جامعة محمد بوضياف – المسيلة –

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم العلوم الإسلامية

عنوان المذكرة :

الضرورة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

مذكرة مكملة لنيل شهادة الماستر في العلوم الإسلامية

تخصص : شريعة وقانون

إعداد الطالبتين :

- فاطمة الزهراء حمودي
- عابدة سعدي

إشراف الأستاذة:

* سهام حمادي

لجنة المناقشة

الاسم واللقب	الجامعة	الصفة
	محمد بوضياف- المسيلة	رئيسا
د.سهام حمادي	محمد بوضياف – المسيلة	مشرفا ومقررا
	محمد بوضياف – المسيلة	ممتحنا

السنة الجامعية: 2019 / 2020

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): حمودي فاطمة الزهراء

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: السنة الثانية ماستر

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 090506

والصادرة بتاريخ: 2014/04/01

عن دائرة: مقرة ولاية المسيلة

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: الصرورة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020/10/06

إمضاء المعني

تظهر للمصادقة على امضاء السيد حمودي فاطمة الزهراء
المقيمة بالخضراء في 2020 أكتوبر
عن رئيس المجلس الشعبي البلدي
وبتفويض منه الموظف المكلف

الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
جامعة محمد بوضياف بالمسيلة

جامعة محمد بوضياف - المسيلة
Université Mohamed Boudiaf - M'sila

كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية

قسم: ..العلوم الإسلامية

المرجع: القرار الوزاري رقم: 933 المؤرخ في: 28 جويلية 2016 المحدد للقواعد المتعلقة بالوقاية من السرقات العلمية ومكافحتها

تصريح شرفي

خاص بالالتزام بقواعد النزاهة العلمية لإنجاز البحث

أنا الممضي أدناه،

السيد(ة): سعدي عايدة

الصفة: طالب، أستاذ باحث، باحث دائم: ماستر في علوم إسلامية

الحامل (ة) لبطاقة التعريف الوطنية رقم: 139791

والصادرة بتاريخ: 2013/10/02

عن دائرة: أولاد دراج

المسجل (ة) بكلية: العلوم الإنسانية والاجتماعية قسم: العلوم الإسلامية

والمكلف (ة) بإنجاز أعمال بحث(مذكرة التخرج، مذكرة ماستر، مذكرة ماجستير، أطروحة دكتوراه)، عنوانها: الضرورة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وتقنين الأسرة الجزائري

أصرح بشرفي أني ألتزم بمراعاة المعايير العلمية والمنهجية ومعايير الأخلاقيات المهنية والنزاهة الأكاديمية المطلوبة في إنجاز البحث المذكور أعلاه.

التاريخ: 2020/10/06

إمضاء المعني

Asad

حضر للمصادقة على إمضاء السيد(ة) سعدي عايدة
وذلك للغرض 2020
عن رئيس المجلس الشعبي
ويفوض منه الموظف

((رَبَّنَآ ءَاتِنَا مِن لَّدُنكَ رَحْمَةً وَهَيِّئْ لَنَا مِنْ أَمْرِنَا رَشَدًا))

صدق الله العظيم

شكر وتقدير

أرى لزاما علي تسجيل الشكر و إعلامه و نسبة الفضل لأصحابه، استجابة لقول النبي : ﷺ **«من لم يشكر الناس لم يشكر الله».**

و كما قيل :

علامة شكر المرء إعلان حمـده فمن كتم المعروف منهم فما شكر

فالشكر أولا لله عز و جل على أن هداني لسلوك طريق البحث و التشبه بأهل العلم و إن كان بيني و بينهم مفاوز.

كما نخص بالشكر أستاذتنا المشرفة على هذا البحث الدكتورة **"حمادي سهام"**، فقد كانت حريصة على قراءة كل ما نكتب ثم توجهنا إلى ما ترى بأرق عبارة و ألطف إشارة، فلها منا وافر الثناء و خالص الدعاء.

كما نشكر السادة الأساتذة و كل الزملاء و كل من قدم لنا فائدة أو أعاننا بمرجع، أسأل الله أن يجزيهم عنا خيرا و أن يجعل عملهم في ميزان حسناتهم.

إهداء

بسم الله الرحمان الرحيم والصلاة والسلام على

اشرف المرسلين وعلى اله وصحبه أجمعين .

أما بعد اهدي هذا العمل المتواضع :

إلى الوالدين الكريمين :

فإليك أبي يا نهر الحُب الذي يجري في روحي ..

ولك ياسيدة نساء الكون في عيني ويا ندى روحي وبلسمها ..

أمي خديجة وأبي محمد حفظهما الله ورعاهما.

والى زوجي وسندي : محمد

والى إخوتي : مراد ,نادية, فاتح وخالد. زين الدين . حيزية . بشير. امون .

إلى كل الأقارب .

بسم الله الرحمان الرحيم

والصلاة والسلام على

اشرف المرسلين وعلى اله وصحبه أجمعين

أما بعد اهدي عملي المتواضع إلى :

تلك الإنسانة العظيمة التي لطالما تمنّت أن تقر عينها برؤيتي في يوم كهذا ، إلى التي توسدها التراب قبل أن تتحقق أمنيتها إلى سر مناضلتي واجتهادي إلى أمي رحمها الله سعدي نعيمة

أُهدي تخرجّي ونجاحي إليها.

إلى إخوتي : وليد . عبلة . عزيزة . وداد .

مفيدة . نجلة.

قائمة مختصرات ا لبحث :

ج : جزء .

ط : طبعة .

د. ط : دون طبعة .

د. س. ن : دون سنة نشر.

د. م . ن : دون مكان نشر.

ق . أ .ج : قانون الأسرة الجزائري .

ج ر : الجريدة الرسمية .

مقدمة

مقدمة :

أحمده تعالى على كل حال سوى الكفر والضلال، وأسأله أن ينفعنا بالعلم ويكرمنا بالتقوى ويتوجنا بالعافية وينعم علينا بالمغفرة والرضوان ، والصلاة والسلام على البشير النذير والسراج المنير، إمام التائبين وسيد المستغفرين والناس أجمعين أما بعد :

إن الله سبحانه وتعالى خلق عباده وبعث رسله ، وأنزل عليهم الشرائع السماوية التي عليها تقوم حياة البشر، وعلى نهجها تستقيم كل الأمور الدنيوية والأخروية ، لهذا فقد اهتمت الشريعة الإسلامية بكل جوانب الحياة اليومية وهيمنت على كل الشرائع، وتميزت بخصائص من أبرزها السماحة و اليسر، وجلب المصالح ودرء المفاسد ورفع الحرج على المكلفين ومنع الضرر عنهم ، باعتبارها ثابتة قابلة للتطور والاستمرار وصالحة لكل زمان ومكان، فسبحانه وتعالى قد كلف عباده بما يطيقون ويستطيعون، ورفع عنهم ما يعجزون عليه، **قال تعالى:** ((يريد الله بكم اليسر ولا يريد بكم العسر)) البقرة 185 .

فحياة الناس اليومية لا تخلوا من الظروف القاسية والأوضاع المرهقة ، التي تسبب لهم أضرارا ومخاطرَ تؤدي بهم إلى حرج وضيق يخل بنظام حياتهم ، وعندئذ يبحثون على سبل ووسائل للخروج من هذه الظروف ولا يكون ذلك إلا بترك واجب أو ارتكاب محظور شرعي ، وهو ما يعبر عنه فقهاء الشريعة الإسلامية وكذا فقهاء القانون بمصطلح الضرورة التي تعني خوف الضرر أو الهلاك على النفس أو بعض الأعضاء وهي من أسباب التخفيف المنصوص عليها شرعا وقانونا ، قصد إزالة الضرر أو الخطر الشديد، لذا وضع لها الشارع أحكاما استثنائية تبيح ارتكاب محظور .

واستعمال هذا المصطلح وتنزيله على بعض القضايا يختلف بين المجتمعات خاصة فيما يتعلق بالمستجدات المعاصرة ، بالإضافة إلى أن تطبيقات نظرية الضرورة والمسائل المرتبطة بها كثيرة ومتنوعة في كلا الجانبين الشرعي والقانوني ونحن الآن بغرض دراستها في هذا البحث خاصة ما

تعلق بالمجال الأسري ، ولقد جاء بحثنا تحت عنوان الضرورة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري دراسة مقارنة .

أهمية موضوع البحث :

تكمن أهمية الموضوع في :

1/ الكشف عن طبيعة الضرورة وفهمها حسب مطلوب الشرع .

2/ ضرورة فهم المسلمين طبيعة الضرورة شرعا وقانونا خاصة مع التغيرات في العصر الحاضر في مختلف المجالات .

3/ معرفة أن للضرورة أهمية بالغة في حياتنا لا سيما في الحياة الأسرية.

4/ معرفة حدود الضرورة التي تبيح للشخص ترك الواجب أو ارتكاب المحظور.

5/حاجة الناس إلى ما يريحهم ويريح قلوبهم عند التخلي عن التكاليف الشرعية اعتبارا لظرف قاهر قد يتعرض إليه الإنسان في حياته اليومية .

أسباب اختيار موضوع البحث :

الأسباب التي دفعتنا لاختيار الموضوع هي :

1/ الموضوع جديد ويحتاج إلى دراسة موضوعية تقوم على أسس علمية دقيقة .

2/ اهتمامنا بالقضايا الاجتماعية اليومية خاصة ما يتعلق بالمجال الأسري .

3/ قلة الدراسات في هذا الموضوع خصوصا الدراسات المقارنة بين الشريعة والقانون المتعلقة بالمجال الأسري.

أهداف موضوع البحث :

تتمحور أهداف البحث حول :

1/ بيان طبيعة الضرورة في كل من الشريعة والقانون .

2/ معرفة التقارب والتباعد بين الشريعة والقانون .

3/ الكشف عن آثار تطبيق الضرورة في نطاق الآسرة للوصول إلى نتائج وتوصيات الموضوع في جانبه الشرعي والقانوني .

4/ معرفة متى يمكن اعتبار الأمر ضرورة في مجال الأسرة بحيث يباح ارتكاب المحظور دفعا لها.

5 / بيان سماحة ويسر الشريعة الإسلامية بحيث لا تكليف إلا في حدود المستطاع .

إشكالية موضوع البحث :

إن إشكالية هذا البحث تتمحور حول طبيعة الضرورة وتطبيقاتها في المجال الأسري بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ويمكن ضبط هذه الإشكالية من خلال التساؤلات الفرعية التالية :

ما مفهوم الضرورة وما أدلة اعتبارها وحكم العمل بها ؟ وما هي أقسامها وضوابطها في كل من الشريعة والقانون ؟

ما هي تطبيقات الضرورة في المجال الأسري بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ؟

المنهج المعتمد في البحث :

لتحقيق أهداف البحث اتبعنا منهجا مركبا من المناهج الآتية :

1/ المنهج الوصفي الذي يتجلى في بيان طبيعة الضرورة .

1/ المنهج الاستقرائي حيث تم استقراء أحكام الشريعة الإسلامية والأحكام القانونية من خلال الرجوع إلى مصادر كل منهما .

2/ المنهج المقارن ولقد اعتمدنا عليه للمقارنة بين مختلف وجهات النظر الشرعية والقانونية

سابعا الدراسات السابقة :

لقد وجدنا بعض الدراسات الأكاديمية التي تناولت موضوع الضرورة كذلك هناك عدة دراسات تناولت بعض الجزئيات ونذكر منها :

1/ نادية الرازي ، منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاتها في ضوء الواقع المعاصر، أطروحة مقدمة لنيل درجة دكتوراه العلوم في الفقه والأصول ، جامعة الحاج لخضر باتنة 2014 .

2/ حباس عبد القادر ، "الإكراه وأثره على المسؤولية الجنائية– دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجنائي الجزائري– ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، جامعة وهران 2007/2006

3/ نورية باقة ، قاعدة إنزال الحاجة منزلة الضرورة وتطبيقاتها في مجال العبادات ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في الفقه وأصوله ، جامعة أدرار 2013

حيث أن كل هذه الدراسات تناولت الضرورة من جوانب متعددة غير أنها لم تتطرق لتطبيقات الضرورة فيما يتعلق بالأسرة وهذا محور بحثنا

ثامنا الصعوبات والعوائق :

لقد واجهتنا صعوبات متعددة خلال بحثنا لهذا الموضوع نذكر منها:

- صعوبة جمع الكتب الفقهية والقانونية بسبب غلق المكاتب وقلة الانترنت
- صعوبة الجمع المسائل الفقهية والقانونية نظرا لوجود تباعد واختلاف كبير في بعض أحكامها
- وجود صعوبة في بعض أحكام الضرورة عند تنزيلها لانعدام بعضها في النصوص القانونية

تاسعا الخطة العامة للبحث :

لتحقيق أهداف البحث المرجوة قمنا بتقسيمه إلى مقدمة وفصلين الفصل الأول نظري والفصل الثاني تطبيقي وخاتمة .

حيث جاء في المقدمة التعريف بالموضوع ككل شرعا وقانونا وأهميته وأسباب اختياره وأهدافه واشكاليته والمنهج المعتمد عليه والدراسات السابقة للموضوع مع ذكر بعض الصعوبات التي واجهتنا في البحث وتتدرج الخطة كالتالي :

الفصل الأول تطرقنا فيه لطبيعة الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي وفيه مبحثين المبحث الأول خصصناه لمفهوم الضرورة أما المبحث الثاني تحدثنا فيه عن أقسام الضرورة وضوابطها .

أما الفصل الثاني تحدثنا فيه عن تطبيقات نظرية الضرورة في المجال الأسري بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري وقد قسمناه إلى ثلاث مباحث المبحث الأول خصص لأثر الضرورة في

المسائل المرتبطة بالزواج والمبحث الثاني تناول أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج أما المبحث الثالث تحدثنا فيه عن اثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل .

وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين

الفصل الأول:

طبيعة الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي

المبحث الأول : مفهوم الضرورة .

المبحث الثاني : أقسام الضرورة وضوابطها .

إن لنظرية الضرورة أهمية بالغة في حياة الناس، فما من إنسان في هذا الوجود إلا وقد تعرض له ظروف تدفعه إلى ارتكاب سلوك محظور، فيجد نفسه مضطرا إلى فعله ولا يجد سبيلا للخلاص إلا إذا ارتكب هذا المحظور وهذا ما يسمى بالضرورة ،غير أن هاته الأخيرة تختلف من إنسان إلى آخر ومن زمن إلى آخر ، كما أن بعض الناس يستعملونها في غير وجهها سواء من الناحية الشرعية أو القانونية فيجعلونها ذريعة لفعل المحظورات وارتكاب المحرمات ، وسنحاول من خلال هذا الفصل النظري أن نبين كل ما يتعلق بالضرورة في المباحث التالية :

المبحث الأول : مفهوم الضرورة :

لبيان مفهوم الضرورة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي قسمنا هذا المبحث إلى مطلبين ، يتضمن المطلب الأول تعريف الضرورة وعلاقتها بالألفاظ المشابهة لها ،أما المطلب الثاني فيضم الأدلة على اعتبار الضرورة وحكم العمل بها .

المطلب الأول : تعريف الضرورة وعلاقتها بالألفاظ المشابهة لها :

سنحاول من خلال هذا المطلب بيان معنى الضرورة حيث قسمناه إلى فرعين فخصص الفرع الأول لتعريف الضرورة ، والفرع الثاني : علاقة الضرورة بالألفاظ المشابهة لها.

الفرع الأول : تعريف الضرورة :

وردت الضرورة بعدة تعريفات سواء من الناحية الشرعية أو القانونية وكل هذا سنتطرق إليه من خلال ذكر هذه التعريفات

أولا ـ الضرورة لغة:

الضرورة اسم لمصدر الاضطرار ، والاضطرار معناه الاحتياج إلى الشيء [1].

وقد اضطر إليه أحوجه وألجأه [2]

وأصله من الضرر ، والضرر ضد النفع ويراد به الضيق وسوء الحال ويقال مكان ذو ضرر أي ضيق [3] و جاء في قوله تعالى : **" فَمَنِ اضطُرّ غَيرَ بَاغ وَلاَ عَاد فَلاَ إثمَ عَليه إنَّ الله غَفُور رَحيم "** (البقرة 173).

ويقال الضروري كل ما تمس إليه الحاجة .[4]

---

[1] ابن منظور ، أبو الفضل جمال الدين محمد بن مكرم ، **لسان العرب** ، دار بيروت , صادر د.ط ، د.س.ن، المجلد الرابع، ص 483.

[2] عبد العزيز نجار ، **المعجم الوسيط** ، مكتبة الشروق الدولية ،مصر، ط4، 2004 ، ص 537.

[3] ابن منظور ، المرجع السابق ، ص 484 .

[4] عبد العزيز نجار، المرجع السابق ، ص537.

ثانيا : الضرورة شرعا : وردت للضرورة عدة تعريفات نذكر منها :

المالكية : هي الخوف على النفس من الهلاك علما أو ظنا، وهي خوف الموت ولا يشترط أن يصبر حتى يشرف على الموت. [1]

الحنفية : هي خوف الضرر على نفسه وعلى بعض أعضاءه لترك الأكل .[2]

الشافعية : بلوغه حدا إن لم يتناول الممنوع هلك أو قارب. [3]

الحنابلة : الضرورة المبيحة هي التي يخاف التلف بها إن ترك الأكل. [4]

أبو زهرة : هي أن يكون في حالة مخصصة ويخشى على نفسه الموت ولا يجد ما يأكله إلا الميتة فإنه يكون له أكلها بل عليه أن يأكلها [5]

أحمد مصطفى أحمد الزرقا : هي ما يترتب على عصيانها خطر كما في الإكراه الملجئ وخشية الهلاك جوعا [6]

وهبة الزحيلي : هي أن تطرأ على الإنسان حالة من الخطر أو المشقة الشديدة بحيث يخاف حدوث ضرر أو أذى بالنفس أو بالعضو أو بالعقل أو بالمال وتوابعها .[7]

من خلال ما ورد من تعريفات تجد أن تعريف الضرورة متقارب إلى حد كبير ومعانيها تدور كلها حول دفع الضرر عن النفس وحصروها في أكل المحظور ، بحيث أن الضرورة اعم من ذلك فهي

---

[1] أبو القاسم ، محمد بن أحمد بن جذي الكلبي ، **القوانين الفقهية في تلخيص المذهب المالكي** ،ت محمد بن سيدي محمد مولاي د.ط ، د. س . ن ، ،ص 298.

[2] أحمد بن علي الرازي الجصاص ، **أحكام القرآن** ، ت محمد الصادق قمحاوي ، دار إحياء التراث العربي ، بيروت، د ط، 1996، ج1 ، ص 159.

[3] السيوطي ، أبو الفضل جمال الدين عبد الرحمن بن أبي بكر ، **الأشباه والنظائر في القواعد وفروع الفقه الشافعي** ، ت محمد المعتصم بالله البغدادي ، دار الكتاب العربي ، بيروت ، ط4 ،1998 ،ص176.

[4] ابن قدامة ، موفق الدين أبو محمد عبد الله بن أحمد ،**المغني**، دار الكتاب العربي ، لبنان ، بيروت ، د.ط، 1983، ص74.

[5] أبو زهرة محمد بن احمد ، **أصول الفقه** ، دار الفكر العربي القاهرة ، د.ط ، د . س . ن ، ص 53.

[6] مصطفى أحمد الزرقا ، **المدخل الفقهي العام** ، دار القلم، دمشق، ط1 ، 1998، ، ج2 ، ص 105.

[7] وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية** ، مؤسسة الرسالة، بيروت ,ط 4 ،1985 ،ص 67-68 .

تدخل ضمن حفظ الكليات الخمس وهي حفظ الدين والنفس والعقل والمال والعرض والتعريف الذي نراه اقرب للضرورة هو تعريف وهبة الزحيلي حيث ورد فيه ذكر حفظ الكليات الخمس .

ثالثا : الضرورة قانونا :

وردت عدة تعريفات للضرورة من الناحية القانونية نذكر منها :

– الضرورة هي أن يجد الإنسان نفسه في ظروف تهدده بالخطر لا سبيل إلى تلافيه إلا بارتكاب جريمة ، ولا يكون هذا الخطر قد وجه إليه عمدا بقصد توجيهه إلى ارتكابها .[1]

– هي أن يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدد بضرر جسيم على وشك الوقوع ، فلا يجد سبيلا للخلاص منه إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة .[2]

– هي مجموعة من الظروف تهدد شخصا بالخطر وتوحي إليه بطريق الخلاص منه بارتكاب فعل إجرامي معين .[3]

– هي حالة الشخص المهدد بخطر من طرف غيره في حين لا يجد هذا الشخص وسيلة لتفادي هذا الخطر إلا بارتكاب جريمة [4]

– هي حالة من لا يستطيع أن يدفع عن نفسه أو عن غيره شرا محدقا به أو بغيره إلا بارتكاب جريمة بحق أشخاص آخرين أبرياء .

