التطوّر التاريخي لنظرية الضرورة
دراسة تأصيلية وتطبيقية

أ. د. إقبال عبد العزيز المطوع
أستاذة ورئيسة قسم الفقه المقارن والدراسات الإسلامية، كلية القانون الكويتية العالمية

الملخص:

تهدف الدراسة إلى إلقاء الضوء على نظرية الضرورة، ورصد المراحل التي تطوّرت على إثرها في الفقه الإسلامي منذ عصر نزول الوحي، وحتى استقرارها في عصرنا نظرية شاملة تعالج سائر الظروف الطارئة والاستثنائية العامة والخاصة، وكذلك تطور هذه النظرية في القانون الوضعي، ولم تغفل الدراسة بيان الضوابط الموضوعية في الفقه والقانون التي من شأنها أن تجعل تطبيق نظرية الضرورة في المسار الصحيح، بعيداً عن الاستغلال أو التعسف في استعمالها. كما شملت الدراسة أنموذجين من التطبيقات، أحدهما في النظام الدستوري، والثاني في التدابير الاحترازية لمواجهة جائحة كورونا. وقد اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وذلك بالنظر لطبيعة الموضوع وضوابطه الفقهية والقانونية.

وختمت الدراسة بجملة من النتائج من أهمها: أنّ نظرية الضرورة تجد أساساً أصيلاً في الفقه الإسلامي مستمداً من سماحة ومرونة وإنسانية التشريع الإسلامي، وهو ما يسمح بتطوير الاجتهاد، وتقديم حلول مبدعة للمشكلات الاجتماعية المختلفة، كما انتهت إلى أنّ القوانين والتشريعات القديمة والحديثة قد اهتمت بنظرية الضرورة وأولتها اهتماماً كبيراً، ووضعت لها أنظمة وأحكاماً عامة، وضوابط مرنة ومتجّددة. وأوصت الدراسة المشرّعين والفقهاء والباحثين في العالمين العربي والإسلامي بالمزيد من الدراسة لتطوير التطبيقات العملية لنظرية الضرورة في مختلف المجالات، وذلك من خلال التركيز على الدراسة المقارنة بين الشريعة والقانون.

كلمات دالة: التدابير الاحترازية، الظروف الطارئة، الفقه، القانون، النظام الدستوري، جائحة كورونا.

المقدمة:

الحمد للّه والصلاة والسلام على رسول اللّه وعلى آله وصحبه ومن والاه، وبعد:

أولاً: موضوع البحث وأهميته

لا مراء أنّ نظرية الضرورة تعد من أهم نظريات التشريع الإسلامي، ومعالمه القانونية المصلحية؛ كونها تعالج جانباً من جوانب الإنسان لا ينفك عنه على المستوى الشخصي الفردي أو على المستوى الجماعي العام، وهو جانب الوضع الاضطراري الذي تفرضه أوضاع تخل بقدرة الإنسان، وتنزل بها عن المستوى الطبيعي، سواء ما يحصل من ضعف أو علة في القدرة البدنية، أو ما تفرضه ظروف قاهرة تخلق وضعاً استثنائياً يستدعي أحكاماً تتناسب مع الحالة الطارئة، فهي نظرية تؤكد واقعية التشريع وسيره مع أحوال الإنسان في مختلف أوضاعه، ولأجل ذلك كانت نظرية الضرورة مع قاعدة العزيمة كجناحي طائر يحلّق في السماء بسلام، فالعزيمة تعالج الوضع الاختياري، والضرورة تعالج الوضع الاضطراري، ولا ثالث لهذين الوضعين.

وقد مرت نظرية الضرورة بعدة مراحل فرضتها طبيعة التطور البشري وتجدد الأحداث ومواكبة التشريع لتقييمها، فمن النشأة المتمثلة بالنصوص الشرعية في القرآن والسنة والتي كانت المؤسس الأول لهذه النظرية، إلى التطبيقات الفقهية في مراحل تكوين الفقه الإسلامي، إلى مرحلة التقعيد الفقهي، حتى استقر في عصرنا – ابتداء بمجلة الأحكام العدلية – تحولها إلى نظرية تنبثق عنها نظريات تحقق مقاصدها، كنظرية الظروف الطارئة والاستثنائية، ونظرية الإعذار، ونظرية الجوائح، ونحوها.

ولما كانت قاعدة الضرورة من الأهمية بمكان والحاجة إليها ماسة، فإنّ دراستها من حيث نشأتها، والبواعث الموضوعية لتشريعها، والمراحل التي مرّت بها لتصبح نظرية كلية عامة، وضبطها بأصول وقواعد، أصبحت أمراً لازماً؛ لتحقيق أهدافها ومقاصدها، حتى لا تتحول من حل إلى مشكلة.

ثانياً: علاقة البحث بموضوع المؤتمر:

البحث يتناول بعض مباحث المحور الأول من محاور مؤتمر: (الجذور التاريخية للنظريات والمدونات القانونية)، والمعنون له: بـ (نظرية الضرورة)، فهو في صميم موضوعات المؤتمر.

ثالثاً: أهداف البحث

يهدف البحث إلى دراسة التطور التاريخي لنظرية الضرورة وضوابطها الموضوعية

في الفقه الإسلامي، والقانون الوضعي وتطبيقاتها في النظام الدستوري، ومواجهة الأزمات الطارئة العامة.

رابعاً: نطاق البحث وأهدافه

يسعى الباحث من خلال هذه الدراسة إلى استعراض المراحل التي مرّت بها نظرية الضرورة، من بداية التشريع الإسلامي في عصر نزول الوحي حتى استقرت في عصرنا نظرية شاملة لمعالجة الظروف الاستثنائية في سائر أحوالها، ودراسة تطورها في القانون الوضعي، وبيان الضوابط الموضوعية لتطبيقها في الفقه والقانون.

خامساً: منهج البحث

اعتمدت الدراسة على المنهج الوصفي التحليلي والمقارن، وذلك بالنظر لطبيعة الموضوع وضوابطه الفقهية والقانونية، والتحديات التي يواجهها في ضوء الاستخدام المتزايد لنظرية وقواعد الضرورة في مختلف المجالات.

سادساً: البحوث السابقة

من أهم البحوث السابقة التي تيسّر الوقوف عليها، والإفادة منها:

1. **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، لوهبة الزحيلي. لقد توسّعت الدراسة في الجانب الشرعي بذكر مفهوم الضرورة، ومشروعيتها، ونطاق تطبيقها، والقواعد المتعلق بها، وتحدثت بصورة مقتضبة عن الضرورة في القانون واقتصرت على تطبيقها في القانون العام والظروف الطارئة.
2. **نظرية الضرورة في القانون الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي**، ليوسف قاسم، وهي دراسة تأصيلية مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون الوضعي، إلاّ أنّها اقتصرت على الجانب الجنائي.
3. **نظرية الضرورة الشرعية: حدودها وضوابطها**، لجميل محمد بن مبارك، وهي دراسة اقتصرت على الجانب الفقهي والشرعي.
4. **نظرية الضرورة الطبية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة**، لأحمد ذيب، وهي دراسة كما هو واضح متخصصة بالجانب الطبي.
5. **نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامي والقانون الدستوري**، لباسم أحمد الهجرسي، وهي دراسة مقارنة لنظرية الضرورة بين الشريعة الإسلامية والقانون في نطاق المجال الدستوري. وتتميز هذه الدراسة من حيث رصد التطور

التاريخي للنظرية في جميع مراحلها منذ بدء النشأة والتكوين حتى مرحلة النضوج والاستقرار.

سابعاً: خطة البحث

اقتضى البحث تقسيمه إلى تمهيد، وأربعة مباحث وخاتمة، وتفصيل الخطة وفق الآتي:

المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة

المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون

المبحث الثالث: الضوابط الموضوعية لنظرية الضرورة

المبحث الرابع: تطبيقات نظرية الضرورة

خاتمة، وفيها أهم النتائج والتوصيات.

المبحث الأول

التعريف بمصطلحات الدراسة

سأتناول في هذا المبحث تعريف مصطلح النظرية لغة واصطلاحاً (المطلب الأول)، ثم تعريف النظرية الفقهية (المطلب الثاني)، يليها تعريف القاعدة الفقهية لغة واصطلاحاً (المطلب الثالث)، ثم بيان الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية (المطلب الرابع)، وتعريف الضرورة لغة واصطلاحاً (المطلب الخامس)، ثم في القانون الوضعي (المطلب السادس)، على أن أعقد إثر ذلك مقارنة بين تعريفي الضرورة في الشريعة والقانون (المطلب السابع)، ثم أتطرق لنظرية الضرورة ومراعاة أصل رفع الحرج (المطلب الثامن)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

تعريف النظرية لغة واصطلاحًا

سأعرض تعريف النظرية في اللغة (الفرع الأول)، ثم في الاصطلاح (الفرع الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

النظرية لغةً

النظرية من النظر وهو تأمل الشيء ومعاينته، ثم يُستعار ويُتسع فيه، فيقال: نظرت إلى الشيء أنظر إليه: إذا عاينته؛ كقوله تعالى: ﴿فَنَظَرَ نَظْرَةً فِي ٱلنُّجُومِ﴾ [سورة الصافات، الآية 88]، ويقولون: نَظَرتُهُ؛ أي: انتظرته. كما يطبّق النظَر: ويراد به الفكر في الشيء، تقدُّره وتقيُّسه منك، ونظر إلى الشيء أي أبصره وتأمله بعينه. والنظرية التي من النظر: مصدر صناعي، وتجمع على: نظريات، فهي إذًا ذلك المفهوم المشترك المجرد بين حقائق النظر المختلفة الدالة على ما تجتمع به من خصائص[1].

(1) أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ – 1979م، (444/5)؛ محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، (215/5)؛ إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة، د.ت، ص 201.

الفرع الثاني

النظرية اصطلاحًا

إنّ النظرية كمصطلح متداول لم يتم تعريفها في الموروث الفقهي، فهي مصطلح مستحدث، أو مولد كما يقول أهل اللغة، استعمله العلماء والباحثون المعاصرون الذين جمعوا في دراساتهم بين الفقه والقانون، وبوَّبوا المباحث الفقهية على هذا النمط الجديد، وأفردوا مؤلفاتهم على غراره[2]. ويقول الدكتور عبد الرزاق السنهوري: «إنّ الفقه الإسلامي في مراجعه القديمة لا يوجد فيه نظرية عامة للعقد، بل هو يستعرض العقود المسماة عقدًا عقدًا، وعلى الباحث أن يستخلص النظرية العامة»[3]. وقد عرّفها الدكتور عمر الجميلي فقال: «هي قوة يتم بها إدراك الأمور الكلية والمعاني المجردة، تقابلها العملية»[4].

المطلب الثاني

تعريف النظرية الفقهية

سأعرض تعريف العلماء المعاصرين للنظرية الفقهية (الفرع الأول)، ثم أبين المشتركات وأعلّق على ذلك (الفرع الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

تعريفات العلماء المعاصرين للنظرية الفقهية

عرَّف العلماء المعاصِرون النظرية الفقهية بتعريفات عدة، كان من أبرزها:

1. تعريف الدكتور مصطفى الزرقا بأنّها: «تلك الدساتير والمفاهيم الكبرى التي يؤلف كل منها على حِدَة نظامًا حقوقيًا موضوعيًا منبثًا في الفقه الإسلامي»[5].
2. وتعريف الدكتور وهبة الزحيلي بأنّها: «المفهوم العام الذي يؤلف نظامًا حقوقياً

(2) علي جمعة محمد عبد الوهاب، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية المؤلف، ط2، دار السلام، القاهرة، 1422هـ – 2001م، ص 26.

(3) عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، القاهرة، د.ت، (19/6).

(4) عمر الجميلي، فقه المآلات، دار النفائس، عمان، الأردن، د.ت، ص 9.

(5) مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 1425 هـ 2004م، (329/1).

موضوعياً تنطوي تحته جُزْئِيات مُوزّعة على أبوابِ الفقه المختلفة»[6].

3. وتعريف علي الندوي: «بأنّها موضوعات فقهية أو موضوع يشتمل على مسائل فقهية أو قضايا فقهية، من حيث حقيقتها، وأركان، وشروط، وأحكام، وتقوم بين كل منها صلة فقهية، تجمعها على وحدة موضوعية تحكم هذه العناصر جميعًا»[7].

4. وعند د. محمد عثمان شبير هي: «نظام عام لموضوع فقهي خاص، تنطوي تحته مسائل وفروع فقهية عديدة، تتعلّق بتعريف الموضوع وبيان مقوماته من أركان وشروط وموانع وضوابط، وبيان آثاره وتحديد أسبابه ونهايته»[8].

5. وعرّفها د. هيثم الرومي بأنّها: «مجموعة أصول وقواعد وأحكام فقهية ذات صلة موضوعية»[9].

الفرع الثاني

المشتركات بين تعريفات النظرية الفقهية

إذا أمعنا النظر في التعاريف السابقة، نجد أنّها على الرّغم من وجود مشتركات تقترب في دلالتها على محتوى النظرية؛ إذ تتعلّق بالأركان والشروط والضوابط والآثار، وأنّها تتصف بالعُموم والشمول والكلية، إلاّ أنّ أغلبها لم تتَّفق على توصيف دقيق للمراد بالنظرية، فمن أوصافهم: نظام عام أو شامل، مجموعة قواعد وأحكام، مفاهيم أو قاعدة كبرى، أو موضوعات فقهية.

المطلب الثالث

تعريف القاعدة الفقهية

سأعرض تعريف القاعدة الفقهية في اللغة (الفرع الأول)، ثم في الاصطلاح (الفرع الثاني)، يليها التعريف باعتبارها لقباً (الفرع الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

(6) وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ، الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دار الفكر، دمشق، د.ت، (364/4).

(7) علي أحمد النَدويَ، القواعد الفقهية، ط3، دار القلم، دمشق، 1414هـ، 1994م، ص 55.

(8) محمد شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 1428هـ – 2007م، ص 25.

(9) هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث، دار ابن حزم، الرياض، 1433هـ، ص 518.

الفرع الأول

القاعدة الفقهية لغةً

لفظ القاعدة له إطلاقات ومعان عدة عند أهل اللّغة منها أنّ: القاعدة هي الأساس، والقواعد دعائم كل شيء، كقواعد الإسلام وقواعد البيت وغيرها، وقواعد البناء: أساسه، قال تعالى: ﴿وَإِذْ يَرْفَعُ إِبْرَٰهِـۧمُ ٱلْقَوَاعِدَ مِنَ ٱلْبَيْتِ وَإِسْمَٰعِيلُ رَبَّنَا تَقَبَّلْ مِنَّآ إِنَّكَ أَنتَ ٱلسَّمِيعُ ٱلْعَلِيمُ﴾ [سورة البقرة، الآية 127]، والقاعدة: أصل الأس، وتجمع على قواعد، والأس: الشيء الوطيد الثابت وقاعدة البيت أساسه. وتُطلق القاعدة على الأصل: وهو أسفل كل شيء.

ممّا سبق من التعريفات التي ذكرتها، يتبيَّن أنّ أقرب المعاني للقاعدة هو المعنى الأول وهو الأساس؛ لأنّ الأحكام تُبنى عليه، كما يُبنى الجدار على الأساس[10].

الفرع الثاني

القاعدة الفقهية اصطلاحًا

أما مفهوم القاعدة الفقهية اصطلاحاً، فقد تنوعت عبارات العلماء فيها وتعددت، ومن هذه التعريفات:

1. تعريف الجرجاني بأنّها: «قضية كلية منطبقة على جميع جزئياتها»[11].
2. وتعريف أبو البقاء الكفوي رحمه الله بأنّها: «قضية كلية من حيث اشتمالها بالقوة على أحكام جزئيات موضوعها»[12].

ويلاحظ على هذه التعريفات أنّها تتفق في المعنى الاصطلاحي، إذ إنّهم عبروا عنها بالقضية؛ لتناولها جميع أركان المعرَّف على وجه الحقيقة للقاعدة، وأنّها قضية كلية ينطبق حكمها على جميع أفرادها، بحيث لا يخرج عنها فرد، وإذا كان هناك شاذ أو نادر

(10) محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، دار الفكر، بيروت، 1414هـ، (201/5)؛ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، (108/5)؛ محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، (357/3)؛ أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ط1، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م، (137/1).

(11) علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط1، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ، ص219.

(12) أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، كتاب الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ، 1998م، ص 1165.

خارج عن نطاق القاعدة، فالشاذ أو النادر لا حكم له، ولا ينقض القاعدة، فلذلك اشتهر القول بأنّه: «ما من قاعدة إلاّ ولها شواذ»، حتى أصبح قاعدة عند الناس، فالقاعدة عامة إلاّ أنّها عند الجميع هي: أمر كلي ينطبق على جميع جزئياته، كقول النحاة: المبتدأ مرفوع، وقول الأصوليين النهي للتحريم.

الفرع الثالث

تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقباً

لقد تمّ تعريف القاعدة الفقهية بعدة تعريفات، وأقربها أن تُعرَّف بالمعنى العام للقاعدة، مع تقييدها بالجانب الفقهي، وذلك على أنّها: حكم فقهي كلي ينطبق على جميع جزئياته أو أغلبها لتعرف أحكامه منها.

وهكذا يمكننا القول بأنّ: قواعد الفقه هي نصوص موجزة تتضمن أحكاماً تشريعية عامة في الحوادث التي تدخل تحت موضوعها، وتتجدّد بتجدّد الزمن، فتشمل ما كان وما سيكون من وقائع وحوادث، فميزتها إيجاز الصياغة مع عموم المعنى والاستيعاب للفروع الجزئية، وأحكامها أغلبية غير مطردة؛ وذلك لأنّها كمنهج قياس، لو تخلف عنها بعض الجزئيات فإنّ ذلك لا يقدح في عمومها.

المطلب الرابع

الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية

ذكر الشيخ علي الندوي في كتابه القواعد الفقهية الفرق الجلي بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية من خلال موازناته بين من كتبوا وألفوا في هذه المسألة، وأردف خلاصة قول مصطفى الزرقا في مدخله وهو:

إنّ النظرية العامة هي غير القاعدة الكلية في الفقه الإسلامي، فإنّ هذه القواعد هي بمثابة ضوابط بالنسبة إلى تلك النظريات، أو إنّما هي قواعد خاصة بالنسبة للقواعد العامة الكبرى، وقد ترد قاعدة بين القواعد الفقهية ضابطاً خاصاً بناحية من نواحي تلك النظرية، فقاعدة «العبرة في العقود للمقاصد والمعاني» مثلاً ليست سوى ضابط في ناحية مخصوصة من أصل نظرية العقد، وهكذا سواها من القواعد[13].

والاختلاف الأساسي بينهما يتلخص في أمرين:

(13) علي أحمد الندوي، مرجع سابق، ص 62.

1. القاعدة الفقهية تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها، وهذا الحكم الذي تتضمنه القاعدة يندرج تحته فروع فقهية، مثاله قاعدة «لا ضرر ولا ضرار»، والتي نحن بصدد ذكرها في بحثنا هذا، والذي تتضمن حكماً فقهياً في كل مسألة يأتي بها ضرر أو مضرة، سواء في النفس أو للآخرين وهكذا، أمّا النظرية الفقهية فإنّها لا تتضمن حكماً فقهياً في ذاتها كنظرية الملك والنسخ والبطلان.
2. القاعدة الفقهية لا تشتمل على أركان وشروط، بخلاف النظرية الفقهية فلابد من ذلك.

ويمكن أن ندرج مجموعة من القواعد الفقهية التي تختلف في فروعها وجزئياتها وآثارها، ولكنها قد تتسم بصفة عامة ومزايا مشتركة، أو تتحد في موضوعها العام، تحت نظرية معيّنة على سبيل المثال. وهكذا فالقاعدة الكلية الأساسية «الضرر يزال» يندرج تحتها قواعد فرعية عديدة منها:

الضرر يدفع بقدر الإمكان، لا ضرر ولا ضرار، الضرر لا يزال بمثله، الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف، يتحمل الضرر الخاص لدفع ضرر عام، الضرورات تبيح المحظورات، الضرورات تُقدّر بقدرها، الحاجة تنزل منزلة الضرورة[14].

