نظرية الضرورة

في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري

"دراسة مقارنة"

بحث مقدم من ضمن متطلبات الدكتوراه لنشره

بمجلة الكلية

مقدم من الباحث

باسم أحمد محمد أحمد الهجرسي

بسم الله الرحمن الرحيم

مقدمة

الحمد لله الذي بنعمته تتم الصالحات والصلاة والسلام علي سيدنا محمد سيد المخلوقات وعلي اله الطاهرين وصحابته أجمعين وبعد ..

مرت بحياة الدولة– من الناحية القانونية– مراحل متعددة كانت كل مرحلة منها تجربة لما قبلها، وتمهيداً لما بعدها إلى أن وصلت الدولة في عصرنا الحديث إلى مرحلة قانونية سليمة يطلق عليها الدولة القانونية، ومرد ذلك ومرجعه إلى ظهور مبدأ المشروعية ، ذلك المبدأ الذي تقوم عليه الدولة الحديثة(١).

ويقصد بمبدأ المشروعية خضوع الدولة بجميع سلطاتها وهيئاتها العامة وكذلك الأفراد للقانون بمفهومه العام الواسع أي جميع القواعد القانونية في الدولة سواء كانت مكتوبة مثل القواعد الدستورية وقواعد التشريع العادي واللائحي أو كانت غير مكتوبة مثل العرف والمبادئ القانونية العامة وأحكام القضاء(٢).

وسيادة مبدأ المشروعية بهذا المفهوم يستقل عن شكل الدولة فهو يسري على الدولة الديمقراطية، كما يسري على سواها من الأنظمة

---

(١) د/ إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الرابع، أكتوبر وديسمبر سنة ١٩٦٦، ص ٩٧.

(٢) د/ سليمان محمد الطماوي، القضاء الإداري، الكتاب الأول، قضاء الإلغاء، دار الفكر العربي، ١٩٨٦م، ص ٢١، ولسيادته أيضاً، القرارات الإدارية، ط ١٩٨٤م، ص ١٥ والذي يرى فيه أن مبدأ المشروعية في معناه العام يعنى سيادة حكم القانون، د/ محمود محمد حافظ ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة الكتاب الجامعي، ١٩٩٣م، ص ٢٠ وما بعدها.

القانونية(١)، بصرف النظر عن الفلسفة أو الأيديولوجية التي تحكم المجتمع، أي سواء كان المجتمع يحكمه النظام الليبرالي أو النظام الاشتراكي أو النظام الإسلامي، حيث أصبح من المبادئ القانونية العامة التي يجب تطبيقها في جميع الدول القانونية(٢).

فالدولة القانونية هي تلك التي تخضع فيها تصرفات الحكام والمحكومين- على حد سواء- لسطوة القانون، وبعبارة أدق فإنه لا يجوز لسلطات الدولة وأجهزتها المختلفة أو لرعاياها ممارسة أي نوع من التصرفات إلا على مقتضى قواعد عامة موضوعة سلفاً وفقاً للأوضاع والشروط المقررة لذلك(٣).

من ثم لا بد من توافر عدة أركان لقيام الدولة القانونية هي:

١- وجود نظام دستوري يحدد الاتجاهات السياسية والاجتماعية والاقتصادية لجميع أوجه النشاط في داخل الدولة سواء في ذلك النشاط الحكومي أم النشاط الفردي كما يحدد مجموعة القواعد التي تنظم علاقة الفرد بالدولة من الناحية السياسية وعلاقة السلطات ببعضها وتحديد اختصاصاتها.

---

(١) د/ سليمان الطماوي، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص ٢٣.

(٢) د/ عبد الجليل محمد على، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة، دراسة مقارنة، دار النهضة العربية، ١٩٨٤م، ص ١٣، د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٣م، ص ١٢ وما بعدها.

(٣) د/ السيد خليل هيكل، د/ وهيب عباس سلامة، د/ ثروت عبد العال، القضاء الإداري- الجزء الأول- كلية الحقوق،جامعة أسيوط ، طبعة ٢٠٠١م، ص ٩.

٢- يجب أن يسود مبدأ الفصل بين السلطات بالإضافة إلى تدرج القواعد القانونية وفقاً لمكان الهيئة التي تصدرها في تدرج الهيئات العامة.

٣- يجب أيضاً أن يتوافر ركن خضوع الإدارة للقانون إذ هو نتيجة حتمية للأركان السابقة.

٤- قيام رقابة قضائية على أعمال الإدارة وتنظيمها على أكمل وجه كي تؤدى رسالتها كاملة غير منقوصة تلك هي الدولة القانونية التي يسري عليها مبدأ المشروعية في معناه العام(١).

ومما سبق يتبين أن الأصل هو خضوع السلطات العامة في الدولة لمبدأ المشروعية، ويتطلب ذلك الخضوع ضرورة مطابقة أعمال هذه السلطات للقواعد القانونية التي يتكون منها النظام القانوني في الدولة ويترتب على مخالفة تلك القواعد عدم مشروعية أعمالها، وهو ما يحول دون استبداد السلطة الحاكمة بالحكم حسبما تشتهيه نفسها ويتطلبها هواها.

إلا أن حياة الدول لا تسير على وتيرة وأحدة، وإنما تتخللها فترات الشدة والأزمات التي قد تهدد كيان الدولة، واستمرار وجودها، وإذا كانت السلطة العامة يقع على عاتقها التزام النظام القانوني في ظروفها العادية، إلا أن هذا النظام قد يعجز في فترات الأخطار والأزمات عن وضع الحلول المناسبة والحماية اللازمة للحفاظ على كيان الدولة، وإلزام الإدارة في مثل هذه الظروف بوجوب احترام القواعد التي وضعت لتطبق في الظروف العادية، من شأنه أن يؤدي إلى تعرض النظام العام في الدولة للخطر، وهو ما يتنافى ونية المشرع من وجوب الحفاظ على كيان الدولة

---

(١) د/ إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص ٩٨.

سواء كان ذلك في الظروف العادية أو في الظرف الاستثنائية التي تتعرض لها، وهو ما قررته الدساتير المعاصرة في مراحلها المتعاقبة.

وإذا كانت القوانين الوضعية قد قررت هذا المبدأ ، فإن الحالة التي يمر بها العالم الإسلامي أيقظت المشاعر في المسلمين فبدأ اتجاه نحو الإسلام لا يمكن التغاضي عنه أو تجاهله، قوامه الدعوى إلى تحكيم كتاب الله وسنة نبيه صلى الله عليه وسلم، وإذا كان الأمر كذلك فلابد من الاهتمام الجاد بوضع الأحكام الإسلامية في جميع شئون الحياة بصفة علمية واضحة متمشية مع ما يتطلبه العصر من أسلوب في التنظيم والتدوين مع المحافظة التامة على أحكام الشريعة فروعاً وأصولاً، ومن هذه الأحكام التي يجب تطبيقها حالة الضرورة التي قد تتعرض لها الدولة الإسلامية ، حيث كان للشريعة الإسلامية السبق في إقرار هذه النظرية على سائر القوانين الوضعية، وهو ما يتضح من نصوصها حيث طبقت أحكامها منذ أكثر من أربعة عشر قرناً من الزمان، بل وجعلته الوجه الثاني من المشروعية، وطبقته تطبيقاً حكيماً، فالحدود التي رسمها التشريع الإسلامي لحكام المسلمين لم تكن لتقف جامدة أمام حالة الضرورة بصورها المختلفة، بل يتجاوب هذا التشريع دائماً مع تلك الظروف من أجل تفادى الكوارث وتخطى الأزمات والصمود أمام هذه الشدائد، ذلك أن التشريع الإسلامي يتضمن نوعين من الأحكام:

النوع الأول: الأحكام ثابتة وهي التي تتضمن الأحكام القطعية التي لا تقبل التأويل أو الاجتهاد فيها كالأحكام المتعلقة بالعقيدة والعبادات.

النوع الثاني: الأحكام المتطورة وهى الأحكام التي تملك الهيئات الحاكمة والجماعة الإسلامية أن تعمل إرادتها بحيث يكون لها في نطاق

هذه المسائل سلطة، وهو ما يتم في غالب الأحيان في المسائل السياسية التي تختلف باختلاف الزمان والمكان(١).

فالشريعة الإسلامية عرفت هذه النظرية قبل أن يعرفها القانون الدستوري بمئات السنيين وإن بحثها تحت عناوين وأسماء مختلفة وان بعض كتب الفقه بحثتها تحت عنوان يقترب اسمه من الاصطلاح القانوني تحت عنوان " أحكام الطوارئ ".

والقانون مهما تطور فإنه لن يصل إلي اقل ما عرفته الشريعة الإسلامية قبله بقرون لأن القانون من وضع المخلوق، والشريعة الإسلامية المستقاة من الكتاب والسنة من وحي الخالق سبحانه وتعالي، وان مقاصد الشريعة الإسلامية فيها تحقيق المنافع للناس ودرء المفاسد عنهم ولذا لم تقتصر علي التشريع للظروف العادية بل راعت أيضا الظروف الاستثنائية وقررت صراحة إباحة الخروج عن الأحكام التي شرعها الله سبحانه وتعالي ابتدئاً لتكون قانون عاماً ملزما لكل المكلفين في جميع الأحوال.

ولقد سبقت الشريعة الإسلامية في تقنيين هذه النظرية عن طريق الكتاب والسنة إلا أنها لم تعرف كنظرية محددة المعالم إلا في وقت حديث حينما وضع القضاء الإداري الفرنسي معالم هذه النظرية في مطلع القرن العشرين لاسيما بعد الحربين العالميتين حينما واجهت الدول ظروف عصيبة حثت عليها ضرورة استخدام وسائل استثنائية بالمخالفة لقواعد المشروعية العادية وذلك لمواجهة ظروف الحرب وان كان هذا لا ينفي

---

(١) د/ فؤاد النادي، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقــه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الثانية،١٩٨٠م، ص ٧٦.

معرفة الشعوب والنظم القانونية لفكرة الاستثناء كفكرة تؤدي إلي اضطرار بإتباع وسائل تختلف عن الوسائل العادية .

أهمية البحث:

إن نظرية الضرورة لها أهميتها الضرورية في كل أطوار الحياة الإنسانية فما من إنسان في هذا الوجود إلا وقد تحيط به ظروف تدفعه إلي الخروج عن بعض القواعد الواجب احترامها ومرجع ذلك إلي الطبيعة البشرية ومدي الضعف الذي يحيط بها فكما أن الناس لا يستغنون عن القواعد التي تنظم حياتهم في صورتها العادية فإنهم لا يستغنون عن تلك القواعد التي تحكم الظروف الاستثنائية التي قد تحيط بفريق منهم .

وإذا كانت الضرورة قد عرفتها النظم القانونية في مطلع هذا القرن فإن دوافع وجودها في حياة هذه الدول تختلف عن وجودها وأساسها ومبناها في الفقه الإسلامي حيث لم تكن الدول المعاصرة تستهدف حماية المصالح للدولة والأفراد في الظروف الاستثنائية فحسب وإنما استخدمتها بعض الدول ولا زالت، في النطاق الدولي كغطاء للغزو المسلح وتحقيق مطامعها الاستعمارية بهدف التوسع واستغلال الشعوب تحت زعم الضرورة والدفاع عن النفس، كما استخدمتها دول عديدة في الشرق والغرب على حد سواء في المجال الداخلي كستار لأنظمة ديكتاتورية وفاشية بهدف مصادرة الحريات وتعطيل الشرعية القائمة تحت زعم الضرورة وإعلان حالة الطوارئ.

في حين أن النظرية في الفقه الإسلامي قامت لحفظ المصالح الضرورية للأفراد والدولة على حد سواء حيث بنيت على رفع الحرج وتحقيق المصالح وقد رأيت أن اهتمام رجال الفقه الإسلامي في المذاهب الإسلامية قديماً وحديثاً إلى بيان أحكام الضرورة التي تواجه الأفراد والتي

تستوجب التخفيف والتيسير وهو ما أولاه الفقهاء بالبحث وبإفاضة عن حالة المخمصة أو طروء ما يهدد المصالح الضرورية للأفراد (الدين – النفس – العقل – النسل – المال).

فالنظرية في الفقه الإسلامي أوسع مدى وأكثر شمولاً من هذه الحالة وإنما تسري أيضاً على حالة الضرورة والاستثناء التي توجهه الدولة سواء في نشاطها الداخلي أو في علاقتها مع غيرها من الدول.

كما أن الضرورة في الفقه الإسلامي لا تواجه ظرفاً محدداً من الظروف الغير مألوفة أو الشاذة وإنما تواجه أي ظرف يطرأ على الدولة الإسلامية من شأنه أن يجعل التمسك بقواعد الشرعية العادية يؤدي إلى ضرر جسيم بالدولة ومصالحها الأساسية(١).

أسباب اختيار البحث:

ذلك لما ظهر في عالمنا المعاصر في كثير من الدول التجرؤ علي الشرعية تحت مسميات الطوارئ، أو الظروف الاستثنائية وتبغي من وراء ذلك تحقيق مأرب شخصية والاستبداد بالسلطة وبذلك ترتكب أبشع أنواع الظلم والشطط بالسلطة وقهر الشعوب والتنكيل بهم تحت مسميات الضرورة وهو ما يطبق علي حد سواء في المجتمع الداخلي وفي المجتمع الدولي المعاصر فأردت أن أوضح الفرق بين معالجة تلك النظرية في الشريعة الإسلامية ومعالجتها في القانون الدستوري، وكيف أن الشريعة الإسلامية عالجت تلك النظرية بطريقه محكمة لتضمن حقوق الناس في ظل هذه الظروف وكيف استعصي علي المشرع الدستوري المصري معالجة النظرية بنفس الكيفية، مع انه استمد

---

(١) د/ فواد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، ١٩٨٩م، ص٦، ٧.

المبادئ الأساسية للنظرية من الشريعة الإسلامية من خلال مبدأين رئيسيين (هما الضرورات تبيح المحظورات) وأن(الضرورة تقدر بقدرها) وهذا المبدأ الأخير يقتضي أن يكون الإجراء متناسبا مع الضرورة التي اقتضته.

ولما كانت السلطات التي يمنحها أي دستور، لرئيس الجمهورية في غاية الخطورة كان لزاماً أن يكون الخطر علي نفس المستوي ولا يكون ذلك إلا بإعمال المادة الثانية من الدستور بجعل الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع إعمالاً لمفهومه الواسع.

كما أن المساعي التي تهدف إليها الدول العربية في الوقت الحالي من أجل المحافظة علي الوحدة العربية ودعم بنياتها لا ريب أن توحيد القانون في البلاد العربية هو أقوى العوامل كلها في سبيل دعم هذه الوحدة اليوم بعد أن نصت الدساتير العربية علي أن الشريعة الإسلامية مصدر رسمي للقانون.

فأردت أن انوه علي أن الباب قد أصبح مفتوحا علي مصرعيه أمام الدول العربية– لاسيما بعد ثورات الربيع العربي– للقيام بحركة تهدف إلي توحيد القوانين فيها ولا شك أن ما بينها من روابط سوف يساعد علي بلوغ هذه الغاية عن طريق تطبيق أحكام الشريعة الإسلامية والابتعاد عن المصادر الأجنبية التي نقتبس منها ما لا يلاءم حياتنا الاجتماعية وحتى ما نقتبسه منها يتم بنقل القانون الأجنبي برمته دون تدبر أحكامه وتفهم مراميه، لاسيما وقد تبين عجز وقصور التشريعات الاستثنائية المقتبسة من تلك المصادر عن مواجهة الموقف المتدهور في الظروف الاستثنائية، بدليل كثرتها، وتغييرها من حين لأخر.

كم أردت أن أنوه أن نظرية الضرورة تستند إلى مجموعة من الأدلة العلمية والأسانيد الفقهية التي تكذب ما راج خطأً في إفهام بعض الباحثين من طلاب العلم في مصر والعالم العربي من أن القانون ومبادئه من صنع أهل الرأي والفقه الفرنسي فقط ، وأن نظرية الضرورة من صنع مجلس الدولة الفرنسي، ذلك أن مقاصد الشرع وأحكام الشريعة الإسلامية جاءت لتنظيم ما يمس أمور الدنيا بتوفير سبل الخير وانتشار الأمن في سائر أنحاء الأقاليم الإسلامية، ومن ثم كان منطقياً أن تتطابق أحكام الشريعة الإسلامية ويمتد سلطانها إلى كل ما يطرأ على حياة الدول الإسلامية وما يحيط بأوضاعها العادية من شذوذ وتغييرات في الظروف الاستثنائية.

خطة البحث:

عمدت إلى تقسيم البحث إلى مقدمة، وثلاثة فصول وخاتمة: يتضمن الفصل الأول الجانب الشرعي، ويتضمن الفصل الثاني الجانب الدستوري، بينما يتضمن الفصل الثالث مقارنة بين كلا الجانبين السابقين، وخاتمة تناولت فيها أهم النتائج والاقتراحات والتوصيات التي توصلت إليها من خلال البحث.

وكانت خطة البحث على النحو التالي:

الفصل الأول: مضمون الضرورة في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه منها.

المبحث الأول: تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية.

- المطلب الأول: تعريف الضرورة في اللغة.
- المطلب الثاني: تعريف الضرورة في الاصطلاح.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظرية الضرورة.

الفصل الثاني: مضمون الضرورة في القانون الدستوري وموقف الفقه منها.

المبحث الأول: مضمون نظرية الضرورة.

- المطلب الأول: المفهوم العام لنظرية الضرورة.
- المطلب الثاني: المفهوم الدستوري لنظرية الضرورة.

المبحث الثاني: موقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة.

- المطلب الأول: الاتجاه الذي يرفض الأخذ بنظرية الضرورة.
- المطلب الثاني: الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس واقعي أو سياسي.
- المطلب الثالث: الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس قانوني.
- المطلب الرابع: موقف الفقه المصري من نظرية الضرورة.

الفصل الثالث: مقارنة بين مضمون نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري.

المبحث الأول: مقارنة بين مفهوم نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري.

المبحث الثاني: مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وموقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة.

الفصل الأول

مضمون الضرورة في الشريعة الإسلامية وموقف الفقه منها

تعتبر بحق الشريعة الإسلامية أسبق الشرائع في الأخذ بنظرية الضرورة كما وضعت لها القواعد المحكمة التي تكفل الوقوف عند حد الضرورة بل وجعلت منها أيضا الوجه الثاني للمشروعية ،وبمقتضاها تملك السلطة العامة حفظاً للمصالح الأساسية للمجتمع الإسلامي إصدار القرارات التي توجبها الضرورة والتي تخالف الأحكام التي قررها الشارع للظروف العادية بحث لا تعتبر هذه القرارات اعتداء علي مبدأ المشروعية وإنما تعد هذه القرارات مشروعة ومرتبه بكافة آثارها باعتبارها الشريعة اللازمة والواجب تطبيقها إعمالاً لما تقتضيه الضرورة ،وذلك لأن حدود المشروعية في الظروف الاستثنائية لابد وأن تختلف عن حدودها في الظروف العادية(١).

ذلك لأن الشريعة الإسلامية تهتم بالواقع البشري من جهة، ولكونها جاءت لمصالح الخلق من جهة أخري ،ولم تغفل الضرورة باعتبارها ملازمة لهذا الواقع فقد استثنت حالات الضرورة في كثير من تشريعاتها ،حتى يبقي المكلف دائماً داخل إطار الشرعية في كل أعماله.

فهناك واجبات شرعية أسقطت الشريعة وجوبها عن كل شخص منعته الضرورة من أدائها، أو خففت عنه بتأخيرها عن مواقيتها، أو بالاكتفاء بأداء بعضها،كما أن هناك محظورات حظرتها الشريعة، ثم تجاوزت عن ارتكابها لمن ألجأته الضرورة إلي ذلك ، وذلك في الحدود التي رسمتها والضوابط التي وضعتها.

واعتراف الشريعة بالضرورة لا يقتصر علي ناحية من نواحيها التشريعية، ولا علي طائفة معينة من الناس، بل هو اعتراف عام في كل

---

(١) د/ فؤاد النادي، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقــه الإسلامي، مرجع سابق، ص ٩١.

ما شرعته من أحكام تتصور فيها الضرورة شرعاً، عام أيضا للفرد والأسرة والمجتمع كله(١).

كما أن الشريعة الغراء تقوم علي الوحي الإلهي والمبادئ الخلقية السامية منذ بداية عهد الدعوي حينما كلف المولي عز وجل سيدنا محمد (صلي الله عليه وسلم) بحمل أمانة الدعوي، ومنذ هذه اللحظة ومبادئ العدل والرحمة تملئ جنبات المجتمع الإسلامي في شتي مجالاته، وكان رسول الله (صلي الله عليه وسلم) هو القدوة في ذلك.

ومن ثم فلا غرابة في أن تجد أحكام الضرورة لها متسعا في المجتمع الإسلامي.

وهكذا بني الإسلام سرحا من المبادئ هي مزيج من الشدة والرحمة تتواءم معها النفس البشرية في انسجام لا تجد له مثيلا بين صنوف التشريعات الوضعية.

ولما كان الفكر الغربي يتباهي بأنه صاغ النظريات الحديثة إلا أن الفقه الإسلامي قد تمكن منذ أمد بعيد من التوفيق بين مصالح الفرد والجماعة بطريقة عجزت عنها القوانين الوضعية، وآية ذلك كثرة هذه القوانين وإجراء التعديلات فيها باستمرار لتواجه ما لم تتداركه من حالات حال صدورها في حين أن القواعد الكلية للتشريع الإسلامي ومبادئه العامة مازالت وستظل قائمة توفي بحاجات البشر خلال اجتهادات الأئمة المسلمين(٢).

---

(١) أ / جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية حدودها وضوابطها، دار الوفاء للطباعة والنشر، المنصورة ، الطبعة الثانية، ٢٠٠٣م، ص ٢٢.

(٢) د/ فاضل شاكر التنعيمي، نظرية الظروف الطارئة بين الشريعة والقانون، رسالة ماجستير مقدمة لجامعة بغداد، سنة١٩٦٩م، ص ٩٦.

والحق أن تشريع أحكام الضرورة في الشريعة الإسلامية والعمل بمقتضاها قد بدأ مع بداية الدعوة الإسلامية في مكة المكرمة منذ بدأ النبي (صلي الله عليه وسلم) في نشر دعوته للدين الجديد.

فقد روي عن ابن جرير أن المشركون أخذوا عمار بن ياسر فعذبوه حتى قاربهم في بعض ما أرادوا فشكا ذلك إلي النبي (صلي الله عليه وسلم) فقال النبي (صلي الله عليه وسلم) كيف تجد قلبك ؟! قال:مطمئنا بالإيمان، قال النبي (صلي الله عليه وسلم) إن عادوا فعد.وفيه أنه سب النبي (صلي الله عليه وسلم) وذكر آلهتهم بخير(١).

وفي ذلك أنزل الله قوله تعالي " مَنْ كَفَرَ بِاللَّهِ مِنْ بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ"(٢).

وبذلك يتضح أخذ الإسلام بحالة الضرورة منذ بداية الدعوة النبوية للنبي (صلي الله عليه وسلم) ولقد توقع الشارع الإسلامي في القران الكريم والسنة النبوية المطهرة بعض حالات الضرورة ،وقرر لها أحكاما تخالف الحكم الأصلي المقرر في حالات السعة والاختيار ومن ذلك حالات المخمصة (الجوع الشديد)، الإكراه، وظروف الحرب، وغير ذلك من الحالات التي رخص فيها بما يخالف حكم الأصل.

ولقد أولى كثير من رجال الفقه الإسلامي الضرورة اهتماماً كبيراً في كافة مذاهبهم الفقهية والتي تواجه الأفراد وما تستوجبه من تخفيف وتيسير، كما أن بعضهم تعرض لتلك الضرورة التي تعيب الدولة وما تفرضه على الحاكم من عدوله عن حكم الأصل إلى حكم آخر استثنائي

---

(١) د/ محمد علي الصابوني، مختصر تفسير بن كثير، دار السلام للنشر والتوزيع، الرياض، ١٤٢١هـ-٢٠٠٠م، المجلد الثاني، ص ٣٤٨.

(٢) سورة النحل آية (١٠٦).

عند توافر تلك الظروف الاستثنائية، وأنه يتعين على الأمة حينئذ الطاعة والامتثال لما يقرره الحاكم من قرارات، طالما التزم بقواعد القانون الإسلامي في الظروف العادية ولم يتجاوز الحدود والضوابط المقررة التي تفرضها الظروف الاستثنائية.

وبذلك سنتعرض من خلال هذا الفصل لنظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية من خلال مبحثين على النحو التالي:

المبحث الأول: تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية.

المبحث الثاني: موقف الفقه الإسلامي من نظرية الضرورة.

المبحث الأول

تعريف الضرورة في الشريعة الإسلامية

مقتضى نظرية الضرورة الإسلامية أن الشارع الحكيم رخص عند توافر حالات الضرورة التخلي عن قواعد المشروعية الأصلية التي وضعت لحكم أفعال المكلفين في حالة السعة والاختيار، فأباح ارتكاب الفعل المحظور أو المحرم بحسب الأصل، أوترك الواجب أو تأخيره عن وقته أو غير ذلك مما قد يقتضيه دفع الضرورة.

إذ أن المطلع على النظام الإسلامي، يتضح له بجلاء أن هذا النظام يتميز عن سائر الأنظمة بما اتسمت به الشريعة الإسلامية، من حيث كونها دين الحنيفية السمحاء التي تتلاءم مع الفطرة الإنسانية وتلبى مطالبها في جميع الأحوال التي تعترى البشرية دون إفراط أو تفريط(١).

---

(١) د/ مناع قطان، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ١٤٠٢هـ - ١٩٨٠م، ص ٥ وما بعدها .

وقد تعددت المعاني اللغوية والاصطلاحية للضرورة مما يدل على أن الضرورة من النظريات العامة التي صاغها الفقه الإسلامي قبل القانون الوضعي بقرون عده.

وسوف نتعرض لمفهوم الضرورة من خلال مطلبين:

المطلب الأول: تعريف الضرورة في اللغة.

المطلب الثاني: تعريف الضرورة في الاصطلاح.

المطلب الأول

تعريف الضرورة في اللغة

وردت عدة تعريفات لبيان معنى الضرورة في اللغة منها:

١) الضرورة مشتقة من الضرر وهو النازل الذي لا مدفع له(١).

٢) الضرورة اسم لمصدر الاضطرار تقول حملتني الضرورة علي كذا وكذا وقد اضطر فلان إلي كذا وكذا، وأصله من الضرر وهو الضيق(٢).

٣) الضرورة الحاجة والمشقة لا مدفع لها والضرورة كل ما تمس إليه الحاجة، وكل ما ليس منه بد وهو خلاف الكمالي(١).

---

(١) التعريفات، لأبو الحسن علي بن محمد الجرجاني، الدار التونسية للنشر ،سنة١٩٧١م، ص ١٢٠.

(٢) لسان العرب، لجمال الدين محمد بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر، بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ – ١٩٩٢م، ج٤، ص٣٨٤.

٤) الضرورة وجمعها الضرورات تعنى لغة الضرر وهو الضيق(٢).

٥) الاضطرار الاحتياج إلي الشيء وقد اضطره إليه الاسم الضرة والضرورة كالضرة والضرارة والمضارة، ورجل ذو ضاروه وضرورة أي ذو حاجة وقد اضطر إلى الشيء أي ألجئ إليه(٣).

٦) الاضطرار الاحتياج إلي الشيء واضطر إليه أحوجه وألجأه فاضطر بضم الطاء والاسم الضرة، والضرورة الحاجة كالضاروره والضـــارور، والضارورات ، والضرر الضيق(٤).

٧) الضروري ما وصلت فيه الحاجة إلى حد الضرورة كحفظ الدين فالنفس فالنسب فالعقل فالمال(٥)، واضطر أحوج إلي ارتكاب المحرمات(٦).

---

(١) المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط١٤١٣- ١٩٩٢م، ص٣٧٩.

(٢) مفاتيح الغيب، للإمام فخر الدين محمد بن عمر الشافعي، طبعة١٣٠٨ه، ج٢، ص٨٢.

