الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

جامعة أحمد دراية – أدرار

جامعة أحمد دراية.أدرار-الجزائر
Université Ahmed DRAIA. Adrar-Algérie

كلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية قسم: العلوم الإسلامية

الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة
دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون

مذكرة مقدّمة لاستكمال متطلبات شهادة الماستر في الشريعة والقانون

إعداد الطالبين: إشراف الأستاذ:

- ✓ مبارك بن بلخير عبد المجيد طيبي
- ✓ محمد لنصاري

اسم ولقب الأستاذ	الرتبـــة	الصّفة
أد. حميدة بن زيطة	أستاذ التعليم العالي	رئيساً
أ.عبد المجيد طيبي	أستاذ مساعد أ	مشرفاً ومقرراً
د.عمر بوعلالة	أستاذ محاضر ب	عضواً مناقشاً

الموسم الجامعي: 1439 / 1440 هـ الموافق لـ 2018/2019م

بسم الله الرحمن الرحيم

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿فَتَعَٰلَى ٱللَّهُ ٱلۡمَلِكُ ٱلۡحَقُّۗ وَلَا تَعۡجَلۡ بِٱلۡقُرۡءَانِ مِن قَبۡلِ أَن يُقۡضَىٰٓ إِلَيۡكَ وَحۡيُهُۥۖ وَقُل رَّبِّ زِدۡنِي عِلۡمٗا ١١٤﴾ طه: 114.

إهـــداء

- إلى من سقتني الحب والحنان
- إلى نبع الطمأنينة والأمان
- إلى من رآني قلبها قبل عينيها
- إلى من حضنتني أحشاءها قبل يديها
- إلى تلك العيون الساهرة علي في مرضي وصحتي
- إلى ذات اليدين الكريمتين والصوت الدافئ **أمي الحنون**
- إلى من علمني الصبر والنجاح
- إلى من علمني كيف أمسك القلم لأكتب الأحرف من الألف حتى الياء
- إلى من هو سند لي في مواجهة الصعاب **أبي العطوف**
- إلى حياتي إلى حبيبتي إلى خطيبتي إلى زوجتي المستقبلية **فضيلة**
- إلى كل أفراد عائلتي صغيرهم وكبيرهم
- إلى أعز أصدقائي عمر وعلال والبكري
- إلى كل زملائي في الدراسة بدون استثناء
- إلى أبناء وطني الغالي

أهدي هذا العمل المتواضع.

~ مبارك ~

إهـــداء

أهدي هذا العمل وهذا الجهد:

- إلى روح من كانت سببا في وجودي، إلى من حملتني في أحشائها تسعة أشهر، إلى من سكنت روحي ووجداني؛ إلى أمي تغمدها الله تعالى برحمته، وواسع مغفرته.
- إلى من مسك بيدي بقوة منذ الصغر، إلى قدوتي ونبراسي في الحياة، إلى من أعطاني ولا يزال يعطيني بلا حدود، إلى من رفعت رأسي افتخارا به، إليك يا من كنت لي خير عون عند المحن؛ إليك يا أبي الغالي أمدك الله بالصحة والقوة والعافية أضعاف ما نزل بك من البلاء.
- إلى وطني الغالي الحبيب.
- إلى من كانوا سندا لي في الحياة وتقاسموا معي الآهات والأناة، إلى كافة أفراد العائلة الكريمة.
- إلى من علموني الحرف الأول وبصروني بالعلم، إلى من أخذوا بيدي في هذا المجال وجعلوا من العلم أحلى آيات المنال؛ من معلمين وأساتذة ودكاترة في مختلف الأطوار والمراحل الدراسية.
- إلى من رسموا بصورهم الرقيقة على جدران قلبي ذكرى لن يمحوها غبار؛ إلى زملائي وأصدقائي الطيبين الأعزاء.
- إلى كل زملائي في الدراسة بدون استثناء
- إلى كل من ساهم من قريب، أو بعيد في نجاحي ووصولي إلى ما وصلت إليه.

إلى كل هؤلاء أهدي ثمرة هذا الجهد، وهذا العمل.

~ محمد ~

شكر وعرفان

قَالَ تَعَالَىٰ: ﴿ وَقَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ وَعَلَىٰ وَٰلِدَيَّ وَأَنۡ أَعۡمَلَ صَٰلِحٗا تَرۡضَىٰهُ وَأَدۡخِلۡنِي بِرَحۡمَتِكَ فِي عِبَادِكَ ٱلصَّٰلِحِينَ ١٩ ﴾ النمل: الآية 19.

ومن باب قوله صلى الله عليه وسلم: **"من لم يشكر القليل، لم يشكر الكثير، ومن لم يشكر الناس، لم يشكر الله ....** " حديث حسن رواه أحمد وحسنه الألباني.

نتقدم بجزيل الشكر والعرفان إلى أستاذنا وقدوتنا الأستاذ عبد المجيد طيبي الذي كان له الفضل علينا في الإشراف والتوجيه لإكمال هذا العمل المتواضع.

والشكر موصول كذلك إلى كل أساتذة قسم العلوم الإسلامية بجامعة أدرار بدون استثناء.

ونشكر كل من كان له الفضل في وصولنا لهذا المقام من معلمين وأساتذة ودكاترة... وكل من علمنا حرفا في هذه الدنيا.

ونشكر كذلك جميع زملائنا في الدفعة، على حسن تعاونهم.

كما نشكر كل من ساهم في إنجاح هذا العمل من قريب أو بعيد.

~ محمد~ مبارك ~

المقدمـــة

بسم الله وكفى... والصلاة والسلام على النبي المصطفى وعلى آله وأصحابه أهل الوفاء وعلى التابعين لهم ومن لنهجهم وآثارهم اقتفى.

أما بعد:

فقد أنزل الله سبحانه وتعالى على رسله الشرائع السماوية التي تضمن للبشرية الحياة السعيدة الهانئة في الدنيا والآخرة، إن ساروا على نهجها، وقد ختم سبحانه تلك الشرائع بشريعة خالدة إلى قيام الساعة، وهي شريعة الإسلام التي هيمنت على ما سبقها من الشرائع، وتميزت بخصائص خاصة بها، ومن أبرزها السماحة واليسر وجلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج على المكلفين ومنع الضرر عنهم، ولما كانت هذه الشريعة آخر شريعة سماوية، كان لابد أن تنفرد بهذه الخصائص التي تجعلها قابلة للثبات والاستمرار ومواكبة لحياة الإنسان، فهي بذلك صالحة لكل زمان ومكان، فالحمد لله الذي كلف عباده المؤمنين بما يطيقون وبما يستطيعون، ووضع عنهم ما هم عنه عاجزون، والصلاة والسلام على سيد المرسلين الذي جاء برسالة عنوانها السماحة فقد بعث صلى الله عليه وسلم ميسراً ولم يبعث مشدداً، وكان مبشراً ولم يكن منفراً صاحب الوجه الأنور والجبين الأزهر الشافع المشفع يوم الحشر.

قد تواجه الناس في حياتهم اليومية ظروف قاهرة تسبب لهم أضرارا فادحة، فيقعون في حرج وضيق شديد يعكر صفو هذه الحياة، الأمر الذي يجعلهم يبحثون عن السبل و الوسائل للخروج منه، وذلك إما بترك واجب أو ارتكاب محظور شرعي، وهذا ما يعبر عنه فقهاء الشريعة بمصطلح الضرورة أو حالة الضرورة كما يسميها فقهاء القانون، والتي تعتبر من أسباب التخفيف شرعا وقانونا، لكن استعمال هذا المصطلح وتنزيله على القضايا لدى العامة والخاصة من الناس يختلف؛ وخصوصا ما تعلق منها بالنوازل والمستجدات المعاصرة، وهذا راجع لعدم الفهم السليم لمعناه الحقيقي الذي من شأنه استعماله وتطبيقه على غير الوجه الصحيح،كما أن تطبيقات الضرورة ومجالاتها عديدة ومتنوعة على مستوى الفرد والجماعة والتي نحن بصدد دراسة بعضها في هذا البحث وخاصة ما تعلق منها بمجال الأسرة أو الأحوال الشخصية،كما يطلق عليه البعض فجاء بحثنا تحت عنوان:

"الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة – دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون – "

أولا: إشكالية البحث

تتمحور إشكالية هذا البحث حول مفهوم الضرورة وتطبيقات أحكامها في مجال الأحوال الشخصية، والتي تنطوي تحتها التساؤلات الآتية:

- ما مفهوم الضرورة؟ وما أساسها وحكم العمل بها؟ وما أقسامها وضوابطها في كل من الشريعة والقانون؟
- ما هي تطبيقات الضرورة في نطاق أحكام الأسرة في كل من الشريعة والقانون؟

ثانياً: تحديد موضوع الدراسة

ومعالجة لهذه التساؤلات، تأتي دراسة الموضوع في شقين أحدهما نظري والآخر تطبيقي، تناولنا في الشق النظري مفهوم الضرورة في كل من الشريعة والقانون الوضعي، أما الفصل التطبيقي فقد ركزت دراستنا فيه على أهم المسائل الأسرية التي تنطبق عليها الضرورة، وذلك نظرا لطول هذا الموضوع، واتساعه وصعوبة الإحاطة بكل جوانبه.

ثالثاً: أهمية البحث:

تتجلى أهمية الموضوع في بعدين، أحدهما علمي، والآخر عملي:

أما الأهمية العلمية فتظهر من خلال المسائل الاضطرارية وما يتعلق بها من أحكام على سبيل الاستثناء، ذلك أن الضرورة شق هام من الحياة، لاسيما في حياة الأسرة التي تنعكس فيها على كثير من الحقوق والالتزامات.

وأما الأهمية العملية فتتجلى في كون تفاصيل الضرورة واقعا معيشا يستدعي الاهتمام بالحلول الشرعية والقانونية للقضايا والآثار الناجمة عنها في حياة الأسرة وأوضاع أفرادها، وذلك ما يستلزم:

1- معرفة حقيقة الضرورة والفقه السليم بمقتضياتها.

2- ضرورة إبراز حاجة أفراد الأسرة إلى الإلمام بأحكام الضرورة شرعا وقانونا ليحسن استعمالها وتنزيلها.

3- معرفة الناس لحقيقة الضرورة ومستندها الشرعي والقانوني من شأنها بث الراحة والطمأنينة في أنفسهم عند العمل بها.

رابعاً: أسباب اختيار الموضوع

تأسيسا على أهمية الموضوع دفعنا لاختياره جملة من الأسباب الشخصية والموضوعية نذكر أهمها في الآتي:

1- جدة الموضوع وحاجته إلى دراسة موضوعية ومنهجية ونموذجية بمعايير أكاديمية دقيقة.

2- اهتمامنا الكبير بالقضايا الاجتماعية وخصوصا ما تعلق منها بمسائل الأسرة.

3- قلة الدارسات في هذا الموضوع وخصوصا المقارنة منها حيث لم تقع يدنا على دراسة جامعة لتطبيقات الضرورة في قضايا الأسرة لا من الناحية الشرعية ولا القانونية.

خامساً: أهداف البحث

تتجلى أهدف هذا البحث فيما يأتي:

1- بيان المقصود بالضرورة ومدى اعتبارها في كل من الشريعة والقانون.

2- التعرف على مدى التقارب والتباعد بين الشريعة والقانون في الاعتداد بالضرورة داخل النطاق الأسري.

3- رصد آثار إعمال الضرورة في نطاق أحكام الأسرة والوصول بشأن ذلك إلى نتائج وتوصيات تخدم هذا الموضوع في جانبيه الشرعي والقانوني.

سادساً: منهج البحث

اتبعنا في هذا البحث منهجا مركبا من المناهج الآتية:

1- المنهج الاستقرائي: ويتجسد في: استقراء أحكام الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية من مصادرها ومراجعها.

2- المنهج المقارن: واعتمدناه للمقارنة بين مختلف وجهات النظر الشرعية والقانونية.

سابعاً: المنهجية المتبعة

المنهجية التي اعتمدناها في بحثنا هذا تركزت على:

✓ نذكر ما جاء في الشريعة الإسلامية أولا، ونردفه بما جاء في قانون الأسرة الجزائري، ثم نقارن بينهما.

- ✓ بيان مواضع الآيات القرآنية الكريمة وكتابتها بنحو متطابق مع المصحف الشريف برواية حفص عن عاصم –المصحف الالكتروني للمدينة المنورة–.
- ✓ اكتفينا في معظم بحثنا على رأي مجمع الفقه الإسلامي في بعض المسائل، وذلك لكثرة آراء الفقهاء فيها واختلافهم، لكونه يشمل كل هذه الآراء.
- ✓ فيما يخص التهميش؛ نذكر اسم المؤلِّف أولا، ثم المؤلَّف، ثم المحقق إن وجد، ثم معلومات النشر (دار النشر، مكان النشر، سنة النشر)، ثم الجزء إن وجد، ثم رقم الطبعة إن وجدت، وأخيراً ذكر الصفحة.
- ✓ في سنة النشر اكتفينا بذكر السنة الميلادية فقط نظرا لانعدام السنة الهجرية في معظم المصادر والمراجع التي اعتمدنا عليها.
- ✓ عند تخريج الأحاديث النبوية الشريفة نبحث عن الحديث فإن وجدناه في الصحيحين نكتفي بذلك ولا يُخرج، أما إذا وجدناه في باقي الكتب فإنه يخرج كما يأتي: الراوي، المؤلَّف، المحقق إن وجد، الكتاب، الباب، رقم الحديث، الصفحة، حكم الحديث.
- ✓ لم نترجم لأحد من الأعلام الواردة ذكرهم في متن الدراسة.
- ✓ استعملنا في البحث بعض الرموز والاختصارات وبيانها كالآتي:

- (د س ن) دون سنة النشر.
- (د ط) دون رقم الطبعة.
- (مج) المجلد
- (ط) الطبعة.
- (ت) تحقيق.
- (ج) الجزء.
- (ص) الصفحة.

✓ ختمنا البحث بفهرس للآيات القرآنية، والأحاديث النبوية، والمواد القانونية، والمصادر والمراجع، وأخيرا فهرس المواضيع.

ثامناً: الدراسات السابقة:

لم نجد فيما اطلعنا عليه من كتب الشريعة الإسلامية والقانون بحثاً مستقلا بنفس عنوان بحثنا، ولكن وجدنا بعض الدراسات التي تناولت موضوع الضرورة بصفة عامة، كما أن هناك بعض الدراسات التي تناولت بعض الجزئيات من موضوعنا؛ ومن هذه الدراسات نذكر على سبيل الحصر:

- **نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي**، وهبة الزحيلي؛ وهذه الدراسة في أصلها كتاب مقسم إلى مباحث تناول: مفهوم الضرورة ومقاصد الشريعة الإسلامية، وقواعد الضرورة وتطبيقاتها وحكم العمل بها، وفي الأخير تتطرق إلى الضرورة في القانون الوضعي.
- **حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة**، محمد بن حسين الجيزاني: وهو كتاب تعرض بصفة عامة إلى مفهوم الضرورة، وتأصيلها الفقهي.
- **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة**، محمود محمد عبد العزيز الزيني: وهي دراسة أصلها كتاب مقسم إلى أربعة فصول: تحدث في الفصل الأول عن حالة الإعفاء من الضرورة في كل من الشريعة والقانون، أما الفصل الثاني فجاء لتكييف جرائم الضرورة في الشريعة والقانون، والفصل الثالث فقد بين شروط الضرورة في كل من الفقه الإسلامي والقانون، وختم بنماذج وأمثلة لحالات الضرورة في كل من الشريعة والقانون.
- **نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها**، جميل محمد بن مبارك: حاول الباحث في هذه الدراسة طرح الموضوع باستقراء جزئياته من حيث تحديد المصطلح وبيان صوره وإبراز أدلته وعلاقته بمصادر التشريع وقيود العمل به وتنزيلها على بعض قضايا العصر.
- **منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاته في ضوء الواقع المعاصر**: أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، من إعداد الطالبة نادية رازي، جامعة الحاج لخضر، باتنة، حيث تناولت في الفصل الأول: التأصيل الشرعي للضرورة، وبيان أهمية فقهها في العصر الحاضر، وفي الفصل الثاني:

تحدثت عن منهج الكشف عن الضرورة، أما الفصل الثالث: فكان عبارة عن فصلا تطبيقيا لمنهج الكشف عن الضرورة على بعض القضايا المعاصرة في مجال العبادات والعادات والأحوال الشخصية.

تاسعاً: الصعوبات

واجهتنا مجموعة من الصعوبات خلال بحثنا في هذا الموضوع نذكر منها:

- صعوبة الجمع بين المسائل الفقهية والقانونية نظرا لوجود اختلاف كبير في بعض الأحكام.
- صعوبة تنزيل أحكام الضرورة في بعض المسائل، ويرجع ذلك لانعدام النصوص القانونية فيها.

عاشراً: خطة البحث

للإجابة على إشكالية البحث، وتحقيق أهدافه قسمناه إلى: مقدمة وفصلين؛ الأول نظري، والثاني تطبيقي، وخاتمة.

جاء في المقدمة التعريف بالموضوع من الناحية الشرعية والقانونية، وأسباب اختياره وأهميته وأهدافه والمنهج المتبع في الدراسة، بالإضافة إلى المنهجية المتبعة لتحرير البحث، وأهم الدراسات السابقة للموضوع، ثم ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا في البحث.

أما الفصل الأول: فقد خصصناه لمفهوم الضرورة، وفيه ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول تحدثنا فيه عن تعريف الضرورة وعلاقتها بغيرها من المصطلحات، أما المبحث الثاني فتطرقنا فيه إلى أساس الضرورة وحكم العمل بها، وتحدثنا في المبحث الثالث عن أقسام الضرورة وضوابطها.

أما الفصل الثاني: تحدثنا فيه عن تطبيقات الضرورة في بعض قضايا الأسرة وقسمناه كذلك إلى ثلاثة مباحث؛ المبحث الأول منه تحدثنا فيه عن الضرورة في مسائل الزواج وانحلاله، والمبحث الثاني تناول الضرورة في مسائل النسل وإثبات النسب، وفي المبحث الأخير تحدثنا عن الضرورة في مسائل النفقة والرعاية الأسرية.

الفصل الأول

مفهوم الضرورة

توطئة:

لقد أصبحت الضرورة من المصطلحات المتداولة بين الناس يستعملها العام والخاص منهم دون معرفة حقيقتها، وهذا يرجع لسوء الفهم السليم لمعناها الحقيقي، فكان لزاماً علينا أن نفهم وندرك حيثياتها الشرعية وكذا القانونية، ليحسن استعمالها وتنزيلها في مواضعها وخصوصا في العصر الحاضر الذي ظهرت فيه نوازل ومستجدات تفتقر إلى حلول وفق مقصود الشرع.

وهذا ما سنبينه في هذا الفصل النظري الذي يتضمن المباحث الآتية:

المبحث الأول: تعريف الضرورة وعلاقتها بغيرها من المصطلحات

المبحث الثاني: أساس الضرورة وحكم العمل بها

المبحث الثالث: أقسام الضرورة وضوابطها

المبحث الأول

تعريف الضرورة وعلاقتها بغيرها من المصطلحات

لمعرفة المقصود بالضرورة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين؛ فجاء المطلب الأول منه تحت عنوان: تعريف الضرورة، أما المطلب الثاني فكان عنوانه: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات؛ وفي ما يأتي تفصيل ذلك

المطلب الأول: تعريف الضرورة

لمعرفة المعنى الحقيقي للضرورة قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: فجاء الفرع الأول تحت عنوان تعريف الضرورة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي، أما الفرع الثاني فكان تحت عنوان: تعريف الضرورة في الاصطلاح القانوني؛ وفي ما يأتي تفصيل ذلك.

الفرع الأول: تعريف الضرورة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي

أولا: تعريف الضرورة في اللغة

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار، تقول: حملتني الضرورة على كذا وكذا، والاضطرار الاحتياج إلى الشيء، أمر أحوجه وألجأه، وأصله من الضرر، والضرر ضد النفع ويراد به الضيق وسوء الحال ،

يقال: مكان ذو ضرر أي ضيق، ومكان ضَرَرُ: ضيق[1]، وجاء في قوله تعالى:﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ١٧٣﴾ [2] أي: فمن ألجئ إلى أكل الميتة، وما حرم الله، وضاق عليه الأمر فلا إثم عليه.

والاضطرار الاحتياج إلى الشيء، واضطره إليه: أحوجهُ وألجأهُ، واضطُرهُ: بضم الطاء، والضرورة: الحاجة والضرَرُ الضيق. يقال: رجل ذو ضارورة وضرورة أي ذو حاجة"[3].

وجاء في المعجم الوسيط "الضرورة: الحاجة والشدة لا مدفع لها والمشقة، والضروري كل ما تمس إليه الحاجة، وكل ما ليس منهُ بدُ وهو خلاف الكمالي" [4].

وهذا التعريف الأخير يظهر بأنه الأقرب إلى بيان المعنى المراد بالضرورة.

ثانيا: تعريف الضرورة في الاصطلاح الشرعي

جاء في كتاب التعريفات: "الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل مما لا مدفع له"[5].

وقال أبو بكر الجصاص عند الكلام عن المخمصة: "الضرورة هي خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل"[1].

---

[1] ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ت: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، د س ن، د ط، مج4، ص2574.

[2] البقرة، الآية 173.

[3] الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، د س ن، د ط، ص371.

[4] عبد العزيز النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ط4، ص538.

[5] علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د س ن، د ط، ص117.

عرفها الزركشي: "هي بلوغه حداً إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقي جائعاً أو عرياناً لمات أو تلف منه عضوا"[2].

وقال المالكية: "الضرورة هي: خوف الموت، ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت"[3].

وقال الشافعية: "من خاف من عدم الأكل على نفسه موتاً أو مرضاً مخوفاً أو زيادته أو طول مدته أو انقطاعه عن رفقته أو خوف ضعف عن مشي أو ركوب ولم يجد حلالاً يأكله ووجد محرماً لزمه أكله"[4].

وعرفها محمد زهرة فقال: "الضرورة هي أن يكون في حالة مخمصة ويخشى على نفسه الموت ولا يجد ما يأكله إلا الميتة فإنه يكون له أكلها بل عليه أن يأكلها"[5].

وقال الزرقا: "الضرورة أشد دافعاً من الحاجة فالضرورة: هي ما يترتب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجئ، وخشية الهلاك جوعاً"[6].

والاضطرار: "دفع الإنسان إلى ما يضرهُ وحملهُ عليهِ وإلجاؤه إليه. والملجئ إلى ذلك إما أن يكون من نفس الإنسان وحينئذ لا بد أن يكون الضرر حاصلاً أو متوقعاً يلجئ إلى التخلص منه عملاً بقاعدة "ارتكاب أخف الضررين" الثابتة عقلاً وطبعاً وشرعاً، وإما أن يكون الملجئ من غير نفس الإنسان كإكراه القوي ضعيفا على ما يضره"[7].

---

[1] أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القران، ت: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996، د ط، ج1، ص159.

2 الزركشي بدر الدين محمد بن بهاور، المنثور في القواعد، ت: تيسير فائق أحمد محمود، شركة دار الكويت للصحافة-الأنباء- د س ن، ط4، ج2 ، ص319.

3 أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ت: محمد بن سيدي محمد مولاي، د س ن، د ط، ص298.

4 شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ت: محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ط1، ج4، ص412.

5 محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د س ن، د ط، ص51.

6 مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1998، ط1، ج2، ص1005.

