

الجامعة اللبنانية
كلية الحقوق والعلوم السياسية والإدارية
فرع الثاني جلّ الديب

العنوان

إشكاليّة سدّ الفراغ التشريعي المدني المتعلّق بالأحوال الشخصيّة
في لبنان

رسالة أعدت لنيل شهادة الماستر البحثي في القانون الخاصّ

إعداد

سارة عادل حمادة

لجنة المناقشة

رئيساً	الأستاذ المشرف	الدكتور داني نعّوس
عضواً	أستاذ	الدكتور
عضواً	أستاذ	الدكتور

العام الدراسي: ٢٠٢١ - ٢٠٢٢

إهداء وشكر

أهدي هذا العمل المتواضع؛

إلى من أفنقت حرارة تصفيقه فرحاً بإنجازي في هذه اللحظة، ولا أفنقت دعواته التي أُنجني ثمارها كل لحظة، إلى الرجل الأبرز في حياتي.

والدي (رحمة الله)

إلى من قالت لي " أكتبني ما يفيد الناس"، إلى نور عيني وضوء دربي ومُهجة حياتي، إلى الكفاح الذي لا يتوقف، إلى الشامخة التي علمتني معنى الإصرار وأن لا شيء مستحيل في الحياة مع قوة الإيمان والتخطيط السليم.

والدتي (أمد الله في عمرها وجزاها الله عني خير الجزاء)

إلى السند والعَضُد والسَّاعد...

إخواني وأخواتي

إلى من أضاء بعلمه عقل غيره، وهدى بالجواب الصحيح حيرة سائليه فأظهر بسماحته تواضع العلماء، وبرحابته سماحة العارفين؛

أتقدم بجميل الشكر وكثير الامتنان إلى أستاذي القدير **الدكتور داني نعوس** الذي فتح لي بصبره ومساعدته أفقاً رحبة لإنجاز هذا البحث ووجهني إلى ما غاب عني. كما لا يفوتني أن اشكر اللجنة الموقرة المؤلفة من **الدكتور..... والدكتور.....** والتي تحمّلت مشقة قراءة البحث في ظل الأوضاع الصعبة والشاقة التي يعانيتها البلد عموماً وأساتذة الجامعة اللبنانية الأجلاء خصوصاً، وجهودها الجبارة على تقويم أي اعوجاج كان قد ألمّ بالبحث.

راجيةً من الله أن أكون قد أصبت أكثر ممّا أخطأت وأن يستفاد ممّا بذلت من جهود، وأعطيت الموضوع بعضاً من حقه. سائلين الله دوماً وأبداً أن يعلمنا ما ينفعنا وأن ينفعنا بما علمنا...

الباحثة

"إشكالية سد الفراغ التشريعي المدني المتعلق بالأحوال الشخصية في لبنان!"

إنّ اختياري هذا الموضوع لم يكن أبداً وليد الصدفة، وإنّما رغبة حثيثة تملكتني وتعلّق بالموضوع استبد بي وهاجس ظلّ يلاحقني ويطاردني فأعياني واستدركني، وشعلة ما فتئت فامتدّ سعيها لتفحني بحرارة العزم على خوض غماره. السبب؟ أننا نعيش في كنف وطن برع في تقنين قوانين عديدة ومتشعبة تحكم حالة الفرد الشخصية منذ قرابة القرن واعتكف عن تطويرها، فظلت على حالها لا تواكب التطورات الاجتماعية والعصرية فبان فيها القصور وبرعت فيها الثغرات القانونية وما وجدت ساق لها سوى الاجتهاد.

والحق نقول، أنّ المشتري اللبناني لم يتغاض عن حالة أو ظاهرة انتفاء النص في التشريع، بل أورد في المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية الجديد -المرسوم الإشتراعي رقم ٩٠ تاريخ ١٦ أيلول سنة ١٩٨٣ أنه " لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستكفاً عن إحقاق الحق أن يمتنع عن الحكم بحجة غموض النص أو انتفائه. وفي الحالة الأخيرة وهي حالة انتفاء النص موضوع بحثنا "حصرياً" يعتمد القاضي المبادئ العامة والعرف والإنصاف. هذا النص جاء عاماً يحكم مختلف فروع القانون ومن بينها قوانين الأحوال الشخصية، عملاً بالمادة السادسة من القانون عينه التي نصّت على ما حرفيته: " تتبّع القواعد العامة في قانون أصول المحاكمات المدنية إذا وُجد نقص في القوانين والقواعد الإجرائية الأخرى".

من هذه النقطة التي سهت عن غيرنا وأتت بالجديد المفيد، بدأت رحلة البحث الشيقة والشاقة لإستخراج حل وأساس قانوني جديد، به نسد الفراغ التشريعي المدني المتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية التي كانت وما زالت تثير جدلاً وتنازاعاً قانونياً واجتماعياً على المستويين الدولي والداخلي في ظلّ العقوبات التي تحول دون نشأة قانون أحادي موحد لأحوال الناس الشخصية وذلك عن طريق اعتماد المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية التي جاء على ذكرها صراحةً المشتري في المادة ٤ أ.م.م وهي المبادئ العامة والعرف والإنصاف.

من هنا تطرح الإشكالية الكبرى وهي كيفية سدّ الفراغ التشريعي المدني المتعلق بالأحوال الشخصية بالقواعد القانونية المكتملة وقيمة هذه القواعد التي لا تظهر إلاّ ظلماً تابعاً للقانون؟

إنّ استخراج المبادئ العامة المتعلقة والمرتبطة بمادة الأحوال الشخصية المعتمدة لسدّ الشغور التشريعي المدني كانت شغلنا الشاغل في القسم الأول المؤلّف من فرعين إثنيين، حيث عالجتنا بالفرع الأول كيفية تطبيق القانون المدني من خلال تكريس مبدأ *locus regit actum* على الزيجات المدنية في النظام القانوني الداخلي، إذ أنّ المشتري اللبناني وإن اعترف بصحة الزيجات المدنية الحاصلة في الخارج فيما بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي إذا تمّت وفقاً للأشكال المتبعة في بلد الإبرام (المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. الصادر في ١٣ آذار ١٩٣٦)

واعتمد مبدأ *locus regit actum* أي قانون المكان يسود العقد على شكل الزواج إلا أن القانون الذي يقتضي تطبيقه على أساس الزواج فيما ولم يقبل قانون الزوج شكل الزواج ومفاعيله كما تمت في بلد الإبرام هو القانون المدني دون سواه حسبما أوردت المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. في فقرتها الثانية. ومع غياب قانون مدني لبناني يرفع المسألة، طبق الاجتهاد قاعدة المكان على شكل الزواج وأساسه. الجديد الذي حاولنا استنباطه بعد عرضنا المسار الفقهي والاجتهادي المتبع أننا حاولنا اخراج المادة ٢٥ من حالة التضمين إلى حالة التبيين من أجل استكشاف سبب موجب جديد أدى إلى اعتماد مبدأ *locus regit actum* إن على شكل الزواج أو أساسه، محاولين مقارنة مقاصد المشرع (المفوض السامي الفرنسي) الحقيقية في ذلك الحين ولو بالنزير القليل.

أما الفرع الثاني تناولنا فيه سبل استدلال قواعد قانونية مدنية من نصوص المعاهدات عند تطبيق مبدأ تسلسل القواعد المنصوص عليه في المادة ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنية. هذا مبدأ عام ثانٍ يرشدنا إلى أهمية ولوج باب الاتفاقيات الدولية المتعلقة بحقوق الإنسان كاتفاقيات حقوق الطفل واتفاقيات القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة كما نستخرج منها مبادئ عامة ونصوص مدنية مرتبطة بحالة الفرد الشخصية غاب عن قوانين الأحوال الشخصية تقنينها وما تناستها المعاهدات، مثل حقوق الولد الطبيعي أي المولود خارج مؤسسة الزواج وما تعلق بحضانتها ونفقاته ودور اتفاقية حقوق الطفل في إقرارها. وفي موضوع آخر لا يقل أهمية بادرنا في البحث عن التدبير الإداري القاضي بمنح إقامات مجاملة للزوج الأجنبي المتأهل من لبنانية وأولادها، وهو تدبير اتخذ بمناسبة التزام الدولة اللبنانية ولو جزئياً بما قضته اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة الرابعة منها، إذ لم يسبق لأي مرجع قانوني أن عرض الأسباب الموجبة لهذا القرار وأثره على الأشخاص المستفيدين منه، حيث اعتبر حلاً مؤقتاً لحين إقرار أو تعديل قانون الجنسية في لبنان، فالحلول المؤقتة كما هو معلوم لا تغني عن الحل الدائم الذي تنتظره المرأة اللبنانية المقترنة بأجنبي وهو منح جنسيتها لزوجها، ومن باب أولى لأولادها فلذات كبتها.