(٣) لسان العرب، لجمال الدين محمد بن منظور، المرجع السابق، ص ٣٨٣.

(٤) القاموس المحيط، للعلامة/ مجد الدين محمد بـــن يعقـــوب الفيـــروز آبـــادي الشيرازي-الشهير بالفيروز آبادي- الجزء الثاني، الهيئة المصرية للكتـــاب، سنة ١٣٩٨ه- ١٩٧٨م، ج٢، ص٧٤.

(٥) التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد عبد الرءوف المنـــاوي- تحقيـــق د/ محمد رضوان الداية- دار الفكر دمشق، دار الفكر المعاصر بيروت، الطبعـــة الأولى، ١٤١٠ه، ص٤٧٣.

(٦) الجامع لأحكام القرآن، للعلامة/ عبد الله محمد بن احمد الأنصاري القرطبي- تحقيق محمد الحفناوي وآخرون- دار الحديث، الطبعـــة الثانيـــة، ١٤١٦ه- ١٩٩٦م، ج٢، ص ٢٢٥.

٨) الاضطرار هو الإلجاء إلى ما فيه ضرر بشدة وقسر وحمل الإنسان على ما يكره ضربان:

أحدهما: اضطرار بسبب خارج كمن يضرب أو يهدد لينقاد أو يؤخذ.

الثاني: تداخل إما بقهر قوة لا يناله بدفعه هلاك كمن غلبته شهوة وإما بقهر قوة يناله بدفعها هلاك(١) .

٩) الضرورة تفيد النقصان وسوء الحال أو الفقر والشدة في الدين أو غيره من الأمور الخمسة التي جاءت الشريعة للحفاظ عليها وهي الدين والنفس والعقل والعرض والمال(٢).

١٠) الضرورة بلوغ من قامت به تلك الحالة أقصي غايات الضرر بان يصير في حال تهدده بخطر محدق بحيث يصبح معها مجبراً علي فعل ما يدفع عنه ذلك الخطر(٣).

١١) ويأتي الاضطرار بالمعاني الآتية: الحمل على الشيء، والإكراه، والإحواج إلى الشيء يقال حملني إلى الأمر وأحوجني إليه وبعثني وحضني وحثني وحرضني وهرني ونهرني وألجأني(١).

---

(١) التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد عبد الرءوف المناوي، مرجع سابق، ص٧١،٧٢.

(٢) د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون القاهرة، جامعة الأزهر، ١٩٧٢م، ص٥٠٧.

(٣) د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، مرجع سابق، ص٧٥.

١٢) الضرورة تدل على المبالغة في الضرر بمعنى بلوغ من تحققت فيه أشد غايات الضرر بأن أصبح في حالة تهدده بخطر محدق بحيث يجد نفسه مجبرا على فعل شيء يدرأ عنه ذلك الخطر(٢).

ويظهر جلياً أن جميع هذه المعاني فيما بينها تدور حول وقوع المضطر في ظروف استثنائية ألجأته إلى ارتكاب محرمات لا يجوز ارتكابها في الأحوال العادية، وهذا المعني يتفق مع مفهوم الضرورة الدستورية التي تلجأ السلطات المختصة إلي اتخاذ إجراءات استثنائية في أحوال الضرورة لا يجوز استخدامها في الظروف العادية محافظة على الدولة أو احد مؤسساتها كمن يرتكب المحرم حفاظا على نفسه.

---

(١) الألفاظ المؤتلفة، لمحمد بن عبد الملك بن مالك الطائي الجياني، المتوفي عام٦٧٢هـ-تحقيق د/ محمد حسن عواد- دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى،١٤١١هـ، ص١٦١.

(٢) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص١٧.

المطلب الثاني

تعريف الضرورة اصطلاحاً

جاءت أيضا تعريفات متعددة للضرورة اصطلاحاً منها:

تعريف الحنفية

الضرورة هي الضرر الذي يجوز بسببه إجراء الشيء الممنوع(١).

كما أن الضرورة هي الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعاً(٢).

وعرفها الجصاص بأنها: خوف الضرر أو الهلاك علي النفس أو بعض الأعضاء بترك الأكل(١).

---

(١) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلى حيدر-تعريب المحامى فهمي الحسيني- دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١هـ- ١٩٩١م، ج١، ص٣٧.

(٢) درر الحكام شرح مجلة الأحكام، لعلى حيدر، المرجع السابق، ص٣٨.

وعرفها الحموي بأنها: بلوغ الإنسان حدا إن لم يتناول الممنوع هلك(٢).

تعريف المالكية

الضرورة هي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت(٣).

كما عرفت بأنها: ظن خوف الهلاك على النفس، ولا يشترط الإشراف على

الموت لان الأكل حينئذ لا يفيد(٤).

وعرفها اللخمي بأنها: خوف الموت أو الجوع(٥).

---

(١) أحكام القرآن، لأبى بكر أحمد بن على الرازي الجصاص، – تحقيق محمد الصادق القمحاوي– دار المصحف بيروت، ج١، ١٤٠٦ه–١٩٨٤م، ص١٥٩.

(٢) غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولى، ج١، ١٤٠٥ه، ص٢٧٧.

(٣) قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لمحمد بن احمد بن جزي الغرناطي، دار العلم للملايين بيروت، ١٩٧٤م، ص١٩٤.

(٤) الذخيرة ، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي– تحقيق الأستاذ/ محمد بو خبزه– دار الغرب الإسلامي، بيروت، ج٤، ص١٠٩.

(٥) ترتيب المدارك في تقريب المسالك لمعرفة مذهب الإمام مالك، للقاضي/ عياض بن موسى بن عياض السبتي– تحقيق عبد القادر الصحراوي– وزارة

وعرفها العلامة أبى بركات الدردير بأنها: الخوف على النفس من الهلاك علماً أو ظناً(١).

كما عرفها بأنها: حفظ النفس من الهلاك أو شدة الضرر إذ الضرورات تبيح المحظورات(٢).

تعريف الشافعية

عرف الإمام الشافعي المضطر بأنه (الرجل يكون بالموضع لا طعام فيه معه ولا متاع يسد فورة جوعه من لبن وما أشبهه ويبلغه الجوع ما يخاف منه الموت أو المرض وإن لم يخف الموت أو يضعفه ويضره أو يعتل أو يكون ماشيا فيضعف عن بلوغ حيث يريد أو راكبا فيضعف عن ركوب دابته أو ما في هذا المعنى من الضرر البين) (٣).

وعرفها الإمام السيوطي بأنها: بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب كالمضطر للأكل واللبس بحيث لو بقى جائعا أو عريانا لمات أو تلف منه عضو وهذا يبيح تناول المحرم(٤).

الأوقاف والشئون الإسلامية المملكة المغربية الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م،ص٦١.

(١) الشرح الكبير، لأبى بركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوى- الدرديري- المكتبة التجارية، ج٢، ص١١٥.

(٢) الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبى بركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوي- الدرديري- ج٢، دار المعارف، ١٩٧٢م، ص١٨٣.

(٣) الأم، للإمام/ محمد بن محمد بن إدريس الشافعي-تصحيح محمد زهري النجار- دار المعرفة بيروت، ج٢، ص٢٥٢.

(٤) الأشباه والنظائر في قواعد وفروع الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية بيروت، ص٨٥، وهو ذاته تعريف بدر الدين

وجاء في نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج: من خاف على نفسه موتا أو مرضا مخوفا أو غير مخوف أو نحوهما وكذا لو خاف العجز المشي أو التخلف عن الرفقة إن حصل به ضرر لا نحو وحشه وكذا لو أجهده الجوع وعيل صبره وغلبه الظن في ذالك كافيه، بل لو جوز السلامة والتلف على السواء حل له تناول المحرم ولا يشترط التيقن(١).

تعريف الحنابلة

عرف ابن قدامه الضرورة بأنها: التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل.

قال أحمد: إذا كان يخشى على نفسه سواء كان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك أو يعجز عن الركوب فيهلك ولا يتقيد ذلك بزمن محصور(٢).

وعرف المرداوى معنى الاضطرار بأنه: أن يخاف التلف إذا علم أن النفس تكاد تتلف أو خاف ضررا أو مرضا أو انقطاعا عن الرفقة فأدى إلى هلاكه(١).

محمد بن بهادر الشافعي المعروف بالزركشي، المنثور في القواعد -تحقيق تيسير فائق أحمد محمود- دار المعرفة، بيروت، ج٢، ص٣١٩.

(١) نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للعلامة/ شمس الدين محمد بن أحمد العباسي أحمد بن حمزة، الجزء السابع، مطبعة مصطفي البابي الحلبي مصر، ١٣٨٦ه-١٩٦٧م، ص ١٥٩، وكذا في نفس المعنى، الوجيز في فقه الإمام الشافعي، لحجة الإسلام/ محمد بن محمد بن حامد الغزالي، ج١، دار المعرفة للطباعة والنشر بيروت لبنان، ١٣٩٩ه-١٩٧٩م، ص ٢١٦.

(٢) المغنى والشرح الكبير، لموفق الدين عبد الله أحمد بن قدامه المقدسي، ت ٦٢٠ه، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ه، ج٨، ص٥٩٥.

وعرفها البهوتي: بأنها خوف الإنسان التلف أن لم يأكل المحرم غير السم(٢).

تعريف الظاهرية

خشية الضعف المؤذى الذي إن تمادى أدى إلى الموت أو قطع به عن طريقه وشغله(٣).

تعريف الشيعة الأمامية

فقد ذهب الإمام جعفر الصادق في تعريفه للمضطر: بأنه هو الذي يخاف التلف على نفسه لو لم يتناول المحرم أو يخشى حدوث المرض أو زيادته أو أنه يؤدى إلى الضعف والانهيار أو يخاف الضرر والأذى على نفس أخر محترمه (كالحامل تخاف على حملها والمرضعة تخاف على رضيعها) أو أكرهه قوى على أكل أو شرب المحرم بحيث إذا لم يفعل

---

(١) المطلع على أبواب المقنع، لأبى شمس الدين محمد بن أبـــى الفـــتح البعلـــي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ-١٩٨١م، ص١٧٢.

(٢) الروض المربع بشرح زاد المستنقع، لمنصور بن يونس البهوتي، دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الثانية، ج٢، ص٣٩٦.

(٣) المحلى، للحافظ أبى محمد على بن حزم الأندلسي الظاهري-تحقيـــق أحمـــد محمد شاكر- دار الفكر العربي، بيروت، ج٧، ص٥٠٠.

أذاه في نفسه أو في ماله أو في عرضه وشرفه بل إذا خاف على نفس أخرى محترمه أو عرضها أو على مال الغير الذي يجب عليه(١).

وقد عرف بعض الباحثين الضرورة بتعريفات أخرى منها:

ما جاء بتعريف صاحب المنار فقال: الاضطرار هو دفع الإنسان إلي ما يضره وحمله عليه أو إلجاؤه إليه(٢).

وعرفها الشيخ محمد أبو زهرة: بأنها تعني الخشية علي الحياة إن لم يتناول المحظور أو يخشي ضياع مال له أي يكون الشخص في حالة تهدد مصلحته الضرورية ولا تدفع إلا بتناول محظور لا يمس غيره(٣).

وعرفها الدكتور/ وهبة الزحيلي بأنها: أن تطرأ علي إنسان 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، دفعا للضرر في غالب ظنه ضمن قيود الشرع(٤).

وعرفها الدكتور/ يوسف قاسم بأنها: خوف الهلاك علي النفس أو المال وأردف سيادته أن ذلك التعريف مستخلص من أقوال علماء المالكية

---

(١) فقه الإمام جعفر الصادق، لمحمد جود مغنية، دار الجود، ودار التيار الجديد، بيروت لبنان، ص٣٩.

(٢) تفسير القرآن الكريم – المسمى تفسير المنار– للشيخ محمد عبده– تحقيق السيد محمد رشيد رضا– الهيئة المصرية العامة للكتاب، ج٢، ص٣١٩.

(٣) الشيخ/ محمد أبو زهرة، أصول الفقه، دار الفكر العربي،١٩٦٧م، ص٤٧.

(٤) د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٥م ، ص٦٤.

لكونها تعريفا عاماً يصدق علي كل حالاتها إلا انه أضاف حالة الضرورة المحققة بالأموال(١).

ولئن لمح سيادته أن الضرورة تتعلق بمختلف أنواع العلائق القانونية حيث قال: إن نظرية الضرورة بعمومها تنطبق علي جميع أحوال الإنسان وسائر تصرفاته(٢).

إلي أن التعريف قد جاء علي النحو المشار إليه قد جاء قاصراً علي حالة الضرورة في إلمامها الجنائي.

وقد عرفها الدكتور/ يعقوب الباحسين بأنها: الحالة التي تطر علي الإنسان بحيث لو لم تراع لجزم أو خيف أن تضيع مصالحة الضرورية، وهم النفس، الدين، والمال، والعقل، والعرض(٣) .

وعرفها الدكتور/ محمود الزيني بأنها: الحالة الملجئة لتناول الممنوع شرعا(٤).

وعرفها الدكتور/ جميل مبارك بأنها: خوف الهلاك أو الضرر الشديد على احد الضروريات للنفس أو الغير يقينا أو ظنا إن لم يفعل ما يدفع به الهلاك أو الضرر الشديد(١).

---

(١) د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، مرجع سابق، ص٨٠.

(٢) د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي، المرجع سابق، ص٧.

(٣) د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج، مرجع سابق، ص٥٤٠.

(٤) د/ محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية، ص٢٥.

ومع كل هذه التعريفات فإن الملاحظ أنها تحمل في مجملها لضرورة المحافظة علي المصالح الضرورية "" الدين – النفس – العقل – المال – العرض " وبذلك تكون قاصرة علي الضرورة التي يواجهها الأفراد، وتقضي إلي تخفيف والتيسير ولم تعرض لأي من هذه التعريفات إلي حالة الضرورة أو الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة الإسلامية وتستوجب العدول عن الحكم الأصلي إلي ما تستوجبه الضرورة.

وهو ما حدا بصاحب المنار إلى القول، بأن قاعدة الضرورة ليست مقصورة على محرمات المطاعم بل عامة لكل ما يحقق

الاضطرار(٢).

ففي حالة تعرض الدولة الإسلامية إلي ظرف من الظروف الاستثنائية التي تعرض معالمها الأساسية للخطر قد تقضي العدول من حكم إلي ما هو اشد منه– بمعني أن الضرورة إذا كانت في نطاق الأفراد تقتضي التخفيف والتيسير، فإنها بالنسبة للدول الإسلامية قد تفرض اتخاذ إجراءات استثنائية كتقييد الحريات، أو اتخاذ إجراءات رادعه، أو تشديد

---

(١) د/ جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية وحدودها وضوابطها، مرجع سابق، ص١٩، ص٢٠.

(٢) تفسير المنار، للشيخ محمد عبده، مرجع سابق، ص١١٥، بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي– الشهير بابن رشد الحفيد– ت ٥٩٥ه– تحقيق د/ عبد الله العبادي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥ه–٢٠٠٤م، ج١، ص ٤٩٢.

العقوبات إلي غير ذلك مما تفرضه الضرورة حفاظاً لكيان الدولة الإسلامية ومعالمها الأساسية.

وبذلك عرفها الدكتور/ فؤاد النادي بأنها: كل حالة استثنائية تطرأ علي الدولة الإسلامية بحيث لو لم تراعها لجزم أو خيف أن تتعرض مصالحها الأساسية للخطر أو الضياع(١).

ويتفق الباحث مع ما ذهب إليه الدكتور/ محمد طاهر عبد الوهاب، في تعريفه لحالة الضرورة بأنها: كل حالة شاذة غير مألوفة تطرأ علي أوضاع الدولة الإسلامية ويتأكد أو يخشي إذا لم تراع من حدوث أخطار جسيمة تمس كيان الدولة أو تعرض مصالحها الأساسية للخطر والضياع أو تهدد أمنها وسلامتها واستقرارها في الداخل والخارج(٢).

فإذا كانت الدولة الإسلامية وسلطاتها العامة يتعين عليها الخضوع للقانون الإسلامي فان هذا الوضع يرتبط أساساً بحالة السعة والاختيار أو الظروف العادية، فإذا طرأ ظرف من الظروف الغير عادية يجعل من المتعذر علي الدولة الإسلامية وسلطاتها العامة تحقيق المصالح والغايات المبتغاة والتي هي مقصود الشارع الإسلامي من فرضية الدولة علي

---

(١) د/ فؤاد محمد النادي، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي، مرجع سابق، ص٩٢،٩٣.

(٢) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية والدول المعاصرة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، ١٤٠١هـ- ١٩٨٠م، ص٧٠٠.

المسلمين، فان الوضع هنا يقتضي العدول عن الأحكام إلي ما يناسبها بالقدر التي تستوجبه الضرورة(١) .

ومن ثم فان التصرفات والقرارات والإجراءات التي تقوم السلطات العامة باتخاذها رغم مخالفتها للحكم الأصلي عند توافر حالة الضرورة وفي الشروط والضوابط المقررة لأعمال نظرية الضرورة تكون صحيحة شرعا وملزمه للأمة الإسلامية وأفرادها، فعليهم جميعا الامتثال والطاعة لها وإلا ترتب الإثم في حقهم وقامت مسئوليتهم عند مخالفتها، فشأنها في ذلك شأن القرارات والتصرفات والإجراءات المشروعة التي تتخذها السلطات الإسلامية تطبيقا للحكم الأصلي في حالة السعة والاختيار وعلي ذلك فلا حجه لقصر تطبيق نظرية الضرورة علي الضرورة المتعلقة بحياة الأفراد دون امتداد تطبيقها إلي مجالات الضرورة التي تتعلق بحياة الدولة الإسلامية وتصرفات سلطاتها العامة في حالة الضرورة.

وبذلك يعتبر تطبيق النظرية في حياة الدولة الإسلامية أولي في الواقع من تطبيقها في حياة الأفراد وذلك لأن المعايير والأخطار التي قد تنطوي عليها الضرورات التي قد تلم بالدولة وأمنها وسلامتها أولي من المعايير والأخطار المتعلقة بالضرورات التي قد تصيب الأفراد ولا يمكن مقارنتها بها(٢) .

---

(١) د/ فؤاد محمد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، ص٢٤، ٢٢.

(٢) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبد المشروعية في الدولة الإسلامية والدول المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٩٩-٧٠٠.

فقد تتعرض الدولة سواء في علاقتها مع غيرها من الدول أو في مزاولتها لأنشطتها المختلفة لأوضاع استثنائية غير مألوفة تفرض عليها وسائل استثنائية للمحافظة علي مصالحها الضرورية(١).

كما أن الفقه الإسلامي قد تناول أيضا حالة الضرورة في إلمامها الدستوري وذلك في باب تنظيم أحكام قتال البغاة– الثوار – وفي غير هذا جاءت كتابته المتعلقة بالشئون الدستورية متناثرة هنا وهناك ومن لم ترد في إطار نظرية عامة متكاملة ،وهذا هو موضوع بحثنا.

المبحث الثاني

موقف الفقه الإسلامي من نظرية الضرورة

تعرض الفقه الإسلامي للضرورة من خلال تعريفها ثم التعرض لها في مجال السلطات العامة فذهب الأئمة الأربعة في تعريف الضرورة إلي أنها الخوف علي النفس من الهلاك علماً وظناً وذلك على نحو ما أشرنا إليه في المبحث السابق.

ويذهب الرازي الجصاص إلي أن الضرورة هي خوف الضرر بترك الأكل أما علي نفسه أو علي عضو من أعضائه(٢) .

---

(١) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص٢٤.

(٢) أحكام القران، للإمام أبي بكر الرازي الجصاص، مرجع سابق، ص١٦٠.

كما جاء في المغني والشرح الكبير: "الضرورة المبيحة هي أن يخاف التلف بها إن ترك الأكل، إذا كان يخشي علي نفسه سواء كان من جوع أو يخاف إن ترك الأكل عجز عن المشي وانقطع عن الرفقة فهلك أو يعجز عن الركوب فهلك"(١).

كما ورد في الشرح الصغير علي اقرب المسالك: أن الضرورة هي حفظ النفوس من الهلاك أو شدة الضرر إذا الضرورات تبيح المحظورات(٢).

وجاء في نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج بصدد حل تناول المحرم للمضطر (بأن من خاف علي نفسه موتا أو مرضا مخوفاً أو غير مخوف أو نحوها، وكذا لو خاف العجز المشي أو التخلف عن الرفقة أن حصل به ضرر لا نحو وحشه وكذا لو أجهده الجوع ويميل صبره وعليه الظن في ذلك كافيه، بل لو جوز السلامة والتلف علي السواء له تناول المحرم ولا يشترط اليقين(٣).

---

(١) المغني والشرح الكبير، للعلامة موفق الدين أبي محمد عبد الله بن احمد بن قدامه، مرجع سابق، ج١١، ص٧٣.

(٢) الشرح الصغير علي اقرب المسالك إلي مذهب الإمام مالك، للعلامة أبي البركات الدرديري، مرجع سابق، ج ٢، ص١٨٣.

(٣) نهاية المحتاج إلي شرح المنهاج، للعلامة شمس الدين محمد بن احمد العباسي، ج ٧، ص١٥٩.

كما جاء في المحلي للجاحظ في تعريفه للضرورة بأنها: خشية الضعف المؤذي الذي أن تمادي أدي إلي الموت أو قطع به عن طريقه وشغله(١).

كما جاء أيضا في تعريف الإمام جعفر الصادق في الفقه الشيعي في تعريفه للمضطر بأنه: الذي يخاف التلف علي نفسه لو لم يتناول المحرم أو يخشي حدوث المرض أو زيادته أو أنه يؤدي إلي الضعف والانهيار أو يخاف الضرر والأذى علي نفس آخر محترمه كالحامل تخاف علي حملها والمرضعة تخاف علي رضيعها أو إكراهه قوي علي أكل أو شرب المحرم بحيث إذا لم يفعل أذاه في نفسه، أو في ماله، أو في عرضه، وشرفه، بل إذا خاف علي نفس أخري محترمه أو عرضها أو علي مال الغير الذي يجب عليه(٢).

ويتضح من التعريفات المشار إليها أن الفقهاء إنما تعرضوا لفكرة الضرورة الفردية التي يواجهها الأفراد ولم يتعرضوا لفكرة الضرورة كما تعرض لها فقهاء القانون الدستوري، ويرجع السبب في ذلك أن فقهاء المسلمين الشرعيين لم يقسموا القانون إلي عام وخاص وبالتالي لم يقسموا القانون العام إلي دستوري وإداري وما إلي ذلك إلا انه يمكننا الجزم مع ذلك بتعرض الفقهاء المسلمين لفكرة الضرورة بوضع أصول عامة يمكن الاهتداء بها.

---

(١) المحلي، للحافظ أبي محمد علي بن جزم الأندلسي الظاهري، مرجع سابق، ج٧، ص٥٠.

(٢) فقه الإمام جعفر الصادق، لمحمد جواد مغنيه، مرجع سابق، ج٣، ص٣٩.

وأساس ذلك القاعدة الأصولية: الضرر يزال ومرجعها قوله (صلي الله عليه وسلم): "لا ضرر ولا ضرار" وقد بني علي تلك القاعدة كثير من أبواب الفقه كالرد بالعيب ودفع الصائل وهدم حائط مائل(١).

كما بني علي تلك القاعدة قواعد أخري أهمها الضرورات تبيح المحظورات، ومن ثم جاز إتلاف المال واخذ مال الممتنع عن أداء الدين ودفع الصائل.

كما بني عليها قاعدة أن الضرر الخاص يتحمل في سبيل دفع الضرر العام، و يبني علي ذلك أن السلطة إذا وجدت حائطا مائلا يهدد السلامة العامة فإنها تزيله حتى لو اعترض مالكه وذلك دفاعاً للضرر العام، كما لها التدخل في التسعير عند تعدي أرباب الطعام في بيعه بغبن فاحش كل ذلك لدفع الضرر العام(٢).

ومن ذلك أيضا إن الحاكم عندما يبرر أن يقوي الثغور ويحص الحدود لدرء خطر هجوم خارجي ولا تكفيه في ذلك الموارد العادية لبيت المال، فللإمام حق فرض ضرائب إضافية علي الأغنياء لمواجهة ذلك الخطر لتحقق المصلحة وهي حماية الأمة، حتى ولو عارض أصحاب الأموال ذلك، لما يترتب عليه من ضرر لهم، وذلك ترجيحاً للضرر

---

(١) المسند، للإمام احمد بن جبل- تحقيق أحمد محمد شاكر، حمزة الزين- دار الحديث، ط١، ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م، ج٣، ص٢٦٦، حديث رقم ٢٨٦٧.

(٢) الأشباه والنظائر علي مذهب أبي حنيفة، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية بيروت، الطبعة الأولي،١٤١٣ هـ- ١٩٩٣م، ص٨٧، الأشباه والنظائر، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، مرجع سابق، ص٨٣.

الأكبر علي الضرر الأصغر أي أن اخف الضررين يرتكب لإتقاء أشدهما(١).

وذلك لأن الأحكام الضرورية تجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بحكم منها إلا إذا كانت مراعاة ضروري تؤدي إلي الإخلال بضروري أهم منه(٢).

وبذلك عرفت الشريعة الإسلامية نظرية الضرورة إلي حد تعطيل بعض النصوص تحت وطأة الضرورة(٣).

ومن أبرز القضايا التي تعطل فيها حكم النص وتم تطبيق حكما آخر وفقا لحالة الضرورة ما روي عن النبي (صلي الله عليه وسلم) انه قال: "لا تقطع الأيدي في الغزو"(٤). وبذلك تم تعطيل حكم حد السرقة وقت الغزو مع أن النص صريح في كتاب الله قال تعالي: " وَالسَّارِقُ وَالسَّارِقَةُ فَاقْطَعُوا أَيْدِيَهُمَا جَزَاءً بِمَا كَسَبَا نَكَالًا مِنَ اللَّهِ"(٥).

---

(١) المستصفى من علم الأصول، للإمام أبى حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق القاهرة، سنة١٣٢٢هـ، ج١، ص٣٠٤.

(٢) الشيخ/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الحديث القاهرة، سنة١٤٢٣ه- ٢٠٠٣م، ص١٩١.

(٣) د/ عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون في الإسلام، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م ، ص ١٦٢.

(٤) سنن الدرامي، للأمام الحافظ شيخ الإسلام بسمرقند، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن التميمي الدرامي السمرقندي، ت ٢٥٥ه، دار رانيا، كتاب السير باب لا تقطع الأيدي في الغزو، ص٧٣١.

(٥) سورة المائدة آية (٣٨).

إلا أن تعطيل النص الشرعي جاء لمصلحة رآها النبي صلي الله عليه سلم لأنه قد يترتب علي القطع ما هو أشد منه وذلك كالتحاق السارق بعد إقامة الحد عليه بدار الحرب لقربه منها، كما أنه ربما أطلع الأعداء علي بعض أسرار جيشه فكان تأخير الحد سداً للذريعة، وأنفع للجاني والمجتمع، أما الجاني فلعدم تعرضه للردة، وأما المجتمع فلعدم نشر أسرار الجيش الإسلامي للأعداء.

وقد سار الصحابة رضوان الله عليهم علي نهجه صلي الله عليه وسلم في تعطيل الحكم الشرعي حال تعارضه مع حكم أقوي منه، وهو مصلحة الأمة فعطلوا حد السرقة في زمن الحرب، كما فعل الرسول صلي الله عليه وسلم، وكذلك حد شارب الخمر لأنهم فهموا العلة التي دفعت الرسول صلي الله عليه وسلم إلي تعطيل حد السرقة في وقت الحرب وهو ما يترتب علي تحقيق الحكم الشرعي من ضرر فتم إيقافه لدفع مفسده عن الأمة أو لجلب مصلحة لها.

ومن ذلك ما رواه أبو يوسف أنه قال " نزلنا أرض الروم ومعنا حذيفه وعلينا رجل من قريش قرب الخمر، فأرادنا أن نحده، فقال حذيفة: تحدون أميركم وقد دنوتم من عدوكم فيطمعون فيكم"(١).