7 محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المنار، القاهرة، 1947، ط2، ج6، ص167-168، ومحمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج، المرجع السابق، ص306.

تعريف جميل محمد بن مبارك: "خوف الهلاك أو الضرر الشديد على أحد الضروريات للنفس أو الغير يقيناً أو ظناً إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد"[1].

وعرفها البعض: "هي الخوف على النفس وما في حكم النفس من الهلاك المتيقن أو الغالب الظن بحيث يحل له المحظور"[2]، أو هي: "الحاجة الشديدة الملجئة إلى ارتكاب محظور شرعي"[3].

من خلال سرد تعريفات الفقهاء للضرورة نلاحظ أنهم حصروا تعريف الضرورة في المخمصة وأكل المحظور، في حين أنها أشمل وأعم من ذلك، فالضرورة تدخل ضمن حفظ الكليات الخمس التي جاءت الشريعة الإسلامية لحفظها وصونها.

والتعريف المختار للضرورة هو تعريف كل من وهبة الزحيلي، وقطب مصطفى سانو، وذلك لأنها جاءت عامة وشاملة لكل الجوانب التي تمسها الضرورة.

تعريف وهبة الزحيلي: "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، ويتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام، أو ترك الواجب، أو تأخيره عن وقته دفعاً للضرر عنه في غالب ظنهِ ضمن قيود الشرع"[4].

تعريف قطب مصطفى سانو: "أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة، بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو العضو أو بالعرض أو بالعقل أو بالمال وتوابعهُ؛ فيتعين أو يباح عندئذ ارتكاب الحرام أو ترك الواجب، أو تأخيرهِ عن وقتهِ دفعا للضرر عنه غالب ظنه ضمن قيود الشرع"[5].

قال الشاطبي في الموافقات عند كلامه عن حفظ مقاصد الشريعة بقوله: "الضرورية ما لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجرِ مصالح الدنيا على استقامة بل على فساد وتهارج وفوت حياة وفي الأخرى فوت النجاة والنعيم والرجوع بالخسران المبين"[6].

---

1 جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة حدودها وضوابطها، دار الوفاء، المنصورة، 1988، ط1، ص28.

2 عمر عبد الله كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 1999، ط1، ص195.

3 محمد حسين الجيزاني، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة دار المنهاج، الرياض، السعودية، د س ن، ط1، ص25.

4 وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة–دراسة مقارنة–، مؤسسة الرسالة بيروت، 1985، ط4، ص67-68.

5 قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2000، ط1، ص265.

6 أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، د س ن، د ط، ج2، ص17.

الفرع الثاني: تعريف الضرورة في الاصطلاح القانوني

الضرورة: "هي أن يجد الإنسان نفسهُ أو غيرهُ مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع، ولا يرى سبيلا للخلاص منهُ إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة. وقد يوجه إليهِ الخطر عمدا بقصد إلجائهِ إلى ارتكاب الفعل المكون لها وهذه صورة الإكراه المعنوي. وتدخل في الضرورة بمعناها العام"[1].

وهناك من عرف الضرورة بقوله: "وجود الإنسان نفسه في ظروف تهددهُ بخطر لا سبيل إلى تلافيهِ إلا بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليهِ عمداً بقصد إلجائهِ إلى ارتكابها"[2].

وعرفها أحد فقهاء القانون الجنائي بقوله: "وضع مادي للأمور ينشأ بفعل الطبيعة أو بفعل إنساني موجه إلى الغير، وينذر بضرر جسيم على النفس يتطلب دفعهُ ارتكاب جريمة على إنسان برئ"[3].

وعرفها آخر بقوله: "الضرورة؛ هي مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بالخطر وتوحي إليهِ بطريق الخلاص منهُ، وذلك عن طريق ارتكاب فعل إجرامي معين يقع على إنسان برئ"[4].

وعرفت الضرورة كذلك بقولهم: "الحالة التي تدفع بشخص لارتكاب سلوك إجرامي نتيجة وجود مجموعة من الظروف التي تحيط به ولا يملك منها فكاكاً إلا بارتكاب السلوك الإجرامي نظراً لما يهددهُ أو يهدد غيرهُ من أخطار جسيمة"[5].

كما تعرف حالة الضرورة بأنها: "حالة الشخص الذي لا يمكنهُ أن يدفع عن نفسهِ أو غيرهِ شراً محدقاً به أو بغيرهِ إلا بارتكاب الفعل المكون لعناصر الجريمة"[6]. وتسمى هذهِ الجريمة جريمة الضرورة.

---

1 محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية،1993، د ط، ص 21. نقلا عن: محمود محمود مصطفى، شرح قانون العقوبات–القسم العام–، 1955، ط3، ص326.

2 محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص 21. نقلا عن: السعيد مصطفى السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، 1957، ط3، ص417.

3 رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1968، ط3، ص895.

4 محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص22.

5 سامح السيد جاد، الأحكام العامة للقانون الجنائي، 1984، ط4، ص412.

6 إبراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، د ط، ص4.

من خلال تعريفات فقهاء القانون للضرورة يتبين لنا أنهم ركزوا في تعريفاتهم على كون الضرورة لا تندفع إلا بارتكاب سلوك إجرامي، فهم بذلك قد حصروا الضرورة في حالة الدفاع عن النفس فقط، فهم بذلك اكتفوا بتعريف الضرورة في شقها الجنائي.

والتعريف القريب من المعنى الشامل للضرورة هو: "حالة يضطر فيها الشخص إلى ارتكاب جريمة وقاية لنفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم محدق. أوهي حالة تلجئ شخصاً، لكي يدرأ خطراً شديداً، إلا أن يسبب ضرر للغير أقل خطورة"[1].

من خلال تعريف كل من فقهاء الشريعة والقانون للضرورة نجد أن تعريفات فقهاء الشريعة الإسلامية جاء شاملة لكل حالات الضرورة، وهذا لعموم وشمول الشريعة الإسلامية، في حين ركز فقهاء القانون في تعريفاتهم للضرورة على الجانب الجنائي منها فقط.

المطلب الثاني: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات

للضرورة مصطلحات شرعية وقانونية لها علاقة ذات صلة بها، وقريبة منها في المعنى، ولمعرفة هذه المصطلحات قسمنا هذا المطلب إلى فرعين: الفرع الأول تناولنا فيه: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات الشرعية، وفي الفرع الثاني تناولنا: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات القانونية.

الفرع الأول: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات الشرعية

أولاً: علاقة الضرورة بالحاجة

الحاجة في اللغة: تأتي الحاجة في اللغة بمعنى الفقر والبغية والأمنية[2]، وتأتي بمعنى الضرورة قال ابن فارس: "الحاء والواو والجيم أصل واحد وهو الاضطرار إلى الشيء"[3].

والحاجة في الاصطلاح "ما يفتقر إليهِ من أجل التوسعة ورفع الحرج"[4].

ومثال الحاجة: خروج المعتكف من المسجد.

---

1 عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، 1995، د ط، ص265-266.

2 ابن منظور، المرجع السابق، ص 242.

3 أبو الحسين أحمد ابن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979، ج2، د ط، ص114.

4 الشاطبي، المرجع السابق، ص10.

أوجه الاتفاق بين الضرورة والحاجة:

- "هناك اتفاق في المعنى اللغوي لكل من اللفظين؛ حيث أن الضرورة في اللغة تأتي بمعنى الحاجة، كما أن الحاجة في اللغة تأتي بمعنى الضرورة.

وهناك اتفاق آخر في المعنى الاصطلاحي لكل من اللفظين؛ حيث يشتركان في معنى واحدا، وهو أصل المشقة لذا فكل منهما يستدعي التيسير والتخفيف"[1].

- أن كل من الحاجة والضرورة مفتقر إليه في الجملة الأمر الذي جعل بعض أهل العلم يتوسع في إطلاق الضرورة فيطلقها على ما يشملها ويشمل الحاجة أيضا، بل إننا إذا تأملنا في بعض تعريفات الضرورة نجد أنها صادقة على الضرورة والحاجة، ومن ذلك القول بأن الضرورة هي خوف الهلاك أو الضرر الشديد على أحد الضروريات للنفس أو الغير، ومن المعلوم أن خوف الضرر الشديد ينطبق على الحاجة التي هي أدنى من الضرورة[2].

أوجه الاختلاف بين الضرورة والحاجة:

"تفترق الضرورة عن الحاجة في مقدار المشقة؛ ذلك أن المشقة في باب الضرورة مشقة فادحة غير عادية؛ إذ يترتب عليه التلف أو ما يقاربه، فالضرورة حالة تستدعي إنقاذا ودفعا للهلاك.

أما المشقة في باب الحاجة؛ فإنها مشقة محتملة عادية، لا يترتب عليها الهلاك والتلف، وإنما يحصل معها الحرج والضيق، فالحاجة تستدعي تيسيرا وتسهيلا لأجل الحصول على المقصود"[3].

فالشريعة الإسلامية مبنية على جلب المصالح ودرئ المفاسد ومن بينها المشقة، كما أن المصالح تنقسم إلى مصالح ضرورية ومصالح حاجية؛ "فالمصالح الضرورية نسبة إلى الضرورة والمصالح الحاجية نسبة إلى الحاجة، ويطلق كذلك على المصالح الضرورية: باب درئ المفاسد ويطلق المصالح الحاجية: باب جلب المصالح"[4].

---

1 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص46-47.

2 أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام-دراسة نظرية تطبيقية-،كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، د س ن، ج1، ط1، ص81.

3 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص47.

4 ينظر محمد بن حسين الجيزاني، المرجع نفسه، ص47-48.

يقول الشاطبي في بيان المصالح الضرورية: "فأما الضرورية؛ فمعناها أنها لابد منها في قيام مصالح الدين والدنيا، بحيث إذا فقدت لم تجري مصالح الدنيا على استقامة؛ بل على فساد وتهارج وفوت حياة، وفي الآخرة فوت النجاة والنعيم، والرجوع بالخسران المبين"[1].

ويقول في بيان المصالح الحاجية: "وأما الحاجيات؛ فمعناها أنها مفتقرة إليها من حيث التوسعة ورفع الضيق المؤدي في الغالب إلى الحرج والمشقة اللاحقة بفوت المطلوب، فإذا لم تراع دخل المكلفين – على الجملة – الحرج والمشقة، ولكنه لا يبلغ مبلغ الفساد العادي المتوقع في المصالح العامة "[2].

وبهذا يظهر جليا أن المشقة الواقعة في باب الحاجة أدنى مرتبة من المشقة الواقعة في باب الضرورة

وخلاصة القول هي أن الضرورة هي أعلى المراتب ثم تأتي بعدها الحاجة، كما أن الأثر المترتب عن الضرورة يختلف عن الأثر المترتب عن الحاجة، وذلك لأن الضرورة مشقة فادحة يباح لدفعها الإقدام على ارتكاب المحظور، وهذا ما دلت عليه قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"، أما الحاجة بخلاف ذلك؛ فهي مشقة غير فادحة فلا تبيح ارتكاب المحظور[3].

وقد تنزل الحاجة منزلة الضرورة في كونها تبيح ارتكاب المحظور وذلك لقول القاعدة: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة " وفي لفظ آخر: "الحاجة تنزل منزلة الضرورة؛ عامة كانت أو خاصة"[4].

ومن أمثلة الحاجة العامة: "مشروعية الإجارة، والجعالة، والحوالة، ونحوها: جوزت على خلاف القياس لما في الأولى من ورود العقد على منافع معدومة، وفي الثانية من الجهالة، وفي الثالثة من بيع الدين بالدين لعموم الحاجة إلى ذلك"[5].

والحاجة إذا عمت كانت كالضرورة[6]، ويقال إذا عمت خفت أي بمعنى الحاجة.

ومن أمثلة الحاجة الخاصة: تضبيب الإناء بالفضة لإصلاح موضع الكسر، ولبس الحرير لحاجة الجرب والحكة ودفع القمل[1].

---

1 أبو اسحاق الشاطبي، الموافقات، ج2، المرجع السابق، ص10.

2 المرجع نفسه، ص11.

3 ينظر محمد حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص49.

4 أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ت: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، 1989، ط2، ص209. وينظر الزركشي بدر الدين محمد بن بهاور، المنثور في القواعد، ت: تيسير فائق أحمد محمود، دار الكويت للصحافة، 1985، ج2، ط2، ص 24-25.

5 محمد حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص50.

6 جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن، ط1، ص88.

ثانياً: علاقة الضرورة بالرخصة

الرخصة في اللغة: هي التسهيل في الأمر والتيسير[2].

وفي اصطلاح الأصوليين: الحكم الثابت على خلاف الدليل الشرعي لمعارض راجح[3].

وتشترك الضرورة مع الرخصة في أن كلا منهما سبب شرعي للتسهيل والتيسير ورفع المشاق، إلا أن التسهيل في باب الضرورة يختص بالحاجة الشديدة الملجئة وذلك بخلاف التسهيل في باب الرخصة فإنه أعم إذ هو يشمل الحاجة الشديدة الملجئة، ويشمل غيرها من الأعذار الموجبة للتخفيف والترخُص[4].

وللرخصة أسباب كثيرة منها: الجهل والنسيان والسفر والمرض والاضطرار ومن هنا يظهر أن الضرورة أو الاضطرار سبب من أسباب الرخصة، وعليه يمكن القول أن الرخصة أعم وأشمل مطلقا من الضرورة: "فكل ضرورة رخصة وليس كل رخصة ضرورة". إذن فالعلاقة بين الضرورة والرخصة هي علاقة عموم وخصوص مطلق[5].

ثالثا: علاقة الضرورة بالمشقة [6]

والمراد بالمشقة هنا المشقة: الداعية للتخفيف وهي التي لا يستطيع المكلف دفعا ولا ردها ولا طاقة له بمجابهتها وليست المعتادة والمألوفة التي بوسعه إتيانها.

وتشترك الضرورة مع المشقة في واحدة من معانيها اللغوية وذلك بأن؛ الضرورة تأتي بمعنى المشقة وهد ما قد تم بيانه في التعريف اللغوي.كما أن المشقة أعم من الضرورة، حيث أن المشقة مراتب:

الأولى: مشقة فادحة عظيمة كالخوف على النفس.

الثانية: مشقة خفيفة كأدنى وجع أصبع أو صداع رأس.

---

1 محمد حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص50.

2 أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1922، ج2، ط5، ص304.

3 محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير،ت: محمد الزحيلي، وترير حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993، ج1، د ط، ص478.

4 محمد حسين الجيزاني، المرجع نفسه، ص57.

5 ينظر محمد حسين الجيزاني، المرجع نفسه ص58.

6 ينظر السيوطي، الأشباه والنظائر، المرجع السابق، ص70-71، زين الدين ابن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ت: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1983، ط1، ص91.

الثالثة: مشقة متوسطة كحمى خفيفة ووجع الضرس اليسير.

ومن هنا فإن: الضرورة هي المرتبة الأولى من المشقة وبالتالي: فالعلاقة بين الضرورة والمشقة هي العموم والخصوص المطلق، حيث أن المشقة أعم من الضرورة، إذن "فكل ضرورة مشقة وليس كل مشقة ضرورة".

رابعاً: علاقة الضرورة بالمصلحة

ويراد بالمصلحة: الوصف الملائم لتصرفات الشارع ومقاصده يحصل من ربط الحكم به جلب مصلحة ودرئ مضرة أو بعبارة أخرى: هي المحافظة على مقصود الشارع بجلب كل منفعة تلائمه وتعضده ودرئ كل مفسدة تناقضه[1].

وعرفها الغزالي بقوله: "هي المحافظة على مقصود الشرع. ومقصود الشرع في الخلق خمسة: وهو أن يحفظ عليهم دينهم، ونفسهم، وعقلهم، ونسلهم، ومالهم، فكل ما يتضمن هذه الأصول الخمسة فهو مصلحة، وكل ما يفوت هذه الأصول، فهو مفسدة ودفعها مصلحة"[2].

والمصلحة على ثلاث مراتب [3]

الأولى: الضروريات وهي؛ أعلى وأقوى هذه المراتب وتتعلق بأمور لا يمكن الاستغناء عنها ولا بد منها لقيام مصالح الدين والدنيا مثل: القصاص لحفظ النفوس وحد شرب الخمر لحفظ العقول.

الثانية: الحاجيات وهي؛ أقل رتبة من الضروريات تتعلق بأمور يمكن الاستغناء عنها في قيام مصالح الدين والدنيا مع حصول الحرج والمشقة مثل: اشتراط الكفاءة في الزواج وإباحة الطلاق.

الثالثة: التحسينات وهي؛ أدنى هذه المراتب يتأتى بها الحسن والزينة رعاية لأحسن المناهج في العادات والعبادات مثل: الحث على مكارم الأخلاق.

ويتضح من هذا التقسيم أن كل من الضرورة والمصلحة يعتبر سببا من أسباب التيسير ورفع المشقة والحرج، ويفترقان في كون الضرورة جزء من المصلحة وقسما من أقسامها، كما يظهر جليا أن المصلحة أعم من الضرورة؛ "فكل ضرورة مصلحة وليس كل مصلحة ضرورة"[1].

---

1 نادية رازي، منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاته في ضوء الواقع المعاصر: أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2013-2014، ص10.

2 أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ط1، ج1، ص416.

3 ينظر نادية رازي، المرجع نفسه، ص10-11.

الفرع الثاني: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات القانونية

أولاً: علاقة الضرورة بالدفاع الشرعي

يعرف الفقه الدفاع الشرعي بأنه: "رخصة يخولها القانون لمن يتعرض لاعتداء تتوافر فيه شروط معينة باستعمال القوة لرد الاعتداء عليه قبل وقوعه أو الحيلولة دون استمراره"[2].

فالدفاع الشرعي بهذا المعنى هو أحد أسباب الإباحة، والذي يقتضي أن كل شخص يتعرض لعدوان على نفسه أو ماله، أو على نفس ومال الغير أن يدفع هذا العدوان ولو عن طريق ارتكاب جريمة إذا كانت هذه الجريمة هي الوسيلة الوحيدة والملائمة لدرء هذا العدوان[3].

أوجه الاتفاق بين الضرورة والدفاع الشرعي: [4]

- أن كل من الضرورة والدفاع الشرعي سبب من الأسباب المبيحة لارتكاب الفعل المحظور شرعا أو قانونا.
- كلاهما يعتبر مانعا من موانع العقاب.

أوجه الاختلاف بين الضرورة والدفاع الشرعي:

يتجلى الفرق بين الضرورة والدفاع الشرعي في كون الضرورة سببا للدفاع الشرعي فكلما وجد الدفاع الشرعي فثمة ضرورة، كما أن الدفاع الشرعي يكون سببه بتدخل الإنسان الذي يهدد بخطر ما أما الضرورة فلها أسباب متعددة طبيعية وبشرية...الخ.

حالة الضرورة أعم من حالة الدفاع الشرعي حتى قال بعض الفقهاء أن الدفاع الشرعي نوع من الضرورة[5].

ثانياً: علاقة الضرورة بالظروف الطارئة

يقصد بالظروف الطارئة: الحوادث غير المنتظرة التي لم تنشأ عن فعل المدين أو خطأه[1]. أو هي: الحالة التي تعالج حادثا لا يد فيه لأي من المتعاقدين كحرب أو كارثة طبيعية[2].

---

1 محمد حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص63.

2 عبد الرحمن خلفي، القانون الجنائي العام- دراسة مقارنة -، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2016، د ط، ص173.

3 عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات –القسم العام- الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، د س، ج1، د ط، ص5.

4 ينظر بن عومر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي: أطروحة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2007-2008، ص31.

5 ينظر إبراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، د ط، ص159.

وجه الاتفاق بين الضرورة والظروف الطارئة:

بالرجوع إلى تعريف كل من الضرورة والظروف الطارئة فإنه يمكن القول: أن كل من الضرورة والظروف الطارئة لا يمكن للإنسان التحكم فيهما أو في مقدار شدتهما، أو وقت حدوثها.

وجه الاختلاف بين الضرورة والظروف الطارئة: [3]

تختلف الضرورة مع الظروف الطارئة من حيث العموم والخصوص في: أن حالة الضرورة تعتبر أعم وأشمل من نظرية الظروف الطارئة.

أما من حيث الأثر؛ فأثر الضرورة يمس كل الأشخاص في حين أن أثر الظروف الطارئة يمس الأشخاص الذين لهم علاقة التزام قانوني فقط.

ثالثًا: علاقة الضرورة بالحادث الفجائي أو القوة القاهرة

ويراد بالقوة القاهرة عند فقهاء القانون أنها أمر غير متوقع الحصول وغير ممكن الدفع أو الرد يجعل تنفيذ الالتزام مستحيلا دون أن يكون هناك خطأ المدين. ويقصد بالحادث الفجائي كل ما يأتي من نشاط المدين: كانفجار آلة أو حريق. ويقصد بالقوة القاهرة كل "حادث فجائي غير متوقع ويتعذر تجنبه، يحول دون تنفيذ المدين لالتزامه"[4] فالحادث الفجائي هو نفسه القوة القاهرة إلا أن هناك من الفقهاء من يفرق بينهما.

وجه الاتفاق بين الضرورة والحادث الفجائي أو القوة القاهرة:

اعتمادا على تعريف كل من الضرورة و الحادث الفجائي يتبين أن: كل من الضرورة والحادث المفاجئ أو القوة القاهرة غير متوقع الحدوث.

أما وجه الاختلاف بينهما: أن الضرورة يمكن للإنسان دفعها في حين أن الحادث الفجائي لا يمكنه دفعه.

---

1 بلعجات قوقو، وبكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص،2014-2015، ص11. نقلا عن: محمصاني صبحي، النظرية العامة للموجبات والعقود، دار العلم للملايين، لبنان، 1972، ج2، ط2، ص492.

2 بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ج1، ط5، ص51-52.

3 ينظر بوخميس فؤاد، تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، أطروحة ماستر في إدارة ومالية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، ص36.

4 عبد الواحد كرم، المرجع السابق، ص340.

رابعاً: علاقة الضرورة بالإكراه

يقصد بالإكراه: "حمل الشخص على ارتكاب جريمة تحت تأثير قوة مادية أو معنوية لا يستطيع دفعها"[1]. أو هو ضغط غير مشروع على إرادة شخص يحمله على الالتزام بشيء دون رضاه.

والإكراه أنواع: إكراه مادي و إكراه معنوي وإكراه ملجئ[2]، وهناك من يضيف نوع آخر وهو الإكراه الأدبي لكنه يندرج تحت الإكراه المعنوي.

وجه الاتفاق بين الضرورة والإكراه:

تتفق الضرورة مع الإكراه في أن الجاني أو الشخص المكره لا يجد سبيلاً للخلاص من الشر المحدق به إلا بالقيام بسلوك الجريمة[3].

وجه الاختلاف بين الضرورة والإكراه:

تختلف الضرورة عن الإكراه في أن الأخير يهدد بالشر لحمل الشخص على سلوك هذا السبيل، بخلاف الضرورة فهو يسلكه بنفسهِ من غير أن يقصد أحد إلجاءهُ إليهِ. والجريمة التي تقع في هذه الظروف تسمى جريمة الضرورة[4].

1 ينظر عبد الواحد كرم، المرجع نفسه، ص62.

2 ينظر المرجع نفسه.

3 ينظر محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص21.

4 ينظر المرجع نفسه.

