التبنی فی حکم الشریعة الإسلامیة و القانون الدولی

پدیدآورنده (ها) : المهیلمی، یوسف کمال

حقوق :: نشریه المصریة للقانون الدولی :: السنة الخامسة عشرة، ۱۹۵۹ - المجلد ۱۵

صفحات : از ۲۷ تا ۳۴

آدرس ثابت : https://www.noormags.ir/view/fa/articlepage/886337

تاریخ دانلود : ۱۴۰۲/۰۷/۰۸

مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسـلامی (نور) جهت ارائـهٔ مجلات عرضه شده در پایگاه، مجوز لازم را از صاحبان مجلات، دریافت نموده است، بر این اساس همه حقوق مادی برآمـده از ورود اطلاعات مقالات، مجلات و تألیفات موجود در پایگاه، متعلق به "مرکز نور" می باشد. بنابر این، هرگونه نشـر و عرضه مقالات در قالب نوشتار و تصویر به صورت کاغذی و مانند آن، یا به صورت دیجیتالی که حاصل و بر گرفته از این پایگاه باشد، نیازمند کسب مجوز لازم، از صاحبان مجلات و مرکز تحقیقات کامپیوتری علوم اسلامی (نور) می باشد و تخلف از آن موجب پیگرد قانونی است. به منظور کسب اطلاعات بیشتر به صفحه قوانین و مقررات استفاده از پایگاه مجلات تخصصی نور مراجعه فرمائید.

عناوین مشابه

- تأصیل استراتیجیة حدیثة لتدریس حقوق الإنسان فی جامعة الکویت (موقف القانون الدولی و دور الشریعة الإسلامیة)
- أبحاث : فی القانون الدولی و الشریعة الإسلامیة
- خواطر مستشار: کیف تضع الحرب أوزارها فی الشریعة الإسلامیة و فی القانون الدولی
- مشروعیة النضال فی تحریر الشعوب العربیة: حربنا فی الیمن مشروعة من وجهة نظر القانون الدولی و من وجهة نظر الشریعة الإسلامیة
- موانع المسئولیة الجنائیة فی القانون الدولی و الشریعة الإسلامیة
- حکم المرتد فی الشریعة الإسلامیة و القانون الوضعی
- عرض الرسائل: رسالة ماجستیر بعنوان أزمة الدیون العالمیة و تأثیرها فی العلاقات الدولیة فی ضوء القانون الدولی العام (دراسة مقارنة بأحکام الشریعة الإسلامیة) (لعبدالرحیم محمد سلطان)
- حقوق الطفل: دراسة مقارنة فی ضوء أحکام القانون الدولی و الشریعة الإسلامیة و التشریعات الأردنیة
- أحکام المعامدات الدولیة فی الشریعة الإسلامیة و القانون الدولی: (دراسة مقارنة)
- حقوق الإنسان بین الشریعة الإسلامیة و القانون الدولی (دراسة تحلیلیة مقارنة)

www.noormags.ir

التبني في حكم الشريعة الاسلامية

والقانون الدولى

للاستاذ يوسف كمال المهيلمى

المستشار المساعد بإدارة قضايا الحكومة

المبحث الأول

هل تطبيق أحكام التبنى بالنسبة لغير المسلمين من المصريين يخالف النظام العام من الوجهة الدينية ؟

١ — التبنى هو أن يتخذ الرجل أو المرأة ولداً من عرف أنه ليس بولده فينتسب إلى المتبنى دون أبيه إن كان المتبنى ثابت النسب وتجب عليه حقوق الولد لهذا المتبنى . فالمتبنى يقول أن هذا الولد ليس ابناً له ولكنه أنزله منزلة ولده والتزم له حقوق الولد ونسبه إلى نفسه وقطع انتسابه إلى غيره ، ومن هذا يظهر الفرق بين التبنى وبين الاقرار بالنسب .