كما روي عن عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – أنه قد عطل حد السرقة لمن كان في حالة ضرورة وفي عام المجاعة، فقرر لا قطع علي المضطر، ولا قطع في عام المجاعة وذلك كما روي مالك في

---

(١) الشيخ/ محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام، دار النهضة العربيـــة،١٤٠١هـ-١٩٨١م، ص٣٦،٣٧.

الموطأ أن رقيقاً لحاطب(١) سرقوا ناقة رجل من مزينه فانتحرواها فرفع ذلك إلي عمر بن الخطاب – رضي الله عنه – فأمر عمر كثير بن أبي الصلت(٢) بقطع أيديهم ثم قال عمر لحاطب أراك تجيعهم، ثم قال والله لأرغمنك غراماً يشق عليك، ثم قال للمزني: كم ثمن ناقتك؟ فقال كنت والله أمنعها من أربعمائة درهم فقال عمر (لحاطب) اذهب فأعطه ثمانمائة درهم.

ويروي ابن وهب(٣) أن عمر بن الخطاب بعد أن أمر كثير بن الصلت بقطع أيدي الذين سرقا أرسل وراءهم من يأتيه بهما فقال لعبد الرحمن بن حاطب(٤): "أما لو أنكما تستعملونهم وتجيعونهم حتى لو وجدوا ما حرم الله لأكلوه لقطعتهم، ولكن والله إذ تركتهم لأغرمنك غرامة توجعك"(٥).

كما أن عمر بن الخطاب رضي الله عنه قال: (لا تقطع اليد في عذق ولا في عام السنة)(٦).

---

(١) حاطب بن أبي بلتعه، واسم أبي بلتعه عمرو بن عمر بن سلمه من بني خالفه.

(٢) كثير بن الصلت بن معد بكرب الكندي، من بني جمع كان يكني أبا عبد الله.

(٣)عبد الله بن وهب بن مسلم القهري بالولادة، المصري أبو محمد فقيه من الأئمة أصحاب مالك.

(٤) عبد الرحمن بن حاطب بن أبي بلتعه اللخمي وكان يكني أبي يحي .

(٥) أعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين محمد بن أبى بكر بن القيم الجوزية– تحقيق هاني الحاج، دار الحديث بالقاهرة، ج٣، ص١٠.

(٦) العذق: مثل فلس النخلة ويطلق العذق على أنواع من التمر، السنة:المجاعة، أعلام الموقعين، ابن القيم،المرجع السابق، ص١٠،٩.

كما روى عنه رضي الله عنه أنه قال: (لا قطع في عام المجاعة أو السنة)(١).

ومن ذلك أيضا ما ذكره الجصاص بخصوص وجوب مواجهة الثوار لمواجهة ظرف استثنائي بقوله: لم يختلف أصحاب رسول الله (صلي الله عليه وسلم) في وجوب قتال الفئة الباغية بالسيف إذا لم يردعها غيره(٢).

وبذلك يمكن القول بأن الفقه الإسلامي قد كيف حالة الضرورة علي أنها الوجه الثاني للمشروعية تحتم الانتقال إليها المخاطر التي تهدد كيان الدولة وسلامتها وأمنها ووحدة شعبها، والدولة الإسلامية في مواجهتها لهذه المخاطر لا تخرج عن إطار الأحكام الشرعية بمفهومها الواسع المرن إذ أن الضرورة تعد مصدراً مشروطاً للأحكام الشرعية طالما أن الدولة في حالة ضرورة.

ومرجع ذلك النصوص التشريعية العليا التي جاءت لمواجهة هذه الظروف الاستثنائية.

قال تعالي: " فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَحِيمٌ"(٣).

---

(١) المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن على بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت، بدون رقم وتاريخ طابعة، ج٢، ص٢٨٢، والمغنى والشرح الكبير، لابن قدامه المقدسي، مرجع سابق، ج٩، ص١١٨.

(٢) أحكام القران، للجصاص، مرجع سابق، ج٥، ص٢٨١.

(٣) سورة الأنعام آية (١٤٥).

ومن ثم تعد الإجراءات التي تتخذها الدولة في حالة الضرورة إجراءات سليمة ومشروعة في ذاتها لأنها تحقق الهدف النهائي وهو المحافظة علي سلامة الدولة.

وبذلك يتبين أن الفقه الإسلامي قد جعل من حالة الضرورة جزءا أساسيا من النظام القانوني الإسلامي.

الفصل الثاني
مضمون الضرورة في القانون الدستوري
وموقف الفقه منها

تعتبر نظرية الضرورة نظرية عامة فهي تشمل جميع فروع القانون وأقرها القانون الوضعي لمواجهة الظروف الاستثنائية التي تتعرض لها الدولة، أو أحد مؤسساتها العامة، فتؤثر عليها إذا لم يتم تطبيق ما يتناسب في حالة الضرورة، ولا يعتبر ذلك خرقاً لمبدأ المشروعية الذي يجب أن يسود الدولة، وإنما هو تطبيق لمبدأ المشروعية يمتد تطبيقه، ويتسع نفوذه لمواجهة هذه الظروف، كما أقرها القضاء وذلك بداءة من مجلس الدولة الفرنسي- الذي قرر هذه الفكرة في العصر الحديث وذلك بجعل نطاق الشرعية نطاق متحرك وليس نطاق جامد، وأن ذلك النطاق وإن كان ضيقاً في الأوقات العادية، فإنه يتسع في أوقات الأزمات ليصبح مجالاً يصلح لمواجهة الظروف الاستثنائية- ووصولاً إلى مجلس الدولة المصري.

وذلك على النحو الذي سوف نتعرض له وذلك في مبحثين.

المبحث الأول: مضمون نظرية الضرورة.

المبحث الثاني: موقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة.

المبحث الأول

مضمون نظرية الضرورة

الظروف الاضطرارية تنشئ تعارضا بين نص قانوني معين وبين ما تقتضيه طبيعة البشر وما جبلت عليه من ضرورة المحافظة علي الحياة، وذلك أمر ملازم للإنسان منذ نشأته الأولي ولا يزال ملازما له، وسيظل كذلك أبد كالدهر(١).

فحالة الضرورة نشأت مع ظهور القانون الجنائي، فقد اعترف بها القانون الروماني واستند في تعليلها إلى انتفاء القصد، واعترف بها القانون الجنائي، وعللها بزوال سلطان القانون حيث تتوافر ظروف الضرورة، وقد لخصت هذا الحكم، قاعدة "الضرورة لا تعرف قانون" وقد انتقلت هذه القاعدة بعد ذلك إلى فرنسا حيث عبر عنها بالقول "الضرورة لا يحكمها قانون"، وقد اعترف فقهاء العصور الوسطى بحالة الضرورة، وكانت أهم تطبيقاتها حالات السرقة في سنوات القحط والمجاعة، واستندوا في تعليلها إلى نوع من شيوع الأموال بين الناس في هذه الظروف الاستثنائية(٢).

ومن ثم فإن نظرية الضرورة بدأت أول ما بدأت في الدراسات الفقهية في إطار القانون الجنائي، فإذا كان مسلما أن القانون الجنائي قديم

---

(١) د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، ١٩٩٣م، ص ٥٨٤.

(٢) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم العام- القاهرة١٩٧٣م، ص٥٤٤، هامش ٢.

جدا في صورته البدائية، فبطبيعة الحال فإن حالة الضرورة قديمة قدم القانون الجنائي(١).

ويبدوا ذلك مفهوماً ومنطقياً من أن الحق في الحياة هو أسبق الحقوق جميعاً إلي حماية القانون ومن أن هذا الحق نفسه له- بغض النظر عن الحكم القانوني- أن يتخذ الوسيلة اللازمة لدرء ذلك الخطر، وهذا هو جوهر نظرية الضرورة كما ظهر في البداية وإذا صح أن التطبيقات الأولي لنظرية الضرورة قد بدأت في إطار القانون الجنائي فان تلك النظرية لم يتأخر ظهورها طويلاً في فقه القانون المدني ولا في فقه القانون الدولي العام(٢).

فالضرورة قد عرفت على مر العصور والأزمان، ولكن تنظيمها كنظرية محددة المعالم لم يعرف إلا في العصر الحديث، ومن ثم فقد عرفتها جميع النظم القانونية، كما تعرض لها رجال الفقه القانوني جميعاً، وبادر القضاء بإضفاء رقابته عليها وعلى الوسائل المستخدمة لمواجهتها، وإن اختلفت مسمياتها من فرع قانوني لآخر، ومن الاعتراف بها من عدمه من جانبي الفقه والقضاء معاً, وكان أول اعتراف بتلك النظرية في العصر الحديث، يرجع إلى مجلس الدولة الفرنسي إزاء التعرض لظروف استثنائية خلفتها الحربين العالميتين.

فنظرية الضرورة من النظريات العامة التي تشمل جميع فروع القانون ذلك أن الضرورة من الأفكار التي تتفق مع طبيعة الأشياء، لأنه لا

---

(١) د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٥٨٤.

(٢) د/ يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة- دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، القاهرة، ط٤، ٢٠٠٥م، ص ١٤.

يمكن إخضاع المخاطب بحكم القانون لما يقضى بـــه القـــانون بـــصورة مطلقة، حتى ولو كان مضطراً اضطراراً يحول بينه وبين أن يوائم مسلكه من أحكام القانون، ومن ثم لا يستقيم تحقيـــق العـــدل بـــدونها، فنظريـــة الضرورة لا تقتصر على فرع دون الآخر، كما أن لهذه النظرية مضموناً دستورياً يحتوى على خضوع الإدارة للقانون في الظروف العاديـــة، ثـــم تتوسع سلطتها لمواجهة حالة الضرورة التي تتعرض لها الدولة، حتى ولو ترتب على ذلك المساس بحقوق الأفراد وحرياتهم دون أن يوصم تصرفها بالبطلان وعدم المشروعية.

وعلى ذلك سوف نتعرض لمضمون نظرية الضرورة وذلك من خلال مطلبين:

المطلب الأول: المفهوم العام لنظرية الضرورة.

المطلب الثاني: المفهوم الدستوري لنظرية الضرورة.

المطلب الأول

المفهوم العام لنظرية الضرورة

توشك فروع القانون كلها أن تعرف نظرية الضرورة حتى أنه ليمكن القول أن الضرورة أصبحت من النظريات العامة للقانون ، وذلك أنها أول ما ظهرت، ظهرت في فقه القانون الجنائي ثم إن ظهورها لم يتأخر كثيراً في فقه القانون الخاص، بل وفي القانون الدولي العام(١).

ومن ثم فإن لهذه النظرية تطبيقات مختلفة في كافة فروع القانون لذا فهي من المبادئ المقررة لدى رجال الفقه، كما أن نظرية الضرورة لها تطبيق عام يشمل جميع فروع القانون " القانون الجنائي – القانون المدني – القانون الدولي – القانون الإداري"(٢).

وبذلك سوف نتناول مفهوم نظرية الضرورة من خلال الأفرع الآتية:

الفرع الأول: الآراء الفقهية في تعريف حالة الضرورة.

الفرع الثاني: مفهوم الضرورة في إطار القانون الجنائي.

الفرع الثالث: مفهوم الضرورة في إطار القانون الدولي.

الفرع الرابع: مفهوم الضرورة في إطار القانون الإداري.

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظري الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٩.

(٢) د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١، ١٩٥٦م، ص٣٤٠.

الفرع الأول

الآراء الفقهية في تعريف حالة الضرورة

اختلفت آراء الفقهاء في تعريف حالة الضرورة، وتعددت تلك الآراء، غير أن السبيل الأمثل طبقاً لأغلب أرائهم في تعريف تلك الحالة هو وضع أمثلة لها، وذلك كظروف الحرب مثلماً، إذ أسس مجلس الدولة الفرنسي أساس النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى.

فقد ذهبت الأستاذة CAMUS في تعريفها للظروف الاستثنائية: بأنها تلك الظروف العاجلة غير المتوقعة التي تجعل من اللازم تركيز سلطة اتخاذ القرار في يد شخص واحد يناط به ذلك حماية الدولة(١).

كما عرف الأستاذ VEDEL الظروف الاستثنائية: بأنها وضع غير عادي وخطير يحتم ضرورة التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة مع عدم إمكان إعمال القواعد العادية(٢).

ومن خلال استعراض هذا التعريف، يتبين وضع تعريف الظروف الاستثنائية يشتمل على ثلاث نقاط:

الأولى: وجود أوضاع غير عادية.

الثانية: عدم إمكان إعمال قواعد الشرعية العادية.

---

(١) G. CAMUS; "L' Etat de nécessite en démocratie", Thèse,L.G.D.J., paris , ١٩٦٥. p.٢٥.

(٢) VEDEL;" Droit Administratif, . p.١٩٩. ٦eme ed., P.U.F , ١٩٧٦

الثالثة: ضرورة التصرف السريع باتخاذ إجراءات عاجلة لحماية المصلحة العامة من الخطر المحدق.

كما عرفها رأى فقهي أخر بأنها: حالة مفاجئة تحمل في طياتها أخطاراً جسيمة حالة، ومؤكدة، استثنائية، وغير مألوفة، وشاذة، تهدد النظام العام، بمدلولاته الثلاثة- الأمن العام، والسكينة العامة، والصحة العامة- أو تهدد أحد عناصره فحسب، أو تهدد المصلحة العامة، أو تهدد سير المرافق العامة، ويستوي أن تكون هذه المصالح مقصودة في ذاتها، أو يكون المقصود هو الأوضاع الشاذة التي يترتب على تهديدها خطر جسيم حقيقي ومؤكد وفعلي وغير محتمل(١).

بينما عرفها رأى آخر: بأنها نظرية قضائية صاغها وكونها مجلس الدولة الفرنسي، مقتضاها أن بعض الإجراءات الإدارية التي تعتبر غير مشروعة في الأوقات العادية، يمكن اعتبارها إجراءات مشروعة في بعض الظروف، حيث تكون ضرورية لحماية النظام العام، ويتسع نطاق المشروعية العادية في الظروف الاستثنائية، ليكون ما يسمى بالمشروعية الاستثنائية، التي تتمتع السلطة الإدارية بمقتضاها باختصاص واسع لم يورده القانون(٢).

---

(١) د/ عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي- رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٥٥م، ص٩٥؛ د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، القاهرة، ١٩٧٥م، ص٢٠١.

(٢) A.DE LAUBADERE;" Traite élémentaire de droit Administratif" L.G.D.J ١٤ed, paris, ١٩٩٤, p.

وعرفها الأستاذ الدكتور/ سامي جمال الدين بأنها: حالة تعبر دائماً عن وجود خطر جسيم يهدد مصلحة جوهرية يعتد بها القانون، دون أن يكون لإرادة صاحب المصلحة المهددة، أو الحق القانوني المهدد، دخل في وقوع الفعل أو الأفعال التي تشكل هذا الخطر مما يتعين معه أن يباح له أن يوازن بين مصلحته المهددة بالخطر والنص القانوني المهدد بمخالفته، والسماح له بمخالفة هذا النص لحماية حقه(١).

وعرفها الأستاذ الدكتور/ إبراهيم درويش بأنها: ظروف فجائية أو حالات شاذة، تدفع الضرورة الإدارة بسببها إلى التحرر من قواعد المشروعية العادية، فتصدر أعمالاً وتصرفات تعتبر شرعية، نظراً لهذه الظروف الاستثنائية، بشروط معينة وتحت رقابة القضاء(٢).

بينما عرفها الأستاذ الدكتور/ يحيى الجمل بأنها: الحالة التي توجد كلما وجدت الدولة في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطاراً معينة، سواء كان مصدرها داخلياً، أو خارجياً إلا بالتضحية بالاعتبارات

؛ د/ سعد عصفور، د/ محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٧٧م، ج١، ص١٠٥ وما بعدها؛ د/ مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ الشرعية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٠م، ص٤٩،٥٠.

(١) د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢م، ص١٦ .

(٢) د/ إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص١٣٨.

الدستورية التي لا يمكن– أو يفترض أنه لا يمكن– تجاوزها في الأوضاع العادية (١).

كما عرفها الدكتور/ يوسف قاسم بأنها: حق الدولة في أن تخرج على أحكام القانون إذا كان ضرورياً لسلامتها ووقاية الأمن والنظام فيها (٢).

بينما عرفها الأستاذ الدكتور/ سليمان الطماوي بقوله: إذا واجهت الإدارة ظرفاً استثنائياً لا يمكن معه التقيد بقواعد الشرعية العادية ولم يكن ثمة تشريع يخول للإدارة سلطات كافية لمواجهة تلك الظروف، فإن مجلس الدولة الفرنسي يجرى تخويله سلطة التحرر مؤقتاً من قواعد الشرعية العادية بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف، ويضيف سيادته، أن أوضح مثال لها ظروف الحرب، فقد وضع مجلس الدولة الفرنسي أسس النظرية بمناسبة الحرب العالمية الأولى، وطبقها للمرة الثانية في الحرب العالمية الثانية، ثم يؤكد أن مجلس الدولة الفرنسي لم يقف بالنظرية عند ظرف الحرب إلا مثالاً للظروف الاستثنائية التي يتعرض لها المجتمع والتي تستلزم منح الإدارة حرية أوسع، ولهذا وضع مجلس الدولة نظرية الظروف الاستثنائية، على فترة الشدة التي أعقبت الحربين العالميتين باعتبارها من آثار الحرب، وطبقها أيضاً في الأوقات العصيبة التي

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٠.

(٢) د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي، مرجع سابق، ص٦٢،٦٣.

يتعرض لها المجتمع في وقت السلم، كما إذا هددت الدولة بإضراب عام(١).

بينما عرفها الأستاذ الدكتور/ أنور رسلان بقوله: في حالة حدوث ظروف استثنائية كالحرب والفتنة والكوارث، لا تطبق القواعد العادية بل يتم اتخاذ الإجراءات الضرورية لمواجهة هذه الحالة، إعمالا لنظرية الضرورة(٢).

كما عرفها الدكتور/ وجدي ثابت غبريال بأنها: تلك الحالة من الخطر الجسيم الحال التي يتعذر تداركها بالوسائل العادية، مما يدفع السلطات القائمة على حالة الضرورة أن تلجأ إلى الوسائل القانونية الاستثنائية لدفع هذا الخطر، ومواجهة الأزمات، وفي جميع الأحوال، يتعين أن تكون هذه الوسائل لازمة حتما لمواجهة الخطر حتى يسوغ استخدامها رغم ما تنطوي عليه من مخالفة لبعض قواعد المشروعية العادية(٣).

كما عرفها الدكتور/ يسري العصار بأنها: تلك الحالة التي تقوم على وجود خطر جسيم وحال يهدد كيان الدولة أو سلامتها، بحيث لا

---

(١) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، ط١٩٨٤، ص١١٢، ١١٤.

(٢) د/ أنور أحمد رسلان، الوجيز في القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط١٩٩٩م، ص٣٠٤.

(٣) د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها- دراسة تحليلية مقارنة بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسي- منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨م ، ص٢٣.

تجدي القواعد القانونية القائمة لمواجهته، وقد يكون هذا الخطر خارجياً كالحرب، أو داخلياً كالثورة، أو العصيان المسلح، أو الاضطرابات، أو الكوارث التي لا يجدي التنظيم القانوني القائم في مواجهتها(١).

وذهب الأستاذ الدكتور/ رمضان بطيخ بأن المقصود بالنظرية: أن بعض الأعمال، أو التصرفات الإدارية، والمعتبرة غير المشروعة في الظروف العادية، تعتبر مشروعة في الظروف الاستثنائية، إذا ما ثبت لزومها لمواجهة هذه الظروف، والمحافظة بالتالي على النظام العام أو دوام سير المرافق(٢).

بينما عرفها الأستاذ الدكتور/ فؤاد النادي بقوله: أنه إذا ما واجهت السلطات العامة في الدولة ظرفاً، أو ظروفاً استثنائية تهدد أمن أو سلامة أو استقرار الدولة، أو انتظام سير المرافق العامة بها، ولم تكن هناك تشريعات قائمة تمكن هذه السلطات من مواجهة مثل هذه الظروف، أو إذا كانت التشريعات الموضوعة لمعالجة مثل هذه الظروف لا تخول السلطات العامة سلطات كافية لمواجهتها، فإنه يكون لهذه السلطات في هذه الحالة أن تتحرر مؤقتاً من قواعد المشروعية الموضوعة للظروف العادية، وذلك بالقدر اللازم لمواجهة تلك الظروف، وبحيث تصبح القرارات والإجراءات التي تتخذها السلطات العامة في هذه الحالة

---

(١) د/ يسرى محمد العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط ١٩٩٥، ص٩، ١٠.

(٢) د/ رمضان بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠، ص١٢٠.

مشروعة بالرغم من أنها تعتبر غير مشروعة إذا اتخذتها نفس السلطات في ظل الظروف العادية(١) .

وعرفها الدكتور/ ثروت عبد الهادي الجوهري بأنها: تلك الظروف المفاجئة والحالة والتي تشكل خطراً يهدد استقلال الدولة أو سلامة أراضيها أو النظام والأمن العام فيها، والتي تتطلب من الإدارة التدخل لمواجهتها بإجراءات استثنائية مناسبة ومؤقتة، لعجز القوانين العادية عن مجابهتها، شريطة خضوع إجراءات وتصرفات الإدارة في ذلك لرقابة القضاء إلغاءاً أو تعويضاً(٢).

كما أوضحت المحكمة الإدارية العليا معناها إذ قضت في حكم لها بأن " للحكومة عند قيام حالة استثنائية تمس الأمن والطمأنينة سلطة تقديرية واسعة لتتخذ من التدابير السريعة والحاسمة ما تواجه به الموقف الخطير، إذ بقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير لصون الأمن والنظام، فلا يتطلب من الإدارة في مثل هذه الظروف الخطيرة ما يتطلب منها في الظروف العادية من الدقة والحذر حتى لا يفلت الزمام من يدها(٣).

---

(١) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص٨٩.

(٢) د/ ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها- دراسة مقارنة بالقانون الفرنسي- دار النهضة العربية، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م، ص ٥٢.

(٣) حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر بتاريخ ١٣ أبريل ١٩٥٧ في القضية رقم ١٥١٧، السنة الثانية، المجموعة الرسمية، ص٨٨٦.

هذا، ومن خلال التعرض السابق لبعض تعريفات الفقهاء لحالة الضرورة، يرى الباحث تعريف الضرورة بأنها: تلك الحالة القانونية التي بمقتضاها يحق للدولة الخروج على مبدأ المشروعية العادية، وذلك لمواجهة خطر جسيم وحال يهدد مصالح الدولة أو إحدى مؤسساتها العامة يقتضى منها التصرف على وجه السرعة للمحافظة على المصلحة العامة، ولا يمكن إعمال ذلك إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن تجاوزها في الأوضاع العادية، وذلك إعمالا لمبدأ المشروعية الاستثنائية.

إلا أنه في النهاية يمكن القول بأن القضاء عموماً ومجلس الدولة الفرنسي خصوصاً، قد رأى أن اصطلاح الظروف الاستثنائية لا يحتاج إلى تعريف، لأنه كاف في حد ذاته للدلالة على معناه، ويقرر الفقه أن ذلك المسلك القضائي ربما يكون متعمداً حتى يظل القضاء وحده صاحب الكلمة العليا في تقدير وجود الظروف الاستثنائية من جهة، ومن جهة أخرى، حتى لا يتقيد بهذا المعيار في المستقبل مما يعوق تطور قضاؤه في هذا الموضوع(١).

الفرع الثاني

مفهوم الضرورة في إطار القانون الجنائي

من المسلم به أن نظرية الضرورة أول ما بدأت في الدراسات الفقهية بدأت في إطار القانون الجنائي، وذلك لأن القواعد الجنائية نفسها بما تنظمه من جرائم وعقوبات هي من أسبق القواعد القانونية إلى

---

(١) د/ أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة في فرنسا ومصر- الهيئة المصرية العامة للكتاب القاهرة، ١٩٧٨م، ص٩؛ د/ نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م، ص٢٠٣، ٢٠٤.

الوجود، فهي من أسس القواعد القانونية إن لم تكن أمسها بالحياة نفسها، وإذا كان القانون الجنائي قديم جداً في صورته البدائية بطبيعة الحال، فإن حالة الضرورة قديمة قدم القانون الجنائي(١).

ويبدو ذلك واضحاً حيث يجد الإنسان نفسه أو نفس غيره مهددة بالخطر، أو بضرر جسيم على وشك الوقوع، فلا يرى سبيلاً للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة، لذلك كانت الضرورة سبباً من أسباب الإباحة وامتناع العقاب(٢).

وقد وردت تعريفات لفقهاء القانون الجنائي المصري لحالة الضرورة، نتعرض لبعض منها:

فقد ذهب البعض(٣)، إلى أن حالة الضرورة هي مجموعة من الظروف تهدد شخصاً بحيث لا يكون له خلاص منه إلا بارتكاب فعل إجرامي معين.

وعرفها الدكتور/ إبراهيم زكى نخنوخ بأنها: مخالفة القانون لتفادى ضرر جسيم(٤).

---

(١) د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٥٨٤.

(٢) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص٩٤.

(٣) د/ محمود نجيب حسنى، شرح قانون العقوبات، مرجع سابق، ص٥٨٥؛ د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥م، ص٤٩٧؛ د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٦٣م، ص٢٤٧.

(٤) د/ إبراهيم زكى نخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٦٩م، ص٨.

كما عرفها الدكتور/ محمود مصطفي بأنها: أمر يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدداً بضرر جسيم على وشك الوقوع، فلا يرى سبيـــلاً

للخلاص منه إلا بارتكاب الفعـــل المكون للجريمة(١).

وعرفها الدكتور/ طعيمة الجرف بقوله: تفترض حالة الضرورة خطراً يتهدد من يتعرض له، ويرتكب تحت تأثير التهديد به(٢).

وعرفها الدكتور/ عبد المهيمن بكر، بأن حالة الضرر وضع يوجد فيه الشخص لا يستطيع أن يتفادى خطراً أو ضرراً جسيماً يحدق به(٣).

وعرف الدكتور/ السعيد مصطفي، حالة الضرر بأنها: أن يجد الإنسان نفسه في ظروف تهدده بخطر لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمداً بقصد إلجائه إلى ارتكابها(٤).

كما عرفها بعض الفقه الفرنسي(٥)، بأنها: حالة شخص يتفادى ضرراً جسيماً جداً لا يتردد في الإضرار بحق شخص آخر برئ لم يعتد

---

(١) د/ محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣م، ص٤١٣.

(٢) د/طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص٩٠

(٣) د/ عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي، رسالة دكتـــوراه مقدمـــة لكليـــة الحقوق جامعة القاهرة، عام١٩٥٩م، ص١٨٧.

(٤) د/ السعيد مصطفي السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعـــارف بالقاهرة، ١٩٦٢م، ص٤٤٥.

(٥) P. GEORGES: "Droit Public Concours Administratif Pénale" ٦éme édition Sirey, ١٩٨٦, p.٥٨.

عليه، فهي موقف الشخص الذي لا توجد لديه وسيلة لكي ينقذ حياته أو حياة غيره إلا بارتكاب عمل يجرمه قانون العقوبات.

كما جاء في تعريف آخر(١)، بأنها: حالة الشخص الذي لا يستطيع أن يحمى حقاً أو مالاً إلا بارتكاب عملاً إجرامياً.

والملاحظ على تعريفات الفقه الجنائي المصري، أنها تعرضت صراحة لحالة الضرورة المتعلقة بالخطر المحدق بنفس الشخص أو نفس غيره، ولم تتعرض للخطر المتعلق بالمال، وقد يرجع ذلك إلى الأصل القانوني المستقى منه تلك التعريفات، وهو نص المادة ٦١ من قانون العقوبات المصري، والتي نصت على " لا عقاب على من ارتكب جريمة ألجأته إلى ارتكابها ضرورة وقاية نفسه أو غيره من خطر جسيم على النفس على وشك الوقوع به أو بغيره ولم يكن لإرادته دخل في حلوله ولا في قدرته منعه بطريقة أخرى".