والحاجة عرّفها الأصوليون بأنّها: الحالة التي لا تصل إلى حد الضرورة[15]. وعرّفها الشيخ أحمد الزرقا بأنّها: «الحالة التي تستدعي تيسيرًا أو تسهيلاً؛ لأجل الحصول على المقصود، فهي دون الضرورة من هذه الجهة»[16]. والحاجة تتنزّل فيما يحظره ظاهر الشرع منزلة الضرورة، عامة كانت أو خاصة، وتنزيلها منزلة الضرورة في كونها تثبت حكمًا[17]. وهذا معناه أنّ: الإنسان يحتاج إليها من حيث التوسعة، ورفع الضيّق المؤدي في الغالب للحرج والمشقة، التي تفوت معها بعض المصالح أو الوقوع في بعض المفاسد، فإذا لم تراع هذه الحاجات لحق المكلفين الحرج، والضيّق، والمشقة. وتجتمع الحاجة مع الضرورة كون كل منهما ظرفاً استثنائياً وحالة طارئة تشتمل على مشقة وحرج وضيق فوق طاقة المكلف إلاّ أنّ الضرورة أشد وأخطر.

(14) أحمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط1، دار الغرب الإسلامي، بيروت، 1403هـ – 1983م، ص 425.

(15) عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، ط1، المحقق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1997م، (79/2)؛ منصور بن محمد السمعاني أبو المظفر، قواطع الأدلة في الأصول، ط1، المحقق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1999م، (179/2)؛ ابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ط2، دار الكتب العلمية، 1403هـ – 1983م، (144/3)؛ محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، (307/3).

(16) أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 209.

(17) المرجع السابق، الصفحة ذاتها.

وعليه نرى أنّ هذه المجموعة من القواعد الفقهية المعروفة – بغض النظر عن الفروع والجزئيات المختلفة تحت كل منها – يمكن أن نضعها جميعاً تحت عنوان «نظرية الضرورة»؛ لأنّ الضرورة هي الطابع العام الغالب على جميع هذه القواعد السابقة الذكر. وعلى هذا الطراز بعد الدقة والتأمل، يمكن أن نجمع كثيراً من تلك القواعد تحت قواعد كبرى معينة أو نظريات معّينة.

وبعد هذا يمكننا القول: إنّ لكل من النظرية العامة والقاعدة الفقهية خصائص، تتميّز بها كل منهما عن الأخرى، فإذا كانت النظرية العامة تشمل جانباً واسعاً من مباحث الفقه الإسلامي، وتشكّل دراسة موضوعية مستقلة لذلك الجانب، فإنّ القاعدة الفقهية تمتاز بإيجاز في صياغتها، لعموم معناها وسعة استيعابها للفروع الجزئية من أبواب مختلفة[18].

المطلب الخامس

تعريف الضرورة لغة واصطلاحاً

سأعرض تعريف الضرورة في اللغة (الفرع الأول)، ثم في الاصطلاح (الفرع الثاني)، وأخيراً في الاصطلاح الحديث (الفرع الثالث)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

الضرورة في اللغة

الضاد والراء ثلاثةُ أصول: الأوّل خلاف النَّفْع، والثاني: اجتماعُ الشَّيء، والثالث القوّة. وتطلق الضرورة ويراد بها الحاجة والشِّدة لا دافع لها، وكذا بمعنى الإلجاء إلى المحرّم الذي لابدَّ منه والمشقة، والجمع: ضرورات، وهي اسم لمصدر الاضطرار. والاضطرار: الاحتياج إلى الشيء، واضطره إليه: أحوجه وألجأه فاضطر[19].

الفرع الثاني

الضرورة في الاصطلاح

تعدّدت تعريفات العلماء حول مفهوم الضرورة: ذكرها السيوطي في الأشباه والنظائر، فقال: الضرورة: بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك، أو قارب، وهذا يبيح تناول

(18) علي أحمد الندوي، مرجع سابق، ص 65 - 66.

(19) أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ – 2005م، ص 428؛ محمد بن مكرم بن منظور، مرجع سابق، (482/4)؛ أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، مرجع سابق، (360/3).

الحرام[20]. وعرّفها الجصّاص في أحكام القرآن فقال: والضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل إمّا على نفسه أو على عضو من أعضائه[21]. وعرّفها المالكية فقالوا: الضرورة هي الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً[22]. وعرّفها الحنابلة فقالوا خوف التلف إن لم يأكل المحرّم غير السم[23]. وقد جاء تعريفها في مجلة الأحكام العدلية بقولهم: «الاضطرار هنا الإجبار على فعل الممنوع»[24].

الفرع الثالث

الضرورة في الاصطلاح الحديث

جاءت تعريفات الفقهاء الحديثين متطابقة مضموناً وفحوى مع تعريفات الفقهاء القدماء، مع الاختلاف في التعبير من حيث الإيجاز والتفصيل، وفيما يلي عرض لبعض هذه التعريفات:

1. عرّفها الشيخ محمد أبو زهرة بأنّها: الخشية على الحياة إن لم يتناول المحظور أو يخشى ضياع ماله كله. وفي موضع آخر أن: «يكون الشخص في حالة تهدّد مصلحته الضرورية، ولا تدفع إلاّ بتناول محظور يمس حقّ غيره[25].
2. عرّفها الأستاذ مصطفى الزرقا بقوله: «الضرورة هي ما يترتّب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعاً»[26].
3. عرّفها الدكتور وهبة الزحيلي قائلاً: «هي 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، ويتعيّن أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب،

(20) عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ – 1990م، ص 85.

(21) أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ، (160/1).

(22) محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت، (115/2).

(23) منصور بن يونس بن إدريس البهوتي (المتوفى1051هـ)، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390هـ، (350/3).

(24) علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب العلمية، بيروت، د.ت، (38/1).

(25) محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الثقافة، القاهرة، ص 43.

(26) مصطفى الزرقا، المدخل الفقهي العام، مطبعة جامعة دمشق، 1961، (991/1).

أو تأخيره عن وقته، دفعاً للضرر عنه في غالب ظنه ضمن قيود الشارع»[27].

من خلال تعريف الضرورة وأنّها الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً، وأنّ هذا الإلجاء قد يكون بفعل الغير كما في الإكراه وغيره، وقد يكون بسبب ظروف طارئة وقوة قاهرة كالمخمصة التي يكون فيها الإنسان، أو المجاعة العامة التي تطرأ على مجموعة من الناس. فالشريعة الإسلامية مثلاً أباحت للمضطر أكل الميتة، سواء أكان هذا الاضطرار بجوع، أم عطش في مخمصة، أم بإكراه من ظالم – بحيث يخشى على نفسه من الهلاك من جرّاء هذا الإكراه – حتى أنّ جمهور الفقهاء قالوا بوجوب الأكل والشرب للمضطر، وحرّموا عليه الامتناع؛ لأنّ في الامتناع قتلاً للنفس التي حرّم اللّه قتلها[28].

وممّا يؤكد هذا الرأي ما ذكره الإمام الغزالي بقوله: «وارتكاب أهون الضررين يصير واجباً وطاعة بالإضافة إلى أعظمهما، كما يصير شرب الخمر واجباً في حقِّ من غصَّ بلقمة، وتناول طعام الغير واجباً على المضطر في المخمصة، وإفساد مال الغير ليس حراماً لعينه، ولذلك لو أكره عليه بالقتل وجب أو جاز»[29]. أمّا الإمام ابن تيمية فقال: «والمضطر يجب عليه أكل الميتة في ظاهر مذاهب الأئمة الأربعة»[30]. إذن في حالة الضرورة تباح المحرّمات للقاعدة الفقهية: الضرورات تبيح المحظورات.

المطلب السادس

تعريف الضرورة في القانون الوضعي

عرّفت الضرورة في القوانين الوضعية بتعريفات متعدّدة، ولكنّها في الحقيقة تدور في المعنى نفسه والمضمون ذاته، مع اختلافات بسيطة بينهما، ففي القانون الدستوري تدل على وجود خطر جسيم وحال يهدّد كيان الدولة، بحيث لا يمكن مواجهة حالات الأزمة بالقواعد القانونية العادية، ممّا يستدعي التدخل السريع لمواجهة هذه الأوضاع من طرف السلطة التنفيذية، وقد يخالف هذا التصرف القواعد القانونية القائمة، إلاّ أنّه يعد الوسيلة الوحيدة لدفع هذا الخطر، فتكون نظرية الضرورة هي الأساس القانوني لما تتخذه الإدارة

(27) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مكتبة الفارابي، دمشق، ص 65.

(28) محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – تطبيقاتها – أحكامها – آثارها: دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993م، ص 31.

(29) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ط1، تحقيق: محمد عبد السلام عبد الشافي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1413 هـ، ص 71.

(30) تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي، الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ – 1987م، (547/5).

من تصرفات في أوقات الضرورة[31].

وعرّفها يوسف قاسم بأنّها: «خوف الهلاك على النفس والمال»[32]. كما جاء في تعريفها: «أن يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع، فلا يرى سبيلاً للخلاص منها إلاّ بارتكاب الفعل المكوّن للجريمة»[33]. وعرّفها بعضهم بأنّها: «وجود الإنسان نفسه في ظروف تهدّده بخطر لا سبيل إلى تلافيه إلاّ بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمداً بقصد إلجائه إلى ارتكابها»[34]. وجاء أيضاً في تعريفها بأنّها: «وضع مادي للأمور ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل الإنسان مُوجّه إلى الغير، وينذر بضرر جسيم على النفس يتطلّب دفعه ارتكاب جريمة على إنسان بريء»[35].

وبناءً على التعريفات السابقة، يتضح لنا أنّ الضرورة بمعناها الواسع، هي أن يتعرض الإنسان لظروف تصيره إلى حد يعلم أو يظن – أو يخاف أنّه إن لم يتناول المحرّم غير السمِّ – هلك أو قارب على الهلاك، بمعنى أن يهلك جميعه أو بعضه.

والمعيار في تقدير الوقوع في الضرورة هو معيار شخصي، كما هو واضح من تعبير الفقهاء بالعلم أو الظن، وكذا تعبيرهم بالخوف، إذ خوفه على نفسه في هذه الحالة إنّما يكون إثر علمه بأنّه إن لم يتناول هذا المحرّم هلك كلاً أو بعضاً، أو إثر ظنه هذه النتيجة، بأن كان احتمال الهلاك راجحاً عن احتمال النجاة عنده[36].

المطلب السابع

مقارنة تعريف الضرورة بين الشريعة والقانون

من خلال تعريف الضرورة بين الشريعة والقانون، نجد أنّ الضرورة في الشريعة يُقصد بها تناول الممنوع شرعاً – وهو المحرّم – عند الضرورة، والتي يهدف منها دفع الاعتداء على الأنفس أو الأعراض أو الأموال، سواء بالنسبة للإنسان نفسه أو بالنسبة للغير،

(31) عزيزة الشريف، الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، 1998م، ص 77.

(32) يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1401هـ – 1981م، ص80.

(33) محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955، ص 326.

(34) السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، القاهرة، 1957، ص 417.

(35) رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت، ص 195.

(36) محمود محمد عبد العزيز الزيني، مرجع سابق، ص 20.

ومن ثم نجد تعريفات شاملة لجميع حالات الضرورة.

وقد سار فقهاء القانون الوضعي المسار نفسه وسلكوا الاتجاه ذاته الذي سار عليه فقهاء الشريعة الإسلامية، وعرّفوا حالة الضرورة بتعريفات تكاد تكون هي التعريفات نفسها التي قال بها فقهاء الإسلام مع اختلافات بسيطة[37].

المطلب الثامن

نظرية الضرورة ومراعاة أصل رفع الحرج

إنّ مراعاة أصل رفع الحرج يعتبر أصلاً من أصول الشريعة الإسلامية، وقد دلّت الآيات الكريمة والأحاديث النبوية الشريفة على هذا الأصل المهم فقال تعالى: ﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي ٱلدِّينِ مِنْ حَرَجٍ﴾ [سورة الحج، الآية 78]، وقال أيضاً: ﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلْعُسْرَ﴾ [سورة البقرة، الآية 185].

أمّا في السنة النبوية المطهرة، فقد وردت عدة أحاديث، نذكر منها على سبيل الإجمال لا التفصيل عن أبي هريرة رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ عن النبي ﷺ قال: «إنّ الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلا غلبه، فسددوا وقاربوا، وأبشروا، واستعينوا بالغدوة والروحة وشيء من الدلجة»[38]. وعن عائشة رضي اللّه عنها، أنّها قالت: «ما خيّر رسول اللّه ﷺ بين أمرين إلاّ أخذ أيسرهما، ما لم يكن إثماً، فإن كان إثماً كان أبعد الناس منه»[39]. وفي مسند الإمام أحمد عن النبي ﷺ: «إني لم أبعث باليهودية ولا بالنصرانية، ولكني بعثت بالحنيفية السمحة»[40].

ومن خلال هذه الأدلة نرى كيف راعت الشريعة الإسلامية هذا الأصل في جميع تشريعاتها وأحكامها، ومن مظاهر هذه الرعاية أنّ التكاليف الشرعية – أصلاً – لم تكن بالكثرة التي ينفر منها المسلم، ولا هي مرهقة لا يستطيع أداءها، فالصلاة خمس مرات في اليوم والليلة، والحج مرّة في عمر الإنسان، والصيام شهر في السنة، والزكاة متى ما توفرت شروط أدائها، وهكذا فالشريعة الإسلامية سمحة سهلة لا تشدّد ولا غلو فيها.

وأيضاً من مظاهر رعاية الشريعة لأصل رفع الحرج عن الناس تشريع الرخص، وذلك

(37) المرجع السابق، ص 25.

(38) صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ، (189/4)، ح (3560)؛ صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب مباعدته ﷺ للآثام، واختياره من المباح أسهله، وانتقامه للّه عند انتهاك حرماته، (80/7)، ح (6190).

(39) صحيح البخاري، كتاب الإيمان، باب: الدين يسر، (16/1)، ح (39).

(40) مسند الإمام أحمد، تتمة مسند الأنصار، حديث أبي أمامة الباهلي، (625/36)، ح (22291).

مراعاة لأعذار المسلمين ورفعاً للمشقة عنهم، ففي الشريعة يوجد نوعان من الأحكام: أحكام العزيمة وأحكام الرخصة، فالعزيمة ما شرّع ابتداء ليكون قانوناً عاماً للمسلمين في أحوالهم الاعتيادية، والرخصة ما شرّع بناءً على أعذار الناس وظروفهم الطارئة، أو هي كما ذكر الشاطبي: «ما شرّع لعذر شاق استثناء من أصل كلي يقتضي المنع مع الاقتصار على مواضع الحاجة فيه»[41]. فتشريع الرخص يدل دلالة قاطعة على مراعاة الشريعة لهذا الأصل العظيم وهو رفع الحرج عن الناس.

وأيضاً من مظاهر المراعاة لأصل رفع الحرج، نهي الشريعة عن التشدّد واستدعاء المشقة من المكلّف بنفسه، وهذا ما عناه سيد المرسلين في قوله: «إنّ الدين يسر، ولن يشاد الدين أحد إلاّ غلبه»[42]. قال ابن حجر: «المشادة بالتشديد المغالبة، يقال شاده يشاده مشادة إذا قاواه، والمعنى لا يتعمّق أحد في الأعمال الدينية ويترك الرفق إلاّ عجز وانقطع فيغلب، قال ابن المنير: في هذا الحديث علم من أعلام النبوة، فقد رأينا ورأى الناس قبلنا أنّ كل متنطع في الدين ينقطع، وليس المراد منع طلب الأكمل في العبادة فإنّه من الأمور المحمودة، بل منع الإفراط المؤدي إلى الملال، أو المبالغة في التطوع المفضي إلى ترك الأفضل، أو إخراج الفرض عن وقته، كمن بات يصلي الليل كله ويغالب النوم إلى أن غلبته عيناه في آخر الليل فنام عن صلاة الصبح في الجماعة، أو إلى أن خرج الوقت المختار، أو إلى أن طلعت الشمس فخرج وقت الفريضة»[43].

وقال العيني: «المعنى لا يتعمّق أحدكم في الدين، فيترك الرفق إلاّ غلب الدين عليه، وعجز ذلك المتعمّق، وانقطع عن عمله كله أو بعضه»[44].

ومن هنا نعلم علم اليقين أنّ المشقة غير مقصودة للعباد، وإنّما شرّع اللّه (عزَّ وجلَّ) الرخصة، وأن يأخذ المكلّف بها في حالة الضرورة لدفع الحرج والضرر عن نفسه، لهذا شرعت الأحكام التي ترفع الحرج والمشقة[45].

(41) إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد اللّه دراز، دار المعرفة، بيروت، د.ت، (301/1).

(42) صحيح البخاري، كتاب المناقب، باب صفة النبي ﷺ، (189/4)، ح (3560)؛ صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب مباعدته ﷺ للآثام، واختياره من المباح أسهله، وانتقامه للّه عند انتهاك حرماته، (80/7)، ح (6190).

(43) أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ، (94/1).

(44) محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، (237/1).

(45) عبد الكريم زيدان، حالة الضرورة في الشرعية الإسلامية، مطبعة العاني، بغداد، 1390هـ – 1970م، ص 5 – 8.

المبحث الثاني

التطوّر التاريخي لنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

سنعرض في البداية للتطوّر التاريخي لقاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، ثم لتطوّرها في القانون (المطلب الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

التطوّر التاريخي لقاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي

سنبين في البداية مكانة قاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي (الفرع الأول)، ثم سنورد أدلة مشروعية مبدأ الضرورة (الفرع الثاني)، يليه توضيح تاريخ نشأة نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي (الفرع الثالث)، على أن نقدم مثالاً لتنظيم مجلة الأحكام العدلية لقاعدة الضرورة (الفرع الرابع)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

مكانة قاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي

تقوم الشريعة الإسلامية على الوحي الإلهي والمبادئ الخلقية السامية منذ بداية عهد الدعوة حينما كلّف اللّه سبحانه وتعالى نبيّنا ﷺ بحمل الأمانة وتبليغ الرسالة، فمنذ هذه اللحظة ومبادئ العدل والرحمة تملأ نواحي المجتمع المسلم وفي شتى مجالاته، فكان رسولنا الكريم ﷺ هو القدوة في ذلك. ومن هذه المزايا لشريعتنا الإسلامية لا نجد غرابة في جعل أحكام الضرورة تأخذ حيّزاً في المجتمع الإسلامي.

وهكذا بنى الإسلام صرحاً من المبادئ والتي هي مزيج من الشّدة والرحمة تتواءم معها النفس البشرية في انسجام لا تجد له مثيلاً بين صفوف التشريعات الوضعية[46].

(46) باسم أحمد محمد الهجرسي، نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري – دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، المجلد 15، العدد 6، سنة 2013م، ص 3278-3279.

وإذا أردنا أن نعرف التطور التاريخي لقاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي، نجد أنّ أصلها في الشريعة الإسلامية ينبني على قاعدة «الضرر يزال»، وهي من القواعد الكلية الكبرى في الفقه الإسلامي، ولها تطبيقات واسعة، ومتعدّدة في مختلف المجالات الفقهية، وأصل هذه القاعدة هو الحديث النبوي الشريف الذي أخرجه ابن ماجه عن عبادة بن الصامت رضي الله عنه أنّ رسول اللّه ﷺ قضى أن «لا ضرر ولا ضرار»[47].

والمقصود بالضرر في هذه الأحاديث الشريفة هو إلحاق المفسدة بالغير مطلقاً، فلا يجوز شرعاً لأحد أن يلحق بآخر ضرراً ولا ضراراً، وقد سبق بأسلوب نفي الجنس ليكون أبلغ في النهي والزجر: أمّا الضرر فهو إلحاق مفسدة بالغير لا على وجه الجزاء المشروع، والضرار مقابلة الضرر بالضرر، وقد فسّره بعضهم بأن لا يضر الرجل أخاه ابتداء ولا جزاء، وألاّ يتجاوز الضرر في حالة ما إذا تم الإضرار بالغير. وهذا نص صريح في تحريم الضرر؛ لأنّ النفي بـ(لا الاستغراقية) يفيد تحريم سائر أنواع الضرر من الشرع؛ لأنّه نوع من الظلم، إلاّ ما خُصَّ بدليل، كالحدود والعقوبات وحالات الضرورة.