٢ — والتبنى قد عرف منذ القدم وإلى هذا يشير قوله تعالى على لسان عزيز مصر فى أمر يوسف (عسى أن ينفعنا أو نتخذه ولداً) وكان معروفاً أيضاً عند العرب فى الجاهلية وفى صدر الاسلام ، فكان الرجل إذا أعجبه من الشاب جلده وخرقه ضمه إلى نفسه وجعل له نصيب الذكر من ولده وكان ينسب إليه دون أبيه وقد تبنى رسول الله صلى الله عليه وسلم ، زيد بن حارثه ، وطاف به على خلق قريش وهو يقول « يامعشر قريش اشهدوا أنه ابنى يرثنى وأرثه » وكان يدعى زيد بن محمد لا زيد بن حارثه . وكما تبنى عليه الصلاة والسلام تبنى غيره من أصحابه .

٣ — وقد استمر اعتبار هذه الرابطة فترة من الزمن بعد البيعة المحمدية ثم أبطلها الله جلت حكمته بنص قاطع فى القرآن الكريم ، فقال جل شأنه « وما جعل أدعياءكم أبناءكم ذلكم قولكم بأفواهكم ، والله يقول الحق وهو يهدى السبيل (٤) أدعوهم لآبائهم هو أقسط عند الله فان لم تعلموا اباءهم فاخوانكم فى الدين ومواليكم وليس عليكم جناح فيما أخطأتم به ، ولكن ما تعمدت قلوبكم وكان الله غفوراً رحيماً (٥)» (سورة الأحزاب) وأكد جل ثناؤه تبنى زيد فى آيتين آخرتين ، فقال سبحانه « فلما قضى زيد منها وطراً زوجناكها لكى لا يكون على المؤمنين حرج فى أزواج ادعيائهم إذا قضوا منهن وطراً وكان أمر الله مفعولا (٣٧)» (سورة الأحزاب) وقال تعالى « ما كان محمد أبا أحد من رجالكم ولكن رسول الله وخاتم النبيين وكان الله بكل شىء عليماً(٤٠)» (سورة الأحزاب) .

وقال عليه الصلاة والسلام « من أدعى إلى غير أبيه وهو يعلم أنه غير أبيه فالجنة عليه حرام » .

وبهذا انتهى أمر التبنى فى التشريع الاسلامى وأصبح رابطة غير معترف بها ولا يترتب عليه أى حكم ومن أقدم عليه كان آثماً وكان عمله عملا محرماً باطلا .

يرجع فى هذا إلى تفسير هذه الآيات فى تفاسير الطبرى والقرطبى وغيرهما .

٤ — هذا هو حكم التبنى فيما بين المسلمين ، أما من يخضعون للدولة من غير المسلمين فهو بالنسبة لهم محل اختلاف بين فقهاء المسلمين وسأجمل فيما يلى هذه الآراء مجردة عن الحجج والدلائل .

أولا — ذهب نفر من أصحاب أبى حنيفة والشافعى وطائفة من الفقهاء إلى أنه لا يعتد بديانة غير المسلم فى دار الاسلام ، فاذا كان على منكر فى نظر الدين الاسلامى وهو حل فى دينه تعرضنا له وأحكام دينه لا تطبق عليه فى التقاضى وإنما يحكم له وعليه بما أنزل الله وهو التشريع الاسلامى .

ثانياً — وقال أبو يوسف ومحمد صاحبا أبى حنيفة أن ديانة غير المسلم تدفع التعرض له مطلقاً ويقضى له وعليه بأحكامها فيما يرجع إلى العبادات المحضة أما ما فيه شبه العبادات وشبه المعاملات كالزواج وأما الأمور المالية المحضة فأنه يقضى له وعليه فيها بأحكام التشريع الإسلامى .