كما يلاحظ على تعريفات الفقه الفرنسي إلى أن الضرورة ما هي إلا مانع من موانع العقاب تواجه فعل محرم دون أن تجعله مشروع، وذلك المانع إنما ناشئ عن خطر استثنائي اضطر الجاني إلى ارتكاب الفعل الإجرامي المحرم(٢).

ونحن نميل في تعريف حالة الضرورة في القانون الجنائي إلى ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ عبود السراج بأنها " ظرف خارجي ينطوي على خطر جسيم محدق يحيط بشخص فيرغمه على تضحيته بحق لآخر

---

(١) G.STFANIS ET G.LEVESSEEUR; "Droit Pénal Général, Deuxième édition, Dalloz,, ١٩٧٨, p.١٧٣.

(٢) د/ أميرة العطار، نظرية الضرورة في القانون الدولي العام، رسالة دكتـــوراه مقدمة كلية الحقوق جامعة طنطا، ١٩٩٤م، ص١٥، ١٦.

وقاية لنفسه أو ماله أو نفس غيره أو ماله، ولم يكن متسبباً قصداً بحلول الخطر ولم يكن لديه القدرة على منعه بطريقة أخرى(١).

وذلك لوضع ضوابط لحالة الضرورة في القانون الجنائي تتشابه مع الضوابط الواردة في الضرورة الدستورية، على النحو الذي سوف نتعرض له وذلك لما يلي:

١- أن لا يكون للشخص إرادة في وجوده.

٢- أن لا تكون هناك وسيلة أخرى أخف وطأة من الوسيلة التي ارتكب .

والخلاصة أن حالة الضرورة قد ظهرت في فقه القانون الجنائي منذ نشأته وارتبطت به، إلا أنه لابد من توافر ضوابط لاستخدامها، وإلا عد الفعل معاقبا عليه ويخضع ذلك لرقابة القضاء.

الفرع الثالث

مفهوم الضرورة في إطار القانون الدولي العام

كان لفقه القانون الدولي التقليدي السبق في محاولات تعريف الضرورة ، حيث ذهب كل من GROTIUS ، VOTTEL ، PUFFENDORF في تعريف الضرورة إلى كونها حق للدولة يلزم لاستخدامه وجود خطر حقيقي على الحياة أو الممتلكات، وأن يكون هذا الخطر وشيك الوقوع وألا يعزى هذا الخطر للطرف المدعى بالضرورة

---

(١) د/عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام ، المطبعة الجديدة، ١٩٨٥م، ص٣١٨.

وألا يكون من وجه إليه فعل الضرورة في وضع مساو لمدعى الضرورة أي لا ادعاء بالضرورة في حالة تساوى المصالح(١).

كما عرفها الفقيه الألماني KARLSTRUPP بالقول: بأن للدولة بجانب حقها في الدفاع ضد دولة معتدية أو مهددة لسلامتها حقاً آخر يبيح لها باسم الضرورة أن تأتى للحفاظ على مصالحها وكيانها ووجودها الإقليمي أو الشخصي أو شكلها أو استقلالها وأهليتها الدولية ضد خطر حقيقي حال وشيك الوقوع، أي عمل ولو كان فيه اعتداء على مصالح أجنبية يحميها القانون(٢).

كما عرفها الفقيه J.P.FRANCOIS بأنها: الحالة التي تتهدد فيها مصالح الدولة في وجودها وكيانها وذاتها إذا ما طبقت القواعد القانونية العادية، فتضطر إلى انتهاك هذه القواعد، فهي حق قابل للتطبيق عند الحاجة المطلقة في الحالة التي يؤدى تطبيق قواعد القانون الدولي

---

(١) **HUGO GROTIUS;" Le Droit de la Guerre et de la Paix" Rouelle Traduction, tome Premier, librairie de Guillaumin et Cie, paris,١٨٦٧,p.٤٠٥ ets.**

-PUFFENDORF; "Le Droit des la Nature et des Gens" tome ١, Amsterdam, ١٧١٢, p.٢٨١.

- VOIRAUSSI; "Le Droit des Gens" tome ١١, librairie de Guillaumin et Cie, paris,١٨٦٣, p.١١٩.

(٢) **VOIR KARI STRUOO; Droit de Paix" R.C.A.D.I., ١٩٣٤،١, vol.٤٧, p.٥٦٨**

المنطبقة في الأحوال العادية إلى المساس بمصالح الدولة بطريقة تتهددها في وجودها نفسه(١).

وعرفها الفقيه VERDREOSS بكونها: واقعة تجد الدولة نفسها في صراع بين حماية مصالحها الحيوية، من جانب، واحترام حق الغير، من جانب آخر، فتعتدي على حق دولة بريئة لتنفذ كيانها(٢).

كما عرفها الفقيهSCHWARZENBERGER بأنها: حالة قد تبرر فعل غير مشروع، فتعفي الدول التي ارتكبته من الجزاء، ويظل الفعل غير مشروع، وهذا لا يحول دون نشأة التزام بالتعويض على عاتق الدولة المعتدية(٣).

فالضرورة وفق التعريفات المشار إليها صراع بين مصلحتين أحدهما قانونية، والأخرى واقعية، ولا يتصور الحفاظ عليهما معاً، لذا ترجح الظروف الواقعية إحدى المصلحتين مع التضحية بالأخرى(٤).

---

(١) **Droit de Paix" R.C.A.D.I., ١٩٣٨،١, vol.٦٦, p.١٨٢. VOIR FRANCOIS;**

(٢) **VOIR VERDREOSS; Règles Générales du Droit International de la Paix, R.C.A.D.I., ١٩٢٩,V, tome, ٣٠, p.٤٨٨ ets.**

(٣) **SCHWARZENBERGER; Principles of International law, R.C.A.D.I., ١٩٥٥،١, Vol.٨**

(٤) **CHARLES DE VISSEHER; Théories et Réalités Droit International Public, Edition –A .Péroné, paris, ١٩٦٠, p.٣٥٨.**

وقد تناول الفقه المصري تعريف حالة الضرورة في القانون الدولي، حيث عرفها الأستاذ الدكتور/ محمد محي الدين عوض بكونها: الحالة التي تكون فيها الدولة مهددة بخطر جسيم حال أو وشيك الوقوع يعرض بقائها للخطر- أي نظامها الأساسي أو شخصيتها أو استقلالها- ويجب ألا يكون لها دخل في نشوء ذلك الخطـــر، ولا يمكن دفعـــه إلا بإهدار مصالح أجنبية محمية بمقتضى القانون الدولي(١).

كما عرفها الأستاذ الدكتور/ محمد طلعت الغنيمي، بأنها: قيد من القيود الواردة على حق البقاء وصيانة الذات(٢).

كما عرفها الأستاذ الدكتور/ مصطفي أحمد فؤاد، بأنها: حالة واقعية غير مألوفة تخول لدولة أو من يمثلها، أو لفرد وفي وقت السلم مخالفة القواعد الدولية، لاعتبارات محض إنسانية(٣).

كما عرفها الدكتور/ محمد أحمد عبد الرسول، بأنها كل حدث غير مألوف حال أو وشيك الوقوع مستحيل الدفع بالطرق العادية، ويشكل خطراً على الوجود المنظم لسكان كل أو بعض أجزاء الدولة من شأنه

أشار إلي تلك المراجع د/ مصطفي أحمد فؤاد، دراسات في القانون الدولي العـــام، ٢٠٠٦م/٢٠٠٧م، بدون ناشر، ص١٢٢وما بعدها.

(١) د/ محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الـــدولي الجنـــائي، مجلـــة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، ١٩٦٥م، ص٢٧٣.

(٢) د/ محمد طلعت الغنيمي، الوسيط فـــي قـــانون الـــسلام، منـــشأة المعـــارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م، ص٢٨٤.

(٣) د/ مصطفي أحمد فؤاد، دراسات في القانون الدولي العـــام ،مرجـــع ســـابق، ص١٤٢، ١٤٣.

ضرورة إلجاء السلطة المختصة لاتخاذ تدابير شرعية استثنائية خاضعة للرقابة(١).

والفقهاء في بحثهم لحالة الضرورة في نطاق القانون الدولي العام يترددون بين نظريتين:

إحداهما: تجيز اعتداء الدولة على غيرها من الدول بدافع الضرورة.

ثانيهما: لا تجيز هذا الاعتداء(٢).

ويرتكن أصحاب النظرية الأولى إلى فكرة الأمن الجماعي والتي تقوم على أساس تجريم استخدام القوة أو التهديد بها في مجال العلاقات الدولية ومعاقبة المعتدى عقاباً جماعياً من خلال ما تقرره المنظمة الدولية، وتعد فكرة الأمن الجماعي الهدف الأول للتنظيم الدولي، غير أن الدول الأعضاء في المنظمة الدولية تحرص على الاحتفاظ لنفسها بحق الدفاع الشرعي إذا ما وقع عدوان عليها(٣).

ويؤيد حق الدول في استخدام حق الدفاع الشرعي ما جاء في المادة ٥١ من ميثاق الأمم المتحدة من أنه " ليس في هذا الميثاق ما يضعف أو ينقص من الحق الطبيعي للدول في الدفاع عن نفسها إذا ما اعتدت قوة

---

(١) د/ محمد أحمد عبد الرسول، ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه مقدمه لكلية الحقوق جامعة أسيوط، ص٤٥.

(٢) د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإرادة العامة للقانون، مرجع سابق، ص٩٢.

(٣) د/ مفيد محمود شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١٠، ١٩٩٠م، ص١٢٢.

مسلحة على أحد أعضاء الأمم المتحدة، وذلك إلى أن يتخذ مجلس الأمن التدابير اللازمة لحفظ الأمن والسلام الدوليين.

ومن ثم فإنه في ظل تحريم استخدام القوة في العلاقات الدولية، يعتبر العدوان المسلح على أي دولة عملاً غير مشروع، كما يعتبر رد الدولة المعتدى عليها على العدوان عملا غير مشروع أيضاً، إلا إذا اضطرت هذه الأخيرة إلى العمل المسلح لوقف العدوان عليها ، ففي مثل هذه الحالة، يعتبر الرد العسكري عملاً مشروعاً، حيث تنتفي عنه صفة عدم المشروعية، وهذه هي الحالة التي تعرف في إطار القانون الدولي العام بحالة الدفاع الشرعي(١).

كما أخذت محكمة العدل الدولية بهذا المبدأ في حكمها الصادر عام ١٩٨٦م، بشأن الأنشطة الحربية وشبه الحربية في " بيكارجوا" مشيرة إلى أن الأعمال التي ارتكبتها بيكارجوا لم تكن لتبرر للولايات المتحدة الأمريكية حق الدفاع الشرعي ضدها(٢).

كما أخذت المحكمة العسكرية الدولية في " لكسمبرج " بنظرية الضرورة في حكمها الصادر عام ١٩٤٦م، في قضية مجرمي الحرب العظام، فقد جاء في حكمها " إن العمل الوقائي في إقليم أجنبي لا يبرر إلا

---

(١) د/ حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م، ص٣١٨؛ د/ عائشة راتب، د/ صلاح عامر، د/ حامد سلطان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧٨م، ص٣٢٤.

(٢) د/ صلاح الدين عامر، مقدمة في دراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م، ص٧٥٠.

في حالة الضرورة العاجلة الملحة للدفاع والتي لا تسمح باختيار الوسائل أو التروي"(١).

بينما يرتكن أصحاب النظرية الثانية والتي لا تجيز الاعتداء بدافع الضرورة في إطار العلاقات الدولية إلى أن الأخذ بهذه النظرية يؤدى إلى إطلاق الفوضى(٢) .

ويرى أصحاب تلك النظرية أن الأخذ بتلك النظرية في نطاق العلاقات الدولية ما هو إلا غطاء لعمليات الغزو المسلح من دولة لأخرى، فهي تستر أهداف التوسع الاستعماري واستغلال الشعوب المستضعفة، مستدلين على ذلك باحتجاج ألمانيا بحالة الضرورة لتبرر غزو بلجيكا أمام الرأي العالمي في عام ١٩١٤م، وكذلك استغلال الحلفاء (انجلترا وفرنسا) في خرق مياه اليونان بإنزال قوات في سالونيك لمساعدة العرب عام ١٩١٦م، واستخدام سالونيك في الهجوم على الحبشة، واستعان بها هتلر لتبرير إقحام العالم في حرب عالمية سنة ١٩٣٩م، كما استعانت بها الكنيسة في العصور الوسطى لإسباغ صفة الشرعية على الحرب في ظروف معينة(٣).

وبذلك يتضح لنا أن نظرية الضرورة تم الأخذ بها في نطاق القانون الدولي العام وإن اختلفت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لها،

---

(١) د/ عبد الحميد خميس، جرائم الحرب والعقاب عليها، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥م ،ص١٥٩.

(٢) د/ عبد الحميد خميس، المرجع السابق، ص١٦٠.

(٣) د/ إدوارد توفيق حزان، حالة الضرورة في القانون الدولي العام وفيما بين الدولة، رسالة مقدمة إلى جامعة باريس، ١٩٤٩م، ص٥٥- ٥٩.

وهذا هو الشأن في كافة الأنظمة القانونية منذ الأزمنة القديمة حتي عهدنا المعاصر.

والباحث من جانبه يرى، أن نظرية الضرورة في نطاق القانون الدولي العام تجد أساسها دائما في مبدأ العدالة والتي تجيز للدول عند الاضطرار طرح القواعد الدولية جانباً للحفاظ على أمنها واستقرارها إذا كان لا يوجد في تلك القواعد ما يحمى الدولة ويغنيها عن استخدام تلك النظرية والتي باتت مبدأ من المبادئ القانونية العامة وفقاً للنظم القانونية المعاصرة، وذلك كله بالقدر اللازم لدفع ذلك الاضطرار دون تجاوز، أو اعتداء على حقوق دول أخرى .

الفرع الرابع

مفهوم الضرورة في إطار القانون الإداري

لقد لقيت نظرية الضرورة اهتماماً بالغاً لدى رجال الفقه بالقانون الإداري والقضاء الإداري، حيث كان لهذا الأخير دوره البارز في الإفصاح عن تلك النظرية، وظهر ذلك بداءة عندما بدأت الحرب العالمية الأولى عام ١٩١٤م، ووجدت فرنسا نفسها أمام ظروف صعبة فلم تستطع التشريعات الاستثنائية التي أعدتها لمواجهة مثل تلك الحالات مواجهة تلك الظروف، فخرجت عن الحدود والإجراءات القانونية، وعندما اتجه الأفراد إلى مجلس الدولة الفرنسي، مطالبين بإلغاء تلك الإجراءات والتعويض عن الأضرار التي لحقت بهم من جراء تطبيق تلك الإجراءات، ونظراً لعجز القوانين العادية والاستثنائية عن مواجهة تلك

الظروف والضرورات الناشئة عن حالة الحرب، قام مجلس الدولة بكشف الستار عن تلك النظرية وأطلق عليها نظرية الظروف الاستثنائية(١).

وأدى مسلك مجلس الدولة الفرنسي حيال الظروف الاستثنائية إلى نشأة نظرية قضائية أطلق عليها اسم نظرية الظروف الاستثنائية، ويرجع السبب في كشف مجلس الدولة الفرنسي لهذه النظرية إلى العمل على توسعة نطاق مبدأ المشروعية ليستوعب كل ما تصدره الإدارة من قرارات لمواجهة هذه الظروف وإضفاء صفة المشروعية عليها، رغم عدم مشروعيتها(٢)، ومن ثم يتأكد حق السلطة التنفيذية في استخدام سلطات أوسع أثناء الظروف غير العادية بهدف المحافظة على النظام العام وضمان انتظام سير المرافق العامة(٣).

وأطلق على هذه النظرية في البداية اسم نظرية " سلطات الحرب"، حتى تم مهاجمة تلك النظرية حتى وصلت إلى المسمى الحالي المعترف به من قبل فقهاء القانون الإداري في مصر وفرنسا، وهي " نظرية الظروف الاستثنائية"(٤).

وتتجلى العناصر التي تستدعى اللجوء إلى الوسائل الاستثنائية وتطبيقها وفق مقتضيات الحاجة الماسة لها، فالعنصر الرئيسي الأول

---

(١) د/ أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص١٥٦.

(٢) د/ محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق، ط ١٩٩٦م، ص ٦٠.

(٣) د/عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري ،منشأة المعارف بالإسكندرية، ط١٩٩٦م، ص٤٦، ٤٧.

(٤) د/ مصطفي أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م، ص٣٩٠، ٣٩١.

فيهان هو الأزمة، والعنصر الثاني يتمثل في محدودية وسائل السلطة للتصرف على ضوء الواقع الجديد الطارئ دون الأخذ بالوسائل الاستثنائية الذي يبرر اللجوء إليها، وأخيرا لوجود مصلحة عامة مهددة بخطر واقع وحال تستوجب حمايتها من خلال هذه الوسائل(١).

وتفترض تلك النظرية أن تطرأ خلال تنفيذ العقد الإداري حوادث أو ظروف استثنائية خارجة عن إرادة المتعاقدين لم تكن متوقعة وقت إبرام العقد تؤدى إلى جعل التنفيذ مرهقاً للمتعاقد مع الإدارة، ومن ثم يكون من حق المتعاقد مطالبة الإدارة بتحميل جزء من الخسارة التي لحقت به، وذلك ضماناً لتنفيذ العقد وحرصاً على استمرار سير المرفق العام(٢).

ومن تعريفات فقه القانون الإداري لتلك النظرية، فقد عبر العميد فيدل، والأستاذ دلفولفيه عن ذلك بقولهما " أنه من الصعب إعطاء تعريف جامع لهذه النظرية، لأنها تتعلق في أكثر الأحيان بظرف أو حالة أو مسألة خاصة(٣).

---

(١) د/ رمزي طه الشاعر، قضاء التعويض- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية- دار مصر للطباعة الحديثة، ٢٠٠٤م، ص١٧.

(٢) د/ محمود أبو السعود، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس،١٩٩٩م، ص ٣٤٩؛ د/ إسماعيل البدوي، د/ أحمد رسلان، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م، ص١٩٧.

(٣) VEDEL ET DELVOVE; "Droit Administratif". ,the Mes,١٢ème Édition, ١٩٩٠ . p.٥٠٠ ets.

بينما عرفها بعض الفقه(١) بأنها: تتمثل في وجود خطر داهم يحدق بالوطن، يستوي في ذلك الخطر الناتج عن غزو خارجي، أو عن عصيان مسلح، أو نكبات عامة، أو عن اضطرابات داخلية شديدة الخطورة، لذلك تخلع صفة المشروعية على أعمال الإدارة التي تمليها هذه الظروف، ولو انتفت عنها هذه الصفة في ظل الظروف العادية.

كما عرفها البعض الآخر(٢) بأنها: عبارة عن قيام ظروف فجائية أو حالات شاذة، تدفع الضرورة الإدارة بسببها إلى التحرر من قواعد المشروعية العادية، فتصدر أعمالا وتصرفات تعتبر شرعية- نظراً لهذه الظروف الاستثنائية- بشروط معينة وتحت رقابة القضاء.

كما يرى البعض أن بعض القرارات الإدارية غير المشروعة في الظروف العادية، يعتبرها القضاء مشروعة إذا ما ثبت أنها ضرورية لحماية النظام العام، أو لتأمين سير المرافق العامة، بسبب حدوث ظروف استثنائية، وهكذا تتحلل الإدارة مؤقتاً من قيود المشروعية العادية لتتمتع باختصاص واسع لم يرد به نص تشريعي(٣).

ومن ثم فإن إعمال النظرية طبقاً للتعريفات السابقة تتمثل في الآتي:

١- أن يطرأ بعد إبرام العقد وأثناء سريان مدته وتنفيذه ظرف غير متوقع ولم يكن بالإمكان توقعه عند التعاقد.

---

(١) د/ بكر القباني، د/ محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠م، ص٤٦٨، ٤٦٩.

(٢) د/ إبراهيم درويش، مقالته "نظرية الظروف الاستثنائية" مرجع سابق، ص١٣٨.

(٣) د/ سليمان الطماوي، النظرية العامة للقرارات الإدارية، مرجع سابق، ص ١١٨، ١٢٢.

٢- أن يكون الظرف الطارئ خارجاً عن إرادة المتعاقدان.

٣- أن يكون الظرف الطارئ من شأنه أن يجعل التنفيذ مرهقاً للملتزم وأن يهدده بالانهيار مالياً، وذلك بأن يتجاوز الحد المعقول للخسارة أو نقصان الربح(١).

كما أن الجديد في تلك النظرية، هو أنها تسرى أيضاً مع قيام النصوص الاستثنائية بحيث تكمل ما فيها من نقص يكشف عنه التطبيق العملي، فتمنح الإدارة سلطات أوسع مما في النصوص بالقدر الذي تحتاجه لمواجهة تلك الظروف، كما أنها تبين لإلى أي مدى وصلت حرية مجلس الدولة الفرنسي في تعديل نطاق المشروعية خارج نطاق النصوص بل وضد النصوص(٢).

نخلص مما سبق أنه وإن كانت نظرية الضرورة قضائية المنشأ في العصر الحديث متمثلا في مجلس الدولة الفرنسي، إلا أن تجاوز الإدارة لأحكام المشروعية النافذة في الظروف الاستثنائية لا يعد خروجاً على مبدأ المشروعية طالما توخت الإدارة تحقيق الصالح العام ولم تتجاوز في استعمال سلطاتها حد الضرورة، وذلك لتعذر مواجهة الظروف الطارئة بصلاحيات المشروعية النافذة .

---

(١) د/ إسماعيل البدوي، د/ أحمد رسلان، مبادئ القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٩٧؛ د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر العربي، ٢٠٠١م، ص٤٤٣؛ د/ محمود أبو السعود، القانون الإداري، مرجع سابق، ص٣٤٩.

(٢) د/ سليمان الطماوي، الوجيز في القانون الإداري، القسم الثاني، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط١٩٩١م ، ص١١٦.

المطلب الثاني

المفهوم الدستوري لنظرية الضرورة

إذا كان القانون الدستوري هو الذي يحدد شكل السلطات العامة في الدولة، وكيف تقوم وما هي اختصاصاتها، وكيف تمارس هذه الاختصاصات، وعلاقة السلطات ببعضها وعلاقتها بالأفراد، وما تثيره تلك العلاقة مما يتعلق بالحريات والواجبات والحقوق العامة للمواطنين.

فإن حالة الضرورة في نطاق ذلك القانون توجد كلما وجدت الدولة نفسها في وضع لا تستطيع فيه أن تواجه أخطاراً معينة سواء كان مصدرها داخليا أو خارجياً إلا بالتضحية بالاعتبارات الدستورية التي لا يمكن- أو يفترض أنه لا يمكن- تجاوزها في الأوضاع العادية(١).

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٠.

وعلى ذلك يتقرر للإدارة سلطة واسعة في ظل تلك الظروف " لتتخذ من التدابير السريعة الصارمة ما تواجه به الموقف الخطير، إذ بقدر الخطر الذي يهدد الأمن والطمأنينة بقدر ما تطلق حريتها في تقدير ما يجب اتخاذه من إجراءات وتدابير لصون الأمن والنظام، ولا تتوقف سلطة الإدارة في مثل هذه الظروف الخطرة عند الحدود التي تقتصر عليها في الظروف العادية من الحيطة والحذر حتى لا يفلت الزمام من يدها"(١).

ومواجهة تلك الظروف على النحو السالف يجعل للسلطة التنفيذية الحق في اتخاذ تدابير مؤقتة لصيانة الأمن والنظام العام في حالة الضرورة، ولو تضمنت مساساً بحقوق الأفراد وحرياتهم، ولو لم تستند هذه التدابير إلى أي نص في القانون، كما يجوز للإدارة أيضا أن تتجاوز القواعد المقررة للاختصاص في الظروف العادية، فتمارس أعمالاً تشريعية تدخل بحسب الأصل في ولاية السلطة التشريعية، كتعديل القوانين أو إلغائها أو تعطيل نفاذها(٢).

وعلى ذلك ذهب بعض الفقه(٣)، إلى أن نظرية الضرورة لها وجه دستوري يتصل ببحث علاقة السلطة التنفيذية بغيرها من السلطات، وذلك على اعتبار أن قيام حالة الضرورة يؤدى في بعض الأحيان إلى تعطيل

---

(١) حكم المحكمة الإدارية العليا في القضية رقم (١٥١٧) لسنة ٢ ق، مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا، السنة الثانية، ص٨٨٦ وما بعدها.

(٢) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية والدولة المعاصرة، مرجع سابق، ص ٦٤٥،٦٤٤.

(٣) د/ ألفونس الألفي، مقال بعنوان " الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة ، مجلة القانون والاقتصاد، السنة السابعة، العدد الخامس، ١٩٣٧م، ص٨٢٨.

أحكام الدستور وزيادة اختصاصات السلطة التنفيذية، كما يؤدى إلى وضع قيود على الحريات العامة المقررة في الدستور.

كما يرى البعض الآخر(١)، بأنه يقصد بحالة الضرورة، تلك الظروف العاجلة غير المتوقعة، التي تجعل من اللازم تركيز سلطة اتخاذ القرار في يد شخص واحد، يناط به ذلك حماية للدولة.

كما ذهب البعض(٢)، بأن حالة الضرورة تقوم كلما وجد خطر جسيم وحال يهدد حقا دستوريا جوهرياً، إذ أن استمرار المؤسسات الدستورية يماثل في نظرهم الحق في الحياة، فالتهديد باستمرار سيرها، أو عرقلة لسلطاتها، أو محاولة لنسف وجودها، يترتب عليه قيام حالة الضرورة.

كما يرى البعض الآخر(٣)، بأنه " إذا كانت النظم التشريعية الاستثنائية في الغالب تؤدى إلى تعديل قواعد توزيع الاختصاص التي تكفل الدستور بها، فيما بين السلطات العامة لصالح السلطة التنفيذية على حساب السلطة التشريعية، فإنه في فترات الأزمة تثور عدة مشاكل تقتضى حلولاً سريعة وعاجلة لا تساعد عليها الإجراءات البرلمانية لطولها وتعقيدها، وهذا هو الجانب الدستوري لنظرية الضرورة " .

---

(١) G.CAMAS; op. cit., p.٢٥.

(٢) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٠، ٢١.

(٣) د/طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية ، مرجع سابق، ص١٤٥ .

وبذلك خلص فقهاء القانون الدستوري إلى أن إعلان حالة الضرورة التي تستوجب تطبيق نظرية الحرب والظروف الاستثنائية، تقوم كلما وجد خطر جسيم وحال يهدد حقاً دستورياً، لأن استمرار المؤسسات الدستورية يماثل تماماً الحق في الحياة بالنسبة لهذه المؤسسات، فأي تهديد لاستمرار وجودها يعتبر تهديداً لهذه الحياة، وهذا الفعل يكون الركن الموضوعي لقيام هذه النظرية، أما عن الركن الشخصي فيوجد عندما يتحقق الخطر الجسيم الحال، ولابد ممن يقوم برد الفعل أن يكون جهازاً دستورياً أو سلطة دستورية، وقد يحدد الدستور نفسه هذا الجهاز أو تلك السلطة مثلما فعل الدستور الفرنسي عام ١٩٥٨م في المادة (١٦)، والدستور المصري- الملغي- ١٩٧١م في المادة (٧٤)(١)، ودستور ٢٠١٢م- المعطل- في المادتين (١٣١، ١٤٨).

والباحث يتفق مع ما ذهب إليه بعض الفقه(٢)، من أن نظرية الضرورة تستند إلى أساسين هما:

الأساس الأول: يتحصل في أن النصوص التشريعية إنما وضعت لتحكم الظروف العادية، فإذا ما طرأت ظروف استثنائية، وأجبرت السلطات العامة على تطبيق نفس النصوص التي تحكم الظروف العادية، لأدى ذلك إلى نتائج غير مستساغة تتعارض ونية واضعي هذه النصوص.

---

(١) د/ السيد حامد التهامي، سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في الدولتين الحديثة والإسلامية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٥م، ص١٥٠.

(٢) د/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٦٨م، ص٩٦٧؛ د/ محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٤م، ص٢٥.