وهذه القاعدة من أركان وأساسيات الشريعة الإسلامية، وتؤكدها نصوص كثيرة من القرآن الكريم والسنة المطهرة، وهي أساس لمنع الأفعال الضارة وما يترتّب عليها من نتائج تعويضية، سواء بالمال أو بالعقوبة[48].

الفرع الثاني

أدلة مشروعية مبدأ الضرورة

توجد هذه الأدلة الشرعية في القرآن والسنة، ونعرض لها على النحو الآتي:

أولاً: الآيات القرآنية:

هي خمس، منها آية خاصة نص فيها صراحة على ضرورة المخمصة (أي الجوع الشديد)، وهي آية المائدة، والآيات الأخرى يفهم منها إباحة المحرّمات كلّها عند وجود ضرورة الغذاء، وهذه الآيات هي ما يلي:

1. ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيْرِ ٱللَّهِ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَآ إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة البقرة، الآية 173].

(47) سنن ابن ماجه، أبواب الأحكام، باب من بنى في حقه ما يضر بجاره، (784/2)، ح (2340)؛ الموطأ، كتاب الأقضية، باب القضاء في المرفق، (745/2)، ح (31)؛ وفي مسند أحمد، مسند بني هاشم، مسند عبد اللّه بن العباس بن عبد المطلب، (55/5)، ح (2865)، وصحّحه الألباني في صحيح الجامع الصغير وزياداته، ح (7517).

(48) أحمد الزرقا، مرجع سابق، ص 113؛ علي حيدر، مرجع سابق، المادة 19 «لا ضرر ولا ضرار».

2. ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحْمُ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ وَٱلْمُنْخَنِقَةُ وَٱلْمَوْقُوذَةُ وَٱلْمُتَرَدِّيَةُ وَٱلنَّطِيحَةُ وَمَآ أَكَلَ ٱلسَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى ٱلنُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا۟ بِٱلْأَزْلَٰمِ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ ٱلْيَوْمَ يَئِسَ ٱلَّذِينَ كَفَرُوا۟ مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَٱخْشَوْنِ ۚ ٱلْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِى وَرَضِيتُ لَكُمُ ٱلْإِسْلَٰمَ دِينًا ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ فِى مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة المائدة، الآية 3].

3. ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِى مَآ أُوحِىَ إِلَىَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ إِلَّآ أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُۥ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ بِهِۦ ۚ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة الأنعام: 145].

4. ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ ٱلْمَيْتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحْمَ ٱلْخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيْرِ ٱللَّهِ ۖ بِهِۦ فَمَنِ ٱضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ﴾ [سورة النحل، الآية 115].

5. ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ﴾ [سورة الأنعام، الآية 119].

هذه الآيات ذكر فيها المطعومات المحرَّم تناولها في الإسلام، وهي الميتة، وما في معناها من الأنواع الخمسة المذكورة في الآية الثانية، والدم المسفوح، ولحم الخنزير، والمذبوح لغير اللّه (عزَّ وجلَّ)، وأضافت السنة النبوية تحريم السباع والطيور الجوارح والحمر الأنسية، والبغال، حيث ورد منها عن أبي ثعلبة رضي الله عنه أنّ رسول اللّه ﷺ «نهى عن أكل كل ذي ناب من السباع»[49]. وعن ابن عباس قال: نهى رسول اللّه ﷺ عن كل ذي ناب من السباع، وعن كل ذي مخلب من الطير[50]. عن جابر بن عبد اللّه قال: نهى النبي ﷺ يوم خيبر عن لحوم الحمر ورخص في لحوم الخيل[51].

فقد تضمنت هذه الآيات كلها استثناء حالة الضرورة حفاظاً على النفس من الهلاك، ولا يلتفت حينئذ إلى سبب التحريم، وهو وجود الضرر؛ لأنّ حالة الجوع تجعل جهاز الهضم قوياً، يتمثل الطعام دون أذى، بخلاف الحالات المعتادة قال البردوي وغيره من علماء التفسير والأصول: استثنى حالة الضرورة، والاستثناء من التحريم إباحة، إذا

(49) صحيح البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب أكل كل ذي ناب من السباع، (96/7) ح (5530)؛ صحيح مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير، (59/6)، ح (1932).

(50) صحيح مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب تحريم أكل كل ذي ناب من السباع وكل ذي مخلب من الطير، (59/6)، ح (1932).

(51) صحيح البخاري، كتاب الذبائح والصيد، باب لحوم الحمر الإنسية، (95/7)، ح (5524)؛ صحيح مسلم، كتاب الصيد والذبائح وما يؤكل من الحيوان، باب في أكل لحوم الخيل، (65/6)، ح (1941).

الكلام صار عبارة عما وراء المستثنى، وقد كان مباحاً قبل التحريم، فبقي على ما كان في حالة الضرورة[52].

ثانياً: الأحادث النبوية

أمّا الأحاديث النبوية المروية التي تتعلّق حالة الضرورة، فمنها حديثان في إباحة تناول الميتة، ومنها: أحاديث في إباحة التناول من ثمار البساتين، ومنها أحاديث في الدفاع عن النفس ونحوه.

أمّا الحديثان الواردان في إباحة الميتة فهما:

1. عن أبي واقد الليثي رضي الله عنه قال: قلنا: يا رسول اللّه، إنا تصيبنا مخمصة، فما يصلح لنا من الميتة؟ قال: (إذا لم تصطبحوا، أو تغتبقوا، أو تحتفئوا بقلاً فشأنكم بها)[53]. ومعنى الحديث إذا لم تجدوا ألبنة تصحبونها، أو شراباً تغتبقونه ولم تجدوا بعد ذلك بقلة تأكلونها أحلت لكم الميتة. وإباحة الميتة وإن كان نادراً في عصرنا الحاضر لكنه قد يحصل، ويعد رمزاً معبّراً لأحوال الضرورة المبيحة للمحظورات، فيقاس عليه ما هو في مثل حالة المضطر إليه.

2. عن جابر بن سمرة رضي الله عنه أنّ أهل بيت كانوا بالحرة محتاجين، قال: «فماتت عندهم ناقة لهم، أو لغيرهم، فرخص لهم النبي ﷺ في أكلها»، قال: «فعصمتهم بقية شتائهم، أو سنتهم»[54]. وفي لفظ آخر عن جابر بن سمرة ﷺ أنّ رجلاً نزل الحرة ومعه أهله وولده، فقال رجل: إنّ ناقة لي ضلت فإن وجدتها، فأمسكها فوجدها فلم يجد صاحبها، فمرضت، فقالت امرأته: انحرها، فأبى، فنفقت، فقالت: اسلخها حتى نقدّد شحمها ولحمها ونأكله، فقال حتى أسأل رسول اللّه ﷺ، فأتاه فسأله فقال: «هل عندك غنى يغنيك؟ قال: لا، قال: فكلوها، قال: فجاء صاحبها فأخبره الخبر فقال: «هلا كنت نحرتها»، قال: استحييت منك[55].

(52) عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البرذوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (398/4).

(53) مسند أحمد، تتمة مسند الأنصار، حديث أبي واقد الليثي، (227/36)، ح (21898)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الضحايا، جماع أبواب ما لا يحل أكله وما يجوز للمضطر من الميتة وغير ذلك، باب ما يحل من الميتة بالضرورة (356/9)، ح (19698).

(54) مسند أحمد بن حنبل، مسند البصريين رضي الله عنهم، حديث جابر بن سمرة رضي الله عنه، (411/34)، ح (20815).

(55) أخرجه أبو داود، كتاب الأطعمة، باب في المضطر إلى الميتة، (386/2)، ح (3816).

قال الشوكاني معلّقاً على ذلك: وقد دلت أحاديث الباب على أنّه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة ما يكفيه على الخلاف السابق في مقدار ما يتناوله، ولا أعلم خلافاً في الجواز وهو نص القرآن الكريم، وهل يجب على المضطر أن يتناول من الميتة حفظاً لنفسه. قال في البحر: في ذلك وجهان: يجب لوجوب دفع الضرر ولا يجب إيثاراً للورع[56].

وفي المطعومات والصيود والذبائح، وردت أحاديث تجيز الأكل منها حال الضرورة وهي:

1. عن عدي بن حاتم رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ أنّ النبي ﷺ قال: (ما علمت من كلب أو باز ثم أرسلته وذكرت اسم اللّه فكل ممّا أمسك عليك)، قلت: وإن قتل؟ قال: (إذا قتله ولم يأكل منه شيئاً فإنّما أمسكه عليك)، قال أبو داود: الباز إذا أكل فلا بأس به، والكلب إذا أكل كره وإن شرب الدم فلا بأس به[57]، ففي هذا الحديث دليل على إباحة الصيد بالكلاب والطيور الجارحة المعلمة للضرورة بالرغم من نجاستها.
2. عن رافع بن خديج رَضِيَ اللَّهُ عَنْهُ قال: كنا مع النبي ﷺ في سفر فندَّ بعير من إبل القوم، ولم يكن معهم خيل، فرماه رجل بسهم، فحبسه اللّه، فقال رسول اللّه ﷺ: (إن لهذه البهائم أوابد كأوابد الوحش، فما فعل منها هذا فافعلوا به هكذا)[58]. هذا الحديث دليل على جواز تذكية الحيوان للضرورة بإصابته في أي مكان بجسده، كأن يرمي بالسهم أو الرصاص فيجرحه في أي موضع كان من جسده، بشرط أن يكون وحشياً أو متوحشاً.
3. عن أبي سعيد عن النبي ﷺ أنّه قال في الجنين: (ذكاته ذكاة أمه)[59]، فالجنين وإن خرج ميتاً يحلُّ أكله؛ لأنّ ذكاة أمه – أي ذبحها – تنسحب عليه للضرورة، وهذا ما قرّره جمهور العلماء سوى أبي حنيفة[60]. وأحاديث إباحة مال الغير حال الضرورة

(56) محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ط1، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، 1413هـ – 1993م، (173/8).

(57) سنن أبي داود، كتاب الصيد، باب في الصيد، (68/3)، ح (2851)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الصيد والذبائح، باب البزاة المعلمة إذا أكلت (238/9)، ح (18952).

(58) جامع الترمذي، باب ما جاء في البعير والبقر والغنم إذا ند فصار وحشياً يرمى بسهم أم لا، (156/3)، ح (1492).

(59) سنن أبي داود، كتاب الضحايا، باب ما جاء في ذكاة الجنين، (62/3)، ح (2827)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب الضحايا، جماع أبواب ما يحل ويحرم من الحيوانات، باب ذكاة ما في بطن الذبيحة، (335/9)، ح (19550)، سنن الدار قطني، كتاب الصيد والذبائح والأطعمة وغير ذلك، (489/5)، ح (4735).

(60) أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي حنفي، النتف في الفتاوى، ط2، المحقق: د. صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ – 1984م، (228/1)؛ أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ – 2004م، (205/2).

هي ما يأتي: روى ابن ماجه بسنده عن أبي بشر جعفر بن أبي إياس، قال: سمعت عباد بن شرحبيل – رجلًا من بني غبر – قال: أصابنا عام مخمصة، فأتيت المدينة، فأتيت حائطاً من حيطانها، فأخذت سنبلاً ففركته فأكلته وجعلته في كسائي، فجاء صاحب الحائط فضربني وأخذ ثوبي، فأتيت النبي ﷺ فأخبرته، فقال للرجل: (ما أطعمته إذ كان جائعاً أو ساغباً، ولا علّمته إذ كان جاهلاً، فأمره النبي ﷺ فرد إليه ثوبه، وأمر له بوسق من طعام أو نصف وسق)[61].

وهناك أحاديث في حال الدفاع عن النفس أو المال أو العرض منها:

1. عن سعيد بن زيد رضي الله عنه قال: سمعت رسول اللّه ﷺ يقول: (من قُتل دون ماله فهو شهيد، ومن قُتل دون دينه فهو شهيد، ومن قُتل دون دمه فهو شهيد، ومن قتل دون أهله فهو شهيد)[62]. فهذا دليل على جواز الدفاع عن الأمور المذكورة؛ لأنّ النبي ﷺ لما جعل المدافع شهيداً، دلَّ على أنّ له القتل والقتال.
2. عن أبي هريرة رضي الله عنه قال: جاء رجل إلى رسول اللّه ﷺ فقال: يا رسول اللّه، أرأيت إن جاء رجل يريد أخذ مالي؟ قال: (فلا تعطه مالك)، قال: أرأيت إن قاتلني؟ قال: (قاتله)، قال: أرأيت إن قتلني؟ قال: (فأنت شهيد)، قال: أرأيت إن قتلته؟ قال: (هو في النار)[63]. قال العلماء: فإن قتله فلا ضمان عليه، لعدم التعدي منه، والحديث عام لقليل المال وكثيره.
3. وهناك أحاديث أخرى في معنى الدفاع السابق، وهو الدفاع عن الحرمات في المسكن منها: ما رواه مسلم عن أبي هريرة رضي الله عنه عن النبي ﷺ قال: (من اطلع في بيت قوم بغير إذنهم فقد حلَّ لهم أن يفقؤوا عينه)[64]. ففي هذا الحديث ونحوه دلالة واضحة على أنّه يجوز للمنظور إلى مكانه بغير إذن منه أن يفقأ عين الناظر، ولا قصاص عليه ولا دية لممارسته حقاً مشروعاً له للضرورة. وبذلك يتضح لنا أخذ الإسلام بقاعدة الضرورة منذ بداية دعوة النبي ﷺ، حيث قرّر لها أحكاماً تخالف الحكم الأصلي المقرّر في حالات السعة والاختيار، وقد أولى كثير من علماء الفقه الضرورة اهتماماً

(61) سنن ابن ماجه، أبواب التجارات، باب من مر على ماشية قوم أو حائط هل يصيب منه، (397/3)، ح (2298).

(62) جامع الترمذي، أبواب الديات عن رسول الله ﷺ، باب ما جاء فيمن قتل دون ماله فهو شهيد، (88/3)، ح (1421)؛ سنن النسائي، كتاب تحريم الدم، باب من قاتل دون أهله، (807/1)، ح (4105)؛ السنن الكبرى للبيهقي، كتاب صلاة الخوف، باب من له أن يصلي صلاة الخوف، (266/3)، ح (6143).

(63) صحيح مسلم، كتاب الإيمان، باب الدليل على أن من قصد أخذ مال غيره بغير حقّ كان القاصد مهدر الدم في حقّه، (87/1)، ح (140).

(64) صحيح مسلم، كتاب الآداب، باب تحريم النظر في بيت غيره، (181/6)، ح (5768).

كبيراً في كافة مذاهبهم الفقهية والتي تواجه الأفراد وما تستوجبه من تخفيف وتيسير[65].

الفرع الثالث

تاريخ نشأة نظرية الضرورة

عند دراسة نشأة نظرية الضرورة نستحضر تاريخ نشأة علم القواعد الفقهية، إذ أنّ نظرية الضرورة منبثقة عن هذا العلم، وهذه القواعد الفقهية، إمّا أن يكون أصلها من نصوص القرآن الكريم، أو من نصوص السنة النبوية المطهرة، حيث جرى كثير منها مجرى القواعد كما جرى كثير منها مجرى الأمثال. وإلى جانب ذلك أثر عن فقهاء الصحابة – رضوان اللّه عليهم – وكثير من أئمة التابعين، ومن جاء بعدهم من كبار أتباعهم، عبارات وردت إمّا عند تأصيل مبدأ، أو عند تعليل أحكام، وهذه العبارات كانت أساساً لما سمي فيما بعد بالقواعد الفقهية.

ولما كان ما عدا ذلك ناتجاً عن اجتهادات للفقهاء في تعليل الأحكام وتأصيلها، فإنّه لا يعرف لكل قاعدة فقهية معروف وقائل لها؛ لأنّ هذه القواعد لم توضع كلّها جملة واحدة على يد هيئة واحدة، أو لجنة واحدة، كما توضع في النصوص والنظريات القانونية في وقت معيّن على أيدي ناس معلومين.

إنّ هذه القواعد تكوّنت مفاهيمها وصيغت نصوصها بالتدريج في عصر ازدهار الفقه ونهضته على أيدي كبار فقهاء المذاهب من أهل التخريج والترجيح استنباطاً من دلالات النصوص الشرعية العامة والأدلة الشرعية، وعلل الأحكام وأسرار التشريع والمقرّرات العقلية. والمعاني الفقهية لهذه القواعد كانت مقرّرة في أذهان الأئمة المجتهدين يعلّلون بها ويقيسون عليها، وقد كانت تسمى عندهم أصولاً.

ويعتبر كتاب «الخراج» الذي ألّفه الإمام أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم الأنصاري للخليفة هارون الرشيد ليجعله نظاماً وقانوناً تسير عليه الدولة في تنظيم الخراج ومعاملة أهل الذمة، وقد اشتمل هذا الكتاب على عدد من العبارات التي جرت مجرى القواعد، بل كانت أساساً بنى عليه من جاء بعده[66]، ومن مثال ما ذكر في هذا الكتاب، ويعيننا في بحثنا هذا ما يلي: «لا ينبغي لأحد أن يحدث شيئاً في طريق المسلمين ممّا يضرهم، ولا يجوز للإمام

(65) باسم أحمد محمد الهجرسي، مرجع سابق، ص3280 – 3281.

(66) محمد صديقي بن أحمد البورنو الغزّي، موسوعة القواعد الفقهية، ط2، مكتبة التوبة، الرياض، 1421هـ – 2000م، (53/1).

أن يقطع شيئاً ممّا فيه الضرر عليهم ولا يسعه ذلك»[67].

فهذه العبارة يتحقّق فيها معنى القاعدة باعتبار أنّ الشطر الأول منها يتعلّق بقواعد رفع الضرر، والشطر الثاني يتمثل فيه مفهوم القاعدة الشهيرة: التصرف على الرعية منوط بالمصلحة[68]. كذلك جاءت عبارة في المصدر نفسه تنص على أنّ: «كل ما فيه مصلحة لأهل الخراج في أراضيهم وأنهارهم، وطلبوا صلاح ذلك لهم، أجيبوا إليه، إذا لم يكن فيه ضرر على غيرهم»[69]. وبعد التأمل في هذه العبارات وأشباهها يمكن القول بأنّ فكرة التأصيل كانت مركّزة في أذهان المتقدمين، وإن لم تظهر في صورة جليّة لعدم الحاجة إليها كثيراً[70].

كذلك نجد في كتاب «الأم» بعضاً من قواعد الضرورة تم ذكرها في ثنايا المسائل الفقهية ومنها: يجوز في الضرورة ما لا يجوز في غيرها[71]، وقد يباح في الضرورات ما لا يباح في غير الضرورات[72]، وكل ما أحل من مُحرَّم في معنى لا يحل في ذلك المعنى خاصة، فإذا زايل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم، مثلاً: الميتة المحرّمة في الأصل المُحَلَّة للمضطر، فإذا زايلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم[73].

فهذه القواعد الثلاث التي تباينت صيغتها ومظاهرها تجدها متحدة في مغزاها، فإنّها تفضي إلى مفهوم واحد وهو بيان حكم الضرورة، ثم إنّ القاعدة الأخيرة بجانب بيان الحكم تضيف قيداً إلى القاعدة، وهو: فإذا زايلت الضرورة عادت إلى أصل التحريم، وغير هذه القواعد هناك العديد منها في كتاب الأم، وقد جرت على نسق قويم ورصين، وهذه القواعد وأشباهها ربما ساعدت الفقهاء على سبك القاعدة وصهرها في قالب أضبط وأركز، وقد شوهد هذا التطور في تعبير الفقهاء بقولهم: «الضرورات تبيح المحظورات»، وكذا «الضرورة تُقدَّر بقدرها»، وغيرها من القواعد التي ذكرت في المصدر نفسه[74].

