العرف وأثره في الأحكام الشرعية- التبني أنموذجا

أ.م.د كريم شاتي السراجي
كلية الفقه/ جامعة الكوفة

مقدمة:

إنّ للعرف دوراً واضحاً ومهماً في فهم الأحكام الشرعية في مختلف المجالات، فهو يُبيِّنُ الموضوعات (المفاهيم) ويُشخِّصُ المصاديق، ويُشكِّلُ قرينة على مقصود الشارع، كما في الملازمات العادية أو مقصود المتعاملين كما هو الحال في الأعراف والرسوم الاجتماعية، أو تشخيص الموضوع عند الشارع، كما هو في الشك في كون الشيء مكيلاً أو موزوناً، وقال الفقهاء: كلُّ شيءٍ ورد في لسان الدليل الشرعي ولم يرد فيه تشخيصٌ وتقديرٌ للموضوع من الشارع فيرجعُ فيه إلى العرف.

ومع هذا الدور المهم إلاّ أن فقهاءنا لم يفتحوا له باباً ولم يخصوا له فصلاً وإنما أشاروا إلى ما له من دور في مناسبات مختلفة في شتى الأبواب، والسبب في ذلك أنَّ هذه الموارد المتقدمة لا تتجاوز عن تشخيص الصغرى أو الموضوع للحكم الشرعي فهي لا تقع كبرى في طريق استنباط الحكم الشرعي الكلي.

أما عند فقهاء المذاهب الأخرى فالظاهر أنَّ العرف هو من مصادر التشريع، وهو أصل أخذ به الحنفية والمالكية في غير موضع النص.

تناولتُ في البحث العرف من خلال أربعة مباحث، ففي المبحث الأول تناولتُ تعريف العرف لغةً واصطلاحاً ورجعتُ إلى كتب اللغة وكذلك إلى كتب التفسير في توضيح معنى العرف ثم ذكرتُ التعريف الأفضل والأسد

من التعاريف الاصطلاحية للعرف، ثم ذكرت

أقسام العرف المتعددة.

أما في المبحث الثاني فتناولت مجالات العرف عند مذهب الامامية والمذاهب الاخرى وبينت أن العرف بعد بيان مجالاته عند مذهب الامامية أنه ليس أصلاً في مقابل الأصول (الكتاب والسنة والإجماع والعقل) بل دوره في تشخيص الموضوعات والمفاهيم والمصاديق ،وعليه فلا يعد مسألة أصولية عندهم ثم بينت أن المذاهب الاخرى تعتبر العرف مصدرا من مصادر التشريع وهو خلاق للحكم الشرعي كالإجماع إلا أن بعض علمائهم وافقوا الامامية فيما ذهبوا إليه.

وذكرت تطبيقات للعرف في المسائل الفقهية وكيف استفاد الفقهاء من العرف في تشخيص مرادات الشارع.

أما في المبحث الثالث فتناولت حجية العرف وأدلته التي استدل بها فقهاء المذاهب على إثبات دليلية العرف وكانت أهم أدلتهم من الكتاب والسنة فعرضت الدليل وناقشته ثم بينت أن هذه الأدلة لا تصلح للاستدلال لأنها أما أجنبية عن الموضوع كما في الآية المباركة أو دليل غير ناهض كما في الحديث الوارد عن ابن مسعود الموقوف عليه.

وبذلك يتبين صحة ما ذهبت إليه الامامية في التعامل مع العرف ووضعه في موضعه الطبيعي له.

المبحث الأول: حقيقة العرف

١ . التعريف

العرف لغةً: قال الخليل في كتاب العين: ((العرفُ المعروف.

قال النابغة:

ابى الله الى عدله وقضاءه فلا النكر معروف ولا العرف ضائع)).[١]

{وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ}[٢].

قال الطبرسي في تفسير هذه الآية: ((والعرف: ضد النكر ومثله المعروف والعارفة: وهو كل

خصلة حميدة تعرف صوابها العقول وتطمئن إليها النفوس)) [٣].

وقال القرطبي في تفسيره: ((والعرف والمعروف والعارفة: كل خصلة حسنة ترتضيها العقول وتطمئن إليها النفوس)) [٤].

وقال السيد الطباطبائي في الميزان: ((والعرف هو ما يعرفه عقلاء المجتمع من السنن والسير الجميلة الجارية بينهم بخلاف ما ينكره المجتمع وينكره العقل الاجتماعي من الأعمال النادرة الشاذة)) [٥].

وهذا المعنى القرآني يقصر العرف على الخصال الحميدة والعادات والسير الحسنة بينما العرف الاجتماعي فيه العادات الحسنة والعادات القبيحة التي نهى عنها الإسلام كما سوف يأتي في محله.

