الإدارة من اتخاذ القرارات الكفيلة بتحقيق المصلحة العامة في ظل الظروف الاستثنائية التي تمر بها البلاد، وقد تكون نصوصاً دستورية[2] مثلما ما نصت عليه المادة (121) من دستور الجمهورية اليمنية على أن: "يعلن رئيس الجمهورية حالة الطوارئ بقرار جمهوري على الوجه المبين في القانون ويجب دعوة مجلس النواب لعرض هذا الإعلان عليه خلال السبعة الأيام التالية للإعلان فإذا كان مجلس النواب منحلاً ينعقد المجلس القديم بحكم الدستور فإذا لم يدع المجلس للانعقاد أو لم تعرض عليه في حالة انعقاده على النحو السابق زالت حالة الطوارئ بحكم الدستور، وفي جميع الأحوال لا تعلن حالة الطوارئ إلا بسبب قيام الحرب أو الفتنة الداخلية أو الكوارث الطبيعية، ولا يكون إعلان حالة الطوارئ إلا لمدة محدودة ولا يجوز مدها إلا بموافقة مجلس النواب".[3]

المطلب الثاني

مبررات نظرية الضرورة

حاول رجال الفقه في فرنسا أن يجدوا سنداً قانونيا لنظرية الضرورة، فذهب فريق إلى أن هذه النظرية تقوم على أساس فكرة الضرورة، ورأت طائفة أخرى أن هذه النظرية تقوم على أساس أن القواعد القانونية وضعت لتحكم الظروف العادية وليست الظروف الاستثنائية، بينما ذهب فريق ثالث إلى أن هذه النظرية نجد أساسها في فكرة واجبات السلطة الإدارية بالمحافظة على النظام العام وسير المرافق العامة. وسنبين هذه الأسس كما يلي:

الأساس الأول: القواعد القانونية وضعت لتحكم الظروف العادية:

يمتاز هذا الرأي بأنه أبرز خاصية مهمة لنظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية، هي أنها لاتعد خروجاً على مبدأ المشروعية، بل هي امتداد له، كما يتميز هذا الاتجاه في إظهار حقيقة واقعية، هي أن السلطة التشريعية لا تستطيع أن تتوقع كافة صور الظروف الاستثنائية، وأن السلطة التنفيذية أقدر

(1) د. الطماوي، النظرية العامة للقرارات مرجع سابق، ص 127.
(2) انظر كذلك نص المادة (74) من الدستور المصري لعام 1971م، والمادة (16) من الدستور الفرنسي لعام 1958م.
(3) المادة (121) من الدستور اليمني 2001م.

من السلطة التشريعية في هذا المجال لاحتكاكها اليومي في هذا الشأن، فهي أقدر من الناحية العملية في معرفة ما يقتضه الصالح العام في الظروف الاستثنائية.[1] ويتلخص هذا الأساس في أن القواعد القانونية التي يتضمنها مبدأ المشروعية إنما وضعت للظروف العادية ولأوضاع معينة سلفاً، ولكن في فترة الحروب والأزمات الطارئة يتغير بحيث يصبح مبدأ المشروعية السائد غير صالح لمواجهة الحالة الطارئة الجديدة،[2] فإذا طرأت ظروف استثنائية وأجبرنا الإدارة على تطبيق النصوص التي وضعت لتحكم الظروف العادية فإن ذلك يؤدي إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي تلك النصوص، فالقوانين تنص على الإجراءات التي تتخذ في الأحوال العادية، ومادام أنه لا يوجد نص على ما يجب اتخاذه من حالة الخطر العاجل تعين عندئذ تمكين السلطة الإدارية في اتخاذ الإجراءات العاجلة التي لم تعمل لغاية سوى المصلحة العامة دون غيرها.[3]

الأساس الثاني: فكرة الضرورة: يرى أنصار هذا الرأي أن الضرورة هي أساس إيقاف وتعديل القوانين العادية، وقد ذهب (ألبير) إلي هذا الأساس معتبراً أن فكرة الضرورة وسلامة الدولة هي أساس الخروج على فكرة القوانين العادية ولكن هذا الأساس منتقد من جانب الفقه الفرنسي،حيث يري الأستاذ (لوبادير) أن هذه النظرية ليست مجرد تطبيق لنظرية الظروف العادية،[4] كما أن هذه النظرية منتقدة من جانب آخر لأنها تؤدي إلى القول بأن نظرية الظروف الاستثنائية هي خروج على مبدأ المشروعية ويظهر ذلك من خلال خضوع جهة الإدارة لرقابة القضاء إلغاءً وتعويضاً.