ونخلص من هذا العرض البسيط أنّ رسوخ فكرة تلك القواعد الفقهية عند الأقدمين في

(67) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، د. ت، 106.

(68) محمد صديقي بن أحمد البورنو الغزَي، مرجع سابق، (54/1).

(69) أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، مرجع سابق، ص 123.

(70) محمد صديقي بن أحمد البورنو الغزَي، مرجع سابق، (53/1، 54).

(71) محمد بن إدريس الشافعي المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م، (177/4).

(72) المرجع السابق، (149/4).

(73) المرجع السابق، (278/4).

(74) محمد صديقي بن أحمد البورنو الغزَي، مرجع سابق، (60/1، 61).

غضون المراحل كلّها قبل أن تعرف تلك العبارات باعتبارها قواعد وتصطبغ بصبغة العلم، وهذا ما وجدناه في كتاب «الخراج» و«الأم»، فهي القواعد نفسه المعهودة لدينا الآن في كتب القواعد التي أخذت الطابع ذاته. وبناء عليه يمكن القول بناء على هذه النماذج المأثورة أنّه قامت اللبنة الأولى للقواعد في غضون القرون الثلاثة الأولى، بحيث شاع فيها استعمال تلك القواعد وتبلورت فكرتها في أذهانهم، ولم يتسع نطاقها لعدم الحاجة إليها كثيراً[75].

وأمّا بداية القواعد الفقهية باعتبارها فناً مستقلاً، فقد تأخرت عن العصور المبكرة إلى عصر الفقهاء في إبّان القرن الرابع الهجري، وما بعده من القرون. وممّا يشهد له التاريخ ويظهر ذلك بالتتبع والنظر، أنّ فقهاء المذهب الحنفي كانوا أسبق من غيرهم في هذا العلم، وربما يكون السبب في التوسع هذا هو توسعهم في الفروع، وأخذ بعض الأصول عن فروع أئمة مذهبهم، فترى الإمام محمد – رحمه اللّه – في كتاب «الأصل» يذكر مسألة، فيفرع عليها فروعاً قد يعجز الإنسان عن وعيها والإحاطة بها، ولعل أقدم خبر يروي في جمع القواعد الفقهية في الفقه الحنفي بصيغتها الفقهية المأثورة ما رواه الإمام العلائي الشافعي (761هـ) والعلامتان السيوطي (911هـ)، وابن نجيم (970هـ) في كتبهم القواعد: أنّ الإمام طاهر الدبَاس من فقهاء القرن الرابع الهجري قد جمع أهم قواعد مذهب الإمام أبي حنيفة في سبع عشرة قاعدة كلية، ونقل عنه بعض هذه القواعد، ومن جملتها القواعد الأساسية: الأمور بمقاصدها، واليقين لا يزول بالشك، والمشقة تجلب التيسير، والضرر يزال، والعادة محكمة.

وممّن أضاف إلى ثروة هذه المجموعة المتناقلة عن الإمام الكرخي، هو الإمام أبو زيد الدبوسي في القرن الخامس الهجري في كتابه «تأسيس النظر». أمّا في القرن السابع الهجري، فقد برز في هذا العلم العلامة محمد بن إبراهيم الجاجرمي السهلكي (613هـ)، فألف كتاب «القواعد في فروع الشافعية»، ثم الإمام عز الدين بن عبد السلام (660هـ) في كتابه «قواعد الأحكام في مصالح الأنام» والذي ذاع صيته في الآفاق، ومن فقهاء المالكية ألف العلامة محمد بن عبد اللّه راشد البكري القفصي (685هـ) كتاباً بعنوان «المذهب في ضبط قواعد المَذهب».

أمّا في القرن الثامن الهجري والذي يعتبر العصر الذهبي لتدوين القواعد الفقهية فقد ظهرت عدة مؤلفات ومن أشهرها: الأشباه والنظائر: لابن الوكيل الشافعي (716هـ)، وكتاب القواعد: للمقَّرَي المالكي (758هـ)، والأشباه والنظائر: لتاج الدين السبكي (771هـ)، والقواعد في الفقه: لابن رجب الحنبلي (795هـ)، وغيرها.

(75) المرجع السابق، (64/1، 65).

وفي القرن التاسع الهجري أيضاً ألّف ابن الملقِّن (804هـ) كتاباً في القواعد اعتمد فيه على كتاب الإمام السبكي، إضافة إلى بعض المؤلفات التي ألفت منها: كتاب «القواعد» لتقي الدين الحمصي (829هـ)، و«نظم الذخائر في الأشباه والنظائر» لعبد الرحمن بن علي المقدسي المعروف بشُقيَر (876هـ) وغيرهما. أمّا في القرن العاشر الهجري جاء العلامة السيوطي (910هـ)، وقام باستخلاص أهم القواعد الفقهية المتناثرة المبدّدة عند العلائي والسبكي والزركشي وجمعها في كتابه «الأشباه والنظائر».

أمّا العلامة ابن نجيم الحنفي (970هـ) فقد ألف كتابه «الأشباه والنظائر» على طراز ابن السبكي والسيوطي، وهكذا أخذ هذا العلم في الاتساع مع تعاقب الزمان دون انقطاع في القرن الحادي عشر وما بعده من قرون[76]. وقد هذا الكتاب عدة مرات، حيث اشتمل على سبعة فنون: الأول: القواعد، والثاني: الضوابط، والثالث: معرفة الجمع والفرق، والرابع: الألغاز، والخامس: الحيل، والسادس: الأشباه والنظائر أو الفروق، والسابع: عن الحكايات عند الإمام أبي حنيفة وأصحابه المتقدمين والمتأخرين، وقد حظي هذا الكتاب بمكانة عالية عند متأخري الحنفية، ومنهم من وضع عليه حاشية وهم كثر.

الفرع الرابع

قاعدة الضرورة في مجلة الأحكام العدلية

مجلة الأحكام العدلية ألّفها عدد من علماء الدولة العثمانية، وهي في الأصل وضعت لبيان أحكام المعاملات المالية، وقد رأت اللجنة الواضعة لها أن تفتتحها بعدد من القواعد الفقهية المستقاة من أشباه ابن نجيم وكتب أخرى، وقد بلغت تلك القواعد تسعاً وتسعين قاعدة، وكل قاعدة عبارة عن مادة، وقد شغلت تلك القواعد من المادة (2) إلى المادة (100)، وليس لتلك القواعد ترتيب ظاهر. وقد شرحت تلك القواعد مع (المجلة) كما شرحت مفردة[77].

وقد حظيت قاعدة الضرورة باهتمام من واضعي مجلة الأحكام العدلية، الذين خصصوا لها المواد التالية:

- المادة (19) لا ضرر ولا ضرار.
- المادة (20) الضرر يزال.
- المادة (21) الضرورات تبيح المحظورات.

(76) المرجع السابق، (66/1، 79).

(77) أبو بكر محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ط1، دراسة وتحقيق: عبد الرحمن بن عبد اللّه الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، 1418هـ، 1997م، ص 54-56.

- المادة (22) ما أبيح للضرورة يقدّر بقدرها.
- المادة (23) ما جاز لعذر بطل بزواله.
- المادة (24) إذا زال المانع عاد الممنوع.
- المادة (25) الضرر لا يزال بمثله.
- المادة (26) يتحمّل الضرر الخاص لدفع ضرر عام.
- المادة (27) الضرر الأشد يزال بالضرر الأخف.
- المادة (28) إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمهما ضرراً بارتكاب أخفهما.
- المادة (29) يختار أهون الشرين.
- المادة (30) درء المفاسد أولى من جلب المنافع.
- المادة (31) الضرر يدفع بقدر الإمكان.
- المادة (32) الحاجة تنزل منزلة الضرورة عامة أو خاصة.
- المادة (33) الاضطرار لا يبطل حقّ الغير. ويتفرَّع على هذه القاعدة أنّه لو اضطر إنسان من الجوع فأكل طعام الآخر يضمن قيمته[78].

وهذه المواد شرحها سليم رستم باز اللبناني في شرح المجلة، وشرحها أيضاً علي حيدر في درره، وهنالك عدة شروحات أخرى للمجلة[79].

ومن مجموع هذه الدراسات وتنوع هذه القواعد، تطوّرت قاعدة الضرورة والقواعد المتفرِّعة عنها لتصبح نظرية شاملة تضاهي سائر النظريات الفقهية والقانونية، وجاءت الدراسات الحديثة المتخصّصة في بحث هذه النظرية، لتأكيد هذا الأمر وإبراز معالمها، فمن ذلك: نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، (وهبة الزحيلي) ومنها: نظرية الضرورة في القانون الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، ليوسف قاسم. ومنها: نظرية الضرورة الشرعية: حدودها وضوابطها، جميل محمد بن مبارك. ومنها: نظرية الضرورة الطبية في الفقه الإسلامي وتطبيقاتها المعاصرة، أحمد ذيب. ومنها أيضاً: نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، والقانون الدستوري، باسم أحمد الهجرسي.

(78) مجموعة من العلماء والفقهاء، مجلة الأحكام العدلية، المطبعة الأدبية، بيروت، 1202هـ، ص26 – 28.

(79) سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ت، (29/1، 33)؛ علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب: المحامي فهمي الحسيني، دار الكتب، الرياض، 1423هـ – 2003م، ص36-43.

المطلب الثاني

التطور التاريخي لنظرية الضرورة في القانون

تعتبر نظرية الضرورة من النظريات التي يمكن إرجاعها إلى النشأة الأولى للعالم الإنساني، فهي قديمة قِدَم العالم كما يقولون، وأساس ذلك هو التنازع الخطير بين ما يمكن تسميته بغريزة حب البقاء وبين النصوص القانونية الجامدة المفروضة على المجتمع. فالظروف الاضطرارية تنشئ تعارضاً حتمياً بين نص قانوني معيّن وبين ما تقتضيه طبيعة البشر، وما جُبِّلت عليه من ضرورة المحافظة على الحياة، وذلك أمر ملازم للإنسان منذ نشأته الأولى، وما زال ملازماً له وسيظل كذلك أبد الدهر. ومن خلال هذا المطلب سنتطرق إلى نظرية الضرورة في التشريعات القديمة على سبيل الإجمال لا التفصيل، ويشمل ذلك القانون الهندي القديم (الفرع الأول)، والمسيحية (الفرع الثاني)، والقانون الروماني (الفرع الثالث)، ثم في القوانين الحديثة، ويشمل ذلك: القانون الألماني (الفرع الرابع)، والقانون الفرنسي (الفرع الخامس)، وذلك على النحو الآتي:

الفرع الأول

نظرية الضرورة في القانون الهندي القديم

تضمن قانون مانو الهندي بعض الحالات التي يمكن اعتبارها تطبيقاً لنظرية الضرورة، ومن هذه الحالات ما يلي:

(أ) البرهمي الذي تمضي عليه ست وجبات أو ثلاثة أيام دون أن يأكل شيئاً عليه عند الوجبة السادسة أو في صباح اليوم الرابع أن يأخذ الشيء الذي يأكل منه أثناء الرحلة دون أن يهتم باليوم التالي. ومحل الشاهد من هذا النص أنّه يفترض أنّ البرهمي إذا كان في حالة سفر وقد نفذ طعامه أو فقده، وظل ثلاثة أيام بلا طعام، فإنّ باستطاعته أن يأخذ من طعام الغير القدر الذي يأكل منه، بشرط ألاّ يأخذ إلاّ بقدر ما يسد جوعه دون أن يهتم باليوم التالي. ويستوي في هذا ما كان طعاماً مأكولاً أو أخذه من الغلال اللازمة لإنقاذه من الجوع، وفي هذا يذكر في نص آخر[80]: «إنّ الملك العادل لا يوقع أي غرامة على هذا الرجل الذي يسرق أو يأخذ بالقوة ما يكون ضرورياً لإنقاذ حياته»[81].

(80) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 13.

(81) بول فوربيه، حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة بروكسل، سنة 1959م، ص49؛ محمد أحمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، القاهرة، سنة 1959م، ص 68 – 70، نقلاً عن: يوسف قاسم، مرجع سابق، ص13.

(ب) الهدايا يُحرَّم قبولها على البرهمي في ظروف معيّنة، ومع ذلك فإنّ الضرورة تبيح قبولها في الظروف المحرّمة، وفي هذا جاء في نص القانون: «فليعلم أنّ الكتاب المقدّس قد أرشد إلى قبول الهدايا في الظروف المحرّمة عندما يكونون في حالة ضيّق، وتكون الهدية لازمة للإنقاذ، فإنّهم حينئذ لا يرتكبون أي خطأ، بل يكونون أنقى من الماء أو النار»[82]. وهذا النص يمكن أن يمتد أثره إلى الآخرين من الطبقات الثلاث، فلئن كان المقصود به البرهميين، فإنّ النص لم يشر إلى ذلك صراحة، ممّا يجعل هناك متسعاً لتطبيقه على (الكشائر والفيزيا والشوارد)، حيث يجوز لهم قبول الهدايا المحرّمة في حالات الضرورة[83].

(ج) إذا توقفت حياة البرهمي على تغيير في مضمون الشهادة أمام القضاء، فإنّ ذلك يعتبر من حالات الضرورة التي تبرّر هذ التغيير من أجل إنقاذ حياة البرهمي[84].

هذه بعض النصوص القانونية والدينية الواردة في قانون مانو الهندي، والتي يستنتج منها أنّ حالة الضرورة كانت في القانون الهندي القديم واقعة محدّدة من حيث الاضطرار إلى الفعل المرتكب، فهذا القانون إمّا أن يجعل الفعل المرتكب تحت ضغط الظروف الاضطرارية فعلاً محتماً، كما هو في حالة الشخص الذي يفتقد الطعام ولا يجد شيئاً يسد رمقه لمدة ثلاثة أيام، وإمّا أن يجعله مباحاً. أمّا الشخص الذي لا يجد طعاماً لمدة تقل عن ثلاثة أيام فإنّ له أن يتناول من طعام غيره ما ينقذ به حياته وإن لم يكن ذلك الفعل واجباً عليه.

وبهذا يمكن القول بأنّ في نصوص القانون الهندي القديم ما يدل على أنّ حالة الضرورة من أسباب الإباحة؛ لأنّها توجب الفعل في ظروف معيّنة كما ذكرنا، وتبيحه في ظروف أخرى كما يبدو ذلك من النصوص التي تبيح بعض الأفعال المحرّمة في حالة الضرورة عندما تكون هذه الأفعال لازمة للإنقاذ، إذ تصير مباحة لمن يضطرون إليها[85]. كما أنّ قانون مانو قد أشار إلى شرطين مهمين يجب توافرهما حتى تنتج حالة الضرورة، حيث بيّنهما في كلامه عن الضرورة الملِّحة التي لا بد من وجودها، ذلك أنّ ارتكاب المخالفة لا يباح إلاّ من أجل الوقاية والإنقاذ.

(82) قوانين مانو 11–15، بول فوربيه، مرجع سابق، ص 50.
(83) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 14.
(84) بول فوربيه، مرجع سابق، ص 50؛ يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 14.
(85) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص14-15.

الفرع الثاني

نظرية الضرورة في المسيحية

توجد في المسيحية تطبيقات عديدة لحالة الضرورة، ففي إنجيل متّى ما نصه: «ثم انصرف من هناك وجاء إلى جمعهم، وإذا إنسان يده يابسة فسألوه قائلين: هل يحل الإبراء في السبوت لكي يشتكوا عليه؟ فقال لهم: أي إنسان منكم يكون له خروف واحد، فإن سقط هذا في السبت في حفرة أنّما يمسكه ويقيمه؟ فالإنسان كم هو أفضل من الخروف. إذن يحل فعل الخير في السبوت. ثم قال للإنسان: مد يدك فمدها فعادت صحيحة كالأخرى»[86]. وهنا نجد التطبيق لنظرية الضرورة، فعلاج المرضى أمر محتّم، لاسيما إذا كان مرضاً خطيراً فيكون علاجه من قبل الإنقاذ من الخطر، وذلك على الرّغم من مخالفة بعض النصوص.

ومن هذه التطبيقات أيضاً ما جاء في إنجيل متّى: «في ذلك الوقت ذهب يسوع في السبت بين الزروع، فجاء تلاميذه، وابتدؤوا يقطفون سنابل ويأكلون، فالفريسيون لمّا نظروا قالوا له: هو ذا تلاميذك يقطفون ما لا يحل فعله في السبت؟، فقال لهم: أما قرأتم ما فعله داوود حين جاع هو والذين معه، كيف دخل بيت اللّه وأكل خبز التقدمة الذي لم يحل أكله له، ولا للذين معه، بل للكهنة فقط»[87].

وبهذا نرى أنّ النصوص الواردة في التعاليم المسيحية قد قبلت حالة الضرورة باعتبارها سبباً يبيح بعض الأفعال التي تستحق اللّوم في الظروف العادية، غير أنّ التعبير بالإباحة قد يكون فيه شيء من التجاوز، ولكن إذا رجعنا إلى النص الأول الخاص بالعلاج أدركنا أنّ الضرورة في ذلك النص سبب للإباحة من غير شك، أمّا النص الثاني فهو الذي يحتمل الإباحة والإعفاء من العقاب، ولكن الذي يرجّح هو الإباحة لوجود النص الأول[88].

الفرع الثالث

الضرورة في القانون الروماني

يذكر يوسف قاسم في كتابه «نظرية الضرورة في الفقه الجنائي» أنّه لا يمكن الادعاء بوجود نظرية للضرورة في القانون الروماني؛ لأنّ ذلك مُتعذّر، حتى ولو عن طريق

(86) العهد الجديد – انجيل متّى، الإصحاح الثاني عشر، المواد: 9-13، الكتاب المقدس، ص13.
(87) المرجع السابق.
(88) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 20-21.

استخلاصها من بعض النصوص، ومع هذا فإنّ الرومان لم يضربوا صفحاً عن حالة الضرورة، ذلك أنّ الحياة الإنسانية ذاتها لابد وأن تنشأ فيها ظروف اضطرارية تتضارب فيها المصالح مع القواعد القانونية القائمة.

ولهذا فإنّ القانون الروماني تضمّن بعض التطبيقات لحالة الضرورة، كما لو نقصت المؤونة أثناء السفر وقبل إتمام الرحلة يكون الطعام الموجود لدى بعض المسافرين مشتركاً بينهم جميعاً، وفي حالة نشوب حريق في أحد المنازل فإنّ مالك المنزل المجاور يستطيع أن يهدم جزءاً من جدار المنزل المحترق من أجل أن يوقف انتشار الكارثة، وكذلك لو كان الطريق العام مغموراً بالمياه أو مسدوداً، فإنّ هذه الحالة تفرض على المالك المقيم بالشاطئ أن يقدم ممراً على أرضه المملوكة حتى يتمكن الناس من المرور.

والخلاصة أنّ القانون الروماني لم يضع نظرية عامة تحكم حالة الضرورة، ولكن وجدت فيه بعض تطبيقات لهذه الحالة، ومن خلال هذه التطبيقات القليلة أراد بعض الشرّاح أن يؤسس أحكام الضرورة في القانون الروماني على أساس أنّ هذه الحالة تنفي الجريمة، أو أنّ القصد الجنائي غير متوفر لدى مرتكب جريمة الضرورة[89].

هذا بعض ما يتعلّق بنظرية الضرورة في القوانين القديمة، أمّا في القوانين الحديثة فهذه النظرية تبنَّى الأخذ بها على أساس قانوني مدرستان: الأولى مدرسة الفقه القانوني الألماني، والثانية مدرسة الفقه القانوني الفرنسي، وسنبين هاتين المدرستين فيما يلي:

الفرع الرابع

نظرية الضرورة في الفقه القانوني الألماني

كان الفقه الألماني هو أول من اتخذ نظرة قانونية لنظرية الضرورة، وترجع بدايات التصور القانوني لنظرية الضرورة في الفقه الألماني إلى أصول فلسفة هيجل Hegel وفكرته عن سيادة الدولة، التي لم تكن سوى تطبيق لمأثورة «سيرون القديمة» سلامة الشعب فوق القانون. ومقتضى ذلك أنّ الدولة إذا ما تهدّدها خطر أو تعرضت مصالحها الحيوية للمساس، فهي في حِلٍّ من الالتزام بأي قاعدة أو قيد؛ لأنّها في سبيل حماية كيانها والحفاظ على مصالحها يبدو حقاً أو واجباً، اتخاذ كل ما هو لازم من إجراءات في سبيل الحفاظ على بقائها واستمرارها.