في سياق متصل قد يتدرج البعض بالنظام العام الطائفي للدفع بوجه الاتفاقيات الدولية. ولقد استقضنا بشرح أن المبدأ العام في القانون الدولي الخاص يقود إلى إدخال المعاهدات كجزء من قوانين الدولة ويلزم الدول المتعاقدة تطبيقها إذ أن عدم التنفيذ يشكل إخلالاً بالموجبات التعاقدية. كما أن النظام العام الطائفي لا يمكنه استبعاد نصوص المعاهدة على مستوى القانون الدولي الخاص، ففي لبنان يتم تطبيق الأخيرة شرط عدم مخالفتها النظام العام الداخلي وليس النظام العام الطائفي.

في مقلب آخر، يُطلب من المشرع دائماً مواكبة قوانين الأحوال الشخصية وتطويرها لتتسمي أكثر عدالة وواقعية ولتأخذ بالتغيرات والشعور الذي قد تتغير هذا القانون. لهذا السبب تناولت في القسم الثاني كيفية سدّ القصور المدني المتعلقة بالأحوال الشخصية بالمعتقدات الراسخة في ضمير المجتمع. فالمشرع في المادة ٤ أ.م.م فقرتها الرابعة، أوجب على القاضي اعتماد العرف في حال لم يجد مبدأ عاماً يسد به النقص وإلا مبادئ الإنصاف،

وكلاهما يعتبر من قبيل المعتقدات الراسخة في ضمير المجتمع، إذ اعتبرت الأحكام العرفية قاعدة سلوكية اجتماعية تقليدية سادت عفويًا وتدرجياً على مر الزمن في مجتمع معين فاكتسبت في ذهن الناس صفة الإلزام بمعزل عن تدخل السلطة، وقد بينا في هذا الإطار كيفية الاسترشاد بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية وكيفية الاجتهاد وفقاً له في هذا القانون.

أما الإنصاف "equity" هو تعبير عن مفهوم العدالة الطبيعية في تقدير ما هو مستحق لكل شخص. هدفه بوجه عام جعل ما هو قانوني صلب أكثر إنسانية، وذلك بإكمال أو تطيف ما يعترى التطبيق الدقيق لقواعد القانون من نقص أو صراحة فيخفف من مساواة الأحكام القانونية العامة والمجردة أو يعالج صمتها^(١). وبيننا في هذه الرسالة أفق الاسترشاد بالإنصاف في مسائل الأحوال الشخصية وأفق الاجتهاد بناءً على هذه المبادئ أيضاً.

ولأن طبيعة البحث تستدعي التحليل والتكييف فقد استعنت بالمنهج التحليلي عند رصد قسيمي وفروع الرسالة، التي لا تخلو من المقارنة مع نصوص الدول العربية وبعضاً من الدول الأعجمية (الأنجلو سكسونية)، ولا ريب في أن هذا المنهج لن يقتصر على استعراض الآراء فقط، بل يتعدى ذلك إلى حد مناقشة الآراء وتحليلها، وصولاً إلى معرفة الرأي القوي من الضعيف، الراجح من المرجوح.

أيضاً وأيضاً، عمدت إلى تدوين خلاصة بعد الانتهاء من كل فرع كيما أبرز فيها جوهر القضية وأهم ما جاء فيها كمبدأ عام، وكلما وجدت لذلك ضرورة، وقد تحتوي هذه الخلاصة على استنتاج أحياناً، وعلى اقتراح أحياناً أخرى.

ركحاً على هذا، اعتمدت في هذا البحث على مجموعة من المصادر والمراجع التي هدتني سواء السبيل وكانت الرفيق المعين في تحديد ملامحه، من ذلك الكتب الفقهية في شتى فروع القوانين وليس فقط المتعلقة بمادة الأحوال الشخصية نظراً لتركيبه البحث وطبيعته التي تستدعينا العودة أحياناً إلى باقي هذه الفروع والتي ترد في الصفحة المخصصة لها.

على شفير هذا الملمح من الطرح، سنبحث في (القسم الأول) من الرسالة عن كيفية سدّ القصور المدني المتعلق بالأحوال الشخصية بالمبادئ العامة، وفي (القسم الثاني) عن كيفية سدّ القصور المدني المتعلق بالأحوال الشخصية بالمعتقدات الراسخة في ضمير المجتمع.

(١) الياس أبو عبيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، الجزء الأول، المواد ١ إلى ٣٠، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢، صفحة ١٨ إلى ٢١.

القسم الأوّل

سدّ القصور المدني المتعلّق بالأحوال الشّخصيّة بالمبادئ العامّة.

لا مندوحة من أنّ القاضي مطالب أساساً بالرجوع للنّص القانوني الذي ينطبق على واقعات الدّعوى المعروضة أمامه، فيتقيّد بحدود عبارة النّص إذا كانت واضحة الدّلالة ولا يخالفها أو يقيدّها لما في ذلك من ذرء لحكم مغاير لمراد المشتري عن طريق التّأويل، فلا مجال للبحث في حكمة التّشريع ودواعيه عند صراحة النّص.

إلا أنّ عمل القاضي لا يقتصر على النّطق بالقانون فحسب، إنّما له دور إعلاني^(١) في الحالة التي يواجه فيها منازعة لم يلاحظها المشتري، فيعود له استخلاص مبدأ قانوني ليفصل في المنازعة التي تُعرض عليه، لسدّ نقص النّصوص التّشريعيّة المدنيّة في مسائل الأحوال الشّخصيّة.

وفعلاً، أورد قانون أصول المحاكمات المدنيّة في المادّة الرابعة منه حالة انتفاء النّص وسُبل معالجته، ونصّب المشتري المبادئ العامّة كمصدر احتياطي يمكن أن يستند إليها القاضي، وهو ملزم باستتباط هذا المبدأ حالة فقدان النّص، وذلك منعاً من إنكار العدالة ومن أجل إحقاق الحق^(٢).

والدّليل على ذلك، هو ما جاء في حرفيّة المادّة المذكورة: "لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستكفراً عن إحقاق الحق أن يمتنع عن الحكم بحجّة غموض النّص أو انتفائه". "وعند انتفاء النّص يعتمد القاضي المبادئ العامّة والعرف والإنصاف".

وفي ظلّ العقوبات التي تحول دون نشأة قانون مدني موحد للأحوال الشّخصيّة، والتي ما زالت طرقة وعرة غير معبّدة لكونه لا يتعدّى مشاريع قوانين، وبما أنّ التّشريعات الطائفية أجمعت على تطبيق القواعد العامّة المنصوص عليها في أصول المحاكمات المدنيّة، والنّصوص التّشريعية المكتملة له، وذلك في حال فُقد النّص في القوانين السّالفة، وبما أنّ المادّة السّادسة من قانون أصول المحاكمات المدنيّة نصّت على اتباع القواعد العامّة في هذا القانون إذا وُجد نقص في القوانين والقواعد الإجرائيّة الأخرى، فإنّ هذا الواقع يستدعينا إلى الحؤول نحو تطبيق المبادئ العامّة، لما لها من دور وظيفي^(٣) في احتواء الوضعيات الشّخصيّة التي لم تأت على تبيانها قوانين الأحوال الشّخصيّة، وبحاجة لقانون مدني يراها على أي حال .

(١) سامي منصور، المبادئ القانونيّة العامّة بمفهوم المادّة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبناني، منشور في مجلّة العدل، العددان الثّاني والثّالث، ٢٠٠٢، صفحة ١٧٣. "...إنّ القضاء عندما يستنبط المبدأ العام الوضعي من خلال سلسلة من النّصوص، إنّما يقوم بدور إعلاني لهذه الجهة فهو لا يُنشئ المبدأ العام وإنّما يعلن عن وجوده. ليس معنى ذلك إنكار دور القضاء في أعمال تلك المبادئ القانونيّة العامّة التي يقرّها عندما لا يتوافر النّص القانوني بشأنها. فدور المكتشف هو الأساس، فمن دونه يبقى المبدأ في الفراغ. ولكن ما يقتضي تحديده في هذا المجال هو أنّ القضاء لا يخلق القاعدة وإنّما يعلن عن وجودها..."

(٢) تمييز مدني، قرار رقم ٣٩، الصادر في ٢٨/٠٤/٢٠١٤، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللبنانيّة www.legallaw.ul.edu.lb. "...اعتبرت محكمة التّمييز أنّ الحكم المطعون فيه لم يمتنع عن اصدار حكم بغير سبب، بل على العكس أعطى حلاً للنزاع واعتبر أنّ المحكمة الرّوحيّة غير صالحه للبتّ في خلافات الطّرفين المادية ما يفيد أنّه لم يستنكف عن إحقاق الحق أو يخالف هذه القواعد..."

(٣) راجع سامي منصور، المبادئ القانونيّة العامّة بمفهوم المادّة الرابعة من قانون أصول المحاكمات اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٥٩. "إنّ المشتري اللبناني في المادّة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنيّة عالج المبادئ العامّة من زاوية وظيفتها، متجاوزاً بذلك تلك الصّعوبات التي تناولت وضع تعريف لها، أو وضع تقسيمات لها، فهي لا تنتهي كما أنّه لا يمكن ضبطها لهذه الجهة أو تلك".