العرف اصطلاحاً:

أما في الاصطلاح فقد ذكروا للعرف تعاريف مختلفة ولعل أفضلها ما ذكره الاستاذ عبد الوهاب خلاف قال: ((العرف ما تعارفه الناس وساروا عليه من قولٍ أو فعل أو ترك ثم قال: ويسمى العادة)) [٦].

ومن خلال هذا التعريف يتبين أن العرف والعادة شيء واحد لأن العادة من العود وهي بمعنى التكرار، قال الفراهيدي: ((والعادة: الدُّربة في الشيء وهو يتمادى في الأمر حتى يصير له سجية. ويقال للرجل المواظب في الأمر معاود)) [٧].

٢ . أقسام العرف[٨]

قسموا العرف بلحاظ حيثيات متعددة إلى ثلاثة أقسام:

الأول: عرف عام وخاص.

ويراد بالعرف العام ما يشترك فيه غالبية الناس، كالظواهر الاجتماعية مثل رجوع الجاهل إلى العالم، وإطلاق كلمة دابة على ذوات الأربع دون غيرها من مصاديق المدلولات اللغوية.

والتعارف على تخصيص كلمة لحم وقصرها على لحوم الدواب من الأبقار والأغنام ونحوها من المواشي ولا يدخلون فيها الدجاج والطيور والأسماك مع أن القرآن يطلق على السمك أنه لحم، قال تعالى: {وَهُوَ الَّذِي سَخَّرَ الْبَحْرَ لِتَأْكُلُواْ

مِنْهُ لَحْمًا طَرِيًّا}[٩].

ويراد بالعرف الخاص ما شاع بين فئة من الناس تجمعهم وحدة مكان أو مهنة أو صنعة أو فن، كأداب المرافقة وأصول المعاشرة والألفاظ التي يصطلح عليها أرباب علم أو صنعة أو حرفة خاصة كالفقهاء أو الحدادين أو العطارين، عندما يريدون ببعض الكلمات التي اصطلحوا عليها لتدل على غير معانيها اللغوية.

الثاني: عرف عملي وقولي

فالعرف . عاماً كان أو خاصاً . هو إما عملي ويقصد به ما تعارف عليه الناس من تصرفات مثل رجوع الجاهل إلى العالم في الأعراف العامة وأصول المعاشرة في الأعراف الخاصة وكبيع المعاطاة في أغلب البيئات.

وأما قولي ويقصد به ما تعارف عليه الناس من استعمال الألفاظ في غير معانيها اللغوية بحيث صارت حقائق في المعاني المتعارفة مثل إطلاق كلمة دابة على ذوات الأربع فقط في العرف العام، وإطلاق كلمة حج في عرف المسلمين على الذهاب إلى مكة المكرمة لأداء مناسك الحج وإطلاق كلمة ولد في عرف العراقيين على الذكر دون الأنثى خلافاً لقوله تعالى: {يُوصِيكُمُ اللهُ فِي أَوْلَادِكُمْ لِلذَّكَرِ مِثْلُ حَظِّ الأُنثَيَيْنِ}[١٠].

الثالث: عرف صحيح وفاسد

العرف الصحيح هو ما تعارفه الناس دون أن تكون فيه مخالفة شرعية، مثل استعمال اللفظ في غير معناه اللغوي، وتقديم الخاطب هدية إلى خطيبته دون أن يعتبر هذه الهدية أو قيمتها من المهر.

أما العرف الفاسد فهو ما كان مخالفاً للأحكام الشرعية كالعقود الربوية واختلاط النساء بالرجال في مجالس اللهو ولعب القمار واستماع الغناء وغيرها مما يتعارف عليه في عرف خاص أو عام وقد دل الدليل الشرعي على النهي عنه.

المبحث الثاني: مجالات العرف في منظور مذهب الامامية والمذاهب الاخرى

١ . مذهب الامامية

إن العرف في المذهب الإمامية ليس أصلاً برأسه في مقابل الأصول الأخرى كالكتاب والسنة والإجماع والعقل بل له مجالات محددة يعتمد عليها الفقيه وتكون مرجعه في الحكم وهذه المجالات هي:

١ . تشخيص الموضوعات والمصاديق

إن العرف يرجع إليه في تشخيص بعض المفاهيم التي وردت في السنة بعض الأدلة التي يعرض على موضوعاتها ومصاديقها.

والظاهر أن بعض الأحكام إنما وردت على موضوعات عرفية فتشخيص مثل هذه الموضوعات مما يرجع به إلى العرف، كالصعيد والمفازة والمعدن والأرض الموات وإلى غير ذلك من الموضوعات التي ربما يشك الفقيه في مصاديقها فيكون العرف هو المرجع في تطبيقها على موردها.