الأساس الثاني: لكي يوجد مبدأ المشروعية يجب أن توجد دولـــة، ويترتب على ذلك أن أول أساس الشرعية هو: وجوب الإبقاء على الدولة وضرورة استمرارها، لذا فإنه إذا كان في مراعاة مبدأ المشروعية بدقـــة وجود خطر على الدولة، وتهديد لكيانها وسلامتها، وفيه بطريـــق غيـــر مباشر قضاء على مبدأ المشروعية ذاته، فإنه في هذه الحالة يكون الإبقاء على الدولة وسلامتها في المقام الأول، ويجب أن يفسر مبدأ المـــشروعية على هذا الأساس، وبما أن الحكومة هي العضو العامل في الدولة، وهـــي المكلفة بالمحافظة على بقائها وسلامتها، فيجب أن يكون لها في الظروف الاستثنائية وضع خاص تتحلل فيه مـــن التزاماتـــه بالقواعـــد القانونيـــة الممنوحة لها بموجب مبدأ المشروعية في الظروف العادية.

وبذلك نخلص إلى أن نظرية الضرورة قد عرفت في نطاق جميـــع فروع القانون وهي تتفق في جميع الأفرع من حيث المفهوم، فهي عبارة عن مخالفة القواعد العامة لتفادى ضرر جسيم لا يمكن تفاديه إلا بمخالفة تلك القواعد لعجزها عن مواجهة ذلك الخطر، إلا أنها تختلف من حيـــث استخدامها في كل فرع، فبينما تخضع في القـــانون الجنـــائي لـــضوابط موضوعية، يقوم بتقديرها الفاعل ويخضع لرقابة القضاء، نجـــدها فـــي الغالب الأعم في باقي الأفرع يترك تقدير هذه الموضوعية للفاعل نفسه، فلا يخضع لأية رقابة.

المبحث الثاني

موقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة

بداية قبل التعرض لموقف الفقهاء في مدى الأخذ بنظرية الضرورة من عدمه تجدر الإشارة إلى أن تلك النظرية لا تثار فقهيا وعلمياً، إلا في نطاق أنظمة الدول القانونية، أي الدول التي يخضع السلطات جميعاً فيها لحكم القانون، ذلك أنه في الدول البوليسية، حيث لا تخضع السلطة للقانون، يصبح البحث حول نظرية الضرورة بحثاً لا مبرر له ولا معنى، ذلك أنه لا يوجد عائق يعوق السلطة أن تفعل ما تراه دون أن تبرر ذلك بحالة الضرورة أو بغيرها، ذلك أنها لا تكون في حاجة إلى مثل هذا التبرير.

أما في الدول القانونية، فإن الظروف التي تبرر الخروج على القواعد القانونية، وبالذات القواعد الدستورية، هذه الظروف لابد وأن تستند إلى مبرر قوى، هذا المبرر هو الذي يتمثل في نظرية الضرورة(١).

وقد بدأ الحديث عن نظرية الضرورة في مجال القانون الدستوري مع بداية القرن العشرين في الفقه الألماني، ثم تابعهم في ذلك الفقه الفرنسي، وإن اختلفت نظرته في النظرة الألمانية، أما الفقه المصري فإنه أخذ بهذه النظرية بسهولة مع ظهور دستور ١٩٢٣م، وساعده في ذلك أن هذا الدستور نص في المادة (٤١) منه على أحد تطبيقات هذه النظرية(٢).

وامتداداً للخلاف الدائر في فقه قانون العقوبات حول الأساس الذي بني عليه حق الدفاع الشرعي وحدوده ومداه، وما إذا كان سبباً من أسباب الإباحة، أو مجرد عذر مانع من المسئولية(٣).

فقد اختلف الفقهاء القانونيين أيضا في مدى الأخذ بنظرية الضرورة من عدمه، فقد ذهب البعض منهم إلى رفض الأخذ بنظرية الضرورة، ومن أنصار هذا الرأي الفقه الأنجلوسكسوني، وذهب البعض الآخر إلى الأخذ بنظرية الضرورة، ولكن على أساس واقعي أو سياسي. ومن أنصار هذا الرأي الفقه الفرنسي القديم، وذهب البعض الآخر إلى الأخذ بنظرية الضرورة، ولكن على أساس مغاير، حيث اعتبر أساس تلك النظرية،

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٥، ٢٦.

(٢) د/ سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص١٧.

(٣) د/ السعيد مصطفي السعيد،الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف بالقاهرة، ١٩٦٢م، ص١٥٦ وما بعدها.

يرجع إلى مبررات قانونية، ومن أنصار هذا الرأي، الفقه الألماني والفقه الفرنسي الحديث(١).

وعلى ذلك، سوف نتطرق لموقف الفقهاء القانونيين من تلك النظرية من خلال المطالب الآتية:

المطلب الأول: الاتجاه الذي يرفض الأخذ بنظرية الضرورة.

المطلب الثاني: الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس واقعي أو سياسي.

المطلب الثالث: الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس قانوني.

المطلب الرابع: موقف الفقه المصري من نظرية الضرورة.

المطلب الأول

الاتجاه الذي يرفض الأخذ بنظرية الضرورة

يكاد الفقه الأنجلوسكسوني أن يكون في جملته رافضا الأخذ بنظرية الضرورة، وذلك لأن الأخذ بتلك النظرية من شأنه أن يجمع مزيد من السلطة في ظل الظروف الاستثنائية في يد السلطة التنفيذية لمواجهة تلك الظروف، ويرى الفقه الانجليزي في ذلك عدوان على الديمقراطية، ومن ثم إهدار سيادة القانون، فهي قاعدة مطلقة لا استثناء لها ولا خروج عليها، سواء في ذلك، في الأوقات العادية أو حتى في الظروف الاستثنائية.

وبذلك لا يسمح للسلطة التنفيذية– في أي ظرف– أن تتصرف تصرفاً خارجاً على هذه القاعدة، إلا بعد موافقة البرلمان، أي استناداً على

---

(١) في تفاصيل هذا الخلاف، أنظر:د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص١٣٧ وما بعدها؛ د/ ألفونس الألفي، الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة، مرجع سابق، ص٨٢٧ وما بعدها.

قانون بما يملكه البرلمان من سلطة تعديل القواعد الدستورية، وذلك لكون الدستور البريطاني دستوراً مرناً، وبذلك يكون للبرلمان أن يعطى السلطة التنفيذية ما يراه ضرورياً في أوقات الأزمات(١).

وبذلك لا يكون أمام السلطة التنفيذية إذا رأت نفسها أمام ضرورة ملحة، كوقوع حرب أو نشوب ثورة داخلية أو حدوث فيضان أو وقوع زلزال أو غير ذلك من الأمور الطارئة التي تستوجب حلا سريعاً لمواجهتها، إلا أن تطلب من البرلمان تفويضاً بالسلطات التي تحتاج إليها لمواجهة تلك الظروف(٢).

وقد أصدر البرلمان البريطاني هذه القوانين في مناسبات عديدة تتعلق جميعها بأوقات الأزمات، ومن ذلك مثلا، في الحرب العالمية الأولىDefense of the Realm Acts، ١٩١٤م- ١٩١٥م، وفي الحرب العالمية الثانيةDefense Acts Emergency Powers، ١٩٣٩م-١٩٤٠م، وكذلك في غير أوقات الحرب، في أوقات الأزمات الخطيرة، أصدر البرلمان البريطاني قرارات مماثلة، ومن ذلك قراره في عام ١٩٦٦م الخاص بالتصريح للحكومة باستدعاء قوات الاحتياط لمواجهة موجة عنيفة من الإضرابات آنذاك، وقد لجأت حكومة المحافظين إلى البرلمان مئات المرات خلال عام ١٩٧٢م، تطلب فيه سلطات

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٩.

(٢) د/ السيد صبري، اللوائح التشريعية، مكتبة عبد الله وهبه، ١٩٤٤، ص٨.

استثنائية لمواجهة موجة الاضطرابات بين عمال الكهرباء وعمال المناجم التي انتشرت في ذلك العام(١).

كما جرى العرف في المملكة المتحدة أن يصدر البرلمان في أوقات الأزمات قوانين توقف العمل بنظام أوامر الإحضار، والذي يقصد به تخويل كل شخص اتخذ ضده إجراء مخالف للقانون– كأن يكون حبس لشبهة علقت به– أن يستصدر من القضاء أمر إحضار وإنهاء حالة الحبس المخالفة للقانون إما بالإفراج عنه أو بمحاكمته على وجه السرعة أمام المحكمة المختصة، فإذا امتنعت الإدارة عن تنفيذ ما يقرره القضاء، تعرض الموظف الممتنع عن التنفيذ لعقاب رادع يتمثل إما في توقيع غرامة عليه، أو ينظر إليه على أنه قد ارتكب جريمة ازدراء المحكمة، مما يجعله عرضة لصدور حكم بسجنه(٢).

ومع ذلك ينص البرلمان الانجليزي في بعض الأحيان على إذنه بتشريعات الضرورة، إلا أنه لابد من عرضها على البرلمان في أقرب وقت ممكن، وتعتبر هذه القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية بناء على تفويض لها من البرلمان لمواجهة حالة الضرورة التي تطرأ على البلاد، لا قيمة لها، وتفتقد بالتالي قوتها التشريعية إذا ما عرضت على

---

(١) **S.A.DE SMITH; Constitutional and Administrative law ٢éd ١٩٧٣. p٥٢١. أشار إليه د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٢٩، ٣٠**

(٢) **WADE E., and PHILIPS; Constitutional Low, sixth Edition, ١٩٦٠, p.٤٧٣. أشار إليه د/ أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص٣٣.**

البرلمان، ولم يصدق عليها مجلس البرلمان خلال سبعة أيام من تاريخ عرضها عليه(١).

وإذا كان هذا هو الحال في المملكة المتحدة، فإنه لا يفترق كثيراً عن الولايات المتحدة الأمريكية، إذ أن الغالبية من الفقهاء الأمريكيين يرفضون الاعتداد بما يسمى نظرية الضرورة، باعتبارها بذاتها مصدراً للتحلل من قواعد المشروعية العادية، ويذهبون إلى أنه من الناحية العملية، فإن تفويض الكونجرس للرئيس في بعض الاختصاصات والتي لا تقتصر على مواجهة أزمة بعينها يمكن أن تؤدى إلى حل عملي تواجه به السلطة التنفيذية المخاطر غير العادية التي تهدد الدولة في أوقات الأزمات(٢).

ويرجع السبب في ذلك إلى أن الدستور الأمريكي قد جاء خالياً من نص يخول الحكومة سلطات خاصة لمواجهة الأزمات، كما أنه لا توجد تشريعات استثنائية خاصة على غرار قوانين الأحكام العرفية والطوارئ الدائمة التي تعرفها دول عديدة، ومن ثم فقد أصدر الكونجرس الأمريكي من آن لآخر تشريعاً استثنائياً يقصد به مواجهة متطلبات ظرف أو ظروف استثنائية معينة يحددها، مثال ذلك القانون الذي صدر عام ١٩١٧م في أعقاب دخول الولايا المتحدة الأمريكية الحرب العالمية الأولى، والذي فوض بمقتضاه رئيس الجمهورية في أن يتخذ– متى ارتأى

---

(١) د/ هاني علي إبراهيم الطهراوي، نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني– دراسة مقارنة– رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة،١٩٩٢م، ص١١٨،١١٧.

(٢) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣١.

ضرورة ذلك– الإجراءات اللازمة للدفاع القومي، كما خوله سلطة الاستيلاء على المؤسسات الإنتاجية، وتوزيع المواد الغذائية، وفرض رقابة على أسعارها، وبعد مهاجمة اليابان لميناء " بيرل هاربر" خلال الحرب العالمية الثانية، اقترح الكونجرس في ديسمبر١٩٤١م، قانون يفوض رئيس الجمهورية في اتخاذ التدابير اللازمة لإعادة التنظيم الإداري ومراقبة الاتصالات الخارجية وإبرام العقود التي تتطلبها الحرب، وكذلك أصدر قانون في سبتمبر ١٩٥٠م يخول لرئيس الجمهورية– في حالات الغزو، أو الفتنة، أو إعلان الحرب– أن يعتقل كل شخص يشتبه في قيامه بعمليات التجسس والتخريب، كما أنه أصدر قانون الهجرة الذي أجاز للإدارة أن تفرض قيوداً على السفر إلى خارج الولايات المتحدة في حالة الحرب أو قيام أزمة قومية(١).

ومن ذلك كله يتبين أن الاتجاه الفقهي في الدول الأنجلوسكسونية يرفض الأخذ بنظرية الضرورة إلا بأسلوب التفويض التشريعي، ومن ثم فإنه ينكر كل قيمة قانونية لتلك النظرية، ولا يبيح للسلطة التنفيذية أن تتخذ الإجراءات اللازمة لمواجهة الظروف الاستثنائية إلا بناء على تفويض من البرلمان.

المطلب الثاني

الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس واقعي أو سياسي

---

(١) د/ حسن الترابي، سلطات الأزمة ، دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية والفرنسية، رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٦٤م، ص١٢٢ وما بعدها.

إذا كان الفقه الانجليزي يرفض أن تكون حالة الضرورة بحد ذاتها سبباً مباشراً في تعديل النظام القانوني القائم دون تدخل البرلمان، فإن الفقه الفرنسي لم يقف جامداً أمام الضرورات العملية التي كانت تدفع الحكومة إلى التصرف على غير مقتضى الدستور والقانون حيث انتهي إلى أن الضرورة، وإن كانت لا تمثل حقاً للسلطة التنفيذية فيما تتخذه بسببها من إجراءات غير مشروعة، إلا أنها قد تنهض عذراً سياسياً، تعلل به الحكومة سلوكها أمام البرلمان لتستصدر منه قانوناً يسمى " بقانون التضمينات " وذلك بقصد إعفائها من المسئولية، ويعنى ذلك أن الضرورة لا تمثل نظرية قانونية، ولكنها محض تبرير سياسي عملي(١).

وترتيباً على ذلك إذا حدث واتخذت الحكومة تصرفاً يخالف ما تقضى به أحكام القانون لمواجهة خطر، أو لمعالجة ظروف استثنائية شاذة لم يكن في مقدور المشرع التنبؤ بها، فإن تصرفها يصبح غير مشروع، ووجب مساءلتها وموظفيها، ما لم يصححها البرلمان بقوانين التضمينات(٢).

وهكذا يتبين أن بعض من الفقه الفرنسي القديم يرفض أن يرى الضرورة أساساً يبرر الخروج على القواعد القانونية وفي هذا يتفق مع الفقه الإنجلوسكسونى، إلا أن هؤلاء الفقهاء يذهبون من ناحية أخرى إلى أن الواقع لا يمكن أن يجرد من كل قيمة واقعية وأن تجرد من القيمة

---

(١) د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مرجع سابق، ص ١٤٣.

(٢) د/ ألفونس الألفي، الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة، مرجع سابق، ص ٨٢٩.

القانوني ، وبذلك يرفضون أن يكـــون أســـاس الضرورة نظرية قانونية وإنما نظرية واقعية أو سياسية(١).

وأساس استثناء هؤلاء الفقهاء للأخذ بنظرية الضرورة على أساس واقعي أو سياسي، أنه لا يستطيع أحد أن ينكر على الدولة حالات الخطر الداهم، لجوئها إلى إجراءات على مستوى الخطر الذي تواجهه، لوقايـــة كيانها والمحافظة على سلامتها، ولكن الدولة إذ تلجأ إلى تلك الإجراءات المخالفة للدستور، إنما تتصرف على أرض الواقع وليس وفقاً للقانون ولا بناءً على نظرية قانونية، حيث يطغى حكم الواقع، بصفة مؤقتة، على حكم القانون(٢).

ونتيجة لذلك يعتبر فقهاء القانون الفرنسي القديم من أمثال " اسمان، بارتلمي ودويز، كاريه دى مالبرج".

أن نظرية الضرورة تعد بمثابة عذر سياسي تعلل بـــه الحكومـــة سلوكها أمام البرلمان لتستصدر به قانون يعفيها من المسئولية(٣).

ونتعرض لآراء هؤلاء الفقهاء على النحو التالي:

أولاً: موقف أسمان Esmein:

---

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع ســـابق، ص ٣٣.

(٢) د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، مرجع سابق، ص ١٨.

(٣) د/ السيد حامد كرات، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص ١٦٨.

تعتبر نقطة البداية عند أسمان لبحث نظرية الضرورة في القانون الدستوري هي تلك اللوائح التي أطلق عليها لوائح الضرورة، والتي لجأت إليها الحكومات بكثرة إبان الحرب العالمية الأولى، وقد بدأ أسمان بتقدير موقف المحكمة العليا في الولايات المتحدة حيث قررت منذ عام ١٨٦٦م، أن الدستور يبقى قائماً ونافذاً وقت الحرب ووقت السلم على حد سواء، وأن التنظيم الذي وضعه الدستور للسلطات العامة لا يجوز الخروج عليه، وذلك على أساس أن القانون العام في أي دولة يمكنه تنظيم اختصاصات السلطات العامة بطريقة تسمح للحكومة باتخاذ ما تراه من إجراءات لمواجهة كافة الظروف والأوقات التي قد تلم بالدولة(١).

ومن ثم فإذا حدث واتخذت الحكومة تصرفاً يخالف ما تقضى به أحكام القانون لمواجهة خطر، أو لمعالجة ظروف استثنائية شاذة لم يكن في مقدور المشرع التنبؤ بها، فإن تصرفها يصبح غير مشروع، ووجب مساءلتها وموظفيها عنه(٢).

وبالتالي يرى الفقيه "أسمان" أن الضرورة ليست نظرية قانونية يمكن الاستناد إليها للخروج على أحكام الدستور والقانون عندما يتهدد الدولة خطر داهم، ومع أن المحافظة على سلامة الدولة واجب قومي يلتزم به الجميع، إلا أنه لا يستلزم التضحية بالشرعية القانونية والذي يفرض ذلك هو الأمر الواقع وليس القانون(٣).

ESMIEN; Eléments de Droit Constitutionnel, Français et Compare, ٨eme (٢) édition, paris, ١٩٢٩, p.٩٠.

(٢) د/ ألفونس الألفي، الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة، مرجع سابق، ص ٨٢٩.

(٣) ESMIEN ; op. cit., pp٩٣-٩٥.

ومن ثم فإن أي محاولة لتبرير ذلك الوضع دستورياً على أساس نظرية الضرورة يرفضها الفقيه ويصفها " بالدكتاتورية الاستبدادية" إذ السند الوحيد من وجهة نظره هو أن الضرورة لا قانون لها أو أن الدولة لها الحق في الوجود ، ولكن لا يخرج أن يكون أساس ذلك الواقع وحسب(١).

وقد انتقد هذا الفقيه ما ذهب إليه البعض من تأييد لموقف مجلس الدولة الفرنسي والذي أقر منح الرئيس الحق في اتخاذ كافة الإجراءات التي تتطلبها الضرورة بهدف ضمان تنفيذ القوانين وتأمين مصلحة الدفاع الوطني، حيث رفض الحجة التي تذرع بها القضاء والفقه بأن هذه الإجراءات تدخل في نطاق المهمة المسندة لرئيس الجمهورية بالسهر على تنفيذ القوانين وتأمين الدفاع الوطني، قرر بأنها حجة باطلة لا سند لها، لأن مهمة القوانين لا يمكن أن تكون مجال يتضمن الخروج عليها أو مخالفتها(٢).

والخلاصة أن موقف أسمان من نظرية الضرورة، لا يرى فيها نظرية قانونية يجوز الاستناد إليها للخروج على أحكام الدستور عندما يتهدد الدولة خطر داهم لا يكون له دفع بغير هذا الخروج، ولكنه مع ذلك لا يذهب إلى حد القول بالتضحية بسلامة الدولة من أجل المحافظة على بعض النصوص بل ويدعوا إلى المحافظة على سلامة الدولة ويراها

---

(١) د/ يحيى الجمل ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق ، ص ٣٤.

(٢) ESMIEN ; op. cit., p١٠٣.

واجباً ولكنه يبرر ذلك بحكم الواقع لا بحكم القانون المستمد من نظرية الضرورة(١).

ثانياً : موقف بارتلمى ودويز:

يعالج هذان الفقيهان نظرية الضرورة باعتبارها قيداً على مبدأ سمو الدستور، والقيدان الأساسيان اللذان يردان على هذا المبدأ، " القيد الأول لصالح الحاكمين ويتمثل في نظرية الضرورة والقيد الثاني لصالح المحكومين ويتمثل في حق الشعوب في مقاومة القهر.

ويرى الفقيهان في دراستهما لنظرية الضرورة التفرقة بين قيام الضرورة من أجل سلامة الدولة نفسها، وقيام الضرورة داخل الدولة لصالح أحد أجهزة الدولة.

وذلك في صورتين:

الصورة الأول: هي التي تتحلل فيها الدولة من التزاماتها القانونية في مواجهة الأفراد أو مواجهة غيرها من الدول، وهذه الصورة تعتبر أخطر الصورتين، والتي يرجع أصلها إلى المبدأ الروماني الشهير " سلامة الشعب فوق القانون".

ويرفض كلاً من الفقيهان "بارتملي ودويز" هذه الصورة من صور الضرورة ويؤكدان إهدارهما على السمو المطلق للقاعدة القانونية.

---

(١) د/ وحيد رأفت، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٨٩ وما بعدها؛ د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٣٤٤، ٣٤٥.؛ د/ محمد كامل ليلة، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ط ١٩٦٨م، ص٧٨ وما بعدها؛ د/ بكر القباني، د/ محمود عاطف البنا، الرقابة القضائية لأعمال الإدارة، مكتبة القاهرة الحديثة، ١٩٧٠م، ص٦٠،٦١؛ د/ يحيى الجمل، المرجع السابق، ص ٣٦.

أما الصورة الثانية: من صور الضرورة فإنها تتصل بحقيقة توزيع الاختصاصات الدستورية على أجهزة الدولة المختلفة بواسطة دستورها.

وبذلك يرى الفقيهان أنه حتى في فترات الأزمات الخطيرة والتي تعتبر مشاكل ومفاجآت بالنسبة لحياة الأمة والتي تقتضى حلولاً عاجلة وفورية لابد أيضاً وأن يسود مبدأ الشرعية في تلك الأوقات وأنه ليس هناك شيء يقال له " حق الضرورة" كل ما يمكن أن يقال في مثل تلك الظروف، أن حكم الواقع يطغى بصفة مؤقتة على حكم القانون.

وعلى ذلك فإن كل تصرف يتخذ في فترة الأزمة على خلاف الدستور، أو القانون يبقى تصرف غير مشروع من الناحية القانونية، ولكن الحكومة التي تضطر إلى هذا التصرف غير المشروع تحت ضغط الواقع وحكمه في فترة الأزمة يمكن أن تتقدم بعد ذلك للبرلمان– باعتباره السلطة الدستورية العليا– ليعفيها من المسئولية من هذا التصرف غير المشروع ويكون الإعفاء في صورة قانون تضمينات.

وهكذا تبقى الضرورة حالة من حالات الواقع وليست نظرية من نظريات القانون في نظر هذين الفقيهين وحتى يمكن الاستناد إليها لابد من توافر ثلاث شروط:

أولاً: أن يوجد خطر قومي حقيقي وليس مجرد خطر سياسي.

ثانياً: ضرورة التصرف السريع.

ثالثاً: استحالة اللجوء إلى الطرق العادية.

فإذا اجتمعت الشروط جاز الاستناد إلى الضرورة للخروج على حكم القانون مؤقتاً وفي أضيق نطاق مع فرض الرقابة القضائية على التصرفات الصادرة في تلك الفترة(١).

ثالثاً : موقف كاريه دي مالبرج :

أعلن ذلك الفقيه موقفه من نظرية الضرورة حين علق على القرار الذي اتخذته العملية الفيدرالية بسويسرا، في أغسطس سنة ١٩١٤م، إذ منحت سلطات غير محدودة للمجلس الفيدرالي لاتخاذ كافة الإجراءات اللازمة لأمن وسلامة سويسرا والحفاظ على حيادها وذلك إبان الحرب العالمية الأولى(٢).

ويتصرف كاريه على أساس من الحقائق الواقعية فقط بأن بعض الظروف تشكل بالفعل خطورة على المصالح القومية على نحو قد لا يسمح للحكومة باحترام المبادئ القانونية العامة ولكن من الناحية القانونية الخالصة يصعب التسليم بذلك، فقيام ظروف تجعل من الضروري اتخاذ إجراءات استثنائية لا يعنى المساس بمبدأ سمو الدستور(٣).

كما لا يعطى الحق للسلطة التنفيذية في وقف الدستور أو تعديله سواء كلياً أو جزئياً، ويقرر في هذا الشأن أنه لا فرق بين إجراء يعدل أو يوقف الدستور، كما أنه لا يوجد نص فوق الدستور يسمح بإمكانية تغيير

---

(١) **BARTHELEMY et DUEZ; Tait de Droit Constitutionnel, Paris, Dalloz, ١٩٣٣, p.٢٤٠- ٢٤٤.**

(٢) **CARRE de MALBERG; Contribution á la Theorie Générale de l'État, Paris, ١٩٢٩. , p.٦١٠.**

(٣) **CARRE de MALBERG; op. cit., p.٦١٠.**

النظام الدستوري الموجود بقرارات تتناول بالتعديل نصوصاً أعلى منها في المرتبة(١).

وهكذا لا يرى الفقيه الضرورة نظرية قانونية تبيح الخروج على النظام القانوني القائم، ولكن من ناحية أخرى لا يستطيع أن يغفل عن الضرورة حكمها ولا عن الأزمات التي تجتاح حياة الدول وتضطرها إلى اللجوء إلى إجراءات استثنائية للمحافظة على سلامتها، وكيانها وأن لجوء الدول إلى مثل هذه الإجراءات باعتبار أن الواقع يدفعها إلى ذلك دفعاً، وباعتبارها تتصرف واقعياً، لا باعتبارها تتصرف تصرفاً قانونياً.

ومن ثم فإن القرارات التي تصدر من السلطة التنفيذية خارج نطاق الشرعية تحت ضغط الضرورة من الناحية القانونية تصرفات سليمة غير قابلة لإصلاح ولا حتى عن طريق الإجازة من البرلمان وتبقى معدومة القيمة، وأن الحل التشريعي الوحيد، هو أن يصدر قانون بالإجراءات العادية السليمة، يضم نصوص القرار أو الإجراء السابق الباطل ويستطيع هذا القانون أن ينص على الأثر الرجعى له ابتداءً من تاريخ صدور القرار الباطل(٢).

والخلاصة أن ذلك الاتجاه وطبقاً لآراء الفرنسيين المشار إليهم يرفض أي ادعاء يستند إلى أن نظرية الضرورة نظرية قانونية وهو بذلك يتفق مع أصحاب الاتجاه الأول " الفقه الأنجلوسكسوني" إلا إنه يقبل

---

(١) CARRE de MALBERG; op. cit., p.٦١٨.

(٢) د/ يحي الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٤٠، ص٤١؛ د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مرجع سابق، ص٦١- ٦٤؛ د/ وحيد رأفت، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٩٢، ١٩٣.

النظرية على أنها نظرية واقعية أو سياسية ومن ثم يترتب على ذلك النتائج التالية:

١- جميع الإجراءات المخالفة للدستور أو القانون التي تتخذها الحكومة بدعوى الضرورة تعتبر باطلة.

٢- مسئولية الدولة وموظفيها تظل قائمة طوال فترة الضرورة.

٣- تظل التصرفات التي تقوم بإبرامها الحكومة وموظفيها في حالة الضرورة باطلة حتى يصححها البرلمان بقانون التضمينات "(١).

المطلب الثالث

الاتجاه الذي يأخذ بنظرية الضرورة على أساس قانوني

تبنى الأخذ بنظام الضرورة على أساس قانوني مدرستان، أحدهما الفقه القانوني الألماني، وثانيهما الفقه القانوني الفرنسي, وهو ما سنتعرض له في الفرعين الآتيين:

الفرع الأول

نظرية الضرورة الألمانية

كان الفقه الألماني هو أول من اتخذ نظرة قانونية لنظرية الضرورة(٢)، وترجع بدايات التصور القانوني لنظرية الضرورة في الفقه الألماني إلى أصول فلسفة هيجل Hegel وفكرته عن سيادة الدولة، التي

---

(١) د/ السيد صبري، اللوائح التشريعية، مكتبة عبد الله وهبه ، ط ١٩٤٤م، ص ٨؛ د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص١٧، ١٨.