والسؤال، أين نجد هذا القانون المدني؟ وهل يمكن استنباطه أو استقراؤه من المبادئ العامة في القانون؟ إن الجواب على هذه التساؤلات، سيقصر والحين في البحث عن مبدئين عامين أشارا إلى القانون المدني المفقود، يمكن استنباطهما أو استقراءهما من التشريع نفسه، وبهما نحمي حالة الأفراد الشخصية العاجزة والمتيئمة عن إيجاد قانون مدني لبناني عادي يربعاها. هذين المبدئين العامين يتمثلان في تطبيق القانون المدني من خلال تكريس مبدأ *locus regit actum* على الزيجات المدنية في النظام القانوني الداخلي (الفرع الأول) واستدلال قواعد قانونية مدنية من نصوص المعاهدات عند تطبيق مبدأ تسلسل القواعد (الفرع الثاني).

الفرع الأول: تطبيق القانون المدني من خلال تكريس مبدأ *locus regit actum* على الزيجات المدنية في النظام القانوني الداخلي.

لقد كرس المشرع اللبناني قاعدة المكان يحكم التصرف (*locus regit actum*) في النظام القانوني الداخلي بهدف التسهيل على المتعاقدين إبرام تصرفاتهم وأعمالهم القانونية الدولية الخاصة، وقد شكّلت هذه القاعدة بدرجات متفاوتة، جزءاً من الأنظمة القانونية، ولطالما اعتبرت عموماً إحدى ركائز القوة القليلة الثابتة والراسخة وقاعدة عامة في علم القانون" في عالم تسوده الفوضى التنزعية⁽¹⁾.

لقد أوجد المشرع اللبناني نصوص متفرقة عديدة⁽²⁾ آلت نحو تطبيق قاعدة المكان يحكم التصرف إعمالاً للمبدأ العام المقرر في القانون الدولي الخاص الذي يعترف بالعقود المجراة في الخارج. كما وعالج الشارع مسألة اعتماد المبادئ العامة عند انتفاء نص قانوني يربى الواقعة المعروضة أمامه، إضافة إلى أنّ الواقع التشريعي اللبناني نصّ على تلك المبادئ، فنادرًا ما نجد مبدأ قانونيًا عامًا غير مكرس بنص قانوني أو بتطبيق تشريعي يسمح باستنباط هذا المبدأ⁽³⁾.

والسؤال الذي يُطرح في هذه العجالة، هل مبدأ الاعتراف بعقود الزواج المجراة مدنيًا في الخارج بين لبنانيين، أو بين لبناني وأجنبي، وتطبيق قانون المكان بشأنها يدخل فئة المبادئ العامة التي عنى المشرع بتطبيقها على الحالة التي ينتفي النص القانوني الراعي لهذه المسألة؟

(1) The International and Comparative Law Quarterly, "Locus regit Actum in English conflict rules" Vol.2, No. 1(Jan. 1953), page 28: "The rule is to a varying extent part of most legal systems and has generally been one of the few fixed and imperturbable pillars of strength, "a general canon of jurisprudence," in a world of conflict chaos.

(2) هناك عدة نصوص متفرقة أتت على ذكر قاعدة المكان يحكم التصرف وأوجبت تطبيقها عندما يواجه القاضي تنازعاً بين القوانين من حيث المكان نذكر منها: المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. التي نصت على إخضاع زواج اللبنانيين غير المسلمين المعقود في الخارج في صحته إلى قانون مكان إبرامه وإلى أحكام القانون المدني إذا كانت طائفة الزوج لا تقبل بشكل الزواج ولا بمفاعيله. كما ونصت المادة ٥٤ من قانون الإرث لغير المحمديين على إخضاع وصية اللبناني المنظمة في الخارج إلى الأصول المنصوص عنها في قانون تنظيمها أو للأصول المنصوص عنها في القانون اللبناني. وقد أفرد قانون أصول المحاكمات المدنية فصلاً خاصاً للاختصاص الدولي للمحاكم اللبنانية في مواد ٧٤ إلى ٨٠ ضمناً. كما نصت المادة ١٣٩ أ.م. على أنه " تجوز إقامة الدليل على الأعمال القانونية وفقاً لقانون الدولة الذي يطبق على آثار هذه الأعمال أو وفقاً لقانون الدولة التي أنشئت فيها. يخضع قبول الدليل على الأعمال المادية لقانون القاضي الذي ينظر بالنزاع. تخضع القوة الثبوتية للإسناد لقانون المحل الذي أنشئت فيه..."

(3) راجع سامي منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٦٧.

إنّ التشريعات الطائفية لم تورد نصّ يمكن تطبيقه على الزيجات المدنية المذكورة، فالزواج الديني هو الوحيد الذي يمكن أن يُعقد على الأرض اللبنانية، ويخضع للسلطة التي عُقد أمامها، والأخيرة وحدها المختصة للنظر بالدعاوى الناتجة عنه^(١)، فالنصوص التشريعية الطائفية أُفرغت من أيّ نص يري حالة زواج اللبنانيين مدنياً والقانون الواجب تطبيقه على هذا الزواج، إلى أن أتى قانون إقرار نظام الطوائف الدينية المتمثل بالقرار ٦٠ ل.ر. الصادر بتاريخ ١٣ آذار ١٩٣٦، ونصّ في المادة ٢٥ منه على إمكانية اللبنانيين إخضاع نظامهم الزوجي إلى قانون مدني يختارونه قد يكون أكثر وثاماً وانسجاماً مع معتقداتهم.

ومن المسلم به فقهاً واجتهاداً وواقعاً، أنّ زواج اللبنانيين في الخارج ووفقاً للقانون المدني الأجنبي كان وما زال معترفاً به في لبنان إعمالاً للمبدأ المقرّر في القانون الدولي الخاص القائم على "الاعتراف بالعقود الحاصلة في الخارج، وفقاً لقانون المكان المعقودة فيه"؛ ويُعتبر هذا المبدأ إلزامياً طالما لا يوجد في القانون ما يناقضه^(٢). لقد كُرس هذا المبدأ بنص قانوني مباشر^(٣) وهو نص المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. ف جاء في حرفية المادة المذكورة: "إذا عُقد في بلد أجنبي زواج بين سوري ولبناني أو بين سوري أو لبناني وأجنبي كان صحيحاً إذا احتفل به وفقاً للأشكال المتبعة في هذا البلد".

"إذا كان نظام الأحوال الشخصية التابع له الزوج لا يقبل بشكل الزواج ولا بمفاعيله كما هي ناتجة عن القانون المحتفل بالزواج وفقاً له، فيكون الزواج خاضعاً في سوريا ولبنان للقانون المدني".

عليه، إنّ السبب الجوهري في اعتماد وإعمال قاعدة المكان يسود العقد وإخضاع زيجات اللبنانيين المدنية الحاصلة في الخارج للقانون المدني الأجنبي مرده، افتقار التشريعات الطائفية الخاصة بكل طائفة لنص يري الزواج المدني (ظاهرة انتقاء النص) والقانون الذي يسري عليه وعلى آثاره، كما وفقدان تقنين مدني موحد لأحوال الشخصية، أو على الأقل قانون مدني لبناني يحكم الزيجات المدنية.

إنّ النص بحرفيته لا يصف القانون المدني مقيداً بأنّه القانون المدني الخاص بالبلد الأجنبي الذي تمّ فيه الاحتفال بالزواج، ولكن طالما أنّه لا يوجد في لبنان قانون مدني يري زيجات اللبنانيين وآثارها، لم يجد الاجتهاد سبيلاً سوى تطبيق القانون المدني المحتفل بالزواج وفقاً له دون غيره من القوانين^(٤). فلا يُعقل أن يُعمل بالمبدأ ويُعترف بالزواج من دون استكمالها بقانون يريها ويطبّق عليه.

(١) ماري كلود نجم، تعليق على القرار رقم ٥٦٥، الصادر في ١١/٥/٢٠٠٠، عن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، منشور في مجلة العدل، ٢٠٠٠، العدد الثاني والثالث، صفحة ٤٥١.

(٢) محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، القرار رقم ١٦٠، الصادر في ٩/١١/٢٠٠٤، مجلة العدل، ٢٠٠٥، العدد الأول صفحة ١٠٤.

(٣) سامي منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٧٠-١٧١. تحدّث الدكتور سامي منصور عن ضرورة الفقرة ٤ من المادة ٤ أ.م.م. واعتبر أنّ المبادئ القانونية لا تقتصر على كونها مصدراً احتياطياً للقاعدة القانونية وإنما مصدر مستقل لها، وميّز المبادئ العامة من حيث المضمون شارحاً وضعيتين: "الوضعيات الأولى تتعلّق بالمبادئ القانونية العامة الموضوعية، أي تلك التي تتصل بالشخصية القانونية وهي مبادئ تكوّنت بنصوص قانونية مختلفة أو أوجد لها المشرع تطبيقات بنصوص قانونية متعدّدة. أما الوضعيات الثانية تتعلّق بالمبادئ القانونية العامة الوضعية، أي تلك التي تتصل بفرع معيّن من القانون أو بموضوع من مواضعه. فهذه المبادئ إما أن ترد بنصّ قانوني مباشر (كنصّ المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.) وإما أنّها لم ترد بنصّ قانوني مباشر فيلجأ القاضي في الحالة الأخيرة الى استنباط تلك المبادئ عن طريق استقراء النصوص".