ونلاحظ أن تعريف الضرورة في القانون قد حصرت في حالة الدفاع عن النفس فقط .[5]

---

[1] محمود محمود مصطفى، **شرح قانون العقوبات القسم العام** ،ط 3، 1955 ،ص326. نقلا عن : محمود محمد عبد العزيز الزيني ، **الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي** ، مؤسسة الثقافة الجامعية، الإسكندرية ،د ط ،1993 ،ص23 .

[2] سعيد مصطفى السعيد، **الأحكام العامة في قانون العقوبات** ، دار المعارف ،القاهرة ،ط3 ،1957 ، ص 417 . نقلا عن محمود الزيني ، المرجع السابق ، ص 23.

[3] يوسف قاسم ، **نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي** ، دار النهضة العربية، القاهرة ، د . ط ، 1993، ص 584 .

[4] عمر خوري ، **شرح قانون العقوبات – القسم العام**–، 2010–2011 ، محاضرة ، ص 70.

[5] عبد الله سليمان ، **شرح قانون العقوبات –القسم العام** –2002 ، د.ط ، د.س.ن ، ج 1 ، ص 324.

الفرع الثاني : علاقة الضرورة بالألفاظ المشابهة لها شرعا وقانونا :

للضرورة مصطلحات شرعية وقانونية لها علاقة ذات صلة بها وقريبة منها في المعنى وهذا ما سنتطرق إليه في هذا الفرع.

أولا : من الناحية الشرعية:

1- علاقة الضرورة بالحاجة :

تعريف الحاجة : هو ما يحتاجه الأفراد ، أو تحتاجه الأمة للتوسعة أو رفع الضيق إما على جهة التأكيد أو التأييد فإذا لم تراعي دخل على المكلفين ، مثال خروج المعتكف من المسجد فإنه يجوز لأجل الحاجة .[1]

أوجه الاتفاق :

أن كلا من الحاجة والضرورة يدلان على معنى لغوي متقارب إن لم يكن واحد فكلاهما يطلق على ما يفتقر إليه بغض النظر عن درجة الافتقار .[2]

وهناك اتفاق آخر في المعنى الاصطلاحي لكل في اللفظين حيث يشتركان في معنى واحد وهو أصل المشقة ، لذا فكل منهما يستدعي التيسير والتخفيف .[3]

كما أن الحاجة تنزل منزلة الضرورة .[4]

---

[1] أحمد كافي ,**الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها** ,دار الكتب العلمية ,بيروت ,لبنان,ط1 ،2004,ص33 – 34 .

[2] أحمد ابن عبد الرحمن بن ناصر الرشيد , **الحاجة وأثرها في الأحكام –دراسة نظرية تطبيقية–** , دار الكنوز اشبيلية للنشر والتوزيع،ط 1 ، 2008 ، ج 1 ، ص 81.

[3] محمد بن الحسين الجيزاني ، **حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة** ، مكتبة دار المنهاج للنشر والتوزيع ، الرياض ، المملكة العربية السعودية ، ط 1 ، 1428هـ ، ص46.

[4] جلال الدين عبد الرحمن السيوطي ، **الأشباه والنظائر**، مرجع سابق ، ص 40.

أوجه الاختلاف :

يختلف مصطلح الضرورة والحاجة في درجة المشقة والاحتياج والافتقار فأعلى درجات المشقة والفقر إلى الشيء هو الضرورة وأدنى درجات المشقة هو الفضول أو التحسين ، والمنزلة الوسطى من المشقة والاحتياج هي الحاجة.[1]

أما بالنسبة للمشقة ففي باب الضرورة مشقة قائمة غير عادية ، وأما المشقة في باب الحاجة فإنها مشقة محتملة عادية .[2]

2) علاقة الضرورة بالمشقة :

يقصد بالمشقة الداعية للتخفيف المشقة غير المألوفة المتجاوزة للحدود العادية الزائد عن الطاقة التي لا يستطيع أن يتحملها المكلف حيث تحول دون إتيانه بالتكاليف ، لما قد تحدثه من خلل بنظام الحياة وتفسده ، أو أنها تعيق دون القيام بأعبائه ومصالحه.[3]

أوجه الاتفاق :

تشترك الضرورة في واحد من معانيها اللغوية مع المشقة إذ تأتي الضرورة في اللغة بمعنى المشقة ، ومن هذا الوجه فالضرورة والمشقة مترادفان ، إذ هما بمعنى واحد.[4]

أوجه الاختلاف :

يختلفان في أن كل ضرورة يلزم منها مشقة وليس كل مشقة تصحبها ضرورة ، فالمشقة أعم من الضرورة ، حيث أن المشقة على مراتب :

الأولى : المشقة العظيمة الفادحة ، كمشقة الخوف على النفس والأطراف ومنافع الأعضاء .

الثانية : المشقة الخفيفة ، كأذى وجع في أصبع و أدنى صداع في الرأس .

---

[1] أحمد كافي ,المرجع السابق ,ص40.

[2] محمد بن الحسين الجيزاني، المرجع السابق ،ص47.

[3] نادية الرازي ، **منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاتها في ضوء الواقع المعاصر** ، أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية، جامعة الحاج لخضر، باتنة ، 2013-2014، ص13،

[4] عمر أحمد بن حيدر الكثيري ، **قاعدة الضرورة تبيح المحظورات – دراسة تأصيلية تطبيقية** –، مسابقة الأبحاث العلمية بجامع عمر المكلى ، بيروت ، د. ط ، 2008 ,ص18.

الثالثة: المشقة المتوسطة بين هاتين المرتبتين ، كحمى خفيفة .

أما الضرورة الشرعية فإنها تطلق على مرتبة معينة من هذه المراتب ، وهي أعلى المشاق وأصعبها ، فهي خاصة بالمشقة العظيمة.[1]

3) علاقة الضرورة بالرخصة :

ـ تعريف الرخصة هي استباحة المحظور مع قيام الحاضر وقيل ما ثبت على دليل شرعي لمعارض راجح مثل قصر الصلاة وجمعها ، الفطر حال السفر.[2]

أوجه الاتفاق :

تشترك كل من الضرورة والرخصة في كونهما سببا شرعيا للتسهيل والتيسير ورفع المشاق.

أوجه الاختلاف :

إن التسهيل في باب الضرورة يختص بالحاجة الجديدة الملجئة وذلك بخلاف التسهيل في باب الرخصة فإنه أعم ، وبهذا النظر يمكن أن نقول إن الرخصة أعم مطلقا في الضرورة فكل ضرورة رخصة وليس كل رخصة ضرورة .[3]

– والرخصة لها أسباب وموجبات كثيرة منها الضرورة .[4]

---

[1] الجيزاني ، المرجع السابق، ص59

[2] محمد الأمين بن محمد المختار الشنقيطي ، **مذكرة في أصول الفقه** ، مكتبة العلوم والحكم ، المدينة المنورة ، د. ط ، د. س.ن ، ص60.

[3] الجيزاني ، المرجع السابق ، ص57–58 .

[4] أبو زهرة ، المرجع السابق، ص51.

4) علاقة الضرورة بالمصلحة :

ـ تعريف المصلحة: هي المنافع المستجلبة والمفاسد المستدرأة التي جعلها الشارع مناطا لتشريع الأحكام عليها ورد النص بحكمها أو لم يرد .[1]

أوجه الاتفاق :

تشترك كل من الضرورة والمصلحة في كونهما سببا من أسباب التيسير ورفع المشاق.

أوجه الاختلاف :

(يتضح من كون الضرورة الشرعية جزء من المصلحة الشرعية وقسما من أقسامها) [2].

إذ أن المصلحة على ثلاث مراتب : الضروريات ، الحاجيات ، التحسينات.[3]

– وبهذا يظهر جليا أن المصلحة أعم من الضرورة مطلقا ، فكل ضرورة مصلحة وليس كل مصلحة ضرورة .[4]

ثانيا : من الناحية القانونية :

1) علاقة الضرورة بالدفاع الشرعي :

ـ تعريف الدفاع الشرعي :هو رخصة يخولها القانون لمن يتعرض للاعتداء وتتوفر فيه الشروط المعينة لاستعمال القوة لرد الاعتداء عنه قبل وقوعه، أو الحيلولة دون الاستمرار.[5]

---

[1] عمر محمد جبه جي، **مقاصد الشريعة الإسلامية** ، د. ط ، د. م. ن ، د. س. ن ، ص26.

[2] الجيزاني، المرجع السابق ، ص61.

[3] أبو إسحاق الشاطبي ، **الموافقات في أصول الشريعة** ، ت عبد الله دراز ، المكتبة التجارية الكبرى ، د ط ، د.س. ن ،ج 2، ص43

[4] محمد حسين الجيزاني، المرجع السابق، ص 62.

[5] عبد الرحمن خلقي ، **القانون الجنائي العام –دراسة مقارنة–**، دار بلقيس ، الدار البيضاء ،الجزائر، د. ط، 2016 ، ص173.

أوجه الاتفاق :

تتفق الضرورة مع الدفاع الشرعي في أن كلا منهما يتجه السلوك الإجرامي فيه إلى دفع خطر غير مشروع وكل منهما سبب يبيح كل جريمة.[1]

أوجه الاختلاف :

تختلف الضرورة عن الدفاع الشرعي في أن مصدر الخطر في الدفاع الشرعي هو اعتداء يعد جريمة، أي خطر غير مشروع في نظر القانون، في حين أن مصدر الضرورة يمكن أن ينشأ عن قوة طبيعية أو فعل لم يجرمه القانون .

كما يختلفان من حيث الأثر؛ فالدفاع الشرعي لا يترتب عليه لا المسؤولية الجنائية ولا المدنية، فالمجني عليه لا يستطيع المطالبة بالتعويض المدني ، أما المجني عليه في حالة الضرورة لم يرتكب أي خطأ ولم يدخل كعنصر من عناصر نشوء حالة الضرورة ، لذلك فإنه من يقوم بارتكاب جريمة في حالة الضرورة يلتزم بدفع تعويض للمجني عليه.[2]

2) علاقة الضرورة بالإكراه :

ـ تعريف الإكراه : الإكراه هو عمل غير مشروع صادر عن إنسان بقصد حمل الغير على القيام بعمل أو امتناع عن فعل ، والإكراه من شأنه أن يبقي على إرادة المكره ولكن ينقص من حرية الاختيار[3] وهو نوعان إكراه مادي ومعنوي ، وهذا ما نصت عليه المادة 48 من قانون العقوبات.[4]

---

[1] ابن عمر الوالي ، **ضوابط الدفاع الشرعي – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي وقانون العقوبات الجزائري** –، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ، جامعة وهران، 2007–2008 ، ص31.

[2] جعفر خوجة سعاد ، **الضوابط الموضوعية للدفاع الشرعي وفقا للتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة** ، مذكرة لنيل شهادة ماستر في القانون ، تخصص قانون جنائي والعلوم الجنائية ، قسم القانون العام، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة أكلي محند الحاج ، البويرة ، 2016–2017 ، ص18.

[3] عبد الله أوهابية ، **شرح قانون العقوبات – القسم العام)**–، موقع للنشر الجزائري ، دار الخلدونية ، د. ط ، 2015 ، ص 387 – 389

[4] عمر الخوري ، المرجع السابق ، ص69.

أوجه الاتفاق :

1) الإكراه المادي : يتفق الإكراه المادي مع حالة الضرورة في أن مصدر كل منهما قوى طبيعية أو قوى إنسانية وكلاهما يعتبر مانعا من موانع المسؤولية كما أن الضرورة تجعل المحظور مباحا كما هو الحال مع الإكراه .

أوجه الاختلاف :

النتيجة الصادرة عن الإكراه المادي واقع لا محال فهذا ما يسمى بالضرورة المطلقة ، أما في حالة الضرورة قد تتحقق وقد لا تتحقق وهذا ما يسمى بالضرورة النفسية .[1]

2) **الإكراه المعنوي :** تتفق الضرورة والإكراه من حيث الأثر المتمثل في انتقاء المسؤولية الجنائية فقط دون إفضاء صفته المشروعة عن الفعل الذي يأتي به الشخص المضطر أو المكره ، كما أنهما يتفقان في أن الواقعة الإجرامية توجه ضد شخص بريء في كلتا الحالتين .

أوجه الاختلاف :

في حالة الإكراه المعنوي يحدد للمهدد بالخطر الطريق الذي يجب أن يسلكه لكي يتخلص من الخطر الذي يهدده ، أي لا يكون للشخص الخاضع للإكراه المعنوي سوى خيارين أما ارتكاب جريمة والتخلص من الخطر ، وإما تحمل عقوبات عدم ارتكابه الجريمة ، أما في الضرورة فتكون حرية الاختيار أوسع إذ يكون للشخص الذي يرتكب جريمة الضرورة أكثر من مسلك فيتخير منها الذي يجنبه الخطر.[2]

3) **علاقة الضرورة بالقوة القاهرة :**

---

[1] حباس عبد القادر ، **الإكراه وأثره على المسؤولية الجنائية – دراسة مقارنة بين الفقه المالكي والقانون الجنائي الجزائري**– ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ،تخصص شريعة وقانون ، قسم العلوم الاسلامية ، كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ،جامعة وهران ،الجزائر ، 2006–2007 ، ص82–83.

[2] عبد القادر عدو، **مبادئ قانون العقوبات –القسم العام**– ، دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع,الجزائر ، د. ط ,2010، ص14 .

ـ تعريف القوة القاهرة : يرى الكثير من شراح القانون المدني أن المشرع الجزائري لم يعرف القوة القاهرة ، وإنما أشار إليها كسبب يعفي من المسؤولية ، كما جاء في نص المادة 127[1] من القانون المدني الجزائري ، إلا أن الحقيقة هي أن المشرع الجزائري عرفها في المادة 5 فقرة 19 من القانون رقم 07/05 المتعلقة بالمحروقات ، حيث ينص على أن القوة القاهرة هي كل حدث مثبت غير متوقع لا يمكن مقاومته وخارج عن إرادة الطرف الذي يثيره والذي يجعل تنفيذ هذا الأخير لأحد التزاماته التعاقدية أو العديد منها).[2]

أوجه الاتفاق :

أن كلا من الضرورة والقوة القاهرة غير متوقع الحدوث .

أوجه الاختلاف :

أن الضرورة يمكن للإنسان دفعها ، أما القوة القاهرة فلا يمكن دفعها .[3]

4) علاقة الضرورة بالظروف الطارئة :

– **تعريف الظروف الطارئة :** هي حوادث استثنائية عامة غير متوقعة الحدوث أثناء إبرام العقد ، تجعل تنفيذ الالتزام مرهقا للمدين ، بحيث تهدده بخسارة فادحة وعرفها المشرع الجزائري من القانون المدني الجزائري .[4]

أوجه الاتفاق :

---

[1] آوليدي قادري عبد الرزاق ، **أثر القوة القاهرة في العقود الدولية** ، مذكرة ماستر ، تخصص قانون الشركات ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح، ورقلة ،2018/2017 ، ص9 .

[2] المادة 5 من الأمر 07/05 المؤرخ في 22 أفريل 2005 ، يتعلق بالمحروقات ج ر عدد 50 الصادر في 19 يوليو 2005 .

[3] مبارك بن الخير محمد الأنصاري، **الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة –دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون–** ، مذكرة مقدمة لاستكمال متطلبات شهادة ماستر في الشريعة والقانون ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية و الإسلامية ، جامعة احمد دراية ،أدرار، 2019/2018 ، ص27 .

[4] مراد بدران ، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية –دراسة مقارنة–** ، دار المطبوعات الجامعية ,مصر، 2008 ، د . ط ، ص37–38.

– كلا النظرتين متشابهتين في المضمون

– مجال عملهما مخالفة المشروعية في حالة حدوث حالة طارئة

– كلاهما تهدفان للحفاظ على النظام العام

– يتم تركيز السلطات في يد هيئة واحدة ألا وهي السلطة التنفيذية في حالة الضرورة والظروف الاستثنائية .

أوجه الاختلاف :

– إن حالة الضرورة تؤدي إلى مخالفة أحكام القانون وهي مؤقتة تشتد إلى حالة طارئة ، أما إذا دامت تلك الضرورة وقتا طويلا نتيجة لاستمرار الظروف التي أدت إليها كالحرب وغيرها فإنها تسمى بالظروف الاستثنائية .

الضرورة تعتبر أعم وأشمل من نظرية الظروف الاستثنائية ، وتخرج بمقتضاها من نطاق المشروعية العادية إلى المشروعية الاستثنائية[1].

المطلب الثاني : الأدلة على اعتبار الضرورة وحكم العمل بها :

إن للضرورة أدلة وأحكاما في كل من الشريعة والقانون ، مستمدة من نصوص وقواعد شرعية كانت أم قانونية ، ولمعرفتها قمنا بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين ، الفرع الأول بعنوان الأدلة على اعتبار الضرورة أما الفرع الثاني فهو حكم العمل بالضرورة .

الفرع الأول : الأدلة على اعتبار الضرورة

أولا : الأدلة الشرعية :

إن الضرورة تشهد لها أدلة شرعية كثيرة نوردها فيما يأتي :

1/ من القرآن الكريم

[1] المرجع نفسه، مراد بدران ، **الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائي** ، ص37 . 38

ـ **قوله تعالى** ((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ)). البقرة 173

ـ قوله تعالى ((حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ وَالْمُنْخَنِقَةُ وَالْمَوْقُوذَةُ وَالْمُتَرَدِّيَةُ وَالنَّطِيحَةُ وَمَا أَكَلَ السَّبُعُ إِلَّا مَا ذَكَّيْتُمْ وَمَا ذُبِحَ عَلَى النُّصُبِ وَأَن تَسْتَقْسِمُوا بِالْأَزْلَامِ ۚ ذَٰلِكُمْ فِسْقٌ ۗ الْيَوْمَ يَئِسَ الَّذِينَ كَفَرُوا مِن دِينِكُمْ فَلَا تَخْشَوْهُمْ وَاخْشَوْنِ ۚ الْيَوْمَ أَكْمَلْتُ لَكُمْ دِينَكُمْ وَأَتْمَمْتُ عَلَيْكُمْ نِعْمَتِي وَرَضِيتُ لَكُمُ الْإِسْلَامَ دِينًا ۚ فَمَنِ اضْطُرَّ فِي مَخْمَصَةٍ غَيْرَ مُتَجَانِفٍ لِّإِثْمٍ ۙ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) المائدة 3 .

ـ **قال تعالى** ((قُل لَّا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَىٰ طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ إِلَّا أَن يَكُونَ مَيْتَةً أَوْ دَمًا مَّسْفُوحًا أَوْ لَحْمَ خِنزِيرٍ فَإِنَّهُ رِجْسٌ أَوْ فِسْقًا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۚ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ رَبَّكَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) الأنعام 145 .

ـ **قال تعالى** ((وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُم مَّا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ ۗ وَإِنَّ كَثِيرًا لَّيُضِلُّونَ بِأَهْوَائِهِم بِغَيْرِ عِلْمٍ ۗ إِنَّ رَبَّكَ هُوَ أَعْلَمُ بِالْمُعْتَدِينَ))
الأنعام (119) .

ـ **قال تعالى** ((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) النحل (115) .

ـ وجه الاستدلال :

هذه الآيات ذكرت فيها الأطعمة المحرم تناولها في الإسلام وهي الميتة وما في معناها من الأنواع الخمسة المذكورة.

في الآية التالية ((الدم المسفوح – لحم الخنزير المذبوح لغير الله....)).[1]

هذه الآيات البينات تدور كلها في فلك واحد : لأن المؤمن أباح الله له الطيبات من الرزق خالصة من التبعة ، ولأن إيمانه يحجبه عن تناول ما ليس له ، ولما ذكر الله تعالى إباحة الطيبات ذكر

[1] وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية** ، مرجع سابق، ص 58 .