المبحث الثاني
أساس الضرورة وحكم العمل بها

تستمد الضرورة اعتبارها في كل من الشريعة والقانون من عدة نصوص وقواعد؛ لمعرفتها قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ المطلب الأول منه بعنوان: أساس الضرورة في كل من الشريعة والقانون، أما الثاني منه؛ فكان عنوانه حكم العمل بالضرورة في كل من الشريعة والقانون، وتفصليهما فيما يأتي.

المطلب الأول: أساس الضرورة في الشريعة والقانون

للضرورة في كل من الشريعة والقانون أساس تستمد منه مشروعيتها، ولمعرفة هذا الأساس قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ نبين في الفرع الأول أساس الضرورة في الشريعة الإسلامية، وفي الفرع الثاني أساسها في القانون.

الفرع الأول: أساس الضرورة في الشريعة

يستدل على اعتبار الضرورة في تشريع الأحكام من الكتاب والسنة ومن قواعد الشريعة العامة.

أولا: من الكتاب

قول الله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾﴾ [1]

وقوله تعالى: ﴿حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ ۚ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ۚ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٣﴾﴾ [2]

ووجه الدلالة من الآيتين في اعتبار الضرورة أن الشارع الحكيم جعل الاضطرار إلى الأكل خشية الهلاك سببا يقتضي إباحة المحرمات الواردة في الآيتين مع أن الأصل فيها المنع فخرج عن الأصل اضطرارا حفاظا على الأنفس من الهلاك.

والاضطرار لفظ مشتق في أصله من الضرر، فيعمه كل ضرر بالمكلف يحوله دون إمكانية إيقاع الحكم الأصلي سواء تعلق الأمر بحفظ نفسه الذي خصته الآية، أو ماله، أو عرضه[3].

---

1 البقرة، الآية 173.

2 المائدة، الآية 3.

3 نادية رازي، المرجع السابق، ص17.

وبهذا المعنى دلت الآيتان على اعتبار الضرورة في التشريع، وبنفس المعنى جاءت الآيات الآتية:

قال تعالى: ﴿قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ 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 ﴿١٤٥﴾﴾ [1] وقوله أيضا: ﴿وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا۟ مِمَّا ذُكِرَ ٱسْمُ ٱللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا ٱضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَآئِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِٱلْمُعْتَدِينَ ﴿١١٩﴾﴾ [2].

ثانيا: من السنة النبوية

1- قوله صلى الله عليه وسلم: "**لا ضرر ولا ضرار**"[3].

2- قصة عمار بن ياسر رضي الله عنه حينما أخذه المشركون، وأكرهوه على سب النبي صلى الله عليه وسلم فطاوعهم فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم: "**كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان. فقال: إن عادوا فعد**"[4]، فأنزل الله تعالى قوله: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعْدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾﴾ [5].

3- ما رواه أبو واقد الليثي رضي الله عنه قال: قلت: يا رسول الله: "**إنا بأرض تصيبنا بها مخمصة فما يحل لنا من الميتة؟ قال: إذا لم تصطبحوا ولم تغتبقوا ولم تحتفئوا بقلا فشأنكم بها**"[1]، قال

---

1 الأنعام، الآية 145.

2 الأنعام، الآية 119.

3 رواه ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: بشار عواد معروف، كتاب: الصلح، باب: لا ضرر ولا ضرار، دار الجيل، بيروت، 1998، ج2، ط1، رقم 2341، ص784. والحديث صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج1، رقم 250، ص443.

4 رواه الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، كتاب: الإكراه، باب: وقول الله تعالى " إلا من أكره وقلبه مطمئن بالإيمان"، دار الكتب العلمية، 2002، ط2، ج2، رقم 3290، ص357.

5 النحل، الآية 106.

ابن الأثير في بيان هذا الحديث: والاصطباح هاهنا هو أكل الصبوح، وهو الغذاء، والغبوق: العشاء، وأصلهما في الشرب ثم استعمالا في الأكل، أي: ليس لكم أن تجمعوهما من الميتة[2].

وقوله: ولم تحتفئوا بها بقلا أي: ما لم تقتلعوا هذا بعينه فتأكلوه.

ثالثا: قواعد الشريعة العامة

تندرج مسألة الضرورة تحت القواعد الشرعية الآتية:

القاعدة الأولى: إن هذه الشريعة مبنية على جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم

وقد تواترت الأدلة على ذلك؛ فمنها قوله تعالى:﴿وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ١٠٧﴾ [3] وقوله أيضا﴿إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ وَإِيتَآيِٕ ذِي ٱلۡقُرۡبَىٰ وَيَنۡهَىٰ عَنِ ٱلۡفَحۡشَآءِ وَٱلۡمُنكَرِ وَٱلۡبَغۡيِۚ يَعِظُكُمۡ لَعَلَّكُمۡ تَذَكَّرُونَ ٩٠﴾ [4]

ومن السنة قول الرسول صلى الله عليه وسلم: **"لا ضرر ولا ضرار"**[5]

القاعدة الثانية: أن هذه الشريعة مبنية على المحافظة على الضروريات الخمس: الدين والنفس والعقل والنسل والمال[6].

وقد علم ذلك بالاستقراء التام الحاصل بتتبع نصوص الكتاب والسنة وقرائن الأحوال ومراعاة الشارع لهذه الضروريات الخمسة والتفاته إليها في جميع أحكامه، ويستحيل أن يفوتها في شيء من أحكامه بل جميع التكاليف الشرعية تدور حولها بالحفظ والصيانة.

---

1 رواه احمد، المسند، ت: أحمد محمد شاكر، كتاب: الأطعمة، باب: متى يكون المرء مضطرا لتحل له الميتة، مؤسسة الرسالة، 1969، د ط، رقم 22243، ص1600، والحديث صححه الحاكم، ج4، ص125.

2 مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ت: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، د س ن، د ط، ص506.

3 الأنبياء، الآية 108.

4 النحل، الآية 90.

5 سبق تخريجه، ص31.

6 أبو إسحاق الشاطبي، المرجع السابق، ج 2، ص10.

القاعدة الثالثة: أن هذه الشريعة مبنية على التيسير والتخفيف ورفع الحرج والمشاق عن المكلفين[1].

وقد تواترت الأدلة على ذلك؛ فمنها: قوله تعالى:﴿وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ ﴿٧٨﴾﴾[2]

وقوله أيضا:﴿يُرِيدُ اللَّهُ أَنْ يُخَفِّفَ عَنْكُمْ وَخُلِقَ الْإِنْسَانُ ضَعِيفًا ﴿٢٨﴾﴾[3]

وقوله أيضا: ﴿يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ ﴿١٨٥﴾﴾[4]

ومن السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: **"بعثت بالحنفية السمحاء"**[5] وكذلك قوله صلى الله عليه وسلم: **"يسروا ولا تعسروا"** [6]

القاعدة الرابعة: إن الأحكام الشرعية مشروطة بالقدرة والاستطاعة

وقد دل على ذلك قوله تعالى:﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا ﴿٢٨٦﴾﴾[7]

ا وقوله أيضا:﴿لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا مَا آتَاهَا سَيَجْعَلُ اللَّهُ بَعْدَ عُسْرٍ يُسْرًا ﴿٧﴾﴾[8]

ومن السنة النبوية: قوله صلى الله عليه وسلم: **"إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"** [9]

---

1 جلال الدين السيوطي، المرجع السابق، ج3، ص76.

2 الحج، الآية 78.

3 النساء، الآية 28.

4 البقرة، الآية 185.

5 أحمد، المسند، ت: عادل مرشد، كتاب: الإيمان، باب: الدين يسر، مؤسسة الرسالة، 2001، ط1، رقم 22647، ص 1632.

6 رواه مسلم، صحيح مسلم، ت: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، كتاب الجهاد واليسر، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير، دار طيبة، 2006، مج2، ط1، رقم 1733، ص829.

7 البقرة، الآية 286.

8 الطلاق، الآية 8.

9 رواه ابن ماجه، كتاب: الطلاق، باب: طلاق المكره والناسي، المرجع السابق، ص 2045. وصححه الألباني.

الفرع الثاني: أساس الضرورة في القانون

يعتبر القانون هو أساس الضرورة فكل ما يأمر به القانون، وكل ما يأذن به في حالات معينة يدخل ضمن نطاق الضرورة؛ فإعفاء الجاني من العقاب في حالة الضرورة أمر مسلم به في التشريعات الجنائية الحديثة بصفة عامة، بل في الشرائع السابقة منذ عهد الرمان، وإن اختلفت المذاهب في تكييف هذا الإعفاء وأساسه الفقهي، وفي مدى ما يشمله من صور الضرورة فمن الفقهاء من يرجع الإعفاء في حالة الضرورة إلى قاعدة حاصلها "أن المشقة تجلب التيسير" ومن الأقوال المأثورة بهذا الشأن "أن الأمر إذا ضاق اتسع" والمعنى أنه إذا ضاقت ظروف الواقع بالناس وجب على المشرع أن يوسع عليهم في الأحكام دفعا للمشقة ورفعا للحرج، والضرورة في مفهومها العام تتحقق بمجرد حلول خطر لا يندفع إلا بمحظور؛ وهي بهذا المفهوم لا تتقيد بمدى الخطر ولا بمصدره ولا بالحق الذي يتهدده، كما أنها لا تتقيد بتعيين الفعل الذي يدرأ الخطر أو عدم تعيينه، كذلك فإنه لا عبرة فيها بشخص من يتوجه إليه المضطر بفعله [1].

وهناك آراء كثيرة راجت في الفقه الجنائي زمنا طويلا تعلل أساس الضرورة بالعودة إلى القانون الطبيعي؛ والأصل في هذا القانون أن يتولى كل شخص بنفسه حماية حقه بكل وسيلة تسعه ولو كان من شأنها المساس بحق غيره[2].

ويرى أصحاب هذه العلة أنه إذا كان القانون الوضعي قد حل محل القانون الطبيعي وتكفل هو بحماية الحقوق من دونه فإنه مع ذلك لم يقضي عليه نهائيا، ذلك أن القانون الوضعي يعجز في الأحوال الشاذة – ومنها حالة الضرورة – عن توفير تلك الحماية ، وعندئذ تعود للقانون الطبيعي قوته فيصبح من حق كل شخص حماية حقه بنفسه ، ولو أصاب في سبيل ذلك حقا لغيره. ولكن انتقد هذا الرأي على أساس أنه يقصر مجال القانون الوضعي على أحوال دون أحوال، وهذا غير صحيح فالقانون الوضعي في المجتمع المنظم يحكم كل أحواله، سواء كانت عادية أو شاذة، ولا يصح تفسير حكم الضرورة بأنه تخل من جانب القانون الوضعي عن أداء وظيفته وعودة إلى القانون الطبيعي، ويذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تعليل حكم الضرورة بما يعتري المضطر من إكراه معنوي؛ فالقانون لا يسعه تجاهل الطبيعة البشرية ولا تكليف الناس بما لا يطيقون[3].

---

1 محمود محمد عبد العزيز الزيني، المرجع السابق، ص59.

2 المرجع نفسه، ص60.

3 ينظر محمد عوض محمد، قانون العقوبات القسم العام، مؤسسة الثقافة، الإسكندرية، 1984، د ط، ص500.

ويُعاب على هذا الرأي أنه يقصر عن تعليل حكم الضرورة في بعض صورها فقط، فهو إن صح في الأحوال التي يهدد الخطر فيها شخص المضطر نفسه، فانه لا يصح في الأحوال التي ينصب فيها الخطر على غيره.

المطلب الثاني: حكم العمل بالضرورة في الشريعة والقانون

تعتري الضرورة في كل من الشريعة والقانون أحكاما مختلفة للعمل بها ولبيان هذه الأحكام قسم هذا المطلب إلى فرعين؛ الفرع الأول يبن حكم العمل بالضرورة في الشريعة الإسلامية، أما الفرع الثاني فيبين حكم العمل بها في القانون.

الفرع الأول: حكم العمل بالضرورة في الشريعة

حكم العمل بالضرورة بصفة عامة من حيث هي ضرورة الإباحة [1] والمراد بالإباحة هنا رفع الحرج والإثم.

ودليل ذلك قوله تعالى: ﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ١٧٣﴾ [2] فلا إثم على المضطر إذا اتقى الله تعالى في تقديره هذه الضرورة، والمضطر داخل تحت عموم قوله تعالى: ﴿فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ ١٦﴾ [3]

أما حكم الضرورة على التفصيل فقسمناها إلى قسمين:

القسم الأول: ضرورة يجب فعلها؛ كأكل الميتة بالنسبة للمضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه، فالمضطر قد رخص له في ارتكاب المحظور بأكل الميتة قصدا لرفع الحرج عنه درءا لنفسه من ألم الجوع، فإن خاف الهلاك كان مأمورا بإحياء نفسه، وكان ذلك عزيمة من هذه الجهة، وإنما يسمى رخصة من جهة رفع الحرج عن نفسه [4]، وعلى هذا يفهم معنى الإباحة الواردة في قاعدة: "**الضرورات تبيح المحظورات**" أي أن الضرورات تغير حكم المحظور وتنقله من المنع والحظر إلى الإذن والإطلاق. فالمقصود من هذه القاعدة بيان أثر الضرورة في تغيير أحكام المحظورات، أما حكم العمل بالضرورة

1 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص106.

2 البقرة، الآية 173.

3 التغابن، الآية 16.

4 الشاطبي، المرجع السابق، ص312.

فإنه يختلف بحسب الإضافات والأحوال، ولا يأخذ حكم الإباحة باطراد، وقد ثبت أن العمل بالضرورة في هذا القسم واجب بحيث لو امتنع عن الأخذ بالرخصة كان آثما[1].

والحكم بالوجوب تدل عليه قاعدة: "**الواجب لا يترك إلا لواجب**"[2]؛ وقد عبر عن هذه القاعدة ب: "**ما كان ممنوعا إذا جاز وجب**" ومن الأمثلة على ذلك: قطع اليد في السرقة؛ لو لم يجب لكان حراما، والختان؛ لو لم يجب لكان حراما، ووجوب أكل الميتة للمضطر، ويدل على الوجوب أيضا: قاعدة: "**ما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب**" حيث تعين كون أكل الميتة وسيلة لأمر واجب وهو حفظ النفس.

القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها؛ كإجراء كلمة 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 جائزا؛ لأن حرمته مؤبدة. والمرفوع إنما هو الإثم والمؤاخذة الأخروية، بل إن هذا المكره لو صبر حتى قتل لصار شهيدا[3]. ومن أمثلة ذلك: أن أخذ مال الغير أو إتلافه يباح للضرورة، لكن هذه الضرورة لا تبطل حق الغير، بل يجب على المضطر ضمان ما اتلف؛ إذ القاعدة تقول: "**الاضطرار لا يبطل حق الغير**" حيث أن الاضطرار يفيد حل الإقدام على مال الغير ولا يفيد رفع الضمان وإبطال حق الغير[4].

قال محمد بن الحسن: "من أكره على أكل ميتة فصبر حتى قتل أثم. ولو كان مكرها على أكل طعام الغير فصبر حتى قتل لم يأثم ... ". لأن رخصة الميتة عند الضرورة رخصة سقوط التحريم؛ لأن الله استثناها من التحريم، ورخصة أكل مال الغير عند الضرورة رخصة ترفيه مع قيام الحظر لحق المالك فيصير بالصبر مقيما حكم الله فلا يأثم [5].

وبهذا يعلم أن المحظورات التي تبيحها الضرورة نوعان:[6]

1 – **محظور تسقط حرمته؛** نحو الأكل من الميتة.

---

1 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص108.

2 السيوطي، المرجع السابق، ص 148 .

3 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص 110.

4 الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، مرجع سابق، ص213.

5 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص 110 .

6 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع نفسه، ص 110 .

2 – **محظور باق على حرمته**، وإنما ترفع الضرورة المؤاخذة الأخروية عنه؛ نحو التلفظ بكلمة الكفر وإتلاف مال الغير.

الفرع الثاني: حكم العمل بالضرورة في القانون

اختلف فقهاء القانون الوضعي في حكم العمل بالضرورة وبالخصوص فقهاء التشريعات الجنائية فبعضهم يرى أنها سبب من أسباب الإباحة والبعض الآخر يرى أنها مانع من موانع العقاب أو المسؤولية الجنائية، في حين أن هناك رأي يجمع بينهما؛ فيعتبر الضرورة سبب من أسباب الإباحة في أحوال، ومانع من موانع العقاب في أحوال أخرى وبيان ذلك في ما يأتي:

أولاً: الضرورة سبب من أسباب الإباحة[1]

يبرر بعض الفقهاء حكم الضرورة في كونها تبيح الفعل المحظور وذلك لأن السلوك الذي يأتيه المضطر هو عين السلوك الذي يأتيه الرجل العادي لو وضع في موضعه، هذا ويرى البعض الآخر نظرة أخرى لهذه الفكرة وهي أن السلوك الذي يسلكه الشخص في حالة الضرورة هو كل ما يسعه فعله، فلا يمكن أن يطلب منه في هذه الحالة سلوك سواه، ومن ثم فان الركن المعنوي يكون متخلفا في جانبه وهذا الرأي في جملته ترديد لنظرية حاصلها أن الركن المعنوي – عمد أو خطأ – ينتفي إذا احتفت بالشخص ظروف لا يسعه معها إنسانيا أن يفعل غير ما فعل؛ أي لا يتوقع منه فيها أن يسلك على نحو مطابق لما أوجبه القانون.

ولقد انتقد هذا التكييف على أساس أن الضرورة ليست من أسباب الإباحة بالنسبة للجريمة، ذلك أن السبب المبيح هو الذي يرفع عن السلوك صفة الجريمة، ويثبت له المشروعية في نظر كافة فروع القانون.

ثانياً: الضرورة مانع من موانع العقاب[2]

يرى بعض الفقهاء أن حكم العمل بالضرورة يمنع من العقاب أو المسؤولية الجنائية ؛ أي أنه يرجع لانتفاء الخطورة الاجتماعية ففعل المضطر لا يتم عن خطورة إجرامية كامنة في نفسه وإنما هو أمر عارض تمليه ظروف شاذة يعذر الشخص لوجوده فيها، ولما كان الجزاء الجنائي يستهدف الردع

1 ينظر مأمون محمد سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979، د ط، ص311.

2 محمود نجيب حسني، المرجع السابق، ص585.

والزجر، فقد رأى واضع القانون أن يقيل المضطر من عثرته، وأن يتغاضى عن جرمه تقديرا لعذره ولعدم الجدوى من عقابه.

وهناك من يعلل امتناع المسؤولية في حالة الضرورة بتجرد الإرادة من الحرية؛ فإذا هدد الخطر المتهم أو شخصا مقربا إليه فإن غرائزه تسيطر عليه وتدفعه إلى الخلاص من هذا الخطر، وتوصد أمامه كل طريق آخر لا يكون من شأنه هذا الخلاص، ومن ثم لا يكون أمامه غير طريق واحد أو طرق محددة لا يملك اختيار سواها. أما إذا هدد الخطر شخصا لا تربطه به صلة: كمن يرى شخصا تحاصره النيران فيستولي على الماء المملوك للغير ليطفئها به، فإن حرية الاختيار يضيق من الوجهة الاجتماعية نطاقها إذ أن إرادة الشخص قد لا تتمتع بالحرية في الاختيار على النحو الذي يصلح لتقوم به المسؤولية.[1]

كما ذهب فريق من الفقهاء إلى تبرير حكم الضرورة بانتفاء الضرر الاجتماعي، ففي حالة الضرورة تتم التضحية بحق من أجل صيانة حق آخر يفوقه في القيمة الاجتماعية أو يساويه. وإذا كان الحق المصان أكبر قيمة فإن فعل الضرورة يكون قد حقق للمجتمع كسبا، وإذا تساوى الحقان فإن الفعل لم يلحق بالمجتمع خسارة مادام الضرر واقعا لا محالة، ويقتصر دور الفعل في هذه الحالة على مجرد نقل الضرر من حق إلى حق يساويه، وهذا الأمر لا يعني المجتمع كثيرا، وعلى هذا النحو فإن فعل الضرورة يعتبر من وجهة النظر الاجتماعية نافعا في الحالة الأولى وغير ضار في الحالة الثانية، وهو في كلتا الحالتين لا يستوجب العقاب [2].

1 محمود نجيب حسني، المرجع نفسه، ص585.

2 محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، د س ن، ط1، ص509.

المبحث الثالث

أقسام الضرورة وضوابطها

تنقسم الضرورة إلى عدة أقسام في كل من الشريعة والقانون؛ سنتعرف عليها من خلال المطلب الأول من هذا المبحث، أما المطلب الثاني منه؛ فسنتعرف فيه على ضوابط الضرورة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي؛ وتفصيل المبحث في ما يأتي.

المطلب الأول: أقسام الضرورة في الشريعة والقانون

وفيه فرعان:

الأول: أقسام الضرورة في الشريعة

الثاني: أقسام الضرورة في القانون

الفرع الأول: أقسام الضرورة في الشريعة الإسلامية

تنقسم الضرورة الشرعية باعتبارات متعددة إلى عدة أقسام هي:

أولا: بالنظر إلى أسباب وقوعها؛ تنقسم إلى قسمين: [1]

1- ضرورة سببها سماوي؛ كالمجاعة والحيوان الصائل.

2- ضرورة سببها غير سماوي؛ كالإكراه.

وقد حصر بعض أهل العلم أسباب الضرورة في أمرين: "إما بإكراه من ظالم، أو بجوع من مخمصة"[2]. ، والمراد بذلك الحصر النظر إلى حالات الاضطرار التي وردت في النص القرآني، حيث جاء في ذلك قوله تعالى: ﴿مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ وَقَلۡبُهُۥ مُطۡمَئِنُّۢ بِٱلۡإِيمَٰنِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِٱلۡكُفۡرِ صَدۡرٗا فَعَلَيۡهِمۡ غَضَبٞ مِّنَ ٱللَّهِ وَلَهُمۡ عَذَابٌ عَظِيمٞ ١٠٦﴾ [3] وقوله تعالى: ﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةَ وَٱلدَّمَ وَلَحۡمَ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ بِهِۦ لِغَيۡرِ ٱللَّهِۖ فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٌ ١٧٣﴾ [4] وكل الآيات التي في معناها.

أما أسباب الوقوع في الضرورة فهي كثيرة منها [5]: التداوي، ودفع الصائل، ومقاتلة العدو، والحريق، والغريق .....الخ. ، ومن الأسباب المعاصرة: حوادث السيارات والقطارات والطائرات.

---

1 الزرقاء، شرح القواعد الفقهية، المرجع السابق، ص15.

2 أبي عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 2006، ج3، ط1، ص35.

3 النحل، الآية 106.

4 البقرة، الآية 173.

5 عبد الكريم زيدان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن، ط2، ص14.

ثانيا: بالنظر إلى محافظتها على الضروريات الخمسة؛ تنقسم إلى خمسة أقسام وهي:

1- ضرورة سببها حفظ الدين مثل: قتل الشيوخ والنساء والأطفال في الجهاد إذا تحصن بهم العدو حفظا للدين.

2- 3- ضرورة سببها حفظ النفس والعقل، ومثال ذلك: تناول المحرم في المخمصة أو المرض.

4- ضرورة سببها حفظ النسل مثل: دفع المال للمعتدي حفظا لعرض امرأة مسلمة.

5- ضرورة سببها حفظ المال مثل: إفساد قليل المال حفظا لأكثره[1].