ولا يهم بعد ذلك أن تكون تلك الإجراءات مطابقة للقانون من عدمه، طالما استندت إلى

(89) المرجع السابق، ص 22-23.

قاعدة أساسية أولى بالاعتبار، وهي وجوب الإبقاء على الدولة والدفاع الشرعي عنها إذا ما تهدّدتها الأخطار في الداخل أو في الخارج. وأساس فلسفة «هيجل» في ذلك هي أنّ إرادة اللّه على الأرض، وهي الحقيقة الوحيدة المطلقة، وهي القيمة الشاملة غير المحدودة، أمّا عن علاقة الفرد بالدولة، فيرى «هيجل» أنّ الدولة هي وحدها الروح الموضوعية، وأنّ الفرد في ذاته ليس له شيء من ذلك إلاّ بكونه عضواً في الدولة، وأنّ الفرد لا يمكن أن يكون لإيمانه هدف أو معنى، أو يكون لسلوكه غاية إلاّ في إطار الدولة ومن أجلها.

كذلك فإنّ الحرية لا يتحقّق معناها السامي إلاّ في الإطار ذاته، وعلى ذلك كله، فإنّ الدولة لها حقّ سادي في مواجهة الأفراد الذين يتمثّل واجبهم الأسمى في أن يكونوا أفراداً في الدولة، والقانون ليس له إلاّ التعبير الموضوعي عن روح الدولة، لكن القانون مهما علا في درجة تعبير يظل دائماً دون المجرد المطلق ألا وهو الدولة. ويعتبر «هيجل» أول من نادى بهذه النظرية، وأوصى بها في كتاباته وآرائه، وقد تبنّاها معظم الفقهاء الألمان ومنهم (يللنك Jellink) و(أهرنج Iherng) فصاغوا هذه النظرية صياغة قانونية ليقيموا عليها نظرية التحديد الذاتي للإدارة، والتي خلاصتها أنّ الدولة لا تلتزم إلاّ بإرادتها، وفي هذا تكمن سيادتها[90].

وبناء على ذلك، فإنّ الدولة إذا تصرفت على أي نحو كان فتصرفها مشروع، حتى ولو كان يتضمن مخالفة ظاهرة للقواعد القانونية القائمة، ذلك أنّ إرادة الدولة – في هذا المفهوم – هو القانون، وكل ما ترتضيه هذه الإرادة عنوان للشرعية، ولا يسوغ اعتباره غير مشروع طالما يستند إلى قاعدة قانونية مقتضاها حقّ الدولة في الدفاع الشرعي، فالدولة تملك التحلّل من أي قاعدة قانونية إن رأت أنّ مصالحها تقتضي ذلك، ولا تخضع لأي قاعدة إلاّ وقت ما شاءت وكيفما أرادت.

وبناءً على ذلك، أصبح ما تتخذه الدول من أعمال وإجراءات نزولاً على حكم الضرورة مشروعاً بذاته مهما كان مخالفاً للدستور دون ترتب أي مسؤولية أو مخالفة قانونية

(90) وجدي ثابت غربال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (74) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها – دراسة تحليلية مقارنة بالمادة (16) من الدستور الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1988م، ص65؛ محمد ربيع مرسي، السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995م، ص209؛ يوسف قاسم، مرجع سابق، ص22–23؛ باسم أحمد الهجرسي، مرجع سابق، ص 3353؛ سمير عبد القادر علي، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ومدى الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987م، ص 166-167؛ عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989م، ص345؛ يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م، ص 15-16.

في مواجهة رجال الدولة عند ممارستهم لهذه الأعمال والإجراءات، فضلاً عن انتفاء مسؤولية الدولة عنها، بحيث لا يحقُّ للأفراد مطالبة الدولة بتعويضهم عما يلحقهم من أضرار نتيجة هذه الأعمال والإجراءات مهما ثبت جسامتها.

الفرع الخامس

نظرية الضرورة في الفقه القانوني الفرنسي

أمّا عن نظرية الضرورة الفرنسية، فإنّ أغلب رجال الفقه الفرنسي يتمسكون بقاعدة رئيسية مقتضاها أنّ الحكومة تخضع للقانون بجميع أوقاتها وظروفها، فإذا اتخذت أي تصرف يخالف ما تقضي به أحكامه، كان تصرفاً غير مشروع تُسْأَل الدولة وموظفوها عنه، وبذلك يرى هؤلاء الفقهاء أنّ حالة الضرورة ليست عذراً أساسياً يمكن للحكومة أن تبرّر به تصرفها أمام البرلمان، مستندة إلى أنّ هذا التصرف كان ضرورياً لتحقيق مصلحة عامة ولدفع خطر داهم، إلاّ أنّ بعض الفقهاء الفرنسيين المعاصرين ذهب إلى تصور لفكرة الضرورة قريب من النظرة الألمانية، فيما لو طرأت بعض الأزمات التي قد تهدّد بقاء الدولة وسلامتها، فإنّه يحقّ للدولة في هذه الأحوال أن تدافع عن نفسها، وأن تواجه الأخطار بإجراءات استثنائية من طبيعة الظروف التي تواجهها نفسها، ولو خالفت في ذلك القوانين السارية، وذلك استناداً إلى فكرة الدفاع الشرعي عن الدولة، وبحيث يكون تصرفها المخالف للقانون في هذه الحالة أمراً مبرراً ومشروعاً.

ووفقاً لنظرة هؤلاء الفقهاء للضرورة «كنظرية قانونية»، فإنّه يمكن القول بأنّ للحكومة في الظروف الاستثنائية أن تتخذ من الأعمال ما يلزم لمواجهة حالة الضرورة، ولو أدى ذلك إلى مخالفة التشريعات النافذة، بشرط أن تكون هناك استحالة مادية تمنع من اجتماع البرلمان، أو على الأقل أن تتوافر حالة ضرورة لا يمكن منها انتظار دعوة البرلمان إلى الاجتماع كالحرب والعصيان المسلح أو الإضراب العام.

وبناء على ما سبق، نجد أنّ نظرية الضرورة الألمانية تتفق مع نظرية الضرورة الفرنسية من حيث إقرارها كنظرية قانونية، إلاّ أنّ النظرية الفرنسية تختلف عن النظرية الألمانية في أنّ الأولى وإن رأت في الضرورة حقّاً للإدارة يستند إلى نظرية الضرورة، إلاّ أنّ هذا الحقّ طبقاً للنظرية الفرنسية ليس مطلقاً، بل هو مقيّد بشروط والتزامات معينة، في حين أنّ النظرية الألمانية تراه حقاً خالصاً دون قيود. كما أنّ النظرية الفرنسية ترى أنّ الضرورة مصدر للقواعد القانونية، إلاّ أنّه مصدر مؤقت ومشروط، في حين أنّ النظرية الألمانية ترى أنّها مصدر غير مشروط للقواعد القانونية. كما أنّ النظرية الفرنسية تجد

أنّ تجاوز المشروعية العادية في ظل الظروف الاستثنائية يظل خاضعاً لرقابة القضاء، في حين أنّ النظرية الألمانية لا تجيزه[91].

(91) باسم أحمد محمد الهجرسي، مرجع سابق، ص 3353–3367؛ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1989م، ص 142؛ سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة – مبدأ المشروعية – تنظيم القضاء الإداري: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م، ص 126.

المبحث الثالث

الضوابط الموضوعية لنظرية الضرورة

سنتناول هذه الضوابط في الفقه الإسلامي (المطلب الأول)، ثم في القانون الوضعي (المطلب الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول

ضوابط نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي

هناك عدة ضوابط وضعها الفقهاء لنظرية الضرورة، وهي مهمة لابد من تحقّقها حتى تتأكد الرخصة، والتي بها يستطيع المضطر الأخذ بها، وهو ما نعرض له في الفروع التالية:

الفرع الأول

أن تكون الضرورة محقّقة غير متوهمة

يرى الفقهاء أنّه متى وقع الضرر وتحقّق، جاز للمتضرر أن يأخذ بالرخصة لا بمجرد التوهم والشك، وبهذا قال الإمام الشاطبي – رحمه اللّه – في الموافقات: «أسباب الرخص أكثر من أن تكون مقدّرة ومتوهّمة لا محقّقة، فربما عدّها شديدة وهي خفيفة في نفسها، فأدى ذلك إلى عدم صحة التعبد، وصار عمله ضائعاً وغير مبني على أصل، وكذلك ما يشاهد الإنسان ذلك، فقد يتوهم الأمور صعبة وليست كذلك إلاّ بمحض التوهم، ولو تتبع الإنسان الوهم لرمى به في مهاد بعيدة، ولأبطل عليه أعمالاً كثيرة، وهذا مطرد في العادات والعبادات وسائر التصرفات»[92].

إذاً الضرورة الحقيقية هي التي تنزل بالإنسان ولا يستطيع أن ينفك عنها، مثال ذلك الإنسان الذي يصيبه مرض فيعجزه عن القيام في الصلاة، والذي هو شرط لصحة الصلاة، أو من أصابه جوع شديد ولم يجد ما يأكله إلاّ في المحرّمات، وإذا لم يأكل هلكت نفسه، وقد تكون غلبة الظن على هذا المضطر بحيث أنّه يرى سبعاً أمام الماء الذي يريده، ولم يجد غيره، مع ظنه أنّ السبع قد يفتك به إذا حاول أخذ الماء، فله أن يأخذ برخصة التيمم في هذه الحالة. وأيضاً من كانت عادته أن يُصاب بمرض كلما استعمل الماء، فخاف

(92) إبراهيم بن موسى الشاطبي، مرجع سابق، (331/1، 332).

من حدوث المرض فله أن يتيمم، وفي الصيام أيضاً فله أن يفطر إذا غلب على ظنه حدوث المرض أو زيارته[93].

الفرع الثاني

ألا تؤدي إزالة الضرر إلى ضرر أكبر منه

أصل هذا الضابط قاعدة: (الضرر لا يزال بمثله)، وذلك أنّه إذا كانت إزالة الضرر بالمثل ممنوعة، فمن باب أولى إزالة الضرر بضرر أكبر منه. وبناء على هذا الضابط، نجد أنّ الفقهاء وضعوا عدة قواعد فقهية تنظم مسألة إزالة الضرر منها:

- إذا تعارض مفسدتان روعي أعظمها ضرراً بارتكاب أخفهما، ومثاله جوز الفقهاء شق بطن الميتة لإخراج الولد إذا كانت ترجى حياته.
- يختار أهون الشرين.
- درء المفاسد أولى من جلب المنافع.

من هنا نرى كيف كانت عناية الشريعة الإسلامية في حال ما إذا تعارضت مفسدة ومصلحة، فإنّه يتم تقديم رفع المضرة؛ لأنّ اعتناء الشرع بالمنهيات أشدّ من اعتنائه بالمأمورات، ويتفرّع على هذه القاعدة أنّ الرجل يمنع من التصرف في ملكه، إذا كان تصرفه يضرُّ بجاره ضرراً فاحشاً؛ لأنّ درء المفاسد عن جاره أهون من جلب المنافع لنفسه[94].

الفرع الثالث

الضرورة تُقدّر بقدرها

ومعنى هذا الضابط أنّ الحكم الثابت لأجل الضرورة إنّما يرخص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فقط، فلا يتجاوز الحد الأدنى الذي يرفع آثار الضرورة، فإذا زالت الضرورة واندفعت عاد الحكم إلى ما كان عليه قبلها. ومثاله: إنّ المضطر لا يأكل من طعام غيره إلاّ بمقدار ما تندفع به ضرورته، وكذلك المضطر لأكل الميتة فلا يأكل إلاّ ما يسد جوعه، أيضاً الذي غصَّ ولم يجد الماء، يشرب من الخمر بقدر ما يسدّ الرمق، أي أن يقتصر ما يباح

(93) أسامة محمد الصلابي، الدرر البهية في الرخص الشرعية – أحكامها وضوابطها، ط1، مكتبة الصحابة، الشارقة، الإمارات، 1424 هـ 2003م، ص 109 - 110.

(94) سليم رستم باز اللبناني، مرجع سابق، (1/31، 32).

تناوله للضرورة على ما بيّنه جمهور الفقهاء على الحد الأدنى[95].

وأكد ذلك الشاطبي – رحمه اللّه – بقوله: «وكون هذا المشروع لعذر مستثنى من أصل كلي، يبيّن أنّ الرخصة ليست بمشروعة ابتداء، ولذلك لم تكن كليات في الحكم، وإن عرض لها فبالعرض، فالمسافر إذا أجزنا له القصر والفطر، فإنّما كان ذلك بعد استقرار أحكام الصلاة، وكذلك أكل الميتة للمضطر في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِ﴾ [سورة البقرة، الآية 173][96].

الفرع الرابع

أن تكون محقّقة لمقصد من مقاصد الشرع

ذكر الإمام الغزالي في مفهوم هذا الضابط فقال: «فكل مصلحة لا ترجع إلى حفظ مقصود فهم من الكتاب والسنة والإجماع، وكانت من المصالح التي لا تلائم تصرفات الشارع، فهي باطلة ومطَّرحة، ومن صار إليها فقد شرع، كما أنّ من استحسن فقد شرع، وكل مصلحة رجعت إلى حفظ مقصود شرعي علم كونه مقصوداً بالكتاب والسنة والإجماع[97].

وقال أيضاً: «فإنّ جلب المنفعة ودفع المضرة مقاصد الخلق، وصلاح الخلق في تحصيل مقاصدهم، لكنا نعني بالمصلحة المحافظة على مقصود الشرع، ومقصود الشرع من الخلق خمسة: أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكلُّ ما يتضمن حفظ هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكلُّ ما يفوّت هذه الأصول فهو مفسدة، ودفعها مصلحة... وهذه الأصول الخمسة، حفظها في رتبة الضرورات فهي أقوى المراتب في المصالح»[98].

فالمصلحة المترتّبة على الأخذ بالضرورة إمَّا أن تكون مصلحة ألغاها الشارع فلا ينظر إليها، أو مصلحة اعتبرها الشارع فهذه تعتبر ويؤخذ بها اتفاقاً، لهذا لابد من أن تكون

(95) محمد صديقي بن أحمد البورنو، مرجع سابق، (140/6، 141)؛ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص67؛ عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة – آفاق وأبعاد، ط2، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 1423هـ – 2003م، ص 66.

(96) الشاطبي، مرجع سابق، (2/ 302، 303).

(97) أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، ط1، دراسة وتحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ-1997م، (392/1).

(98) المرجع السابق، (278/1).

للضرورة أدلة تستند إليها وقواعد شرعية لكي يعمل بها»[99]. ويجب ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الأساسية من حفظ حقوق الآخرين، فتحقيق العدل وأداء الأمانات، ودفع الضرر، والحفاظ على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية، فمثلاً لا يحل الزنا والقتل والغصب بأي حال، لأنّ هذه مفاسد في ذاتها[100].

الفرع الخامس

أن يتعيّن على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية

على هذا المعنى ألاّ يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلاّ المخالفة، بأن يوجد في مكان لا يجد فيه إلاّ ما يحرم تناوله، ولم يكن هناك شيء من المباحات يدفع به الضرر عن نفسه، حتى ولو كان الشيء مملوكاً للغير، فلو وجد مثلاً طعاماً عند غيره فله أن يأخذ منه بقدر ما يسد جوعه على أن يأخذ بقيمته، وعلى صاحب الطعام أن يبذله له، وعند مخالفة الأوامر ينبغي أن يؤذن شرعاً للمضطر التحلّل من الواجب[101]، وأن يكون ارتكاب المكلّف المحظورّ فيه من أجل الضرورة أقلّ مسؤولية شرعية، وأخفّ خطورة حسية من الالتزام والأخذ بالتشريع العام – العزيمة –. فالضرورات لا تبيح كل المحظورات، بل يجب أن تكون المحظورات أقلّ من الضرورات. فإذا كان الأخذ برخصة الإباحة يؤدي إلى نتائج متساوية في الإضرار، فليست الضرورة والحالة هذه مبيحة ارتكاب المحرّم، ومن باب أولى إذا كان ارتكاب المحظور يؤدي إلى ما هو أعظم من الضرورة[102].

الفرع السادس

تعذر الوسائل المباحة في إزالة الضرر

يتعيّن ذلك بأنّ ارتكاب المحظور وسيلة لدفع الضرر، بحيث تتعذّر كافة الوسائل المباحة الممكنة، فلو استطاع المكلّف أن يزيل الغدر عنه بأي وسيلة من وسائل المباحات امتنع عليه ارتكاب المحظور. ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ﴾ [سورة التغابن، الآية 16]، وهذا ما تؤيده قاعدة «الميسور لا يسقط بالمعسور». قال السبكي: وهي من أشهر

(99) أسامة محمد الصلابي، مرجع سابق، ص113.
(100) وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مرجع سابق، ص 66.
(101) المرجع السابق، ص 66.
(102) عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، مرجع سابق، ص 65.

القواعد المستنبطة من قوله ﷺ: (فإذا نهيتكم عن شيء فاجتنبوه، وإذا أمرتكم بأمر فأتوا منه ما استطعتم)[103]. ويدخل في معنى هذه القاعدة: أن قيام المشقة لا يُسقِط الإتيان بالأمور المستطاعة التي يُقدر عليها[104].

الفرع السابع

أن يتقيّد الإذن في ارتكاب المحظور بزمن بقاء العذر

المعنى من هذا الضابط أنّ العمل بالضرورة مرتبط ارتباطاً قائماً بوجود العذر، وهو قيام الضرر وبقاؤه، فإذا زال العذر عمل بالأصل، ولا يجوز حينئذ العمل بالخلف والبدل، فلا يجمع بين البدل والمبدّل منه، وهذا تؤيده قاعدة «ما جاز لعذر بطل بزواله»، فالذي أجيز للضرورة يكون مقيداً بزمانها[105].

الفرع الثامن

حكم العمل بالضرورة

إنّ العمل بالضرورة يعتريه عدة أحكام من حيث أنّ الضرورة قد تكون واجبة الفعل، بحيث لو لم يأخذ بها وقع في الحرام، كمن يكون على شفا حفرة الموت، مثاله لو اضطر إلى أكل الحرام كالميتة أو شرب الخمر لإزالة الغصة، ولم يأخذ تلك الأسباب ولم يرفع الضرر هنا يكون هلاكه إثماً؛ لأنّ اللّه تعالى أباح له ذلك في قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة البقرة، الآية 173].

ويندرج هنا تحت هذا القسم قاعدة: «الضرورات تبيح المحظورات»، فهنالك ضرورة يباح فعلها، كالنطق بكلمة الكفر على اللسان عند الإكراه.

فالعمل بالضرورة في هذه الحالة جائز، حيث اقتضت الضرورة الإذن في ارتكاب المحظور، وهو التلفظ بكلمة الكفر، ويبقى هذا المحظور على ما هو عليه من الحرمة والحظر، ولا يصير جائزاً لأنّ حرمته مؤبدة، والدليل قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ﴾ [سورة النحل، الآية

(103) صحيح البخاري، كتاب الاعتصام بالكتاب والسنة، باب الاقتداء بسنن رسول الله ﷺ، (94/9)، ح (7288)؛ صحيح مسلم، كتاب الفضائل، باب توقيره ﷺ وترك إكثار سؤاله عما لا ضرورة إليه أو لا يتعلق به تكليف وما لا يقع ونحو ذلك، (91/7)، ح (6259).

(104) محمد بن حسين الجيزاني، الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، مكتبة دار المنهاج، الرياض، 1428هـ، ص71-73.

(105) المرجع السابق، ص 78-79.