تحريم الخبائث ، وإنما حرم علينا هذه الخبائث ونحوها لطفا بنا وتنزيها عن المضرة ، فمن اضطر وهو غير قادر على الحلال وأكل بقدر الضرورة فلا يزيد عليها فلا إثم عليه ، فإذا ارتفع الجُناح رجع الأمر إلى ما كان عليه ، والإنسان في هذه الحالة مأمور بالأكل بل منهي أن يلقي بيده إلى التهلكة وهنا يجب عليه الأكل وهذه التوسعة والإباحة من رحمة الله .[1] فهذه الآيات في مجموعها تدل جملة وتفصيلا على أن الضرورة تبيح المحظورات.[2]

2/ من السنة النبوية :

– قوله صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر ولا ضرار)).[3]

– قصة عمار بن ياسر رضي الله عنه حينما أخذه المشركون وأكرهوه على سب النبي صلى الله عليه وسلم فطاوعهم فقال له الرسول صلى الله عليه وسلم ((كيف وجدت قلبك ؟)) قال: مطمئنا بالإيمان فقال ((إن عادوا فعد)).[4]

فأنزل **الله تعالى قوله** ((من كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) النحل (106).

– عن أبي واقد الليثي –رضي الله عنه– قال : قلت يا رسول الله، إنا بأرض تصيبنا بها مخمصة فما يحل لنا من الميتة ؟ فقال:((إذا لم تصطبحوا أو لم تغتبقوا أو لم تختفئوا بقلا فشأنكم بها)).[5]

---

[1] عبد الرحمان بن ناصر السعدي ، **تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان** ، دار ابن حزم، بيروت، لبنان، ط1 ، 2003 ص 66–67.

[2] حسن السيد خطاب ، **قاعدة الضرورة تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي** ، مجلة الأصول والنوازل ، موسوعة الاقتصاد والتمويل الإسلامي العدد 2، رجب 1430هـ ، ص170 .

[3] أخرجه ابن ماجه في سننه ، كتاب الصلح ، باب لا ضرر ولا ضرار رقم 2341 ، سنن ابن ماجة ، ت بشار عواد معروف ، دار الجبل ، بيروت ، ط1،1998 ، ج2 ، ص784 والحديث صححه الألباني في سلسلة الأحاديث الصحيحة ، جزء 1 رقم 250 ص443 .

[4] رواه الحاكم في المستدرك على الصحيحين ، كتاب الإكراه ، باب وقول الله تعالى (إلا من اكره وقلبه مطمئن بالإيمان) ، رقم 32900، المستدرك على الصحيحين ، ت: مصطفى عبد القادر عطا، دار الكتب العلمية، ط2 ، 2002 ، ج2 ، ص337 .

[5] رواه احمد المسند ، ت ، أحمد محمد شاكر ، كتاب الأطعمة ، باب : متى يكون المرء مضطرا لتحل له الميتة ، مؤسسة الرسالة ، 1969 ، د.ط ، رقم 22243 ، ص 1600.

– فالحديث يدل على انه يجوز للمضطر أن يتناول من الميتة وما يكفيه لسد حاجته.

– كذلك يدل الاصطباح هنا وأكل الصبوح وهو الغذاء والغبوق وهو العشاء وأصلهما في الشرب ثم استعملا في الأكل أي ليس لكم أن تجمعوهما من الميتة، وقوله ولم تختفئوا بها بقلا أي ما لم تقتلعوا هذا بعينه فتأكلوه. [1]

3/ **الإجماع** : أجمعت الأمة من عهد الرسول صلى الله عليه وسلم إلى يومنا هذا على تحريم الميتة حال الاختيار ، وعلى إباحة الأكل منها في الاضطرار وكذلك سائر المحرمات.[2]

4/ **قواعد الشريعة العامة** :

تندرج مسألة الضرورة تحت القواعد الشرعية الآتية :

القاعدة الأولى : أن هذه الشريعة مبنية على جلب المصالح للعباد ودرء المفاسد عنهم.[3]وقد توارثت الأدلة على ذلك فمنها :

ـ **قوله تعالى** ((وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِّلْعَالَمِينَ)) الأنبياء (107) ، **وقوله سبحانه** ((إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَىٰ وَيَنْهَىٰ عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنكَرِ وَالْبَغْيِ ۚ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ)) النحل (90) .

– ومن السنة قوله صلى الله عليه وسلم ((لا ضرر وضرار)).

القاعدة الثانية : إن هذه الشريعة مبنية على المحافظة على الضروريات الخمسة (الدين ، النفس والعقل والنسل والمال)

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

---

[1] رواه أحمد في المسند ، مرجع نفسه .

[2] نورية باقة ، **قاعدة إنزال الحاجة منزلة الضرورة وتطبيقاتها في مجال العبادات** ، مذكرة ماستر في الفقه وأصوله ، قسم العلوم الإسلامية ، كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية ،جامعة أحمد دراية ، أدرار ، 2013/2012، ص23 .

[3] محمد بن حسين الجيزاني ، **حقيقة الضرورة الشرعية وتطبيقاتها المعاصرة** ، مرجع سابق، ص19 .

القاعدة الثالثة : إن هذه الشريعة مبنية على التيسير والتخفيف ورفع الحرج و المشاق عن المكلفين[1]، وقد توارثت الأدلة على ذلك، منها **قوله تعالى:** ((وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ)) الحج 78 **وقوله أيضا** ((يرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ)) البقرة 185 ، **وقوله –صلى الله عليه وسلم–** ((يسروا ولا تعسروا)). [2]

القاعدة الرابعة : إن الأحكام الشرعية مشروطة بالقدرة والاستطاعة : وقد دل على ذلك **قوله تعالى:** ((لَا يُكَلِّفُ اللَّهُ نَفْسًا إِلَّا وُسْعَهَا)) البقرة 286، **وقوله –صلى الله عليه وسلم–** : ((إن الله وضع عن أمتي الخطأ والنسيان وما استكرهوا عليه)) .[3]

ثانيا : الأدلة القانونية :

– يعتبر القانون هو أساس الضرورة ، فكل ما يأمر به القانون وكل ما يأذن به في حالات معينة يدخل ضمن نطاق الضرورة ، فإعفاء الجاني من العقاب في حالة الضرورة أمر مسلم به في التشريعات الجنائية الحديثة بصفة عامة، بل في الشرائع السابقة منذ عهد الرومان .

ومن الأقوال المأثورة بهذا الشأن أنه إذا ضاقت ظروف الواقع بالناس وجب على المشرع أن يوسع عليهم في الأحكام دفعا للمشقة ورفعا للحرج ، والضرورة في مفهومها العام تتحقق بمجرد حلول خطر لا يندفع إلا بمحظور ، فهي بهذا المفهوم لا تتقيد بمدى الخطر، ولا بمصدره ،ولا بالحق الذي يهدده ،كما أنها لا تتقيد بتعيين الفعل الذي يدرأ الخطر وعدم تعيينه ، كذلك فإنه لا عبرة فيها بشخص من يتوجه إليه المضطر بفعله[4].

---

[1] محمد بن حسن بن حسن الجيزاني، المرجع السابق ، ص20–21.

[2] رواه مسلم ، صحيح مسلم ، ت : أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي ، كِتَابُ الْجِهَادِ وَالسِّيَرِ، باب في الأمر بالتيسير وترك التنفير ، دار طيبة ، 2006 ، مج 2 ، ط1 ، رقم 1733 ، ص829

[3] رواه ابن ماجة ، كتاب : الطلاق : باب طلاق المكره والناسي ، مرجع سابق ، ص 2045 وصححه الألباني

[4] محمود محمد عبد العزيز الزيني ، المرجع السابق ، ص59.

وهناك أراء كثيرة راجت في الفقه الجنائي زمنا طويلا تعلل أساس الضرورة بالعودة إلى القانون الطبيعي، والأصل في هذا القانون أن يتولى كل شخص بنفسه حماية حقه بكل وسيلة تسعه ولو كان من شأنها المساس بحق غيره[1].

ويرى أصحاب هذه العلة أنه إذا كان القانون الوضعي قد حل محل القانون الطبيعي وتكفل هو بحماية الحقوق من دونه فإنه مع ذلك لم يقض عليه نهائيا، ذلك أن القانون الوضعي يعجز في الأحوال الشاذة. ومنها حالة الضرورة عن توفير تلك الحماية، وعندئذ تعود للقانون الطبيعي قوته فيصبح من حق كل شخص حماية حقه بنفسه، ولو أصاب في سبيل ذلك حقا لغيره.

ويذهب كثير من الفقهاء المعاصرين إلى تعليل حكم الضرورة بما يعتري المضطر من إكراه معنوي، فالقانون لا يسعه تجاهل الطبيعة البشرية ولا تكليف الناس بما لا يطيقون.[2]

الفرع الثاني:حكم العمل بالضرورة من الناحية الشرعية والقانونية :

أولا:من الناحية الشرعية :

-إن حكم العمل بالضرورة من حيث هي ضرورة هو الإباحة مطلقا ، والمراد بالإباحة:هو رفع الحرج فالمضطر لا يأكل في الميتة إلا قدر سد الرمق.[3] والدليل على ذلك **قوله سبحانه وتعالى** : ((فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) البقرة (173) .

-لا يكون للمضطر إثم باتفاق إذا اتقى الله تعالى في تقدير هذه الضرورة .والمضطر داخل تحت عموم **قوله تعالى** ((فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ)) التغابن (16).

-أما حكم الضرورة على التفصيل فإنها على ثلاث أقسام:

القسم الأول:ضرورة يجب فعلها:

كأكل الميتة بالنسبة للمضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه: والفطر لمن خاف الهلاك بغلبة الجوع والعطش وإن كان مقيما صحيحا.

---

[1] محمود محمد عبد العزيز الزيني ، المرجع نفسه ، ص60.

[2] محمد عوض محمد ، **قانون العقوبات القسم العام** ، مؤسسة الثقافة ، الإسكندرية، د.ط ، 1984، ص500.

[3] محمد بن حسين الجيزاني ، المرجع السابق ، ص106 .

–فالمضطر قد رخص له في ارتكاب المحظور بأكل الميتة قصدا لرفع الحرج، وردا لنفسه من ألم الجوع خوفا من التلف كان مأمورا بإحياء نفسه، ويكون ذلك عزيمة في جهة وسمي رخصة من جهة رفع الحرج عن نفسه.[1]

وعلى هذا يفهم معنى الإباحة الواردة في قاعدة "الضرورات تبيح المحظورات"أي أن الضرورات تغير الحكم المحظور وتنقله من المنع والحظر إلى الإذن والإطلاق.

وقد ثبت أن العمل بالضرورة في هذا القسم واجب بحيث لو امتنع عن الأخذ بالرخصة كان إثما.[2]

والحكم بالوجوب تدل عليه قاعدة "الواجب لا يترك إلا لواجب"[3]وقد عبر عن هذه القاعدة بقولهم "ما كان ممنوعا إذا جاز وجب" .

القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها:

[1] الشاطبي، المرجع السابق، ص312

[2] محمد الجيزاني ، المرجع السابق ، ص108

[3] السيوطي ، المرجع السابق ، ص148

كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الإكراه فالعمل بالضرورة في هذه الحالة جائز، حيث اقتضت الضرورة الإذن في ارتكاب المحظور كالتلفظ بكلمة الكفر، وهذا المحظور يبقى على ما هو عليه من الحرمة والحظر ولا يصير جائزا لأن حرمته مؤبدة.

والمرفوع إنما هو الإثم والمؤاخذة الأخروية بل إن هذا المكره لو صبر حتى قتل لصار شهيدا، مثال:أن أخذ مال الغير أو إتلافه يباح للمضطر من أجل الضرورة، لكن هذه الضرورة لا تبطل حق الغير، ويجب على المضطر ضمان ما أتلف إذ القاعدة تقول "الاضطرار لا يبطل حق الغير" حيث أن الاضطرار يفيد حل الإقدام على مال الغير ولا يفيد رفع الضمان وإبطال حق الغير.[1]

قال محمد بن الحسن "من أكره على أكل الميتة فصبر حتى قتل أثم ولو كان مكرها على أكل طعام الغير فصبر حتى قتل لم يأثم لأن رخصة الميتة عند الضرورة، رخصة سقوط التحريم لأن الله استثناها من التحريم، ورخصة أكل مال الغير عند الضرورة رخصة ترفيه مع قيام الحظر لحق المالك والمحظورات التي تبيحها الضرورة نوعان:

1-**محظور تسقط حرمته:** نحو أكل الميتة

2-**محظور باق على حرمته:** هنا ترفع ضرورة المؤاخذة الأخروية عنه نحو التلفظ بكلمة الكفر وإتلاف مال الغير .[2]

القسم الثالث : ضرورة يحرم فعلها:

نحو قتل المسلم أو قطع عضو منه بغير حق وضابط ، هذا القسم لا يدخل تحت حقيقة الضرورة الشرعية، حيث أن الشريعة مبنية على دفع المفاسد قدر الإمكان وبهذا يتبين أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات مطلقا ، بل هناك محظورات لا تباح البتة،بل تبيح الضرورات من المحظورات ما كانت رتبته وخطورته دون رتبة ضرورة.[3]

قاعدة (الضرورات تبيح المحظورات) تحتاج إلى تقييد في جهتين :

---

1 الزرقا، المرجع السابق، ص 213 .

[2] الجيزاني ، المرجع السابق ، ص 110-111.

[3] الجيزاني ، المرجع نفسه ، ص 21 .

1/ أن الإباحة هنا بمعنى رفع الإثم والحرج لا بمعنى التخيير بين الفعل والترك .

2/ أن الضرورات لا تبيح كل المحظورات بل هناك محظورات لا تباح البتة.

– ومن هنا يمكننا صياغة هذه القاعدة على النحو التالي :

* الضرورات ترفع الإثم والحرج عن ارتكاب المحظورات التي دونها في المفسدة .

* ومجمل الكلام في حكم العمل بالضرورة الشرعية هو الإباحة من حيث أنها ضرورة وأما النظر إلى ما يتصل بالضرورة من قرائن وأحوال فان حكمها يدور بين الإباحة والوجوب.

– ولا يكون العمل بالضرورة الشرعية محرما بحال ، حيث أن الضرورة الشرعية مشروطة أبدا أن لا تعارضها مفسدة مساوية لها أو راجحة عليها وإما أن كان ارتكاب المحظور يترتب عليه محظور مساو له أو أعظم منه ، فارتكاب المحظور لا يسمى في الاصطلاح الشرعي ضرورة ، وإنما سمي ضرورة بالنظر إلى المعنى اللغوي للفظ الضرورة وهو الحاجة الملجئة التي لا دافع لها وهذه الضرورة اللغوية يحرم العمل بها والإقدام عليها.

–أن درء المفاسد أولى من جلب المصالح فإذا تعارضت مفسدة ومصلحة قدم دفع المفسدة غالبا ، لأن اعتناء المشرع بالمنهيات أشد في اعتنائه بالمأمورات.[1]

ثانيا ـ من الناحية القانونية :

– اختلف الفقهاء حول الطبيعة القانونية لحالة الضرورة فظهر اتجاهان ،الأول يعتبرها سببا للإباحة والأخر يعتبرها مانعا للمسؤولية الجنائية.

1/ الضرورة سبب من أسباب الإباحة :

– يكيف البعض من فقهاء القانون الجنائي حالة الضرورة على أنها سبب من أسباب الإباحة تأسيسا على أن الفقه والقضاء في فرنسا ذهبا إلى هذا الاتجاه فكيّف على أن الضرورة سبب من أسباب الإباحة ، في حين يؤسس آخرون رأيهم على نص المادة 39 من قانون العقوبات ، فيدعون إلى وجوب التوسع في تفسيرها ، وسندهم في ذلك العبارة الواردة في المادة التي تقول ** إذا كان الفعل

[1] الجيزاني ، المرجع نفسه ، ص 22–23

قد دفعت إليه الضرورة الحالة للدفاع المشروع** إلا أن هذا الرأي ورغم أنه يكيف حالة الضرورة بالسبب المبيح ، فإنه لا يستبعد قيام المسؤولية المدنية على فعل الضرورة ، لأن المجني عليه لم يرتكب أي خطأ ولم يدخل كعنصر من عناصر نشوء حالة الضرورة ،وبالتالي يقوم حقه في التعويض عما لحقه من ضرر من الشخص المضطر ، ويلاحظ أن هذا الرأي لا يتفق من حيث جواز التفسير الموسع لقواعد قانون العقوبات ، فيما لا يتعلق بالتجريم والعقاب فلا يمكن الاعتماد عليه إذ كيف لنا أن نسلم بتحمل الغير فعل الضرورة بالرغم من أنه ليس له دخل في حدوثها ، فيمنعه عن حقه في الدفاع الشرعي عن نفسه بوجه عام، بالإضافة إلى فكرة قيام المسؤولية المدنية في حالة الضرورة لأن القاعدة العامة في أسباب الإباحة هو عدم ترتيب هذه المسؤولية إذا قام الظرف المبيح.[1]

2/ حالة الضرورة مانع من موانع المسؤولية :

تكيّف حالة الضرورة بأنها مانع من موانع المسؤولية الجنائية ،لأنها نوع من الإكراه المعنوي الذي يؤثر على حرية الاختيار فيمنع قيام المسؤولية الجنائية ولا يبيح الفعل، إذ يرى جانب من الفقه في ظل عدم تنظيم المشرع الجزائري لحالة الضرورة صراحة و أنها مانع للمسؤولية بتفسير المادة 48 من قانون العقوبات التي تنص على * لا عقوبة على مناظرته على ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها * تفسيرا موسعا على حالة الإكراه ويقترح تعديل المادة نفسها بصياغتها صياغة جديدة كالتالي * لا عقوبة على من اضطرته على ارتكاب الجريمة ضرورة وقاية نفسه أو غيره أو ماله أو مال غيره من خطر جسيم يوشك أن يقع ، إذ لم يكن له دخل في حلوله وليس بقدرته منعه * ومن هذا الاختلاف يمكن وصف الضرورة أنها سبب يمنع قيام المسؤولية الجنائية استنادا إلى الاعتبارات التالية :

– إن النصوص الواردة في المادة 308 ** لا عقوبة على الإجهاض إذا استجوبته ضرورة إنقاذ حياة الأم من الخطر متى أجراه طبيب أو جراح في غير خفاء ، وبعد إبلاغه للسلطة الإدارية ** حيث رسخها قانون حماية الصحة وترقيتها وتنص المادة 1/72 منه ** يعد الإجهاض لغرض

[1] عبد الله أوهابية ، المرجع السابق ، ص 183-184.

علاجي إجراء ضروري لإنقاذ حياة الأم من الخطر أو للحفاظ على توازنها الفيزيولوجي والعقلي المهدد بخطر بالغ ** ، والملاحظ أن هذه النصوص القانونية وردت كلها في القسم الخاص.[1]

-تمنع أسباب الإباحة قيام المسؤولية الجنائية والمدنية على حد سواء ,فلا يسأل المدافع عن نفسه وماله أو نفس الغير وماله لتعويض مدني لمن لحقه ضرر ,في حين أن حالة الضرورة لا تمنع قيام المسؤولية المدنية للمضطر ,حتى لدى القائلين بأن الضرورة سبب إباحة طبقا للقاعدة القانونية – الإثراء على حساب الغير- .

-يظل الفعل الضروري الذي يأتيه المضطر ,دفعا للخطر الذي يهدد الشخص أو ماله أو غيره ,فيدفعه لارتكاب سلوك ينطبق عليه نموذج إجرامي ,جريمة تبرر استعمال الحق في الدفاع الشرعي فيجوز إعمالا لذلك الدفاع الشرعي درءا لفعل الضرورة وخطره المحدق به.

[1] عبد الله أوهابية ، المرجع السابق، ص 184-185-186-187.

المبحث الثاني : أقسام الضرورة وضوابطها :

إن للضرورة عدة أقسام ولها ضوابط في كل من الشريعة والقانون، حيث تعددت واختلفت الآراء في كلا الجانبين الشرعي والقانوني ولهذا سنتطرق إلى أقسام الضرورة في المطلب الأول من هذا المبحث ، أما المطلب الثاني فسنتعرف فيه على ضوابط الضرورة في كل من الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي والتفصيل كآلاتي :

المطلب الأول : أقسام الضرورة :

للضرورة عدة أقسام سواء من الناحية الشرعية أو القانونية وهذا ما سنحاول التعرف عليه من خلال هذا المطلب .

أولا : في الشريعة :

تنقسم الضرورة الشرعية بناء على اعتبارات متعددة إلى عدة أقسام وهي :

1/ بالنظر إلى أسباب وقوعها:

لقد خص أهل العلم أسباب الضرورة في أمرين : إما بإكراه ظالم أو بجوع من مخمصة ، والمراد من هذا الحصر النظر إلى حالات الاضطرار التي ورد النص القرآني بها **في قوله سبحانه وتعالى** ((مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) سورة النحل (106) ، **وقوله تعالى** ((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) البقرة (173) ، وكل الآيات التي في معناها.