(٤) طلال الحسيني، الزواج المدني الحقّ والعقد على الأراضي اللبنانية، دار الساقبي، بيروت، الطبعة الأولى، سنة ٢٠١٣، صفحة ٨٤.

إنّ تطبيق القانون المدني الأجنبي على عقد الزّواج المدني الحاصل في الخارج كان الطّريق الوحيد لدرء القضاء من الاستكاف عن إحقاق الحق والامتناع عن إنكار العدالة.

فجاءت قاعدة *locus regit actum* تطبيقاً فرعياً للمبدأ العام الدولي الذي يعترف بالعقود والتصرفات القانونية الحاصلة في الخارج.

قد يبدو للوهلة الأولى أنّ أحكام المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. منطقية ولا حاجة للباحثة إخراجها من حالة التّضمين إلى حالة التّبيين، لكن في الحقيقة تطرح القاعدة عدّة تساؤلات ومعطيات وإشكاليات عند تطبيقها، ولن نخفي رغبتنا الشّديدة في التعمق بأبعادها، وطرح سائر المسائل والنقاط القانونية التي تدور في حلقة "قاعدة الشّكل" من خلال استعراض الموقف التّشريعي والفقهي والاجتهادي حيالها. لهذه الغاية، ومن أجل تفسير المضمون الحقيقي لقاعدة الشّكل الواردة في متن المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. وبيان نطاقها وتوضيح الغموض الذي قد يلبسها، ومعرفة ما يشوبها من نقص أو قصور، سنضاعف الجهود لغرض البحث في ماهية قاعدة المكان يسود عقد الزّواج (الفصل الأوّل) ومجال تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزّواج (الفصل الثّاني).

الفصل الأوّل: ماهية قاعدة المكان يسود عقد الزّواج.

استقرت التّشريعات المقارنة وغالبية الأنظمة القانونية في العالم على تطبيق قانون المكان الذي يحكم شكل التّصرف. فقد نصّت المادّة ٢٠ من القانون المدني المصري على ما حرفتها: "العقود ما بين الأحياء تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمّت فيه، ويجوز أيضاً أن تخضع للقانون الذي يسري على أحكامها الموضوعية، كما يجوز أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك"^(١).

أمّا قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة فنصّ في المادّة ١٢ منه في فقرتها الثّانية على ما يلي: "أمّا من حيث الشّكل فيعتبر الزّواج ما بين أجنبيّين أو ما بين أجنبي ووطني صحيحاً إذا عُقد وفقاً لأوضاع البلد الذي تمّت فيه أو إذا روعيّت فيه الأوضاع التي قررها قانون كل من الزّوجين". وتبعتها المادّة ١٤ لتحديد القانون الواجب التّطبيق، بحيث نصّت: "في الأحوال المنصوص عليها في المادتين السّابقتين، إذا كان أحد الزّوجين وطنياً وقت انعقاد الزّواج يسري قانون دولة الإمارات وحده فيما عدا شرط الأهلية للزّواج"^(٢).

(١) تتسم قاعدة خضوع الشّكل لقانون بلد الإبرام بالطابع الاختياري (Facultative) في جمهورية مصر العربيّة وكُرست بنصّ عام، فالمادّة ٢٠/ من القانون المدني المصري سنحت للأطراف إخضاع تصرّفاتهم القانونية إمّا لقانون بلد الإبرام أو للقانون الذي يسري على أحكام التّصرفات الموضوعية، أو إخضاع العقود لقانون الموطن أو قانونهما المشترك.

(٢) قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربيّة المتّحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥م والمعدّل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧م، سلسلة كتيب الجيب القانوني (٦) لتشريعات وقوانين دولة الإمارات العربيّة المتّحدة، إعداد قسم الدّراسات والبحوث، إصدار معهد دبي القضائي. ٢٠١٧م.

عليه، فإنّ دولة الإمارات العربيّة المتّحدة تعترف بشكل الزّواج الحاصل في الخارج ما بين أجنبيّين أو أجنبي ووطني وتعتبره صحيحاً طالما أنّه عُقد وفقاً للشكليات المتّبعة في بلد الإبرام أو كونه راعى الأوضاع التي قرّرها قانون كل من المتزواجين. إلا أنّ القانون الواجب التّطبيق هو القانون الإماراتي فيما لو كان أحد الزّوجين إماراتياً، ما عدا شرط أهليّة الأجنبي الذي يبقى خاضعاً لقانونه الشّخصي.

والمقصود "بشكل التّصرف"، التّعبير المادّي عن إرادة من يشارك في تحضير العمل القانوني وإبرامه^(١). فالشّكل إذاً، هو المظهر الخارجي للتّعبير عن الإرادة، ولا يمكن معرفة هذه الإرادة إلاّ بعد إظهارها إلى الوجود المادّي المحسوس بتعبيرٍ يصدر عن الشّخص بهدف الدّلالة عليها.

ولقد حاول البعض اعتماد مصطلح "الشّكل الخارجي" على شكل التّصرف لتمييزه عن "الشّكل الداخلي" الذي يمثّل العناصر الدّاخلية للتّصرف كالرّضى والمحل والسّبب، غير أنّ العناصر المذكورة تدخل فكرة الموضوع، وليس من الخير أن نطلق على موضوع التّصرف تعبير "الشّكل الداخلي" لأنّ الأخير يتنافى بذاته مع اصطلاح الشّكل^(٢).

أمّا الأسباب العمليّة^(٣) لإعمال القاعدة كانت بهدف التّسهيل والتّيسير على الأفراد بإجراء تصرفاتٍ صحيحة أينما وُجدوا، بيد أنّ إلزامهم باستيفاء الشّكلية المقرّرة في قانونٍ آخر مثل قانون جنسيّتهم قد يكون شاقاً أو متعذراً لا سيّما عندما يمنع قانون محل الإبرام تلك الشّكلية، ما سيؤدّي حتماً إلى ارتباك في المعاملات وعدم استقرارها على المستوى الدّولي. فقاعدة المكان يحكم التّصرف هدفها منح الثّقة والطمأنينة إلى الأفراد في قدرة إرادتهم الارتباط بعلاقاتٍ خارج محيط دولهم لسهولة إحاطتهم علماً بالشّكل المطلوب في قانون محل الإبرام ومعرفتهم به أكثر من أيّ قانونٍ آخر.

إلا أنّنا معنيّون هنا بشكلٍ أساسيٍّ بالبحث في مسألة المعنى المقصود "بشكل الزّواج". فمن المعروف أنّه في بعض مجالات تنازع القوانين الإنكليزيّة، تخضع مجموعات معيّنة من الوقائع تسمى تقليدياً بالمسائل الشّكلية لحكم قانون المكان، حيث حدثت الوقائع. ولطالما اعتمدت هذه القاعدة التي سمّيت لدواعي الإيجاز "المحل يحكم التّصرف" في قانون الزّواج وقانون الوصايا.

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدّولي الخاص تنازع الاختصاص التّشريعي، الجزء الأوّل، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، بيروت، الطّبعة الأولى، ٢٠٠٩، صفحة ٥٧٣ نقلاً عن: باتيقول ولاغارد ج٢، رقم ٦٠٠، ومليير، طبعة سنة ٢٠٠١ رقم ٧٥٣.

(٢) حفيفة السيّد الحداد، الموجز في القانون الدّولي الخاص، المبادئ العامّة في تنازع القوانين، الكتاب الأوّل، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣، صفحة ٣٨٥.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدّولي الخاص تنازع الاختصاص التّشريعي، المرجع المذكور، صفحة ٥٧٤. "إن طبيعة قاعدة الشّكل يحدّدها الأساس الذي ترتكز إليه تلك القاعدة وهو ما تعمّق من خلال تاريخها وأسباب نشأتها وهي أسباب عمليّة: التّيسير على المتعاقدين وتسهيل إبرام التّصرفات والاعمال القانونيّة الدّولية الخاصّة. فالقاعدة إذاً هي من طبيعة اختياريّة طالما أنّها وُضعت لمصلحة التّعاقّد وبغاية التّسهيل..."

ولقد حدّد مجلس اللّوردات في بريطانيا أنّ الشّكليات لدخول عقد الزّواج يجب أن تنظّم وفقاً لقانون محل العقد
” *Lex loci contractus* “⁽¹⁾، ويطبّق على عقد الزّواج من ناحية الشّكل قانون محل نشوء العقد
” *Lex loci celebrationis* “⁽²⁾.