ثالثا: بالنظر إلى مستند ثبوتها؛ تنقسم إلى قسمين هما:

1- ضرورة ثابتة بالنص؛ حيث جاءت بلفظ الاضطرار في القرآن الكريم ومن ذلك قوله تعالى:﴿إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿١٧٣﴾﴾[2]

وجاء لفظ الضرورة في القرآن الكريم بلفظ الإكراه أيضا وذلك في قوله تعالى:﴿مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ ﴿١٠٦﴾﴾[3]

أما في السنة النبوية فقد ورد ذكر الضرورة تارة بلفظها، وتارة بمعناها؛ وذلك في مواضع كثيرة سبقت الإشارة إليها في ذكر الأدلة على اعتبار الضرورة في الشريعة الإسلامية.

3- ضرورة ثابتة بالاجتهاد؛ فقد ذهب العلماء إلى أن الآيات الواردة في إباحة الميتة ونحوها لأجل الضرورة دالة بالنص على إباحة المطعومات المحرمة عند الاضطرار، وعلى إباحة سائر المحرمات بطريق القياس ومن ذلك قول الغزالي:"إباحة الميتة عند الضرورة معقول المعنى، وهو جار على قضية العقل"[4].

---

1 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص36.

2 البقرة، الآية 173.

3 النحل، الآية 106.

4 أبو حامد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ت: حمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، د ط، ص655.

وقال ابن قدامة: "أجمع العلماء على تحريم الميتة حال الاختيار، وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار، وكذلك سائر المحرمات"[1].

ومن الأمثلة على ذلك:

- تناول الدواء المحرم قياسا على تناول الطعام المحرم حفظا للنفس.
- قياس الإكراه على قول الباطل على الإكراه على النطق بكلمة الكفر المنصوص عليه في قوله تعالى: ﴿إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُۥ مُطْمَئِنٌّۢ بِٱلْإِيمَٰنِ ﴿١٠٦﴾﴾ [2]
- قياس دفع المفسدة وتحصيل المصلحة على الإكراه؛ كشهادة الزور حفظا للنفس.

رابعا: بالنظر إلى شمولها؛ تنقسم إلى قسمين هما:

1- ضرورة عامة، وهي ما عم المسلمين أو جمعا منهم؛ كالوقوع تحت ويلات الحروب أو آفات الزلازل والأعاصير.

2- ضرورة خاصة، وهي تلك الحالة التي تختص بواحد أو جماعة معينة؛ كالوقوع في المخمصة، أو تحت الإكراه[3].

خامسا: بالنظر إلى بقائها؛ تنقسم إلى قسمين: [4]

1- ضرورة مستمرة باقية؛ كمن يضطر لتناول شيء من الأدوية المحرمة لمرض لا يرجى برؤه منه.

2- ضرورة مرجوة الزوال؛ كمن وقع في مخمصة.

سادسا: بالنظر إلى متعلقها؛ تنقسم إلى قسمين هما:

1- ضرورة تتعلق بحق الله؛ كالاضطرار إلى تناول المحرمات من الميتة ونحوها، أو الإكراه على النطق بكلمة الكفر.

2- ضرورة تتعلق بحق العباد؛ كالاضطرار إلى تناول طعام الغير، أو الإكراه على إتلاف مال الغير.

---

1 أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، عالم الكتاب، الرياض، 1997، ج13، ط3، ص330.

2 النحل، الآية 106.

3 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص39.

4 ابن قدامة، المرجع نفسه، ص331.

سابعا: بالنظر إلى حكم العمل بها؛ تنقسم إلى قسمين هما:

1- ضرورة يجب العمل بها؛ كتناول الميتة.

2- ضرورة يباح العمل بها؛ كالنطق بكلمة الكفر

ثامنا: بالنظر إلى تأثيرها في المحظور الشرعي وتغييرها لحكمه؛ تنقسم إلى قسمين:

1- ضرورة تسقط حرمة المحظور الشرعي؛ إذ يصير هذا المحظور مباحا؛ بل واجبا لأجل الضرورة، وذلك نحو الأكل من الميتة.

2- ضرورة لا تسقط حرمة المحظور الشرعي، بل هو باق على حكمه، وإنما ترفع المؤاخذة الأخروية عنه، ومثال ذلك التلفظ بكلمة الكفر، وإتلاف مال الغير[1].

الفرع الثاني: أقسام الضرورة في القانون [2]

لم يضع فقهاء القانون تقسيمات للضرورة وفقا لحيثيات معينة ومنضبطة، بل تحدثوا عنها في شكل حالات، لكن يمكن تقسيمها اعتمادا على تقسيم فقهاء الشريعة الإسلامية وذلك باعتبارات وحيثيات متنوعة فهي تختلف من حيث سبب وقوعها وكذا من حيث عمومها أو شمولها وبيان ذلك في ما يأتي:

أولا: من حيث أسباب وقوعها

تنقسم الضرورة من حيث أسباب وقوعها إلى قسمين:

1- ضرورة سببها طبيعي: كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

2- ضرورة سببها إنساني: كالدفاع الشرعي والإكراه، والحادث الفجائي.

ثانيا: من حيث العموم أو الشمول

تنقسم الضرورة من حيث عمومها وشمولها إلى قسمين كذلك:

1- ضرورة عامة: كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

2- ضرورة خاصة: كالدفاع الشرعي والحادث المفاجئ والإكراه الملجئ.

---

1 محمد بن حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص41.

2 ينظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص73-192.

وهذا التقسيم نسبي لأننا اعتمدنا فيه معيار الغالب فهناك ضرورة خاصة ولا أعم منها كالدفاع الشرعي وضرورة عامة ولا أخص منها مثل القوة القاهرة.

المطلب الثاني: ضوابط الضرورة في الشريعة والقانون

للحكم على اعتبار الضرورة وضعت لها مجموعة من الضوابط أو الشروط لابد من توفرها في كل من الشريعة والقانون؛ وهذا ما سنتعرض إليه في هذا المطلب، وذلك بتقسيمه إلى فرعين، الفرع الأول منه تناول ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية، أما الفرع الثاني فيتناول ضوابطها في القانون.

الفرع الأول: ضوابط الضرورة في الشريعة

تتضح حقيقة الضرورة الشرعية بأن توجد مفسدتان متعارضتان؛ إحداهما أعظم من الأخرى؛ بحيث المفسدة الصغرى هي: فعل أمر محظور شرعا، والمفسدة الأخرى وهي: المفسدة الكبرى؛ حصول ضرر محقق؛ يعلق بإحدى الكليات الخمس: الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

ولا مفر من ارتكاب أدنى هاتين المفسدتين، ألا وهي: مفسدة ارتكاب المحظور الشرعي درء للمفسدة الأكبر، وهي الضرر المتعلق بإحدى الكليات الخمس ولابد أن يقتصر عند ارتكاب المحظور الشرعي على أقل قدر من هذا المحظور، وهو القدر الكافي لرفع الضرر، كما لابد أيضا من السعي الجاد لإزالة هذه الضرورة وبذل الجهد في سبيل رفعها، ذلك أن العمل بالضرورة حالة استثنائية مؤقتة، لابد لها من ضوابط وهي:[1]

1- أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وبعبارة أخرى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال وذلك بغلبة الظن حسب التجارب، أو بتحقق المرء من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس التي ذكرناها فيجوز حينئذ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر، فإذا لم يخف الإنسان على إحدى هذه الضروريات فإنه لا يجوز له مخالفة الحكم الأصلي العام من تحريم أو إيجاب.

2- أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية أو ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة بأن يوجد في مكان لا يجد فيه إلا ما يحرم تناوله، ولم يكن هناك

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص70.

شيء من المباحات يدفع به الضرر عن نفسه، حتى ولو كان الشيء مملوكا للغير، فلو وجد مثلا طعاما لدى الآخر فله أن يأخذه بقيمته، ومن استطاع في الأحوال العادية أن يقترض من غيره بدون فائدة، فلا يجوز له إطلاقا الاقتراض بفائدة أو البيع بالربا؛ وعند مخالفة الأوامر ينبغي أن يؤذن شرعا للمضطر التحلل من الواجب[1].

3- أن يكون في حالة وجود المحظور مع غيره من المباحات؛ أي في الحالات المعتادة عذر يبيح الإقدام على الفعل الحرام، كما لو أكره إنسان على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه، مع وجود الطيبات المباحة أمامه، وقد صرح الشافعية والحنابلة أن كل ما يبيح التيمم يبيح تناول الحرام، فيعتبر خوف حصول الشيء الفاحش في عضو ظاهر كخوف طول المرض، مما يبيح التناول من الحرام[2].

4- ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية من حفظ حقوق الآخرين، وتحقيق العدل وأداء الأمانات ودفع الضرر، وأصول العقيدة الإسلامية، ومن الأمثلة في ذلك ما قاله الشافعية في بيع المعاطاة: أنه قد غلب في هذا الزمان، ولو رفع إلى حاكم لم يجز له تصحيحه؛ لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة. إذ أنهم لا يجيزون بيع التعاطي[3] لمصادمته لأصل شرعي في رأيهم وهو قول النبي صلى الله عليه وسلم: **"إنما البيع عن تراض"**[4] أي لابد فيه من إيجاب وقبول يدلان على الرضا، لكن تنبغي الإشارة هنا إلى أن كل ما يدل على الرضا في عرف الناس صراحة أو ضمنا ينعقد به العقد، ومن ذلك حالة التعاطي، بل قد يكون الفعل أحيانا أدل على الرضا في العادة من القول.

---

1 وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص70

2 المرجع نفسه.

3 بيع المعاطاة أو بيع المراوضة: هو أن يتفق المتعاقدان على ثمن ومثمن، ويعطيان من غير إيجاب ولا قبول؛ وقد يوجد لفظ من أحدهما، وقد اقتصر الشافعية على جواز المعاطاة في المحقرات كحزمة بقل ورغيف.

4 ابن ماجه، المرجع السابق، ص2185، والحديث رواه ابن حبان في صحيحه، ج1، ص135.

ومن مخالفة مبادئ الشريعة: الصلح الدائم مع اليهود، إذ لا يجوز الصلح مع الأعداء إلا على أساس قواعد عهد الذمة والتزام الأحكام الإسلامية، وكل ما يجوز هو الهدنة المؤقتة التي يجوز تمديد مدتها بحسب الضرورة أو الحاجة.

5- أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة في رأي جمهور الفقهاء على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر، لأن إباحة الحرام ضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

6- أن يصف المحرم في - حالة الدواء – طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه، وألا يوجد من غير المحرم علاج أو تدبير آخر يقوم مقامه حتى يتوفر الشرط السابق: وهو أن يكون ارتكاب الحرام متعينا[1].

الفرع الثاني: ضوابط الضرورة في القانون

للضرورة في القانون ضوابط أو كما يطلق عليها فقهاء القانون شروط متعددة وخاصة بكل نوع أو حالة منها ، وبالتالي سنبين ضوابط كل نوع منها على حدا ثم نحاول أن نجملها إن أمكن في الأخير كضوابط أو شروط عامة للضرورة في القانون.

أولا: شروط الدفاع الشرعي[2]

للدفاع الشرعي شروط متطلبة في فعل العدوان وشروط متطلبة في فعل الدفاع

1/ الشروط المتطلبة في فعل العدوان:

أ/ أن يكون الفعل موجود حقيقة ولا يزال مستمراً.

ب/ أن يهدد الفعل بخطر غير مشروع بأن يكون الاعتداء في حد ذاته يهدد حقا يحميه القانون.

ج/ أن يكون الخطر حالاً.

د/ أن يهدد الخطر النفس أو المال.

2/ الشروط المتطلبة في فعل الدفاع

أ/ شرط اللزوم: بمعنى "أن يكون فعل الدفاع ضرورياً لرد الاعتداء أو هو الوسيلة الوحيدة لتفادي الخطر"[1].

1 ينظر وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص71.

2 ينظر، عبد الرحمن خلفي، القانون الجنائي العام، مرجع سابق، ص176-177.

ب/ شرط التناسب: أي بمعنى أن تكون الوسيلة مناسبة وكافية لرد الاعتداء.

ثانياً: شروط القوة القاهرة [2]

1/ أن تكون غير متوقعة الحدوث: أي غير منتظرة ولا يمكن تخيلها.

2/ أن تكون عامة وشاملة: أي أنها تمس كل الأفراد.

3/ أن تكون مستحيلة الدفع أو الرد: لا يمكن مقاومتها وتفوق طاقة الإنسان.

ثالثا: شروط الظروف الطارئة[3]

1/ أن يكون الظرف استثنائي: يقصد بالاستثنائية لدى جمهور الفقهاء الأمر الذي يندر حدوثه، فهو أمر غير متوقع الحدوث بحسب المألوف في الحياة، فالظرف الاستثنائي لا يقع إلا نادرا وعن طريق الصدفة، ولا يتدخل أي من المتعاقدين في حدوثه، كالكوارث الطبيعية والحروب والأزمات الاقتصادية

2/ أن يكون الظرف عاماً: أي أنه يمس عامة الناس أي جل الناس كالزلزال والفيضان والحرب

3/ أن يكون الظرف الطارئ فجائي (غير متوقع): وذلك بأن لا يكون في وسع الشخص المتعاقد توقعه.

غير أن توقع الظرف أو عدم توقعه من الأمور النسبية التي تختلف باختلاف الأشخاص والمهنة والمناطق.

رابعا: شروط الإكراه[4]

للإكراه شروط لا بد من توفرها وهي:

1- عدم استطاعت توقع القوة المكرهة

2- أن تكون القوة المكرهة لا تقاوم ولا تندفع

3- أن يهدد النفس خطر جسيم

---

1 عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم العام-النظرية العامة للجريمة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ج1، ط4، ص7.

2 ينظر عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ج1، د ط، ص971.

3 ينظر بلعجات قوقو، وبكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، مرجع سابق، ص27-30.

4 ينظر لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، أطروحة ماجستير في الحقوق- علوم جنائية-، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012-2013، ص122-134.

بعد سرد الشروط أو الضوابط الخاصة بكل نوع أو حالة من حالات الضرورة يمكننا أن نجمع بينها لنخلص إلى شروط أو ضوابط عامة لحالة الضرورة في القانون الوضعي وهي كالآتي:[1]

1/ وجود خطر يهدد النفس أو الجسم أو المال

2/ أن يكون هذا الخطر جسيماً

3/ حلول الخطر أو قيامه في الحال

4/ أن لا يكون دخل للشخص المهدد بالخطر في حلوله

5/ أن يكون الخطر غير مقدور الدفع

1 ينظر سعيد سيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية –دراسة مقارنة–، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007، د ط، ص102. ولبنى بوجلال، المرجع نفسه، ص149.

الفصل الثاني

تطبيقات الضرورة في بعض قضايا الأسرة

توطئة

بعد أن تعرفنا على حقيقة الضرورة وحيثياتها الشرعية والقانونية في الفصل الأول من هذا البحث، يمكننا تنزيلها، وتطبيقها على بعض قضايا الأسرة؛ وهذا ما سنبينه من خلال هذا الفصل التطبيقي، والذي يضم ثلاثة مباحث وهي كالآتي:

المبحث الأول: الضرورة في مسائل الزواج وانحلاله

المبحث الثاني: الضرورة في مسائل النسل وإثبات النسب

المبحث الثالث: الضرورة في مسائل النفقة والرعايا الأسرية

المبحث الأول

الضرورة في مسائل الزواج وانحلاله

يعتبر كل من الزواج، وانحلاله من أهم المسائل في قضايا الأسرة؛ بحيث أعطتهم كل من الشريعة والقانون أهمية بالغة، وللتعرف على تطبيقات الضرورة في مسائل الزواج وانحلاله قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ سنتعرف في المطلب الأول منه على تطبيقات الضرورة في قضايا الزواج، أما المطلب الثاني منه فسنتعرف فيه على تطبيقات الضرورة في قضايا انحلال الزواج.

المطلب الأول: الضرورة في قضايا الزواج

للضرورة تطبيقات شرعية وقانونية عديدة في قضايا الزواج وخصوصا ما تعلق منها بمقدمات الزواج؛ كمسألة الولاية في النكاح، وزواج المسيار وهذا ما سيتم بيانه من خلال الفرعين الآتيين:

الفرع الأول: الولاية في النكاح بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

كثر تعرض المرأة المسلمة للتعسف من وليها المؤهل شرعا في مباشرة عقد نكاحها بمنعها من التزويج ممن تراه كفأ لها، أو بالإجبار على التزويج ممن لا تراه كفأ لها، مما ينجم عنه عدم الاستقرار بين الزوجين، وفي هذا النطاق أسقط بعض أهل العلم هذه الولاية وذلك بمقتضى الضرورة بشروط، وهو رأي مخالف لرأي الجمهور. وهذه أدلتهم.

من الكتاب: قول الله تعالى:﴿وَإِذَا طَلَّقْتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغْنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحْنَ أَزْوَٰجَهُنَّ﴾[1]، ودلالة الآية في قوله:"فَلَا تَعْضُلُوهُنَّ" بمعنى: لا تمنعوهن ولا تضيقوا عليهن في تزويج أنفسهن، وقد أفادت الحكم من وجهين: **أحدهما**: أن الشارع أضاف عقد النكاح إلى النساء، فدل على إقراره بعبارتهن من غير مباشرته من الولي.**والثاني**: أنه نهى الأولياء عن منع النساء من إنكاح أنفسهن من أزواجهن عند التراضي[2].

من السنة: قول النبي صلى الله عليه وسلم: **"الأيم أحق بنفسها من وليها"**[3]

ووجه الدلالة من الحديث: أن الأيم أحق بنفسها في إبرام عقد قرانها، وليس لوليها بعد ذلك إلا مباشرة العقد إذا رضيت، وقد جعلها بذلك أحق منه به[4].

ثانياً: في القانون

لم يعط قانون الأسرة الجزائري للولي دورا مهما في عقد النكاح حيث اختزل دوره في الحضور لمجلس العقد كغيره من الشهود، كما أعطى للمرأة البالغة الراشدة حق تولي عقد نكاحها

---

1 البقرة، الآية 232.

2 الجصاص، أحكام القرآن، ج2، المرجع السابق، ص100.

3 رواه مسلم، كتاب النكاح، باب: استئذان الثيب في النكاح بالنطق والبكر بالسكوت، المرجع السابق، رقم 1421، ص589.

4 نادية رازي، المرجع السابق، ص176.

بنفسها، واختيار وليها، حيث جاء في المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري: "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"[1].

من خلال ما سبق يتبين لنا أن المشرع حاول أن ينحو منحى رأي الأحناف إلا أنه قد خانه التعبير ولم يكن موفقا في طرحه لهذه المسألة خاصة فيما تعلق بالولي حيث أعطى للمرأة حق اختيار أي شخص ليكون لها وليا وهذا مخالف لرأي الأحناف الذي ضبط مسألة الولاية ولم يعطها لأي كان.وفي هذا يتضح أن هناك تفوق كبير للشريعة على القانون في هذه المسألة.

الفرع الثاني: زواج المسيار بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

يعتبر زواج المسيار[2] من عقود الزواج المعاصرة حيث عرف بأنه: زواج يعقد فيه الرجل قرانه على امرأة عقدا شرعيا مستوف الأركان والشروط، إلا أن المرأة تتنازل فيه برضاها وإرادتها التامة عن بعض حقوقها، كأن لا تطالبه بالنفقة، والسكن والمبيت الليلي، وفي الغالب يقع في تعداد الزوجات ومن غير توثيقه عند الجهات المختصة[3].

ذهب جمهور الفقهاء إلى أن الزواج الذي يتم على شرط يتناقض وما يقتضيه زواج صحيح كأن يشترط الزوج أن لا ينفق على زوجته، أو تشترط هذه الزوجة ألا يطأها أو يقسم لها من قسمة صاحبتها أو أكثر... أنه باطل لأن شروطه تتنافى ومقتضى العقد[4] إلا أن هناك من الفقهاء المعاصرين من أجاز زواج المسيار للضرورة والمصلحة ومن أدلتهم على جوازه ما يأتي:

- **من السنة:** ما روي **"أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة زوج النبي صلى الله عليه وسلم، تبتغي بذلك رضا رسول الله صلى الله عليه وسلم"** وفي رواية **"أنها لما كبرت جعلت**

---

1 القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر عن الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005، ص18.

2 وللتوسع في هذه المسألة ينظر: عبد الملك بن يوسف بن محمد المطلق، زواج المسيار دراسة فقهية واجتماعية نقدية، دار ابن لعبون، الرياض.

3 ينظر الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2005، ط2، ص163-164.

4 ينظر محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ج5، ط1، ص107.

يومها من رسول الله صلى الله عليه وسلم لعائشة، قالت: يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة فكان رسول الله صلى الله عليه وسلم يقسم لعائشة يومين: يومها ويوم سودة"[1].

ووجه الدلالة من الحديث أنه أقر بهبة المرأة نوبتها لضرتها، ولو لم يكن ذلك جائزا لما أقره النبي صلى الله عليه وسلم لسودة رضي الله عنها.

- **من المصلحة:** والمصلحة في هذا النوع من النكاح حصنا للمرأة وعفة لها، وهو بدون شك يقلل من العوانس وكذلك المطلقات والأرامل، ويعف في نفس الوقت كثيرا من الرجال الذين ليس لهم مقدرة في تحمل تكاليف الزواج[2].

وقد جاء في قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة ما يلي:

"وبعد الاستماع إلى البحوث المقدمة، والمناقشات المستفيضة. قُرر ما يأتي:

يؤكد المجمع أن عقود الزواج المستحدثة وإن اختلفت أسماؤها، وأوصافها، وصورها، لابد أن تخضع لقواعد الشريعة المقررة وضوابطها، من توافر الأركان، والشروط، وانتفاء الموانع.

وقد أحدث الناس في عصرنا الحاضر بعض تلك العقود المبينة أحكامها فيما يأتي:

- إبرام عقد زواج تتنازل فيه المرأة عن السكن والنفقة والقَسْم أو بعض منها، وترضى بأن يأتي الرجل إلى دارها في أي وقت شاء من ليل أو نهار.

هذا العقد وأمثاله صحيح إذا توافرت فيه أركان الزواج وشروطه وخلوه من الموانع، ولكن ذلك خلاف الأولى"[3].

---

1 رواه البخاري، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة،2001، ط1، كتاب الهبة وفضلها والتحريض عليها، باب هبة المرأة لغير زوجها وعتقها، إذا كان لها زوج فهو جائز رقم 2593، ج3، ص159.

2 ينظر يوسف القرضاوي، زواج المسيار، بتاريخ:02 جمادى الأولى 1422هـ -الموافق لـ 21-07-2011م، htt//www.qaradawi.net.

3 ينظر قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-1427/3/14هـ الموافق لـ 8-2006/4/12م، https://fatwa.islamonline.net.

ثانيا: في القانون

رغم أن القانون يتغير ويتجدد حسب ظروف وأحوال المجتمع وذلك لمواكبة المستجدات، ويحاول في كثير من الأحيان مسايرة الأحداث إلا أنه لم يتطرق نهائيا لمسألة زواج المسيار الذي من شأنه أن يحل بعض مشاكل العنوسة في المجتمعات، وفي هذا دليل واضح على سبق الشريعة الإسلامية وتفوقها على القوانين الوضعية في مثل هذه القضايا.