(٢) د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة، مرجع سابق، ص١٩.

لم تكن سوى تطبيقاً لمأثورة "سيرون القديمة" سلامة الشعب فوق القانون"(١).

ومقتضى ذلك، أن الدولة إذا ما تهددها خطر أو تعرضت مصالحها الحيوية للمساس، فهي في حل من الالتزام بأي قاعدة أو قيد، لأنها في سبيل حماية كيانها والحفاظ على صوالحها يبدو حقهاً، بل واجبها، اتخاذ كل ما هو لازم من إجراءات في سبيل الحفاظ على بقائها واستمرارها.

ولا يهم بعد ذلك أن تكون هذه الإجراءات مطابقة للقانون، طالما استندت إلى قاعدة أساسية أجدر وأولى بالاعتبار، وهي وجوب الإبقاء على الدولة والدفاع الشرعي عنها إذا ما تهددها الأخطار في الداخل أو الخارج(٢).

وأساس فلسفة "هيجل" في ذلك أن الدولة هي إرادة الله على الأرض، وهي الحقيقة الوحيدة المطلقة، وهي القيمة الشاملة غير المحدودة، وعن علاقة الفرد بالدولة، يرى "هيجل" أن الدولة هي وحدها الروح الموضوعية، وأن الفرد في ذاته ليس له وجود موضوعي ولا حقيقي ، وأنه لا يتحقق له شيء من ذلك إلا بكونه عضواً في الدولة.

---

(١) د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مرجع سابق، ص٦٥؛ د/ محمد ربيع مرسى، السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥م، ص٢٠٩.

(٢) HEGEL; Principe de la Philosophie du Droit Collection Ignées ,paris, ١٩٤٠,p.٢٧٠.

أشار إليه د/ يحيى الجمل، الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٤٢.

وأن الفرد لا يمكن أن يكون إيمانه هدف أو معنى، أو يكون لسلوكه غاية إلا في إطار الدولة ومن أجلها . كذلك فإن الحرية لا يتحقق معناها السامي إلا في ذات الإطار، وعلى ذلك كله ، فإن الدولة لها حق سيادي في مواجهة الأفراد الذين يتمثل واجبهم الأسمى في أن يكونوا أفراداً في الدولة، والقانون ليس إلا التعبير الموضوعي عن روح الدولة، لكن القانون مهما علا في درجة تعبيره يظل دائماً دون المجرد المطلق ألا وهو الدولة (١).

ويعتبر "هيجل" أول من نادي بهذه النظرية ويوصى في كتاباته وآرائه تبنيه معظم الفقهاء الألمان إليها ومنهم " يللنك" Jellink وأهرنج Ihering فصاغوا هذه النظرية صياغة قانونية ليقيموا على أساسها نظرية التحديد الذاتي للإرادة، والتي خلاصتها أن الدولة لا تلتزم إلا بإرادتها، وفي هذا تكمن سيادتها(٢).

فقد عرف "يللنك" سيادة الدولة بأنها: صفة تملك بمقتضاها الدولة القدرة على ألا تتقيد بأي قيد أو تلتزم بأي التزام قانوني إلا بإرادتها، فالقانون لا يمكن أن يكون إلا ما تراه الدولة ولا يمكن أن يفرض على الدولة فرضاً لأنها تمثل في الداخل والخارج أعلى سلطة(٣).

---

(١) د/ يحيى الجمل، الضرورة في القانون الدستوري، المرجع سابق، ٤٣.

(٢) د/ سمير عبد القادر على، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ومدى الرقابة عليها، رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٧م، ص١٦٦، ١٦٧.

(٣) د/ نعيم عطية، مقال عن "نظرية التقيد الذاتي للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، السنة ١٢، ١٩٦٤م، المكتب الفني، ص٢٠٧؛ د/ محمود حافظ ، رسالة باللغة الفرنسية:

ويترتب على ذلك أن الدولة إذا تصرفت على أي نحو كان فتصرفها مشروعاً، حتى ولو كان يتضمن مخالفة ظاهرة للقواعد القانونية القائمة، ذلك أن إرادة الدولة– في هذا المفهوم– هو القانون، وكل ما ترتضيه هذه الإرادة عنوان للشرعية، ولا يسوغ اعتباره غير مشروع طالما يستند إلى قاعدة قانونية مقتضاها حق الدولة في الدفاع الشرعي، فالدولة– كما عرض الفقيهان "بارتلمى" و "دويز" وجهة النظر الألمانية– تملك التحلل من أي قاعدة قانونية أن رأت أن مصالحها تقتضى ذلك، ولا تخضع لأي قاعدة إلا وقت ما شاءت وكيفما أرادت(١).

وبناءً على ذلك، أصبح ما تتخذه الدولة من أعمال وإجراءات نزولاً على حكم الضرورة مشروعاً بذاته مهما كان مخالفاً للدستور دون ترتيب أية مسئولية أو مخالفة قانونية في مواجهة رجال الدولة عند ممارستها لهذه الأعمال والإجراءات، فضلاً عن انتفاء مسئولية الدولة عنها، بحيث لا يحق للأفراد مطالبة الدولة بتعويضهم عما يلحقهم من أضرار نتيجة هذه الأعمال والإجراءات مهما ثبت جسامتها(٢).

ويبرر الفقهاء الألمان ما ذهبوا إليه بأن القوانين وسيلة لا غاية، أما الغاية من وجود الدولة وقوانينها والسلطات الممنوحة لها فهي المحافظة على مصالح الجماعة وسلامتها، فإن كان تحقيق الغاية يستند

La Délégation Lé Gestative en France et en Egypt., Thèse paris, ١٩٥٣, p.١٦٧ ets.

(١) BARTHÉLEMY et DUEZ; op. cit., p.٢٧٠.

(٢) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية والدولة المعاصرة، مرجع سابق، ص٦٥٧؛ د/ السيد صبري، اللوائح التشريعية، مرجع سابق،ص٦؛ د/ عبد الحميد متولي، القانون الدستوري والأنظمة السياسية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٩،ص٣٤٥، د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية، مرجع سابق، ص١٤١، ١٤٢.

على تضحية ببعض القوانين، أو الاعتداء على بعض الحريات، فلا حرج على الدولة، بل هذا هو حقها وواجبها(١).

وقد استندت الحكومة الألمانية لنظرية الضرورة بهذا المفهوم الواسع في علاقاتها الدولية، حينما اخترقت حياد بلجيكا عام ١٩١٤م، وحينما قامت بغزو النرويج والدنمارك وهولندا وبلجيكا في الحرب العالمية الثانية، وحينما خرقت معاهدة التحالف التي كانت تربط بينها وبين روسيا وقامت بغزوها في الحرب العالمية الثانية(٢).

كما أن النظرية كانت في الداخل وسيلة الحكام الألمان لزيادة الطغيان وللتحلل من الأحكام الدستورية مختفين وراء أحكام الضرورة، وذلك كله على أساس أن الضرورة لا تعرف القانون وإنما للضرورة قانونها الخاص، وأن للدولة في أحوال الضرورة أن تخرق القانون في تصرفاته من أجل أن تصل في النهاية إلى المحافظة على النظام القانوني كله ومن أجل الحيلولة دون قيام الفوضى(٣).

وهكذا يتبين أن التصور الألماني للضرورة يجعل منها نظرية قانونية، تطلق يد المستشار الألماني في الأمة الألمانية، وترسم له دوراً كبير الفعالية، وهو دور يتسق مع روح القانون الذي رسم له هذا الدور جعل من نظرية الضرورة مصدراً غير مشروط للقواعد القانونية المطبقة

---

(١) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص١٣٩.

(٢) د/ يسرى العصار، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي، مرجع سابق، ص١٥، ١٦.

(٣) د/ يحيى الجمل، الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٤٥.

في فترة الأزمة، ويعطى رئيس الدولة الألمانية سلطات تكاد تكون مطلقة باسم الضرورة.

والباحث يتفق مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ سامي جمال الدين(١)، من أن النظرة الألمانية لم تكن في حقيقتها نظرة قانونية، بقدر ما كانت نظرة ديكتاتورية تستهدف إضفاء طابع قانوني، على نهج استبدادي واضح، ولذلك لم تكن مقبولة تماماً لدى الفقه الفرنسي، وهو ما سنوضحه في الفرع التالي من خلال نظرية الضرورة الفرنسية القانونية.

الفرع الثاني

نظرية الضرورة الفرنسية

رأينا فيما سبق أن أغلب رجال الفقه الفرنسي يتمسكون بقاعدة رئيسية بمقتضاها أن الحكومة تخضع للقانون في جميع الأوقات والظروف، فإذا اتخذت أي تصرف يخالف ما تقضى به أحكامه، كان تصرفاً غير مشروع تسأل عنه الدولة وموظفوها عنه، وبذلك يرى هؤلاء الفقهاء أن حالة الضرورة ليست عذراً أساسياً يمكن للحكومة أن تبرر به تصرفها أمام البرلمان مستندة إلى أن هذا التصرف كان ضروريا لتحقيق مصلحة عامة ولدفع خطر داهم.

إلا أنه قد ذهب بعض الفقهاء الفرنسيين المعاصرين إلى تصور لفكرة الضرورة قريب من النظرة الألمانية، يتمثل في أنه حين تطرأ بعض الأزمات التي قد تهدد بقاء الدولة وسلامتها، فإنه يحق للدولة في هذه الأحوال أن تدافع عن نفسها وأن تواجه الأخطار بإجراءات استثنائية من نفس طبيعة الظروف التي تواجهها، ولو خالفت في ذلك القوانين

---

(١) د/ سامي جمال الدين ، لوائح الضرورة ، مرجع سابق، ص٢٠.

السارية، وذلك استناداً إلى فكرة الدفاع الشرعي عن الدولة، وبحيث يكون تصرفها المخالف للقانون في هذه الحالة أمراً مبرراً ومشروعاً(١).

ووفقاً لنظرة هؤلاء الفقهاء للضرورة " كنظرية قانونية" فإنه يمكن القول بأن للحكومة في الظروف الاستثنائية، أن تتخذ من الأعمال ما يلزم لمواجهة حالة الضرورة، ولو أدى ذلك مخالفة التشريعات النافذة بشرط أن تكون هناك استحالة مادية تمنع من اجتماع البرلمان أو على الأقل أن تتوافر حالة ضرورة لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان إلى الاجتماع كالحرب والعصيان المسلح أو الإضراب العام(٢).

ولعل الفقيه (ديجى) أول من اتجه لذلك، فقد أباح للسلطة التنفيذية إصدار لوائح الضرورة رغم خلو الدستور الفرنسي من نص يبيح ذلك، بهدف مجابهة الظروف العاجلة ودفع أخطارها، وذلك استناداً إلى الضرورة ورغم مخالفة ذلك لقواعد الاختصاص التي حددها الدستور وخروجها بذلك عن قواعد المشروعية(٣).

كما أن الفقيه " هوريو " أيضاً من أنصار هذه الفكرة، حيث أنه يبرر تجاوز الحكومة لاختصاصاتها في إصدار لوائح الضرورة التي يوقف بمقتضاها تطبيق بعض القوانين(٤).

---

(١) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص١٤٢.

(٢) د/ سامي جمال الدين ، الرقابة على أعمال الإدارة،مرجع سابق، ص١٢٦.

(٣) L. DUGUIT; Trait de Droit Constitutionnel, ٣éd., paris, ١٩٣٠, p.٦٩٧. .

(٤) M.HAURIOU; Précis de Droit Constitutionnel, ٢éme édit., récola Sirey., paris, ١٩٢٩, p.٤٤٨.

ونعرض لموقف كل فقيه منهما من نظرية الضرورة.

١- رأى العميد دوجى.

بعد أن هاجم دوجى بعنف نظرية أعمال السيادة ورفضها رفضاً باتاً، انتقل إلى مناقشة نظرية الضرورة، واعتبرها مختلفة تماماً عن النظرية السابقة، ذلك أن الأمر هنا يتعلق بإمكانية خروج الدولة عن إطار المشروعية الشكلية في ظروف معينة، ولا يتعلق، كما في نظرية أعمال السيادة، بتحصين هذه الأعمال ضد الرقابة القضائية، تلك الحصانة التي لم يدع إليها أحد في ظل نطاق نظرية الضرورة(١).

وقد عرض "دوجى" رأيه في نظرية الضرورة وهو بسبيله لعرض مبدأ المشروعية، فقرر أن مبدأ المشروعية من الناحية الموضوعية أو المادية، لا يرد عليه استثناءً، ولا يوجد جهاز في الدولة يمكنه أن يتخذ من القرارات ما لا يتطابق سلفاً مع النصوص القانونية القائمة، فهو مبدأ مطلق في تطبيقه إذا نظرنا إليه من الناحية الموضوعية، وعلى ذلك فإن الطعن بالإلغاء يكون مقبولا دائما في الأعمال المخالفة للقانون، ولا يقبل هذا الجزاء أي استثناء(٢).

أما مبدأ المشروعية من الناحية الشكلية العضوية يمكن أن يتأثر تحت ضغط الضرورات العملية بالعديد من القيود، كأن تمارس الحكومة في حالات معينة وفي موضوعات محددة إصدار لوائح الضرورة، وذلك كاستثناء عن الدور المألوف للحكومة في هذا الصدد، إذ تصاغ تلك

---

(١) **L. DUGUIT; op. cit., p.٦٩٧.**

(٢) **L. DUGUIT; op. cit., p.٧٣٣.**

اللوائح بمعرفة أجهزة أخرى غير البرلمان حين لا يقوم البرلمان بالاضطلاع بهذه المهمة(١).

ويقر الفقيه " دوجي" بحق الحكومة في التدخل بإصدار قرارات في الموضوعات التشريعية، ولكن تحت شروط وظروف معينة وفي أضيق الأنظمة، ذلك أن " دوجى" يريد أن يتجنب المنحدر نحو التصوير الألماني، فالانزلاق إلى تحصين إجراءات الضرورة أمر خطير(٢).

و هذه القرارات تستطيع أن توقف أو أن تعزل أو أن تلغى القوانين القائمة، وذلك إذا توافرت الشروط الآتية:

أولا: يجب أن تكون هناك حرب خارجية، أو عصيان مسلح، أو إضراب عام للموظفين.

ثانيـاً: أن تكون هناك استحالة مادية لجمع البرلمان، أو على الأقل أن لا يكون البرلمان في حالة اجتماع، وأن تكون هناك حالة ضرورة لا يمكن معها انتظار دعوة البرلمان للاجتماع .

ثالثاً: أن تصدر الحكومة هذه اللوائح التشريعية وفي نيتها المعلنة أو المفترضة، أن هذه اللوائح ستخضع لتصديق البرلمان وإجازته عندما يصبح اجتماعه ممكناً، وهذا الشرط الأخير جوهري، ذلك أنه هو الذي يكشف عن نية الحكومة وأنها عندما أصدرت اللوائح التشريعية، لم يكن في نيتها أن تجور على الاختصاص التشريعي، ولكنها لجأت إلى

---

(١) د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مرجع سابق، ص٧٠،٦٩.

(٢) د/ محمد شريف إسماعيل، سلطات الضبط الإداري، مرجع سابق، ص٣٠١.

إصدارها تحت ضغط الضرورة لتواجه الظروف الاستثنائية التي وجدت فيها البلاد(١).

ويؤكد "دوجى" على ضرورة توافر هذه الشروط الثلاثة، وهو يعتبرها شروطاً لمشروعية إجراءات الحكومة في الظروف الاستثنائية، فهو ينتقد مسلك الحكومة الفرنسية إبان الحرب العالمية الأولى وبالتحديد خلال عامي ١٩١٦م، ١٩١٧م، حين استندت إلى نظرية سلطات الحرب دون توفر الشروط السابقة، وهو ما دفعه لانتقاد ذلك اللجوء الذي لم تبرره الظروف، ومهاجمة مسلك مجلس الدولة الفرنسي لتسليمه بمشروعية تلك اللوائح دون توافر شروطها(٢).

وهذه اللوائح التي أصدرتها الحكومة في ظل غياب البرلمان أو في حالة تعذر اجتماعه يجب أن تكون محل تطبيق من المحاكم، ولا تستطيع أن تمتنع عن تطبيقها بدعوى غير شرعية، ما دام البرلمان بسبب تلك الظروف غير قادر على الاجتماع.

ويجوز الطعن فيها بدعوى تجاوز السلطة، فهي تعتبر قرارات إدارية إلى أن يقرها البرلمان فتكسب صفة القانون من تاريخ صدورها، إما إذا اجتمع البرلمان ولم تعرض عليه فور اجتماعه ، سقطت من تلقاء نفسها(٣).

---

(١) L. DUGUIT ; op. cit., p.٧٥٣.

(٢) L. DUGUIT; op. cit., p.٧٥٥ et ٧٥٦.

(٣) د/ السيد حامد التهامي، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص٢٧٢.

وبذلك يتضح موقف " دوجى" من نظرية الضرورة، حيث يقرها كنظرية قانونية تخضع لحكم الضرورات العملية، ولا يجوز الخروج عليها إلا بشروط وضوابط محددة.

رأى الفقيه " هوريو "

يعتبر الفقيه " هوريو " من أشد المتحمسين للاتجاه الذي يرى أن نظرية الضرورة في الظروف الاستثنائية نظرية قانونية، تخول للحكومة سلطة إصدار لوائح الضرورة استناداً إلى حق الدفاع الشرعي، فهو يرى أنه إذا كان على الدولة أن تلتزم بحكم القانون، وأن تسير على مقتضاها في علاقاتها مع الأفراد، فإن ذلك مرهون بالظروف العادية، أما حين تتغير الظروف، ونظراً للحوادث المفاجئة التي تهدد كيان الدولة وأمنها، فإن للدولة أن تدافع عن نفسها، وأن تواجه الأزمات بإجراءات استثنائية من نفس طبيعة الظروف التي تعيش فيها، وهي حين تضطر في ظل هذه الظروف إلى الخروج على حكم القانون، فإن ذلك الخروج يكون أمراً مبرراً ومشروعاً(١).

وكانت نقطة البداية عند " هوريو" ترجع إلى أحداث الحرب العالمية الأولى، وما تركته من آثار خطيرة في مختلف نواحي الحياة الاقتصادية والاجتماعية، والتي لم يقتصر أثرها على الدول المتحاربة فحسب، بل تعداه إلى غيرها من الدول المحايدة، ولا شك أن مواجهة هذه الأوضاع يتطلب نوعاً من الغطاء التشريعي، لما قد تضطر إليه الدول من تصرفات، وهو ما حدث فعلاً في الولايات المتحدة، وانجلترا، وسويسرا، حيث تمكنت هذه الدول بتفويض من البرلمان من العمل بموجب قوانين

---

(١) M.HAURIOU; op. cit., p.٤٤٣-٤٥٢.

السلطة الكاملة، ويعتبر " هوريو " أن هذه القوانين تشكل نوعاً من المشروعية يطلق عليها مشروعية الظروف(١).

وإذا كانت الدول التي أشار إليها " هوريو" بما عمدت إليه من إصدار قوانين السلطة الكاملة قد أوجدت نوعاً من المشروعية التي تتناسب مع الظروف الاستثنائية التي أوجدتها الحرب، لذا لم تشأ فرنسا أن تسلك هذا المسلك، ولكن قوة الواقع أجبرت الحكومة الفرنسية على تجاوز حدود اختصاصاتها، دون أن تستند في ذلك إلى أساس تشريعي، وبذلك خرجت عن حدود المشروعية إلى نوع من الديكتاتورية الواقعية(٢).

ويقرر " هوريو" أيضاً أن الحكومة في مواجهتها للظروف الاستثنائية، ولئن خرجت على إطار المشروعية العادية، إلا أنها لا تخرج عن إطار القانون بالمعنى العام، طالما توافرت حالة الدفاع الشرعي .

ويتساءل " هوريو" متى يمكن تعديل القواعد القانونية العادية وتبرير ذلك بضرورات الحرب؟.

ويجيب أن الحل دائماً يجده في نظرية الدفاع الشرعي بحدودها المعروفة، لأن في حالة الحرب وغيرها من الأزمات تجد الدولة ذاتها في موقف الدفاع الشرعي وهو ما يبرر لها اتخاذ الإجراءات الفردية واللوائح وتقييد الحريات والضمانات المقررة للأفراد.

---

(١) M.HAURIOU; op. cit., p.٤٤٩.

(٢) د/ السيد حامد التهامي، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في الدولتين الحديثة والإسلامية، مرجع سابق، ص٢٧٣، ٢٧٤، د/ هاني علي إبراهيم الطهراوي، نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري، مرجع سابق، ص١٥٠، ١٥١ .

كما تملك الدولة في حالة الدفاع الشرعي وقف تنفيذ بعض القوانين، ويجوز للحكومة أن تتجاوز اختصاصاتها دون سبق تفويض لها بذلك.

وفي مجال الضبط والنظام العام، يجوز للحكومة اتخاذ إجراءات الضبط الإداري لمواجهة الظروف الاستثنائية، وهذه الإجراءات قد قضى مجلس الدولة الفرنسي بمشروعيتها.

ويختم هوريو عرضه في هذا الصدد بقوله إن نظرية الدفاع الشرعي ليست سوى أهون الضررين وأقل الشرين عند الموازنة بين المصالح المهددة وانتهاك القوانين النافذة أو وقف تعديلها(١).

على أن " هوريو" لا يفوته وهو يشير إلى أن لجوء الدولة إلى مثل هذه الإجراءات في أحوال الضرورة ليس إلا من قبيل دفع شر بشر أهون منه، وأن اللجوء إلى الشر على أي حال لا يكون إلا اضطراراً، إلا أن الواضح من استعراض رأى " هوريو" أنه يميل بوضوح إلى اعتبار أن نظرية الضرورة هي نظرية قانونية غير مؤثمة مثلها في ذلك مثل التصرفات التي تمليها حالة الدفاع الشرعي في القانون الجنائي، ومن المعلوم أن الدفاع الشرعي هو سبب من أسباب الإباحية، ولا يقتصر على كونه سبب من أسباب امتناع العقاب(٢).

وتعليقاً على حكم " **Heyries** " الصادر من مجلس الدولة الفرنسي في ٢٨ يونيه ١٩١٨ والمتضمن إرساء نظرية " سلطات الحرب" يرى " هوريو" أن مجلس الدولة قد فسر النصوص الدستورية المتعلقة باختصاص رئيس الجمهورية بتنفيذ القوانين تفسيراً واسعاً، حيث قضى

---

(١) **M.HAURIOU; op. cit., p.٤٤٣-٤٥٣.**

(٢) **د/ يحيى الجمل ، الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٥٣ .**

بمشروعية قرار إداري أوقف نصاً تشريعياً ستعلق بضمانة من ضمانات الحقوق الفردية، وهو أمر يبدو للوهلة الأولى هائلا على حد تعبير هوريو، إلا أنه يقرر أن مثل هذا الإجراء في الأوقات غير العادية أمر مقبول في سبيل تغليب سلامة الدولة على المصالح الفردية، كما يرى أن السلطة التنفيذية لا تكتسب الحق في وقف جميع النصوص التشريعية، وإنما فقط النصوص التي توقف أو تعرقل واجب الدولة حتى ولو كانت تتعلق بالضمانات الفردية، ويعنى "هوريو" ذلك بأن ما يعد في الظروف العادية في المرتبة الثانية يصبح في المرتبة الأولى في الظروف غير العادية، لذا فهو يرى أن الحرية الفردية في الظروف العادية تكون في المقام الأول، فتصبح في الظروف الاستثنائية في المقام الثاني، ويبرر ذلك بحق الدفاع الشرعي عن الدولة(١).

وبذلك يخلص "هوريو" إلى أن القول: بأننا بصدد مشروعية عليا تفرض ذاتها وتطبق كلما حان وقت الحرب ويقوم القاضي استناداً لذلك بتفسير نصوص الدستور تفسيراً موسعاً(٢).

وبذلك يتفق الباحث مع ما ذهب إليه الأستاذ الدكتور/ يحي الجمل(٣)، من أن نظرية الضرورة الألمانية تتفق مع نظرية الضرورة الفرنسية من حيث إقرارها كنظرية قانونية.

إلا أن النظرية الفرنسية تختلف عن النظرية الألمانية في أن الأولى وإن رأت في الضرورة حقاً للإدارة يستند إلى نظرية الضرورة، إلا أن

---

(١) د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية، مرجع سابق، ص٢٣٨.

(٢) M.HAURIOU; op. cit., p٤٥٠.

(٣) د/ يحيى الجمل، الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٥٤.

هذا الحق طبقاً للنظرة الفرنسية ليس مطلقاً بل هو مقيد بشروط والتزامات معينة في حين أن النظرة الألمانية تراه حقاً خالصاً دون قيود.

كما أن النظرة الفرنسية ترى أن الضرورة مصدر للقواعد القانونية إلا أنه مصدر مؤقت ومشروط، في حين أن النظرة الألمانية ترى أنها مصدر غير مشروط للقواعد القانونية.

كما أن النظرة الفرنسية تجد أن تجاوز المشروعية العادية في ظل الظروف الاستثنائية يظل خاضعاً لرقابة القضاء في حين أن النظرة الألمانية لا تجيزه.

المطلب الرابع

موقف الفقه المصري من نظرية الضرورة

من خلال مطالعة بعض كتب الفقهاء المصريين، يرى أن غالبية الفقهاء قد ذهبوا إلى أن الضرورة نظرية قانونية.

حيث يرى الأستاذ الدكتور/ يحيى الجمل، أن الاتجاه العام للفقه المصري يأخذ بالأصل الشرعي القائل بأن الضرورات تبيح المحظورات(١).

---

(١) حيث استعرض سيادته، موقف عدد من فقهاء القانون المصري من نظرية الضرورة، وذلك من خلال كتابه" نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص ٦١ – ٧١

- **أ.د/ السيد صبري،اللوائح التشريعية، مرجع سابق، ص٥ وما بعدها، ص٣٦ وما بعدها، ص٦٤.**
- **أ.د/ عبد الحميد متولي، الوسيط في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٤٥١.**

كما يرى الأستاذ الدكتور/ سامي جمال الدين، أن معظم الفقــه في مصر يتجه إلى الأخذ بالنظرة القانونية لنظرية الضرورة(١).

- **أ.د/ وحيد رأفت، د/ وايت إبراهيم، القانون الدستوري، القاهرة، ١٩٢٧، ص٥٧٥، هامش ٣.**
- **أ.د/ وحيد رأفت ، القانون الإداري، مرجع سابق، ص١٨٩ وما بعدها.**
- **أ.د/ محمد فؤاد مهنا، القانون الإداري العربي، المجلد الثاني، ١٩٦٣م/١٩٦٤م، ص١١٥٦ وما بعدها.**
- **أ.د/ العميد سليمان الطماوي، مبادئ القانون الإداري، ط١٩٥٩،٣م، ص٥٩٢،ص٥٩٤ هامش ٢، ٣.**
- **أ.د/ محمود محمد حافظ، القضاء الإداري ، مرجع سابق، ص٤١، ٤٤، ص١٨٤، ١٨٥.**
- **أ.د/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة، الرقابة القضائية، بيروت، ١٩٧٠م، ص٧٨ وما بعدها، ص٨٨، ٨٩.**
- **أ.د/ مصطفي أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، مرجع سابق، ص١٨١، ١٨٢.**
- **أ.د/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٨٥.**
- **أ.د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون، مرجع سابق، ص٩٠ وما بعدها.**

(١) د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابــة القــضائية، مرجــع سابق، ص٢٢.

حيث استشهد سيادته بآراء كل من:

- **أ.د/ محمود حافظ، القرار الإداري، سالف الذكر، ص١٨٤، ١٨٥.**
- **أ.د/ مصطفي أبو زيد، القضاء الإداري، ســالف الــذكر، ص٢٠٩ ومــا بعدها.**

كما يرى الأستاذ الدكتور/ إبراهيم درويش، أنه لم يثر خلاف في الفقه المصري حول طبيعة نظرية الضرورة، ومن ثم يمكن القول بأن ذلك يثير تسليماً بقانونيتها(١).