يقول المحقق الأردبيلي في حفظ المال المودع: ((وكذا الحفظ بما جرى الحفظ به عادة فإن الأمور المطلقة غير المعينة في الشرع يرجع فيها إلى العادة والعرف فمع عدم تعيين كيفية الحفظ يجب أن يحفظها على ما يقتضي العرف حفظه مثل الوديعة بأن يحفظ الدراهم في الصندوق وكذا الثياب والدابة في الإصطبل ونحو ذلك)) [١١].

٢ . تشخيص مراد المتكلم

إن لكل قوم وبلد أعرافاً خاصة بهم يتعاملون في إطارها ويتفقون على ضوئها في كافة العقود والإيقاعات فهذه الأعراف تشكل قرينة حالية لحل كثير من الاختلافات المتوهمة في أقوالهم وأفعالهم وهذه مجموعة من الأمثلة والنماذج:

١ . إذا باع دابة ثم اختلف في مفهومها، فالمرجع ليس هو اللغة بل ما هو المتبادر في عرف المتعاقدين وهو الفرس.

٢ . إذا باع اللحم ثم اختلفا في مفهومه فالمرجع هو المتبادر في عرف المتبايعين وهو اللحم الأحمر دون الأبيض كلحم السمك والدجاج.

٣ . أذا أوصى بشيء لولده، فالمرجع في تفسير الولد هو العرف ولا يطلق فيه إلا على الذكر دون الأنثى خلافاً للكتاب العزيز [١٢].

٤ . إذا اختلف الزوجان في أداء المهر فالمرجع هو العرف الخاص فلو جرت العادة على تقديم

المهر أو جزء منه قبل الزفاف ولكن ادعت الزوجة بعده إنها لم تأخذه وادعى الزوج دفعه إليها فللحاكم أن يحكم على وفق العرف الدارج في البلد.

٥ . إذا اختلف البائع والمشتري في دخول توابع المبيع في البيع فيما إذا لم يصرحا به كما إذا اختلفها في دخول اللجام والسرج في المبيع فإذا اجرى العرف على دخولهما في المبيع وإن لم يذكر يكون قرينة على أن المبيع هو المتبوع والتابع ولذلك قالوا: إن ما يتعارفه الناس من قول أو فعل عليه يسير نظام حياتهم وحاجاتهم، فإذا قالوا أو كتبوا فإنما يعنون المعنى المتعارف لهم ولهذا قال الفقهاء: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً[١٣].

٣ . تشخيص مراد الشارع عند الملازمة العادية

إذا كان بين الحكم الشرعي المنطوق والحكم الشرعي الآخر غير المنطوق ملازمة عادية ينتقل العرف من الحكم الأول المجهول إلى الحكم الثاني وإن لم يكن ملفوظاً وهذا كما إذا دل دليل على طهارة الميت بعد الاغسال الثلاثة فهو يلازم طهارة يد الغسّال والخشب الذي أجرى الغسل عليه وسائر الأدوات عند العرف.

ونظير ذلك ما دل على طهارة الخمر بانقلابه إلى الخل الملازم للحكم بطهارة جميع أطراف الإناء. ومثله ما دل على طهارة العصير العنبي بعد التثليث بناء على نجاسته بالغليان فإن طهارة العصير يلازم عادة طهارة الإناء والأدوات التي كان الطباخ يستخدمها[١٤].

العرف ليس مسألة أصولية

مما تقدم تبين أن العرف يستعمل تارة في تبيين المفاهيم وتشخيص المصاديق وأخرى في استكشاف مرادات الشارع فيما يرجع إلى الدلالات الإلتزامية بالنسبة لكلامه، وثالثة في تشخيص مراد المتكلم الذي وقع فعله أو كلامه موضوعاً للحكم الشرعي إلى غير ذلك من الموارد التي لا تتجاوز عن تشخيص الصغرى أو الموضوع للحكم الشرعي دون أن يقع واسطة لاستنباط الحكم الشرعي الكلي.

وبذلك لا يصلح أن يكون العرف مسألة أصولية

يستنبط بها الحكم الشرعي الكلي.

نعم العرف الذي يستكشف منه حكم شرعي هو ما ثبت كونه من الأعراف العامة التي تصل إلى عصر المعصوم ونضمن إقراره لها، وهذا سنة بالإقرار من قبل المعصوم لا بما هو عرف، ويدخل ضمن هذا المجال كل ما قامت عليه سيرة المتشرعة أو بناء العقلاء لكن سيرة المتشرعة لا نحتاج فيها إلى الإقرار بل يكفي فيما الاتصاف بكونها سيرة متشرعة معاصرة للإمام (ع) فتكون عند ذلك معلولة للمعصوم (ع) أما السيرة العقلائية فتحتاج إلى المعاصرة وإلى عدم الردع من قبل المعصوم (ع) فالسيرة بكلا قسميها تندرج تحت عنوان السنة التي هي من الأدلة الأربعة ومصادر التشريع الإسلامية، فتجدها في المباحث الأصولية أبواباً وفصولاً، أما بالنسبة للعرف فلم يفتح له باباً ولا فصلاً في المباحث الأصولية عند فقهاء الامامية وإنما أشاروا إليه في مناسبات مختلفة في شتى الأبواب الفقهية.