المطلب الثاني: الضرورة في قضايا انحلال الزواج

قد يحدث أن يكره أحد الزوجين الآخر، وتستحيل العشرة بينهما؛ وفي هذه الحالة أعطى الإسلام لكل منهما طريقة للتخلص من الرابطة الزوجية، فأعطى للزوج حق الطلاق، وبالمقابل منح للزوجة حق الخلع والتطليق، سنتطرق في الفرع الأول من هذا المطلب إلى حق الخلع، أما الفرع الثاني فتناولنا فيه حق التطليق. فكيف نظم كل من الشريعة والقانون هذا الحق؟

الفرع الأول: الخلع بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

الخلع في الاصطلاح الفقهي: هو حكم من أحكام الشريعة، ويراد به ما يزيل عقد الزواج وإنهاء العلاقة الزوجية. وهو في اصطلاح المالكية: مفارقة الرجل للمرأة بعوض، أي إزالة الزوجية على مال تبذله له فيصير عقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها، ويملك به الزوج العوض[1]. فكما منح الشرع حق الطلاق للرجل كذلك منح حق الخلع للمرأة إذا أصابها ضرر واستحالة العشرة بينها.

والخلع ثابت بنص القرآن والسنة؛ قال تعالى:﴿فَإِنْ خِفْتُمْ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيْهِمَا فِيمَا ٱفْتَدَتْ بِهِۦ ۗ ﴿٢٢٩﴾﴾[2]، ومن السنة: ما روى البخاري عن ابن عباس قال: **"جاءت امرأت ثابت بن قيس إلى رسول الله صلى الله عليه وسلم، فقالت: يا رسول الله إني لا أعتب على ثابت في دين ولا خلق ولكني لا أطيقه. فقال رسول الله صلى الله عليه وسلم: فتردين عليه حديقته؟ قالت: نعم فردت عليه، وأمره ففارقها"**[3].

---

1 العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر- 2014، ط1، ص122.

2 البقرة، الآية 229.

3 رواه البخاري، كتاب: الطلاق، باب: ما جاء في الخلع، المرجع السابق، ج5، ص 2022.

ويقول العلماء إن هذا الخلع هو أول خلع حدث في الإسلام، لكنه نادرا ما حدث بعد ذلك في العهود الأولى للإسلام.

وبهذه الواقعة يكون الشرع قد أباح للزوجة التخلص من حياتها الزوجية إذا كرهت زوجها، أو نشأ بينها وبينه خلاف وخصومة. فالشقاق شرط في إيقاع الخلع، لكن قيل أنه يجوز من صدور شكوى ضرر من طرف الزوجة، وعدم إقبال الزوجة على هذه الرخصة التي أعطتها إياها الشريعة الإسلامية إذا ما رغبت في إنهاء الحياة الزوجية أولى لها وأفضل، شأن ذلك شأن الطلاق الذي يريده الزوج. فالطلاق والخلع مباحان، لكنهما مكروهان يستحسن عدم اللجوء إليهما إلا عندما لا يوجد حل سواهما.

ويرى جمهور الفقهاء أن الرجل لا يجبر على قبول الخلع، لكن ابن رشد يرى أنه يجبر على قبوله[1].

وعند محاولة معرفة رأي المالكية في الخلع نجد أنهم يجيزونه عندما توجد عند الزوجة حالة نفسية قاهرة تؤدي إلى سوء العشرة، وإلى اختلال نظام الأسرة، لكنهم يشترطون أن تكون المرأة المخالعة مختارة وغير مكرهة على فراق زوجها[2].

من خلال الطرح السابق يتضح لنا أن الزوجة لا تلجأ إلى الخلع إلا في حالة الضرورة القصوى التي تؤدي إلى استحالة العشرة واستمرار الشقاق بين الزوجين.

ثانيا: في القانون

بعد الإطلاع على قانون الأسرة الجزائري نجد أنه منح للزوجة حق مخالعة الزوج وذلك بنصه صراحة في المادة: 54 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي
إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل وقت صدور الحكم".

من خلال نص المادة يتضح أن الخلع يكون غالبا باتفاق الرجل و المرأة على الأجر الذي تدفعه ليطلقها برضاه دون نزاع بينهما لأن الخلع والاتفاق على المبلغ المالي هو عمل رضائي بين الزوجين، كما أنه لا يحق للزوج أن يظلم زوجته برفع المبلغ المالي الذي تدفعه له في مقابل الخلع، فإذا

1 ينظر ابن رشد، المرجع السابق، ص781.

2 ينظر العربي بختي، المرجع السابق، ص124.

لم يتفقا على المبلغ وحدث بينهما نزاع على مقداره فإن القاضي يحكم بما لا يتجاوز قيمة صداق المثل.

نلاحظ أن المشرع الجزائري ذهب إلى الرأي المخالف للجمهور في مسألة الخلع واعتبره حقا ثابتا للمرأة دون موافقة زوجها، كما أنه لم ينص على ضرورة تقديم مبررات طلب الخلع بالنسبة للمرأة واكتفى بإطلاقه.وفي هذا دليل واضح على عجز المشرع في تنظيم هذا الحق.

الفرع الثاني: التطليق بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

لم يقم فقهاء الشريعة الإسلامية بإعطاء تعريف شامل ودقيق للتطليق، وإنما اكتفوا بالإشارة إلى الحالات أو الأسباب التي على إثرها يمكن للزوجة طلب التطليق، ويكون ذلك أمام القاضي الذي يثبته بحكم.

ويمكن إجمال الحالات التي يمكن للزوجة طلب التطليق فيها نتيجة للضرر الفادح في ما يأتي:

1- في خيار الإعسار بالصداق والنفقة[1]

أما الإعسار بالصداق قبل الدخول فلها الخيار في الفرقة فيه بعد أن يضرب له أجل على ما يرجى لمثلهن من غير تحديد وقيل سنة، وإذا اختار الفراق تبعته بنصف الصداق الواجب لها، وقال أبو حنيفة: "لا خيار لها وهي عنده غريم من الغرماء ولها أن تمنع نفسها حتى يعطيها صداقها ولا خيار لها في الإعسار بالصداق بعد الدخول، بل هو عليه دين".

وأما الإعسار بالنفقة والكسوة، فلها الخيار لأبي حنيفة والظاهرية إن عجز بالكلية أو وجد شيء يسير لا يسد مسدا فلها الخيار، وإن وجد قدر ما يمسك به الحياة والصحة خاصة فقولان، وإن وجد خبزا دون إدام وثوبا واحدا فلا خيار.

2- في خيار الفقد[2]

واختلف في المفقود الذي تجهل حياته أو موته في أرض الإسلام فقال مالك: يضرب لامرأته أجل أربع سنين من يوم ترفع أمرها إلى الحاكم، فإذا انتهى الكشف عن حياته أو موته فجهل ذلك

1 ينظر أبي القاسم محمد بن أحمد بن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ت: محمد بن سيدي محمد مولاي، د س ن، د ط، ص356.

2 ينظر عبد الله العبادي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، دار السلام، 1995، ج1، ط1، ص1353.

ضرب لها الحاكم الأجل، فإذا انتهى اعتدت عدة الوفاة أربعة أشهر وعشرا وحلت، وقال الشافعي و أبو حنيفة والثوري: لا تحل امرأة المفقود حتى يصح موته.

3- في خيار العيوب[1]

وهي أربعة على الإجمال: الجنون والجذام والبرص وداء الفرج، ويختص الرجل من داء الفرج بالجب والخصاء والعنة والاعتراض، وتختص المرأة بالقرن والرتق والعفل وبخر الفرج، وليس منها القرع ولا السواد، ولا إن وجدها مفتضة من زنا على المشهور وليس منها العمى والعور، والرعج والزمانة، ولا نحوها من العاهات إلا إن اشترط السلامة منها.

4- خيار العتق[2]

اتفقوا أن الأمة إذا عتقت تحت عبد فلها الخيار، واختلفوا إذا عتقت تحت الحر هل لها الخيار أم لا ؟ فقال مالك والشافعي وأهل المدينة والأوزاعي وأحمد والليث: لا خيار لها، وقال أبو حنيفة والثوري: لها الخيار حرا كان أم عبدا، واختلفوا أيضا في الوقت الذي يكون لها الخيار فيه فقال مالك والشافعي: يكون لها الخيار ما لم يمسها، وقال أبو حنيفة: خيارها على المجلس، وقال الأوزاعي: إنما يسقط خيارها بالمسيس إذا علمت أن المسيس يسقط خيارها.

5- في التطليق بعدم الفيء في الإيلاء

الإيلاء هو أن يحلف الرجل أن لا يطأ زوجته، إما مدة هي أربعة أشهر أو أكثر أو بإطلاق قال تعالى: ﴿ لِّلَّذِينَ يُؤْلُونَ مِن نِّسَآئِهِمْ تَرَبُّصُ أَرْبَعَةِ أَشْهُرٍ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ ﴿٢٢٦﴾ وَإِنْ عَزَمُوا۟ ٱلطَّلَٰقَ فَإِنَّ ٱللَّهَ سَمِيعٌ عَلِيمٌ ﴿٢٢٧﴾ ﴾[3]

أما الاختلاف فهو في هل تطلق المرأة بانقضاء الأربعة أشهر نفسها، أم لا تطلق وإنما الحكم أن يوقف، فإما فاء وإما طلق؟

1 ابن جزي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، مرجع سابق، ص354.

2 ينظر عبد الله العبادي، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، المرجع السابق، ص1356.

3 البقرة، الآية 226 – 227.

فإن مالك والشافعي وأحمد وأبا ثور وداوود والليث ذهبوا على أنه يوقف بعد انقضاء الأربعة أشهر، فإما فاء وإما طلق، وذهب أبو حنيفة وأصحابه والثوري وبجملة الكوفيون إلى أن الطلق يقع بانقضاء الأربعة أشهر إلا أن يفيء فيها، وهو قول ابن مسعود وجماعة من التابعين.

فمن راعى الأصل المعروف في الطلاق قال: لا يقع طلاق إلا من الزوج، ومن راعى الضرر الداخل من ذلك على النساء قال: يطلق السلطان وهو نظر إلى المصلحة العامة، وهذا الذي يعرف بالقياس المرسل، والمنقول عن مالك العمل به، وكثير من الفقهاء يأبى ذلك[1].

ثانيا: في القانون

إذا كان المشرع الجزائري قد أعطى للزوج حق الطلاق في أي وقت ومتى شاء دون أن يقيده بقيد معين لأن العصمة الزوجية بيده فإنه بالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات معينة ورد النص عليها في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري.

ويقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء ويتم بناء على طلب الزوجة، وقد أعطى المشرع للمرأة حق التطليق حماية لها من زوجها إذا ظلمها وأساء عشرتها فجعل من حقها اللجوء ورفع أمرها إلى القاضي ليطلقها بحيث عليها أن تؤسس طلبها على حالة من الحالات الواردة في المادة 53 من قانون الأسرة الجزائري على سبيل الحصر والتي تنص على: "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:

1- عدم الإنفاق بعد صدور الحكم بوجوبه ما لم تكن عالمة بإعساره وقت الزواج، مع مراعاة المواد 78، 79، 80 من هذا القانون.

2- العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج.

3- الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

4- الحكم على الزوج عن جريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية.

5- الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة.

6- مخالفة الأحكام الواردة في المادة 8 أعلاه.

---

1 ينظر ابن رشد، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، المرجع السابق، ص1116.

7- ارتكاب فاحشة مبينة.

8- الشقاق المستمر بين الزوجين.

9- مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج.

10- كل ضرر معتبر شرعا".

من خلال الطرح السابق يتضح لنا: أن المشرع الجزائري قد وفق إلى حد بعيد في إتباع أحكام الشريعة الإسلامية، إلا أنه زاد بعض القيود غير المعتبرة شرعا: كمخالفة أحكام المادة 8 الخاصة بتعدد الزوجات...الخ، كما أنه وفق في مسألة العيوب حيث لم يحصرها ولم يعددها لأنها مختلفة من شخص لآخر ومن زمان لزمان بخلاف بعض الفقهاء الذين حصروا عدد العيوب.

المبحث الثاني
الضرورة في مسائل النسل
وإثبات النسب

من القضايا الأكثر تأثرا بالتطورات العلمية الراهنة، مسألة النسل، وإثبات النسب؛ حيث هناك دول تدعو إلى تنظيم النسل وتحديده، كما ظهرت عدة طرق لإثبات النسب؛ للتعرف على تطبيقات الضرورة في هذه المسائل تم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ الأول منه يتناول تطبيقات الضرورة في قضايا النسل، والثاني منه يتناول تطبيقات الضرورة في قضايا إثبات النسب.

المطلب الأول: الضرورة في قضايا النسل

إن من التطبيقات المعاصرة للضرورة في عصرنا الحاضر التي تدخل ضمن قضايا النسل: تقنية التلقيح الاصطناعي، وكذا الإجهاض وتنظيم النسل، فما هي نظرة كل من الشريعة والقانون لهذه المسائل؟

الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

لقد رغب الشارع الحكيم في التكاثر والتناسل وجعل طريقا شرعيا للحصول على الولد وهو الزواج الذي يتصل فيه الرجل بامرأته اتصالا حقيقيا عن طريق الجماع فيلتقي ماء الرجل مع بويضة المرأة فيتم الحمل بإذن الله، ومن ثم الولادة، وهذا ما يعرف بالتلقيح الطبيعي والذي فطر الله الناس عليه.

لكن قد لا يتحقق ذلك لوجود خلل في أحد الزوجين، الأمر الذي يجعلهما في حاجة إلى سلوك طريقا آخر للحصول على الولد، وهو ما يطلق عليه بالتلقيح الاصطناعي.

والمقصود بالتلقيح الاصطناعي: إجراء عملية التلقيح بين حيوان الرجل المنوي وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود[1]، والذي يهمنا في هذا الدراسة هو النوع الجائز الذي ينقسم إلى قسمين هما:[2]

1- **التلقيح الصناعي الداخلي**: ويتم في هذه الحالة إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبية معينة.

2- **التلقيح الصناعي الخارجي**: ويتم في هذه الحالة جمع الحيوان المنوي مع البويضة، خارج الرحم في أواني مخبرية.

وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي هذا النوع للضرورة وفقا لشروط هي:

"لا حرج من اللجوء إليهما عند الحاجة مع التأكيد على ضرورة أخذ كل الاحتياطات اللازمة وهما:

1 زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ط1، ص53.

2 المرجع نفسه.

- أن تؤخذ نطفة من زوج وبويضة من زوجته ويتم التلقيح خارجياً ثم تزرع اللقيحة في رحم الزوجة.
- أن تؤخذ بذرة الزوج وتحقن في الموضع المناسب من مهبل زوجته أو رحمها تلقيحاً داخلياً. والله أعلم "[1].

ومن يعد إلى كتب الفقه القديمة سيجد أن هذا النوع من التلقيح قد عرف لدى الفقهاء القدامى باسم الاستدخال، أي إدخال ماء الرجل إلى المكان المخصص له بدون اتصال، وفي عصرنا تم قبول استخدام التلقيح الاصطناعي من قبل المجامع الفقهية، لكن بشروط وهي[2]:

أولا: أن يتم التلقيح الاصطناعي بين الزوجين أثناء قيام الرابطة الزوجية بينهما، أي: لا يجوز أن يكون في طلاق أو بعد وفاة الزوج....

ثانيا: حصول عملية التلقيح الاصطناعي بحضور الزوج نفسه.

ثالثا: لا يجوز الاحتفاظ بالمني من الزوج، بحيث لا يسمح بقيام ما يسمى في الغرب ببنوك المني.

ومما يتضح: أن المجمع الفقهي الإسلامي أجاز صورتين للضرورة والحاجة، وفقا لشروط معينة مع الأخذ بالتدابير والحيطة والحذر.

ثانيا: في القانون

تناول قانون الأسرة الجزائري مسألة التلقيح الاصطناعي، حيث أجاز للزوجين اللجوء إلى هذه الطريقة إذا رأيا أن من مصلحتهما إنجاب ذرية بعد حرمانهما منها بالطرق الطبيعية فإن ذلك جائز حسب ما ورد في المادة 45 مكرر والتي تنص على: "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي.

يخضع التلقيح الاصطناعي إلى الشروط الآتية:

- أن يكون الزواج شرعيا.
- أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما.

---

1 مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ، الموافق 11 – 16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986م، http://www.iifa-aifi.org .

2 العربي بختي، المرجع السابق، ص77-78.

- أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما.

لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة".

من خلال نص المادة أعلاه يتضح لنا أن المشرع الجزائري قد وافق أحكام الشريعة الإسلامية موافقة كبيرة في مسألة التلقيح الاصطناعي، حيث جاءت شروطه موافقة لشروط المجامع الفقهية، كما أنه لم يسمح باللجوء إلى التلقيح الاصطناعي إلا في حالة الضرورة، وتعذر الإنجاب بالطرق الطبيعية، كما منع نهائيا اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة، وهذا مما يعد خطوة إيجابية للقانون كونه نحا نفس منحى الشريعة الإسلامية في مثل هذه المسائل المهمة والحساسة.

الفرع الثاني: الإجهاض وتنظيم النسل بين الشريعة والقانون

أولا: الإجهاض

أ- في الشريعة

إن عبارات الفقهاء في تعريفهم للإجهاض لم تتعد معناه اللغوي، حيث استعمل الإمام الغزالي وهو من فقهاء الشافعية لفظ الإجهاض كما جاء في كتابه إحياء علوم الدين[1]، وأما غيره من الفقهاء فيستعمل لفظ الإسقاط.

وقد قسم العلماء الإجهاض إلى ثلاثة أنواع هي[2]:

1- **الإجهاض التلقائي أو العفوي**: وهو عملية طبيعية يقوم بها الرحم لإسقاط الجنين الذي لا يمكن أن تكتمل له عناصر الحياة تلقائيا، وعادة ما يكون سبب ذلك وجود تشوه شديد انتقل إليه من الأم، قد تكون ناتجة عن أمراض متنوعة كالسكري، وغيره.

2- **الإجهاض العلاجي**: ويطلق عليه أيضا أهل الاختصاص بالإجهاض الدوائي، أو الإجهاض الاضطراري، وعادة ما يلجأ إليه الأطباء للمحافظة على حياة الأم في حالات نادرة يصعب معها استمرار الحمل.

1 أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ج2، د ط، ص51.

2 محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مكتبة الفرابي، دمشق، 1976، ط2، ص67.

3- **الإجهاض الاجتماعي**: وقد يطلق عليه الإجهاض الجنائي ويتضمن كل ما عدا النوعين السابقين، وعادة ما يكون سبب اللجوء لمثل هذا النوع الرغبة في عدم الإنجاب أو المحافظة على الرشاقة والمظهر، أو التستر على فاحشة، أو التخلص من الإناث دون الذكور.

آراء الفقهاء في مسألة الإجهاض

لقد اختلفت آراء الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بين مانع له ومجيز، وما يهمنا في هذه الدراسة هو حكم الإجهاض بعد نفخ الروح.

لقد أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة قتل الجنين بعد نفخ الروح، ولا يجوز قتله بأي حال من الأحوال، وذلك لأن الجنين قد أصبح إنسانا ونفسا لها احترامها وكرامتها فقد قال سبحانه وتعالى: ﴿وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾ [1] وقال أيضا: ﴿مِنْ أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسْرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفْسًۢا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي ٱلْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ ٱلنَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَآ أَحْيَا ٱلنَّاسَ جَمِيعًا﴾ [2].

ويجوز إجهاض الجنين بعد نفخ الروح في حالة كون استمرار الحمل يؤدي إلى وفاة الأم فتقدم آنذاك على حياته، لأنها أصله ولها حق مستقل في الحياة، ولها حقوق وعليها واجبات، وهي بعد هذا وذاك عماد الأسرة، فلا يعقل التضحية بها من أجل جنين لم تستقل حياته بعد، ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات[3].

وقد منع المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إسقاط الجنين المشوه بعد نفخ الروح فيه؛ إلا إذا كان في بقائه خطر حقيقي يهدد حياة الأم، حيث جاء في القرار الرابع للدورة الثانية عشر أنه: "إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوما لا يجوز إسقاطه، ولو التشخيص الطبي يفيد أنه مشوه الخلقة، إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقات- الثقاة - المختصين أن بقاء

1 الإسراء، الآية 70.

2 المائدة، الآية 32.

3 ينظر يوسف القرضاوي، من هدي الإسلام: فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، 1993، ج2، ط1، ص547.

الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم، فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أم لا، دفعا لأعظم الضررين"[1].

وبهذا يتضح لنا أن الإجهاض بعد نفخ الروح هو جريمة لا يجوز الإقدام عليها إلا في حالة الضرورة القصوى والمتيقنة لا المتوهمة.

ب- في القانون

والمتأمل في قانون الأسرة الجزائري يجد أن المشرع لم يتطرق مطلقا لمسألة الإجهاض والأحكام المتعلقة بها، وربما يرجع ذلك إلى تحفظه تجاه هذه المسألة، معتبرا إياها من اختصاص فقهاء الشريعة الإسلامية ، وهذا مما يعاب عليه نظرا لكون المسألة من المستجدات المعاصرة تحتاج إلى بحث واجتهاد، كما أن ترك هذه القضية دون تقنين قد يفتح المجال أمام ارتكاب مثل هذه الجريمة خاصة في ما يتعلق بالأطفال غير الشرعيين، مما يؤدي إلى انتشار الفاحشة والرذيلة في المجتمع.

ثانيا: تنظيم النسل

أ- في الشريعة

والمراد بتنظيم النسل استعمال وسائل لا يراد من استعمالها إحداث العقم أو القضاء على وظيفة جهاز التناسل، بل يراد بذلك الوقوف عن الحمل فترة من الزمن لمصلحة ما يراها الزوجان، أو من يثقان به من أهل الخبرة[2].

ويعرفه مؤتمر الفقه الإسلامي بأنه: تنظيم الأسرة هو قيام الزوجين بالتراضي بينهما وبدون إكراه باستخدام وسيلة مشروعة ومأمونة لتأجيل الحمل بما يناسب ظروفهما الصحية والاجتماعية والاقتصادية، وذلك في نطاق المسؤولية نحو أولادهما وأنفسهما[3].

ولقد عرف فقهاء الإسلام هذه المسألة قديما، لكن بمصطلح: العزل: وهو الإنزال خارج الفرج لمنع الحمل، وعلاقة هذا التعريف بالتعريفات المحدثة كتنظيم النسل، هي اشتراكها بالمضمون وهو تأجيل الحمل لهدف ما[1].

---

1 المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية عشر بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من يوم 15رجب 1410هـ الموافق لـ 10 فبراير 1990م إلى يوم22 رجب 1410هـ الموافق لـ 17 فبراير 1990م https://fatwa.islamonline.net .

2 عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرين، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، 1975، العدد الأول، ص114.

3 مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد5، الكويت، سنة 1988، ص616، http://www.iifa-aifi.org.

وقد جاء في قرار مجلس المجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت ما يأتي:

" **أولاً**: لا يجوز إصدار قانون عام يحد من حرية الزوجين في الإنجاب.

ثانياً: يحرم استئصال القدرة على الإنجاب في الرجل أو المرأة، وهو ما يعرف بالإعقام أو التعقيم، ما لم تدع إلى ذلك الضرورة بمعاييرها الشرعية.

ثالثاً: يجوز التحكم المؤقت في الإنجاب بقصد المباعدة بين فترات الحمل، أو إيقافه لمدة معينة من الزمان، إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعاً، بحسب تقدير الزوجين عن تشاور بينهما وتراض، بشرط أن لا يترتب على ذلك ضرر، وأن تكون الوسيلة مشروعة، وأن لا يكون فيها عدوان على حمل قائم. والله أعلم"[2].