وتأسيسا على ما سبق فان الضرورة بناء على هذا المعيار تنقسم إلى قسمين[1]:

أ/ ضرورة سببها سماوي : كالمجاعة والحيوان (الصائل).

ب / ضرورة سببها أمر غير سماوي : (كالإكراه) .

---

[1] القرطبي أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر ، **الجامع لأحكام القران** ، ت ,عبد الله بن عبد المحسن التركي ، مؤسسة الرسالة ،ط1 ، 2006 ،ج3 ، ص 35.

أما أسباب الوقوع في الضرورة فهي كثيرة ومن ذلك : التداوي ودفع الصائل ومقاتلة العدو والحريق والغريق ومن الأسباب الموقعة في عصرنا الحاضر : حوادث المرور والقطارات والطائرات.

2/ بالنظر إلى محافظتها على الضروريات الخمسة : حيث تنقسم إلى خمسة أقسام[1] :

أ / ضرورة سببها حفظ الدين مثل قتل الشيوخ والنساء والأطفال في الجهاد إذا تحصن بهم العدو حفظا للدين.

ب/ ضرورة سببها حفظ النفس مثل تناول المحرم في مخمصة أو مرض .

ج / ضرورة سببها حفظ النسل مثل دفع المال للمعتدي حفظا لعرض امرأة مسلمة .

د / ضرورة سببها حفظ العقل مثل تحريم تناول المُسكِرات، والمُخدِّرات، وكلّ ما يُذهِب العقل، ويقلّل من نسبة الإدراك، والفهم .

هـ/ ضرورة سببها حفظ المال مثل إفساد قليل المال حفظا لأكثره .

3/ بالنظر إلى مستند ثبوتها وهي قسمين :

أ / ضرورة ثابتة بالنص :

حيث جاء ذكر الضرورة بلفظ الاضطرار في القرآن الكريم في خمس آيات ، **ومن ذلك قوله تعالى:** ((إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ ۖ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ ۚ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَّحِيمٌ)) البقرة (173) .

ولقد جاء ذكر الضرورة في القرآن الكريم بلفظ الإكراه **في قوله تعالى:** ((مَن كَفَرَ بِاللَّهِ مِن بَعْدِ إِيمَانِهِ إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ وَلَٰكِن مَّن شَرَحَ بِالْكُفْرِ صَدْرًا فَعَلَيْهِمْ غَضَبٌ مِّنَ اللَّهِ وَلَهُمْ عَذَابٌ عَظِيمٌ)) سورة النحل (106) .

[1] محمد بن حسين الجيزاني ، المرجع السابق ، ص36.

ب / ضرورة ثابتة بالاجتهاد : لقد ذهب العلماء إلى أن الآيات الواردة في إباحة الميتة ونحوها لأجل الاضطرار دالة بالنص على إباحة الأطعمة المحرمة عند الاضطرار وعلى إباحة سائر المحرمات بطريق القياس.

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

أمثلة :

–قياس الإكراه على قول الباطل على الإكراه على النطق بكلمة الكفر المنصوص عليه في **قوله تعالى** ((إِلَّا مَنْ أُكْرِهَ وَقَلْبُهُ مُطْمَئِنٌّ بِالْإِيمَانِ)) النحل 106

– قياس دفع المفسدة وتحصيل المصلحة على الإكراه كشهادة الزور حفظا للنفس.

– قياس حفظ العرض على حفظ النفس كدفع المال للمعتدي حفظا لعرض المرأة المسلمة .

– قياس تناول الدواء المحرم قياسا على تناول الطعام المحرم حفظا للنفس.

4/بالنظر إلى شمولها وهي على قسمين :

أ/ضرورة عامة: وهي ما عمت المسلمين أو جمعا منهم كالوقوع تحت ويلات الحروب أو آفات الزلازل أو الأعاصير .

ب/ضرورة خاصة: وهي تلك الحالة التي تختص بواحد أو جماعة معينة كالوقوع في مخمصة أو تحت الإكراه .

5/بالنظر إلى بقائها وهي على قسمين[2] **:**

أ/ضرورة مستمرة باقية : كمن يضطر لتناول شيء من الأدوية المحرمة لمرض لا يرجى الشفاء منه.

[1] أبو محمد عبد الله بن أحمد بن محمد بن قدامة ، المغني ، ت: عبد الله بن عبد المحسن التركي وعبد الفتاح محمد الحلو ، عالم الكتاب ، الرياض ، 1997 ، ج 13 ، ط3 ، ص 330

[2] ابن قدامة , مرجع نفسه ، ص 330.

ب/ضرورة مرجوة الزوال : كمن وقع في مخمصة.

6/بالنظر إلى تعلقها وهي على قسمين:[1]

أ/ضرورة تتعلق بحق الله : كالاضطرار إلى تناول المحرمات من الميتة ونحوها أو الإكراه على النطق بكلمة الكفر .

ب/ضرورة تتعلق بحق العباد: كالاضطرار إلى تناول طعام الغير أو الإكراه على إتلاف مال الغير.

7/بالنظر إلى حكم العمل بها وهي على قسمين [2] **:**

أ/ضرورة يجب العمل بها : كتناول الميتة .

ب/ضرورة يباح العمل بها : كالنطق بكلمة الكفر.

8/بالنظر إلى تأثيرها في المحظور الشرعي وتغيير حكمه وهي على قسمين[3] **:**

أ/ضرورة تسقط حرمة المحظور الشرعي: إذ يصبح هذا المحظور مباحا بل واجبا لأجل الضرورة وذلك كأكل الميتة .

ب/ضرورة لا تسقط حرمة المحظور الشرعي : بل هو باق على حكمه وهو التحريم وإنما ترفع الضرورة المؤاخذة الأخروية عنه وذلك نحو التلفظ بكلمة الكفر وإتلاف مال الغير .

ثانيا: في القانون:

إن فقهاء القانون لم يضعوا تقسيمات معينة للضرورة وفق اعتبارات و حالات لكن يمكن تقسيمها اعتمادا على تقسيم فقهاء الشريعة الإسلامية وهي كالتالي [4] :

1-من حيث أسباب وقوعها : تنقسم إلى قسمين:

أ/ضرورة سببها طبيعي: كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة.

ب/ضرورة سببها استثنائي : كالدفاع الشرعي والإكراه والحادثة الفجائية .

---

[1] المرجع نفسه ، ص 330.

[2] المرجع نفسه ، ص 330 .

[3] المرجع نفسه ، ص 331.

[4] محمد بن حسين الجيزاني ، المرجع السابق ، ص 40-41.

2-**من حيث العموم** : حيث تنقسم من حيث شمولها إلى قسمين :

أ/ضرورة عامة كالقوة القاهرة أو الظروف الطارئة .

ب/ضرورة خاصة : كالدفاع الشرعي والحادث الفجائي والإكراه الملجئ.[1]

المطلب الثاني : ضوابط الضرورة في الشريعة والقانون :

لقد وضعت للضرورة مجموعة من الضوابط والشروط التي لابد من وجودها في كل من الشريعة والقانون، وهذا ما سنجده في هذا المطلب حيث سنعرض أولا ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية أما ثانيا فسنعرض ضوابطها في القانون .

أولا : ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية .

تتضح حقيقة الضرورة الشرعية بأن توجد مفسدتان متعارضتان إحداهما أعظم من الأخرى ، إحدى هاتين المفسدتين مفسدة صغرى هي أمر محظور شرعا والأخرى مفسدة كبرى حصول ضرر محقق يتعلق بإحدى الكليات الخمس : الدين والنفس والعقل والنسل والمال.

ولا مفر من ارتكاب أدنى هاتين المفسدين ألا وهي مفسدة ارتكاب المحظور الشرعي درء لمفسدة أكبر وهي ضرر متعلق بإحدى الكليات الخمس ولا بد أن يقتصر عند ارتكاب المحظور الشرعي على أقل قدر من هذا المحظور وهو القدر الذي يكفي لرفع الضرر، كما لا بد أيضا من السعي الجاد لإزالة هذه الضرورة وبذل الجهد في سبيل رفعها وأن العمل بالضرورة حالة استثنائية مؤقتة لابد لها من ضوابط وهي[2]:

1/ أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة ، وبعبارة أخرى أن يحصل في الواقع خوف الهلاك أو التلف على النفس أو المال وذلك بغلبة الظن حسب التجارب أو يتحقق المرء من وجود خطر حقيقي على إحدى الضروريات الخمس التي ذكرناها فيجوز حينئذ الأخذ بالأحكام الاستثنائية لدفع الخطر، فان لم

[1] وهبة الزحيلي ، **نظرية الضرورة الشرعية** ، مؤسسة الرسالة، بيروت ,ط 4 ،1985 ،,ص 73-192 .

[2] محمد بن حسين الجيزاني, المرجع السابق ,ص 66-67

يخف الإنسان على هذه الضروريات فانه لا يجوز له مخالفة الحكم الأصلي العام من تحريم أو إيجاب .

2/ أن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية أو أن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة، بأن يوجد في مكان لا يجد فيه إلا ما يحرم تناوله ولم يكن هناك شيء من المباحات يدفع به الضرر عن نفسه حتى لو كان الشيء مملوكا للغير، فلو وجد مثلا طعاما لدى آخر فله أن يأخذه بقيمته وعلى صاحب الطعام أن يبذله له ومن استطاع في الأحوال العادية أن يقترض من غيره بدون فائدة فلا يجوز له إطلاقا الاقتراض بفائدة أو البيع بالربا، وعند مخالفة الأوامر ينبغي أن يؤذن شرعا للمضطر التحلل من الواجب.

3/أن يكون في حالة وجود المحظور مع غيره من المباحات أي في الحالات المعتادة عذر يبيح الإقدام على الفعل الحرام، وبعبارة أخرى أن تكون الضرورة ملجئة بحيث يخشى تلف النفس والأعضاء، كما لو أكره إنسان على أكل الميتة بوعيد يخاف منه تلف نفسه أو تلف بعض أعضائه مع وجود الطيبات من المباحات أمامه وقد صرح الشافعية والحنابلة , أن كل ما يبيح التيمم يبيح تناول الحرام، فيعتبر خوف حصول الشيء الفادح في عضو ظاهر كخوف طول المرض، مما يبيح كل منهما التناول من الحرام.

4/ ألا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية من حفظ حقوق الآخرين وتحقيق العدل وأداء الأمانات ودفع الضرر، والحفاظ حقيقة على مبدأ التدين وأصول العقيدة الإسلامية ، فمثلا لا يحل الزنا والقتل والكفر والغصب بأي حال لأن هذه مفاسد في ذاتها، ومن الأمثلة ما يقوله الشافعية في هذه المناسبة : أن بيع المعاطاة قد غلب في هذا الزمان، ولو رفع إلى حاكم لم يجز له تصحيحه لأن ما خالف قواعد الشرع لا أثر فيه للضرورة، إذ أنهم كما هو معلوم لا يجيزون بيع التعاطي لمصادمته لأصل شرعي في رأيهم، وهو **قول النبي–صلى الله عليه وسلم–**((إنما البيع عن تراض)).[1]

[1] ابن ماجه ، المرجع السابق ، ص 2185 ، والحديث رواه ابن حبان في صحيحه ، ج1 ، ص135

أي لا بد فيه من إيجاب وقبول يدلان على الرضى، والحق يقال أن هذه نظرة سطحية لأن كل ما يدل على الرضى في عرف الناس صراحة أو ضمنا ينعقد به العقد منه حالة التعاطي بل قد يكون الفعل أحيانا أدل على الرضى في العادة من القول.

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

5/ أن يقتصر في ما يباح تناوله للضرورة في رأي جمهور الفقهاء على القدر اللازم لدفع الضرر، لأن إباحة الحرام ضرورة والضرورة تقدر بقدرها.

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

ثانيا : ضوابط الضرورة في القانون :

تتلخص ضوابط الضرورة في القانون في :

1/ أن يكون الخطر جسيما، يعرف الخطر الجسيم بأنه ذلك الخطر الذي يتهدد أو ينذر بخطر غير قابل للإصلاح أو يغلب عليه عدم قابليته للإصلاح على قابليته له، والخطر الجسيم يتحدد وفقا للصلة القائمة بين جسامة الخطر وانتفاء الحرية ، كالذي يهدده خطر غير جسيم لا يمكن أن يحتج بالضرورة للإفلات من العقاب.[2]

فشرط جسامة الخطر شرط لازم لتحقق معنى الضرورة وتوجيه إرادة الجاني نحو الجريمة [3]، ويطلق المشرع الجزائري على هذا المصطلح الخطر الجسيم"الخطر البالغ".

---

[1] وهبة الزحيلي، المرجع السابق، ص 70-71.

[2] عبد الله اوهايبية ، المرجع السابق ، ص189.

[3] محمود محمد عبد العزيز الزيني ، المرجع السابق، ص 109.

2/ أن يكون الخطر حالاّ بمعنى أن يكون الخطر محدق أي على وشك الوقوع ويتحقق ذلك في الحالة التي يكون فيها الضرر، فيقع فعلا ولو لم يبادر المضطر بدرئه أو قد يكون قد بدأ لكنه لم ينته بعد وعليه إذا كان الخطر مستقبلا فيكون غير محقق إذ يكون للمضطر وقت للتخلص منه بأي وسيلة دون أن يكون مضطرا لارتكاب الجريمة ، فهنا لا يمكن التحجج بحالة الضرورة لارتكابها ذلك أن التأثير على إرادة المتهم لا تتجرد فيه الحرية لا يكون لها محل إلا إذا كان الخطر حالا حيث لا يكون للمهدد به مهلة من الوقت يستطيع خلالها تدبر وسيلة للخلاص منه غير ارتكاب الجريمة الاضطرارية، وعليه ففكرة حلول الخطر تقوم في صورتين :

– أن يكون الخطر المهدد به على وشك الوقوع.

–أن يكون الخطر بدأ فعلا ولم ينته بعد.[1]

3/أن يهدد الخطر النفس أو المال : لم تتفق التشريعات الجنائية في مدى شمولية الضرورة للأخطار التي تهدد النفس والمال ، فقد جاء في المادة 48 من قانون العقوبات " لا عقوبة على من اضطرته على ارتكاب الجريمة قوة لا قبل له بدفعها " أما بالنسبة لقانون العقوبات الجزائري وان كان لم يفصح عن نطاق هذا الخطر فليس هناك ما يمنع تفسير المادة 48 منه تفسيرا موسعا ، بحيث يشمل الاضطرار (حالة الخطر – الضرورة) الذي يهدد النفس في مجموعة الحقوق المتصلة بها،أي الحقوق اللاصقة بالشخص.[2]

4/ عدم تسبب المضطر في نشوء الخطر : إذا كانت حالة الضرورة تنقص من الإرادة فهي تفترض إلا تكون لإرادة المضطر دخل في حلوله لان حالة الضرورة تفترض عنصر المفاجئة ، فالمضطر يجب أن يفجع بحلول خطر يداهمه فلا يجد وسيلة تخلصه من الخطر الحال غير ارتكاب الجريمة وهذا يعني ألا تكون إرادة المضطر هي التي أنشأت الخطر أو لعبت دورا في حلوله .[3]

[1] عبد القادر عدو ، المرجع السابق ، ص17.

[2] عبد الله أوهابية ، المرجع السابق ، ص 188– 189.

[3] عبد الله أوهايبية ، المرجع نفسه ، ص 188– 189 .

ملخص الفصل الأول :

تطرق هذا الفصل إلى طبيعة الضرورة من الناحية الشرعية ثم من الناحية القانونية ، حيث يمكننا القول أن الضرورة حالة تعترض الإنسان فتبيح له المحظور دفعا للمشقة ، وهي تشمل أنواعا كثيرة تبعا لاعتبارات متعددة .

وقد دلت أدلة شرعية كثيرة على اعتبار الضرورة ، وضرورة العمل بها، غير أن هذا ليس على إطلاقه بل الملاحظ أن كلا من الشريعة والقانون قد وضع ضوابط محددة للضرورة لا يمكن تجاوزها فإذا لم تتوفر هذه الضوابط فلا يمكن اعتبارها ضرورة وبالتالي لا يجوز ارتكاب المحظور.

الفصل الثانـي:

تطبيقات نظرية الضرورة في المجال الأسري بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري

المبحث الأول : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج .

المبحث الثاني : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج .

المبحث الثالث : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل .

بعد أن تطرقنا إلى طبيعة الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي في الفصل الأول يمكننا تطبيقها على بعض قضايا الأسرة ، وعليه سنتطرق من خلال هذا الفصل التطبيقي إلى اثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج في المبحث الأول واثر الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج في المبحث الثاني واثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل في المبحث الثالث

المبحث الأول : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج :

يشكل الزواج البنية الأساسية التي يقوم عليها المجتمع وهو الرخصة الشرعية والقانونية الوحيدة التي تنظم بواسطتها علاقة الرجل بالمرأة ، وللتعرف على أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب تضمن المطلب الأول زواج المسيار أما المطلب الثاني فتضمن النفقة أما الثالث فتناول الحضانة على التفصيل الآتي :

المطلب الأول : زواج المسيار:

لمعرفة زواج المسيار وكل ما يتعلق به في كل من الشريعة والقانون قمنا بدراسته من خلال هذا المطلب ، وهذا ما سنقوم بتوضيحه .

أولا ـ طبيعة زواج المسيار:

سنحاول تحديد طبيعة زواج المسيار من الناحية الشرعية ثم من الناحية القانونية .

1ـ شرعا :هو زواج شرعي يتميز عن الزواج العادي بتنازل الزوجة عن بعض حقوقها عن الزوج ، مثل أن لا تطالب بالنفقة والمبيت الليلي ، وان كان متزوجا وفي الغالب يكون زواج المسيار هو الزواج الثاني أو الثالث ، وهو نوع من تعدد الزوجات.[1]

[1] أسامة عمر سليمان أشقر ، **مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق** ، دار النفائس للنشر والتوزيع ، الأردن ، ط1، 1420 هـ /2000م ، ص 163 .

أما قانونا فنجد أن القانون يتجدد ويتغير حسب ظروف وأحوال المجتمع ، وذلك لمواكبة المستجدات ويحاول في كثير من الأحيان مسايرة الأحداث ، إلا انه لم يتطرق نهائيا لمسألة زواج المسيار الذي من شانه أن يحل بعض مشاكل العنوسة في المجتمعات .

لذا فقد اختلف المعاصرون في حكم هذا النوع من الزواج وانقسموا في مدى مشروعيته إلى فريقين : فريق يرى عدم جوازه وفريق يرى جوازه .

ـ المانعون وأدلتهم:

استدل المانعون لزواج المسيار بالأدلة التالية :

أ / الدليل الأول : إن هذا الزواج لا يحقق جميع أهداف ومقاصد الزواج الشرعي سوى المتعة وقضاء الوطء الجنسي بين الزوجين ، ومقاصد الزواج في الإسلام أوسع من هذا فمن مقاصده تكوين أسرة ورعاية الحقوق والواجبات المتعلقة بالأسرة .

ب/ الدليل الثاني : إن هذا الزواج مناقض لما قرره الله تعالى من حق الرجل في قوامته على المرأة لعدم وجود النفقة الزوجية في هذا العقد.[1] **قال تعالى:** ((الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَىٰ بَعْضٍ وَبِمَا أَنفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ)) النساء (34) .

2\المجيزون وأدلتهم :

استدل المجيزون لزواج المسيار بالأدلة التالية :

أ / الدليل الأول :

الأصل في العقود الشرعية ومنها الزواج هو الإباحة ، وأن هذا الزواج قد استكمل جميع أركانه وشروطه ، وكل عقد استوفى أركانه وشروطه كان صحيحا ومباحا ما لم يتخذ ذريعة للحرام .[2]

---

[1] عارف علي عارف القرة باغي ، **مسائل شرعية في قضايا المرأة** ، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة ، llumpress ، ط1 ، 2011 ، ص58.

[2] عارف علي عارف ، المرجع نفسه ، ص 83 .

ب / الدليل الثاني :

ما روي عن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة زوج النبي –**صلى الله عليه وسلم**– تبتغي بذلك رضا رسول الله –**صلى الله عليه وسلم**– .