٢ . المذاهب الاربعة

إن العرف عند المذاهب الاربعة مصدر من مصادر التشريع، وهو اصل للحكم الشرعي نظير الإجماع، و عندهم من مصادره كالكتاب والسنة، وهو أصل أخذ به الحنفية والمالكية عند عدم النص، ولهذا يُعد أصلاً من أصول الفقه عندهم.

يقول السرخي في المبسوط: ((الثابت بالعرف كالثابت بالنص)) [١٥].

ويقول محمد سلام مدكور: ((فقهاء الشريعة الإسلامية على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف الصحيح في الجملة بصفة عامة دليلاً يرجع إليه لمعرفة الأحكام إذا أعوزهم النص، ويجب على المجتهد مراعاته، ومن هذا قولهم: المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، الثابت بالعرف كالثابت بالنص، والعادة محكمة، الحقيقة تترك بدلالة العرف)) [١٦].

ويقول محمد أبو زهرة: ((إن العلماء الذين يقرون أن العرف أصل من أصول الاستنباط يقرون أنه دليل حيث لا يوجد نص من كتاب أو سنة)) [١٧].

يقول محمد مصطفى شبلي حول مرتبة العرف بين الأدلة: ((إذا كان العرف يرجع إلى المصلحة فيكون في مرتبتها بعد النصوص والإجماع والقياس، فإذا لم يصل المجتهد إلى الحكم بواحد

منها فإن وجد عرفاً صحيحاً عمل به لأن في العمل به تحقيق مصلحة الناس)) [١٨].

والبعض منهم لم يعتبره دليلاً شرعياً مستقلاً، وأخر اعتبره قاعدة أصولية مختلفاً فيها وإليك أقوالهم:

يقول الشيخ خلاف: ((العرف عند التحقيق ليس دليلاً شرعياً مستقلاً وهو في الغالب من مراعاة المصلحة المرسلة)) [١٩].

ويقول الشيخ السنهوري: ((إنه لا يعدو أن يكون قاعدة أصولية مختلفاً فيها)) [٢٠].

المبحث الثالث: حجية العرف وأدلته

احتج أهل السنة للعرف بمجموعة من الأدلة:

١ . الكتاب

قوله تعالى: {خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ}[٢١].

والاستدلال مبني على أن المراد بالعرف في الآية المباركة هو المتعارف بين الناس، فتكون الآية أمره بهذا المقدار.

والصحيح إن هذه الآية ليس لها صلة بالرسوم والأعراف. قال الشيخ الطوسي في تفسير هذه الآية (وأمر بالعرف): ((يعني المعروف وهو كل ما حسن في العقل فعله أو في الشرع ولم يكن منكراً ولا قبيحاً عند العقلاء)) [٢٢].

ثم أنه من خلال مقاطع الآية المباركة وبالإمعان في جملها الثلاثة ينكشف أنه سبحانه يأمر النبي بالأخذ بخصال ثلاث كلها خير وصلاح وهي:

أ . العفو على المسيء وقبول عذره وبالتالي المداراة للناس (خذ العفو).

ب . الدعوة إلى خصال الخير التي يعرفها العقل والشرع (وأمر بالعرف).

جـ . الصبر والاستقامة أمام إيذاء الجاهلين (وأعرض عن الجاهلين).

وأين هذا من دلالة الآية على العادات السائدة بين الناس، بل هي أمر بالأخذ بكل ما هو حسن في العقل والشرع فيكون الاستدلال بها أجنبي عن الموضوع!!

٢ . السنة

ما ورد عن عبدالله بن مسعود بسنده اخبرنا احمد بن جعفر القطيعي حدثنا عبد الله بن احمد بن حنبل حدثني ابي واحمد بن منيع قالا حدثنا ابو بكر بن عياش حدثنا عاصم عن زر عن عبد الله بن مسعود قال: ((ما رآه المسلمون حسناً فهو عند الله حسن)) [٢٣].

أولاً: إن هذه الرواية مقطوعة وموقو فة على ابن مسعود واحتمال أن يكون كلاماً له لا رواية عن النبي (ص).

وإذا ورد الاحتمال بطل الإستدلال بها.