106]، والمرفوع إنّما هو الإثم والمؤاخذة الأخروية، بل إنّ هذا المكره لو صبر حتى قتل لصار شهيداً. وكذلك لو اضطر إلى أخذ مال الغير أو إتلافه، فيباح ذلك للمضطر لأجل الضرورة، ولكن لا يبطل هذا الاضطرار حقّ الغير، فيجب على المضطر ضمان ما أتلف؛ إذ القاعدة الفقهية تقول: «الاضطرار لا يبطل حقّ الغير» وهكذا...[106]

والقسم الأخير: ضرورة يحرم فعلها، نحو قتل المسلم، أو قطع عضو منه بغير حقٍّ. وهذا القسم لا يدخل تحت الضرورة الشرعية؛ لأنّ الضرورات لا تبيح كل المحظورات، فهذه القاعدة تحتاج إلى تقييدها من جهتين: الأولى أنّ الإباحة ها هنا بمعنى رفع الإثم والحرج، لا بمعنى التخيير بين الفعل والترك. والثانية أنّ الضرورات لا تبيح كل المحظورات، بل هناك محظورات لا تباح البتة.

والخلاصة: إنّ العمل بالضرورة الشرعية حكمها الإباحة، وذلك من حيث هي ضرورة، وأمّا بالنظر إلى ما يتصل بالضرورة من قرائن وأحوال، فإنّ حكمها يدور بين الإباحة والوجوب، ولا يكون العمل بالضرورة الشرعية بحال، حيث إنّ الضرورة الشرعية مشروطة أبداً بألاّ يُصار فيها مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها[107].

المطلب الثاني

ضوابط نظرية الضرورة في القانون الوضعي

لحالة الضرورة شروط لابد من توافرها، ليمكن اعتبارها قوة قاهرة، والاعتداد بها كمانع من موانع المسؤولية، وهذه الشروط نعرض لها في الفروع التالية:

الفرع الأول

وجود خطر جسيم على النفس أو المال

إنّ الخطر الجسيم هو الذي من شأنه أن يحدث ضرراً لا يمكن جبره، أو لا يجبر إلاّ بتضحيات كبيرة. ومن الفقهاء من يعرّف الخطر الجسيم بأنّه: الخطر الذي يثير لدى الإنسان الخشية من انهيار كيانه سواءً أكان هذا الكيان مادياً أم أدبياً. ويشترط لتحقيق حالة الضرورة، وجود خطر في مواجهة من يتعرّض له، وهذا الخطر لابد أن يكون جسيماً كالموت أو الجرح البليغ أو العاهة الدائمة، أمّا الخطر البسيط فلا يشكّل حالة

(106) محمد بن حسين الجيزاني، مرجع سابق، ص 106-113.
(107) المرجع السابق، ص 112-113.

ضرورة، كالإصابات البسيطة أو الكدمات أو الجروح العادية التي تشفى بسرعة، دون أن تخلّف أضراراً كبيرة.

ومعيار جسامة الخطر: هو عدم قابلية الضرر الناجم عنه للإصلاح، أمّا إذا كان من الممكن إصلاح الضرر فالخطر لا يعد جسيماً، ويعتبر الخطر جسيماً إذا تساوى إصلاحه مع عدم إصلاحه. وتقدير جسامة الخطر أمر يتعلّق بالوقائع يقدّره قاضي الموضوع في كل حالة على حدة، وهو يستند في تقديره إلى معيار مختلط موضوعي وشخصي في الوقت نفسه، وهو معيار الشخص العادي الذي يوجد في ظروف المتهم نفسها عند ارتكاب الجريمة تحت ضغط الضرورة. كما يكفي لتوافر حالة الضرورة وجود الخطر الجسيم، سواء أكان حقيقاً أم وهمياً. والاعتداد بالخطر الوهمي في مجال حالة الضرورة يفسّره أنّ أثر هذا الخطر على حرية الاختيار لا يختلف في درجته عن أثر الخطر الحقيقي على تلك الحرية.

ومن أمثلة حالة الضرورة التي تقوم على الخطر الوهمي من يشاهد دخاناً ينبعث من نافذة أحد المنازل، فيعتقد أنّ حريقاً قد نشب، فيسرع بكسر باب المنزل، أو باب منزل مجاور لإنقاذ من بداخله من السكان، ثم يتبيّن بعد ذلك أنّ الدخان كان ينبعث من شواء، أو من يقتل كلباً يعوي وراءه معتقداً أنّه مصاب بداء الكلب، ثم يتبيّن أنّه غير مصاب. فمن يخرج من منزله عارياً في الطريق العام لينقذ نفسه من خطر يهدّد حياته بسبب نشوب حريق أو زلازل أثناء وجوده في الحمّام، لا يعاقب عن جريمة التعرض للآداب العامة.

ومن ينحرف بسيارته، فيصطدم بسيارة أخرى، أو يهدم جداراً ليتفادى قتل طفل ظهر فجأة أمامه، لا يعاقب عن جريمة إتلاف مقصودة، لتعرض غيره لخطر جسيم على حياته وهو الطفل. والخطر يجب أن يهدّد النفس، أو المال، أو نفس الغير، أو ماله. والمقصود بالنفس: كافة الحقوق اللصيقة بالإنسان والتي لا تدخل في التعامل، فتشمل الحياة والجسد، والحرية، والعرض، والشرف، والاعتبار. فلا عقاب على من يُغلق عليه الباب بقوة غالبة أو حادث مفاجئ، فلا يجد وسيلة تخلصه من حجز حريته سوى كسر الباب.

أمّا المال فيشمل كل الحقوق المالية ذات القيمة الاقتصادية، والتي تدخل في دائرة التعامل. ومثال ذلك أن تشب النار في منزل شخص، فيضطر لإخمادها إلى أن يتلف خزّان المياه لجاره ويأخذ منه الماء[108].

(108) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 186–190؛ علي عبد الله حمادة، حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجزائية، رسالة علمية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2007/2006؛ عوض ماطر المطيري، حالة الضرورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2004-2005م.

الفرع الثاني

أن يكون الخطر حالاً

معنى ذلك أن يكون الخطر واقعاً لا محالة إن لم يسارع الفاعل إلى تجنبّه دون إبطاء. ويعد الخطر حالاً في إحدى صورتين: إذا كان الاعتداء المهدّد به على وشك الوقوع، أو إذا كان الاعتداء قد بدأ، ولكن لم ينته بعد. ويكون الخطر غير حالّ في إحدى صورتين: إذا كان الاعتداء المهدّد به مستقبلاً، أو إذا كان الاعتداء قد تحقّق فعلاً وانتهى، حيث إنّه في الخطر غير الحالّ هناك فسحة من الوقت تسمح باتخاذ اللازم لتوقيه بوسائل أخرى دون اللّجوء إلى ارتكاب الجريمة، فحالة الضرورة تقوم على دفع الخطر، وزوال الخطر يزيل حالة الضرورة[109].

الفرع الثالث

ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في خلق حالة الضرورة

يعني هذا الشرط أنّ إرادة المتهم لم يكن لها دخل في نشوء الخطر الحالّ الذي دفعه إلى ارتكاب جريمة الضرورة؛ ذلك أنّ الاضطرار يفترض المفاجأة، ولا تتحقّق المفاجأة إلاّ إذا توفر أمران: عدم العلم المسبق بالخطر، وعدم اتجاه الإرادة إليه. وهذه المفاجأة هي التي تؤثر في حرية الاختيار؛ لأنّها لا تترك لدى المضطر فسحة من الوقت يتدبّر فيها أمره في سبيل الخلاص من الخطر الحالّ ويتولّد عنها (الاضطرار) الذي يدفع إلى ارتكاب جريمة الضرورة. أمّا إذا كان المدعى عليه قد سبّب الخطر قصداً، فمعنى ذلك أنّه توقّع الخطر، ومن المفروض فيه أنّه أعدّ العّدة لتجنبه على نحو لا يمس الغير في أنفسهم أو في أموالهم.

فالذي يضرم النار قصداً في مسرح، ثم يقتل طفلاً وهو مسرع لينجو بنفسه لا يعد في حالة ضرورة. والذي يغرق سفينة قصداً، ثم يضطر لإنقاذ نفسه إلى قتل شخص، فلا يعد أيضاً في حالة ضرورة. وينبني على ذلك أنّ المدعى عليه إذا تسبب بإحداث الخطر خطأ، ثم تجنبه بفعل جرمي، فإنّه يستفيد من حالة الضرورة؛ وذلك لأنّ الخطأ لا يلغي عنصر المفاجأة، ولا يفترض فيه أن يكون المدعى عليه قد تدبر مسبقاً طريق الخلاص من الخطر. ومثال ذلك من يتسبب بإهماله في حدوث حريق داخل قاعة الاجتماع، ثم يحاول النجاة بنفسه، فيخرج مسرعاً، ويتسبب بقتل أو إصابة آخر أثناء خروجه[110].

(109) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 192–193؛ علي عبد الله حمادة، مرجع سابق، ص53.

(110) يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 177-182؛ علي عبد الله، مرجع سابق، ص56.

الفرع الرابع

أن يتعذّر دفع الخطر بوسيلة أخرى

لا نكون أمام حالة الضرورة إلاّ إذا كانت جريمة الضرورة هي الوسيلة الوحيدة للوقاية من الخطر الجسيم، ولم يكن أمام المضطر أي وسيلة أخرى مشروعة أو طريقة أخرى لصدِّ هذا الخطر وتوقيه. فإذا كان من الممكن دفع الخطر بالجرح أو الضرب، فلا يجوز دفعه بإزهاق الروح، وما يمكن دفعه بتضحية المال لا يجوز دفعه بتضحية النفس. وإذا كان الهرب وسيلة صالحة للتخلص من الخطر، فلا يجوز دفع الخطر بغير ذلك؛ وذلك لأنّ حالة الضرورة لا يكون فيها معتدٍ، حيث إنّ فعل المضطر يقع على بريء وليس على معتدٍ دائماً.

ومن الأمثلة على دفع الخطر بوسيلة أخرى، طالب الطب الذي يجري عملية جراحية لمريض وكان بوسعه أن ينقله إلى مستشفى أو إلى طبيب مختص، أو من يندفع نحو باب مزدحم ويدهس طفلاً أثناء فراره من الحريق الذي شبّ في السينما، وكان يعلم أنّه كان يستطيع النجاة عن طريق باب خلفي.

الفرع الخامس

أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر

إنّ الضرورة تُقدّر بقدرها، فلا يجوز للمدعى عليه أن يأتي فعلاً أشدّ جسامة ممّا يكفي لدرء الخطر، إذ يخرج ذلك الفعل عن نطاق الضرورة، فمن استطاع دفع الخطر بجريمة ضد المال، ويرتكب في سبيل ذلك جريمة ضد النفس، لا يتوفر بالنسبة له شرط التناسب ويسأل عن التجاوز، ومن يستطيع تفادي الخطر بجريمة تقع على نفس واحدة، ويرتكب في سبيل ذلك جريمة تؤدي إلى إيذاء أكثر من نفس، يسأل أيضاً لعدم توافر التناسب. فربان السفينة الذي كان يستطيع إنقاذ ركاب السفينة عن طريق إلقاء جزء من البضائع، ولكنه بدلاً من ذلك يلقي بعض ركابها في البحر، يُسأل عن ذلك، ولا يستفيد من حالة الضرورة[111].

(111) علي عبد الله حمادة، مرجع سابق، ص59.

الفرع السادس

ألا يكون هناك واجب قانوني

بتحمل الخطر أو مواجهته

حين يفرض القانون على بعض الأشخاص واجب التعرض للخطر، ومثال ذلك: الجندي في المعركة، ورجال الإطفاء في مواجهة الخطورة الناشئة عن مكافحة الحريق، ورجال الشرطة في مواجهة الخطورة الناشئة عن التصدي للمجرمين، فهؤلاء الأشخاص مُكلّفون بحكم وظائفهم بمواجهة أخطار معيّنة وإنقاذ غيرهم من آثارها، ولهذا لا يقبل منهم التملص من تلك الواجبات تحت ستار حالة الضرورة[112].

(112) د. يوسف قاسم، مرجع سابق، ص 167–169؛ علي عبد الله حمادة، مرجع سابق، ص61؛ عوض ماطر المطيري، مرجع سابق، ص63.

المبحث الرابع
تطبيقات نظرية الضرورة

سنتناول في هذا المبحث تطبيقات نظرية الضرورة في مجال النظام الدستوري (المطلب الأول)، وفي مجال الإجراءات الاحترازية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا (المطلب الثاني)، وذلك على النحو الآتي:

المطلب الأول
تطبيقات نظرية الضرورة في النظام الدستوري

الأصل أن تكون سلطة التشريع بيد البرلمان، وذلك بوصفه ممثلاً للإرادة الشعبية، طبقاً لمفهوم النظام الديمقراطي، وهذا هو مبدأ فصل السلطات العامة؛ لأنّ الدستور قد حدّد لكل من السلطات العامة الثلاث اختصاصات معيّنة لا يجوز لها تجاوزها والتنازل عنها، بيد أنّ مبدأ الفصل بين السلطات يقتضي أن تناط وظيفة التشريع لممثلي الشعب؛ لذا فإنّ إعطاء الاختصاص التشريعي للسلطة التنفيذية يعد خرقاً لهذا المبدأ، الأمر الذي لا يمكن تبريره إلاّ بقيام حالة الضرورة.

وتحت ضغط الظروف غير الاعتيادية، يتسع مجال السلطة اللائحية إلى حد الاعتراف للسلطة التنفيذية بأن تُشرّع في ظروف خاصة عن طريق ما يسمى (بالمراسيم بقوانين)، وهي لوائح يتسع ميدانها، وترتفع قوة إلزامها إلى مصاف القانون، فتستطيع أن تعدّل أو تلغي قانوناً قائماً[113]. وقد طبّق الدستور الكويتي نظرية الضرورة، فجعل من حقّ السلطة التنفيذية إصدار (مراسيم بقوانين) تُشرّع عن طريقها حالات معيّنة حدّدها الدستور بإطار معيّن وفق شروط محدّدة، فجعل للسلطة اللائحية للإدارة أن تصدر استثناءً مراسيم بقوانين في حالتين: الأولى هي حالة الضرورة التي نصت عليها المادة (71) من الدستور، والثانية هي حالة التفويض التشريعي التي وردت بالمذكرة التفسيرية للدستور الكويتي .

وبناءً على ما تقدّم، فإنّ للإدارة سلطة لائحية عادية تصدر بمقتضاها وفق الظروف العادية وهي اللوائح التنفيذية والمستقلة، وسلطة لائحية استثنائية تصدر بمقتضاها وفق الظروف غير العادية وهي لوائح الضرورة واللوائح التفويضية. وتُعرّف لوائح

(113) عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط2، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2003، ص 399.

الضرورة بأنّها: قرارات بقوانين تصدرها السلطة التنفيذية بين أدوار انعقاد البرلمان أو في حالة الحل إذا نشأت حالة من حالات الضرورة التي تستوجب إصدارها[114].

الفرع الأول

الأساس الدستوري للوائح الضرورة

تنص المادة (71) من الدستور الكويتي التي أقرّت نظرية الضرورة على أنّه: «إذا وجد فيما بين أدوار انعقاد مجلس الأمة أو فترة حلّه ما يوجب الإسراع في اتخاذ تدابير لا تحتمل التأخير، جاز للأمير أن يصدر في شأنها مراسيم لها قوة القانون، على ألاّ تكون مخالفة للدستور أو التقديرات المالية الواردة في قانون الميزانية. ويجب عرض هذه المراسيم على مجلس الأمة خلال خمسة عشر يوماً من تاريخ صدورها، إذا كان المجلس قائماً، وفي أول اجتماع له في حالة الحل أو انتهاء الفصل التشريعي، فإذا لم تعرض زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون بغير حاجة إلى إصدار قرار بذلك. أمّا إذا عرضت ولم يقرّها المجلس، زال بأثر رجعي ما كان لها من قوة القانون، إلاّ إذا رأى المجلس اعتماد نفاذها في الفترة السابقة أو تسوية ما ترتّب من آثارها بوجه آخر».

ويتبيّن لنا من نص المادة (71) من الدستور أنّ المشرّع الدستوري قد أحاط سلطة الحكومة في استخدامها لهذه الرخصة بضمانات عديدة، وذلك بقصد استعمالها فيما وضعت من أجله، وممارستها في حدودها المعقولة، ويمثل النص أيضاً حرص الدستور على ألاّ تترك البلاد في حالة فراغ تشريعي، عندما تغيب السلطة التشريعية، وتواجه البلاد ضرورة تستوجب سن قانون ينظم بعض هذه المسائل.

الفرع الثاني

مسوِّغات نظرية الضرورة في النظام الدستوري

إنّ المبادئ الدستورية إنّما شُرِّعت للظروف الاعتيادية الطبيعية، فإذا تعرضت الدولة لخطر جسيم، أو ظروف استثنائية كحرب خارجية، أو داخلية مثل العصيان المسلح، أو لعمليات إرهابية منظمة، أو عصفت بإقليم الدولة مظاهرات عنيفة غير سلمية أو مرّت بأزمة اقتصادية، أو كوارث طبيعية، أو وباء عام، وهي من الأمور التي قد تهدّد كيان الدولة والمجتمع. وفي مثل هذه الأحوال من الأخطار، فإنّ القواعد الدستورية والقانونية لا تعد

(114) يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995.

كافية أو ملائمة لمواجهة الخطر بما تتضمّنه من قيود على إرادة السلطات العامة، وما تتيحه من حريات واسعة للمواطنين، ممّا تضطر معه السلطات العامة ووفق شروط وقيود قانونية إلى اتخاذ تدابير استثنائية، ولو أدى ذلك إلى الخروج على مقتضى القواعد الدستورية، بما في ذلك تقييد الحريات العامة بالقدر اللاّزم لمواجهة الخطر ودفع ضرره العام.

وفي ضوء ذلك، ظهرت في الفقه والقضاء المعاصر نظرية الضرورة التي استندت إلى مبدأ روماني قديم مفاده (إنّ سلامة الدولة فوق القانون)، والذي يجوز وفقاً له، وبناء على شروط وضوابط للسلطات العامة ورجالها الخروج على مقتضى القواعد الدستورية والقانونية في حالة الضرورة لإعطائها قدراً من الحرية في التصرف دون خشية العقاب أو الوقوع في اللاّمشروعية لإنقاذ الدولة من خطر أو أزمة اقتصادية أو أزمة سياسية أو غيرها[115].

ويمكن بصورة عامة تبرير خروج السلطات العامة على مقتضى الشرعية الدستورية في أوقات الأزمات بما يلي:

1. إنّ سلامة الدولة فوق كل اعتبار، ويقوم جوهر نظرية الضرورة على افتراض قيام خطر جسيم وحالٍ، يهدّد كيان الدولة ومؤسساتها الدستورية، بحيث لا تجدي القواعد القانونية التي وضعت للظروف العادية في مواجهته، فتجد الدولة نفسها مضطرة لمخالفة الدستور والقوانين العادية من أجل مواجهة هذا الخطر الداهم الذي يهدّد كيان الدولة، ووفق شروط وضوابط تكاد تتفق عليها أغلب الدساتير.
2. لو أجبرت السلطات على تطبيق الدستور والقانون في ظل الأخطار التي تهدّد كيان الدولة لأدى ذلك إلى زوال الدولة ذاتها؛ ذلك أنّ من مقتضى مبدأ المشروعية ذاته الإبقاء على الدولة؛ لأنّه يفترض أنّ هناك قاعدة أساسية تنتظم القوانين جميعاً مقتضاها وجوب الإبقاء على الدولة؛ لذلك عندما يكون مصير الدولة أو وجودها معرضاً للخطر الداهم يصبح إجبار الإدارة على الالتزام بحرفية النصوص القانونية القائمة لا قيمة ولا جدوى منه؛ لأنّه سيؤدي إلى التضحية بالكل من أجل البعض[116].

ويترتّب على المفهوم السياسي لنظرية الضرورة عدة آثار من بينها:

(115) علي عبد اللّه أبو هلال، مشروعية الاستفتاء الشعبي في ظل غياب النص الدستوري، دار الجندي للنشر والتوزيع، القدس، ص 79-80؛ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة – دراسة مقارنة، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م، ص 20-21؛ السيد حامد التهامي، سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في الدولتين الحديثة والإسلامية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، القاهرة، 1985م، ص 150؛ باسم أحمد محمد الهجرسي، مرجع سابق، ص 3333-3337.