الأساس الثالث: واجبات السلطة الإدارية: قد يبدو لأول وهلة أن الضرورة إن هي إلا تطبيق عادي لفكرة الضرورات، ولكن الحقيقة أن مجلس الدولة الفرنسي لا يرجع هذه النظرية إلى هذا الأساس وإنما إلى أساس،آخر أيسر في شروطه ومداه من الأسس السابقة وهو واجبات السلطة الإدارية، فالإدارة ملتزمة أن تعمل على حفظ النظام العام وسير المرافق العامة سيراً منتظما، فإذا تبين لها أن تطبيق قواعد المشروعية من شأنه أن يحول دون أدائها لهذا الواجب فلها أن تتحرر من

(1) د. إسماعيل، محمد شرف، (1979،) سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص 278، 279.

(2) د. السناري، محمد عبد العال(2002 ،2003م) مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة في مصر، مطبعة الإسراء، ص106، 107.

(3) د. العطار ، فؤاد ، (1960) رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مطابع دار الكتاب المصري، الطبعة الثانية، ص72.

(4) د. العطار، رقابة القضاء لعمال الإدارة، مرجع سابق، ص72

تلك القواعد مؤقتاً وبالقدر الذي يمكنها من أداء واجباتها.[1]

المطلب الثالث

شروط تطبيق نظرية الضرورة

إذا كان الاجتهاد القضائي والنصوص التشريعية قد رتبت على الضرورة تحرر الإدارة من قواعد المشروعية العادية بالقدر الذي يسمح بمواجهة الظروف الاستثنائية لتحل مشروعية استثنائية تبرر سلامة الإجراءات المتخذة خلافاً للقانون، فإن ما تتمتع به الإدارة من سلطات واسعة لا تخولها سلطة مطلقة من أية قيد، بل يضع القضاء والقوانين مجموعة من الشروط والضوابط التي من شأنها أن توفر حماية حقوق وحريات الأفراد وإلا كانت قراراتها غير مشروعة تستوجب الإلغاء أو التعويض لمن لحقه ضرر من جرائها.[2]وعليه تكاد تتفق الدساتير المنظمة لنظرية الضرورة أو الظروف الاستثنائية على تقييدها بشروط معينة حتى لا تصبح النصوص المنظمة لها وسيلة بيد السلطة التنفيذية لتحقيق مصالح شخصية، هذا بالإضافة إلى أن تحديد مثل هذه الشروط يعد وسيلة لتمييز هذه النظرية عن النظريات الأخرى التي تحكم عمل الإدارة كنظرية أعمال السيادة ونظرية السلطة التقديرية للإدارة، وبالتالي فإن الفقه والقضاء يرى ضرورة توافر شروطاً معينة لتطبيق نظرية الضرورة، والتي تتمثل فيما يلي:

1- أن يكون هناك خطر جسيم مفاجئ يهدد النظام العام والأمن:

فلابد من قيام حالة واقعية تمثل خطراً جسيماً، أي خطر غير معتاد أو غير مألوف يهدد النظام العام في الدولة، أو أمنها، أو سير المرافق العامة فيها، مثل الحرب، والحروب الأهلية، والاضطرابات، والعصيان المسلح، والمظاهرات غير السلمية، والزلازل، والبراكين، والفيضانات، والكوارث الطبيعية...الخ، ولا يشترط أن تكون هذه الحوادث مؤكدة الوقوع بل يكفي احتمال وقوعها مما يبرر الاستعداد لتلافيها أو الوقاية منها،[3] كما أنه لا يشترط أن تشمل هذه الأحداث كل إقليم الدولة، بل يمكن أن تقوم في جزء منه وتهدد الإقليم فتسري الطوارئ على كل الإقليم، أما إذا كانت آثارها

(1) د. ساير داير عبد الفتاح، (1955م) نظرية أعمال السيادة، دراسة مقارنة بين القانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، ص130، 131.

(2) د. عمرو، عدنان القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، منشأة ا لمعارف، الإسكندرية، ص6.