ومنه يتضح لنا: أن المجمع الفقهي الإسلامي تطرق إلى ثلاثة مسائل وهي:

أنه لا يجوز لأي دولة مسلمة إصدار قانون لتحديد النسل ويحد من حرية الزوجين في الإنجاب، كما أنه منع استئصال القدرة على الإنجاب أو ما يسمى بالتعقيم لكل من الزوجين، إلا في حالة الضرورة، في حين أنه أجاز لهما التحكم المؤقت في الإنجاب لتنظيمه إذا دعت إليه حاجة معتبرة شرعا، وذلك برضاهما بشرط أن لا يلحق أي منهما ضرر، وكون الوسيلة مشروعة.

ب- في القانون

والمتصفح لقانون الأسرة الجزائري يتضح له أنه بالرغم من تطرق المشرع إلى النسب وكيفية إثباته إلا أنه أغفل مسألة مهمة في هذا الجانب ألا وهي: تنظيم النسل التي تعتبر من المسائل الفقهية القديمة والتي تحدث عنها فقهاء الشريعة الإسلامية في مجال الأسرة، وربما كان إغفال المشرع الجزائري لمثل هذه المسألة كونها مسألة شخصية تعود للتشاور والتفاهم بين الزوجين، فهم الذين يقررون في هذه القضية ما يتناسب ورغباتهم الشخصية كتحديد فترات الولادة، وتحديد عدد الأولاد....الخ.

---

1 سعد جميل سليم الريس، النسل حفظه وتنظيمه- دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، كلية التربية- قسم الدراسات الإسلامية- 2012، ص100.

2 قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 – 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م، http://www.iifa-aifi.org.

المطلب الثاني: الضرورة في قضايا إثبات النسب

يكتسي موضوع النسب في ظل التشريعات الإسلامية والقانونية أهمية بالغة لارتباطه بعدة جوانب دينية وأخلاقية واجتماعية، وازدادت أهميته في ظل الاكتشافات العلمية والتطورات الطبية الحديثة، وفي هذا السياق سنتحدث في الفرع الأول عن: ضرورة إثبات النسب بالبصمة الوراثية، وفي الفرع الثاني: ثبوت النسب في نكاح الشبهة.

الفرع الأول: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

يثبت النسب في الشريعة الإسلامية للإنسان بطرق عديدة، منها ما هو مجمع عليه من قبل أهل العلم، ومنها ما هو محل خلاف بينهم، والطرق المجمع عليها: الفراش؛ لقوله صلى الله عليه وسلم:"**الولد للفراش**"[1] والإقرار، والبينة، والمختلف فيها: القيافة ....الخ.

لكن قد تتعذر هذه الطرق، فيضطر إلى اللجوء إلى طرق أخرى لإثباته منها: البصمة الوراثية التي أثبت العلم الحديث دقتها وسلامتها، وأن نتائجها تكاد تكون قاطعة لا تحتمل الخطأ، وإن وجد الخطأ فإنما هو من التقصير في تشخيصها ودراستها، حيث جاء في قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي ما يأتي:

"البصمة الوراثية من الناحية العلمية وسيلة لا تكاد تخطئ في التحقق من الوالدية البيولوجية، والتحقق من الشخصية ولاسيما في مجال الطب الشرعي، وهي ترقى إلى مستوى القرائن القوية التي يأخذ بها أكثر الفقهاء في غير قضايا الحدود الشرعية، وتمثل تطورا عصريا ضخما في مجال القيافة الذي تعتد به جمهرة المذاهب الفقهية في إثبات النسب المتنازع فيه، على أن تؤخذ هذه القرينة من عدة مختبرات.

ويمكن الاستئناس بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب، فيما يؤخذ فيه بالقافة من باب أولى، في الحالات التالية:

(1) حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء.

1 رواه البخاري، كتاب الفرائض، باب: الولد للفراش حرة كانت أو امة، رقم 6749، ص1165، ومسلم، كتاب: الرضاع، باب: الولد للفراش وتوقي الشبهات، رقم 3613، ص620.

(2) حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية المواليد والأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.

(3) حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث والكوراث وتعذر معرفة أهليهم، وكذا عند وجود جثث لم يتمكن من معرفة هويتها بسبب الحروب أو غيرها.

لا يجوز الاعتماد على البصمة الوراثية في نفي النسب ولا تقدم على اللعان. والله أعلم"[1].

اعتبر مجمع الفقهي الإسلامي البصمة الوراثية من الأدلة الاستئناسية في إثبات النسب حيث يمكن الاعتماد عليها في الحالات الآتية:

- حالات التنازع على مجهول النسب بمختلف صور التنازع التي ذكرها الفقهاء.
- حالات الاشتباه في المواليد في المستشفيات ومراكز رعاية الأطفال ونحوها، وكذا الاشتباه في أطفال الأنابيب.
- حالات ضياع الأطفال واختلاطهم بسبب الحوادث أو الكوارث أو الحروب، وتعذر معرفة أهلهم.

نلاحظ أن مجمع الفقه الإسلامي قد أجاز اللجوء إلى تقنية البصمة الوراثية في الحالات المذكورة آنفا وذلك لحاجة الناس إليها وما تقتضيه ضرورات العصر لمعرفة الأنساب وعدم اختلاطها، والهدف من وراء ذلك كله حفظ النسل الذي يعتبر من الكليات أو الضروريات الخمس التي جاءت الشريعة لحمايتها وحفظها.

ثانيا: في القانون

أما قانون الأسرة الجزائري فقد حددت المادة 40 منه الشروط التي يثبت بها النسب حيث جاء فيها: "يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون.

يجوز للقاضي اللجوء للطرق العلمية لإثبات النسب".

---

1 قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13-18 سبتمبر (أيلول) 2012م، http://www.iifa-aifi.org.

من خلال نص المادة أعلاه يتضح: أن المشرع الجزائري قد وافق جمهور الفقهاء في بعض طرق إثبات النسب كالزواج والإقرار، وزاد على ذلك نكاح الشبهة، كما أنه أقر بجواز إثبات النسب بالطرق العلمية- البصمة الوراثية - بعد تعذر إثباته بالطرق المذكورة في الفقرة الأولى، وذلك من خلال الفقرة الأخيرة من المادة أعلاه، حيث أجاز للقاضي اللجوء إليها في حالة النزاع.

الفرع الثاني: ثبوت النسب في نكاح الشبهة بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

لا شك في ثبوت نسب الولد إلى أبيه في الزواج الصحيح، أما ثبوت النسب في الوطء بالشبهة فيستلزم منا توضيح معنى الشبهة.

الشبهة هي: مقاربة الرجل لامرأة تحرم عليه مع جهله بالتحريم[1].

ويقسم الفقهاء الشبهة في الوطء إلى قسمين هما[2]:

1- **شبهة العقد**: وهي أن يجري رجل عقد زواجه على امرأة ثم يتبين فساد العقد لسبب من الأسباب الموجبة للفساد كمن يتزوج زوجة الغير أو معتدته، ويدرأ عنه حد الزنا عدم علمه بالتحريم الذي هو محل إجماع.

2- **شبهة الفعل**: وهي أن يقارب رجل امرأة من غير أن يكون بينهما عقد صحيح أو فاسد، بل يقاربها غير منتبه إلى أي شيء أبدا، أو اعتقد أنها تحل له ثم تبين له العكس، وقد قرر الفقهاء أن الاتصال الجنسي المبني على شبهة لا يعد زنى؛ وصورته أن يتزوج الرجل امرأة ثم تزف إليه امرأة أخرى فيدخل بها على أنها زوجته ويتصل بها اتصالا جنسيا.

وفي كلتا الحالتين يثبت الولد إلى الرجل الذي وطء المرأة إحياء للولد ولوجود الشبهة التي تمنع وصف الفعل بالزنا، إذا توفرت الشروط اللازمة لإثبات النسب؛ وهذه الشروط هي:[3]

أ- **إمكانية حمل الزوجة من زوجها**:وذلك بأن يكون الزوج ممن يتأتى منه الحمل، بأن يكون بالغا أو مراهقا على الأقل.

---

1 بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، د س ن، د ط، ص508.

2 مصطفى بن حمو أرشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا، مطابع النهضة، سلطنة عمان، 2002، ط1، ص439.

3 مصطفى بن حمو أرشوم، المرجع نفسه، ص705.

ب- إمكانية التلاقي بين الزوجين عادة بعد العقد: وهو شرط عند الإمام مالك وأحمد والشافعي لأن العقد جعل المرأة فراشا باعتبار أنه يبيح هذا الاتصال الذي هو سبب حقيقي للحمل فإذا انتفت إمكانية التلاقي عادة وجاءت بولد فلا يثبت نسبه منه. وخالف الحنفية فلم يشترطوا ذلك فقالوا أن مجرد العقد يجعل المرأة فراشا لأنه مظنة الاتصال، فإذا وجد كفى، لأن الإنسان لا يطلع عليه بخلاف العقد.

ت- أن تلد المرأة لستة أشهر على الأقل من تاريخ العقد عليها: عند الأئمة الأربع، ولكن مع إمكانية التلاقي ومن وقت التلاقي في الزواج الفاسد لأن المرأة لا تصير فراشا إلا بها.

ث- أن تلد في أقل من أقصى مدة الحمل: وقد اختلف الفقهاء في ذلك.

من خلال ما سبق يتضح لدينا أن النسب يثبت بمقتضى الضرورة في نكاح الشبهة للرجل الذي وطء المرأة وفقا لشروط معينة، وذلك إحياء للولد وحفظا للنسل ودرء لاختلاط الأنساب، ولوجود الشبهة التي تمنع وصف الفعل بالزنا.

ثانيا: في القانون

اعتبر المشرع الجزائري نكاح الشبهة أو الوطء بشبهة من الأسباب التي يثبت بها النسب وذلك بنصه عليه في المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري والتي جاء فيها ما يلي:

"يثبت النسب بالزواج الصحيح أو بالإقرار أو بالبينة أو بنكاح الشبهة أو بكل زواج تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32 و33 و34 من هذا القانون....".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وافق رأي جمهور فقهاء الشريعة في هذه المسألة وذلك بغرض إحياء هذا الولد وعدم ضياعه، وليحظى بالقبول في المجتمع، وتركه هكذا دون إثبات نسبه يشعره بشيء من التهميش أو أنه عالة على المجتمع الذي يعيش فيه فيخلق فيه روح الانتقام والعدوانية خاصة تجاه أمه. كما وافق المشرع كذلك رأي الجمهور في مسألة اشتراط إمكانية التلاقي بين الزوجين بعد العقد؛ وذلك بنصه في المادة 41 من نفس القانون والتي جاءت كالآتي: "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة".

كما أن إثبات نسب هذا الولد من شأنه حفظ نفسه من الهلاك فعدم النسب أول شيء يفكر فيه هو الانتحار لاعتقاده أنه لا جدوى من حياته وكذلك من نتائج إثبات النسب للولد

حفظ نسله ليكون متصل وبهذا تتحقق مصلحة الولد من الضياع. والتي تعتبر ضرورية في نظر القانون حيث يسعى دائما لحمايتها وصونها.

ونستخلص مما سبق حول موقف كل من الشريعة والقانون في مسألة إثبات النسب في نكاح الشبهة أنهما متفقان على ثبوت النسب بهذه الطريقة، وهذا ما يدل على حرص الشريعة الإسلامية على حفظ مصالح الطفل كي ينشأ في بيئة سليمة مهما كانت العلاقة التي نتج عنها ما لم تكن علاقة زنا محض، وهذا لا يتنافى مع مقاصد الشريعة التي جعلت حفظ الأنساب من أحد كلياتها أو أحد الضروريات الخمس التي جاءت لحفظها وصيانتها، وقد تبنى هذا الموقف المشرع الجزائري أيضا لكون مجتمعه يدين بالإسلام لذا فهو ملزم بإتباع تعاليمه في كل حال من الأحوال فيكون بذلك قد حقق غايته وفقا لمقصود الشرع.

المبحث الثالث
الضرورة في مسائل النفقة والرعاية الأسرية

أحاطت كل من الشريعة الإسلامية وقانون الأسرة الجزائري النفقة بالتنظيم الدقيق، كما اهتمت الشريعة الإسلامية بشكل كبير بمسالة الرعاية الأسرية؛ وللتعرف على أهم تطبيقات الضرورة على هاتين المسألتين قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى مطلبين؛ المطلب الأول منه تحت عنوان: الضرورة في قضايا النفقة، أما المطلب الثاني منه، فجاء عنوانه: الضرورة في قضايا الرعاية الأسرية، وتفضيل ذلك في ما يأتي.

المطلب الأول: الضرورة في قضايا النفقة

النفقة هي كل ما يحتاجه إليه المرء لسد حاجيات وضروريات حياته، ولتلبية هذه الضروريات لا بد من كسب، وفي هذا السياق قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين؛ الأول منه جاء بعنوان الأكل من الكسب غير المشروع للزوج بين الشريعة والقانون، أما الثاني منه فنتحدث فيه عن ضرورة خروج المعتدة في حوائجها.

الفرع الأول: الأكل من الكسب غير المشروع للزوج بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

للكسب عدة طرق منها ما هو مشروع ومنها ما هو غير مشروع، والذي ينبغي للمسلم أن يحرص على أن يكون كسبه مشروعا، ولكن قد يتصادف في كثير من الأحيان أن بعض العائلات المسلمة يعمل رجالها في مهن محظورة شرعا، فما السبيل للخروج من ذلك؟

وقد طرح هذا السؤال على مجمع الفقه الإسلامي برقم: **السؤال السادس والعشرون**، وكان نص السؤال كالآتي:

"كثير من العائلات المسلمة يعمل رجالها في بيع الخمور والخنزير، وما شابه ذلك، وزوجاتهم وأولادهم كارهون لذلك، علما بأنهم يعيشون بمال الرجل، فهل عليهم من حرج في ذلك؟

الجواب:

للزوجة والأولاد غير القادرين على الكسب الحلال أن يأكلوا للضرورة من كسب الزوج المحرم شرعا، كبيع الخمر والخنزير وغيرهما من المكاسب الحرام بعد بذل الجهد في إقناعه بالكسب الحلال، والبحث عن عمل"[1].

من خلال الجواب المقدم من طرف مجمع الفقه الإسلامي يتضح لنا أنه: يجوز لكل من الزوجة والأولاد الأكل للضرورة من كسب الزوج الحرام، وذلك بعد استنفاذ جميع الطرق الممكنة لإقناعه عن العدول عن الكسب غير المشروع إلى كسب مباح شرعا.

1 مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، د س ن، د ط، ص 48.

ثانيا: في القانون

لقد تعرض قانون الأسرة الجزائري لمسألة النفقة فقد نص في المادة: 74 منه بقوله: "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد: 78 و79 و80 من هذا القانون".

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد وضح بشيء من التفصيل ضروب النفقة والمواد التي تشمل عليها، ولكنه في المقابل أهمل مسألة كون هذه النفقة من كسب مشروع، أم غير مشروع محدثا فراغا قانونيا هائلا في هذه المسألة، ومفسحا المجال أمام مجموعة من التأويلات منها:

كون الأسرة الجزائرية مسلمة يستلزم أن يكون كسبها من الحلال، أنه لم يعط أي اعتبار لمسألة كون الكسب مشروع أو غير مشروع....

من خلال الطرح السابق لموقف الشريعة الإسلامية والقانون في مسألة الكسب غير المشروع للزوج يتضح لنا: أن فقهاء الشريعة الإسلامية قد وجدوا مخرجا من هذه المعضلة بحيث وضعوا لها قيود، وأجازوا الأكل من الكسب المحرم للضرورة، مع بذل الجهد في إقناع الزوج بالكسب الحلال؛ في حين لم يتطرق المشرع الجزائري لهذه المسألة واكتفى بالتفصيل في ضروب النفقة.

الفرع الثاني: خروج المعتدة في حوائجها بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة[1]

يتوقف خروج الزوجة من بيتها على إذن زوجها، أما خروج المعتدة فمتوقف على إذن الله، وإذن الله أنما هو بقدر العذر الموجب له بحسب الحاجة إليه.

يجوز للمعتدة أن تخرج لقضاء حوائجها الضرورية، كتحصيل قوت أو ماء، أو نحوهما، لا لزيارة ولا تجارة ولا تهنئة ولا تعزية، هكذا قال الشيخ الدردير، كما هو ظاهر في مختصر خليل، ولكن ظاهر النقل جواز خروجها في حوائجها، فإنه قال في المدونة: "إذا خرجت لحوائجها، أو لعرس فلا تبيت بغير سكناها".

وجواز الخروج محله طرفي النهار وما بينهما، أي من قرب الفجر إلى مغيب الشفق، فلها الخروج سحرا قبل الفجر وبعد المغرب وترجع ما بينها وبين العشاء الأخيرة.

1 الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، 2005، ج4، ط2، ص223.

ودليل جواز الخروج نهارا: عن جابر قال : **"طلقت خالتي فأرادت أن تجد نخلها. فزجرها رجل أن تخرج فأتت النبي صلى الله عليه وسلم فقال: بلى فجدي نخلك، فإنك عسى أن تصدقي أو تفعلي معروفا"**[1]

لقد أقر النبي صلى الله عليه وسلم خروج هذه المرأة المعتدة، لأن في منعها من التصرف في شؤونها إضرارا بها، والضرورة تدعوها أن تباشر أمورها بنفسها، إذا لم تجد من ينوب عنها في قضاء حوائجها، وجواز خروجها مقيد بما إذا كان الزمان والمكان مأمونا، وإلا فلا تخرج.

ثانيا: في القانون

تعرض المشرع الجزائري إلى مسألة العدة في الفصل الثاني من قانون الأسرة الجزائري في المواد: 58 و59 و60، حيث بين في هذه المواد: كل من عدة المطلقة المدخول بها غير الحامل، وكذا عدة المتوفى عنها زوجها، وزوجة المفقود، وعدة الحامل، ونحا في مجمل هذه المواد منحى الشريعة الإسلامية.

وتعرضت المادة 61 من نفس القانون إلى مسألة خروج المعتدة، وجاء نصها كالآتي:

"لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ما دامت في عدة طلاقها، أو وفاة زوجها إلا في حالة الفاحشة المبينة ولها الحق في النفقة في عدة الطلاق".

من خلال نص المادة يتبين أن المشرع الجزائري منع خروج المعتدة مطلقا، ولم يستثن من ذلك إلا حالة ارتكاب الفاحشة المبينة، وهو بذلك قد أغفل مسألة خروج المعتدة لقضاء حوائجها الضرورية.

يظهر من خلال موقف كل من الشريعة والقانون في مسألة خروج المعتدة لقضاء حوائجها، أنهما متفقان في الأحكام المتعلقة بالعدة، واختلفوا في أن الشريعة الإسلامية أباحت للمعتدة الخروج لقضاء حوائجها في حالة الضرورة، في حين أن المشرع الجزائري منع خروجها إلا في حالة ارتكاب فاحشة مبينة، وبهذا يكون المشرع الجزائري قد ضيق على المعتدة في مسألة الخروج للضرورة.

المطلب الثاني: الضرورة في قضايا الرعاية الأسرية

يحتاج أفراد الأسرة إلى الاهتمام والرعاية سواء من الناحية الصحية، أو التربوية، وهذه المهمة يشترك فيها كل من الزوجين، أو من وكلت إليه شرعا وقانونا، وفي هذا الصدد قسمنا هذا المطلب إلى

1 رواه مسلم، كتاب الطلاق، باب جواز خروج المعتدة البائن لحاجتها، رقم 1483، ص691.

فرعين: نتحدث في الفرع الأول منه على: الضرورة الصحية بين الشريعة والقانون، وفي الفرع الثاني عن: انتقال الحضانة.

الفرع الأول: الضرورة الصحية بين الشريعة والقانون

أولا: في الشريعة

الأصل في الشرع أنه لا يجوز لكل من المرأة والرجل كشف عورته بحال من الأحوال، إلا إذا كان بين الزوجين، إلا أنه قد ترد استثناءات على هذا الحكم لغرض مشروع يعتبره الشرع مبيحا لهذا الانكشاف اعتبارا للضرورة، وهذا ما نظر فيه مجلس المجمع الفقهي الإسلامي بعد النظر فيما تجمع لديه من معلومات موثوقة، مما كتب ونشر في هذا الشأن وتطبيق قواعد الشريعة ومقاصدها لمعرفة حكم هذه المسألة، وما تستلزمه، وقد انتهى إلى القرار التفصيلي الآتي:

"1. الأصل الشرعي أنه لا يجوز كشف عورة المرأة للرجل، ولا العكس، ولا كشف عورة المرأة للمرأة، ولا عورة الرجل للرجل.

2. يؤكد المجمع على ما صدر من مجمع الفقه الإسلامي التابع لمنظمة المؤتمر الإسلامي بقراره رقم 85/ 12/ 85 في 1- 7/ 1/ 1414هـ، وهذا نصه: (الأصل أنه إذا توافرت طبيبة متخصصة يجب أن تقوم بالكشف على المريضة، وإذا لم يتوافر ذلك فتقوم بذلك طبيبة غير مسلمة ثقة، فإذا لم يتوافر ذلك يقوم به طبيب مسلم، وإن لم يتوافر طبيب مسلم، يمكن أن يقوم مقامه طبيب غير مسلم، على أن يطلع من جسم المرأة على قدر الحاجة، في تشخيص المرض ومداواته، وألا يزيد عن ذلك، وأن يغض الطرف قدر استطاعته وأن تتم معالجة الطبيب للمرأة هذه بحضور محرم أو زوج أو امرأة ثقة خشية الخلوة.أهـ).

3. وفي جميع الأحوال المذكورة لا يجوز أن يشترك مع الطبيب، إلا من دعت الحاجة الطبية الملحة لمشاركته، ويجب عليه كتمان الأسرار إن وجدت.

4. يجب على المسؤولين في الصحة والمستشفيات حفظ عورات المسلمين والمسلمات، من خلال وضع لوائح وأنظمة خاصة؛ تحقق هذا الهدف، وتعاقب كل من لا يحترم أخلاق المسلمين، وترتب ما

يلزم لستر العورة، وعدم كشفها أثناء العمليات، إلا بقدر الحاجة من خلال اللباس المناسب شرعاً"[1].

من خلال قرار مجمع الفقهي الإسلامي يتبين أنه:

- لا يجوز كشف العورة لكل من المرأة للرجل، ولا المرأة للمرأة، ولا العكس.
- كلما كان انكشاف المرأة على غير من يحل بينها وبينه اتصال جنسي مباح لغرض مشروع يجب أن يكون المعالج امرأة مسلمة؛ إن أمكن ذلك، وإلا فامرأة غير مسلمة، وإلا فطبيب مسلم ثقة، وإلا فغير مسلم بهذا الترتيب.

ولا تجوز الخلوة بين المعالج وبين المرأة التي يعالجها إلا بحضور زوجها، أو امرأة أخرى[2].

- لا يشارك الطبيب المعالج أي شخص آخر مطلقا، إلا من دعتهم الضرورة القصوى لذلك، ويجب عليه عندئذ كتمان الأسرار إن وجدت.
- يجب على القائمين في مجال الصحة حفظ عورات المسلمين، وذلك بوضع قانون محكم ومضبوط يعاقب كل من خالفه.