ثانياً: ((إن الرواية على فرض صحتها تهدف إلى الحسن العقلي الذي رآه المسلمون حسناً حسب ضوء العقل وإرشاده فهو عند الله حسن للملازمة بين ما يدركه العقل وما هو عند الله))[٢٤].

إضافة إلى ذلك أن العرف لا علاقة له بعوالم الحسن لعدم ابتنائه عليها غالباً، وما أكثر الأعراف غير المعللة لدى الناس والمعلل – أي الذي يدرك العقل وجه حسنة نادر جداً –وعليه فالاستدلال لو تم فهو أضيق من المدعى[٢٥]

٣ . التشريع وفق العرف

بدعوى أن الشارع الحكيم راعى عرف العرب في بعض أحكامه فاقر بعض أنواع المعاملات عندهم وجعل الدية على العاقلة واشترط الكفاءة في الزواج فدل كل هذا على اعتبار العرف.

الجواب: إن الشارع كما أقر بعض ما تعارف عليه الناس فقد نهى عن بعض آخر مثل عدم توريث النساء والتبني والمعاملات الربوية وغير ذلك مما يدل على أن الشارع لم يقر ما أقره لأنه عرف بل لأنه مطابق للأحكام الشرعية. ولذا نهى عن الأعراف المخالفة لها فيكون أخذُنا بالعرف المقر شرعاً من باب الأخذ بالسنة التقريرية لا من باب الأخذ بالعرف كأصل قائم برأسه.

نهذه هي عمدة الأدلة في العرف وتبين أن جميعها لا تثبت كونه أصلاً برأسه في مقابل الأصول الأخرى كالكتاب والسنة والإجماع والعقل فدوره فقط الكشف عن مراد المتكلم والشارع في مجال تشخيص بعض المفاهيم التي أوكل الشارع أمر تحديدها إلى العرف.

وبهذا ندرك أنه لا موضوع للإطلاق في أمثال

هذه الكلمات التي اشتهرت على السنة كثير من الفقهاء والحقوقيين:

. العرف في الشرع له اعتبار.

. العرف شريعة محكمة.

. التعين بالعرف كالتعين بالنص.

الثابت بالعرف كالثابت بالنص.

العادة محكمة

وأمثالها من التعميمات التي لا تستند بعمومها على أساس[٢٦].

التبني في اللغة اتخاذ وادعاء ولد الغير ابنا.[٢٧]

المبحث الرابع : التبني

واصطلاحا وعرفا التبني نظام يبيح للفرد ان يتخذ فردا اخر غريبا عنه ولدا له فيعامله من الناحية القانونية والشرعية والاجتماعية معاملة اولاده ،وبهذا الصدد قال صاحب المعجم القانوني : التبني قانون يجعل للدعي (المتبنى) من حقوق النسب على من تبناه ما للولد الشرعي على والده[٢٨]

ومن خلال ملاحظة التعريفين اللغوي والاصطلاحي نجد ان التعريف الاصطلاحي قد أُخذ بالكامل من التعريف اللغوي وهذا يدل على ان التبني مسألة عرفية كانت سائدة قبل الاسلام حيث كان الرجل يأخذ الولد من ابويه ويعلنه ابنا له وبذلك يصير الدعي احد الابناء لشخص اخر فيرثه كما يرثه سائر ابنائه الحقيقيين .

وقد كان زيد بن حارثة الذي اخذه رسول الله مذ كان طفلا وتبناه قبل الاسلام ، ولأهمية هذه الحادثة نذكر ها بتمامها ، يذكر ان زيدا بن حارثة كان عبدا مملوكا لرسول الله _ص_ وفي ذات يوم جاء ابوه الى الرسول وطلب ان يعتق ابنه او يبيعه له باي ثمن شاء فأعتقه نبي الرحمة لوجه الله وخيره بين البقاء معه والذهاب مع ابيه فاثر زيد النبي على ابيه وعندئذ قال ابوه حارثة: يامعشر قريش اشهدوا انه ليس ابني ، فقال النبي _ص_ اشهدوا انه ابني فظن الناس ان النبي قد تبنى زيدا ودعوه بعد ذلك بزيد بن محمد .

وكان العرب قبل الاسلام يجرون احكام الابن الحقيقي على الابن الدعي حتى في استحقاق

الارث وحرمة النسب ومن المتفق عليه عند العقلاء ان العادات الموروثة عن الاباء والاجداد هي بمنزلة القانون والديانة التي لايجوز لأحد ان يخالفها كائنا من كان[٢٩].

وشاءت حكمته تعالى ان يلغي هذه العادة وينهى عنها بالفعل لا بالقول عن طريق النبي الاكرم _ص_ لانه الوحيد الذي يستطيع ان يواجه هذه العادة المرتكزة عند العرب والتي لا زالت اثارها سائدة الى هذا اليوم .