ثالثاً ــ وذهب الامام أبو حنيفه نفسه إلى أن ديانة غير المسلم فى دار الاسلام تكون معتبره فى الأحكام التى تقبل التغيير والتعديل وتكون دافعة للتعرض مطلقاً ، كما أنه يقضى له وعليه بأحكام دينه فى العبادات وفى غيرها ، ولكنه استثنى من هذه القاعدة الأحكام التى يتعدى ضررها إلى المسلمين ، وهى أنواع من التصرف تقع بيننا وبينهم على الشركة ، كالربا ونحوه ، لأننا لو أجزنا ذلك فيما بينهم واعتادوها فعلوا مثل ذلك فى عقودهم معنا . وهذا كل ما استثناه الامام أبو حنيفه من معاملة غير المسلم بأحكام دينه وجرى على هذا الأصل فى أحكام الفروع .

فاذا كان الزواج باطلا فى نظرنا وصحيحاً فى نظرهم كتزوج المجوس بأمه أو بأبنته أعطيناه حكماً وقضينا بجميع الآثار المترتبة من نفقة وغيرها .

وإذا كان طائفة لا تدين بوجوب المهر على الزوج قضينا فيما بينهم.

وإذا كانوا يدينون بوجوب العدة على المطلقة والمتوفى عنها زوجها حكمنا بينهم بذلك ، وإن كانوا لا يدينون بهذا حكمنا بينهم بما يدينون.

ويحكم بينهم بما يدينون فى النسب وإن لم يكن ثابتاً فى نظرنا، فولد المجوس من أمه أو من بنته ثابت النسب ويأخذ حكم الولد ثابت النسب عندنا .

والقرابة التى لا يعتد بها عندنا وهم يعتدون بها تكون سبباً من أسباب الارث ويورث صاحبها بها طبقاً لدينهم وإن كانت لا تبيح الارث .

ويقضى بصحة وصيتهم ووقفهم إذا كانا صحيحين عندهم وان كانا باطلين فى نظرنا .

واصل الامام أبى حنيفة هذا بأنه إذا كان التبنى معتبراً فى دينهم يقضى بينهم بأحكامه .

٥ ــ والمراد بمعتقدهم ودينهم الذى يكون له هذه الآثار على اختلافها عند الامام وصاحبيه هو ما كان شائعاً فيما بينهم على أنه دين لهم ، سواء وردت به شريعتهم أم لم ترد به ، وسواء أكان حقاً أم باطلا بشرط ألا يكون تغييراً لحكم

جاءت به شريعتهم ، فنكاح المحارم فى دين المجوس معتبر ويعاملون به لأنه وإن كان باطلا وغير ثابت فى كتابهم قد شاع فيما بينهم (أنه حلال ولم يثبت أن حرمته أحكام وردت فى كتابهم) .

(أرجع فى كل هذا إلى — من كتب الأصول — أصول البزدوى حـ ٤/١٤٥٠ والمنار وشرحه كشف الأسرار حـ ٢/٢٨٢ والتنقيح والتوضيح حـ ٢/١٨٠).

٦ — والراجح من مذهب الامام أبى حنيفه هو ما ذهب إليه وهو الذى يجب القضاء به فى مصر بمقتضى أحكام المادة ٢٨٠ من لائحة المحاكم الشرعية ولا تزال هذه المادة قائمة حتى الآن .

فاذا كانت احدى الطوائف الدينية من المصريين ترى أن التبنى جائز ومعتبر وتعتمد فى هذا على أنه حكم دينى ولم يكن تعبيراً لحكم جاء به دينهم قضى بينهم بما يقتضيه أصل الامام وهو الراجح من المذهب وفى هذه لا يمكن لأحد أن يقول بأن تطبيق أحكام التبنى تخالف النظام العام من هذه الناحية .

ولو فرض أن هذا ليس الراجح من مذهب أبى حنيفة فأنه لا يكون مخالفاً للنظام العام من الوجهة الدينية . فان الذى يخالف النظام العام هو الذى يخالف حكماً مجمعاً عليه ، أما المسألة التى تكون خلافية بين الفقهاء ويقول فيها امام من أئمة المسلمين باعتبارها أحكاماً وخاصة من المذاهب الأربعة التى تدرس فى معاهد مصر الدينية ويعتنقها الكثير من أهل مصر فأنه لا يسع أحد القول بأنها مخالفة للنظام العام وان لم يقض بها .