يظهر لنا جلياً أنّ بريطانيا وفي مجال تنازع القوانين التي تحكم الزّيجات الحاصلة خارج الإقليم البريطاني، تتبّع
هذه القواعد الخاصّة بالزّواج كإحدى الحالات التّطبيقية للقاعدة العامّة ” *Locus regit actum* “.

أمّا في لبنان فقاعدة المكان يحكم التّصرف هي قاعدة معيّنة⁽³⁾ بنصّ قانوني خاص وهو نصّ المادّة ٢٥ من
القرار ٦٠ ل.ر. ولا بأس من استعادة حرفيّة الفقرة الأولى من المادّة التي جاء فيها: "إذا عُقد في بلد أجنبي زواج
بين سوري ولبناني أو بين سوري أو لبناني وأجنبي كان صحيحاً إذا احتقل به وفقاً للأشكال المتّبعة في هذا
البلد"⁽⁴⁾.

فالزّواج في لبنان يخضع باعتباره عملاً قانونياً في تكوينه لناحية الشّكل إلى قاعدة تحكم كل عمل قانوني هي
قاعدة المكان يسود العمل وشكل الزّواج هو إحدى حالاتها التّطبيقية.⁽⁵⁾

لقد اعتبرت هذه القاعدة حلاً وضعياً للعلاقات الدّولية الخاصّة، سيّما تلك المتعلّقة بزيجات اللّبنانيين المدنيّة في
الخارج، يجب الاستناد إليها في كل مرّة يُطرح الزّواج المدني الحاصل فيما بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي على
بساط البحث.

مع العلم أنّ المادّة المذكورة لم ينحصر تطبيقها على الزّيجات المدنيّة الحاصلة في الخارج بالشّكل المدني
وحسب، إنّما شملت تلك الحاصلة بالشّكل الدّيني على السّواء، وخرجت بذلك عن أي تضيق أو تحديد،
واعترفت بصحّة شكل الزّيجتين (سيان المدنيّة أو الدّينية) وآثارهما كما وشروطهما الموضوعيّة ضمناً.

(1) The International and Comparative law Quarterly, "Locus regit Actum in English conflict rules",
aforementioned reference pages 28- 29.

"It is well known that in certain fields of the English conflict of laws particular sets of facts, traditionally
labelled matters of form, are governed by the law of the place where the facts occurred. This rule which for
the sake of brevity has been called locus regit actum has long been established in the law of marriage and
the law of will".

"The House of Lords has laid down that the forms of entering into the marriage contract are to be regulated
by the lex loci contractus".

(2) The International and Comparative law Quarterly, "Locus regit Actum in English conflict rules",
aforementioned reference page 41.

- Lex loci contractus: law of the place where the contract is made.

- Lex loci celebrationis: the law of the place where a contract especially of marriage is made.

(3) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدّولي الخاص تنازع الاختصاص التّشريعي، المرجع المذكور، صفحة ١٦٨.

القاعدة المعيّنة هي قاعدة قانونيّة تتحدّد وظيفتها في تعيين القانون المطبّق.

(4) طلال الحسيني، الزّواج المدنيّ الحقّ والعقد على الأراضي اللّبنانيّة، المرجع المذكور، صفحة ٨٥-٨٦.
"استوضح المؤلف أنّ النصّ العربي لا ينقل النصّ الفرنسي نقلاً صحيحاً. فالغاية من أحكام هذه المادّة هي تعيين صحّة الزّواج في بلد أجنبي بين: (سوري
أو لبناني) و (سوري أو لبناني) أو (بين سوري أو لبناني) و (أجنبي) وليس بين (سوري) و (لبناني) أو (بين سوري أو لبناني) و (أجنبي). وهذا الخطأ
مادي في التّقل إلى العربيّة لا خطورة فيه ولا عائق في تصحيحه، فلا يكون منحصراً بزواج اللّبناني والسّوري، بل يشمل زواج اللّبناني واللّبناني والسّوري
والسّوري، في الفهم التّاريخي، واللّبناني واللّبناني دون السّوري والسّوري، في الاعتبار القانونيّ الحالي. وذلك أنّ الخطأ الواضح وضوحاً كافياً يكون
تصحيحه حاصلًا ومقبولاً باعتبار الأصل الفرنسيّ، مع أنّ التّصحيح يعدل في شمول النصّ القانونيّ. والواقع أنّ شمول النصّ قد عدلته تعديلاً واضحاً وقانع
ظهور دولتين منفصلتين، باعتبار القانون الدّولي، دولة لبنانيّة ودولة سوريّة. فموجب إنهاء الانتداب الفرنسيّ أصبح اللّبناني والسّوري أجنبيين الواحد منهما
تجاه الآخر.

(5) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٤٦٢.

تتقيد القاعدة العامة عند التطرق إلى الحالة التي نصت عليها الفقرة الثانية من المادة آفة الذكر، وهي الحالة التي يتبع فيها الزوج قانوناً لا يقبل بمفاعيل وشكل الزواج كما هي في قانون بلد الإبرام، فيكون الزواج خاضعاً والحال للقانون المدني. تضاربت الآراء حول مكان وجود هذا القانون، إلا أنه ينبغي وقبل الغوص في جدلية هوية هذا القانون ومكانه ومعرفة ما إذا كان المسار الاجتهادي الذي طبق قانون بلد الإبرام على شكل الزواج وأساسه صائباً أم مخطئاً لدى تفسيره أحكام المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.، علينا بادئ ذي بدء البحث في طبيعة قاعدة المكان يسود عقد الزواج (الفصل الأول)، ومن ثم التطرق إلى إلزامية تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزواج (الفصل الثاني).

بند أول: طبيعة قاعدة المكان يسود عقد الزواج.

أشرنا فيما سبق إلى المبررات العملية التي أناطت بتطبيق قانون مكان الإبرام على شكل التصرفات والأعمال القانونية. ونستعيد ذكرها بهدف إبراز الطابع الاختياري لقاعدة الشكل. إن الأخيرة وضعت من أجل التسهيل والتيسير على الأفراد من خلال الاعتراف بصحة التصرفات القانونية التي يقومون بها أينما كانوا، فقد يتعذر على أولئك استيفاء الشكلية المقررة في بلد آخر كقانون جنسيّتهم مثلاً، فلأفراد حرية اختيار القانون الذي يخضع له شكل تصرفاتهم، ما سيعزز حتماً قدرتهم على الارتباط بعلاقات خارج محيط دولهم لسهولة إحاطتهم علماً بالشكل المطلوب في محل الإبرام أكثر من أي قانون آخر، رغم أنّ القاعدة القانونية التي تشير إلى تطبيق قانون بلد الإبرام وهو القانون الأجنبي (حسب المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر) على شكل التصرف هي قاعدة وطنية ومن وضع الشارع الوطني.

تبرز قاعدة الشكل كذلك على أنها قاعدة غير محايدة وبذلك تختلف عن غيرها من قواعد الإسناد التي هي في الأصل محايدة. عليه، نأتي على تفصيل طبيعة هذه القاعدة وتبيان الخصائص التي تميزها عن سواها في أنها قاعدة اختيارية (الفقرة الأولى) وطنية (الفقرة الثانية) غير محايدة (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: قاعدة اختيارية.

لقد حاول جانب من الفقه أن يردّ قاعدة خضوع شكل التصرف لبلد الإبرام إلى أصول نظرية^(١)، ما أورد التباساً في طبيعة هذه القاعدة، سيما بعد ظهور مبدأ إقليمية القوانين وإخضاع شكل التصرف للقانون المحلي حصراً، الأمر الذي أضفى على هذه القاعدة الصفة الآمرة. إن اتباع هذا المنهج كان بهدف الاطمئنان على التصرفات القانونية من حيث الشكل لضرورات تمليها اعتبارات الأمن المدني ومتعلقات النظام العام. إن الأخذ بهذا الموقف يُفقد القاعدة ليوئتها والحكمة المرتجاة منها وهي التسهيل على المتعاقدين. فليس هناك ما يدعو إلى إجبار

(١) حفيفة السيد الحداد، المرجع المذكور، صفحة ٣٨١.

المتعاقدين على اتباع الشكل المقرّر في قانون بلد الإبرام إذا كان في استطاعتهم العلم بأحكام قانون أكثر ارتباطاً بالتصرف المبرم بينهم، مثل القانون الذي عيّنته إرادتهم المشتركة والذي يحكم موضوع العقد^(١).

العبرة من القاعدة إذاً، أن يُترك للمتعاقدين حرية اختيار القانون الذي يحكم شكل التصرف، ولقد تبنت معظم الدول العربية الطابع الاختياري لقاعدة الشكل الذي أقرته أغلبية المواقف الفقهية. فالمشترع المصري سمح للمتعاقدين اختيار أحد القوانين المشار إليها في متن المادة ٢٠ من القانون المدني المصري، طالما أن تطبيق أحدها لن يؤثر في صحة التصرف لناحية الشكل. إذ أن العقود ما بين الأحياء وفقاً للمادة المذكورة تخضع في شكلها لقانون البلد الذي تمت فيه ويجوز أيضاً أن تخضع لقانون موطن المتعاقدين أو قانونهما المشترك". إنتسى بهذا الموقف كل من المشترع الأردني والليبي والسوري^(٢).