(3) د. النادي ، فؤاد ، د. رسلان، أحمد جاد،(2003م) القضاء الإداري، ص125.

قاصرة على الجزء الذي وقعت فيه فتطبق حالة الطوارئ أو الظروف الاستثنائية على هذا الجزء،[1] وفي كل الحالات يعد وجود الخطر وجسامته من عدمه مسألة واقع تخضع لتقدير القضاء؛ فالقضاء هو الذي يقدر وجود الخطر، وهو الذي يقدر كذلك جسامة هذا الخطر. تأكيداً لذلك ذهب مجلس الدولة الفرنسي إلى أن الحرب ليست هي النمط الوحيد للظروف الاستثنائية فقد طبق القضاء الإداري الفرنسي النظرية في البداية في فترات الاضطرابات التي يمكن اعتبارها من توابع الحرب "suites de al guerre"[2]، ثم طبق هذه النظرية في أوقات السلم في فترات الخطر الحرجة [3] "periods critique"، كما أقر المجلس أن الظروف الاستثنائية يمكن أن تنشأ عن خطر ثوران بركان.[4]

2- أن يكون عمل الضرورة الصادر من الإدارة هو الوسيلة الوحيدة لدفع الخطر:

هذا الشرط يعني أنه إذا ما حدث ظرف استثنائي وكانت هناك قواعد قانونية أو دستورية قادرة على مواجهة هذا الظرف فإنه ينبغي اللجوء إلى هذه القاعدة، أما إذا لمتكن هناك نصوص قانونية قادرة على مواجهة هذا الظرف ففي هذه الحالة يجب اللجوء إلى نظام قانوني استثنائي لتفادي هذا الظرف على أن يتم ذلك تحت رقابة القضاء الإداري.[5]

3:-أن يكون عمل الإدارة لازماً وحتمياً فلا يزيد على ماتقضي به الضرورة:

ويعني هذا الشرط ضرورة تطبيق الإدارة لقاعدة: "الضرورة يجب أن تقدر بقدرها"،[6] فإذا كانت الضرورة تؤدي للعدول عن حكم مقرر ابتداءً، فإن هذا العدول يجب أن يكون بالقدر الذي تتطلبه الحالة،[7] فتكون ممارسة الوسائل الاستثنائية بقدر ما تتطلبه حالة الضرورة فلابد أن تتناسب الإجراءات المتخذة مع الظرف الاستثنائي،[8] فإذا تجاوزت الإدارة في استخدام سلطاتها بما يزيد على على القدر اللازم للتغلب على الظرف الاستثنائي فإن أعمالها في هذه الحالة ستكون غير مشروعة.

الشرط الرابع : تحقيق المصلحة العامة: يجب أن يكون الهدف من النظام القانوني الاستثنائي

---

(1) د . القديمي، حمود محمد ،(2012م) أسس ومبادئ القضاء الإداري في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة، ص 82.
(2) C.E., 27Juin 1924, chambre syndicale.
(3) C.E., 31 Oct, 1924, Cotte.
(4) C.E.18 mai 1983, Felix Rodes
(5) جاسم، ، أمير حسن ،(2007) نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 8، ص 244.
(6) د. الخضر ، طارق فتح الله ، (2005م) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء، ص62.
(7) د. الدرة، محمد ، (2006م،) القضاء الإداري، القضاء الإداري في اليمن الأسس العامة، الطبعة الثالثة ص65.
(8) د. عبده الإمام، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص 52.