فيما رواه البخاري ومسلم عن عائشة قالت:" ما رأيت امرأة أحب إلى أن أكون في مسلاخها من امرأة فيها حدة ، قالت فلما كبرت جعلت يومها من رسول– **صلى الله عليه وسلم**– لعائشة ، قالت يا رسول الله قد جعلت يومي منك لعائشة ، **فكان الرسول** –**صلى الله عليه وسلم**– يقسم لعائشة يومين يومها ويوم سودة .[1]

وجه الاستدلال : إن سودة بهبة يومها لعائشة وقبول الرسول –**عليه الصلاة والسلام**– بذلك يدل على أن من حق الزوجة أن تسقط حقها الذي جعله الشارع لها كالمبيت والنفقة .

ج / الدليل الثالث:

أن هذا الزواج يحقق مصالح كثيرة أهمها الإحصان والإعفاف خاصة بالنسبة للعوانس والمطلقات والأرامل .

ـ الترجيح :

في نهاية عرض أدلة الفريقين وما تسكن إليه النفس لدى التأمل في مجموع الأدلة وما دار حولها من بحث ونقاش يمكن القول بضعف أدلة المانعين ورجحان أدلة المجيزين.[2]

ثانيا: أثر الضرورة على زواج المسيار.

الدليل الذي استدل به القائلون بزواج المسيار هو استيفاء الشروط فيه ، ولهذا صح النكاح ديانة لان فيه الإيجاب والقبول والتراضي بين الطرفين، والولي والشهود والكفاءة والمهر المتفق عليه ، فالعقد صحيح وأوجه الوفاق في هذه النقطة مع مقاصد الشارع قد يتوافق مع حفظ الدين في مرتبة

---

[1] رواه البخاري في صحيحه، كتاب الهبة ، باب جواز هبتها نوبتها لضرتها ، رقم 2593 ، صحيح البخاري ، ت : محمد زهير بن الناصر، دار طوق النجاة ، ط1، 2001 ، ج 3 ، ص 159.

[2] عارف علي عارف ، المرجع السابق ، ص84 .

الضروريات وفي مجال حفظ النسب في مرتبة الضروريات أيضا ، لان في هذا المجال احتفاظ على المعالم الإسلامية وقوام الأسرة ، ولا ينعقد هذا الزواج إلا في حالة الضرورة وكلا الطرفين أراد أن يتحصن في النفس والعرض مع عدم الإمكان في النكاح المعتاد حتى اضطر إلى ارتكاب زواج المسيار .[1]

المطلب الثاني: النفقة :

تعتبر النفقة كل ما يحتاجه الإنسان لسد حاجياته وضروريات الحياة ، ولتلبية هذه الضروريات لابد من كسب ورعاية وهذا ما سنتطرق إليه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول : تعريف النفقة:

أولا- شرعا : هي ما تحتاج إليه الزوجة في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم لها حسب ما تعارفه الناس .[2]

ثانيا ـ قانونا : لم يعرف النفقة وإنما اكتفى القانون بتعداد أنواع النفقة من خلال المادة 78 من قانون الأسرة الجزائري ، وهذا ما جاء فيها : " تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن أو أجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف و العادة ".

ومن خلال هذه التعاريف يمكن أن نقول أن النفقة ما يصرفه الزوج على زوجته وأولاده وأقاربه من طعام وكسوة ومسكن وكل ما يلزم المعيشة حسب المتعارف عليه بين الناس وحسب وسع الزوج .[3]

---

[1] حسبي الصديقي ، **موقف القرضاوي في حكم زواج المسيار ، دراسة تحليلية نقدية في ضوابط المصلحة للشيخ سعيد رمضان البوطي** ، رسالة ماجستير ، قسم الأحوال الشخصية ، كلية الدراسات العليا ، جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية، مالانج ، اندونيسيا ، 2018 ، ص78 .

[2] محمد مصطفى ، **أحكام الأسرة في الإسلام** ، دار الجامعية ، لبنان ، ط4، 1983 ، ص 437.

[3] العربي بلحاج ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري –الزواج والطلاق –**، ديوان المطبوعات الجامعية ، ط 5 ،1993 ج 1 ، ص437.

الفرع الثاني : أثر الضرورة في النفقة.

أولا ـ شرعا : وردت أدلة في القرآن والسنة على وجوب ثلاثة أنواع للنفقة ، وهي الطعام والكسوة و العلاج .

ـ قال تعالى: ((وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)) البقرة 233 ، تضمنت هذه الآية نوعان من أنواع النفقة وهي الغذاء والكسوة .

ـ قال تعالى: ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ)) الطلاق 6 ، هذه الآية تتعدى إلى النوع الثالث وهو السكن .

أ/**الطعام والكسوة :** أوجب الحنفية نفقة الطعام لأهميته في مقاومة الهلاك ، فيلتزم المنفق بالإنفاق على الولد بقدر كفايته بحيث يزول عنه الجوع ، فالولد إن لم يأكل هلك لذلك أوجب الله –**سبحانه وتعالى**– على الأب واجب إطعام الولد بالإضافة إلى الغذاء هناك الكسوة.[1]

لقوله تعالى: ((وعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ)) البقرة 233 ، مادام أن الأم تستحق كسوتها ويعود سبب ذلك إلى ابنها فكل من تجب عليه نفقة الطعام وجبت عليه نفقة الكسوة.

ب/السكن : اتفق فقهاء الشريعة الإسلامية على حق الزوجة في السكن.

لقوله تعالى: ((أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنتُم مِّن وُجْدِكُمْ)) الطلاق 6.

أي بحسب قدرته وسعته المالية يجب على الزوج أن يعد لزوجته مسكنا شرعيا مستوفيا للشرائط الشرعية.

3/العلاج : يعتبر من الضروريات التي تقوم عليها الحياة الإنسانية ، فان معالجة الطفل تتضمن المحافظة على حياته لأنه أكثر عرضة للمرض ، فتشمل المعالجة أجرة الطبيب حيث نص الشافعية على وجوب الدواء ودفع أجرة الطبيب ، فالعلاج واجب على المنفِق نحو المنفَق عليه لأنها من الضروريات التي تزيل الهلاك على الولد .[2]

---

[1] بن علو مامة ، **نفقة الأولاد – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والقانون** –، مذكرة ماستر ، قسم القانون الخاص ،كلية الحقوق والعلوم السياسية ، ، جامعة عبد الحميد ابن باديس ، مستغانم ، 2019 ، ص15–16 .

[2] بن علو مامة ، المرجع السابق ، ص16–17

ثانيا- قانونا:

نص المشرع الجزائري في المادة 78 من ق.أ.ج :" تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته ، وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة" .[1]

يجب الإشارة إلى أن المشتملات الواردة من خلال نص المادة 78 من ق.ا.ج. جاء على سبيل المثال لا على الحصر بدليل أن المشرع قدر انه يمكن أن يضاف إليها ما يعتبر من الضروريات في عرف الناس وعاداتهم .

كما تجدر الإشارة إلى أن مقتضيات هذه المادة تسري سواء تعلق الأمر بنفقة الزوجة أو الفروع .[2]

1/جعل التشريع الجزائري الغذاء والكسوة من مشتملات النفقة وهذا ما جاء في نص المادة 78 من ق.أ.ج .

فنلاحظ أن التشريع جعل الغذاء والكسوة من مشتملات النفقة فالغذاء كل ما يجب توفيره للطفل من اجل نمو جسمه من طعام وشراب ، وعليه اشتملت هذه المواد كل ما هو ضروري لضمان حياة الطفل كذلك الأمر بالنسبة للزوجة ، يجب أن يوفر لها ما يكفيها من أصناف الطعام والشراب فإذا اخل بواجبه اتجاهها لها أن تطلب مقدار النفقة وإلا طلبت من القاضي أن يقدر لها ذلك .

2/ **العلاج** : نص المشرع الجزائري على نفقة العلاج واعتبرها من عناصر النفقة على الملتزم بها سواء لزوجته إذا مرضت أو لأولاده وأحسن المشرع الجزائري على إلزام الزوج في علاج زوجته وتحميله نفقة العلاج ،كذلك الأمر بالنسبة للأولاد .[3]

3/ **السكن** : اعتبر المشرع الجزائري السكن من مشتملات نفقة الزوجة في نص المادة 78 المذكورة سابقا ، فيجب على الزوج أن يوفر لها شرط أن يكون مسكنا مناسبا وملائما .

---

[1] الأمر رقم 05 /02 ، المؤرخ في 27/ فيفري /2005 يعدل ويتمم قانون الأسرة ، الجريدة الرسمية ، العدد 15

[2] بوختاش فاطمة الزهراء ، **النفقة على ضوء قانون الأسرة وقانون العقوبات الجزائري** ، مذكرة ماستر ، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة مولود معمري ، تيزي وزو ،2019 ، ص10.

[3] بوختاش فاطمة الزهراء ، المرجع نفسه، ص 12

المطلب الثالث : الحضانة :

اهتمت كل من الشريعة والقانون برعاية الصغير وحمايته والعناية به وتوفير كل ما يكفل له حياة كريمة ، بعيدا عن كل ما قد يؤثر على حياته وهذا ما يسميه الفقهاء بالحضانة.

الفرع الأول :تعريف الحضانة.

أولا ـ شرعا:

هي القيام بتربية الطفل ورعاية شؤونه وتدبير طعامه وشرابه ولباسه و تنظيفه وقيامه ونومه.[1]

ثانيا ـ قانونا:

عرف قانون الأسرة الجزائري الحضانة في المادة 62 : هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين أبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا ، ويشترط في الحاضن أن يكون أهلا للقيام بذلك [2].

الفرع الثاني : أثر الضرورة في الحضانة.

لقد أوجب ديننا الحنيف الحضانة للأطفال على أسس ومبادئ سليمة ، وذلك لما للتربية السليمة من دور بارز في إنشاء مجتمع قوي الكيان ، بحيث أن حفظ الصغار من الهلاك يراد به جميع أنواعه وهو واضح في تعريف الحضانة كما أن حفظ النوع البشري واجب شرعا .

كما اتفق الفقهاء على وجوب الحضانة وعللوا ذلك بأن المحضون قد يهلك أو يتضرر بترك الحفظ ، فيجب حفظه من الهلاك وهذا وجوب عيني إذا لم يوجد إلا الحاضن ، فهو عندئذ وسيلة لتحقق مقصد من مقاصد الشريعة الإسلامية ألا وهو صون النفس وحفظ النوع عن كل ما يشينها فرعاية

[1] حاشية الدسوقي ، 2/ 526 ، الشرح الكبير (دار الفكر، دمشق) .

[2] الأمر رقم 05 /02 ، مرجع سابق ، ص 15

مصالح الصغير واجبة ، وهذه الرعاية إنما تتحقق بالحضانة وتتم عن طريقها وما لا يتم الواجب إلا به فهو واجب .[1]

أما قانونا أكد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في ق.أ.ج. وهذا في المواد المعالج للحضانة ، ضمن الفصل الثاني من المادة 62 السابق ذكرها فالحضانة واجبة لأن المحضون يهلك بتركها فوجب حفظه من الهلاك ، كما يجب الإنفاق عليه وإنجائه من الهلاك حيث تعتبر الحضانة من النظام العام وليس للأبوين تغيير أو تحريف لقواعده ، واعتبرت الحضانة لازمة كون أن الصغير يولد عاجزا عن تولي أمور نفسه فيكون بأمس الحاجة إلى من يرعاه ويحافظ عليه ، فيقوم بتربيته والتكفل به فمن الضروري أن يجد من يقوم بذلك فالحاضن عندما يقوم بالتربية والرعاية فانه يغرس في المحضون السلوك الضروري للحياة ، التي تؤهله لأن يكون مقبولا اجتماعيا في بيئته والحكمة من ذلك حماية الطفل من الاضطراب في النمو الانفعالي والعقلي .[2]

ولهذا أحاطها المشرع بإطار قانوني عن طريق مجموعة من الأحكام القانونية التي تنظم كل المسائل القانونية المتعلقة بهذا الحق مراعيا في ذلك مصلحة المحضون ، وأوكل للقضاء مسؤولية حماية وتكريس هذه المصلحة حرصا منه على تحقيق مصلحة المحضون وحماية حقوقه ضمانا للاحترام الكفيل للأحكام المستحقة للحضانة ، إذ أن المشرع الجزائري وضع وسائل قانونية لضمان احترام الأحكام القضائية وتحقيق مصلحة المحضون ومعاقبة كل من يخالفها .[3]

فيمكن القول أن المشرع جعل قاعدة مراعاة مصلحة المحضون هي الأسمى وفوق كل اعتبار، حيث أعطى هذه المصلحة للقاضي الذي له كامل الصلاحيات للوصول إلى ما هو أصلح وأنفع للمحضون ، وعلى القاضي أن يقدرها حسب الوقائع مراعيا في ذلك الأسس التي جاء بها المشرع في المادة 62

---

[1] عادل شباب ، **حضانة الطفل – دراسة مقارنة بين الفقه وقانون الأسرة الجزائري**– ، رسالة ماجستير في العلوم الإسلامية ، تخصص شريعة وقانون ، قسم الشريعة، كلية العلوم الاجتماعية والعلوم الإسلامية ، أدرار ، ص 18.

[2] كربال سهام ، **الحضانة في قانون الأسرة الجزائري**، مذكرة ماستر ، تخصص عقود ومسؤولية ، قسم القانون الخاص، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة اكلي محند اولحاج ، البويرة ، ص 11.

[3] العماري زين الدين ، **ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري** ، مذكرة ماستر ، تخصص أحوال شخصية ، قسم الحقوق، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة زيان عاشور ،الجلفة ، 2018 ، ص50.

من ق.أ.ج بأن مصلحة المحضون تكمن في العناية به وتعليمه وتربيته على دين أبيه وحفظ صحته و حمايته خلقا ،باعتبارها بعض من معالم هذه المصلحة .

المبحث الثاني : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج :

جعل الله سبحانه وتعالى الزواج وسيلة للاستقرار والسكون وبناء أسرة متماسكة ، ولكن لكل أصل عام هناك استثناء و هو أن يحدث أو يصيب بعض الأسر التفكك ، وقد يحدث أن تنفر الزوجة من زوجها حيث يصبح العيش مستحيلا بين الزوجين لأي سبب كان ولقد أجاز الله تعالى فك الرابطة الزوجية في الأحوال التي تصعب فيها استمرارية الرابطة الزوجية ، كما أن المشرع الجزائري أجاز حلها كذلك .

ولمعرفة الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج قسمنا هذا المبحث الى ثلاث مطالب ، فقد تضمن المطلب الأول الخلع والمطلب الثاني التطليق والمطلب الثالث العدة .

المطلب الأول:الخلع:

يعتبر الخلع من الأمور التي أحلها الشرع للمرأة للتخلص من الحياة الزوجية المليئة بالمشاكل وهذا ما سندرسه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول :مفهوم الخلع :

أولا ـ شرعا: عرف فقهاء المذاهب الخلع بعدة تعريفات نذكر منها :

ـ الحنفية : هو عبارة عن أخذ مال لإزالة ملك النكاح بلفظ الخلع وما في معناه كالطلاق والمباينة والمفارقة .[1]

– **المالكية :** هو أن تبذل المرأة أو غيرها للرجل مالا على أن يطلقها أو تسقط عنه حقا لها عليه فتقع به طلقة بائنة . [2]

[1] محمد امين الشهير ، ابن عابدين ، **رد المحتار على در المختار ، شرح تنوير الأبصار** ، ت ، عادل أحمد ، عبد المرجو وعلي محمد عوض ، دار عالم الكتب ، السعودية– الرياض –، ط خاصة ، 2003 ، ط1 ، ص 83.

[2] الشرح الصغير ،2/ 568، القوانين الفقهية ، ص 232

- **الشافعية** : هو تفرقة بين الزوجين يعوض بلفظ طلاق أو خلع كقول الرجل للمرأة طلقتك أو خالعتك .[1]

- **الحنابلة** : فراق الزوج امرأته بعوض يأخذه منها أو من غيرها بألفاظ مخصوصة . [2]

ثانيا ـ قانونا: نص المشرع الجزائري على الخلع في المادة 54 من ق.أ.ج. ولكنه لم يتطرق لتعريف الخلع وجاء في نص المادة : يجوز دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي إذا لم يتفق الزوجان على المقابل المالي للخلع يحكم القاضي بما لا يتجاوز قيمة الصداق المثل وقت صدور الحكم .[3]

فالخلع هو مفارقة الرجل للمرأة بعوض أي إزالة الزوجية على مال تبذله له فيصير عقد معاوضة تملك به الزوجة نفسها ويملك الزوج العوض .[4]

ثالثا ـ حكمه : الخلع جائز عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع وعدم الوفاق بين الزوجين فقد تبغض المرأة زوجها وتكره العيش معه لأسباب جسدية أو خلقية أو دينية ، ولقد دل الكتاب والسنة على مشروعيته .[5]

لقوله تعالى ((الطلاق مرتان فإمساك بمعروف أو تسريح بإحسان ولا يحل لكم أن تأخذوا مما أتيتموهن شيئا إلا أن يخافا ألا يقيما حدود الله فان خفتم ألا يقيما حدود الله فلا جناح عليهما فيما افتدت به)) البقرة 227 .

---

[1] الشربيني، مغني المحتاج 3 / 262 ، إلى معرفة ألفاظ المنهاج (دار الفكر، دمشق) .

[2] أحكام الخلع ، إعداد الباحث كمال مختار اسماعيل حميدة ، ماجستير الفقه ، جامعة المدينة العالمية بماليزيا .

[3] الأمر رقم 02/05 ، المادة 45 ، المرجع السابق ، ص 13.

[4] العربي بختي ، **أحكام الأسرة في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية، ط1، 2014 ، ص122.

[5] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، مرجع سابق ، ص 471 – 472 .

أما من السنة حديث ابن عباس : أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى رسول الله فقالت : يا رسول الله إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكنني اكره الكفر في الإسلام ،

فقال –صلى الله عليه وسلم– :((**أتردين عليه حديقته ؟**))، قالت: نعم ؛ **فقال رسول الله –صلى الله عليه وسلم–** :((**اقبل الحديقة وطلقها تطليقة**)) .[1]

وجه الدلالة : لا يحل للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لا تملكه إلا في حالة الخوف من عدم إقامة حدود الله وأداء الحقوق الزوجية فيما بينهما مثل بغض المرأة لزوجها أو سوء سلوكها في بيتها ففي هذه الحالة التي يحدث فيها الشقاق والنشوز إذا تعذر الإصلاح والوفاق أجاز الإسلام للزوج أن يأخذ من زوجته مالا لتملك عصمتها .[2]

وبعد تعديل قانون الأسرة بموجب الأمر 05|02 المؤرخ في 7 فبراير 2005 غير المشرع الجزائري رأيه في تكييف الخلع باعتباره حقا للزوجة بدلا من اعتباره يمين من جانب الزوج ومعارضة من جانب الزوجة فنصت المادة 54 فقرتها الأولى من قانون الأسرة الجزائري على ما يلي:

يجوز للزوجة دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي .[3]

حيث أصبحت الزوجة بعد التعديل تتمتع بحق خالص في إنهاء العلاقة الزوجية لقاء بدل تدفعه للزوج فما عليها إلا أن تقدم طلبها للقاضي .[4]

---

[1] رواه البخاري في صحيحه ،كتاب الطلاق ، باب ما جاء في الخلع ،المرجع السابق ، ج 5 ، ص 2022.

[2] عامر سعيد الزبيري ، **أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية** ، دار ابن حزم ، ط 1 ، 1997 ، ص55.

[3] أحمد نصر الجندي ، **من فراق الزوجية الخلع – الإيلاء – الظهار – اللعان** ، دار الكتب القانونية ، مصر ، د. ط ، 2009 ، ص144.

[4] عمر زودة ، **طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية وأثر الطعن فيها** ، د.س .ن ، الجزائر ، د.ط ، 2003 ، ص 60.

الفرع الثاني :أثر الضرورة في الخلع :

أولا ـ شرعا:

الحياة الزوجية أساسها الرحمة وحسن المعاشرة والطمأنينة والسكن **لقوله تعالى:**

((ومِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُم مِّنْ أَنفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِّتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُم مَّوَدَّةً وَرَحْمَةً ۚ إِنَّ فِي ذَٰلِكَ لَآيَاتٍ لِّقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ)) الروم (21) .

لكن قد يحدث كره وبغض بين الزوجين وهنا يوصي الإسلام بالصبر ومعالجة الأسباب التي تؤدي إلى الكراهية **لقوله تعالى:** ((وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ ۚ فَإِن كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَىٰ أَن تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا)) النساء (19).