عَلَّقَ من أفضّه على مسألة اختيار القانون من بين هذه القوانين على أن يكون هذا الاختيار متوازناً. فيقتضي أن يُبرم العقد إما وفقاً لقانون مكان تنظيمه، أو وفقاً للقانون الذي يحكم أساس العلاقة، وإما وفقاً للقانون الشخصي للمتعاقدين كي يعتبر صحيحاً، وإن لم يُعبّر المتعاقدون صراحةً في العقد عن اختيارهم في إبرام علاقتهم غير قانون المكان. وأضافوا أنه ليس من ترانبيّة بين هذه القوانين، بل يكفي أن تكون مرشحة للتطبيق وبنفس المستوى والدرجة، لأنّ أيّاً منها قد يكون مألوفاً لدى المتعاقدين. الهدف من ذلك ألا يفاجأ المتعاقدون بتطبيق قانون آخر غير القانون الذي تمّ اختياره^(٣).

أمّا المشترع اللبناني وبموجب المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل. ر. اعترف بصحة الزيجات الحاصلة في الخارج ما بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي، وأخضع شكل الزواج لقانون البلد الذي احتفل في ظلّه. (تقابلها المادة ٢/١٢ من قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة). كما أنّ المادة المشار إليها لم تأت على اقتراح قانون آخر يمكن تطبيقه على شكل الزواج كما فعل المشترع المصري، لذلك ليس على الأفرقاء سوى الخضوع لقانون المكان الذي أبرم فيه التصرف في بلد الإبرام من دون تحديد شكل هذه العقود، مدنيّة كانت أم دينيّة^(٤). نعتقد أنّ المادة ٢٥ تحدّثت عن قاعدة شكلية "ذات طابع اختياري مقيد" أي أنّ للأفرقاء الحرية الواسعة في اختيار البلد الذي سيخضع له شكل زواجهما، لكنهما مقيدان بتطبيق قانون بلد الإبرام من دون سواه بعد ممارسة حقّ الخيار، فالمادة نفسها حصرت التطبيق لهذا القانون ولم تذكر أيّ قانون آخر يمكن للأفرقاء الاستناد إليه أو تطبيقه.

(١) حفظة السيّد الحداد، المرجع المذكور، صفحة ٣٨٢.

(٢) في حين جعل المشترع العراقي قاعدة الإسناد الخاصة بالشكل قاعدة إلزامية، حيث ألزم الأفراد اخضاع شكل تصرفاتهم إلى قانون محل الإبرام حصراً بموجب المادة ٢٦ مدني عراقي التي نصّت على: " تخضع العقود في شكلها لقانون الدولة التي تمت فيها". ما يعني أنّ ليس هناك من خيار آخر أمام الأفراد لاستيفاء شكلية العقود، إلا أنّ المشترع العراقي أورد نصّاً خاصّاً تطرّق فيه إلى مسألة الزواج وميّزها عن غيرها من العقود، فأتاح للمتزوجين في الفقرة الأولى من المادة ١٩ مدني عراقي، الخيار بين استيفاء شكلية العقد بموجب أحد القانونين، وهما قانون جنسية الزوجين أو قانون محل الإبرام.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٥٧٦-٥٧٧.

(٤) ودبع رخال، القواعد العامة للأحوال الشخصية، أحكام الزواج المدني والمدني مع دراسة مفصلة حول صلاحيات المحاكم وأصول التنفيذ، الجزء الثاني، الطبعة الثالثة، موسعة ومنقحة، ٢٠١٠، صفحة ٢٢١.

الفقرة الثانية: قاعدة وطنية.

إنّ المشترع قنّن مسألة زواج اللبنانيين أو اللبنانيين والأجانب في الخارج وأخضع زواجهما في الشكل والأساس لقانون بلد الإبرام، وإنّ أتى على ذكر الحالة بنص متفرّق سنداً للمادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر الصادر في ١٣ آذار ١٩٣٦. إذاً هذه القاعدة وطنية.

يقصد بالصّفة الوطنيّة الطّابع الذي تتّسم به القاعدة بصرف النّظر عن المصدر سيّان كان مصدراً داخلياً اتّخذ هيئة تشريع أو اجتهاد داخلي، أم مصدراً دولياً كالمعاهدة أو اجتهاد دولي^(١). فالقاضي يعلّل حكمه باعتمادها في كل مرة يُطرح الزّواج المدني بساط البحث أو أي زواج آخر احتفل به في الخارج فيما بين لبنانيين، أو لبناني وأجنبي. كما أنّ القاعدة اتّخذت مصدراً وطنياً بموجب تشريع داخلي ونص خاص سبق بيانه أعطي بموجبه الحق للبنانيين اختيار القانون الذي سيحكم شكل وأساس الزّواج.

ويتولّد عن الطّابع الوطني لهذه القاعدة نتيجتان، تتمثّل الأولى في عدم إمكانيّة حلّ النزاع إلّا من خلال هذه القاعدة الوطنيّة فالمبدأ واجب، أما النّتيجة الثّانية أنّ أي نزاع لا يمكن أن يتم إلّا من خلال القاعدة المعيّنة الوطنيّة فالمبدأ مطلق^(٢).

وفي أي حال من الأحوال، إنّ الحق في الزّواج سواء كان اعتباره طبيعياً أم وضعياً لا يجعل التّشريع أو القانون مصدراً لهذا الحق الأساسي والدستوري، بل هو الوسيلة في تأمينه والقيد على ممارسته ولا يمكن لهذا القيد سواء أكان صريحاً أو ضمنياً أن يصل الى درجة إسقاط الحق أو تغيير طبيعته^(٣).

الفقرة الثالثة: قاعدة غير محايدة.

تعتبر قاعدة الإسناد المتعلّقة بشكل العقود عامّة من القواعد ذات الطّبيعة غير المحايدة. إنّ هذه القاعدة لا تسعى إلى مجرّد إدراك عدالة شكلية باختيار القانون الأوثق بالعلاقة العقدية، بل تهذّف أيضاً إلى تحقيق نتيجة موضوعيّة محدّدة، وذلك باختيار القانون الذي يؤدّي تطبيقه إلى صحّة العقد عملاً بحكمة القاعدة المتمثّلة بالتيسير والتسهيل على المتعاقدين^(٤). إنّ الاعتراف بصحّة الزّواج المعقود في الخارج إذا احتفل به وفقاً للأشكال المتّبعة في ذلك البلد، حقّق النّتيجة الموضوعيّة المبتغاة من قاعدة الشّكل المنصوص عليها في المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ١٨٥.

(٢) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، نفس المرجع، صفحة ١٨٥. في شرحهم الطّابع الوطني للقاعدة المعيّنة".

(٣) طلال الحسيني، الزّواج المدني الحقّ والعقد على الأراضي اللبنانيّة، المرجع المذكور صفحة ٨٩. اعتبر المؤلف أنّ القول بعدم وجود القانون المدني لا ينتج عنه إبطالاً لحقّ الزّواج فالقانون المذكور ليس مصدر هذا الحقّ، بل الوسيلة في تأمينه والقيد على ممارسته فإذا كان القيد الخاص بهذا القانون مفقوداً فالعوض منه هو النّظام العام والأداب الحميدة والدستور فيما تبيحه وفيما تحميه وفيما تضع القيد عليه.

(٤) حفيظة السّيّد الحدّاد، المرجع المذكور، صفحة ٣٨٣.

هذا بالحري، ما يميّز قاعدة الشّكل عن غيرها من قواعد الإسناد أو القواعد المعيّنة كما يصفها البعض^(١) حيث يقتصر دور الأخيرة إلى مجرد تعيين القانون الواجب التّطبيق بصرف النّظر عن مضمون هذا القانون الذي يستوي أن يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي من دون المفاضلة بين قانونٍ وآخر. كما وليس لهذه القاعدة مضمون موضوعي أو نتيجة موضوعية يلتزم القاضي في البحث عنها والوقوف عليها كونها قاعدة في الأصل محايدة،^(٢) على خلاف ما هو عليه بالنّسبة لقاعدة الشّكل غير المحايدة، التي تهتم بالقانون الضّامن لصحة التّصرف دون غيره من القوانين، وربّما هذا ما يعلّل اعتراف المشتري بصحة الرّواج الحاصل في الخارج بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي طالما أنّه عُقد صحيحاً في الخارج وراعى الأشكال المتّبعة في بلد الإبرام، فيكون بهذا الاعتراف قد حقّق العدالة الشّكلية أي اختار القانون الأكثر صلة بالعلاقة، والنتيجة الموضوعية من خلال مفاضلة قانون بلد الإبرام على سواه من القوانين.

بند ثانٍ: إلزامية تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الرّواج.