(116) يحيى الجمل، مرجع سابق، ص21؛ السيد حامد التهامي، مرجع سابق، ص151؛ باسم محمد الهجرسي، مرجع سابق، ص3337.

1. إخضاع نظرية الضرورة لعدد من الشروط والضوابط، كما يلي:

أ. **الشرط الأول:** أن يكون هناك ظرف استثنائي وحقيقي يتولّد عنه خطر جسيم وحال، يهدّد سلامة وأمن الدولة، أو النظام العام، كالحرب، أو العصيان المسلح، أو الإضراب العام، بحيث لا تجد الإدارة أية فرصة للجوء إلى وسيلة أخرى لمواجهته.

ب. **الشرط الثاني:** أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة ضرورية لمواجهة هذا الخطر، أي استحالة مواجهة هذا الخطر بالطرق العادية وعن طريق المؤسسات الدستورية المختصة، وفحوى هذا الضابط أنّه إذا وجدت وسيلة قانونية أو دستورية تستطيع أن تواجه المخاطر التي تهدّد سلامة الدولة، فإنّه يجب الرجوع في تلك الحالة إلى هذه الوسيلة، أمّا إذا كانت المخاطر لا تجدي معها نفعاً هذه الوسائل بحيث تصبح عاجزة عن مجابهتها، فإنّ الرجوع إلى نظرية الضرورة وتطبيقاتها يكون أمراً لا مناص منه.

ج. **الشرط الثالث:** أن تكون الإجراءات التي تتخذها الإدارة متناسبة مع حالة الضرورة، فلا تتجاوزها لأنّ الضرورة تُقدّر بقدرها.

2. تخضع إجراءات وأعمال الإدارة الاستثنائية لرقابة القضاء، ولكل ذي مصلحة أن يطعن بإجراءات السلطات الاستثنائية أمام القضاء، ويضفي مجلس الدولة الفرنسي صفة المشروعية على الإجراءات التي تقوم بها الإدارة من أجل التغلب على الظروف الاستثنائية، شريطة التقيّد بالضوابط والشروط اللازمة.

3. أن تتوقف السلطات عن هذه الإجراءات بمجرد انتهاء الظروف الاستثنائية.

4. استناداً لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة، فإنّ لكل متضرر من جرّاء أعمال الضرورة الحقّ في الحصول على تعويض، وترتيب مسؤولية الدولة في هذا المقام يأتي خلاف الأصل المستقر في قواعد المسؤولية المدنية التي تقوم على ثلاثة أركان هي: الخطأ والضرر والعلاقة السببية بينهما، إلاّ أنّ استعمال السلطات لسلطاتها الاستثنائية وفقاً للشروط والضوابط الدستورية لا يمكن أن يعتبر عملاً خاطئاً؛ لأنّ أساس الضرورة هو مخالفة الدستور والقانون، وهكذا أوجد القضاء نظام المسؤولية دون خطأ لتعويض المواطنين المتضررين كمقابل للسلطات الاستثنائية الخطيرة التي تتمتع بها هذه السلطات في الظروف الاستثنائية تطبيقاً لمبدأ مساواة المواطنين أمام التكاليف العامة[117].

(117) د. عصام البرزنجي، محاضرات في القضاء الإداري للمرحلة الثالثة، كلية القانون، جامعة بغداد، العام الدراسي 1996م – 1997م.

وفي الفقه الإسلامي أعطت الشريعة الإسلامية للسلطة صلاحيات واسعة في الدولة، تقوم ضمنها بما تشاء من التصرفات والتنظيمات، وأوجبت على الأمة إنفاذها والعمل بها. وهذا يتطلب من السلطة أن تكون تصرفاتها، في حدود مصلحة من هم تحت ولايتها، وتحقيق النفع العام لرعيتها، بعيدًا عن المفسدة والضرر؛ لأنّ الشرع لا يكون سندًا وظهيرًا لتصرفات فاسدة، أو ضارة بالناس، أو مقيّدة لشيء مباح دون مصلحة راجحة، أو منفعة مقصودة. واشتهرت بين الفقهاء قاعدة، صارت من أهم قواعد الولايات العامة والخاصة في النظام الإسلامي، وهي: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)[118].

وقد أكثرَ الفقهاءُ في استخدام هذه القاعدة، والاستدلال بها، في مباحث الولايات العامة والخاصة، وأبواب القضاء والإمارات، والسياسة الشرعية، وتضمنتها كتب القواعد الفقهية، وتوابعها ككتب الأشباه والنظائر، والفروق، وكتب السياسة الشرعية، والأحكام السلطانية، ونحوها.

فهذا الإمام الفقيه الشافعي العز ابن عبد السلام يعقد فصلاً في تصرف الولاة ونوابهم، وقال فيه: «يتصرف الولاة ونُوابهم بما ذكرنا من التصرفات، بما هو الأصلح للمُولّى عليه درءًا للضرر والفساد، وجلبًا للنفع والرشاد، ولا يقتصر أحدهم على الصلاح مع القدرة على الأصلح؛ إلاّ أن يؤديَ إلى مشقة شديدة، ولا يتخيّرون في التصرف حسب تخيّرهم في حقوق أنفسهم، مثل: أن يبيعوا درهماً بدرهم، أو مكيلة زبيب بمثلها، لقول اللّه تعالى: ﴿وَلَا تَقْرَبُواْ مَالَ ٱلْيَتِيمِ إِلَّا بِٱلَّتِي هِيَ أَحْسَنُ﴾ (سورة الأنعام، الآية 152)، وإن كان هذا في حقوق اليتامى؛ فأولى أن يثبت في حقوق عامة المسلمين، فيما يتصرف فيه الأئمة من الأموال العامة؛ لأنّ اعتناء الشرع بالمصالح العامة أوفر وأكثر من اعتنائه بالمصالح الخاصة، وكل تصرفٍ جرَّ فسادًا أو دفع صلاحًا، فهو منهي عنه، كإضاعة المال بغير فائدة، وإضرار الأمزجة لغير عائدة»[119].

(118) الزركشي بدر الدين محمد بن عبد اللّه بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ – 1985م، (309/1)؛ عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ – 1990م، ص 121؛ زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1999م، ص 102؛ السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ – 1985م، (369/1)؛ أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، تحقيق: عبد الستار أبو غدة ومصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ – 1989م، ص 309.

(119) العز ابن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1991م، (89/2).

وكل عمل أو تصرف للسلطة خارج عن حدود المصلحة العامة، أو يؤدي إلى المفسدة والضرر لمن هم تحت ولايتها، فهو خارج عن حدود الولاية الشرعية، والسياسة العادلة.

وبناءً على ما سبق، فإذا دعت الضرورة والظروف الاستثنائية الدولة والسلطة التنفيذية إلى اتخاذ قرارات مخالفة للقانون العام النافذ في الظروف العادية، جاز للدولة اتخاذ القرارات اللازمة التي تحفظ نظام الأمة ومصالح الناس. وقد وضع فقهاء الشريعة أحكاماً وشروطاً وقيوداً لتطبيق حالة الضرورة، منها أنّ الضرورة تُقدّر بقدرها، وأن يكون الخطر الذي يبرّر الاضطرار جسيماً وحالاً، وألاّ يوجد طريق غيره لدفع الخطر، والعودة للحكم الشرعي الأصلي عند زوال أسباب الاضطرار.

ومن تطبيقات ذلك أنّ الخليفة الراشد عمر بن الخطاب رضي اللّه عنه قد علّق تطبيق حد السرقة في عام المجاعة والذي يعرف في التاريخ الإسلامي بعام الرمادة[120].

المطلب الثاني

تطبيقات نظرية الضرورة في الإجراءات الاحترازية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا

الضرورة هي بلوغ الحدِّ الذي إذا لم يتناول معه الممنوع حصل الهلاك للمضطر أو قريب منه، كفقد عضو، أو حاسة من الحواس، فهذه هي الضرورة الشرعية[121]. ولتطبيق نظرية الضرورة في نطاق الإجراءات الاحترازية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا[122]، يجب

(120) أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، مصنف عبد الرزاق الصنعاني، ط2، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ، باب القطع في عام السنة، رقم (18990)؛ عبد اللّه بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة العبسي أبو بكر، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد أبو محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1428هـ – 2008م، رقم (28586).

(121) عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ط1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1423هـ 2003-م، (244/1).

(122) فيروس كورونا (كوفيد-19) هو مرض معدٍ يسبِّبه فيروس جديد لم يُكتشف في البشر من قبل، ويسبِّب الفيروس مرض الجهاز التنفسي (مثل الأنفلونزا) المصحوب بأعراض مثل السعال والحمى، كما يسبب الالتهاب الرئوي في الحالات الأشد وخامة، تتمثل الأعراض الأكثر شيوعاً لمرض كوفيد19– في الحمى والإرهاق والسعال الجاف. وقد يعاني بعض المرضى من الآلام والأوجاع، أو احتقان الأنف، أو الرشح، أو ألم الحلق، أو الإسهال. وعادة ما تكون هذه الأعراض خفيفة وتبدأ بالتصاعد تدريجياً. ويُصاب بعض الناس بالعدوى دون أن تظهر عليهم أي أعراض ودون أن يشعروا بالمرض، ينتشر فيروس كورونا الجديد بشكل أساسي عن طريق مخالطة شخص مصاب بالعدوى عندما يسعل أو يعطس، أو عن طريق القُطيرات أو اللعاب أو إفرازات الأنف. انظر: موقع منظمة الصحة العالمية. who.int/ar، تاريخ الزيارة: 2021/10/17.

مراعاة قاعدتين كل واحدة مكملة للأخرى، وهو ما نعرض له في الفرعين التاليين:

الفرع الأول

قاعدة الضرورات تبيح المحظورات

يشترط في هذه القاعدة[123] نقصان المحظورات عن الضرورات، فإن لم ينقص المحظور فلا يباح. والأصل في هذه القاعدة: ما ورد في القرآن الكريم من استثناء حالات الاضطرار الطارئة في ظروف استثنائية، كقوله سبحانه وتعالى بعد تعداد طائفة من المحرّمات: ﴿إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ﴾ [سورة الأنعام، الآية 119]. وقوله أيضاً: ﴿فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ﴾ [سورة المائدة، الآية 3].

وإذا كانت قاعدة: (المشقة تجلب التيسير) تتصل بالقصد الأول إلى الواجبات المطلوب فعلها من المكلّف باعتبارها تعالج قضية العجز عن فعلها، أو العنت في أدائها، فإنّ هذه القاعدة تتصل بجانب المحرّمات المطلوب من المكلّف تركها، فتضبط الحال التي يجوز للمكلّف استباحة المحظور، وذلك في حال الضرورة، فالقاعدة الأولى تتعلّق بأمر وجودي يقتضي إيجاد فعل من العدم، وهذا الأمر يسقط عند العجز عنه، أو بالحرج والمشقّة في القيام به، والقاعدة الثانية تتناول جانبًا عدميًا يقتضي من المكلّف الكف عنه، ولا يجوز للمكلف تجاوزه إلاّ في حال الضرورة.

أولاً: القيود التي وضعها العلماء على هذه القاعدة

1. أن تُقدّر بقدرها، فلا يستباح من المحظور إلاّ قدر ما يرفع الضرورة.
2. ألاّ تنقص مرتبة الضرورة عن مرتبة المحظور، فإنّ الإقدام على المحظور لرفع الضرورة، أو دفعها إنّما هو من باب جلب إحدى المصلحتين – المتزاحمتين على محل واحد – وإلغاء الأخرى، فلابد أن تكون المصلحة المعتبرة هي المصلحة الراجحة، والمصلحة الملغاة هي المرجوحة.
3. أنّ الاضطرار لا يبطل حقّ الغير، فإذا وقعت ضرورة لا ترتفع إلاّ بإتلاف حق إنسان

(123) ابن نجيم، مرجع سابق، ص73؛ محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ – 2006م، (276/1)، تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ– 1991م، (45/1)، الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، مرجع سابق، (317/2)، أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص159.

آخر جاز ذلك، ويضمن المُتلف ما أتلفه[124].

ثانياً: وجه تطبيق القاعدة في التدابير الاحترازية من الوباء

1. يجوز للدولة أن تغلق المحلات التجارية والشركات وسائر الأعمال التي ترى أنّها مظنة انتشار الوباء لضرورة حماية النفس البشرية من التعرض للخطر واتساع نطاق العدوى، رغم أنّ أموال الناس ومصالحهم الشخصية مصانة ومحمية بالشرع والقانون ويحظر المساس بها، إلاّ أنّ الضرورة أباحت ذلك التصرف للمصلحة العامة.

2. حرية التنقل والحركة والتجارة أمر مكفول بالشرع والقانون، وللدولة حظر ذلك كله وغيره للضرورة التي تقتضيها المصلحة العامة من منع تفشي الوباء أو الحد من انتشاره.

3. إنّ على الدولة تعويض المتضررين قدر الإمكان، سواء أكانوا أفراداً بفقد أعمالهم أم شركات ومؤسسات تضررت مصالحها بالغلق؛ لأنّ الاضطرار لا يبطل حقّ الغير. وقد صدر في هذا الباب عدد من قرارات مجمع الفقه الإسلامي الدولي التابع لمنظمة التعاون الإسلامي، ضمن توصيات الندوة الطبية الفقهية الثانية، والتي عقدت عبر تقنية الفيديو يوم 16 أبريل 2020، تحت عنوان «فيروس كورونا المستجد (كوفيد ـ 19) وما يتعلّق به من معالجات طبية وأحكام شرعية»، وذلك في الفقرة رقم 4 التي نصت على أنّه: «يجوز للدول والحكومات فرض التقييدات على الحرية الفردية بما يحقّق المصلحة، سواء من حيث منع الدخول إلى المدن والخروج منها، وحظر التجوّل أو الحجر على أحياء محدّدة، أو المنع من السفر، أو المنع من التعامل بالنقود الورقية والمعدنية، وفرض الإجراءات اللازمة للتعامل بها، وتعليق الأعمال والدراسة وإغلاق الأسواق، كما إنّه يجب الالتزام بقرارات الدول والحكومات بما يسمى بالتباعد الاجتماعي ونحو ذلك، ممّا من شأنه المساعدة على تطويق الفيروس ومنع انتشاره؛ لأن تصرّفات الإمام منوطة بالمصلحة، عملاً بالقاعدة الشرعية التي تنص على أن: (تصرف الإمام على الرعية منوط بالمصلحة)».

وتنص الفقرة رقم (7) على أن: «يؤكد الأطباء والمختصون أنّ التجمعات تؤدي إلى الإصابة بفيروس كورونا؛ ولذلك لابد من الأخذ بالأسباب، والابتعاد عن التجمعات بجميع أشكالها وصورها، قال تعالى: ﴿ يَٰٓأَيُّهَا ٱلَّذِينَ ءَامَنُواْ خُذُواْ حِذۡرَكُمۡ﴾

(124) عبد الرحمن العبد اللطيف، مذكرة القواعد الفقهية، سنة ثالثة لطلاب كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، د.ت، ص37.

[سورة النساء، الآية 71]، ويشمل ذلك جواز إغلاق المساجد لصلاة الجمعة والجماعة وصلاة التراويح، وصلاة العيد، وتعليق أداء المسلمين للحج والعمرة، وتعليق الأعمال، وإيقاف وسائل النقل المختلفة، ومنع التجوال، وإغلاق المدارس والجامعات والأخذ بمبدأ التعليم عن بُعد، وأماكن التجمع الأخرى، وغيرها من صور الإغلاق».

الفرع الثاني

قاعدة الضرورات تُقَدَّر بقَدْرِها

إنّ هذه القاعدة[125] قيد لقاعدة: (الضرورات تبيح المحظورات) للتنبيه على أنّ ما تدعو إليه الضرورة من المحظور إنّما يُرخّص منه القدر الذي تندفع به الضرورة فحسب، فإذا اضطر الإنسان لمحظور فليس له أن يتوسّع في المحظور، بل يقتصر منه على قدر ما تندفع به الضرورة فقط، فالاضطرار إنّما يبيح المحظورات بمقدار ما يدفع الخطر، ولا يجوز الاسترسال، ومتى زال الخطر عاد الحظر[126].

وأصل هذه القاعدة: قوله سبحانه وتعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾ [سورة البقرة، الآية 173]، فالضرورة مباحة بشرط مراعاة القدر الذي تندفع به من، ومن حيث الزمن من دون تعد ولا بغي فيهما أو في أحدهما، قال الشافعي رحمه اللّه: «كل ما أحل من محرّم في معنى لا يحل إلا في ذلك المعنى خاصة، فإذا زايل ذلك المعنى عاد إلى أصل التحريم»[127].

وجه تطبيق القاعدة في التدابير الاحترازية من الوباء:

1. إنّ القرارات التي تصدر في إغلاق المحلات وتعطيل الأعمال في سائر مرافق الدولة بما في ذلك دور العبادة، إنّما هي مؤقتة بفترة الأزمة التي تقارن انتشار الوباء، بحيث إذا زالت الأزمة عادت الأمور إلى وضعها الطبيعي.

---

(125) ابن نجيم، مرجع سابق، ص 73؛ محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (281/1)؛ جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مرجع سابق، (212/1)؛ الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، مرجع سابق، (320/2)؛ أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 187؛ محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ – 1996م، ص 239؛ عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف، القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، مرجع سابق، (290/1).

(126) محمد مصطفى الزحيلي، مرجع سابق، (281/1)؛ أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص 187.

(127) محمد بن إدريس الشافعي المطلبي القرشي المكي، الأم، مرجع سابق، (278/4).

2. إنّه في حال التدرج في تطبيق القرارات، فإنّها ينبغي أن تستهدف المواقع التي يتوقّع أن تكون بؤرة لانتشار الوباء.
3. أن تقتصر القرارات والقيود على الأمور التي يتوقّع منها الضرر بصورة يقينية أو غلبة ظن[128].

(128) عبد الرقيب الشامي، أثر القواعد الشرعية في التدابير الاحترازية لمواجهة الأوبئة – فيروس كورونا (COVID19) أنموذجاً، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بدمنهور، العدد 35، الجزء الثاني، 1442هـ – 2020م، ص 730؛ محمود عمر محمد علي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالإجراءات الوقائية من وباء كورونا المستجد على ضوء السياسة الشرعية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 51، الجزء الثاني، 1442هـ – 2020م، ص 466.

الخاتمة:

في نهاية هذا البحث، أود أن أسجل أهم النتائج وأعرض التوصيات المقترحة، وذلك على النحو الآتي:

أولاً: النتائج

1. نظرية الضرورة من أهم معالم التشريع الإسلامي، وهي معتبرة في مختلف مجالات التشريع، وأيدتها نصوص قاطعة وقواعد كلية، وتطبيقات من السنة والسيرة النبوية.
2. نظرية الضرورة معتبرة في سائر التشريعات والقوانين القديمة والحديثة، مراعاة للظروف الطارئة والقوة القاهرة التي تفقد الإنسان القدرة أو تنقصها.
3. نظرية الضرورة ابتدأت في الفقه الإسلامي مع نزول الوحي بالتشريع، وتطورت حتى انتظمت عدة قواعد شكلت نظرية عامة واضحة المعالم والفصول، وتعتبر مجلة الأحكام العدلية، والدراسات الحديثة المتخصصة مرحلة الاكتمال والاستقلال.
4. تطبيق نظرية الضرورة في التقنين أو التنزيل على الوقائع محكوم بضوابط موضوعية تمنع من سوء الاستعمال والاستغلال اللذين يؤديان إلى التفلت من امتثال الأحكام، أو الخروج عن مقتضى القانون.
5. الحكم بمقتضى الضرورة لا يعد نافلة مطلقاً، بل قد يصل إلى الوجوب إذا اقتضى حفظ النفس أو حفظ الأمن العام ورعاية المصلحة العامة.
6. يباح للدولة في حالة الضرورة أن تقوم بأعمال يحرّمها القانون في الأحوال العادية، والقانون الدستوري، كذلك يسمح للسلطة التنفيذية في تلك الحالة أن تأتي بتصرفات في طبيعتها غير دستورية حفظاً للنظام العام وحماية الدولة من الأخطار الداخلية أو الخارجية.
7. إنّ ما قامت به دولة الكويت وغيرها من الدول من إجراءات احترازية ضمن التدابير التي تحدّ من انتشار فيروس كورونا من إغلاق للنشاطات التجارية أو تقييدها، أو تعطيل للمرافق، ومنع السفر ونحو ذلك من الإجراءات محكومة بنظرية الضرورة مراعاة للمصلحة العامة.