وبما أن الإسلام دين عقل وحرية وعدل ومساواة في الحقوق والواجبات فلا يجوز في شرع الله أن تكره المرأة على البقاء مع الرجل أبدا ، وهي في ذلك كالرجل فالزوجة لها أن تفارق زوجها في كل وقت وفي كل حال متى كرهته لسوء خلق ، وما عليها إلا أن ترفع أمرها إلى الحاكم[1] ، ومن أجل ذلك شرع الخلع لرفع الضرر عن الزوجة وتمكينها من الخلاص من الرابطة الزوجية قد فوت فيها الغرض والهدف المقصود من الزواج لعدم الانسجام في الحياة الزوجية . [2]

ثانيا ـ قانونا:

ينص قانون الإجراءات الإدارية والمدنية على أنه لا يجوز لأي شخص التقاضي ما لم تكن له مصلحة قائمة أو محتملة يقرها القانون ، فيشترط في الزوجة التي تتقدم إلى المحكمة لرفع دعوى الخلع أن تكون لها مصلحة في موضوع النزاع وهو الخلع، أي أنها تهدف إلى اللجوء إلى القضاء لتحقيق فائدة مشروعة ، فمصلحة الزوجة في رفع دعوى الخلع هي طلب الفرقة بافتداء نفسها من

[1] تقي الدين الهلالي ، **أحكام الخلع في الإسلام** ، المكتب الإسلامي للنشر ، لبنان ، ط 2 ، 1955 ، ص 44-45.

[2] محمود علي السرطاوي ، **شرح قانون الأحوال الشخصية** ، دار الفكر العربي للنشر ، مصر ، ط3، 2007 ، ص286.

زوجها مقابل مبلغ مالي تقدمه له أي للزوج مقابل امتلاكها نفسها وبالتالي حل الرابطة الزوجية وهذا من حقها قانونا ، لدفع الضرر اللاحق بها تأكيدا على نص المادة 54 السابق ذكرها .[1]

المطلب الثاني: التطليق: لتبيان المعنى العام للتطليق قمنا بتوضحيه من الناحية الشرعية والقانونية وهو كالأتي :

الفرع الأول : مفهوم التطليق .

أولا ـ شرعا: التطليق هو رفع المرأة أمرها إلى الحاكم ليطلقها نتيجة تضررها ويشمل الإيلاء والتفريق للعيوب وغيرها .[2]

ثانيا ـ قانونا:

نجد نصوص قانون . أ .ج في الفصل الأول عنوانه الطلاق حيث أن المشرع لم يورد أي تعريف بخصوص التطليق لكنه اكتفى بذكر أسبابه في المادة 53 والتي منها ارتكاب فاحشة مبينة – الشقاق المستمر بين الزوجين ، الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر ، كل ضرر معتبر شرعا .

ويقصد بالتطليق إنهاء العلاقة الزوجية بحكم من القضاء ويتم بناء على طلب الزوجة .[3]

ولقد أعطى المشرع الجزائري حق الطلاق للزوج متى شاء دون أن يقيده بقيد معين لأن العصمة الزوجية بيده وبالنسبة للزوجة التي تريد طلب التطليق فقد قيدها بحالات وردت في المادة 53 في ق.أ.ج. والتي تنص على أن : يجوز للزوجة أن تطلب التطليق للأسباب الآتية :

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

– العيوب التي تحول دون تحقيق الهدف من الزواج .

– الهجر في المضجع فوق أربعة أشهر.

---

[1] عبد الرحمن بربرة ، **قانون الإجراءات المدنية والإدارية** ، ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ، الجزائر، ط2 ، 2010 ، ص 334

[2] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، مرجع سابق ،ص509.

[3] الأمر 02/05 ، المرجع السابق ، ص12

– الحكم على الزوج بجريمة فيها مساس بشرف الأسرة وتستحيل معها مواصلة العشرة والحياة الزوجية

– الغيبة بعد مرور سنة بدون عذر ولا نفقة .

– مخالفة الأحكام الواردة في المادة 78 .

– مخالفة الشروط المتفق عليها في عقد الزواج .

–كل ضرر معتبر شرعا .

حيث نلاحظ أن المشرع الجزائري قد وافق في إتباع أحكام الشريعة الإسلامية ، إلا أنه زاد بعض القيود غير معتبر شرعا كمخالفة أحكام المادة 8 الخاصة بتعدد الزوجات ، وقد وافق في مسألة ولم يحصرها ولم يعددها لأنها مختلفة من شخص لآخر . [1]

الفرع الثاني :أثر الضرورة في التطليق .

حيث أن النص الأصلي كان في الفقرة 6 التي تنص على أنه يجوز للزوجة طلب التطليق لكل سبب متعلق بضرر مشروع .

تنص الفقرة 10 من المادة 53 من قانون الأسرة المعدلة بأنه يجوز للزوجة أن تطلب التطليق بناءا على كل ضرر معتبر شرعا ، ولم يحدد نوعية الضرر تاركا ذلك للسلطة التقديرية للقاضي أي أن القاضي هو الذي سيقدر عما إذا كان السبب الذي جاءت به الزوجة كدلالة على طلبها للتطليق هو سبب فعلا قد أصيبت بمقتضاه بضرر سواء أكان ماديا أو معنويا واثبات الضرر يقع على عاتقها ثم يعين القاضي الحكمين ، حكما من أهل الزوج وحكما من أهل الزوجة . [2]

أما من الناحية الشرعية فقد أجمع العلماء المسلمون على أنه لا يجوز للزوج أن يسيء لزوجته ويعاملها معاملة حسنة و أن لا يؤذيها وهذه كلها مبادئ جاء بها الإسلام ، إذ جاء في محكم التنزيل ((ولهن مثل الذي عليهن بالمعروف وللرجال عليهن درجة والله عزيز حكيم)) إذ أن الرابطة الزوجية

[1] الأمر 05 /02 ، مرجع سابق ، ص 10 .

[2] تشوار الجيلالي ،**محاضرات في مقياس قانون الأسرة الجزائري** ، قانون خاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية تلمسان ، 2015 ، ص 117.

في الأصل تقوم على أساس المودة والرحمة والاحترام المتبادل بين الزوجين بما يضمن الاستقرار النفسي والاجتماعي للزوجين والكيان الأسري ككل .

لذلك حرص الشرع على إلزام كل من الزوجين المحافظة على البناء الأسري ، إلا إذا كانت ضرورة تدعوا إلى التطليق بينهما ، فإن الشرع أباح لكلا الطرفين التطليق لرفع الضرر .[1]

المطلب الثالث: العدة :

تعتبر العدة من توابع الفرقة الناجمة عن أي سبب كان طلاقا أو فسخا أو موتا وكل هذا سنوضحه من خلال هذا المطلب .

الفرع الأول :مفهوم العدة :

أولاـ شرعا:

عند الحنفية : مدة محددة شرعا لانقضاء ما بقي من آثار الزواج .[2]

أما عند الجمهور: فالعدة مدة تتربص فيه المرأة لمعرفة براءة رحمها أو للتعبد أو لتفجعها على زوجها فهي نفس التربص .[3]

والتعريف الأوضح هو: أنها مدة حددها الشارع بعد الفرقة يجب على المرأة الانتظار فيها بدون زواج حتى تنقضي المدة.[4]

والعدة واجبة شرعا على المرأة بالكتاب والسنة والإجماع أما الكتاب **قوله تعالى:** ((يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ)) الطلاق (1) ، أما من السنة فعن المسور بن مغرمة

---

[1] مقدم الهام ، **المركز القانوني للزوجة في التطليق والخلع والآثار المترتبة عنه في التشريع الجزائري** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر في القانون ، تخصص قانون الأسرة ، قسم القانون الخاص ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة آكلي محند اولحاج ، البويرة ، ص 18

[2] البدائع : 190 / 3 ، **الدر المختار** : 823 / 2 ، الباب : 80 / 3 .

[3] الشرح الصغير : 671 / 2 ، **القوانين الفقهية** : ص235 ، مغني المحتاج : 384 / 3 ، كشاف القناع : 476 / 5 ، غاية المنتهى : 209 /3 ، بداية المجتهد : 88/ 2.

[4] وهبة الزحيلي ، **الفقه الإسلامي وأدلته** ، المرجع السابق ، ص 624

أن ربيعة الاسلمية نفست بعد وفاة زوجها بليالي **فجاءت النبئ صلى الله عليه وسلم** فاستأذنته تنكح فأذن لها فنكحت ، رواه البخاري وأصله في الصحيحين .

أما من الإجماع فقد أجمعت الأمة على وجوب العدة .[1]

ثانيا- قانونا :

حيث لم يعط المشرع الجزائري تعريفا للعدة وإنما اكتفى فقط بإحالة الفقه الإسلامي في تعريف العدة وفقا للمادة 222 .

الفرع الثاني :أثر الضرورة في العدة .

أوجب الإسلام العدة على المرأة لما فيها من مصالح للناس واجتناب اختلاط الأنساب ، وقد ضبطت أحكامها في عديد من الآيات والأحاديث النبوية **كقوله تعالى** يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ)) الطلاق (1) .

وعليه فالعدة شرعت من أجل مقاصد شرعية تتجلى من خلال احتساب العدة ، ولمعرفة براءة الرحم لتفادي اختلاط الأنساب وحفظ النسب .[2]

أما المشرع الجزائري فقد نظم العدة كأول أثر من آثار الطلاق في الفصل الثاني من الباب الثاني المعنون بانحلال الزواج ،وهذا في المواد من 58 إلى61 من ق . أ. ج وهذه المواد لم تتطرق لأحكام العدة بالتفصيل اللازم وترك المشرع الباب مفتوحا أمام الاجتهاد القضائي والآراء الفقهية التي تفصل في هذا الموضوع طبقا للمادة 222 من ق. أ .ج كل ما لم يرد النص عليه في هذا القانون يرجع إلى أحكام الشريعة الإسلامية .[3]

---

[1] المغني ، 448 / 7.

[2] قراش جميلة ، **العدة ومقاصدها الشرعية كأثر للطلاق** ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، تخصص قانون أسرة ، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة أكلي محند اولحاج البويرة ، 2017 ، ص03.

[3] الأمر 02/05 ، مرجع سابق ، 14

المبحث الثالث : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل :

جعل الله تعالى عدم الإنجاب والعقم والإجهاض ظاهرة طبيعية يمكن معالجتها ، إذ نجد أنه من أهم القضايا الأكثر تأثرا بالتطورات العلمية الراهنة وهي قضايا النسل ، حيث أنه يتضمن تقنية التلقيح الاصطناعي وكذا الإجهاض واثبات النسب ، وللتعرف أكثر على أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل قمنا بتقسيم هذا المبحث إلى ثلاث مطالب ، حيث يتضمن المطلب الأول التلقيح الاصطناعي والمطلب الثاني الإجهاض أما المطلب الثالث إثبات النسب .

المطلب الأول التلقيح الاصطناعي :

–إن من التطبيقات المعاصرة للضرورة في عصرنا الحاضر والتي تدخل ضمن قضايا النسل تقنية التلقيح الاصطناعي ، فما هي نظرة كل من الشريعة والقانون لهذه المسألة .

الفرع الأول :طبيعة التلقيح الاصطناعي:

أولاـ شرعا:

1 ـ تعريفه :التلقيح الاصطناعي هو إجراء عملية التلقيح بين الحيوان المنوي للرجل وبويضة المرأة عن غير الطريق المعهود ويعرف أيضا نفوذ الحيوانات المنوية الذكرية في البويضات الأنثوية وهو نوعان:[1]

– **التلقيح الاصطناعي الداخلي** : يتم إدخال مني الزوج إلى داخل رحم المرأة بوسائل طبية معينة .

– **التلقيح الاصطناعي الخارجي**:يتم جمع الحيوان المنوي مع البويضة خارج الرحم في أواني مخبرية .[2]

2 ـ حكمه: انقسم الباحثون في الفقه الإسلامي حيال هذه القضية إلى فريقين :

الرأي الأول: ذهب هذا الرأي إلى تحريم التلقيح الاصطناعي .

واستدلوا بما يلي:

---

[1] زياد أحمد سلامة ، **أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة** ، دار العربية للعلوم ، ط1، الأردن ، 1996 ، ص53.

[2] أحمد المبارك عباسي محمد رشيد بوغزالة ، التلقيح الاصطناعي ، الملتقى الدولي الثاني ، معهد العلوم الإسلامية ، جامعة الوادي 2015 ، ص1026

ـ **قال تعالى:** ((لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)) الشورى (49-50)، فهذه الآية تدل على أن من سنة الله في خلقه أن جعل بعضهم عقيما .

ـ إن التلقيح الاصطناعي يقتضي نقل النطفة من الرجل إلى المرأة بطريقة آلية ، وكذلك الحال بالنسبة لطريقة طفل الأنابيب فإنها تقتضي أخذ البويضة من المرأة وتلقيحها بمني الرجل ، ثم إعادتها إلى الرحم وهذا كله يقتضي كشف العورة من الرجل والمرأة أمام الطبيب الأجنبي وهو أمر محرم لا يجوز إلا لضرورة قاهرة .[1]

الرأي الثاني :ذهب أصحاب هذا الرأي إلى القول بجواز التلقيح الاصطناعي .

واستدلوا بما يلي:

ـ **قال تعالى** :((لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ * أَوْ يُزَوِّجُهُمْ ذُكْرَانًا وَإِنَاثًا وَيَجْعَلُ مَنْ يَشَاءُ عَقِيمًا إِنَّهُ عَلِيمٌ قَدِيرٌ)) الشورى (49-50)،

ـ وأن أنبياء الله يتضرعون له طلبا للولد فسيدنا إبراهيم دعا ربه ، **قال تعالى** :((رَبِّ هَبْ لي مِنَ الصَّالِحينَ فَبَشَّرْناهُ بِغُلامٍ حَليمٍ)) الصافات (100-101) ، وزكرياء كذلك في **قوله تعالى** :((وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِن وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِن لَّدُنكَ وَلِيًّا يَرِثُنِي وَيَرِثُ مِنْ آلِ يَعْقُوبَ وَاجْعَلْهُ رَبِّ رَضِيًّا)) مريم (5 – 6) .

، والخلاصة أن الإنجاب في حياة البشر هو إشباع لحاجة نفسه فعدم القدرة على الإنجاب قد تكون عضوية لهذا تقرر طلب الدواء والعلاج بالطرق المشروعة .

[1] عارف علي عارف القره باغي ، **قضايا فقهية في نقل الأعضاء البشرية** ، سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة ، IImpress ، ط1 ،2011، ص186-189

القول الراجح :

بعد عرض الأدلة في عملية التلقيح الاصطناعي سواء من المانعين أو المجيزين والراجح الرأي الثاني المجيز لعملية التلقيح الاصطناعي بين الزوجين لوضوح أدلتهم ومسايرتها لروح الشريعة الإسلامية التي عنت في حفظ النسل وتكثيره ولكن بشروط محددة .

ثانيا- قانونا :

1 ـ تعريفه: هو عملية تلقيح بويضة الزوجة الشرعية بمني الزوج التي تتم داخل أنابيب ، حيث تكون الزوجة تعاني من العقم لانسداد قناة فالوب لديها وهي القناة الموصلة بين مبيضها ورحمها ثم يعيد الأطباء الأمور إلى طبيعتها بنقل البويضة الملقحة إلى رحم المرأة داخل الإطار الطبي .[1]

2 ـ حكمه : أجاز المشرع الجزائري عملية التلقيح الاصطناعي في ظل علاقة زوجية قائمة ، واضعا في نفس الوقت إطارا قانونيا وضوابط من شأنها تنظيم اللجوء إلى هذه العملية بشكل يجعلها تتماشى مع أحكام الشريعة الإسلامية ، بموجب نص المادة 45 مكرر من الأمر 05|02 .

– يخضع التلقيح الاصطناعي للشروط التالية[2] :

– أن يكون الزواج شرعيا .

– أن يكون التلقيح برضا الزوجين وأثناء حياتهما .

– أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما .

–لا يجوز اللجوء إلى التلقيح الاصطناعي باستعمال الأم البديلة .

الفرع الثاني :أثر الضرورة في التلقيح الاصطناعي .

من الناحية الشرعية خلق الله بني آدم وكرمه على كثير من خلقه **قال تعالى** ((وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُم مِّنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَىٰ كَثِيرٍ مِّمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا)) الإسراء (70) ، ولأجل التكاثر واستمرار النسل البشري سن ارتباط الذكر والأنثى حتى يحفظ النوع البشري

[1] بلحاج العربي ، **أحكام الزوجية وآثارها في قانون الأسرة الجزائري** ، دار هومة ، ط2 د .س .ن ، ص686.

[2] الأمر 02/05 ، مرجع سابق ، ص11

وجعل الزواج الطريق المشروع لذلك الارتباط ، وكان لثمرة ذلك النسل الذي جعل الله فطرة الإنسان ورغب فيه الرسول صلى الله عليه وسلم فجاء في **قوله تعالى** ((الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا)) الكهف(46) وحث على التناسل بالطريق المشروع والتقوى ، لكن إرادة الله سبحانه وتعالى قد تحول دون ذلك ، أي أن الإنجاب بعقم أحد الزوجين **لقوله تعالى** ((لله ملك السماوات والأرض يخلق ما يشاء يهب لمن يشاء إناثا ويهب لمن يشاء ذكورا أو يزوجهم ذكرانا وإناثا ويجعل من يشاء عقيما انه عليم قدير)) الشورى(49 –50) مما يدفع بالزوجين اللجوء إلى الطريق الاصطناعي إلا أن هذا الطريق له مخاطر جمة وخاصة إذا تم خارج إطار العلاقة الزوجية ، هذا ما يجعل إجراء هذه التقنيات وفق أطر شرعية وأخلاقية وقانونية ضرورة حتمية تقتضيها مقاصد الشريعة الإسلامية ،إذ يعتبر التلقيح الاصطناعي وسيلة للتداوي وهو أمر مشروع حفاظا على النفس البشرية التي هي إحدى الكليات الخمس وهدف الاتصال الجنسي هو تحصيل النسل.[1]

أما من الناحية القانونية فقد حث المشرع الجزائري في الاعتداد بماء الزوجين في عملية التلقيح ونص عليه في الفقرة الثالثة من المادة 45 مكرر من ق.أ.ج. يقول *.....أن يتم بمني الزوج وبويضة رحم الزوجة دون غيرهما وهذا احتراما لقدسية الرابطة الزوجية وحفاظا على طهر الأنساب غير انه لم ينص على النسب الناتج عن التلقيح الاصطناعي مما يجعلنا نستند على النص العام ،[2] وهي المادة 41 من ق.أ.ج . التي تنص على *ينسب الولد لأبيه متى كان الزواج شرعيا وأمكن الاتصال ولم ينفه بالطرق المشروعة * فالمشرع الجزائري لم ينص على النسب الناتج عن تقنية التلقيح الاصطناعي ولم يلحق المادة 45 مكرر بالمادة 41 مما ولد فراغا قانونيا فيما يخص النسب الناتج عن هذه التقنية.[3]

---

[1] سكريفة محمد الطيب ، **التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي** ، مذكرة لنيل شهادة الماجيستير في القانون الطبي ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، قسم قانون خاص ، جامعة أبو بكر بلقايد ، تلمسان الجزائر 2017 ، ص12.13.29

[2] المرجع نفسه ، ص 38 .

[3] الأمر 02/05 ، مرجع سابق ، ص 11.

المطلب الثاني : الإجهاض :

إن من سنن الله في خلقه أن لا يكتمل نمو الجنين في رحم أمه ، ويتعرض للإجهاض تحت عدة أسباب وسنحاول من خلال هذا المطلب بيان اثر الضرورة في الإجهاض وقبل ذلك سنتعرض لطبيعته أولا .

الفرع الأول :طبيعة الإجهاض.

أولا ـ تعريفه:

1ـ شرعا :

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

وإن كان الشافعية يكثر استعمالهم للفظ إجهاض، [2] وعليه فيكون تعريف الإجهاض في الاصطلاح الشرعي: هو إلقاء المرأة جنينها، قبل أن يستكمل مدة الحمل ميتاً أو حياً، دون أن يعيش، وقد استبان بعض خلقه، بفعلٍ منها، كاستعمال دواءٍ أو غيره، أو بفعلٍ من غيرها، [3] وعرَّفه مفتي الأزهر، بأنه: "إنزال الجنين قبل تمام نموه الطبيعي في بطن أمه".[4]

وقد قسم العلماء الإجهاض إلى ثلاث أنواع :

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

---

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

[2] انظر: الأم 6/ 143، مغني المحتاج 4/ 39، **الأشباه والنظائر**– شافعي 1/ 140.