تحقيق المصلحة العامة، فشرط المصلحة العامة هو شرط جوهري في كل الأعمال التي تصدر عن الإدارة سواء أكانت الظروف عادية أم استثنائية، وأن أي عمل تتخذه الإدارة يجب أن يقصد به تحقيق مصلحة عامة وألا تكون الغاية منه الوصول إلى تحقيق أغراض شخصية، وإن الإدارة يجب أن تهدف إلى دفع هذه الظروف ومواجهتها للمحافظة على كيان الجماعة وهذا هو الهدف الخاص، فإذا ما أخلت الإدارة واستعملت سلطتها الواسعة في أي هدف آخر من أهداف المصلحة العامة كان تصرفها مشوباً بانحراف السلطة، وأخيرا إذا توافرت شروط تطبيق نظرية الظروف الاستثنائية على هذا النحو كان للإدارة أن تتدخل لمواجهتها، ومن ثم اتخاذ الإجراءات الكفيلة لمواجهة ما يترتب عليها من نتائج أو آثار.[1]وعلى ضوء ما تقدم يمكن القول إن الفقه الفرنسي الحديث استقر على الاعتراف بهذه النظرية باعتبارها نظرية قانونية، وبالرغم من وجود النصوص القانونية التي تمنح الإدارة في ظل الدولة القانونية قدرة اللجوء إلى وسائل استثنائية غير مشروعة في الظرف العادي. لكن الأمر يبقى مسألة وقائع يخضع تقديرها وأهميتها للقضاء للتحقق من توافر الظرف الاستثنائي الذي تستدعي مواجهته اتخاذ إجراءات غير عادية، وأن يكون الإجراء المتخذ ضرورياً ولازماً لدفع الخطر طبقاً لهذه النظرية وذلك بهدف تمكين الإدارة من القيام بواجبها في ظل الظروف، الاستثنائية مع تقييد نشاطها هذا وإخضاعه للرقابة، حمايةً لحقوق وحريات الأفراد المهددة ولاسيّما في هذه الظروف. وقد أخذ بهذه النظرية كلٌ من المشرعين المصري واليمني، وعليه فإن نظرية الظروف الاستثنائية ليست خروجاً على مبدأ المشروعية وإنما هي مشروعية استثنائية لحالة الضرورة.

المطلب الربع

مقارنة بين نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي

سوف تتم المقارنة بين كل نظرية الظروف الاستثنائية في الشريعة الإسلامية ونظرية الضرورة في القانون الوضعي من عدة وجوه وذلك على النحو التالي:

أولاً: من حيث الأسبقية:[2]عرفت الضرورة في الشريعة الإسلامية بتعريفات عدة، ولعل أجودها التعريف القائل بأنها: "الحاجة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً"[3]؛ لأن تناول الممنوع شرعاً – وهو

(1) د. بطيخ، رمضان محمد، (2009) قضاء الإلغاء، ضمانة للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة، ص 49.
(2) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 25.
(3) حيدر، درر الحكام في شرح مجلة الأحكام، مرجع سابق، 38/1.

المحرم – عند الضرورة قد يقصد منه دفع الاعتداء على الأنفس أو الأعراض أو الأموال سواء بالنسبة للإنسان نفسه أو بالنسبة للغير.

وفي القانون الوضعي فقد سار فقهاء القانون الوضعي نفس المسار الذي سار عليه فقهاء الشريعة الإسلامية وعرفوا حالة الضرورة بتعريفات تكاد تكون هي نفس التعريفات التي قال بها فقهاء الإسلام مع اختلافات طفيفة لا تمثل فارقاً يذكر.

فمن المقارنة بين هذه الآراء المختلفة باختلاف العصور وتطورها المستمر، انتهت في القرن الواحد والعشرين إلى ما بدأت به الشريعة الإسلامية منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان حيث نزلت شريعة السماء على قلب المبعوث رحمة للعالمي محمد بن عبد الله صلوات الله وسلامه عليه.

ثانياً: من حيث طبيعة الضرورة:[1] اعتبرت الشريعة الإسلامية جرائم الضرورة من الواجبات التي يجب على المضطر أن يفعلها في بعض الأحيان، وذلك كتناول المحرمات من المطعوم والمشروب إنقاذا لحياته من الهلاك، وإنه إذا أمتنع عن أكلها يكون آثماً لامتناعه، لأن حالة الضرورة تجعل المحظور مباحاً، والامتناع إلى حد تلف النفس محظور يأثم به فاعله، لأن فيه معنى قتل النفس وقتل النفس لا يجوز لقوله تعالى: ﴿وَلَا تَقْتُلُوٓاْ أَنفُسَكُمْۚ إِنَّ ٱللَّهَ كَانَ بِكُمْ رَحِيمًا﴾[2] وذلك لأن نفس الإنسان ليست ملكه على وجه الحقيقة، وإنما هي بمثابة الوديعة عنده؛ لأن مالكها وخالقها هو الله جل جلاله وليس من حق الإنسان وهو بمثابة الوديعة أو المستعير إتلاف ما استودعه الله إلا إذا أذن له تعالى بهذا الإتلاف في حالات معينة كالقتال في سبيل الله. هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى يأتي التكييف الشرعي لجرائم الضرورة بأن ذلك رخصة رخصها الله لعبادة الضعفاء الواقعين في أمثال هذه الظروف الصبة، والله سبحانه وتعالى يحب أن تؤتى رخصه كما يحب أن تؤتى عزائمه.