ويبرر الفقه المصري تلك النظرية بأن حالة الضرورة قد تعرض سلامة الدولة للخطر، فيكون من المتعين أن تمكن من اتخاذ كافة الإجراءات التي تنقذها وتعيدها إلى حالتها العادية لكي يسود القانون وتعمل الضمانات المقررة في الظروف العادية، والإجراءات التي تتخذها هذه السلطة لمواجهة حالة الضرورة تكون سارية وواجبة الإتباع، حتى ولو كانت مخالفة للقانون، ما دامت السبيل الوحيد لإنقاذ الدولة(٢) .

فإذا كان احترام القانون في وقت معين سيؤدى إلى التضحية بالدولة فإنه يجب في هذه الحالة إلى التضحية بالكل في سبيل الإبقاء على الدولة، حيث يعتبر بقاء القانون أمراً ظاهرياً، مادام تنفيذه سيؤدى إلى فناء الدولة (٣) .

ومن ثم فإن الظروف الاستثنائية يجب أن تواجه بما يناسبها ونية المشرع في هذه الحالة، فهو لم يقصد بها سوى الظروف العادية، أما

- **أ.د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية، سالف الذكر، ص٩٠- ١١٢.**
- **أ.د/ ألفونس الألفي، الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة، مرجع سابق، ص٨٣٨.**
- **أ.د/ محمد كامل ليلة، الرقابة على أعمال الإدارة ، سالف الذكر، ص٨٤.**

(١) د/ إبراهيم درويش، نظرية الظروف الاستثنائية، مرجع سابق، مرجع سابق، ص١٣٦.

(٢) د/ سعد عصفور، النظام الدستوري المصري، مرجع سابق، ص١٣٠.

(٣) د/ فؤاد العطار، القضاء الإداري، مرجع سابق، ص٦٨.

الظروف الاستثنائية فتطلب تشريعات خاصة تكملها نظريات قضائية تسعى إلى تمكين السلطات العامة من مواجهة الخطر والعمل على إبعاده(١).

بينما يرى جانب آخر من الفقه المصري بأن الضرورة نظرية سياسية وقانونية في ذات الوقت، إذ يقول الأستاذ الدكتور/ محمود أبو السعود، بأن من اللازم أن يخضع تقدير حالات الضرورة لرقابة القضاء إلى جانب رقابة البرلمان، فنظرية الضرورة ليست نظرية سياسية فحسب وإنما هي أيضا نظرية قانونية أيضاً(٢).

كما أن الدولة لا تسأل أمام البرلمان من أعمالها التي صدرت مخالفة للمشروعية العادية طالما أنها اتخذت لمواجهة الظرف الاستثنائي(٣).

والباحث يتفق مع ما ذهب إليه غالب الفقه المصري والعربي من التسليم بالنظرية كنظرية قانونية، تبيح للدولة الخروج على قواعد النظام القانوني القائم من أجل المحافظة على سلامتها إذا كانت تلك القواعد عاجزة عن حمايتها، وذلك من منطلق المبدأ القديم القائل " إن سلامة الأمة فوق القانون ".

أخذاً بالأصل الشرعي القائل بأن الضرورات تبيح المحظورات، وأن الإباحة لا تعنى التضحية بمبدأ المشروعية في حالة الضرورة، وإنما

---

(١) د/ سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، مطبعة جامعة القاهرة،١٩٨١م، ج١، ص١٠٣،١٠٢.

(٢) د/ محمود أبو السعود حبيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠م، ص١٥١.

(٣) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة، مرجع سابق، ص١٤٢.

تعنى أن نطاق المبدأ يتسع بحيث يحتمل ما لا يحتمله في الظروف العادية، كما أن رقابة القضاء تظل ضمانة أكيدة لحسن تطبيق نظرية الضرورة(١).

(١) د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري، مرجع سابق، ص٧٠، ٧١.

الفصل الثالث

مقارنة بين مضمون نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري

تعرضنا فيما سبق لتعريفات الضرورة في المجالين الإسلامي والقانون الوضعي ورأينا أن الضرورة، كما عرفتها القوانين الوضعية في شتى الفروع التي أشرنا إليها، فقد عرفتها قبل ذلك الشريعة الإسلامية ووضعت لها القواعد المحكمة، كما تعرضنا لموقف الفقه الإسلامي وموقف الفقه القانوني من تلك النظرية، ثم لمكانة الضرورة في الشريعة الإسلامية وموقف القضاء الوضعي منها.

وسنتعرض من خلال هذا الفصل ما استطعنا إلى وضع مقارنة بين مضمون النظرية في الفقه الإسلامي والقانون الدستوري، ثم نتعرض بعد ذلك للمقارنة من موقف الفقه الإسلامي وموقف الفقه الدستوري .

ثم نتعرض بعد ذلك للمقارنة بين موقف القضاء الإسلامي وموقف القضاء الوضعي بالنسبة لتلك النظرية، وذلك من خلال ثلاث مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول: مقارنة بين مفهوم نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري.

المبحث الثاني: مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وموقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة.

المبحث الأول

مقارنة بين مفهوم نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري .

تعرضنا لمفهوم نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية، وتبين من خلال تعرض الشريعة للضرورة أنها لا تقتصر على ناحية من نواحيها التشريعية، ولا على طائفة معينة من الناس، بل هو اعتراف عام في كل ما شرعته من أحكام تتصور فيها الضرورة شرعاً، وعام أيضاً للفرد والأسرة والمجتمع كله.

والشريعة الإسلامية في ذلك تعترف بالضرورة على أنها مجرد استثناء لوحظ فيه معنى السماحة واليسر ورفع الحرج التي جاءت فيها الشريعة، فالأصل أن ينفذ الإنسان كل ما كلفه به الشارع، في منشطة ومكرهة، وفي عسره ويسره، وفي صحته ومرضه، وكذا في جميع أحواله، ولكن الشارع تنازل مؤقتاً عن هذا الأصل تخفيفاً عن المكلف(١).

وكما أن الضرورة عرفتها الشريعة الإسلامية فإنها أيضا عرفتها جميع فروع القانون الوضعي، فالقانون الدولي العام يبيح للدولة في حالة الضرورة أن تقوم بأفعال تتنافي مع المواثيق والمعاهدات الدولية في الظروف العادية، كما أن القانون الجنائي يعفي الأفراد من العقوبة، ويبيح بعض التصرفات والأفعال التي تعتبر في الظروف العادية جرائم جنائية، وذلك في حالة الضرورة أو الدفاع عن النفس أو الإكراه، والقانون المدني يعترف بنظريتي الظروف الطارئة والقوة القاهرة والتي بمقتضاها يجوز

---

(١) د/ جميل بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية، حدودها وضوابطها، مرجع سابق، ص٢٢.

تغير بعض بنود العقد أثناء فترة تنفيذه أو إلغاؤه لطروأ ظروف استثنائية لم يكن في وسع المتعاقدين توقعها عند التعاقد، وكان لهذه الظروف أثر على تنفيذ التعاقد، بحيث يصعب أو يستحيل تنفيذه مع بقاء تلك الظروف، وذلك خلافاً لما هو متبع في الظروف العادية بالقاعدة العادية والتي بمقتضاها يكون العقد شريعة المتعاقدين، كما أنه في المجال الدستوري يباح للسلطة التنفيذية أن تتغول على السلطتين التشريعية والقضائية في الظروف الاستثنائية مخالفة القواعد الدستورية والتي من أهمها مبدأ الفصل بين السلطات، وكذلك مواجهة تلك الظروف بوسائل لا يباح استخدامها في الظروف العادية لتعديها على الحريات العامة، وذلك كله استثناء بقدر دفع تلك الظروف الاستثنائية .

كما أنه في مجال القانون الإداري إذا وجدت الإدارة نفسها أمام خطر داهم يقتضى منها أن تتخل فوراً للمحافظة على الأمن والسكينة أو الصحة العامة، فيجوز لها في هذه الحالة أن تلجأ إلى التنفيذ المباشر بدون انتظار حكم القضاء، حتى ولو كان المشرع يمكنها صراحة من الالتجاء إليه، إذ القاعدة أن"الضرورات تبيح المحظورات".

والتنفيذ المباشر يعنى حق الإدارة في أن تتخذ بنفسها أوامرها على الأفراد بالقوة الجسيمة دون حاجة إلى إذن سابق من القضاء، وذلك كأن تنزع ملكية عقارات جبراً إذا كانت في حاجة دائمة لها، أو تستولي عليها مؤقتاً رغماً عنهم إذا ما كانت حاجتها إليها مؤقتة، بشرط دفع تعويض عادل عما ينال الفرد من ضرر(١).

---

(١) د/ على صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١٢، ١٩٧٥م، ج١، ص١٦٠، د/ سليمان الطماوي، مبادئ القانون

ولعل مما سبق يمكن إجراء مقارنة بين نظرية الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الدستوري من أهمها ما يلي :

١- أن النظام المفضل المعروف للنظرية في القوانين الدستورية أو الإدارية أو الدولية أو الجنائية أو المدنية لا تعرفه الشريعة الإسلامية، وإنما هناك مبادئ عامة يصلح بها أن تكون أساساً لتكوين قانون بالمعنى الصحيح، مثل مبدأ الشورى، والعدالة، والمحافظة على المصالح العامة، وحفظ الأمن والنظام، والحرية وسلامة الأفراد، والأمر بالمعروف والنهي عن المنكر، واعتدال الميزان والمكيال، ومنع الاحتكار والاستغلال والظلم، وحماية الأخلاق، وعدم الحرج، ورفع الضرر، ورعاية الحقوق لأصحابها، وأداء الأمانات إلى أهلها، والاعتماد على رأى أهل الخبرة، والتخصص، والاجتهاد، والعلم في المسائل الدينية والدنيوية.

وهذا من مزايا الإسلام العظيمة، فإنه ترك للناس هذه النواحي سلطة تقديرية يفعلون بموجبها ما يحقق لهم المصلحة، حسب مقتضيات الحياة وسنة التطور في شئون الحضارة والمدنية والسياسة والحكم.

٢- أن للحاكم بمقتضى السياسة الشرعية مسايرة الأوضاع الملائمة للناس فيما يحقق مصالحهم ويدفع عنهم المفاسد، والسياسة الشرعية في الأحكام والتصرفات التي تدبر شئون الأمة في حكومتها وتشريعها وقضائها، وفي جميع سلطاتها التنفيذية والإدارية وفي علاقتها الخارجية التي تربطها بغيرها من الأمم(١).

الإداري، مرجع سابق، ص٣٥٣ وما بعدها؛ د/ عثمان خليل، النظام الدستوري المصري، دار الفكر العربي، ١٩٥٦م، ص٥٠٢ وما بعدها.

(١) د/ عبد الرحمن على تاج، السياسة الشرعية والفقه الإسلامي، دار التـــأليف بمصر، ط١، ١٣٧٣هـــ- ١٩٥٣م، ص ٧ وما بعدها .

٣- أجاز الإمام مالك، القياس في الرخص الشرعية أخذاً بمبدأ التيسير والتسهيل على الناس، وتبعه في ذلك الإمام الشاطبي، فقرر أن الأدلة على رفع الحرج عن هذه الأمة بلغت مبلغ التواتر والقطع، كقوله تعالى " **وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ** "(١)، ونحو ذلك بما في هذا المعنى، وقد سمى هذا الدين "الحنفية السمحة" لما فيه من التسهيل والتيسير والتخصيص ببعض الرخص دون بعض تحكم من غير دليل، ولا يقال أن المشقة إذا كانت قطعية، فهي المعتبرة دون الظنية، فإن القطع والظن مستويان في الحكم، ولا تعارض في اعتبارهما معاً، فلا يكون الأخذ بالعزيمة دون الرخصة أولى، بل الأولى الأخذ بالرخصة، لأنها تضمنت حق الله وحق العبد معاً، وتكون الأدلة الدالة على الأخذ بالتخفيف محمولة على عمومها وإطلاقها من غير تخصيص ببعض الموارد دون بعض(٢).

وإذا كان الحكام والأفراد ملزمين على حد سواء باحترام القانون الإسلامي، وكانت الضرورة بالنسبة للأفراد تبيح المحظور، فكذلك يمكن للحاكم الاعتماد على هذه القاعدة في حالات الضرورة، فالضرورة لها تطبيقات عند الفقهاء في كل نواحي نشاط الأفراد والجماعات، فلها أثر في العلاقات الدولية أثناء السلم والحرب، وفي علاقة الحاكم بالمحكومين، حيث أجاز الفقهاء للضرورة دفع المال للعدو، ليكف عن محاربة المسلمين أثناء ضعفهم، ويجوز قتل معصوم الدم الذي تترس به العدو في الحرب، وتحبس الغنائم العقارية عن التوزيع على المحاربين الغانمين للمصلحة

---

(١) سورة الحج آية (٧٨).

(٢) الموفقات في أصول الشريعة، لأبي إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، ت٧٩٠هـ- تحقيق محمد عبد الله دراز- دار الكتب العلمية، بيروت، ج١، ص٣٤٠ وما بعدها .

العامة، ويجوز الاستبدال بالعقار الموقوف للضرورة ما هو أنفع للوقف بإذن القاضي وتقديره، وللدولة التدخل في الملكيات الخاصة المشروعة لتحقيق العدل والمصلحة العامة، سواء في أصل حق الملكية، أو منع المباح وتملكه، إذا أدى استعماله إلى ضرر عام، ويمكن فرض قيود على الملكية، فتحدد بمقدار معين أو تنتزع من أصحابها مع دفع تعويض عامل عنها إذا كان ذلك في سبيل المصلحة العامة للمسلمين(١).

ومن ذلك كله، يتبين أن الشريعة الغراء لها فضل السبق في التعرض لمضمون تلك النظرية وإقرارها قبل تنظيمها في العصر الحديث بالقوانين الوضعية، وأن المبادئ التي وضعتها تلك الشريعة تصلح في كل زمان ومكان، كما أنها تصلح لكافة أفرع القانون، وفي مجال هذا البحث فإن السلطات العامة في الدولة الإسلامية عند مواجهتها لحالة من حالات الضرورة التي تطرأ على حياة الدولة الإسلامية، أن تعدل عن حكم الأصل المقرر لحالة السعة والاختيار، وتتخلى – بصفة مؤقتة – عن تطبيقه إلى غيره من الأحكام المخالفة لحكم الأصل، وذلك إذا تبين لهذه السلطات أن التمسك بقواعد المشروعية المقررة لحالة السعة والاختيار، يهدد حياة الدولة الإسلامية ويعرض مصالحها الأساسية للخطر والضياع .

وبهذا نتفق مع ما ذهب إليه الدكتور/ محمد طاهر عبد الوهاب في تعريفه لحالة الضرورة بأنها: كل حالة شاذة غير مألوفة تطرأ علي أوضاع الدولة الإسلامية ويتأكد أو يخشي إذا لم تراع من حدوث أخطار

---

(١) د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية، مرجع سابق،ص٢٩٣، ٢٩٤.

جسيمة تمس كيان الدولة أو تعرض مصالحها الأساسية للخطر والضياع أو تهدد أمنها وسلامتها واستقرارها في الداخل والخارج(١)

والخلاصة في أنه بالتدقيق في مجمل تعريفات الضرورة في الشريعة الإسلامية، نرى أنها لا تخرج عن دائرة التعريفات التي جاء بها فقه القوانين الوضعية عامة، وفقه القانون الدستوري الفرنسي والمصري خاصة، مما لا يدع مجالاً للشك أن الشريعة الإسلامية سبقت في هذا المجال القوانين الوضعية بمئات السنين، مع وضع تنظيم دقيق ومحكم لها .

المبحث الثاني
مقارنة بين موقف الفقه الإسلامي وموقف الفقه القانوني من نظرية الضرورة

إن المتعرض للفقه الإسلامي يوقن أن أساسه مصالح الأمة، فما هو مصلحة فيه مطلوب جاءت الأدلة بطلبه، وما هو مضره منهي عنه

---

(١) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية، مرجع سابق، ص٧٠٠.

تضافرت الأدلة على منعه، إن هذا أصل مكرر مجمع عليه من فقهاء المسلمين، فما قال أحد منهم أن الشريعة الإسلامية جاءت بأمر ليس في مصلحة العباد وما قال أحد منهم أن شيئاً ضاراً فيما شرع للمسلمين من شرائع وأحكام، فكل عمل فيه مصلحة لا ضرر فيها أو كان النفع فيه أكبر من الضرر مطلوب من غير أن يحتاج إلى شاهد خاص لهذا النوع من النفع وكل أمر فيه ضرر ولا مصلحة فيه أو إثمه أكبر من نفعه فهو منهي عنه من غير أن يحتاج إلى نص خاص(١).

فالأحكام الضرورية تجب مراعاتها ولا يجوز الإخلال بحكم منها إلا إذا كانت مراعاة ضروري تؤدى إلى الإخلال بضروري أهم منه(٢).

وإذا كان الفقه القانوني قد رفض بعض منهم الأخذ بتلك النظرية ومنهم من قبلها على أساس واقعي وليس قانوني ومنهم من قبلها على أساس قانوني دون شرط ومنهم من قبلها على أساس قانوني بشرط .

فإن المطلع على الفقه الإسلامي يظهر له جلياً، أن الفقه الإسلامي قد أخذ بتلك النظرية على أساس قانوني، وذلك لاتفاقها مع النظرية القانونية والتي تقضى بأن القانون هو وسيلة لتحقيق غاية أسمى هي الحفاظ على الدولة ومؤسساتها وأن الوسيلة لا تقدم على الغاية، كما أنه لا مسئولية على الدولة لما قد يترتب على أعمال أثناء الظروف الاستثنائية طالما اقتضتها حالة الضرورة، وفي ذلك يقول الماوردي : فإذا انجلت الحرب ومع أهل العدل أموال للبغاة ردت عليهم، وما تلف منها في غير

---

(١) الشيخ/ محمد أبو زهرة، مالك حياته وعصره وأرائه وفقهه، الطبعة الثانية ، ١٩٥٢، ص٣٩٢ وما بعدها.

(٢)الشيخ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه،مرجع سابق، ص ١٩١.

قتال فهو مضمون على متلفه، وما أتلفوه في ثائرة الحرب من نفس ومال فهو هدر(١).

كما أنه تخول السلطات العامة لإنفاذ الإجراءات المقررة في الظروف الاستثنائية كافة الوسائل، حتى وإن وصل الأمر إلى القتال، الذي يعتبر أشد وطأة من الإجراءات التي قد تتخذ في أي ظرف استثنائي طبقاً للنظرية القانونية. قال تعالى " **فَقَاتِلُوا الَّتِي تَبْغِي حَتَّىٰ تَفِيءَ إِلَىٰ أَمْرِ اللَّهِ**"(٢).

يقول الجصاص (لم يختلف أصحاب رسول الله صلى الله عليه وسلم في وجوب قتال الفئة الباغية بالسيف إذا لم يردها غيره)(٣).

وفي ذلك القول ما يدل على مشروعية استخدام كافة الوسائل المتاحة التي تدفع الضرر الذي قد يطرأ على الدولة الإسلامية حتى ولو وصل الأمر للقتال.

ويقول ابن قدامه(إذا اتفق المسلمون على إمام فمن خرج عليه من المسلمين يطلب موضعه حورب ودفع بأسهل ما يندفع به)(٤).

فكل إجراء تقتضيه سلامة الدولة الإسلامية داخلياً وخارجياً يعد إجراء مشروع حتى ولو خرج عن قواعد المشروعية العادية إذ أن الظروف الاستثنائية وحالة الضرورة التي اقتضتها هو الوجه الثاني

---

(١) الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلى بن محمد بن حبيب أبـــو الحـــسن الماوردي الشافعي- تحقيق عبد الرحمن عميرة- دار الفكر العربي، ١٩٨٣م، ص ٦٦.

(٢) سورة الحجرات آية (٩).

(٣) أحكام القرآن، للجصاص ، مرجع سابق ، ج٥، ص٢٨١.

(٤) المغني والشرح الكبير، لعبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، ج٩، ص٥.

للمشروعية، وهي مشروعية استثنائية تحتم الانتقال إليها بقدر ما يدفع الخطر وتلك الظروف.

إلا أنه وإن كانت النظرية الإسلامية للضرورة تتفق مع النظرية القانونية من حيث أن السلطات العامة لم تسأل عما ارتكبته أثناء الظروف الاستثنائية من أجل الحفاظ على الدولة داخلياً وخارجياً.

إلا أنها تختلف من حيث أن الدولة الإسلامية تلتزم بالقواعد الشرعية التزاماً شرعياً وأمام الأمة بحيث إذا خالفت تلك النصوص حق عليها جزاءين الأول دنيوي في جواز خروج البغاة على الأحكام ليحجموا عن تجاوزهم في استعمال السلطة وفي ذلك يقول المقدس (ولا يضمن البغاة ما أتلفوه حال الحرب كأهل العدل)(١)، والثاني أخروي عند العرض على الله سبحانه وتعالى.

وذلك بخلاف النظرة الألمانية والتي تقرر أن الدولة لا تلتزم بالقانون إلا بإرادتها.

كما أن النظرية الألمانية استغلت نظرية الضرورة في العلاقات الدولية كوسيلة للعدوان على الدول الصغيرة المجاورة وانتهاك المعاهدات الدولية خارجياً وداخلياً وسيلة للتسلط والطغيان والاستبداد على الشعوب والتحلل من الأحكام الدستورية ولم تكن في حقيقتها نظرة قانونية يقدر ما كانت نظرة دكتاتورية تستهدف إضفاء طابع قانوني على نهج استبدادي، بينما النظرة الإسلامية لنظرية الضرورة لا تبغي بها إلا صالح الدولة الإسلامية وبقدر دفع ذلك الضرر، ووسيلة لحماية الشعوب لا الطغيان عليها دون تجاوز في ذلك وإلا حققت مسئولية الحكام في الدنيا والآخرة،

---

(١) الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي- تحقيق أبو الزهراء حازم القاضـــي- دار الكتب العلمية، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ، ج٦، ص١٤٩.

ومن ثم فإن مجال السلطات في النظام الإسلامي محدود للغاية، ومقيد بالنصوص الشرعية ومراعاة مقاصد الشريعة ومصالح المسلمين.

فالولاية العامة في الإسلام منوطة بتحقيق ما فيه مصلحة الرعية، وهو ما يعبر عنه الفقه الإسلامي بأن التصرف على الرعية منوط بالمصلحة، فكل تصرفات السلطة العامة في الإسلام مقيدة مهما بدت أنها تقديرية واسعة(١).

فالمباح قد تطرأ عليه الأحكام الأربعة وهي الواجب والمندوب والحرام والمكروه، تبعاً لتغير الظروف والأحوال حسب مصالح الناس ومسايرة لأعرافهم(٢).

يقول الفقيه الفرنسي (لأمبير): " تعتبر نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي أكثر جزماً وشمولاً من فكرة وجد أساسها في القانون الدولي العام في نظرية الظروف المتغيرة (شرط بقاء الحال على ما هو عليه)، وفي القضاء الإداري الفرنسي في نظرية الظروف الطارئة، وفي القضاء الإنجليزي فيما أدخله من المرونة على نظرية إيقاف تنفيذ الالتزام تحت ضغط الظروف الاقتصادية التي نشأت بسبب الحرب، وفي القضاء الدستوري الأمريكي في نظرية الحوادث المفاجئة(٣).

---

(١) د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ الشرعية في الدولة الإسلامية، مرجع سابق، ص٦٨٦؛ د/ فؤاد محمد النادي، الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار أبو المجد للطباعة، ١٤١٤هـ-١٩٩٤م، ص ١٨.

(٢) د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، سلطة الحاكم في تعيير التشريع شرعاً وقانوناً، مرجع سابق، ص٨٨ وما بعدها.

(٣) زاهر عزت الزغبي، الإسلام ضرورة عالمية، الهيئة العربية العامة للتأليف والنشر، ١٩٧١م، ص١٩٥ وما بعدها.

الخاتمة

مما سبق يتبين أن نظرية الضرورة عرفت مع نشأة الإنسان الأولى فهي قديمة قدم العالم أساس ذلك الظروف الاضطرارية التي تنشئ تعارضاً بين ما يمكن تسميته بغريزة حب البقاء وبين النصوص القانونية المفروضة على المجتمع.

وقد حوربت هذه النظرية في بعض العصور وأخذ بها على إستحياء في البعض الأخر إلى أن وصلت إلى ذلك التنظيم كنظرية دستورية في العصر الحالي.

وكما عرفت نظرية الضرورة في القانون الدستوري، فقد عرفت في شتى أفرع القانون– مع الاختلاف في أي قانون عرفت أولا القانون الجنائي أو القانون الدولي– العام والخاص.

إلا أن الشريعة الإسلامية قد عرفت تلك النظرية منذ بداية عهد الدعوى فهي بحق اسبق الشرائع في الأخذ بتلك النظرية، إذ وضعت لها القواعد المحكمة، وجعلت منها الوجه الثاني للمشروعية، وبمقتضاها تملك السلطة العامة إصدار القرارات التي توجبها الضرورة، والتي تخالف الأحكام التي قررها الشارع للظروف العادية، وتعد هذه القرارات مشروعة ومرتبه لكافة أثارها باعتبارها الشريعة اللازمة والواجب تطبيقها إعمالا لما تقتضيه الضرورة.

وهى ما امتازت به الشريعة الإسلامية بخلاف التشريعات الوضعية والتي اعتبرت الضرورة استثناء على مبدأ المشروعية، فإذا كانت الضرورة التي يتعرض لها الفرد في الشريعة الإسلامية تؤثر على مدى التزامه بالتكاليف الشرعية التي فرضها الشارع الإسلامي في حالة السعة والاختيار، كذالك تنطبق على الدولة من باب أولى حفاظاً على كيان الدولة، وعدم تعرض مصالحها للخطر، أو الضياع إذا ما التزمت بأحكام القانون الأصلي الذي وضع ليطبق في الظروف العادية.

وقد تباينت اتجاهات الفقه حول التسليم بنظرية الضرورة كنظرية سياسية أو واقعية، أو التسليم بها كنظرية قانونية.

إلا أن أغلب الفقه الدستوري المعاصر في فرنسا، ومصر سلم بتلك النظرية كنظرية قانونية.

والفقه الإسلامي في مجمله اعترف بتلك النظرية واعتد بها في الظروف الاستثنائية وكيفها على أنها الوجه الثاني للمشروعية، وليس مجرد استثناء على مبدأ المشروعية كالفقه الدستوري.

أهم النتائج التي تترتب على تطبيق نظرية الضرورة:

١- نظرية الضرورة هي التطبيق الأمثل لمواجهة الأخطار الجسيمة والحالة التي تتعرض لها الدولة أو احد مؤسساتها الدستورية.

٢- التشريع الإسلامي هو بحق الأسبق في معرفة وتطبيق نظرية الضرورة منذ بداية عهد الدعوى- أي منذ أكثر من أربعة عشر قرناً- وليس كما يرى بعض الشراح أن نظرية لضرورة من ابتداع مجلس الدولة الفرنسي.

٣- التشريع الإسلامي تشريع مرن يتفق مع الحضارة والمدنية في كل زمان ومكان، ويتأثر باختلاف البيئة وتقلب الزمن والعصور، وتناوب الأحوال والعادات، إذ أن الشريعة الإسلامية كانت ولا تزال مبنية على المصلحة العامة واليسر العام(١).

٤- التشريع الإسلامي يتميز عن النظام الدستوري الوضعي- وكذلك عن كافة النظم الوضعية- بخصائص عدة منها الكمال حيث استكمل كل ما تحتاجه من مبادئ ونظريات تكفل سد حاجة الجماعة البشرية في الحاضر والمستقبل على حد سواء مصداقاً لقوله تعالى " الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا"(٢).

---

(١) د/ حامد التهامي، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية، مرجع سابق، ص ٦٢٠.

(٢) سورة المائدة آية (٣).