[3] انظر: **الفقه الإسلامي** 9/ 3093.

[4] فتاوى الأزهر 9/ 454.

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

ج/ **الإجهاض الاجتماعي:** وقد يطلق عليه الإجهاض الجنائي ويتضمن الكل ماعدا النوعين السابقين وعادة ما يكون سبب اللجوء إلى هذا النوع الرغبة في عدم الإنجاب أو المحافظة على الرشاقة أو المظهر أو التستر على فاحشة أو التخلص من الإناث دون الذكور.[1]

2ـ حكمه: لقد اختلف آراء الفقهاء في حكم الإجهاض قبل نفخ الروح بين مانع له ومجيز ، وهنا يهمنا حكم الإجهاض بعد نفخ الروح .

– حيث أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة قتل الجنين بعد نفخ الروح ، ولا يجوز قتله بأي حال من الأحوال وذلك لأن الجنين قد أصبح إنسانا ونفسا لها احترامها وكرامتها ، **لقوله تعالى ((** من أَجْلِ ذَٰلِكَ كَتَبْنَا عَلَىٰ بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَن قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا وَمَنْ أَحْيَاهَا فَكَأَنَّمَا أَحْيَا النَّاسَ جَمِيعًا)) المائدة 32 .

–ويجوز إجهاض الجنين بعد نفخ الروح في حالة استمرار الحمل الذي يؤدي إلى وفاة الأم ، فتقدم آنذاك على حياته لأنها أصله ولها حق مستقل في الحياة ولها حقوق وعليها واجبات وهي في هذا عماد الأسرة ، فلا يعقل التضحية بها من أجل جنين لم تستقل حياته بعد ولم يحصل على شيء من الحقوق والواجبات.[2]

[1] محمد سعيد رمضان البوطي ، **مسألة تحديد النسل** ، مكتبة الفرابي ،ط2 ، دمشق ، 1976 ، ص67.

[2] يوسف القراضاوي ، من هدي الاسلام : فتاوى معاصرة ، المنصورة ، دار الوفاء ، ط1 ، 1993 م ، ج2 ، ص 547 .

– وقد منع المجمع الفقهي الإسلامي التابع لرابطة العالم الإسلامي إسقاط الجنين المشوه بعد نفخ الروح فيه إلا إذا كان في بقائه خطر حقيقي يهدد حياة الأم ، حيث جاء في القرار الرابع للدورة الثانية عشر أنه : إذا كان الحمل قد بلغ مائة وعشرين يوما لا يجوز إسقاطه ولو التشخيص الطبي يفيد انه مشوه الخلقة إلا إذا ثبت بتقرير لجنة طبية من الأطباء الثقاة المختصين إن بقاء الحمل فيه خطر مؤكد على حياة الأم فعندئذ يجوز إسقاطه سواء كان مشوها أم لا دفعا لأعظم الضررين .[1]

–ويمكن القول هنا أن الإجهاض بعد نفخ الروح لا يجوز الإقدام عليه إلا في حالة الضرورة القصوى [2] .

ثانيا– قانونا:

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

الفرع الثاني : أثر الضرورة في الإجهاض :

عرف بعض الفقهاء الضرورة بأنها (خوف الهلاك على النفس والمال) ، وقيل هي حفظ النفوس من الهلاك أو شدة الضرر، ولتوافر الضرورة يشترط الاتي : أن تكون الضرورة حالا وقائما وليس متوقعا ومحتملا ، وان تكون ملجئة بحيث يجد الفاعل نفسه أو غيره في حالة يخشى منها تلف النفس أو الأعضاء ، وان تدفع الضرورة بالقدر الكافي لدفعها ، و ألا تكون هناك وسيلة أخرى إلا ارتكاب الجريمة ، فإذا كانت هناك وسيلة أخرى مباحة لدفع الضرر تعينت هذه الوسيلة.

---

[1] المجمع الفقهي الإسلامي ، الدورة الثانية عشر بمكة المكرمة في الفترة الممتدة من يوم 15 رجب 1410 هـ الموافق ل 10 فبراير 1990 م الى يوم 22 رجب 1410 هـ الموافق ل 17 فبراير 1990 م ، . fatwa islamonlin.net // :htts .

[2] يوسف القرضاوي ، **من هدي الإسلام – فتاوى معاصرة**– مرجع سابق ،ص547.

والنفس من الأمور الضرورية التي تكفلت الشريعة بحفظها وبقائها إذا لا شيء اعز على الإنسان من نفسه بعد دينه ، ولحفظ النفس أباح المحظورات للضرورات ، أي يجب أن تكون المصلحة التي تقتضيها الضرورة أعظم من مفسدة المحظور والحاجة تنزل منزلة الضرورة سواء كانت الحاجة عامة أو خاصة ، والاضطرار لا يبطل حق الغير .[1]

وفى حالة الضرورة يجد الفاعل نفسه في ظروف تقتضى الخروج عن المحلل والدخول في المحرم لينجى نفسه أو غيره من الهلاك ، **ويقول الله تعالى** ((فَمَنْ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلا عَادٍ فَلا إِثْمَ عَلَيْهِ)) البقرة 173، **وقوله تعالى** ((وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلاَّ مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ)) الأنعام 119.

المطلب الثالث: إثبات النسب .

يكتسي موضوع النسب في ظل التشريعات الإسلامية والقانونية أهمية بالغة وعناية كبيرة وفي هذا السياق سنقوم بتوضيحه في هذا المطلب .

الفرع الأول :تعريف النسب:

أولا ـ شرعا :

النسب هو القرابة والمراد بها الرحم ، وهي لفظ يشمل كل من بينك وبينه قرابة قربت أو بعدت كان من جهة الأب أو من جهة الأم .[2]

ثانيا ـ قانونا :

هو رابطة الدم التي تربط الوالد بوالديه وان النسب أول حق يثبت للولد بعد انفصاله عن أمه ، لأنه هو محل النسب الذي يأتي إلا بعد مخالطة جنسية بين آبيه وآمه وحمل آمه نتيجة تلك المخالطة. والنسب حق للولد يدفع به عن نفسه الذل والضياع كما انه حق لوالديه يحفظ به الأب ولده أن ينسب إلى غيره وتدفع به الأم عن نفسها العار والتهم .

[1] محمد سعيد رمضان البوطي ، **مسألة تحديد النسل** ، مكتبة الفرابي ، دمشق 1976 ، ط2 ، ص 67 .

[2] عمر بن محمد السبيل ، **البصمة الوراثية – مدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية** –، د . ط ، د.س.ن ، ص 6،7 .

لهذا فقد اعتنى المشرع الجزائري بنسب الأولاد وإلحاقهم بابيهم لان النسب يعتبر من أهم حقوق الأولاد [1].

الفرع الثاني :أثر الضرورة في إثبات النسب .

إن من مظاهر العناية بالنسب في الإسلام أن الله تعالى جعل العباد شعوبا وقبائل ليتعارفوا **لقوله تعالى:**((يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُم مِّن ذَكَرٍ وَأُنثَىٰ وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا ۚ إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِندَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ ۚ إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ)) الحجرات (13) ، ولا يتحقق معرفة الشعوب والقبائل وما يترتب على ذلك من تعارف وتآلف إلا بمعرفة الأنساب وحفظها عن الاختلاط، من أجل ذلك اهتم الإسلام بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ، ضمانا لسلامة الأنساب فحرم الإسلام كل اتصال جنسي لا يتم على أصول شرعية ، فلم يبح سوى العلاقة القائمة على النكاح الشرعي، فالشريعة الإسلامية توسعت في وسائل إثبات النسب بما يكفل صيانة الولد من الضياع و يمنع اختلاط الأنساب ويصون العرض ، ومن طرق إثبات نسب الولد إلى والده أن يكون إما بطريقة الزواج الصحيح أو الزواج الفاسد أو الدخول بامرأة بشبهة ، ويمكن إثباته بوسيلتين متى انتفت الأسباب المنشئة وهما الإقرار والبينة ،[2]

أما قانونا فقد أشارت إليه المادة 40 من قانون الأسرة الجزائري يثبت النسب بالزواج الصحيح والإقرار والبينة وبكل نكاح تم فسخه بعد الدخول طبقا للمواد 32- 33- 34 من هذا القانون.[3]

---

[1] بلحاج العربي ، **الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائري** ، ديوان المطبوعات الجامعية ، بن عكنون الجزائر ، د ط ، 1999 ، ج1 ، ص188

[2] عمر بن محمد السبيل ، المرجع السابق ، ص 11،12 .

[3] الأمر 02/05 ، مرجع سابق ، ص10

ملخص الفصل الثاني :

نستخلص في الأخير أن للضرورة أثرا، خاصة في المجال الأسري منها ما تعلق بالمسائل المرتبطة بالزواج والتي تندرج ضمنها حفظ الكليات الخمس، وقد تمحورت دراستنا حول زواج المسيار والنفقة والحضانة ، ومنها ما تعلق بالمسائل المرتبطة بانحلال الزواج وتشمل الخلع والطلاق بشكل عام والعدة ، والأمر كذلك بالنسبة للمسائل المرتبطة بالنسل حيث تظهر الضرورة في تشريع التلقيح الاصطناعي والإجهاض ووسائل إثبات النسب، فنجد أن أثر الضرورة في الشريعة الإسلامية المتعلقة بشؤون الأسرة تندرج ضمنها حفظ النسل ,النسب,أما قانونا فنلاحظ أن في أغلبيته لم يتطرق ولم ينص على أثر الضرورة في المواد القانونية وهذا ما يعاب على المشرع الجزائري .

الخاتمة

الخاتمة :

بعد الرحلة العلمية التي قمنا بها في ثنايا هذا الموضوع وصلنا إلى خاتمته، وقد خلصنا إلى عدة نتائج وتوصيات نذكر منها :

أولا- النتائج :

- عُرّفت الضرورة بتعريفات متعددة في كل من الشريعة والقانون باعتبارها حالة يجد الإنسان نفسه أو غيره مهدد بخطر فلا يجد سبيلا للخلاص إلا بارتكاب الفعل المكون للجريمة .
- للضرورة العديد من المصطلحات الشرعية التي لها صلة بها منها الحاجة والرخصة والمشقة والمصلحة أما المصطلحات القانونية فهي الدفاع الشرعي والإكراه والقوة القاهرة والظروف الطارئة
- لقد ثبت للضرورة عديد من الأدلة الشرعية وكذلك أدلة اعتبارها من الناحية القانونية أن حكم العمل بالضرورة في الشريعة الإسلامية هو الإباحة مطلقا ويمكن أن تكون واجبة كأكل الميتة بالنسبة للمضطر الذي لا يجد من الحلال ما يرد به نفسه ويمكن أن تكون مباحة كإجراء كلمة الكفر على اللسان عند الضرورة.
- يكيف البعض من الفقهاء القانون الجنائي حالة الضرورة على أنها سبب من أسباب الإباحة وآخرون يعتبرونها مانعا من موانع العقاب أو المسؤولية الجنائية .
- تنقسم الضرورة الشرعية إلى اعتبارات متعددة ولها عدة أقسام من هذه الاعتبارات :أسباب وقوعها ،ومحافظتها على الضروريات الخمس، ومستند ثبوتها وشمولها وبقائها وتعلقها، وحكم العمل بها ،وتأثيرها في المحظور الشرعي وتغيير حكمه .
- أما قانونا فلم يضع فقهاء القانون تقسيمات للضرورة بل قاموا بسردها على شكل حالات فقط
- ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية متعددة: وهي أن تكون الضرورة قائمة لا منتظرة، وأن يتعين على المضطر مخالفة الأوامر أو النواهي الشرعية أو أن لا يكون لدفع الضرر وسيلة أخرى من المباحات إلا المخالفة وأن لا يخالف المضطر مبادئ الشريعة الإسلامية الأساسية،

وأن يقتصر فيما يباح تناوله للضرورة ،وأن يصف المحرم في حالة ضرورة الدواء طبيب عدل ثقة في دينه وعلمه.

- أما قانونا فضوابط الضرورة متعددة منها أن يكون الخطر جسيما، وأن يكون الخطر حالا بمعنى أن يكون الخطر محدقا أي على وشك الوقوع .
- تطبيقات الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج كثيرة اخترنا منها زواج المسيار والنفقة والحضانة .
- أجاز الفقهاء زواج المسيار لأنه يحقق مصالح كثيرة أهمها الإحصان والاعفاف للمرأة .
- تعتبر النفقة من الأمور التي أجازها الشارع الحكيم لتحقيق كل ما تحتاجه الزوجة وأولادها في معيشتها من طعام وكسوة ومسكن وكذلك الحال من الناحية القانونية .
- لقد اوجب ديننا الحنيف الحضانة على أسس ومبادئ سليمة تخدم مصلحة المحضون .
- أكد المشرع الجزائري قاعدة مراعاة مصلحة المحضون في المادة 62 .
- تطبيقات الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج وما يترتب عنه تشمل الخلع والطلاق والعدة .
- الخلع جائز في حالة الضرورة القصوى عند أكثر العلماء لحاجة الناس إليه بوقوع الشقاق والنزاع واستحالة العشرة بين الزوجين .
- المشرع الجزائري اعتبر الخلع حقا ثابتا للمرأة دون موافقة زوجها .
- اتفق الفقهاء على أن الطلاق بيد الرجل وان المرأة تلجا للقضاء ليفرقها عن زوجها إذا وقع عليها ضرر والأصل فيه الإباحة ،والمشرع الجزائري أعطى حق الطلاق للزوج متى شاء دون أي قيد .
- أوجب الإسلام العدة على المرأة لما فيها من رعاية مصالح للناس واجتناب اختلاط الأنساب وترك الجزائري الباب مفتوحا للآراء الفقهية بخصوص هذا الموضوع .
- تشمل تطبيقات الضرورة في المسائل المتعلقة بالنسل التلقيح الاصطناعي والاجهاض واثبات النسب .

- أجاز مجمع الفقه الإسلامي التلقيح الاصطناعي الداخلي والخارجي للضرورة ووفقا لشروط ، وقد أجاز المشرع الجزائري التلقيح الاصطناعي في ظل علاقة زوجية قائمة حسب ما ورد في المادة 45 مكرر
- أجمع فقهاء المذاهب الإسلامية على حرمة قتل الجنين بعد نفخ الروح ويعتبرها جريمة إلا في حالة الضرورة القصوى .
- اهتم الإسلام بتنظيم العلاقة بين الرجل والمرأة ضمانا لسلامة الأنساب ،وتكون العلاقة على أصول شرعية، وأقر قانون الأسرة الجزائري الاعتماد على الطرق العلمية في إثبات النسب وذلك في المادة 40 من ق. أ .ج .

ثانيا التوصيات :

- ضرورة الاهتمام بفقه الضرورة الشرعية رعاية للمصلحة .
- على المشرع الجزائري مواكبة القضايا المعاصرة المتعلقة بحالات الضرورة كمسألة زواج المسيار .
- ضرورة اهتمام المشرع الجزائري بالقضايا المتعلقة بالأسرة خصوصا ما تعلق بالحضانة .
- ينبغي على المشرع إعادة النظر في بعض المسائل التي أغفل عليها .
- على المشرع الجزائري الاطلاع أكثر والبحث والتحري للاستفادة من الفتاوى المعاصرة .

لقد تم البحث بحمد الله وعونه فإن أصبنا فمن الله، وإن أخطأنا فمن أنفسنا ومن الشيطان، ونسأل الله العظيم التوفيق والنجاح والسداد لكل ما يحبه الله ويرضاه، وأن يجعل عملنا هذا خالصا لوجهه الكريم، والحمد لله رب العالمين، وصلى الله على نبينا محمد صلى الله عليه وسلم .

فهرس آيات القران الكريم

الرقم	الآية	رقم الآية	السورة	الصفحة
1	فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ	173	البقرة	17-38
2	إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ بِهِ لِغَيْرِ اللَّهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَلَا إِثْمَ عَلَيْهِ إِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ	173	البقرة	28
3	حُرِّمَتْ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةُ وَالدَّمُ وَلَحْمُ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ	3	المائدة	28
4	قُلْ لَا أَجِدُ فِي مَا أُوحِيَ إِلَيَّ مُحَرَّمًا عَلَى طَاعِمٍ يَطْعَمُهُ	145	الأنعام	28
5	وَمَا لَكُمْ أَلَّا تَأْكُلُوا مِمَّا ذُكِرَ اسْمُ اللَّهِ عَلَيْهِ وَقَدْ فَصَّلَ لَكُمْ مَا حَرَّمَ عَلَيْكُمْ إِلَّا مَا اضْطُرِرْتُمْ إِلَيْهِ	119	الأنعام	28
6	إِنَّمَا حَرَّمَ عَلَيْكُمُ الْمَيْتَةَ وَالدَّمَ وَلَحْمَ الْخِنْزِيرِ وَمَا أُهِلَّ لِغَيْرِ اللَّهِ بِهِ فَمَنِ اضْطُرَّ غَيْرَ بَاغٍ وَلَا عَادٍ فَإِنَّ اللَّهَ غَفُورٌ رَحِيمٌ	115	النحل	28
7	وَمَا أَرْسَلْنَاكَ إِلَّا رَحْمَةً لِلْعَالَمِينَ	107	الأنبياء	30
8	إِنَّ اللَّهَ يَأْمُرُ بِالْعَدْلِ وَالْإِحْسَانِ وَإِيتَاءِ ذِي الْقُرْبَى وَيَنْهَى عَنِ الْفَحْشَاءِ وَالْمُنْكَرِ وَالْبَغْيِ يَعِظُكُمْ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ	90	النحل	30
9	وَمَا جَعَلَ عَلَيْكُمْ فِي الدِّينِ مِنْ حَرَجٍ	78	الحج	31
10	يُرِيدُ اللَّهُ بِكُمُ الْيُسْرَ وَلَا يُرِيدُ بِكُمُ الْعُسْرَ	185	البقرة	31
11	فَاتَّقُوا اللَّهَ مَا اسْتَطَعْتُمْ	16	التغابن	32
12	الرِّجَالُ قَوَّامُونَ عَلَى النِّسَاءِ بِمَا فَضَّلَ اللَّهُ بَعْضَهُمْ عَلَى بَعْضٍ وَبِمَا أَنْفَقُوا مِنْ أَمْوَالِهِمْ	34	النساء	49
13	وَعَلَى الْمَوْلُودِ لَهُ رِزْقُهُنَّ وَكِسْوَتُهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ	233	البقرة	52
14	أَسْكِنُوهُنَّ مِنْ حَيْثُ سَكَنْتُمْ مِنْ وُجْدِكُمْ	6	الطلاق	52

15	الطَّلَاقُ مَرَّتَانِ فَإِمْسَاكٌ بِمَعْرُوفٍ أَوْ تَسْرِيحٌ بِإِحْسَانٍ وَلَا يَحِلُّ لَكُمْ أَنْ تَأْخُذُوا مِمَّا آتَيْتُمُوهُنَّ شَيْئًا إِلَّا أَنْ يَخَافَا أَلَّا يُقِيمَا حُدُودَ اللَّهِ	229	البقرة	57
16	وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً	21	الروم	59
17	وَعَاشِرُوهُنَّ بِالْمَعْرُوفِ فَإِنْ كَرِهْتُمُوهُنَّ فَعَسَى أَنْ تَكْرَهُوا شَيْئًا وَيَجْعَلَ اللَّهُ فِيهِ خَيْرًا كَثِيرًا	19	النساء	59
18	يَا أَيُّهَا النَّبِيُّ إِذَا طَلَّقْتُمُ النِّسَاءَ فَطَلِّقُوهُنَّ لِعِدَّتِهِنَّ وَأَحْصُوا الْعِدَّةَ	1	الطلاق	62
19	لِلَّهِ مُلْكُ السَّمَاوَاتِ وَالْأَرْضِ يَخْلُقُ مَا يَشَاءُ يَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ إِنَاثًا وَيَهَبُ لِمَنْ يَشَاءُ الذُّكُورَ	49	الشورى	65-67
20	وَإِنِّي خِفْتُ الْمَوَالِيَ مِنْ وَرَائِي وَكَانَتِ امْرَأَتِي عَاقِرًا فَهَبْ لِي مِنْ لَدُنْكَ وَلِيًّا	5	مريم	65
21	رَبِّ هَبْ لِي مِنَ الصَّالِحِينَ ، فَبَشَّرْنَاهُ بِغُلَامٍ حَلِيمٍ	100-101	الصافات	65
22	وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلًا	70	الإسراء	66
23	الْمَالُ وَالْبَنُونَ زِينَةُ الْحَيَاةِ الدُّنْيَا	46	الكهف	67
24	مِنْ أَجْلِ ذَلِكَ كَتَبْنَا عَلَى بَنِي إِسْرَائِيلَ أَنَّهُ مَنْ قَتَلَ نَفْسًا بِغَيْرِ نَفْسٍ أَوْ فَسَادٍ فِي الْأَرْضِ فَكَأَنَّمَا قَتَلَ النَّاسَ جَمِيعًا	32	المائدة	69
25	يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ	13	الحجرات	72