وبذلك اصبح التبني من المحرمات في الشريعة الاسلامية حيث جاءت نصوص قرانية تعالج هذه المسالة وتجعلها من المحرمات ومن هذه النصوص :

قوله تعالى .| فَلَمَّا قَضَى زَيْدٌ مِنْهَا وَطَرًا زَوَّجْنَاكَهَا لِكَيْ لَا يَكُونَ عَلَى الْمُؤْمِنِينَ حَرَجٌ فِي أَزْوَاجِ أَدْعِيَائِهِمْ |(الأحزاب : ٣٧)

وقوله تعالى | وَمَا جَعَلَ أَدْعِيَاءَكُمْ أَبْنَاءَكُمْ ذَلِكُمْ قَوْلُكُمْ بِأَفْوَاهِكُمْ وَاللَّهُ يَقُولُ الْحَقَّ وَهُوَ يَهْدِي السَّبِيلَ|(الأحزاب : ٤)

وقوله تعالى |ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ |(الأحزاب : ٥)|

وقد ورد عن الرسول الاكرم _ص_: (من انتسب الى غير ابيه او تولى غير مواليه فعليه لعنة الله والملائكة والناس اجمعين)[٣٠]

واحاديث اخرى كثيرة تنهى عن ظاهرة التبني الا ان هذا العرف الفاسد (التبني) لازال سائدا ويتعاطى معه في مجتمعاتنا الاسلامية على الرغم من ترتب اثار واحكام محرمة كثيرة عليه من قبيل الارث بحيث يصبح الغريب مشاركا في الارث لان معنى التبني من الناحية القانونية ان يسجل الولد المتبني في الاوراق الرسمية كابن حقيقي لهذين الابوين وفي هذه الحالة يستحق الارث .

وبالواقع انه لايحق له ذلك وقد جاء عن الامام الصادق _ع_ (اللقيط لا يورث ولا يرث) [٣١]، وكذلك في مسالة النسب حيث تترتب اثار شرعية لها علاقة في الحرمة النسبية فيصبح اخا وعما وخالا من ليس كذلك ثم انه يترتب على هذا التبني مسألة اخرى محرمة وهي مسألة الاختلاط

بين اللقيط و افراد الاسرة المتبنية له فهو ان كان ذكرا لا يحل للاناث البالغات ان يتكشفن عليه بعد بلوغه و كذلك في الانثى فإنه لايجوز لها بعد البلوغ ان تتكشف امام الذكور البالغين الا ان الملاحظ في مثل هذه الحالات عدم مراعاة الامور الشرعية لان الاسرة قد جعلت هذا اللقيط ابنا لها على المستوى العملي والرسمي اي في المستمسكات القانونية هو ولد لهم فلا تكشف هذه الحقيقة بل الامر يزداد سوءا عندما يصبح الكذب الدائم لأن الاهل عندما يقولون للولد انه ولدهم فإنهم يكذبون بشكل مستمر وهو غير مبرر من الناحية الشرعية .

ثم ان التبني يوجب عرفا علاقة نسبية غير صحيحة ومن خلالها ينشر حرمة غير موجودة فإن المتبني الذي لم توجد علاقة نسبية تحرم عليه المتبنى فإن الزواج جائز وليس فيه اي محظور ولكن عرفا يصبح الامر محرما كما في قصة الرسول الاكرم _ص_ و زواجه من زينب بنت جحش الذي كان يتحرج منه الرسول كثيرا لأنها عادة فاسدة مستحكمة فزيد ليس ابنه ولا توجد علاقة نسبية ولا رضاعية بينهما تؤدي الى تحرج زواج الرسول _ص_ من مطلقة زيد بن حارثة و لكنه العرف الفاسد !

موارد التبني في العرف الفاسد وكيفية علاجها :

على الرغم من التحريم الواضح البين للتبني الا انه توجد اسباب وموارد للتبني في المجتمع الاسلامي منها:

العقم واليتم والملتقط .

ان من اسباب اقدام العوائل على التبني هو العقم وعدم الانجاب والرغبة في الاولاد ويعتقدون ان التبني هو الحل الناجع فيقدمون على تبني طفلا وتسجيله رسميا باسمهم وعليه فلو كان له اهلا غير هؤلاءالذين ربوه فسوف ينقطع النسب بينه وبينهم وعليه فيصبح الاهل غرباء والغرباء اهلا وهو خلاف الحقيقة والواقع .

والحل في مثل هذه الحالة ان يُتكفل الطفل من قبل العائلة التي لا تنجب الاطفال و يُسجل بأسم اهله الحقيقيين وبذلك يُعرف حسبه ونسبه ولاتترتب اثار شرعية محرمة من قبل النسب

والارث والاختلاط وفي نفس الوقت يحصل الولد على الرعاية من قبل العائلة الكافلة له وتتمتع العائلة بهذا الولد .