٥- كما تتميز نظرية الضرورة في الفقه الإسلامي، عن النظرية في الفقه والقانون الدستوري، بالشمول والعمومية، فهي لا تقتصر على جانب من جوانب الحياة تتحقق فيه شروط الضرورة وضوابطها، وإنما هي نظرية عامة يمكن إعمالها وترتيب أثارها في كل جانب من جوانب الحياة يتحقق فيه صفة الظرف الاستثنائي بشروطه وضوابطه التي بيناها، كما أنه إذا تحققت الضرورة بشروطها وضوابطها في بعض النواحي وزالت في البعض الأخر، فإنه بالنسبة للحالة التي تخلفت فيها شروط الحالة الغير عادية يتحتم اللجوء إلى حكم الأصل فوراً، ولا يجوز التذرع باستمرارها في حالة أو حالات أخرى إعمالاً للقاعدة الشرعية التي تقضى بأن " ما جاز لعذر يبطل بزواله"(١).

٦- النظام الإسلامي، هو أول نظام حد من سلطات الحاكم وجعل من حقوق الأفراد حاجزاً منيعاً أمام تلك السلطات، إذ أن الإسلام سباقاً ومبرزاً في هذا المجال إذ ظهر في وقت كانت حقوق الأفراد لا وجود لها وحرياتهم وأموالهم تخضع لهوى الحاكم وسلطانه المطلق(٢).

٧- الفقه الإسلامي، اعتبر نظرية الضرورة الوجه الثاني للمشروعية إعمالاً لما تقتضيه الظروف الغير عادية التي تطرأ على المجتمع الإسلامي، ومن ثم فإن أحكام الضرورة في الفقه الإسلامي، لا تعتبر استثناء على مبدأ المشروعية، أو قيد عليه، وإنما هي أحكام الله التي يتعين تطبيقها إعمالا للضرورة، بخلاف النظرية في النظم الدستورية

---

(١) د / فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص ٢٠٠.

(٢) د/ عبد الله مرسي، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون في الإسلام، مرجع سابق، ص٤٢٤،٤٢٣.

والتي اعتبرتها استثناء على مبدأ المشروعية، ولم يعترف بها كنظرية دستورية إلا في وقت حديث نسبياً بعد جدل كبير في الفقه والقضاء، واختلاف في مفاهيم الأنظمة القانونية المعاصرة(١).

أهم الاقتراحات والتوصيات:

١- الإبقاء على نص المادة الثانية من دستور ٢٠١٢ كما هي دون تعديل في كافة الدساتير المعاصرة، بجعل مبادئ الشريعة الإسلامية المصدر الرئيسي للتشريع، ذلك أن مصادر الشريعة الإسلامية قد جاءت على ضربين متمايزان:

الضرب الأول: وقد جاءت أحكامها فيه نصية لا مجال للاجتهاد فيها.

الضرب الثاني: وقد جاءت أحكام الشريعة فيه على شكل قواعد وأصول ومبادئ عامة فيها مجال لاجتهاد المجتهدين والتي تؤكد صلاحية الشريعة وأحكامها في زمان ومكان.

٢- فرض رقابة شاملة وفعالة على أعمال السلطة التنفيذية أثناء مباشرة الاختصاصات الاستثنائية في الظروف الاستثنائية وذلك من خلال أمرين:

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

---

(١) د/ فؤاد النادي، نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، مرجع سابق، ص ١٩٦.

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

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

وفي الختام...فهذا هو جهد المقل وبضاعة العاجز وأول عهدي بالبحث حاولت فيه قدر استطاعتي أن أخرجه بصورة علمية مرضية، فإن وفقت فالتوفيق من الله وحده، وإن كانت الأخرى فالتقصير مني ومن الشيطان، والكمال لله وحده، والعصمة لأنبيائه ورسله عليهم الصلاة والسلام.

والله أسأل أن يكون هذا البحث المتواضع مساهمة في وضع لبنة بسيطة في إحياء التراث القانوني الإسلامي، وفي إيجاد نهضة قانونية إسلامية تدعوا إلى دراسة العلوم الإسلامية بلغة العصر لإبراز أهم النظريات الإسلامية الخالدة المتصفة بالكمال لأنها مستخرجة من كتاب الله، الذي له الكمال وحده، فهي ثروة عظيمة جديرة بالعناية، وتضاهي ما أنتجته النظم القانونية الوضعية في أزهى صورها.

كما أسأله سبحانه أن يعلمنا ما نجهل، وأن ينفعنا بما نعلم، وأن يثبتنا على الإحسان، وأن يعفو عن القصور والنسيان.

" **رَبَّنَا عَلَيْكَ تَوَكَّلْنَا وَإِلَيْكَ أَنَبْنَا وَإِلَيْكَ الْمَصِيرُ**"(١).

" سُبْحَانَ رَبِّكَ رَبِّ الْعِزَّةِ عَمَّا يَصِفُونَ (١٨٠) وَسَلَامٌ عَلَى الْمُرْسَلِينَ(١٨١) وَالْحَمْدُ لِلَّهِ رَبِّ الْعَالَمِينَ(١٨٢)"(٢).

وصلى اللهم على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

---

(١) سورة الممتحنة، آية (٤).

(٢) سورة الصافات، الآيات (١٨٠ ، ١٨١ ، ١٨٢).

قائمة المراجع

أولاً: المراجع الشرعية.

أ.القرآن الكريم

ب. مراجع التفسير

أحكام القرآن، لأبى بكر أحمد بن على الرازي الجصاص- تحقيق محمد الصادق القمحاوي- دار المصحف، بيروت ، ١٤٠٦ه-١٩٨٤م.

١. الجامع لأحكام القرآن الكريم، للعلامة عبد الله محمد ابن أحمد الأنصاري القرطبي- تحقيق محمد الحفناوي وآخرون- دار الحديث، الطبعة الثانية، ١٤١٦هـ - ١٩٩٦م.

٢. تفسير القرآن الكريم- المسمى تفسير المنار- للشيخ/ محمد عبده- تحقيق السيد محمد رشيد رضا - الهيئة المصرية العامة للكتاب.

ج. مراجع ا لحديث.

٣. المسند، لأحمد بن حنبل- تحقيق أحمد محمد شاكر، حمزة الزين- دار الحديث، ط١، ١٤١٦هـ- ١٩٩٥م.

٤. سنن الدرامي، للأمام الحافظ شيخ الإسلام بسمرقند، أبو محمد عبد الله بن عبد الرحمن التميمي الدرامي السمرقندي، ت١٨١ه-٢٥٥ه، دار رانيا، السنة النبوية.

د. كتب الفقه

١- فقه الحنفية.

٥. الأشباه والنظائر، لزين العابدين بن إبراهيم بن نجيم، دار الكتب العلمية، بيروت ، ط١، ١٩٩٣م .

٦. درر الحكام شرح مجلة الأحكام، على حيدر- تعريب المحامى فهمي الحسيني- دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ه، ١٩٩١م.

٧. غمز عيون البصائر شرح الأشباه والنظائر، لأحمد بن محمد مكي أبو العباس شهاب الدين الحسيني الحموي الحنفي، ،دار الكتب العلمية بيروت، الجزء الأول، الطبعة الأولى، ١٤٠٥ه.

٢. فقه المالكية.

٨. الذخيرة، لشهاب الدين أحمد بن إدريس القرافي- تحقيق الأستاذ محمد بو خبزه- دار الغرب الإسلامي، بيروت.

٩. الشرح الصغير على اقرب المسالك إلى مذهب الإمام مالك، لأبى بركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوى-الدرديري- دار المعارف،١٩٧٢م.

١٠. الشرح الكبير، أبى بركات سيدي أحمد بن محمد بن أحمد العدوى- الدرديري- المكتبة التجارية.

١١. بداية المجتهد ونهاية المقتصد، لأبو الوليد محمد بن أحمد بن محمد بن أحمد بن رشد القرطبي، الشهير بابن رشد الحفيد، ت ٥٩٥ه-تحقيق د/ عبد الله العبادي، دار الحديث، القاهرة، ١٤٢٥هـ- ٢٠٠٤م.

١٢. ترتيب المدارك في تقريب المسالك لمعرفة مذهب الإمام مالك، للقاضي عياض بن موسى بن عياض السبتي- تحقيق عبد القادر

الصحراوي- وزارة الأوقاف والشئون الإسلامية، المملكة المغربية، الطبعة الثانية، ١٤٠٣هـ-١٩٨٣م.

١٣. قوانين الأحكام الشرعية ومسائل الفروع الفقهية، لمحمد بن أحمد بن جزي الغرناطي، دار العلم للملايين بيروت،١٩٧٤م.

٣. فقه الشافعية.

١٤. الأحكام السلطانية والولايات الدينية، لعلى بن محمد بن حبيب أبو الحسن الماوردي الشافعي- تحقيق عبد الرحمن عميرة- دار الفكر العربي، ١٩٨٣م.

١٥. الأشباه والنظائر في قواعد وفروع فقه الشافعية، لجلال الدين عبد الرحمن السيوطي، دار الكتب العلمية، بيروت، ١٣٩٩هـ.

١٦. الأم، للإمام محمد بن محمد بن إدريس الشافعي- تحقيق محمد زهري النجار- دار المعرفة، بيروت، ١٣٩٣هـ.

١٧. المنثور في القواعد، لبدر الدين محمد بن بهادر الشافعي، المعروف بالزركشي، ت٧٩٤هـ- تحقيق تيسير فائق أحمد محمود- دار المعرفة، بيروت.

١٨. المهذب في فقه الإمام الشافعي، لإبراهيم بن يوسف الشيرازي، دار الفكر، بيروت، بدون رقم وتاريخ طباعة.

١٩. الوجيز في فقه الإمام الشافعي، لحجة الإسلام محمد بن محمد بن حامد الغزالي، دار المعرفة للطباعة والنشر، بيروت، لبنان، ١٣٩٩هـ-١٩٧٩م.

٢٠. نهاية المحتاج إلى شرح المنهاج، للعلامة شمس الدين محمد بن أحمد العباسي أحمد بن حمزة، مطبعة مصطفي البابي الحلبي، مصر، ١٣٨٦هـ-١٩٦٧م.

٤. فقه الحنابلة.

٢١. الروض المربع شرح زاد المستنقع، لمنصور بن يونس البهوتي، الطبعة الثانية، دار الكتب العلمية، بيروت.

٢٢. الفروع، لمحمد بن مفلح المقدسي- تحقيق أبو الزهراء حازم القاضي- دار الكتب العلمية - بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١٨هـ.

٢٣. المطلع على أبواب المقنع، لأبى شمس الدين محمد بن أبى الفتح البعلي الحنبلي، المكتب الإسلامي، بيروت، ١٤٠١هـ-١٩٨١م.

٢٤. المغنى والشرح الكبير، لموفق الدين عبد الله بن أحمد بن قدامه المقدسي، ت٦٢٠هـ، دار الفكر، بيروت، الطبعة الأولى، ١٤٠٥هـ.

٢٥. أعلام الموقعين عن رب العالمين، لشمس الدين محمد بن أبى بكر، المعروف بابن القيم الجوزية -تحقيق هاني الحاج- دار الحديث بالقاهرة.

٥. فقه الظاهرية.

٢٦. المحلى، للحافظ أبى محمد على بن سعيد بن حزم الأندلسي الظاهري- تحقيق أحمد محمد شاكر- دار الفكر العربي، بيروت.

٦. فقه الإمامية.

٢٧. فقه الإمام جعفر الصادق، لمحمد جود مغنية، دار الجود، ودار التيار الجديد، بيروت، لبنان.

٥. كتب أصول الفقه

٢٨. المستصفى من علم الأصول، لأبى حامد محمد بن محمد الغزالي، المطبعة الأميرية ببولاق، ١٣٣٢هـ.

٢٩. الموافقات في أصول الشريعة، لأبى إسحاق إبراهيم بن موسى الغرناطي الشاطبي، ت٧٩٠هـ-تحقيق محمد عبد الله دراز- دار الكتب العلمية ،بيروت.

ز. مراجع اللغة والمعاجم.

٣٠. التعريفات، لأبو الحسن علي بن محمد الجرجاني، الدار التونسية للنشر، سنة١٩٧١م.

٣١. التوقيف على مهمات التعاريف، لمحمد عبد الرءوف المناوي- تحقيق د/محمد رضوان الداية- دار الفكر دمشق، دار الفكر المعاصر بيروت، الطبعة الأولى،١٤١٠ه.

٣٢. الألفاظ المؤتلفة، لمحمد بن عبد الملك بن مالك الطائي الجياني، ت عام٦٧٢ه- تحقيق د/ محمد حسن عواد، دار الجيل بيروت، الطبعة الأولى، ١٤١١ ه.

٣٣. القاموس المحيط، للعلامة/ مجد الدين محمد بن يعقوب الفيروز آبادي الشيرازي-الشهير بالفيروز آبادي- الجزء الثاني،الهيئة المصرية للكتاب ،سنة ١٣٩٨هـ - ١٩٧٨م ،ج٢ ،ص٧٤ .

٣٤. المعجم الوجيز، مجمع اللغة العربية، ،الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط١٤١٣- ١٩٩٢م.

٣٥. لسان العرب، جمال الدين محمد بن منظور، دار صادر للطباعة والنشر،بيروت، الطبعة الثانية ١٤١٢هـ-١٩٩٢م.

٣٦. مفاتيح الغيب، الإمام فخر الدين محمد بن عمر الشافعي، طبعة١٣٠٨ه.

ح. مؤلفات فقهية وشرعية متنوعة.

٣٧. د/ جميل محمد بن مبارك، نظرية الضرورة الشرعية وحدودها وضوابطها، دار الوفاء المنصورة ، الطبعة الثانية ١٤٢٤ه-٢٠٠٣م.

٣٨. د/ عبد الجليل محمد على، مبدأ المشروعية في النظام الإسلامي والأنظمة المعاصرة، دراسة مقارنة ، دار النهضة العربية ، ١٩٨٤م.

٣٩. د/ عبد الرحمن تاج، السياسة الشرعية في الفقه الإسلامي، دار التأليف بمصر، الطبعة الأولى، سنة ١٣٧٣هـ - ١٩٥٣م.

٤٠. الشيخ/ عبد الوهاب خلاف، علم أصول الفقه، دار الحديث، القاهرة، سنة١٤٢٣- ٢٠٠٣م.

٤١. د/ فواد النادي:

-نظرية الضرورة في القانون العام الإسلامي، الزهراء للإعلام العربي، ١٩٨٩م.

-الرقابة القضائية على أعمال الإدارة، دار أبو المجد للطباعة، ١٤١٤هـ - ١٩٩٤م.

-مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الدولة للقانون في الفقه الإسلامي، دار الكتاب الجامعي، الطبعة الثانية،١٤٠٠هـ - ١٩٨٠م.

٤٢. الشيخ/ محمد أبو زهرة:

-أصول الفقه، دار الفكر العربي، سنة١٩٦٧م.

-مالك حياته وعصره وأرائه وفقهه، الطبعة الثانية، ١٩٥٢م.

٤٣. الشيخ/ محمد مصطفي شلبي، تعليل الأحكام، دار النهضة العربية، ١٤٠١هـ – ١٩٨١م.

٤٤. د/ محمود محمد عبد العزيز الزيني، الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، مؤسسة الثقافة الجامعية الإسكندرية.

٤٥. د/ مناع قطان، رفع الحرج في الشريعة الإسلامية، الدار السعودية للنشر والتوزيع، ١٤٠٢هـ – ١٩٨٠م.

٤٦. د/ وهبة الزحيلي، نظرية الضرورة الشرعية مقارنة مع القانون الوضعي، دار الفكر، بيروت، ١٤٢٥هـ – ٢٠٠٥م.

٤٧. د/ يوسف قاسم، نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي، دار النهضة العربية، ١٤١٣-١٩٩٣م.

ثانياً: المراجع القانونية

أ. المراجع العربية.

١.المؤلفات العامة.

١. د/ إسماعيل البدوي، د/ أحمد رسلان، مبادئ القانون الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٤م.

٢. د/ السعيد مصطفي السعيد، الأحكام العامة في قانون العقوبات، دار المعارف بالقاهرة، ١٩٦٢م.

٣. د/ السيد خليل هيكل، د/ وهيب عباس سلامة، د/ ثروت عبد العال، القضاء الإداري– الجزء الأول– كلية الحقوق،جامعة أسيوط ، طبعة ٢٠٠١م.

٤. د/ السيد صبري، اللوائح التشريعية، مكتبة وهبه، ط ١٩٤٤م.

٥. د/ حامد سلطان، القانون الدولي العام وقت السلم، دار النهضة العربية، ١٩٨٦م.

٦. د/ ربيع أنور فتح الباب، الرقابة على أعمال السلطة التشريعية ودور المجلس الدستوري في فرنسا، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٣، عام ٢٠٠٥م.

٧. د/ رمزي الشاعر، قضاء التعويض- مسئولية الدولة عن أعمالها غير التعاقدية- دار مصر للطباعة الحديثة، ٢٠٠٤م.

٨. د/ رمسيس بهنام، النظرية العامة للقانون الجنائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٦٣م.

٩. د/ رمضان بطيخ، الرقابة على أداء الجهاز الإداري، دار النهضة العربية، ١٩٩٠م.

١٠. د/ سعاد الشرقاوي، الوجيز في القضاء الإداري، مطبعة جامعة القاهرة،١٩٨١م.

١١. د/ سعد عصفور، د/ محسن خليل، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨١.

١٢. د/ سليمان الطماوى:

-القضاء الإداري، الكتاب الأول- قضاء الإلغاء- دار الفكر العربي، ١٩٨٦م.

-النظرية العامة للقرارات الإدارية، دار النهضة العربية، ط١٩٨٤م.

-الوجيز في القانون الإداري، القسم الثاني، دار الفكر العربي بالقاهرة، ط١٩٩١م.

-مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، ١٩٧٩م.

١٣. د/ صلاح الدين عامر، مقدمة في دراسة القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ١٩٩٨م.

١٤. د/ طعيمة الجرف، مبدأ المشروعية وضوابط خضوع الإدارة للقانون، دار النهضة العربية، ١٩٧٣م.

١٥. د/ عائشة راتب، د/ صلاح عامر، د/حامد سلطان، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، ط١، ١٩٧٨م.

١٦. د/ عبد الحميد متولي:

-القانون الدستوري والأنظمة السياسية، دار المعارف بالقاهرة ، ١٩٨٩م.

-الوسيط في القانون الدستوري، دار المعارف بالقاهرة، ١٩٥٦م.

١٧. د/ عبد الغنى بسيوني عبد الله، القضاء الإداري، منشأة المعارف بالإسكندرية، ط١٩٩٦م.

١٨. د/ عبود السراج، شرح قانون العقوبات، القسم العام، المطبعة الجديدة، ١٩٨٥م.

١٩. د/ عثمان خليل، النظام الدستوري المصري، دار الفكر العربي، سنة ١٩٥٦م.

٢٠. د/ علي صادق أبو هيف، القانون الدولي العام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ط١٢، ١٩٧٥م.

٢١. د/ عوض محمد عوض، قانون العقوبات القسم العام، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٥م.

٢٢. د/ محمد الشافعي أبو راس، القضاء الإداري، مكتبة النصر بالزقازيق، ط١٩٩٦م.

٢٣. د/ محمد طلعت الغنيمى، الوسيط في قانون السلام، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٨٢م.

٢٤. د/ محمد عبد الحميد أبو زيد، نظرية الموظف الفعلي في الظروف الاستثنائية، القاهرة، ١٩٧٥م.

٢٥. د/ محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، دار الفكر العربي، ٢٠٠١م.

٢٦. د/ محمد فؤاد مهنا، مبادئ أحكام القانون الإداري في جمهورية مصر العربية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٧٣م.

٢٧. د/ محمد كامل ليلة:

- الرقابة على أعمال الإدارة- الرقابة القضائية- بيروت، ١٩٧٠م.

- مبادئ القانون الإداري، دار الفكر العربي، ط ١٩٦٨م.

٢٨. د/ محمود أبو السعود حبيب، القانون الإداري، دار الثقافة الجامعية، جامعة عين شمس، ١٩٩٩م.

٢٩. د/ محمود حافظ، القضاء الإداري في القانون المصري والمقارن، مطبعة جامعة القاهرة، الكتاب الجامعي ١٩٩٣م.

٣٠. د/ محمود حلمي، القضاء الإداري، دار الفكر العربي، ط١، ١٩٧٤م.

٣١. د/ محمود محمود مصطفي، شرح قانون العقوبات، القسم العام، دار النهضة العربية، ١٩٨٣م.

٣٢. د/ محمود نجيب حسني، شرح قانون العقوبات- القسم العام- القاهرة ١٩٧٣م.

٣٣. د/ مصطفي أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة، دار المطبوعات الجامعية، ١٩٩٩م.

٣٤. د/ مصطفي أحمد فؤاد، دراسات في القانون الدولي العام، ٢٠٠٦م/٢٠٠٧م.

٣٥. د/ مفيد محمود شهاب، المنظمات الدولية، دار النهضة العربية، القاهرة، ط١٠، ١٩٩٠م.

٣٦. د/ نعيم عطية، النظرية العامة للحريات الفردية، دار النهضة العربية، ١٩٦٥م.

٣٧. د/ وحيد رأفت، القانون الإداري، القاهرة، ١٩٣٩م.

٢.المؤلفات المتخصصة.

٣٨. د/ أحمد مدحت على، نظرية الظروف الاستثنائية- دراسة مقارنة، في فرنسا ومصر- الهيئة المصرية العامة للكتاب، ط ١٩٧٨م.

٣٩. د/ ثروت عبد الهادي خالد الجوهري، مدى ضرورة السلطات الاستثنائية في جمهورية مصر العربية والرقابة عليها- دراسة مقارنة بالقانون الدستوري الفرنسي- دار النهضة العربية، ١٤٢٦هـ- ٢٠٠٥م.

٤٠. د/ سامي جمال الدين، لوائح الضرورة وضمانة الرقابة القضائية، منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٢م.

٤١. د/ محمود أبو السعود حبيب، الاختصاص التشريعي لرئيس الدولة في الظروف الاستثنائية، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٠م.

٤٢. د/ مصطفي أبو زيد فهمي، نظرية الظروف الاستثنائية في القانون الإداري الفرنسي والمصري، باريس ١٩٥٤م.

٤٣. د/ وجدي ثابت غبريال، السلطات الاستثنائية لرئيس الجمهورية طبقاً للمادة ٧٤ من الدستور المصري والرقابة القضائية عليها- دراسة تحليلية مقارنة بالمادة ١٦ من الدستور الفرنسي- منشأة المعارف بالإسكندرية، ١٩٨٨م.

٤٤. د/ يحيى الجمل، نظرية الضرورة في القانون الدستوري وبعض تطبيقاتها المعاصرة – دراسة مقارنة- دار النهضة العربية، ط٤، ٢٠٠٥م.

٤٥. د/ يسرى العصار ، نظرية الضرورة في القانون الدستوري والتشريع الحكومي في فترات إيقاف الحياة النيابية ، دار النهضة العربية ١٩٩٥م.

٣.مقالات في دوريات.

١. د/ إبراهيم درويش، مقال بعنوان " نظرية الظروف الاستثنائية" ، مجلة إدارة قضايا الحكومة، السنة العاشرة، العدد الرابع، أكتوبر وديسمبر سنة ١٩٦٦م.

٢. د/ ألفونس الألفي، مقال بعنوان "الأعمال الإدارية ونظرية الضرورة"، مجلة القانون والاقتصاد، جامعة القاهرة، السنة السابعة، العدد الخامس، ١٩٣٧م.

٣. د/ محمد محي الدين عوض، دراسات في القانون الدولي الجنائي، مجلة القانون والاقتصاد، العدد الثاني، ١٩٦٥م.

٤. د/ نعيم عطية، مقال عن "نظرية التقيد الذاتي للإدارة"، مجلة مجلس الدولة، السنة ١٢، ١٩٦٤م.

٤.الرسائل العلمية.

١. د/ إبراهيم زكى نخنوخ، حالة الضرورة في قانون العقوبات، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٦٩م.

٢. د/ إدوارد توفيق حزان، حالة الضرورة في القانون الدولي العام وفيما بين الدولة، رسالة مقدمة إلى جامعة باريس، ١٩٤٩م.

٣. د/ السيد حامد التهامي، نظرية سلطات الحرب والظروف الاستثنائية في الدولتين الحديثة والإسلامية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة عين شمس، ١٩٨٥م.

٤. د/ أميرة العطار، نظرية الضرورة في القانون الدولي العام، رسالة دكتوراه مقدمة كلية الحقوق جامعة طنطا، ١٩٩٤م.

٥. د/ حسن الترابي، سلطات الأزمة- دراسة مقارنة بين القوانين الأنجلوسكسونية والفرنسية، رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٦٤م.

٦. د/ سمير عبد القادر، السلطات الاستثنائية لرئيس الدولة ومدى الرقابة عليها، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٨٧م.

٧. د/ عبد الحميد خميس، جرائم الحرب والعقاب عليها، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، ١٩٥٥م.

٨. د/ عبد الفتاح ساير داير، نظرية أعمال السيادة- دراسة مقارنة في القانون المصري والفرنسي- رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٥٥م.

٩. د/ عبد الله مرسي سعد، القضاء الإداري ومبدأ سيادة القانون في الإسلام، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٣٩٢هـ - ١٩٧٢م.

١٠. د/ عبد المهيمن بكر سالم، القصد الجنائي، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق، جامعة القاهرة، عام١٩٥٩م.

١١. د/ مجدي المتولي السيد يوسف، أثر الظروف الاستثنائية على مبدأ المشروعية- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة عين شمس، ١٩٩٠م.

١٢. د/ محمد أحمد عبد الرسول، ضمانات الأفراد في ظل الظروف الاستثنائية في المجالين الدولي والإداري- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، مقدمه لكلية الحقوق، جامعة أسيوط.

١٣. د/ محمد ربيع مرسى، السلطة التشريعية لرئيس الدولة في النظم الحديثة، رسالة دكتوراه، مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة، ١٩٩٥م.

١٤. د/ محمد طاهر عبد الوهاب، النظرية العامة لمبدأ المشروعية في الدولة الإسلامية والدولة المعاصرة- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه، كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر ١٤٠١-١٩٨١م.

١٥. د/ محمود حافظ، التفويض التشريعي في فرنسا ومصر، رسالة دكتوراه، باريس، ١٩٥٣م، طبعت في القاهرة سنة ١٩٥٦م.

١٦. د/ هاني على إبراهيم الطهراوى، نظرية الضرورة في القانونين الإداري والدستوري وتطبيقاتها في التشريع الأردني- دراسة مقارنة- رسالة دكتوراه مقدمة لكلية الحقوق جامعة القاهرة،عام ١٩٩٢م.

١٧. د/ يعقوب عبد الوهاب الباحسين، رفع الحرج، رسالة دكتوراه مقدمة إلي كلية الشريعة والقانون بالقاهرة، جامعة الأزهر، عام ١٩٧٢م.

ب- المراجع الأجنبية

- **BARTHELEMY et DUEZ: Trait de droit Constitutionnel, paris ,Dalloz, ١٩٨٥.**

- **CAMUS; L'Etat de nécessite en démocratie, thèse, L.G.D.J, paris, ١٩٦٥.**

- **DE LAUBADERE(A): Traite élémentaire de droit administratif, L.G.D.J, ١٤ed, paris, ١٩٩٤.**

- **DUGUIT: Trait de droit Constitutionnel, ٣eme, éd., paris, ١٩٣o.**

- **ESMEIN: Eléments de droit Constitutionnel Français et Compare, ٨eme édition, paris, ١٩٢٩.**

- **GEORGES(P): Droit Public Concours Administratif, ٦ éd Sirey, ١٩٨٦.**

- **HAURIOU(M): Précis de droit Constitutionnel, ٢éme édition, paris, ١٩٢٩.**

- **STFANIS(G) ET G.LE VASSEUR: Droit Pénal Général, Deuxième édition, Dalloz, ١٩٧٨.**

- **VEDEL et DELVOLVE: Droit Administrative, thémis, ١٩٩٠.**

- **VEDEL: Droit Administratif, ٦eme éd., P. U.F, ١٩٧٦.**