أما بالنسبة للتكييف القانوني لحالة الضرورة فقد اختلف فقهاء القانون الوضعي باختلاف الأزمنة واختلاف التعليل لها، فمنهم من ذهب إلى كونها سبب إباحة، ومنهم من ذهب إلى أنها حق لمن يوجد في حالة الضرورة، ومنهم من أعتبرها مانع من موانع المسئولية، ومنهم من قرر أنها مانع من موانع العقاب، ومنهم من اعتبرها من قبيل الإكراه المعنوي.

وكل هذه الآراء تعرضت للنقد. ولم ينج تكييف واحد من النقد، حتى حدا ببعض فقهاء القانون الوضعي إلى القول بأن الفعل المرتكب في حالة الضرورة لا يعتبر جريمة ولا يخضع لقانون

(1) الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 84، 85.
(2) سورة النساء، من الآية رقم (29).

العقوبات. وعلل ذلك بقوله: " الضرورات تبيح المحظورات" أخذاً بالقاعدة الفقهية المشهورة في التشريع الإسلامي، وهذا ما جعل التشريعات الوضعية الحديثة تنص صراحة على بيان حالة الضرورة وحكمها وشروطها تلافياً للنقد الموجه لكل رأي.

ثالثاً: من حيث شروط حالة الضرورة:[1] الناظر في شروط حالة الضرورة في الشريعة والقانون لا يكاد يجد اختلافاً بينهما، فهي نفس الشروط. ويبقى الفارق بين التنظيمين في المصدر والأساس فمصدر الشروط في الشريعة الإسلامية مأخوذة من القواعد الفقهية التي وضعها الفقهاء المسلمون – والتي سبق شرحها من قبل– واستنبطوها من كتاب الله عز وجل ومن سنة نبيه محمد ﷺ وإجماع الأمة الإسلامية بما يتوائم وروح شريعة السماء التي نزلت من فوق سبع سماوات على قلب محمد ﷺ لسعادة البشر في دينهم ودنياهم، ولا مجال فيها للاختلاف والاحتكام إلى الهوى.

وذلك بخلاف القوانين الوضعية فمرجها ومصدرها في حالة الاختلاف بينها وبين الشريعة الإسلامية إلى الهوى والرأي من المخلوق – وهو غير معصوم– وعمل المخلوق دائماً عرضة للنقض والتناقض من يوم لآخر، ومن شخص لآخر، وذلك حسب صفات البشر التي اتصفوا بها.

أما في حالة الاتفاق بين الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، فالعقل والمنطق يقضيان بأن اللاحق يتأثر بالسابق ويأخذ منه، وهذا ما حدث بالفعل فالشريعة الإسلامية نزلت منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان على قلب المبعوث رحمة للعالمين وتوعد المولى تبارك وتعالى بحفظها إلى يوم الدين. فقال تعالى:﴿ إِنَّا نَحْنُ نَزَّلْنَا الذِّكْرَ وَإِنَّا لَهُ لَحَافِظُونَ ﴾ [2]

الخاتمة :

وفي ختام هذا البحث فقد توصل الباحث إلى عدد من النتائج والتوصيات وذلك على النحو التالي:

أولاً: النتائج :

- ❖ نظرية الضرورة هي التطبيق الأمثل لمواجهة الأخطار الجسيمة والحالة التي تتعرض لها الدولة أو احد مؤسساتها القانونية.
- ❖ إن الإجراءات الاستثنائية تضل مقيدة بالقيود الدستورية والضمانات المقررة في الدستور، ولا

(1)الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية، مرجع سابق، ص 122.
(2) سورة الحجر، آية رقم (9).

تملك السلطة التنفيذية في حالة الضرورة التحلل من هذه القيود بدعوى الضرورة ، وينبغي العودة إلى الحالة الطبيعية حال زوال تلك الظروف الاستثنائية فالضرورة تقدر بقدرها.