* * *

المبحث الثانى

هل تطبيق أحكام التبنى بالنسبة لغير المصريين حسبما تقضى بها قوانينهم ينطوى على مخالفة للنظام العام فى مصر ؟

١ — يرتب التبنى باعتباره تصرفاً قانونياً — حقوق معينة للمتبنى ، كما ينشىء التزامات فى ذمة المتبنى — وأبرز هذه الحقوق أن المتبنى تجب له حقوق الولد على المتبنى ، ويلزم المتبنى بايداع هذه الحقوق .

غير أن الشريعة الاسلامية ، باعتبارها القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر ، وان كانت لا ترتب على هذه الرابطة أثراً بالنسبة للمصريين المسلمين بيد أنها تعمل آثار هذه الرابطة وتعترف بها بالنسبة لكل طائفة دينية مصرية غير مسلمة ، متى كان هذا التبنى أمر معترفاً به حسبما تقضى شريعتهم .

ولقد اعترف المشرع أيضاً — بالتبنى بالنسبة لغير المصريين — وأعتبره من الأحوال الشخصية للأجانب، فقد نصت المادة ١٢ فقرة(٢) من قانون نظام القضاء على أن المحاكم المصرية تختص بالنسبة إلى غير المصريين بالفصل فى المنازعات والمسائل المتعلقة بالأحوال الشخصية ، ثم عرفت المادة (١٣) من هذا القانون المسائل المعتبرة من قبيل الأحوال الشخصية ، ونصت صراحة على اعتبار التبنى من الأحوال الشخصية للأجانب ، فقد جرى نص هذه المادة على الوجه الآتى :

« تشمل الأحوال الشخصية المنازعات والمسائل المتعلقة بحالة الأشخاص وأهليتهم أو المتعلقة بنظام الأسرة ، كالخطبة والزواج وحقوق الزوجين ، وواجباتهما المتبادلة والمهر والدوطه ونظام الأموال بين الزوجين والطلاق والتطليق والتفريق والبنوه والاقرار بالأبوه وانكارها والعلاقة بين الأصول والفروع والالتزام بالنفقة الأقارب والاصهار وتصحيح النسب والتبنى والولاية والوصاية والقيامة والحجر والاذن بالادارة وبالبنية الخ ... »

ويخلص من هذا النص أن هذا القانون قد انتهى إلى الاعتراف بالتبنى بالنسبة للأجانب وجعله من مسائل الأحوال الشخصية ، كما أسند إلى القضاء المصرى الاختصاص بالفصل فى المنازعات المتعلقة به .

٢ — ولا مراء فى أن نطاق الأحوال الشخصية المحدد بهذه المادة خاص بغير المصريين ، أما نطاق الأحوال الشخصية بالنسبة للمصريين فيتحدد وفقاً لأحكام القانون المصرى فى جملته .

ولا ريب فى أن الفصل فى المنازعات التى نجدها فى مسائل الأحوال الشخصية يلقى على المشرع عبء تحديد القانون المختص بحكمها ، لأن أطراف هذه المنازعات من الأجانب ، لذلك فقد عنى المشرع بتحديد قواعد الاسناد التى تحكم هذه المسائل وأفرد لها المواد من ١٠ إلى ٢٨ من القانون المدنى — لكى يعين القانون المختص بحكم هذه العلاقات ، وجعل القانون المصرى « هو وحده المرجع فى تكييف العلاقات عندما يطلب تحديد نوعها فى قضية تتنازع فيها القوانين ، لمعرفة القانون الواجب تطبيقه من بينها . »

وقد تضمن المشروع التمهيدى من القانون المدنى تحديد قاعدة الاسناد التى تحكم التبنى ، فنصت المادة (٣٤) منه « على أنه يرجع فى المسائل المتعلقة بصحة التبنى إلى قانون بلد كل من المتبنى والمتبنى ، وفى المسائل المتعلقة بآثار التبنى إلى قانون بلد المتبنى ، وقد روعى فى إيراد النص على هذا الوجه » أن التبنى تصرف من نوع خاص يجب أن ينعقد وفقاً لقانون كل من الطرفين .