ثانياً: التوصيات

توصي الباحثة المشرّعين والفقهاء والباحثين العرب والمسلمين بالمزيد من الدراسة لنظرية الضرورة وتطبيقاتها في مختلف المجالات دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون، والاستفادة من البحوث والدراسات في التقنين، والتشريعات التي تقرّها الدولة.

قائمة المراجع:

- إبراهيم بن موسى الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، تحقيق: عبد الله دراز، دار المعرفة، بيروت، د.ت.
- إبراهيم مصطفى وآخرون، المعجم الوسيط، مجمع اللغة العربية، دار الدعوة، القاهرة، د.ت.
- أبو البقاء أيوب بن موسى الحسيني الكفوي، كتاب الكليات معجم في المصطلحات والفروق اللغوية، تحقيق: عدنان درويش ومحمد المصري، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1419هـ، 1998م.
- أحمد بن حنبل، المسند، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط وغيره، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1421هـ – 2001م.
- أحمد بن الحسين البيهقي، السنن الكبرى، ط3، تحقيق: محمد عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، بيروت، 1424هـ – 2003م.
- أحمد محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ط2، تحقيق: عبد الستار أبو غدة ومصطفى أحمد الزرقا، دار القلم، دمشق، 1409هـ – 1989م.
- أحمد بن علي بن حجر أبو الفضل العسقلاني الشافعي، فتح الباري شرح صحيح البخاري، دار المعرفة، بيروت، 1379هـ.
- أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القرآن، تحقيق: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1405 هـ.
- أبو الحسين أحمد بن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، تحقيق: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، بيروت، 1399هـ – 1979م.
- أحمد بن شعيب بن علي الخراساني النسائي، السنن الصغرى للنسائي، ط2، تحقيق: عبد الفتاح أبو غدة، مكتب المطبوعات الإسلامية، حلب، 1406هـ – 1986م.
- أسامة محمد الصلابي، الدرر البهية في الرخص الشرعية – أحكامها وضوابطها، ط1، مكتبة الصحابة، الشارقة، الإمارات، 1424 هـ – 2003م.
- باسم أحمد محمد الهجرسي، نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري – دراسة مقارنة، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، القاهرة، المجلد 15، العدد 6، سنة 2013م.

- بول فوربيه، حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة بروكسل، 1959م.
- جلال الدين عبد الرحمن السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ – 1983م.
- هيثم بن فهد بن عبد الرحمن الرومي، الصياغة الفقهية في العصر الحديث، دار ابن حزم، الرياض، 1433هـ.
- وجدي ثابت غربال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة (74) من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها – دراسة تحليلية مقارنة بالمادة (16) من الدستور الفرنسي، منشأة المعارف، الإسكندرية.
- وَهْبَة الزُّحَيْلِيّ،
  - الفِقْهُ الإسلاميُّ وأدلَّتُهُ، دار الفكر، دمشق، د.ت.
  - نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، مكتبة الفارابي، دمشق، د.ت.
- زين الدين بن إبراهيم بن محمد، المعروف بابن نجيم المصري، الْأَشْبَاهُ وَالنَّظَائِرُ عَلَى مَذْهَبِ أَبِيْ حَنِيْفَةَ النُّعْمَانِ، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1419هـ – 1999م.
- الزركشي بدر الدين محمد بن عبد الله بن بهادر الشافعي، المنثور في القواعد الفقهية، ط2، تحقيق: تيسير فائق أحمد محمود، مراجعة: عبد الستار أبو غدة، وزارة الأوقاف الكويتية، 1405هـ – 1985م.
- يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الوضعي، مطبعة جامعة القاهرة والكتاب الجامعي، القاهرة، 1401هـ – 1981م.
- يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة – دراسة مقارنة، ط4، دار النهضة العربية، القاهرة، 2005م.
- يسري العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية، القاهرة، 1995م.
- أبو يوسف يعقوب بن إبراهيم بن حبيب بن سعد بن حبتة الأنصاري، الخراج، تحقيق: طه عبد الرؤوف سعد وسعد حسن محمد، المكتبة الأزهرية للتراث، القاهرة، د.ت.

- مالك بن أنس، الموطأ، ط1، تحقيق: محمد مصطفى الأعظمي، مؤسسة زايد بن سلطان آل نهيان للأعمال الخيرية والإنسانية، أبو ظبي، الإمارات، 1425هـ – 2004م.
- مجموعة من الفقهاء والعلماء، مجلة الأحكام العدلية، بيروت، المطبعة الأدبية، 1202هـ.
- محمد بن إدريس الشافعي المطلبي القرشي المكي، الأم، دار المعرفة، بيروت، 1410هـ/1990م.
- أبو منصور محمد بن أحمد الأزهري، تهذيب اللغة، ط1، تحقيق: محمد عوض مرعب، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 2001م.
- أبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار الحديث، القاهرة، 1425هـ – 2004م.
- محمد بن أحمد بن عرفة الدسوقي المالكي، حاشية الدسوقي على الشرح الكبير، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- محمد أحمد خليفة، النظرية العامة للتجريم، د.ن، القاهرة، 1959م.
- محمد أمين بن محمود البخاري المعروف بأمير بادشاه الحنفي، تيسير التحرير، دار الفكر، بيروت، د.ت.
- محمد بن إسماعيل البخاري، صحيح البخاري، ط1، دار طوق النجاة، بيروت، 1422هـ.
- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الثقافة، القاهرة، د.ت.
- محمد بن حسين الجيزاني، الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، ط1، مكتبة دار المنهاج، الرياض، 1428هـ.
- محمد بن يزيد القزويني، سنن ابن ماجة، دار إحياء الكتب العربية – فيصل عيسى البابي الحلبي، القاهرة، د.ت.
- أبو طاهر محمد بن يعقوب الفيروز آبادي، القاموس المحيط، ط8، مؤسسة الرسالة للطباعة والنشر والتوزيع، بيروت، 1426هـ – 2005م.
- محمّد بن محمّد بن عبد الرزّاق مرتضى الزَّبيدي، تاج العروس من جواهر القاموس، ط1، دار الفكر، بيروت، 1414هـ.

- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي الطوسي، المستصفى من علم الأصول، ط1، دراسة وتحقيق: محمد بن سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1417هـ –1997م.
- محمد بن مكرم بن منظور الأفريقي المصري، لسان العرب، ط1، دار صادر، بيروت، د.ت.
- محمد مصطفى الزحيلي، القواعد الفقهية وتطبيقاتها في المذاهب الأربعة، ط1، دار الفكر، دمشق، 1427هـ – 2006م.
- محمد ناصر الدين الألباني، صحيح الجامع الصغير وزياداته، المكتب الإسلامي، بيروت، د.ت.
- أبو بكر محمد بن عبد المؤمن المعروف بتقي الدين الحصني، كتاب القواعد، ط1، دراسة وتحقيق: عبد الرحمن بن عبد الله الشعلان، مكتبة الرشد، الرياض، 1418هـ، 1997م.
- محمد بن عيسى الترمذي أبو عيسى، سنن الترمذي، ط2، تحقيق وتعليق: أحمد محمد شاكر، شركة مكتبة ومطبعة مصطفى البابي الحلبي، القاهرة، 1395هـ – 1975م.
- محمد بن علي الشوكاني، نيل الأوطار، ط1، تحقيق: عصام الدين الصبابطي، دار الحديث، القاهرة، 1413هـ – 1993م، (173/8).
- محمد صديقي بن أحمد البورنو الغزَي، موسوعة القواعد الفقهية، ط2، مكتبة التوبة، الرياض، 1421هـ – 2000م.
- محمد صدقي، الوجيز في إيضاح قواعد الفقه الكلية، ط4، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1416هـ – 1996م.
- محمد ربيع مرسي، السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1995م.
- محمد شبير، القواعد الكلية والضوابط الفقهية في الشريعة الإسلامية، ط2، دار النفائس، عمان، الأردن، 1428هـ – 2007م.
- محمود بن أحمد بن موسى بن أحمد بن حسين الغيتابي الحنفي بدر الدين العيني، عمدة القاري شرح صحيح البخاري، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت، (237/1).
- محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي – تطبيقاتها – أحكامها – آثارها: دراسة مقارنة، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993م.

- محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات القسم العام، دار النهضة العربية، القاهرة، 1955.
- محمود عمر محمد علي، الأحكام الفقهية المتعلقة بالإجراءات الوقائية من وباء كورونا المستجد على ضوء السياسة الشرعية، مجلة الجمعية الفقهية السعودية، العدد 51، الجزء الثاني، 1442هـ – 2020م.
- منصور بن يونس بن إدريس البهوتي، الروض المربع شرح زاد المستقنع، مكتبة الرياض الحديثة، الرياض، 1390هـ.
- منصور بن محمد السمعاني أبو المظفر، قواطع الأدلة في الأصول، ط1، تحقيق: محمد حسن محمد حسن إسماعيل الشافعي، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1999م.
- مسلم بن الحجاج أبو الحسن القشيري النيسابوري، صحيح مسلم؛ المسند الصحيح المختصر بنقل العدل عن العدل إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، تحقيق: محمد فؤاد عبد الباقي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، د.ت.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، ط2، دار القلم، دمشق، 1425هـ – 2004م.
- سامي جمال الدين، الرقابة على أعمال الإدارة – مبدأ المشروعية – تنظيم القضاء الإداري: دراسة مقارنة، منشأة المعارف، الإسكندرية، 2003م.
- السيد أحمد بن محمد الحنفي الحموي، غمز عيون البصائر شرح كتاب الأشباه والنظائر لابن نجيم، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1405هـ – 1985م.
- السيد حامد التهامي، سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في الدولتين الحديثة والإسلامية – دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1985م.
- أبو داود سليمان بن الأشعث السِّجِسْتاني، سنن أبي داود، المكتبة العصرية، صيدا – بيروت، د.ت.
- سليم رستم باز اللبناني، شرح المجلة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، د.ت.
- سمير عبد القادر علي، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ومدى الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، 1987م.

- السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف، القاهرة، 1957.
- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة – آفاق وأبعاد، ط2، المعهد الإسلامي للبحوث والتدريب، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 1423هـ – 2003م.
- عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف، الإسكندرية، 1989م.
- عبد الكريم زيدان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية، مطبعة العاني، بغداد، 1390هـ – 1970م.
- عبد الله بن محمد بن إبراهيم أبي شيبة العبسي أبو بكر، مصنف ابن أبي شيبة، تحقيق: أسامة بن إبراهيم بن محمد أبو محمد، الفاروق الحديثة للطباعة والنشر، القاهرة، 1428هـ – 2008م.
- عبد الملك بن عبد الله بن يوسف الجويني أبو المعالي، البرهان في أصول الفقه، ط1، تحقيق: صلاح بن محمد بن عويضة، دار الكتب العلمية، بيروت، 1418هـ – 1997م.
- عبد العزيز أحمد بن محمد البخاري، كشف الأسرار عن أصول البرذوي، دار الكتاب الإسلامي، القاهرة، (398/4).
- عبد الرزاق أحمد السنهوري، مصادر الحق في الفقه الإسلامي، جامعة الدول العربية، القاهرة، د.ت.
- أبو بكر عبد الرزاق بن همام بن نافع الحميري اليماني الصنعاني، مصنف عبد الرزاق الصنعاني، ط2، المحقق: حبيب الرحمن الأعظمي، المكتب الإسلامي، بيروت، 1403هـ.
- عبد الرحمن بن أبي بكر جلال الدين السيوطي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ – 1990م.
- عبد الرحمن بن صالح العبد اللطيف،
  - مذكرة القواعد الفقهية، سنة ثالثة لطلاب كلية الشريعة في الجامعة الإسلامية بالمدينة المنورة، د.ت.
  - القواعد والضوابط الفقهية المتضمنة للتيسير، ط1، عمادة البحث العلمي بالجامعة الإسلامية، المدينة المنورة، 1423هـ –2003م.

- عبد الرقيب الشامي، أثر القواعد الشرعية في التدابير الاحترازية لمواجهة الأوبئة – فيروس كورونا (COVID19) أنموذجاً، مجلة الشريعة والقانون، جامعة الأزهر بدمنهور، العدد 35، الجزء الثاني، 1442هـ – 2020م.
- العهد الجديد – إنجيل متّى، الإصحاح الثاني عشر.
- عوض ماطر المطيري، حالة الضرورة، جامعة عمان العربية للدراسات العليا، كلية الدراسات القانونية العليا، 2004–2005م.
- عز الدين عبد العزيز بن عبد السلام، قواعد الأحكام في مصالح الأنام، المحقق: طه عبد الرؤوف سعد، مكتبة الكليات الأزهرية، القاهرة، 1411هـ – 1991م.
- عزيزة الشريف، الاختصاص التشريعي في حالات الضرورة، المؤتمر العلمي السنوي الثالث: المواجهة التشريعية لظاهرة الإرهاب على المستويين الوطني والدولي، كلية الحقوق، جامعة المنصورة، 1998م.
- علي أحمد الندوي، القواعد الفقهية، ط3، دار القلم، دمشق، 1414هـ، 1994م.
- علي جمعة محمد عبد الوهاب، المدخل إلى دراسة المذاهب الفقهية، ط2، دار السلام، القاهرة، 1422هـ – 2001م.
- علي حيدر، درر الحكام شرح مجلة الأحكام، تحقيق: فهمي الحسيني، دار الكتب، الرياض، 1423هـ – 2003م.
- أبو الحسن علي بن الحسين بن محمد السُّغْدي حنفي، النتف في الفتاوى، ط2، المحقق: صلاح الدين الناهي، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1404هـ – 1984م.
- علي بن محمد بن علي الجرجاني، التعريفات، ط1، تحقيق: إبراهيم الأبياري، دار الكتاب العربي، بيروت، 1405هـ.
- أبو الحسن علي بن عمر بن أحمد الدار قطني، سنن الدار قطني، ط1، تحقيق: شعيب الأرنؤوط، مؤسسة الرسالة، بيروت، 1424هـ – 2004م.
- علي عبد الله أبو هلال، مشروعية الاستفتاء الشعبي في ظل غياب النص الدستوري، دار الجندي للنشر والتوزيع، القدس، د.ت.
- علي عبد الله حمادة، حالة الضرورة كمانع من موانع المسؤولية الجزائية، رسالة علمية، كلية الحقوق، جامعة حلب، سوريا، 2007/2006.

- عمر الجميلي، فقه المآلات، دار النفائس، عمان، الأردن، د.ت.
- عصام البرزنجي، محاضرات في القضاء الإداري للمرحلة الثالثة، كلية القانون، جامعة بغداد، العام الدراسي 1996م – 1997م.
- عثمان عبد الملك الصالح، النظام الدستوري والمؤسسات السياسية في الكويت، ط2، مؤسسة دار الكتب، دولة الكويت، 2003.
- فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، القاهرة، 1989م.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، د.ت.
- أبو عبد الله، شمس الدين محمد بن محمد بن محمد المعروف بابن أمير حاج، التقرير والتحبير، ط2، دار الكتب العلمية، بيروت، 1403هـ – 1983م.
- تاج الدين عبد الوهاب بن تقي الدين السبكي، الأشباه والنظائر، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1411هـ– 1991م.
- تقي الدين أبو العباس أحمد بن عبد الحليم بن عبد السلام ابن تيمية الحراني الحنبلي، الفتاوى الكبرى، ط1، دار الكتب العلمية، بيروت، 1408هـ – 1987م.

المحتوى:

الموضوع	الصفحة
الملخص	17
المقدمة	18
المبحث الأول: التعريف بمصطلحات الدراسة	21
المطلب الأول: تعريف النظرية لغة واصطلاحًا	21
الفرع الأول: النظرية لغةً	21
الفرع الثاني: النظرية اصطلاحًا	22
المطلب الثاني: تعريف النظرية الفقهية	22
الفرع الأول: تعريفات العلماء المعاصرين للنظرية الفقهية	22
الفرع الثاني: المشتركات بين تعريفات النظرية الفقهية	23
المطلب الثالث: تعريف القاعدة الفقهية	23
الفرع الأول: القاعدة الفقهية لغةً	24
الفرع الثاني: القاعدة الفقهية اصطلاحًا	24
الفرع الثالث: تعريف القاعدة الفقهية باعتبارها لقباً	25
المطلب الرابع: الفرق بين القاعدة الفقهية والنظرية الفقهية	25
المطلب الخامس: تعريف الضرورة لغة واصطلاحاً	27
الفرع الأول: الضرورة في اللغة	27
الفرع الثاني: الضرورة في الاصطلاح	27
الفرع الثالث: الضرورة في الاصطلاح الحديث	28
المطلب السادس: تعريف الضرورة في القانون الوضعي	29
المطلب السابع: مقارنة تعريف الضرورة بين الشريعة والقانون	30
المطلب الثامن: نظرية الضرورة ومراعاة أصل رفع الحرج	31

الموضوع	الصفحة
المبحث الثاني: التطور التاريخي لنظرية الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	33
المطلب الأول: التطور التاريخي لقاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي	33
الفرع الأول: مكانة قاعدة الضرورة في الفقه الإسلامي	33
الفرع الثاني: أدلة مشروعية مبدأ الضرورة	34
الفرع الثالث: تاريخ نشأة نظرية الضرورة	39
الفرع الرابع: قاعدة الضرورة في مجلة الأحكام العدلية	42
المطلب الثاني: التطور التاريخي لنظرية الضرورة في القانون الوضعي	44
الفرع الأول: نظرية الضرورة في القانون الهندي القديم	44
الفرع الثاني: نظرية الضرورة في المسيحية	46
الفرع الثالث: الضرورة في القانون الروماني	46
الفرع الرابع: نظرية الضرورة في الفقه القانون الألماني	47
الفرع الخامس: نظرية الضرورة في الفقه القانوني الفرنسي	49
المبحث الثالث: الضوابط الموضوعية لنظرية الضرورة	51
المطلب الأول: ضوابط نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي	51
الفرع الأول: أن تكون الضرورة محققة غير متوهمة	51
الفرع الثاني: ألا تؤدي إزالة الضرر إلى ضرر أكبر منه	52
الفرع الثالث: الضرورة تُقدّر بقدرها	52
الفرع الرابع: أن تكون محقّقة لمقصد من مقاصد الشرع	53
الفرع الخامس: أن يتعيّن على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية	54
الفرع السادس: تعذر الوسائل المباحة في إزالة الضرر	54
الفرع السابع: أن يتقيّد الإذن في ارتكاب المحظور بزمن بقاء العذر	55

الموضوع	الصفحة
الفرع الثامن: حكم العمل بالضرورة	55
المطلب الثاني: ضوابط نظرية الضرورة في القانون الوضعي	56
الفرع الأول: وجود خطر جسيم على النفس أو المال	56
الفرع الثاني: أن يكون الخطر حالاً	58
الفرع الثالث: ألا يكون لإرادة الفاعل دخل في خلق حالة الضرورة	58
الفرع الرابع: أن يتعذّر دفع الخطر بوسيلة أخرى	59
الفرع الخامس: أن يكون الفعل متناسباً مع الخطر	59
الفرع السادس: ألا يكون هناك واجب قانوني بتحمل الخطر أو مواجهته	60
المبحث الرابع: تطبيقات نظرية الضرورة	61
المطلب الأول: تطبيقات نظرية الضرورة في النظام الدستوري	61
الفرع الأول: الأساس الدستوري للوائح الضرورة	62
الفرع الثاني: مسوغات نظرية الضرورة في النظام الدستوري	62
المطلب الثاني: تطبيقات نظرية الضرورة في الإجراءات الاحترازية في مواجهة تداعيات جائحة كورونا	66
الفرع الأول: قاعدة الضرورات تبيح المحظورات	67
الفرع الثاني: قاعدة الضرورات تُقَدَّر بقَدَرِها	69
الخاتمة	71
قائمة المراجع	72