- ❖ لا تطبق نظرية الضرورة على إطلاقها دون قيود بل تخضع الإدارة في ممارسة نشاطاتها الاستثنائية لرقابة القضاء، الذي يضطلع بمهمة مراقبة مدى احترام الإدارة للشروط المتعلقة بضرورة توفر الظرف الاستثنائي، وعدم قدرة الإدارة على دفع خطر الحالة الاستثنائية بالقوانين العادية، واحترام مبدأ التناسب وتحقيق المصلحة العامة.
- ❖ التشريع الإسلامي هو بحق الأسبق في معرفة وتطبيق نظرية الضرورة منذ بداية عهد الدعوة الإسلامية أي منذ أكثر من أربعة عشر قرناً، وليس كما يرى بعض الشراح أن نظرية لضرورة من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي.
- ❖ التشريع الإسلامي تشريع مرن يتفق مع الحضارة والمدنية في كل زمان ومكان، ويتأثر باختلاف البيئة وتقلب الزمن والعصور، وتناوب الأحوال والعادات، إذ إن الشريعة الإسلامية كانت ولا تزال مبنية على المصلحة العامة واليسر العام.
- ❖ التشريع الإسلامي يتميز عن النظام القانوني الوضعي بخصائص عدة منها الكمال حيث استكمل كل ما تحتاجه من مبادئ ونظريات تكفل سد حاجة الجماعة البشرية في الحاضر والمستقبل على حد سواء.
- ❖ تتميز نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، عن النظرية في القانون، بالشمول والعمومية، فهي لا تقتصر على جانب من جوانب الحياة تتحقق فيه شروط الضرورة وضوابطها، وإنما هي نظرية عامة يمكن إعمالها وترتيب أثارها في كل جانب من جوانب الحياة يتحقق فيه صفة الظرف الاستثنائي بشروطه وضوابطه التي بيناها، كما أنه إذا تحققت الضرورة بشروطها وضوابطها في بعض النواحي وزالت في البعض الأخر، فإنه بالنسبة للحالة التي تخلفت فيها شروط الحالة الغير عادية يتحتم اللجوء إلى حكم الأصل فوراً، ولا يجوز التذرع باستمرارها في حالة أو حالات أخرى إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقضى بأن (ما جاز لعذر يبطل بزواله).
- ❖ الفقه الإسلامي، اعتبر نظرية الضرورة الوجه الثاني للمشروعية إعمالاً لما تقتضيه الظروف الغير عادية التي تطرأ على المجتمع الإسلامي، ومن ثم فإن أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي، لا تعتبر استثناء على مبدأ المشروعية، أو قيد عليه، وإنما هي أحكام الله التي يتعين

تطبيقها إعمالا للضرورة، بخلاف النظرية في النظم القانونية والتي اعتبرتها استثناء على مبدأ المشروعية، ولم يعترف بها كنظرية دستورية إلا في وقت حديث نسبياً بعد جدل كبير في الفقه والقضاء واختلاف في مفاهيم الأنظمة القانونية المعاصرة.

ثانيا: التوصيات

- ❖ فرض رقابة شاملة وفعالة على أعمال السلطة التنفيذية أثناء مباشرة الاختصاصات الاستثنائية في حالة الضرورة وذلك من خلال أمرين:

أ- تفعيل دور الرقابة البرلمانية وضمانتها بكل شفافية ليمارس كل عضو في البرلمان اختصاصاته الرقابية دون اعتبار لأي انتماء حزبي أو هوى سياسي لإعلاء المصلحة العليا للبلاد، ولتلافي الرقابة الشكلية التي يقوم بها البرلمان.

ب- تفعيل الرقابة القضائية لكون القضاء هو الملاذ الأخير للأفراد لحماية حقوقهم وحرياتهم من تعسف السلطة التنفيذية في الظروف العادية عامة، وفي الظروف الاستثنائية خاصة، وذلك ببسط الرقابة القضائية على كافة أعمال السلطة التنفيذية، دون الالتجاء إلى نظرية السيادة، أو تحصين أي عمل من أعمالها من هذه الرقابة، لاسيما في حالة الضرورة.

- ❖ مناشدة المشرع الدستوري والمشرع العادي، بالحد من القوانين الاستثنائية قدر المستطاع، وذلك لما في تطبيق هذه القوانين من العسف ببعض الحقوق والحريات.