أما آثار التبنى فهى يجب أن تخضع لقانون واحد هو قانون المتبنى .

« بيد أن هذا التصرف حذف من التقنين بمقولة أن القواعد العامة فى القانون الدولى الخاص تغنى عن التطبيق عن إيراد مثل هذه المادة فضلا عن أن هذه المادة تواجه نظاماً لا يعرفه القانون المصرى » .

وهذا الذى أوردته المذكرة الايضاحية غير سديد لأن المشرع المصرى يقر هذا النظام بالنسبة للأجانب بدليل ايراده فى المادة (١٣) من قانون نظام القضاء التى عددت مسائل الأحوال الشخصية بالنسبة للأجانب (يراجع مؤلف الدكتور عز الدين عبد الله — القانون الدولى الخاص، الجزء الثانى ، الطبعة الثانية ١٩٥٥ ، صفحة ٢٣٩ و ٢٤٠).

غير أننا نرى أن أعمال القواعد العامة يؤدى إلى الأخذ بالأحكام الواردة بالمادة (٣٤) من المشروع التمهيدى — يخضع التبنى من حيث صحته لقانون جنسيته المتبنى والمتبنى ومن حيث آثاره لقانون جنسية المتبنى . (بكسر النون).

وقد قضت وفقاً لهذه القاعدة محكمة القاهرة الابتدائية فقضت بالتصديق على تبنى تابع للولايات المتحدة الأمريكية طفلا ايرلندياً طبقاً لقانون كل من الطرفين.

ولقد تولى قانون المرافعات بيان الاجراءات الخاصة بالتبنى ، فنصت المادة (٩١١) من هذا القانون على أن التبنى يثبت بمحضر يحرر لدى رئيس المحكمة الابتدائية ... إذا كان قانون بلد الشخص الذى يريد التبنى وقانون بلد الشخص المراد تبنيه يجيزان ذلك .

ويبين من هذا النص أن قانون المرافعات يخضع التبنى من حيث توافر شروط صحته لقانون جنسية كل من المتبنى والمتبنى .

٣ — غير أن تطبيق القانون الأجنبى الذى تعينه — أية قاعدة اسناد قد يكون متعارضاً مع النظام العام فى مصر ، أو بعبارة أخرى مع الأحكام الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع الأساسى فى بلد القاضى .

وفي هذه الصورة يتعطل تطبيق القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام فى مصر .

ولهذا فقد نصت المادة (٢٨) من القانون المدنى المصرى على أنه (لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص السابقة إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو الآداب فى مصر) .

ومؤدى هذا النص أن تطبيق القانون الأجنبى المختص طبقاً لقواعد الاسناد يتم فى حدود النظام العام .

وبعبارة أخرى يجب القول أن اعمال فكرة النظام العام فى ميدان تنازع القوانين ، لا يكون فى مرحلة وضع قواعد الاسناد بل فى مرحلة أعمال هذه القواعد وتطبيق أحكام القانون الأجنبى الذى تسند إليه ، ويأخذ صورة دفع لاستبعاد هذه القواعد ثم تطبيق قانون القاضى .

وتحديد فكرة النظام العام فى مصر يبين لنا إلى أى حد يمكن تطبيق القوانين الأجنبية التى تحكم التبنى والتى تعينها قواعد الاسناد .. ، ويمكن القول أن الدفع بالنظام العام — لتعطيل تطبيق القانون الأجنبي يتحرك كلما تعارضت أحكام القانون الأجنبي مع المصلحة الحيوية للدولة أو المصلحة العامة للدولة .