اما اليتيم فإنه ايضا تقدم له الرعاية و يُتكفل من قبل المؤمنين وهو من الاعمال التي حثت عليها الشريعة المقدسة ولكن مع الحفاظ على نسبه الحقيقي ومراعاة الحدود الشرعية المطلوبة في ذلك. وكذلك اللقيط الذي هو كل صبي ضائع لا كافل له اي الذي هو غير معروف الحسب والنسب فتوفر له الرعاية المطلوبة والكفالة من قبل العائلة ولكن من دون تسجيله بأسم العائلة الكفيلة لقوله تعالى (ادعوهم لابائهم) وبهذا الصدد يقول السيد الخوئي في معرض جوابه عن سؤال هل يجوز تسجيل اللقيط على اسم المتبني في الدوائر الرسمية مع التحفظ على بقية الامور الشرعية؟

قال لا يجوز وما يستلزمه او يقتضيه[٣٢].

ولذلك جاء في الاية القرانية مايشير الى ذلك |ادْعُوهُمْ لِآبَائِهِمْ هُوَ أَقْسَطُ عِنْدَ اللَّهِ فَإِنْ لَمْ تَعْلَمُوا آبَاءَهُمْ فَإِخْوَانُكُمْ فِي الدِّينِ وَمَوَالِيكُمْ |(الأحزاب : ٥)|

فيقال للقيط _الذي لا يعرف ابواه _ مولى فلان اي مولى الذي يتكفله او ابن ابيه او ابن ادم وغيرها من الطرق التي تحفظ ماء وجه اللقيط ثم ان الاسلام قد اعتبر كفالة ورعاية اللقيط او اليتيم على المجتمع واجب كفائي ياثم الكل بتركه[٣٣]. وهذا يدل على عظم هذا الدين ورحمته وانسانيته وفي نفس الوقت امر الاسلام ان تسمى الاشياء بأسمائها ولا تقلب وتزور الحقائق .

وانه لابد من الاشارة الى ان القانون العراقي في مسألة اللقيط غير معروف النسب يجيز تسجيله وتسميته بأسم المتبني له وذلك بشروط معينة . وان هذا القانون يتعارض مع التشريع الاسلامي المتقدم في مسألة التبني .

وعليه فإن التبني ظاهرة عرفية محرمة في الشريعة الاسلامية تظافرت عليها نصوص قرانية ونبوية لقطع دابرها من المجتمع والتعامل معها بطريقة انسانية وواقعية من خلال تسمية الاشياء بأسمائها لكي لا تضيع الانساب ولا تغتصب الحقوق ولا تنتهك الحرمات . واخيرا ان من مقاصد الشريعة الحفاظ على الانساب وعدم ضياعها .

نتائج البحث

وفي الختام نعرض اهم النتائج التي توصل اليها البحث:

١- لا يعد العرف عند المذهب الامامي مصدر من مصادر التشريع الاسلامي بل ينحصر دوره في فهم الاحكام الشرعية فهو يبين الموضوعات ويشخص المصاديق.

٢- يعتبر العرف عند الذاهب الاربعة مصدر من مصادر التشريع الاسلامي يؤخذ به عند فقدان النص .

٣- التشريع الاسلامي حرم ظاهرة التبني التي كانت عرفا سائدا قبل الاسلام .

٤- قانون الاحوال الشخصية العراقي في مسألة التبني يتقاطع مع التشريع الاسلامي ولذلك تترتب عليه اثار دينية واجتماعية غير محمودة وعليه ينبغي تكييف القانون العراقي بما ينسجم مع التشريع الاسلامي.

الهوامش:

[1] الفراهيدي/ كتاب العين ١٢١/٢(مادة : عرف)

٢- الأعراف/ ١٩٩.

٣- الطبرسي/ مجمع البيان ٤١٤/٤.

٤- القرطبي/ تفسير القرطبي ٢٢٠/٧.

٥- الطباطبائي/ الميزان ٣٨٤/٨.

٦- الحكيم/الأصول العامة / ٤٠٥.نقلا عن عبد الوهاب خلاف

٧- الفراهيدي/ كتاب العين ٢١٨/٢ (مادة: عود).

٨- المراجع/ أ . الحكيم الأصول/الأصول العامة /٤٠٦.

ب . البهادلي/مفتاح الأصول/ ٢١٨.

جـ . محمد سلام مدكور/أصول الفقه الإسلامي/ ١٣٩.

٩- النحل/١٤.

١٠- النساء/١١.

١١- الأردبيلي/ مجمع الفائدة والبرهان ٢٧٩/١٠، ٢٨٠.