قائمة المصادر والمراجع:

❖ أولا: علوم الحديث:

- ابن حنبل، (1421هـ، 2001م) أبو عبد الله أحمد بن حنبل بن هلال الشيباني: مسند الإمام أحمد، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، عادل مرشد، وآخرون، مؤسسة الرسالة، الطبعة الأولى.
- البخاري، محمد بن إسماعيل أبو عبدالله الجعفي (1422هـ) صحيح البخاري، تحقيق: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة، الطبعة الأولى.

❖ ثانيا مراجع إسلامية متنوعة :

- الآمدي ، أبو الحسن سيد الدين علي بن أبي علي ، الإحكام في أصول الأحكام تحقيق: عبد

الرزاق عفيفي، المكتب الإسلامي، بيروت– دمشق– لبنان .

- بالشاطبي، إبراهيم بن موسى،(1417هـ،1997م،) الموافقات تحقيق: أبو عبيدة مشهور آل سلمان، دار ابن عفان، الطبعة الأولى.
- الجوزية، شمس الدين ابن قيم: (1423ه) إعلام الموقعين عن رب العالمين تحقيق: مشهور بن حسن آل سلمان، دار ابن الجوزي، الدمام، الطبعة الأولى.
- د. الزحيلي ، وهبه ،(2004م) أصول الفقه الإسلامي، الجزء الأول، دمشق، دار الفكر المعاصر،
- د. الزحيلي، محمد مصطفى،(1427 هـ ، 2006م) الوجيز في أصول الفقه الإسلامي، دار الخير للطباعة والنشر والتوزيع، دمشق – سوريا، الطبعة: الثانية
- د. الزحيلي، وهبه ،(1418هـ، 1997م) نظرية الضرورة الشرعية، مؤسسة الرسالة، بيروت، الطبعة الخامسة
- د. بو سنان، عبد الوهاب إبراهيم ، (1423) فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
- د. خطاب ، حسن السيد ،(1430) قاعدة الضرورة تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي، مجلة الأصول والنوازل، العدد الثاني، رجب
- د.يوسف قاسم، نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، 1413هـ، 1993م.
- الزرقاء، أحمد بن الشيخ محمد،(1409هـ/1989م) شرح القواعد الفقهية، صححه وعلق عليه: مصطفى أحمد الزرقاء، دار القلم، دمشق، سوريا، الطبعة: الثانية
- المقدسي ، ابن قدامة،(1423هـ،2002م) روضة الناظر وجنة المناظر في أصول الفقه على مذهب الإمام بن حنبل، أحمد أبو محمد موفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامة الحنبلي، مؤسسة الريّان للطباعة والنشر والتوزيع، الطبعة الثانية.

❖ ثالثا: كتب اللغة :

- ابن منظور ، جمال الدين(1414هـ/1994) لسان العرب، دار صادر بيروت، الطبعة الثالثة

- السيوطي، جلال الدين ، (1411هـ، 1990م) الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، الطبعة الأولى
- الفيروزآبادى ، مجد الدين(1426 هـ/ 2005م) القاموس المحيط مؤسسة الرسالة بيروت، لبنان، الطبعة الثامنة

❖ رابعا: المؤلفات العامة :

- أبو السعود، محمود ، القضاء الإداري،الجزء الأول، بدون تاريخ نشر
- حيدر، على ،(1423هـ/2003م) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، المجلد الأول، دار عالم الكتب
- د . القديمي، حمود محمد ،(2012م) أسس ومبادئ القضاء الإداري في الجمهورية اليمنية، دراسة مقارنة.
- د. الجرف، طعيمة، (1976) مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة العامة للقانون، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الثالثة.
- د. الجمل، يحيى، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، القاهرة، بدون تاريخ نشر
- د. الخضر ، طارق فتح الله، (2005م) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دعوى الإلغاء
- د. الخولي، عمر؛ د. المصري ، (1433هـ/2012م) مبدأ المشروعية بين الشريعة الإسلامية وبين النظم الوضعية، دراسة مقارنة، مع تطبيقات عملية لرقابة القضاء الإداري على مشروعية أعمال الإدارة في كل من مصر والمملكة العربية السعودية، الطبعة الأولى
- د. الدرة، محمد، (2006م،) القضاء الإداري، القضاء الإداري في اليمن الأسس العامة، الطبعة الثالثة
- د. السناري، محمد عبد العال(2002 ،2003م) مجلس الدولة والرقابة القضائية على أعمال الإدارة في مصر، مطبعة الإسراء
- د. الطماوي ، سليمان (2012م) النظرية العامة للقرارات الإدارية، مراجعة وتنقيح د. محمود عاطف البنا، دار الفكر العربي
- د. العطار، فؤاد، (1960) رقابة القضاء لأعمال الإدارة، مطابع دار الكتاب المصري، الطبعة الثانية