من خلال ما سبق يتضح لنا: أن الاحتياج للعلاج من مرض مؤذ، أو من حالة غير طبيعية في جسم الإنسان تسبب له إزعاجا، تعتبر غرضا مشروعا يبيح له كشف العورة لأجنبي عنه لغرض العلاج، بحيث يتقيد هذا الانكشاف بقدر الضرورة.

ثانيا: في القانون

عند البحث في قانون الأسرة الجزائري تبين أن المشرع الجزائري لم يتناول في طياته مسألة كشف العورة لغرض العلاج رغم كون المسألة ذات أهمية بالغة، ولا يكاد يخلو يوم من أيام السنة من مثل هذه القضايا، وهذا ما يدل على أن هناك فراغا قانونيا هائلا في قضية العلاج والضوابط المتعلقة بها، مما يفسح المجال للطبيب المعالج إلى التحكم في كيفية علاج مرضاه بالطرق التي يراه مناسبة، كونه غير ملزم ولا مقيد بنص قانوني.

---

1 قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الرابعة عشر، 20شعبان 1415هـ، الموافق 21/ 1/ 1995م، http://www.jameataleman.org.

2 ينظر عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 1993، د ط، ص166-167.

وبعد المقارنة بين الشريعة والقانون في هذه المسألة نجد بوناً شاسعاً بينهما بحيث فصل فقهاء الشريعة الإسلامية فيها ووضعوا لها أحكام وضوابط خاصة بها وقيدوها وفقا للضرورة، في حين أن المشرع الجزائري لم يتطرق إليها نهائيا، وفي هذا نقص جلي في تقنين مثل هذه المسائل البالغة الخطورة، وترك المسألة مطلقة قد يؤدي إلى انتهاك الأعراض الذي جاءت التشريعات لحفظها وصونها.

الفرع الثاني: انتقال الحضانة بين الشريعة والقانون

اهتم كل من الشريعة والقانون برعاية الصغير وحمايته والعناية به وتوفير كلما يكفل له حياة كريمة بعيدا عن كل ما قد يؤثر على حياته وهذا ما يسميه الفقهاء بالحضانة. فما ظروف انتقالها بين الشريعة والقانون؟

أولا: في الشريعة

الحضانة في الاصطلاح الشرعي تعني: تربية الطفل والقيام بشؤونه في فترة معينة من عمره، ودفع الأذى عنه حتى يبلغ سنا معينا[1].

والشريعة الإسلامية تقدم المرأة على الرجل في حضانة الصغير، وهكذا فقد أعطت الأولوية لأم الصغير لأنها أكثر عاطفة وأشد صبرا على احتياجاته المتنوعة، وأوفر شفقة ورحمة على الطفل من الرجل بحكم الفطرة والتكوين، فقد قدمها الشرع على الرجل في استحقاق الحضانة، ولما كانت الحضانة أمرا شاقا لا يصبر عليها ولا يتحمل تبعاتها إلا الكبار فقد اشترط العلماء شروطا عامة لابد من توفرها في الحاضنين من الرجال والنساء حتى تثبت أهليتهم لحضانة الصغير[2].

وقد اشترط الفقهاء أن تكون الحاضنة منذ ولادة الطفل: بالغة، عاقلة، وأمينة[3].

وجاء ترتيب الحواضن في كتاب القوانين الفقهية لابن جزي كالآتي:

"الحضانة للأم، ثم الجدة للأم، ثم الخالة، ثم الجدة للأب، ثم للأب، ثم للأخت، ثم العمة، ثم ابنة الأخ، ثم للأفضل من العصبة. وهذا الترتيب إن كان الأول مستحقا للحضانة، فإن لم يكن انتقلت إلى الذي يليه. وكذلك إن سقطت حضانته أو كان معدوما". وتسقط الحضانة بأربعة أشياء[4]:

1 العربي بختي، المرجع السابق، ص132.

2 المرجع السابق، ص 134.

3 المرجع نفسه.

4 ابن جزي، المرجع السابق، ص366.

1- سفر الحاضن إلى مكان بعيد.

2- ضرر في بدن الحاضن؛ كالجنون والجذام والبرص.

3- قلة دينه وصونه.

4- تزوج الحاضنة ودخولها.

من خلال الأحكام والشروط التي وضعها الفقهاء نلاحظ أنهم جعلوا الحضانة تنتقل من الحاضن الأصلي إلى الذي يليه للضرورة، ومراعاة لمصلحة المحضون؛ فتسقط الحضانة إذا سافر الحاضن إلى مكان بعيد، أو مرض معدي يصيب الحاضن ويمكن أن ينتقل إلى المحضون، وكذا الحاضن الذي يترك محضونه يخالط رفقاء السوء، أو يتعاطى الفحش وفساد الأخلاق على مرأى ومسمع من المحضون، أو يصطحبه إلى أماكن تقع بداخلها ممارسة الفسق والفجور فهذا كله يمنح الحاضن التالي حق انتقال الحضانة له، وذلك لحفظ دين ونفس وعرض وأخلاق المحضون التي تسعى الشريعة الإسلامية للحفاظ عليها وصونها.

ثانيا: في القانون

وإذا أمعنا النظر في قانون الأسرة الجزائري لمعرفة موقفه من الحضانة فإننا نجده قد ساير فقهاء الشريعة الإسلامية في هذه المسألة، حيث حددت المادة 62 من نفس القانون مفهوم الحضانة بنصها: "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا.

ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك".

كما ذُكر ترتيب الحواضن في المادة 64 من نفس القانون، بحيث جاء فيها ما يلي: "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب، ثم الجدة لأم، ثم الجدة لأب، ثم الخالة، ثم العمة، ثم الأقربون درجة مع مراعاة مصلحة المحضون في كل ذلك، وعلى القاضي عندما يحكم بإسناد الحضانة أن يحكم بحق الزيارة".

وتسقط الحضانة وفقا لما جاء في المادة 66 من نفس القانون ب: "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم، وبالتنازل ما لم يضر بمصلحة المحضون".

كما تسقط الحضانة وفقا للمادة 67 من نفس القانون التي تنص على ما يلي: "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه.

ولا يمكن لعمل المرأة أن يشكل سببا من أسباب سقوط الحق عنها في ممارسة الحضانة. غير أنه يجب في جميع الحالات مراعاة مصلحة المحضون".

ويسقط حق الحضانة وفقا للمادة 68 من القانون نفسه بما يلي: "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها".

ونصت المادة 69 من نفس القانون على ما يلي: "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة له أو إسقاطها عنه، مع مراعاة مصلحة المحضون".

كما نصت المادة 70 من نفس القانون على أنه: "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون بغير قريب محرم".

كما يمكن أن يعود الحق في الحضانة كما جاء في نص المادة 71 من قانون الأسرة الجزائري التي نصت على: "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري".

من خلال نصوص المواد أعلاه تبين لدينا أن المشرع الجزائري قد وافق الشريعة الإسلامية إلى حد بعيد في مسألة الحضانة ومسقطاتها مع وجود بعض الاختلاف الطفيف بينهما؛ بحيث نص في المادة 62 على تنشئة على دين أبيه وقد أصاب في ذلك كون العائلات الجزائرية مسلمة، أما المادة 64 فجاء فيها ترتيب الحواضن؛ وقد جاء الأب مباشرة بعد الأم وفقا للمادة، كما راعت المادة 66 مصلحة المحضون بعد إسقاط الحضانة من الوالدة بعد زواجها من غريب على المحضون، ولهذا نجد أن المادة 67 قد شددت على وجوب مراعاة مصلحة المحضون، وأسقطت المادة 68 حق الحضانة لعدم طلبها لمدة تزيد عن سنة، وأرجعت المادة 69 إلى القاضي إيكال حق إسناد حضانة الطفل في حالة تغيير الحاضن لموطنه.

وفي السياق نفسه نجد أن المادة 70 من نفس القانون تسقط حق الحضانة من الجدة أو الخالة عندما تسكن إحداهن بالمحضون مع أمه المتزوجة بشخص غريب عنه.

كما أعادت المادة 71 الحق في الحضانة بعد زوال سبب سقوطها غير الاختياري.

بعد سرد كل من رأي الشريعة الإسلامية ورأي المشرع الجزائري يتضح لدينا أن هناك توافق بينهما إلى حد ما خاصة ما يتعلق بشروط الحاضن ومسقطات الحضانة، إلا أن هناك اختلاف في ترتيب الحاضنين؛ كما أضاف المشرع الجزائري أنه من مسقطات الحضانة عدم طلبها لمدة تزيد عن

سنة، وأسقط حق الجدة في الحضانة إذا سكنت بالمحضون مع أمه المتزوجة بغريب عنه. ومما أضافه كذلك مسألة عودة حق الحضانة إذا كان سبب زواله غير اختياري.

والذي أجمع عليه كل من الشريعة والقانون في هذه المسألة مراعاة مصلحة المحضون، بحيث يمكن انتقال الحضانة وفقا لما تقتضيه الضرورة لحفظ كل من دينه ونفسه وعرضه وأخلاقه.

الخاتمـــــة

كما أن لكل بداية نهاية؛ ها نحن نصل إلى نهاية وخاتمة هذا الموضوع الهام، والذي له تأثير كبير في الحياة اليومية لكل من الفرد والمجتمع، وبعد دراستنا لهذا الموضوع، وعلى ضوء الخطة التي اخترناها له، يمكن الوصول إلى أهم النتائج، والتوصيات المتعلقة به كما يأتي:

أولا: النتائج

❖ عُرفت الضرورة في القانون بأبعاد مختلفة، من ذلك البعد الجنائي الذي تعرف فيه بأنها: حالة الشخص الذي لا يمكنهُ أن يدفع عن نفسهِ أو غيرهِ شراً محدقاً به أو بغيرهِ إلا بارتكاب الفعل المكون لعناصر الجريمة، ومن ذلك البعد الأسري الذي يعتبر تطبيقا للمعنى العام للضرورة.

❖ هناك العديد من المصطلحات الشرعية التي لها صلة بالضرورة منها؛ الحاجة، والرخصة، والمشقة، والمصلحة، كما توجد أيضا مصطلحات قانونية قريبة من معنى الضرورة منها؛ الدفاع الشرعي، والظروف الطارئة، والحادث الفجائي أو القوة القاهرة، والإكراه.

❖ حكم العمل بالضرورة في الشريعة الإسلامية بصفة عامة من حيث هي ضرورة هو الإباحة، ويمكن أن تكون واجبة الفعل؛ كأكل الميتة بالنسبة للمضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه، كما قد تكون الضرورة مباحة الفعل كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه.

❖ أما حكم العمل بالضرورة في القانون فقد اختلف فقهاء القانون الوضعي فيه وبالخصوص فقهاء التشريعات الجنائية فبعضهم يرى أنها سبب من أسباب الإباحة والبعض الآخر يرى أنها مانع من موانع العقاب أو المسؤولية الجنائية، في حين أن هناك رأيا يجمع بينهما؛ فيعتبر الضرورة سبب من أسباب الإباحة في أحوال، ومانع من موانع العقاب في أحوال أخرى.

❖ أما أقسام الضرورة في الشريعة الإسلامية فهي تنقسم باعتبارات متعددة إلى عدة أقسام هي: بالنظر إلى أسباب وقوعها، بالنظر إلى محافظتها على الضروريات الخمسة، بالنظر إلى مستند ثبوتها، بالنظر إلى شمولها، بالنظر إلى بقائها، بالنظر إلى متعلقها، بالنظر إلى حكم العمل بها، بالنظر إلى تأثيرها في المحظور الشرعي وتغييرها لحكمه.

❖ أما في القانون فلم يضع فقهاء القانون تقسيمات للضرورة، بل قاموا بسردها في شكل حالات فقط.

❖ وضع فقهاء الشريعة الإسلامية عدة ضوابط للضرورة هي: أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وأن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية أو ألا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، وأن يكون في الحالات المعتادة عذر يبيح الإقدام على الفعل المحرام، وألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية، و أن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة على الحد الأدنى أو القدر اللازم لدفع الضرر، وأن يصف المحرم في –حالة الدواء– طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه.

❖ للضرورة في القانون الوضعي شروط متعددة وخاصة بكل نوع أو حالة منها: أن يكون الفعل موجود حقيقة ولا يزال مستمراً، وأن يهدد الخطر النفس أو المال، وأن تكون غير منتظرة ولا يمكن تخيلها، وأن تكون مستحيلة الدفع أو الرد.....الخ.

❖ لم يعط قانون الأسرة الجزائري للولي دورا مهما في عقد النكاح حيث اختزل دوره في الحضور لمجلس العقد كغيره من الشهود، كما أعطى للمرأة البالغة الراشدة حق تولي عقد نكاحها بنفسها، واختيار وليها، وذلك طبقا للمادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.

❖ اعتبارا للمصلحة والضرورة أجاز الفقهاء زواج المسيار حصنا للمرأة وعفة لها.

❖ تلجأ الزوجة إلى الخلع في حالة الضرورة القصوى التي تؤدي إلى استحالة العشرة واستمرار الشقاق بين الزوجين.

❖ المشرع الجزائري ذهب إلى الرأي المخالف للجمهور في مسألة الخلع واعتبره حقا ثابتا للمرأة دون موافقة زوجها.

❖ وقد أجاز مجمع الفقه الإسلامي التلقيح الصناعي الداخلي والخارجي للضرورة وفقا لشروط.

❖ وقد أجاز المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي حسب ما ورد في المادة 45 مكرر وفقا لشروط.

❖ الإجهاض بعد نفخ الروح هو جريمة لا يجوز الإقدام عليها إلا في حالة الضرورة القصوى والمتيقنة.

- ❖ لا يجوز لأي دولة مسلمة إصدار قانون لتحديد النسل ويحد من حرية الزوجين في الإنجاب، كما لا يجوز استئصال القدرة على الإنجاب لكل من الزوجين، إلا في حالة الضرورة.
- ❖ يمكن الاستئناس بالبصمة الوراثية في مجال إثبات النسب.
- ❖ أقر قانون الأسرة الجزائري الاعتماد على الطرق العلمية في إثبات النسب وذلك في المادة 40 منه.
- ❖ يثبت النسب في كل من الشريعة والقانون بمقتضى الضرورة في نكاح الشبهة للرجل الذي وطء المرأة وفقا لشروط معينة، وذلك إحياء للولد وحفظا للنسل.
- ❖ أجاز الفقهاء للمعتدة الخروج لقضاء حوائجها للضرورية.
- ❖ لا يجوز كشف العورة لكل من المرأة والرجل في العلاج إلا في حدود الضوابط التي وضعها الفقهاء لذلك.
- ❖ تنتقل الحضانة تلقائيا إلى الذي يلي مستحقها في حالة تقصير هذا الأخير في حق المحضون، أو انعدامه.
- ❖ أجمع كل من الشريعة والقانون على مراعاة مصلحة المحضون.

ثانيا: التوصيات

- ❖ ضرورة نشر فقه الضرورة الشرعية لاجتناب التنزيل الخاطئ لها.
- ❖ ضرورة اهتمام المشرع الجزائري بفقه المرأة عموما وخاصة ما تعلق منها بمقدمات الزواج كمسألة النظر إلى المخطوبة، ودور الولي في النكاح، وذلك بتعديل المادة 11 من قانون الأسرة الجزائري.
- ❖ لا بد للمشرع الجزائري من مواكبة القضايا المعاصرة المتعلقة بحالات الضرورة وتقنينها كمسألة زواج المسيار.
- ❖ على المشرع الجزائري إعادة النظر في بعض المسائل التي أغفلها خصوصا ما تعلق منها بأكل الزوجة والأولاد من كسب الزوج الحرام.

❖ ينبغي على المشرع الجزائري الاستفادة من الفتاوى المعاصرة للمجامع الفقهية، ومراكز الأبحاث والدراسات الشرعية، وذلك بتقنينه لمسألة كشف العورة للعلاج.

هذا فإن أصبنا فمن الله وحده، وإن أخطأنا فمن أنفسنا والشيطان، ونسأل الله سبحانه وتعالى التوفيق والسداد إلى ما يحبه ويرضاه، وأن يجعل هذا العمل خالصا لوجهه الكريم، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، وصلى الله وسلم على نبينا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

الفهــارس :

- فهرس الآيات القرآنية
- فهرس الأحاديث النبوية
- فهرس المواد القانونية
- فهرس المصادر والمراجع
- فهرس الموضوعات

أولا: فهرس الآيات القرآنية

الرقم	الآية	السورة	رقم الآية	الصفحة
1	﴿فَمَنِ ٱضۡطُرَّ غَيۡرَ بَاغٖ وَلَا عَادٖ فَلَآ إِثۡمَ عَلَيۡهِۚ إِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ﴾	البقرة	173	17-30-35-40-41
2	﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ بِكُمُ ٱلۡيُسۡرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ ٱلۡعُسۡرَ﴾	البقرة	185	33
3	﴿لِّلَّذِينَ يُؤۡلُونَ مِن نِّسَآئِهِمۡ تَرَبُّصُ أَرۡبَعَةِ أَشۡهُرٖۖ فَإِن فَآءُو فَإِنَّ ٱللَّهَ غَفُورٞ رَّحِيمٞ.....﴾	البقرة	226-227	58
4	﴿فَإِنۡ خِفۡتُمۡ أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ ٱللَّهِ فَلَا جُنَاحَ عَلَيۡهِمَا فِيمَا ٱفۡتَدَتۡ بِهِۦۗ﴾	البقرة	229	55
5	﴿وَإِذَا طَلَّقۡتُمُ ٱلنِّسَآءَ فَبَلَغۡنَ أَجَلَهُنَّ فَلَا تَعۡضُلُوهُنَّ أَن يَنكِحۡنَ أَزۡوَٰجَهُنَّ﴾	البقرة	232	52
6	﴿لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا وُسۡعَهَاۚ﴾	البقرة	286	33
7	﴿يُرِيدُ ٱللَّهُ أَن يُخَفِّفَ عَنكُمۡۚ وَخُلِقَ ٱلۡإِنسَٰنُ ضَعِيفٗا﴾	النساء	28	33
8	﴿حُرِّمَتۡ عَلَيۡكُمُ ٱلۡمَيۡتَةُ وَٱلدَّمُ وَلَحۡمُ ٱلۡخِنزِيرِ وَمَآ أُهِلَّ لِغَيۡرِ ٱللَّهِ بِهِۦ.....﴾	المائدة	3	30
9	﴿مِنۡ أَجۡلِ ذَٰلِكَ كَتَبۡنَا عَلَىٰ بَنِيٓ إِسۡرَٰٓءِيلَ أَنَّهُۥ مَن قَتَلَ نَفۡسَۢا.....﴾	المائدة	32	65
10	﴿وَمَا لَكُمۡ أَلَّا تَأۡكُلُواْ مِمَّا ذُكِرَ ٱسۡمُ ٱللَّهِ عَلَيۡهِ .....﴾	الأنعام	119	31

11	﴿ قُل لَّآ أَجِدُ فِي مَآ أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُۥٓ.....﴾	الأنعام	145	31
12	﴿ إِنَّ ٱللَّهَ يَأۡمُرُ بِٱلۡعَدۡلِ وَٱلۡإِحۡسَٰنِ .....﴾	النحل	90	32
13	﴿ مَن كَفَرَ بِٱللَّهِ مِنۢ بَعۡدِ إِيمَٰنِهِۦٓ إِلَّا مَنۡ أُكۡرِهَ ..... ﴾	النحل	106	31-40-42
14	﴿وَلَقَدۡ كَرَّمۡنَا بَنِيٓ ءَادَمَ﴾	الإسراء	70	65
16	﴿ وَمَآ أَرۡسَلۡنَٰكَ إِلَّا رَحۡمَةٗ لِّلۡعَٰلَمِينَ ﴾	الأنبياء	108	32
17	﴿ وَمَا جَعَلَ عَلَيۡكُمۡ فِي ٱلدِّينِ مِنۡ حَرَجٖۚ ﴾	الحج	78	33
18	﴿وَقَالَ رَبِّ أَوۡزِعۡنِيٓ أَنۡ أَشۡكُرَ نِعۡمَتَكَ ٱلَّتِيٓ أَنۡعَمۡتَ عَلَيَّ.....﴾	النمل	19	6
19	﴿ فَٱتَّقُواْ ٱللَّهَ مَا ٱسۡتَطَعۡتُمۡ ﴾	التغابن	16	35
20	﴿ لَا يُكَلِّفُ ٱللَّهُ نَفۡسًا إِلَّا مَآ ءَاتَىٰهَا.....﴾	الطلاق	8	33

ثانيا: فهرس الأحاديث النبوية

الرقم	نص الحديث	الراوي	الصفحة
1.	"الأيم أحق بنفسها من وليها"	مسلم	52
2.	"الولد للفراش"	البخاري و مسلم	68
3.	"إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه"	ابن ماجه	33
4.	"أن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة..."	البخاري	53
5.	"إنا بأرض تصيبنا بها مخمصة فما يحل لنا من الميتة؟..."	أحمد	31
6.	"إنما البيع عن تراض"	ابن ماجه	45
7.	"بعثت بالحنفية السمحاء"	أحمد	33
8.	"جاءت امرأت ثابت بن قيس إلى رسول الله... "	البخاري	55
9.	"طلقت خالتي فأرادت أن تجد نخلها..."	مسلم	76
10.	"كيف وجدت قلبك؟ قال: مطمئنا بالإيمان..."	الحاكم	31
11.	"لا ضرر ولا ضرار"	ابن ماجه	32-31
12.	"من لم يشكر القليل لم يشكر الكثير....."	أحمد	6
13.	"يسروا ولا تعسروا"	مسلم	33

ثالثا: فهرس المواد القانونية

المصدر	نص المادة	الصفحة
القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005.	المادة: 11 "تعقد المرأة الراشدة زواجها بحضور وليها وهو أبوها أو أحد أقاربها أو أي شخص آخر تختاره"	53
	المادة: 40 "يثبت النسب بالزواج الصحيح....."	69-71
	المادة: 41 "ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة"	71
	المادة: 45 "يجوز للزوجين اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي..."	63
	المادة: 53 "يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية:..."	59
	المادة: 54 "يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي، ....."	56
	المادة: 61 "لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي ....."	76
	المادة: 62 "الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه....."	80
	المادة: 64 "الأم أولى بحضانة ولدها، ثم الأب....."	80
	المادة: 66 "يسقط حق الحضانة بالتزوج بغير قريب محرم....."	80
	المادة: 67 "تسقط الحضانة باختلال أحد الشروط المنصوص عليها في المادة 62 أعلاه....."	80
	المادة: 68 "إذا لم يطلب من له الحق في الحضانة مدة تزيد عن سنة بدون عذر سقط حقه فيها"	81
	المادة: 69 "إذا أراد الشخص الموكول له حق الحضانة أن يستوطن في بلد أجنبي رجع الأمر للقاضي في إثبات الحضانة ...."	81

	المادة: 70 "تسقط حضانة الجدة أو الخالة إذا سكنت بمحضونها مع أم المحضون بغير قريب محرم"	81
	المادة: 71 "يعود الحق في الحضانة إذا زال سبب سقوطه غير الاختياري"	81
	المادة: 74 "تجب نفقة الزوجة على زوجها بالدخول بها أو دعوتها إليه مع مراعاة أحكام المواد: 78 و79 و80 من هذا القانون"	75

رابعا: فهرس المصادر والمراجع

أولا: كتب الشريعة

1- القرآن الكريم برواية حفص عن عاصم.