فهرس الأحاديث

الرقم	نص الحديث	الراوي	الصفحة
1	((لا ضرر ولا ضرار))	ابن ماجة	29
2	((قصة عمار بن ياسر رضي الله عنه حينما أخذه المشركون واكرهوه على سب النبي صلى الله عليه وسلم فقال صلى الله عليه وسلم (كيف وجدت قلبك ؟) قال مطمئنا بالإيمان))	الحاكم في المستدرك	29
3	((عن أبي واقد الليثي رضي الله عنه : قلت يا رسول الله أن بأرض تصيبنا بها مخمصة))	احمد	29
4	((قوله صلى الله عليه وسلم : يسروا ولا تعسروا))	مسلم	25
5	((عن سودة بنت زمعة وهبت يومها وليلتها لعائشة))	البخاري	50
6	((أن امرأة ثابت بن قيس جاءت إلى الرسول صلى الله عليه وسلم ... إني ما أعيب عليه في خلق ولا دين ولكني أكره الكفر في الإسلام قال- صلى الله عليه وسلم- : أتردين عليه حديقته قالت نعم .... اقبل الحديقة وطلقها تطليقة))	البخاري	58

فهرس المواد القانونية

المرجع	نص المادة	الصفحة
القانون رقم 84-11المؤرخ في 9رمضان 1404هـ الموافق لـ 9يونيو 1984م المتضمن قانون الأسرة الجزائري المعدل والمتمم بالأمر رقم 05-02 المؤرخ في 27 فبراير 2005	المادة 40 : ((يثبت النسب بالزواج الصحيح...))	53
	المادة 45 :((يجوز للزوجين اللجوء إلى عملية التلقيح...))	54
	المادة 53:((يجوز للزوجة أن تطلب التطليق لأسباب...))	60
	المادة 54:((يجوز دون موافقة الزوج أن تخالع نفسها بمقابل مالي...))	60
	المادة 61 : ((لا تخرج الزوجة المطلقة ولا المتوفى عنها زوجها من السكن العائلي...))	63
	المادة 62: ((الحضانة هي رعاية الولد وتعليمه والقيام بتربيته على دين آبيه والسهر على حمايته وحفظه صحة وخلقا...))	66
	المادة 78: ((تشمل النفقة الغذاء والكسوة والعلاج والسكن وأجرته وما يعتبر من الضروريات في العرف والعادة ...))	72

قائمة المصادر والمراجع :

1 / القران الكريم برواية حفص

2 / الكتب:

- ابن جزيء أبو القاسم محمد بن أحمد الكلبي ، القوانين الفقهية في تلخيص المذهب المالكي ,ت، محمد بن سيدي محمد مولاي ,د.ط, د.س.ن.
- ابن حنبل أحمد ، المسند ، ت.احمد محمد شاكر ، مؤسسة الرسالة ، 1969، د.ط.
- ابن قدامة , موفق الدين ابو محمد عبد الله ابن احمد، المغني , دار الكتاب العربي ,لبنان ,بيروت ,1983
- ابن ماجة ، سنن ابن ماجة ، ت: بشار عواد معروف، دار الجيل ، بيروت ، ط1، 1998.
- ابن منظور، آبي الفضل جمال الدين محمد ابن مكرم ، لسان العرب ، دار صادر، بيروت د.ط ,د,س,ن.
- أبو زهرة محمد بن احمد ,أصول الفقه,دار الفكر العربي ,القاهرة د.ط ,د,س,ن.
- الأشقر أسامة عمر سليمان,مستجدات فقهية في قضايا الزواج والطلاق ,دار النفائس للنشر والتوزيع ,الأردن, ط1 ,2000.
- البخاري اسماعيل ، صحيح البخاري ، ت : محمد زهير بن الناصر، دار طوق النجاة ، ط1، 2001.
- بدران مراد,الرقابة القضائية على أعمال الإدارة العامة في ظل الظروف الاستثنائية ,دراسة مقارنة ,دار المطبوعات الجامعية ,مصر, 2008.
- بربرة عبد الرحمان,قانون الإجراءات المدنية والإدارية ,ديوان المطبوعات الجامعية للنشر والتوزيع ,الجزائر, ط2 , 2010.
- بلحاج العربي ,الوجيز في شرح قانون الأسرة الجزائرية الزواج والطلاق ,ديوان المطبوعات الجامعية ,لبنان, ط 5, 1993,.
- جبه جي عمر محمد,مقاصد الشريعة الإسلامية ,د,س,ن,د,ط.

- الجصاص احمد بن علي الرازي ، أحكام القران . ت، محمد الصادق قمحاوي ,دار أحياء التراث العربي ,بيروت, د,ط,1996.
- الحاكم، المستدرك على الصحيحين ، ت. مصطفى عبد القادر عطا ، دار الكتب العلمية ، ط2، 2002.
- خلفي عبد الرحمان ,القانون الجنائي العام ,دراسة مقارنة,دار بلقيس ,دار البيضاء ,الجزائر 2016,
- خوري عمر ,شرح قانون العقوبات ,القسم العام , د.م .ن , د .ط ,2010 ,2011.
- الرشيد حمد بن عبد الرحمان بن ناصر, الحاجة وأثرها في الأحكام ,دراسة نظرية تطبيقية ,دار الكنوز, اشبيليا للنشر والتوزيع ، ط1 ,2008.
- الرباري عامر سعيد ,أحكام الخلع في الشريعة الإسلامية ,دار ابن حزم ، دط , د.س.ن .
- الزحيلي وهبة, الفقه الإسلامي وأدلته ,دار الفكر للطباعة والتوزيع , دمشق , ط2 ,1984.
- الزحيلي وهبة, نظرية الضرورة الشرعية ,مؤسسة الرسالة, بيروت, ط4,,1985.
- الزرقا احمد بن الشيخ محمد,شرح القواعد الفقهية ,ت,عبد الستار أبو غدة ,دار القلم ,دمشق, ط2, 1989.
- زيدان عبد الكريم ,حالة الضرورة في الشريعة الإسلامية ,مؤسسة الرسالة ,بيروت, ط2 , د,س,ن.
- زودة عمر, طبيعة الأحكام بإنهاء الرابطة الزوجية واثر الطعن فيها, الجزائر د,ط,2003,
- الزيني محمود محمد عبد العزيز,الضرورة في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي ,مؤسسة الثقافة الجامعية ,الإسكندرية ,1993 .
- السبيل عمر بن محمد ,البصمة الوراثية ومدى مشروعية استخدامها في النسب والجناية , د,ط 1984 .
- السرطاوي محمود علي ,شرح قانون الأحوال الشخصية ,دار الفكر العربي للنشر ,مصر,ط3 , 2007.

- السعدي عبد الرحمان بن ناصر ,تيسير الكريم الرحمان في تفسير كلام المنان ,دار ابن حزم ,بيروت ,لبنان,ط1,,2003.
- سلامة زياد احمد,أطفال الأنابيب بين العلم والشريعة ,دار العربية للعلوم ,الأردن, ط1, 1996.
- السيوطي أبو الفضل جمال الدين عبد الرحمان بن أبي بكر,الأشباه والنظائر في القواعد وفروع الفقه الشافعي ,ت,محمد المعتصم بالله البغدادي ,دار الكتاب العربي , ط4, 1998.
- الشاطبي أبو إسحاق,الموافقات في أصول الشريعة ,ت,عبد الله دراز ,المكتبة التجارية الكبرى ، د. ط ، ,د,س,ن.
- عبد القادر عدو,مبادئ قانون العقوبات القسم العام ,دار هومة للطباعة والنشر والتوزيع ,الجزائر 2010.
- القرة داغي عارف علي عارف,مسائل شرعية في قضايا المرأة ,سلسلة بحوث فقهية في قضايا معاصرة, د.ط , 2011 .
- القرطبي أبو عبد الله محمد بن احمد بن أبي بكر ,الجامع لأحكام القران ,ت,عبد الله بن عبد المحسن التركي ,مؤسسة الرسالة,ط 1 ,2003.
- كافي احمد ,الحاجة الشرعية حدودها وقواعدها ,دار الكتب العلمية ,بيروت ,لبنان ط1, ,2004,
- مسلم صحيح مسلم، ت. أبو قتيبة نظر محمد الفاريابي ، دار طيبة ، ط1, 2006 .
- مصطفى محمد ,أحكام الاسرة في الإسلام,الدار الجامعية ,لبنان، ط 4 ,1983.
- نجار عبد العزيز، المعجم الوسيط ، مكتبة الشروق الدولية ، مصر، ط4 ، 2004.
- هلالي تقي الدين ,أحكام الخلع في الإسلام ,المكتب الإسلامي للنشر,لبنان, ط2 , 1995.
- يوسف قاسم ,نظرية الضرورة في الفقه الجنائي الإسلامي والقانون الجنائي الوضعي ,دار النهضة العربية ,القاهرة ,1993 .
- **المجلات العلمية**

- حسن سيد خطاب ,قاعدة الضرورات تبيح المحظورات وتطبيقاتها المعاصرة في الفقه الإسلامي ,مجلة الأصول والنوازل ,العدد 2 رجب 1430.
- حسينة شرون,جريمة الامتناع عن تسليم طفل الى حاضنه ,مقال, بسكرة , جامعة محمد خيضر ,مجلة الاجتهاد القضائي عدد7.

- **<u>البحوث الأكاديمية</u>**

- اوليدي قادري عبد الرزاق ,أثر القوة القاهرة في العقود الدولية ,مذكرة شهادة ماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,قسم الحقوق ,جامعة قاصدي مرباح ,ورقلة ,2017 -2018
- بن علو مامة,نفقة الأولاد ,مذكرة لنيل شهادة الماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة عبد الحميد ابن باديس ,مستتغانم ,2019
- بن عومر الوالي , ضوابط الدفاع الشرعي ,مذكرة ماجستير,في العلوم السلامية ,كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ,قسم العلوم الإسلامية ,جامعة وهران ,2007-2008
- جعفر خوجة سعاد, الضوابط الموضوعية للدفاع الشرعي وفقا للتشريع الجزائري والتشريعات المقارنة ,مذكرة شهادة ماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية,جامعة البويرة ,2016-2017
- حسبي الصديقي, موقف القرضاوي في حكم زواج المسيار ,رسلة ماجستير وكلية الدراسات العليا ,جامعة مولانا مالك إبراهيم الإسلامية الحكومية ,مالانج ,2018.
- الرازي نادية,منهج الكشف عن الضرورة الشرعية وتطبيقاتها في ضوء الواقع المعاصر ,أطروحة دكتوراه في الفقه والأصول ,كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والعلوم الإسلامية,قسم العلوم الإسلامية جامعة الحاج لخضر,باتنة,2013.2014
- سعادي نعلى ,الزواج وانحلاله في قانون الأسرة الجزائري ,أطروحة دكتوراه ,كلية الحقوق ,جامعة الجزائر,2015
- سكريفة محمد الطيب ,التلقيح الاصطناعي بين القانون الوضعي والفقه الإسلامي ,مذكرة شهادة ماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة أبو بكر بلقايد,تلمسان-الجزائر,2017

- عباس عبد القادر ,الإكراه وأثره على المسؤولية الجنائية ,مذكرة ماجستير في العلوم الإسلامية ,كلية العلوم الإنسانية والحضارة الإسلامية ,جامعة وهران ,2006-2007,
- عماري زين الدين,ترتيب الحاضنين وسلطة القاضي في مراعاة مصلحة المحضون في ضوء التشريع الجزائري ,مذكرة لنيل شهادة الماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة زيان عاشور ,الجلفة,2018
- فداق عبد الله، نظرية الظروف الطارئة في القانون المدني الجزائري ,مذكرة ماستر في الحقوق,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة عبد الحميد ابن باديس,مستغانم,2017-2018
- قراش جميلة ,العدة ومقاصدها الشرعية كأثر للطلاق ,مذكرة لنيل شهادة ماستر ,كلية الحقوق والعلوم السياسية ,جامعة أكلي محند ,البويرة ,2017.
- كربال سهام,الحضانة في قانون الأسرة الجزائري ,مذكرة لنيل شهادة الماستر ,كلية الحقوق والعلوم الإنسانية ,جامعة أكلي محند اولحاج ,البويرة ,2013.
- مبارك ابن الخير محمد الأنصاري ,الضرورة وتطبيقاتها في نطاق الأسرة ,مذكرة شهادة ماستر في الشريعة والقانون ,كلية العلوم الإنسانية والاجتماعية والإسلامية ,قسم العلوم الإسلامية ,جامعة احمد دراية ,أدرار 2018-2019.
- النحوي سليمان ,التلقيح الاصطناعي في القانون الجزائري لشريعة الإسلامية ,مذكرة دكتوراه ,كلية الحقوق ,جامعة الجزائر,2011 .
- **<u>النصوص القانونية</u>**

الأمر رقم 05-02 مؤرخ في 27 فبراير 2005,يعدل ويتمم قانون الأسرة ,الجريدة الرسمية ,العدد15,المؤرخ في 27 فبراير 2005

فهرس الموضوعات

العنوان	الصفحة
مقدمة	أ
الفصل الأول : طبيعة الضرورة في الفقه الإسلامي والقانون الوضعي	15
المبحث الأول : مفهوم الضرورة	17
المطلب الأول تعريف الضرورة وعلاقتها بالألفاظ المشابه لها	17
الفرع الأول : تعريف الضرورة	17
أولا: تعريف الضرورة لغة	17
ثانيا: تعريف الضرورة شرعا	18
ثالثا: تعريف الضرورة قانونا	19
الفرع الثاني : علاقة الضرورة بالألفاظ المشابهة لها	20
أولا: من الناحية الشرعية	20
1/علاقة الضرورة بالحاجة	20
2/علاقة الضرورة بالمشقة	21
3/علاقة الضرورة بالرخصة	22
4/علاقة الضرورة بالمصلحة	23
ثانيا :من الناحية القانونية	23
1/علاقة الضرورة بالدفاع الشرعي	23
2/علاقة الضرورة بالإكراه	24
3/علاقة الضرورة بالقوة القاهرة	26
4/علاقة الضرورة بالظروف الطارئة	26
المطلب الثاني :الأدلة على اعتبار الضرورة وحكم العمل بها	27
الفرع الأول :الأدلة على اعتبار الضرورة	27

أولا: الأدلة الشرعية	27
1/ من الكتاب	28
2/ من السنة النبوية	29
3/ الإجماع	30
4/ قواعد الشريعة العامة	30
ثانيا : الأدلة القانونية	31
الفرع الثاني: حكم العمل بالضرورة في الشريعة الإسلامية	32
أولا: شرعا	32
القسم الأول : ضرورة يجب فعلها	33
القسم الثاني: ضرورة يباح فعلها	34
القسم الثالث: ضرورة يحرم فعلها	34
ثانيا: قانونا	35
1/ الضرورة سبب من أسباب الإباحة	35
2/ الضرورة مانع من موانع المسؤولية	36
المبحث الثاني: أقسام الضرورة وضوابطها	38
المطلب الأول: أقسام الضرورة	38
أولا: في الشريعة	38
1/ بالنظر إلى أسباب وقوعها	38
2/ بالنظر إلى محافظتها على الضروريات الخمسة	39
3/ بالنظر إلى مستند ثبوتها	39
4/ بالنظر إلى شمولها	40
5/ بالنظر إلى بقائها	40
6/ بالنظر إلى تعلقها	41
7/ بالنظر إلى حكم العمل بها	41
8/ بالنظر إلى تأثيرها في المحظور الشرعي وتغييرها لحكمه	41

ثانيا: في القانون	41
1/ من حيث أسباب وقوعها	41
2/ من حيث العموم	42
المطلب الثاني :ضوابط الضرورة في الشريعة والقانون	42
أولا : ضوابط الضرورة في الشريعة الإسلامية	42
ثانيا: ضوابط الضرورة في القانون	44
الفصل الثاني : تطبيقات نظرية الضرورة في المجال الأسري بين الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري	47
المبحث الأول : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالزواج	48
المطلب الأول: زواج المسيار	48
الفرع الأول : طبيعة زواج المسيار	48
الفرع الثاني :أثر الضرورة في زواج المسيار	50
المطلب الثاني : النفقة	51
الفرع الأول : تعريف النفقة	51
الفرع الثاني :أثر الضرورة في النفقة	52
المطلب الثالث: الحضانة	54
الفرع الأول : تعريف الحضانة	54
الفرع الثاني :أثر الضرورة في الحضانة	54
المبحث الثاني : أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بانحلال الزواج	56
المطلب الأول: الخلع	56
الفرع الأول : تعريف الخلع	56
الفرع الثاني : أثر الضرورة في الخلع	59
المطلب الثاني: التطليق	60
الفرع الأول : مفهوم التطليق	60
الفرع الثاني : أثر الضرورة في التطليق	61

المطلب الثالث: العدة	62
الفرع الأول : مفهوم العدة	62
الفرع الثاني :أثر الضرورة في العدة	63
المبحث الثالث: أثر الضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل	64
المطلب الأول: التلقيح الاصطناعي	64
الفرع الأول :طبيعة التلقيح الاصطناعي	64
الفرع الثاني : أثر الضرورة في التلقيح الاصطناعي	66
المطلب الثاني : الإجهاض	68
الفرع الأول : طبيعة الإجهاض	68
الفرع الثاني : أثر الضرورة في الإجهاض	70
المطلب الثالث : إثبات النسب	71
الفرع الأول : تعريف النسب	71
الفرع الثاني : أثر الضرورة في إثبات النسب	72
الخاتمة	74
فهرس الآيات	78
فهرس الأحاديث	80
فهرس المواد القانونية	81
قائمة المصادر والمراجع	82
فهرس الموضوعات	87

ملخص البحث :

تناول هذا البحث موضوع الضرورة وتطبيقاتها في الفقه الإسلامي وقانون الأسرة الجزائري ، ذلك أن الإنسان كثيرا ما يعترض حياته أمورا لا يقوى على تحملها فيبيح له ذلك ارتكاب المحظور، والثابت أن الشريعة الإسلامية و القانون الوضعي قد عمل كل منهما على مراعاة حالة الضرورة وضبطها بقدرها حتى لا يباح كل ممنوع ، وقد خص البحث تطبيقات الضرورة في المجال الأسري في بعض المسائل .

ففي مجال انعقاد الزواج روعيت الضرورة من خلال تجويز زواج المسيار وإقرار النفقة واشتمالها على الضروريات ومراعاة مصلحة المحضون .

أما في مجال انحلال الزواج فالثابت أن هناك مراعاة للضرورة في تشريع كثير من الأحكام كالخلع والطلاق والعدة .

أما فيما يتعلق بالضرورة في المسائل المرتبطة بالنسل فتظهر الضرورة في إباحة التلقيح الاصطناعي و الإجهاض بشروط ، وكذا إثبات النسب مراعاة لمصلحة الأطفال بالدرجة الأولى .

الكلمات المفتاحية : الضرورة ، الأسرة ، المصلحة ، الزواج ، الطلاق .

Research Summary:

This research deals with the topic of necessity and its applications in Islamic jurisprudence and Algerian family law, because a person often intercepts his life with things that he cannot bear, so that allows him to commit the forbidden, and it is proven that Islamic Sharia and positive law have worked each of them to observe the state of necessity and control it according to its extent Every forbidden is permissible. The research has singled out the applications of necessity in the family sphere in some issues.

In the area of the conclusion of marriage, the necessity was taken into consideration by permitting misyar marriage, approving alimony, including the necessities, and taking into account the interest of the child.

As for the dissolution of marriage, it is evident that there is a consideration of necessity in the legislation of many provisions such as khula ', divorce and waiting period.

As for the necessity in matters related to offspring, the necessity arises in the permissibility of artificial insemination and abortion with conditions, as well as proof of lineage in consideration of the interest of the children in the first place.

Key words: necessity, family, interest, marriage, divorce.