وبعبارة أخرى يمكننا أن نقرر أن كل دولة تجرى فيها تيارات اجتماعية واقتصادية وسياسية ، بيد أن هذه التيارات قد تختلف فى دولة عنها فى أخرى مما يؤدى إلى اختلاف القواعد القانونية بل النظم القانونية بين الدول ، ولهذا السبب فأن « النظام العام يعتبر متغيراً على مر الزمان ويحصل الدفع بالنظام العام كلما يحصل التفاوت بين الأنظمة القانونية على وجه يؤدى إلى عدم الاشتراك القانونى بينهما ، ولما كان النظام العام متغيراً فقد رأي الفقه الأكتفاء بمعيار يهتدى به القاضى عند تحديد فكرة النظام بحيث يتعطل تطبيق القانون الأجنبى كلما تعارضت أحكامه مع المصلحة الحيوية للدولة ».

وليس كل تعارض بين قانون القاضى والقانون الأجنبي يؤدى حتماً إلى تعطيل تطبيق القانون الأجنبي ، إذ أن هذا التعارض قد يكون مبناه « الصياغة القانونية بأن يكون النظام الوارد فى القانون الأجنبى مجهولا فى قانون القاضى أو مبنياً فى الأول على وجه مخالف للقانون الوطنى ، ففى هذه الفروض لا يتحقق الدفع بالنظام العام ، لأن مجال أعمال هذا الدفع يتحقق كلما تعارض القانون الوطنى مع الأجنبى تعارضاً مبناه عدم الملاءمة .

ولما كانت الشريعة الاسلامية هى القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر فان تحديد نطاق تطبيق القوانين الأجنبية وتبيان مدى تعارضها مع القانون الوطنى « الشريعة » يتحدد بالقياس إلى هذه الشريعة ذاتها باعتبارها القانون العام .

وهذه الشريعة تعترف بالتبنى وترتب عليه آثاره بالنسبة إلى غير المسلمين من المصريين ، ومن ثم فأن القانون الأجنبى الذى تعينه قاعدة الاسناد المصرية إذ يبين شروط صحة التبنى أو يحدد آثاره ، فأن ما يرد به من أحكام من هذا القبيل لا يتضمن بأية حال تعطيلا للأفكار الأساسية التى يقوم عليها نظام المجتمع المصرى لأن القانون العام للأحوال الشخصية ، ولأن قانون نظام القضاء ، لا يتضمن انكاراً لهذه الرابطة بالنسبة لغير المصريين .

ومن هذه الوجهة يمكن القول بأن الدفع بالنظام العام لا يمكن كقاعدة عامة اعماله بالنسبة لغير المصريين لأن ليس فى تطبيق القوانين الأجنبية التى تحكم التبنى تعارضاً مع النظام العام .

ولكن يجب أن يقضى عند فروض معينة ، يتعطل فيها تطبيق القوانين الأجنبية التى تحكم التبنى وتنظم شروط صحته وآثاره لمخالفتها من النظام العام فى مصر .

ويقع هذا التعطيل واحلال قانون القاضى محل القانون الأجنبى كلما كان أحد أطراف هذه الرابطة أجنبياً مسلماً ، ذلك أن الشريعة الاسلامية لا تبيح هذه الرابطة ولا يعترف بها بالنسبة لكل شخص مسلم بغض النظر عن جنسيته فليس لمن يدينون بهذه الشريعة ويلتزمون أحكامها أن يتم بينهم التبنى بل هو محظور بينهم ، فهذه الشريعة إذن باعتبارها القانون العام للأحوال الشخصية تنهى عن التبنى بين من يدينون بها ، ويجب أن تستمد وتحدد فكرة النظام العام على هدى الشريعة ذاتها .

ومن ثم فان تطبيق القوانين الأجنبية إذ تبيح التبنى بالنسبة لمن يدينون بالشريعة الاسلامية ، غير جائز لأنه يعطل الأفكار الأساسية التى يقوم عليها المجتمع فى بلد القاضى المصرى والتى أرست أصولها هذه الشريعة باعتبارها القانون العام للأحوال الشخصية فى مصر .