2- كتب الحديث

- ابن ماجه، سنن ابن ماجه، ت: بشار عواد معروف، دار الجيل، بيروت، 1998، ج2، ط1.
- أبو داوود، سنن أبي داوود، دار الفكر، 1995، د ط.
- احمد، المسند، ت: أحمد محمد شاكر، مؤسسة الرسالة، 1969، د ط.
- الألباني سلسلة الأحاديث الصحيحة، ج1، د ط.
- البخاري، صحيح البخاري، ت: محمد زهير بن ناصر الناصر، دار طوق النجاة،2001، ط1.
- الترمذي، سنن الترميذي، ت: بشار عواد معروف، دار الغرب الإسلامي، 1996، ط1.
- الحاكم، المستدرك على الصحيحين، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، 2002، ج2، ط2.
- مجد الدين أبي السعادات المبارك بن محمد بن الجزري، ابن الأثير، النهاية في غريب الحديث والأثر، ت: عبد الحميد هنداوي، المكتبة العصرية، بيروت، د س ن، د ط.
- مسلم، صحيح مسلم، ت: أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي، دار طيبة، 2006، مج2، ط1.

3- كتب التفسير

- أبو عبد الله محمد بن أحمد بن أبي بكر القرطبي، الجامع لأحكام القرآن، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، مؤسسة الرسالة، 2006، ج3، ط1.
- أحمد بن علي الرازي الجصاص، أحكام القران، ت: محمد الصادق قمحاوي، دار إحياء التراث العربي، بيروت، 1996، د ط.
- محمد رشيد رضا، تفسير المنار، دار المنار، القاهرة، 1947، ط2.

4- كتب الأصول

- أبو إسحاق الشاطبي، الموافقات في أصول الشريعة، ت: عبد الله دراز، المكتبة التجارية الكبرى، د س ن، د ط.
- أبو حامد الغزالي، شفاء الغليل في بيان الشبه والمخيل ومسالك التعليل، ت: حمد عبيد الكبيسي، مطبعة الإرشاد، بغداد، 1971، د ط.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، المستصفى في علم الأصول، ت: محمد سليمان الأشقر، مؤسسة الرسالة، بيروت، لبنان، 1997، ج1، ط1.
- محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي، د س ن، د ط.

5- كتب الفقه الإسلامي

- ابن قدامة، الكافي، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، دار هجر، مصر، 1997، ج4، ط1.
- أبو حامد محمد بن محمد الغزالي، إحياء علوم الدين، دار المعرفة، بيروت، د س ن، ج2، د ط.
- أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة، المغني، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي، وعبد الفتاح محمد الحلو، عالم الكتاب، الرياض، 1997، ج13، ط3.
- أبو القاسم محمد بن أحمد بن جزي الكلبي، القوانين الفقهية في تلخيص مذهب المالكية، ت: محمد بن سيدي محمد مولاي، د س ن، د ط.
- أحمد بن الشيخ محمد الزرقا، شرح القواعد الفقهية، ت: عبد الستار أبو غدة، دار القلم، دمشق، 1989، ط2.
- أحمد بن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد، الحاجة وأثرها في الأحكام-دراسة نظرية تطبيقية-، كنوز إشبيليا، الرياض، السعودية، د س ن، ج1، ط1.
- الأشقر أسامة عمر سليمان، مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق، دار النفائس، الأردن، 2005، ط2.

- بدران أبو العينين، الفقه المقارن للأحوال الشخصية، دار النهضة العربية، بيروت لبنان، د س ن، د ط.
- جلال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر السيوطي، الأشباه والنظائر، دار الكتب العلمية، بيروت، د س ن، ط1.
- جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة حدودها وضوابطها، دار الوفاء، المنصورة، 1988، ط1.
- الحبيب بن طاهر، الفقه المالكي وأدلته، مؤسسة المعارف، بيروت لبنان، 2005، ج4، ط2.
- الزركشي بدر الدين محمد بن بهاور، المنثور في القواعد، ت: تيسير فائق أحمد محمود، شركة دار الكويت للصحافة-الأنباء- د س ن، د ط.
- الزركشي بدر الدين محمد بن بهاور، المنثور في القواعد، ت: تيسير فائق أحمد محمود، دار الكويت للصحافة، 1985، ج2، ط2.
- زين الدين ابن إبراهيم المعروف بابن نجيم، الأشباه والنظائر، ت: محمد مطيع الحافظ، دار الفكر، دمشق، سوريا، 1983، ط1.
- شمس الدين محمد بن الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة معاني ألفاظ المنهاج، ت: محمد خليل عيتاني ، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1997، ط1.
- عبد الكريم زيدان، حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية، مؤسسة الرسالة، بيروت، د س ن، ط2.
- عبد الوهاب إبراهيم أبو سليمان، فقه الضرورة وتطبيقاته المعاصرة آفاق وأبعاد، البنك الإسلامي للتنمية، جدة، 1993، د ط.
- علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكسائي، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، دار الكتاب العربي، بيروت، 1974، ج5، ط2.
- عمر عبد الله كامل، الرخصة الشرعية في الأصول والقواعد الفقهية، دار بن حزم، بيروت، لبنان، 1999، ط1.

- محمد بن أحمد بن عبد العزيز بن علي المعروف بابن النجار، شرح الكوكب المنير المسمى بمختصر التحرير،ت: محمد الزحيلي، وترير حماد، مكتبة العبيكان، الرياض، 1993، ج1، د ط.
- محمد بن إدريس الشافعي، الأم، دار الكتب العلمية، بيروت، لبنان، 1993، ج5، ط1.
- محمد حسين الجيزاني، حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة، مكتبة دار المنهاج، الرياض، السعودية، د س ن، ط1.
- محمد سعيد رمضان البوطي، مسألة تحديد النسل، مكتبة الفرابي، دمشق، 1976، ط2.
- مصطفى أحمد الزرقا، المدخل الفقهي العام، دار القلم، دمشق، 1998، ط1.
- مصطفى بن حمو أرشوم، النكاح صحة وفسادا وآثارا، مطابع النهضة، سلطنة عمان، 2002، ط1.
- يحي بن شرف النووي محيي الدين، روضة الطالبين وعمدة المفتين، ت: زهير الشاويش، المكتب الإسلامي، دمشق، 1991، ج7، ط3.
- يوسف القرضاوي، من هدي الإسلام: فتاوى معاصرة، دار الوفاء، المنصورة، 1993، ج2، ط1.

- كتب الفقه المقارن

- زياد أحمد سلامة، أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة، الدار العربية للعلوم، الأردن، 1996، ط1.
- العربي بختي، أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية- الجزائر- 2014، ط1.
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي ، شرح بداية المجتهد ونهاية المقتصد لابن رشد، ت: عبد الله العبادي، دار السلام، مصر، 1995، ج1، ط1.
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، شرح بداية المجتهد، ت: عبد الله العبادي، دار السلام، مصر، 1995، ج3، ط1.
- محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، دار المعرفة، بيروت، لبنان، 1982، ج2، ط6.

- محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية، 1993، د ط.
- وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة-دراسة مقارنة-، مؤسسة الرسالة بيروت، 1985، ط4.

ثانيا: كتب المعاجم والمصطلحات

- ابن منظور، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم، لسان العرب، ت: عبد الله علي الكبير، محمد أحمد حسب الله، هاشم محمد الشاذلي، دار المعارف، القاهرة، د س ن، د ط.
- أحمد بن محمد بن علي المقري، المصباح المنير، المطبعة الأميرية، القاهرة، 1922، ج2، ط5.
- أبو الحسين أحمد ابن فارس بن زكريا، معجم مقاييس اللغة، ت: عبد السلام محمد هارون، دار الفكر، 1979، ج2، د ط.
- الطاهر أحمد الزاوي، مختار القاموس، الدار العربية للكتاب، ليبيا، تونس، د س ن، د ط.
- عبد العزيز النجار، المعجم الوسيط، مكتبة الشروق الدولية، 2004، ط4.
- عبد الواحد كرم، معجم مصطلحات الشريعة والقانون، 1995، د ط.
- علي بن محمد الشريف الجرجاني، التعريفات، ت: محمد صديق المنشاوي، دار الفضيلة، القاهرة، د س ن، دط.
- قطب مصطفى سانو، معجم مصطلحات أصول الفقه، دار الفكر، دمشق، سوريا، 2000، ط1.

ثالثا: كتب القانون

- إبراهيم زكي أخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 1969، د ط.
- بلحاج العربي، النظرية العامة للالتزام في القانون المدني الجزائري، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2004، ج2، ط5.
- رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة دار المعارف، الإسكندرية، 1968، ط3.
- سامح السيد جاد، الأحكام العامة للقانون الجنائي، 1984، ط4.

- عبد الرزاق أحمد السنهوري، نظرية الالتزام بوجه عام- مصادر الالتزام-، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، د س ن، ج1، د ط.
- عبد العظيم مرسي وزير، شرح قانون العقوبات، القسم العام-النظرية العامة للجريمة-، دار النهضة العربية، القاهرة، 2006، ج1، ط4.
- عبد الله سليمان، شرح قانون العقوبات –القسم العام- الجريمة، دار الهدى، عين مليلة، د س، ج1، د ط.
- مأمون محمد سلامه، قانون العقوبات، القسم العام، دار الفكر العربي، 1979، د ط.
- محمود إبراهيم إسماعيل، شرح الأحكام العامة في قانون العقوبات، د س ن، ط1.

- كتب القانون المقارن

- سعيد سيد علي، نظرية الظروف الطارئة في العقود الإدارية والشريعة الإسلامية -دراسة مقارنة-، دار الكتاب الحديث، مصر، 2007، د ط.
- عبد الرحمن خلفي، القانون الجنائي العام- دراسة مقارنة -، دار بلقيس، دار البيضاء، الجزائر، 2016، د ط.

رابعا: الرسائل الجامعية

- بلعجات قوقو، وبكرار نجمة، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري، أطروحة ماستر في القانون الخاص، جامعة عبد الرحمن ميرة، بجاية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم القانون الخاص، 2014-2015.
- بن عومر الوالي، ضوابط الدفاع الشرعي: أطروحة ماجستير في الشريعة والقانون، جامعة وهران، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2007-2008.
- بوخميس فؤاد، تطبيقات نظرية الظروف الاستثنائية على الأعمال القانونية للإدارة، أطروحة ماستر في إدارة ومالية، جامعة زيان عاشور، الجلفة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق.
- سعد جميل سليم الريس، النسل حفظه وتنظيمه- دراسة فقهية مقارنة- رسالة ماجستير في الفقه المقارن، جامعة الأزهر، غزة، كلية التربية- قسم الدراسات الإسلامية- 2012.

- لبنى بوجلال، موانع المسؤولية الجزائية في التشريع الجزائري، أطروحة ماجستير في الحقوق- علوم جنائية-، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، 2012-2013.

- نادية رازي، منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاته في ضوء الواقع المعاصر: أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول، جامعة الحاج لخضر، باتنة، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، قسم العلوم الإسلامية، 2013-2014.

خامسا: المقالات والدوريات

- عبد العزيز بن عبد الله بن باز وآخرين، مجلة البحوث الإسلامية، السعودية، 1975، العدد الأول.

- مجلة مجمع الفقه الإسلامي، الدورة الخامسة لمؤتمر مجمع الفقه الإسلامي، العدد5، سنة 1988، الكويت، http://www.iifa-aifi.org.

سادسا: قرارات المجامع الفقهية

- قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي برابطة العالم الإسلامي في دورته الثامنة عشرة المنعقدة بمكة المكرمة في الفترة من 10-1427/3/14هـ الموافق لـ 8-2006/4/12م، https://fatwa.islamonline.net

- قرار مجلس المجمع الفقهي الإسلامي لرابطة العالم الإسلامي، في دورته الرابعة عشر، 20 شعبان 1415هـ، الموافق 21/ 1/ 1995م، http://www.jameataleman.org.

- قرار مجلس مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنبثق عن منظمة التعاون الإسلامي المنعقد في دورة مؤتمره العشرين بوهران (الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية) خلال الفترة من 26 شوال إلى 2 من ذي القعدة 1433هـ، الموافق 13-18 سبتمبر (أيلول) 2012م، http://www.iifa-aifi.org.

- قرار مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الخامس بالكويت من 1-6 جمادى الأولى 1409 الموافق 10 – 15 كانون الأول (ديسمبر) 1988م، http://www.iifa-aifi.org.

- مجمع الفقه الإسلامي الدولي المنعقد في دورة مؤتمره الثالث بعمان عاصمة المملكة الأردنية الهاشمية من 8-13 صفر 1407هـ، الموافق 11 – 16 تشرين الأول (أكتوبر) 1986م، http://www.iifa-aifi.org.
- مجمع الفقه الإسلامي، قرارات وتوصيات مجمع الفقه الإسلامي، د س ن، د ط.
- المجمع الفقهي الإسلامي، الدورة الثانية عشر بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من يوم 15رجب 1410هـ الموافق لـ 10 فبراير 1990م إلى يوم22 رجب 1410هـ الموافق لـ 17 فبراير 1990م https://fatwa.islamonline.net.

سابعا: النصوص القانونية

- القانون رقم: 84-11 المؤرخ في 09 رمضان 1404هـ الموافق لـ09 يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005، الصادر عن الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية عدد 15 الصادر بتاريخ 27 فبراير 2005.

ثامنا: المواقع الالكترونية

- يوسف القرضاوي، زواج المسيار، بتاريخ:02 جمادى الأولى 1422هـ -الموافق لـ 21-07-2011م، htt//www.qaradawi.net.

خامسا: فهرس المواضيع

الموضوع	الصفحة
البسملة	2
الاستهلال	3
الإهداء	5-4
شكر وعرفان	6
مقدمة	أ-ح
الفصل الأول: مفهوم الضرورة	15
المبحث الأول: تعريف الضرورة وعلاقتها بغيرها من المصطلحات	16
المطلب الأول: تعريف الضرورة	17
الفرع الأول: تعريف الضرورة في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي	17
أولا: تعريف الضرورة في اللغة	17
ثانيا: تعريف الضرورة في الاصطلاح الشرعي	17
الفرع الثاني: تعريف الضرورة في الاصطلاح القانوني	20
المطلب الثاني: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات	21
الفرع الأول: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات الشرعية	21
أولاً: علاقة الضرورة بالحاجة	21
ثانياً: علاقة الضرورة بالرخصة	24
ثالثا: علاقة الضرورة بالمشقة	24
رابعاً: علاقة الضرورة بالمصلحة	25
الفرع الثاني: علاقة الضرورة بغيرها من المصطلحات القانونية	26
أولاً: علاقة الضرورة بالدفاع الشرعي	26
ثانياً: علاقة الضرورة بالظروف الطارئة	26
ثالثًا: علاقة الضرورة بالحادث الفجائي أو القوة القاهرة	27
رابعاً: علاقة الضرورة بالإكراه	28

المبحث الثاني: أساس الضرورة وحكم العمل بها	29
المطلب الأول: أساس الضرورة في الشريعة والقانون	30
الفرع الأول: أساس الضرورة في الشريعة	30
أولا: من الكتاب	30
ثانيا: من السنة النبوية	31
ثالثا: قواعد الشريعة العامة	32
الفرع الثاني: أساس الضرورة في القانون	34
المطلب الثاني: حكم العمل بالضرورة في الشريعة والقانون	35
الفرع الأول: حكم العمل بالضرورة في الشريعة	35
القسم الأول: ضرورة يجب فعلها	35
القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها	36
الفرع الثاني: حكم العمل بالضرورة في القانون الوضعي	37
أولاً: الضرورة سبب من أسباب الإباحة	37
ثانياً: الضرورة مانع من موانع العقاب	37
المبحث الثالث: أقسام الضرورة وضوابطها	39
المطلب الأول: أقسام الضرورة في الشريعة والقانون	40
الفرع الأول: أقسام الضرورة في الشريعة	40
أولا: بالنظر إلى أسباب وقوعها	40
ثانيا: بالنظر إلى محافظتها على الضروريات الخمسة	41
ثالثا: بالنظر إلى مستند ثبوتها	41
رابعا: بالنظر إلى شمولها	42
خامسا: بالنظر إلى بقائها	42
سادسا: بالنظر إلى متعلقها	42
سابعا: بالنظر إلى حكم العمل بها	43
ثامنا: بالنظر إلى تأثيرها في المحظور الشرعي وتغييرها لحكمه	43

الفرع الثاني: أقسام الضرورة في القانون	43
أولا: من حيث أسباب وقوعها	43
ثانيا: من حيث العموم أو الشمول	43
المطلب الثاني: ضوابط الضرورة في الشريعة والقانون	44
الفرع الأول: ضوابط الضرورة في الشريعة	44
الفرع الثاني: ضوابط الضرورة في القانون	46
أولا: شروط الدفاع الشرعي	46
ثانياً: شروط القوة القاهرة	47
ثالثا: شروط الظروف الطارئة	47
رابعا: شروط الإكراه	47
الفصل الثاني: تطبيقات الضرورة في بعض قضايا الأسرة	50
المبحث الأول: الضرورة في مسائل الزواج وانحلاله	51
المطلب الأول: الضرورة في قضايا الزواج	52
الفرع الأول: الولاية في النكاح بين الشريعة والقانون	52
أولا: في الشريعة	52
ثانيا: في القانون	52
الفرع الثاني: زواج المسيار بين الشريعة والقانون	53
أولا: في الشريعة	53
ثانيا: في القانون	55
المطلب الثاني: الضرورة في قضايا انحلال الزواج	55
الفرع الأول: الخلع بين الشريعة والقانون	55
أولا: في الشريعة	55
ثانيا: في القانون	56
الفرع الثاني: التطليق بين الشريعة والقانون	57
أولا: في الشريعة	57

ثانيا: في القانون	59
المبحث الثاني: الضرورة في مسائل النسل وإثبات النسب	61
المطلب الأول: الضرورة في قضايا النسل	62
الفرع الأول: التلقيح الاصطناعي بين الشريعة والقانون	62
أولا: في الشريعة	62
ثانيا: في القانون	63
الفرع الثاني: الإجهاض وتنظيم النسل بين الشريعة والقانون	64
أولا: الإجهاض	64
أ- في الشريعة	64
ب- في القانون	66
ثانيا: تنظيم النسل	66
أ- في الشريعة	66
ب- في القانون	67
المطلب الثاني: الضرورة في قضايا إثبات النسب	67
الفرع الأول: إثبات النسب بالبصمة الوراثية بين الشريعة والقانون	68
أولا: في الشريعة	68
ثانيا: في القانون	69
الفرع الثاني: ثبوت النسب في نكاح الشبهة بين الشريعة والقانون	70
أولا: في الشريعة	70
ثانيا: في القانون	71
المبحث الثالث: الضرورة في مسائل النفقة والرعاية الأسرية	73
المطلب الأول: الضرورة في قضايا النفقة	74
الفرع الأول: الأكل من الكسب غير المشروع للزوج بين الشريعة والقانون	74
أولا: في الشريعة	74

ثانيا: في القانون	75
الفرع الثاني: خروج المعتدة في حوائجها بين الشريعة والقانون	75
أولا: في الشريعة	75
ثانيا: في القانون	76
المطلب الثاني: الضرورة في قضايا الرعاية الأسرية	76
الفرع الأول: الضرورة الصحية بين الشريعة والقانون	77
أولا: في الشريعة	77
ثانيا: في القانون	78
الفرع الثاني: انتقال الحضانة بين الشريعة والقانون	79
أولا: في الشريعة	79
ثانيا: في القانون	80
الخاتمة	84
فهرس الآيات القرآنية	89
فهرس الأحاديث النبوية	91
فهرس المواد القانونية	92
فهرس المصادر والمراجع	94
فهرس المواضيع	102
ملخص البحث بالعربية	107
ملخص البحث بالانجليزية	108

ملخص البحث

تناول هذا البحث موضوع الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، وذلك بمقارنة أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي مع أحكامها في قانون الأسرة الجزائري، وهذا الموضوع يعتبر من المواضيع المثيرة للجدل خصوصا في عصرنا الحاضر الذي ظهرت فيه نوازل ومستجدات تحتاج إلى تكييف شرعي وقانوني لتأتي أكلها، فانصب اهتمام هذا البحث في البداية على بيان المعنى الحقيقي للضرورة، ثم استقراء أهم المسائل الأسرية التي تنطبق عليها أحكام الضرورة وإبراز وجهة النظر الشرعية والقانونية منها، وقد تطلب كل ذلك تقسيمه إلى فصلين الأول؛ نظري يتألف من ثلاث مباحث خصص للتأصيل الشرعي والقانوني للموضوع فتضمن في مبحثه الأول تعريف الضرورة وعلاقتها بغيرها من المصطلحات، وفي الثاني أساسها وحكم العمل بها، وفي الثالث أقسامها وضوابطها، أما الفصل الثاني تطبيقي يتكون من ثلاث مباحث فقد خصص لإبراز تطبيقات الضرورة على بعض مسائل الأسرة أو الأحوال الشخصية فجاء متضمناً في أول مباحثه لتطبيقات الضرورة في قضايا الزواج وانحلاله وتشمل مسألة الولاية في النكاح وزواج المسيار والخلع والتطليق، وفي ثاني مباحثه تضمن تطبيقات الضرورة في قضايا النسل وإثبات النسب والتي شملت مسألة التلقيح الاصطناعي والإجهاض وتنظيم النسل والبصمة الوراثية وثبوت النسب في نكاح الشبهة، أما مبحثه الثالث فجاءت فيه بعض تطبيقات الضرورة في قضايا النفقة والرعاية الأسرية والتي تمثلت في مسألة الأكل من الكسب غير المشروع للزوج وخروج المعتدة لحوائجها وكذا مسألة الضرورة الصحية وانتقال الحضانة.

وقد حاول هذا البحث الإجابة على بعض الإشكاليات أبرزها الوقوف على أهم تطبيقات الضرورة في مسائل الأسرة ليتسنى للمجتمع معرفة أحكامها وضوابطها الشرعية والقانونية وعلى وجه الخصوص أفراد أسره وهذا بغية الوصول إلى حل صائب لبعض المسائل والمستجدات التي ظهرت في هذا العصر.

Abstract

This paper deals with the necessity and its applications in the scope of the family in both Islamic law and modern law by comparing the provisions of necessity in Islamic jurisprudence with its provisions in the Algerian family law. It is considered a controversial subject especially in our present time, where compromises and updates are needed in order to adapt to the law and jurisprudence. The interest of this research at the beginning is to indicate the true meaning of the necessity and the induction of the most important family issues which apply to the provisions of necessity and to highlight the legitimate and legal point of view and it may require from us to divide it into two chapters.

The first theoretical part which consists of three parts. The second chapter of my application consists of three sections, It was devoted to highlight the necessity of applications on certain matters of family or personal status. Including in its first study the applications of necessity in marriage issues and its dissolution .Also the question of looking at the fiancé and the state of marriage and marriage of Misyar and divorce. The second study includes the applications of necessity in the issues of birth and proof of descent, which includes the issue of artificial insemination , Abortion, birth control, fingerprint and genetic evidence of descent in the marriage of suspicion .But Mbgesh third came when some necessary applications in the maintenance and care of family issues, which was the issue of eating from the graft husband and exit righteous to Hawwaijha, as well as the issue of health necessity and transfer of custody.

This research has tried to answer some of the problems, the most important of which is to identify the most important applications of necessity in matter of the family so that the society can know its legal and permissible provisions, especially its family members. In order to arrive at a correct solution to some of the issues and developments that occurred in our era.