١٢- قال تعالى (يوصيكم الله في اولادكم للذكر مثل حظ الانثيين ...)النساء ١١.

١٣- السبحاني/ أصول الفقه المقارن/ ٣٠٩، ٣١٠.

١٤- المصدر السابق/ ٣٠٨ ،٣٠٩.

١٥- السرخي/ المبسوط ٥/٩.

١٦- محمد سلام مدكور/ أصول الفقه/ ١٣٨.

١٧- محمد أبو زهرة/ أصول الفقه /٢٥٥.

١٨- محمد مصطفى شلبي/ أصول الفقه/ ٢٣٥ ،٢٣٦.

١٩- محمد سلام مدكور/ أصول الفقه /١٤١ نقلا عن الشيخ خلاف.

٢٠- المصدر السابق/ ١٤١.

٢١- الأعراف/١٩٩.

٢٢- الطوسي/ التبيان ٧٣/٥.

٢٣- الحاكم النيسابوري/المستدرك على الصحيحين ٤٤٦٥/٨٤/٣.

٢٤- السبحاني/الفقه المقارن/ ٣١٩.

٢٥- الحكيم/الأصول العامة /٤١٠.

٢٦- المصدر السابق /٤١٢.

[٢٧] ابن منظور /لسان العرب ١٥٩/٢

٢ حارث سليمان الفاروقي ٢٥/١

٣ محمد جواد مغنية /التفسير الكاشف ٢٢١/٦

٤ سنن ابن ماجة ٨٧/٢

٥ القاضي النعمان / دعام الاسلام ٣٨٤/٢

[٢٨] حارث سليمان الفاروقي ١٥٩/١

[٢٩] محمد جواد مغنية /التفسير الكاشف ٢٢١/٦

[٣٠] سنن ابن ماجة ٨٧/٢

[٣١] القاضي النعمان / دعام الاسلام ٣٨٤/٢

[٣٢] منية السائل /١٢٥

[٣٣] الحلي/ شرائع الإسلام ٨٠٠/٢

المصادر والمراجع:

١- القرآن الكريم.

٢- الأردبيلي (ت ٩٩٣هـ)/ مجمع الفائدة والبرهان، مؤسسة النشر الإسلامي / قم.

٣- الحاكم النيسابوري/ المستدرك على الصحيحين، دار الكتب العلمية / بيروت ط٢، ١٤٢٢هـ.

٤- الحكيم/ الأصول العامة، المجمع العالمي لأهل البيت (عليهم السلام) / قم ط٢، ١٤١٨هـ.

٥- السرخسي (ت٤٩٠هـ)/ المبسوط، دار الكتب العلمية / بيروت ط١، ١٤١٢هـ.

٦- الطبرسي (ق: السادس الهجري)/ مجمع البيان، مؤسسة الأعلمي / بيروت ط١، ١٤١٥هـ.

٧- الطوسي (ت ٤٦٠هـ) /التبيان، مكتبة القصير / النجف الأشرف ١٣٧٩هـ.

٨- الطباطبائي /تفسير الميزان، مؤسسة الأعلمي / بيروت ط١، ١٤١٧هـ.

٩- الفراهيدي (ت١٧٥هـ)/ كتاب العين، تحقيق د. مهدي المخزومي ود. إبراهيم السامرائي، مؤسسة دار الهجرة / إيران ط٢، ١٤٠٩هـ.

١٠- محمد سلام مدكور/ أصول الفقه الإسلامي، دار النهضة العربية / القاهرة ط١، ١٩٧٦م.

١١- محمد مصطفى شبلي/ أصول الفقه، الدار الجامعية / بيروت ط٤، ١٩٨٣م.

١٢- البهادلي/ مفتاح الأصول، دار المؤرخ / بيروت ط١، ١٤٢٣هـ.

١٣- السبحاني/ أصول الفقه المقارون، مؤسسة الإمام الصادق (ع) / إيران ط١، ١٤٢٥هـ.

١٤- القاضي النعمان /دعائم الاسلام ، دار المعارف ، القاهرة

١٥- ابن منظور/ لسان العرب ، دار صادر بيروت ط ١ ٢٠٠م

١٦- الحلي / شرائع الاسلام ،انتشارات استقلال طهران

١٧- محمد بن يزيد القزويني (ت ٢٧٣هـ) / سنن ابن ماجة، دار الفكر، بيروت

١٨- محمد جواد مغنية / التفسير الكاشف ، دار العلم للملايين ،بيروت ط٣ ١٩٨١م

١٩- السيد الخوئي / منية السائل ضمن مجموعة فقه الشيعة

٢٠- حارث سليمان الفاروقي / المعجم القرآني، بيروت مكتبة لبنان ،ط٣ ١٩٩١م[٣٣]