تتخذ قاعدة المكان يسود عقد الرّواج الطّابع الملزم، أي أنّها تطبّق على شكل الرّواج المبرم في بلدٍ أجنبي بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي، كما أنّها تطبّق على أساس هذا الرّواج ومفاعيله، حيث يُعتبر الأساس سياج الشّكل فيتحد القانون الواجب التّطبيق على كليهما طالما أنّ لا قانون مدني لبناني عادي يطبّق على جوهر العقد (أي الأساس).

إنّ هذه الإلزامية في تطبيق قانون بلد الإبرام على عقد الرّواج المُحتفل به في الخارج تملّي على الأفرقاء حاجتين، الأولى هي عدم قدرتهم على اختيار قانون آخر يُخضعون علاقتهم الرّوجية له ما عدا قانون بلد الإبرام كما أوضحنا في موضعٍ سابق، والثّانية هي عدم مخالفة تطبيق أو تفسير هذا القانون بأيّ شكلٍ من الأشكال. هذا ما أكّده أحكام المادّة ٧٠٨ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة بموجب فقرتها الأولى عندما نصّت على: "يجوز الطّعن بطريق التّمييز عند مخالفة القانون أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره. ويجب على الطّاعن أن يبيّن النّص أو المبدأ القانوني أو القاعدة القانونيّة الواقعة عليه المخالفة".

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ١٦٨-١٧٥-١٧٦. "المقصود بالقاعدة المعيّنة هي القاعدة القانونيّة التي تحدّد وظيفتها في تعيين القانون المطبّق. نستنتج أنّ القاعدة المعيّنة تشير إلى القانون المطبّق وليست القانون نفسه. إنّ هذه القاعدة ليس من شأنها إعطاء حلول فورية ومباشرة للنّزاع وإنّما ترشد إلى القانون الذي سيعطي هذا الحل النهائي". "إن القاعدة التي تنصّ على تطبيق القانون الشّخصي مثلاً على فئة الأحوال الشّخصيّة هي قاعدة معيّنة ترشد إلى القانون الواجب التّطبيق والقانون الذي يطبّق في المرحلة الأخيرة هو قاعدة موضوعية أي القاعدة المعيّنة للقانون الواجب التّطبيق. فالقاعدة المعيّنة لم تقدّم الحل النهائي والمباشر لمشكلة التّنزاع إنّما القاعدة الموضوعية " القانون الشّخصي" هو الذي تولى هذه المهمة وأعطى حلاً مباشراً للنّزاع".

(٢) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧، صفحة ١٦-١٧. يصف الدكتور عكاشة أنّ "قاعدة الإسناد هي في الأصل محايدة، فصفة الحيادية تعني أنّ القاعدة تشير إلى أكثر القوانين اتصالاً بالعلاقة بصرف النّظر عن مضمون هذا القانون أي عن النتيجة المادية المتحقّقة على أثر هذا الإرشاد الذي تقوم به القاعدة الذي يستوي أن يكون قانون القاضي أو قانون أجنبي. وإذا كان هذا هو الأصل في قاعدة التّنزاع إلا أنّها قد تهدف في بعض الأحيان إلى تحقيق هدف ماديّ معين، ذلك عندما يضع المشرع قاعدة إسناد تخبيرية ترصد أكثر من قانون لحكم المسألة تصحّح العلاقة إن صادفت الأوضاع المعمول بها في أيّ من هذه القوانين. يصفها البعض بقواعد الإسناد ذات الصبغة المادية." نذكر على سبيل المثال المادّة ٢٠ من القانون المدني المصري، والمادّة ١٧ فقرتها الرّابعة من قانون المعاملات المدنيّة الإماراتي، التي اخضعت شكل الوصية لقانون جنسية الموصي أو لقانون محل الإبرام، وبذلك يكفي أنّ يكون التّصرف صحيحاً من النّاحية الشّكلية وفقاً لأيّ من هذين القانونين ولو كان باطلاً وفقاً للقانون الآخر.

نلاحظ إذًا، أنّ مخالفة القانون الذي يشكّل أحد الأسباب التمييزية لا يقتصر فقط على مخالفة نص قانوني أو قاعدة قانونية، إنّما يشمل أيضاً مخالفة مبدأ قانوني (كالمبدأ القائل بأنّ العمل المتمثّل بالزواج يخضع من حيث الشكّل لقانون مكان إجرائه) ومن الجدير التفرقة بين المسألتين.

في الحالة الأولى، أي عند مخالفة نص قانوني أو قاعدة قانونية فلا ريب أنّ القوانين الخاصّة بالطوائف بموضوع الحقوق العائلية تعتبر من حيث المبدأ مشمولة بمفهوم القانون الذي تفسح مخالفتها مجالاً للنقض، إلّا أنّ تطبيق تلك القوانين يدخل ضمن الاختصاص الوظيفي للمحاكم الشرعية والمذهبية التي تعتبر جهة قضائية مستقلة عن جهة القضاء العدلي لذلك لا يمكن الطعن بأحكامها أمام المحكمة العليا^(١).

لكنّ المادة ٩٥ من قانون أصول المحاكمات المدنية أوردت استثناءً نصّت عليه في فقرتها الرابعة: "تنظر محكمة النقض بهيئتها العامة في الاعتراض على قرار مبرم أو قابل للتنفيذ صادر عن محكمة مذهبية أو شرعية لعدم اختصاص هذه المحكمة أو لمخالفته صيغاً جوهرية تتعلق بالنظام العام"^(٢). إذًا الهيئة العامة تنظر في الاعتراض على قرار صادر عن محكمة مذهبية أو شرعية إلّا أنّ هذا الاعتراض لا يكون مقبولاً إلّا لسببين: عدم الاختصاص^(٣) أو مخالفة صيغ جوهرية، وليس الاعتراض وسيلة لنقض هذه القرارات بسبب مخالفتها القانون^(٤).

فإنّ تجاوز المحكمة الشرعية أو المذهبية حدود اختصاصها الوظيفي وفي حال نظرت في مسائل هي في الأساس من اختصاص القضاء العدلي، يتعدّر في هذه الحالة نقض حكمها ذلك أنّ محكمة التمييز ليست مرجعاً للنقض إزاء القرارات الصادرة عن المحاكم الشرعية أو المذهبية. والعكس غير صحيح^(٥).

(١) الدكتور حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض (مخالفة القانون) دراسة مقارنة، الجزء الأول، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، صفحة ٣٢٩.

(٢) تمييز مدني، قرار رقم ٢٠، الصادر في ٢٣/٥/٢٠٠٢، منشور في مجموعة الاجتهادات التي أعدها المحامي محمد يوسف ياسين، رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز على الأحكام الشرعية والمذهبية والروحية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٣، صفحة ٣٩. "إنّ طلب المعارضة ابطال القرار لمخالفته القانون، والخطأ في تطبيقه أو تفسيره وفقدان الأساس القانوني والتشويه وعدم الرد على أسباب الدفوع والذّفاع هي في مجملها أسباب تمييز لا تُسمع أمام الهيئة العامة التي تنظر في صحة القرار الرّوحي من زاوية عدم مخالفته لصيغ جوهرية".

(٣) تمييز مدني، قرار رقم ٥، الصادر في ٧ آذار ١٩٨٩، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية. "بحثت الهيئة العامة لمحكمة التمييز عن المحكمة المختصة بدعوى تسليم قاصر بين زوجين مسلمين لبنانيين مقيمين في الخارج والمرجع المختص للبت بصحة الاختصاص. إنّ اجتهاد هذه الهيئة قد استثنى مخالفة قواعد الاختصاص المكاني بين محاكم الطائفة الواحدة التي هي من ذات الصنف وذات الدرجة من رقابتها. كما أنّ قواعد الاختصاص الدولي والتي بمقتضاها تعين الدولة التي يجب أن تقدّم الهيئة الحاكمة يغدو بدوره مستثنى من رقابتها، على العكس من ذلك، يمتنع على محكمة شرعية أو مذهبية لطائفة معينة تجاوز اختصاصها الوظيفي بالنظر في دعوى تكون من اختصاص محكمة شرعية أو مذهبية تابعة لطائفة أخرى مع أنّها جميعها تابعة لذات الدولة فبالإولى صحة أن يمتنع عليها النظر بدعوى عائد أمر النظر بها لمحكمة تابعة لدولة أخرى ما لم يكن النفع بعدم الاختصاص على الصعيد الدولي قد سقط بتنازل الخصم الذي من حقه التذرع بهذا الدفع". لم يصدر أحكاماً بخصوص الصلاحية الدولية إلا نادراً نذكر على سبيل المثال لا الحصر المادة ١٨ من قانون القضاء الشرعي الصادر في ١٦/٧/١٩٦٢ التي نصت: "يمتنع على المحاكم الشرعية رؤية الدعاوى العائدة لأجانب من مذهبها التابعين لبلاد تخضع فيها الأحوال الشخصية للقانون المدني، واستثنت حالة ما إذا كان الزوجان من مذهبها وأحدهما لبنانياً". هذا الاستثناء جاء مراعيًا للمبدأ العام المعروف بأنّ القضاء كمظهر من مظاهر سيادة الدولة يمتد سلطانه إلى كل لبناني ولو كان مقيماً في الخارج.