- د. النادي ، فؤاد ، د. رسلان، أحمد جاد،(2003م) القضاء الإداري
- د. إمام، محمد محمد عبده،(2007) القضاء الإداري، مبدأ المشروعية وتنظيم مجلس الدولة "دراسة مقارنة" دار الفكر الجامعي
- د. بسيوني ، عبد الغني ، (1983) ولايات القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف العامة
- د. بسيوني ، عبد الغني ، (1983) ولايات القضاء الإداري على أعمال الإدارة، منشأة المعارف العامة
- د. بطيخ، رمضان محمد، (2009) قضاء الإلغاء، ضمانة للمساواة وحماية للمشروعية، دراسة تأصيلية في نظم القضاء الإداري المقارن، دار النهضة
- د. بو سنان، عبد الوهاب إبراهيم ، (1423) فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب
- د. راضي، مازن ليلو، القضاء الإداري، دراسة لأسس ومبادئ القضاء الإداري في العراق
- د. علي، أحمد مدحت ،(1978م) نظرية الظروف الاستثنائية، الهيئة المصرية العامة للكتاب
- د. عمرو، عدنان القضاء الإداري، مبدأ المشروعية، دراسة مقارنة، منشأة ا لمعارف، الإسكندرية
- د. غربال، وجدي (1988) ثابت السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية
- د. قاسم، يوسف ،(1413هـ، 1993م) نظرية الضرورة الشرعية في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية
- د. محمد عبد العال السناري، مبدأ المشروعية والرقابة على أعمال الإدارة
- د. ميرغني، محمد خيري،(2006، 2007م) القضاء الإداري ومجلس الدولة، الجزء الأول
- د. وجدي ثابت غربال السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م.
- الزيني ، محمود محمد عبد العزيز ، (1993) الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، تطبيقاتها–أحكامها–آثارها، دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية

❖ خامساً: الرسائل العلمية والأبحاث:

- د. إسماعيل، محمد شرف، (1979،) سلطات الضبط الإداري في الظروف الاستثنائية،

رسالة دكـــتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة

- د. الحكيم، سعيد عبد المنعم ، (1976م) الرقابة على أعمال الإدارة في الشريعة الإسلامية والنظم المعاصرة، رسالة دكتوراه
- د. المطيرات، عادل مبارك ،(2001م) أحكام الجوائح في الفقه الإسلامي وصلتها بنظريتي الضرورة والظروف الطارئة، رسالة دكتوراه، كلية دار العلوم، جامعة القاهرة
- د. ساير داير عبد الفتاح،(1955م) نظرية أعمال السيادة، دراسة مقارنـــة بـــين القـــانون المصري والفرنسي، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة
- د. مرسي، عبد الله ،(1392هـــ، 1972م) القضاء الإداري ومبدأ ســـيادة القـــانون فـــي الإسلام، دراسة مقارنة بالشرائع الوضعية، رسالة دكتوراه، جامعة الإسكندرية
- جاسم، ، أمير حسن ،(2007) نظرية الظروف الاستثنائية وبعض تطبيقاتها المعاصـــرة، مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، المجلد 14، العدد 8.

❖ سادسا: المراجع والأحكام الفرنسية :

- "Circonstances exceptionnelles: Idée imprécise, qui ne saurait être définie, et varie avec chaque espèce". Voir C.E, 16 Avril 1948, Laugier, S, 1948, III,
- "il lui incombe…de veiller ace qu atoute époque les services publics …soient en etat de fonctionner et a ce quer lse difficultant de al guerre n en paralysent pas la marche".
- André de laubadére, jean–claude venezia et Yves gaudemet, Traité de droit administrtif, Tome 1,11édition, Libraire general de droit et de jurisprudence, Paris, 1990.,
- C.E., 27Juin 1924, chambre syndicale.
- C.E., 31 Oct, 1924, Cotte.
- C.E.18 mai 1983, Felix Rodes.
- C.E., 28 juin 1918, , Hyriès, Rec.