(٤) تمييز مدني، هيئة عامة، قرار رقم ٨، الصادر في ١٩/٤/٢٠٠٢، منشور في مجموعة الاجتهادات التي أعدها المحامي محمد يوسف ياسين، المرجع المذكور صفحة ٣١-٣٢.

(٥) الدكتور حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض (عدم الاختصاص وتجاوز حدّ السّلطة - الحكم بما لم يطلب أو بأكثر ممّا طلب - اغفال البتّ بالمطالب - التناقض في الأحكام - مخالفة الشكليات - عيوب التعليل - فقدان الأساس القانوني - زوال السند القانوني - التشويه) دراسة مقارنة، الجزء الثاني، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤، صفحة ٣٦.

"... إذا خالفت المحكمة العدلية قواعد الاختصاص ونظرت بأمر تدخل ضمن اختصاص المحاكم الشرعية والمذهبية يمكن الطعن بحكمها أمام محكمة النقض بالاستناد للسبب المبني على مخالفة قواعد الاختصاص الوظيفي. إلّا أنه إذا كان قرار المحكمة العدلية قد أبرم لانقضاء مهل الطعن به فإنّه يتمتع عندها بقوة القضية المقضية وبالقوة التنفيذية بشكل نهائي رغم مخالفة قواعد الاختصاص..."

أما فيما يتعلق بمخالفة القرار الصادر عن محاكم الأساس صيغاً جوهرية متعلقة بالنظام العام^(١) حيث يكون عرضة للاعتراض أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز فيُقصد بها العيوب الشكلية المرتبطة بإجراءات المحاكمة المنصوص عنها في المادة ٥٩ من قانون أ.م.م. والواردة تحت عنوان الدفوع الإجرائية.

فلقد خلّصت الهيئة العامة لمحكمة التمييز في أحد قراراتها إلى أنّ "... مخالفة مبدأ عدم إمكانية البت بنزاع لم يُرفع إلى قاضي الشرع أو السير بدعوى من دون أي طلب من الخصوم وبمعزل عنهم أو من دون أن يمثّلوا في المحاكمة، يجعل العمل الإجرائي باطلاً ويستتبع بدوره بطلان الحكم لمخالفته صيغة جوهرية تتعلق بالنظام العام..."^(٢).

الحالة الثانية وعودة على بدء، إنّ الطعن بطريق التمييز بسبب مخالفة القانون يشمل أيضاً مخالفة مبدأ قانوني بصراحة نصّ المادة ٧٠٨ من قانون أ.م.م، على أن يبيّن الطّاعن المبدأ القانوني الواقع عليه المخالفة أو الواقع خطأ في تطبيقه أو تفسيره وأوجه هذه المخالفة كما هي الحال عند مخالفة نص قانوني أو قاعدة قانونية.

إنّ المبدأ القائل أنّ العمل يخضع من حيث الشكل لقانون مكان إجرائه، هو أحد المبادئ التي تشكّل مخالفتها سبباً للطّعن بطريق التمييز. وقد أوضحنا فيما سبق أنّ المبدأ المذكور أشار إلى تطبيق القانون الأجنبي (قانون بلد الإبرام) على زيجة اللبنانيين أو اللبنانيين والأجانب المعقودة في الخارج، فيطبّق القاضي اللبناني هذا القانون ذلك أنّ قاعدة الحلّ اللبنانية أشارت وألزمت تطبيقه.

ولكن ماذا لو أخطأ القاضي في تطبيق أو تفسير هذا القانون، هل سيشكّل ذلك سبباً من أسباب الطّعن بطريق التمييز؟ وهل القواعد القانونية غير الوطنية مشمولة بمفهوم القانون الذي لا يجوز مخالفته؟

يقتضي التمييز في هذه الحالة بين أثر مخالفة تطبيق المبدأ القانوني الذي أشار إليه النصّ الوضعي (الفقرة الأولى) وأثر مخالفة تفسير القانون الأجنبي الذي أشار إليه المبدأ القانوني (الفقرة الثانية).

(١) تمييز مدني، قرار رقم ٣٩، تاريخ ٢٨ نيسان ٢٠١٤، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، www.legallaw.ul.edu.lb. "تمّ ردّ الاعتراض برمته، ذلك أنّ الإدلاء بانتفاء الصفة والمصلحة في الدعوى وعلى فرض ثبوته إنّما يدخل في إطار العيوب الموضوعية المنصوص عليها في المادة ٦٠ من قانون أ.م.م. وفي إطار الدفوع بعدم القبول الواردة في المادة ٦٢ من نفس القانون وهي لا تُعتبر مشمولة بالصيغة الجوهرية المحددة في المادة ٩٥ أ.م.م. التي تعطي محكمة التمييز هيئتها العامة صلاحية إبطال قرارات وأحكام صادرة عن محاكم مذهبية..."

(٢) تمييز مدني، قرار رقم ٥، تاريخ ٧ آذار ١٩٨٩، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، المرجع المذكور سابقاً. في السياق نفسه انظر القرار رقم ١٦، الصادر في ٢٢/١٠/٢٠١٠، مجموعة الاجتهادات التي أعدها المحامي محمد يوسف ياسين، المرجع المذكور، صفحة ٢٧٢.

"يقصد بالصيغ الجوهرية كيفية إجراء المحاكمة ومراعاتها لمبادئ تعتبر ضرورية ومتعلقة بالنظام العام. فلا يكون من هذه الصيغ البحث في الأساس القانوني الذي اعتمده تلك المحاكم في فصلها أساس النزاع أو صوابية الحلّ الذي وصلت إليه. كما لا يدخل في هذه الصيغ استنبات المحاكم المذهبية أو الشرعية وبما لها من حق التقدير وجود قوة قضائية محكمة، أو مخالفة قواعد الإثبات فتكون هذه من قبيل الحالات الخارجة عن اختصاص الهيئة العامة فيقتضي تبعاً لذلك رد الاعتراض القائم على هذه الأسباب".

الفقرة الأولى: أثر مخالفة تطبيق المبدأ القانوني (*locus regit actum*) الذي أشار إليه النص الوضعي (نص المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر).

أوضحنا أنّ مخالفة مبدأ قانوني عام^(١) يعني مخالفة للقانون ويجب على الطّاعن تبيان المبدأ القانوني الواقع عليه المخالفة أو الواقع الخطأ في تطبيقه أو تفسيره وأوجه المخالفة أو الخطأ. إنّ سبب النقض المبني على مخالفة القانون يفترض أنّ محكمة الموضوع التي أصدرت القرار المطعون فيه قد استبعدت تطبيق نص قانوني أو قاعدة قانونية على حالة واقعية تدخل تحت حكم هذا النص أو هذه القاعدة^(٢). وما ينطبق على مخالفة نص قانوني أو قاعدة قانونية ينطبق أيضاً في حال مخالفة مبدأ قانوني (كمخالفة المبدأ القانوني الذي يقول أنّ شكل الأعمال تخضع لقانون مكان إبرامها).

إذاً، إنّ نقض الحكم بسبب الخطأ في تطبيق القانون يفترض أنّ محكمة الأساس في القرار المطعون فيه قد طبقت قاعدة قانونية على حالة واقعية لا تدخل تحت حكمها، أي الحالة التي تصف هذه محكمة الحالة الواقعية وصفاً لا يمت إلى حقيقتها بصلة، فتطبق المحكمة على هذه الواقعة نصاً قانونياً يختلف عن النص الذي يحكمها.

في قرار صادر عن محكمة الاستئناف في بيروت المتعلق بربط اختصاص المحاكم المدنية للنظر بالدعاوى الناشئة عن زواج لبناني اقترن بألمانية مدنياً في ألمانيا وألحقه بزواج ديني في ذات البلد بالمادة الأولى من القرار ١٠٩ ل.ر التي تعطي "المحاكم المدنية الصّلاحية للنظر في دعاوى الأحوال الشخصية المتعلقة بأجنبي واحد أو بعدة أجنب إذا كان أحدهم على الأقلّ تابعاً لبلاد تخضع فيها الأحوال الشخصية للقانون المدني" والمادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر. التي كرّست مبدأ خضوع الأجنب لأحكام قانونهم الوطني، ولّد التباساً بين الاختصاصين القضائي والتشريعي سيما أنّ المسألة عرضت على المحكمة من زاوية اختصاص القضاء المدني وليس من ناحية القانون الواجب التطبيق.

صحيح أنّ اختصاص المحاكم المدنية متوافر في القضية الحاضرة بيد أنّ الزوجة الألمانية الجنسية، فيعمل بالقرار ١٠٩ ل.ر. أنّ الذكر، إلا أنّ المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر لا يمكن إعمالها لتحديد القانون الواجب التطبيق في موضوع زواج أجنبي ولبناني (لأنّ النص يقتصر على حالة زواج أجنبيين يخضعان في شؤون أحوالهم الشخصية لأحكام قانونهم الوطني ولا يشمل الزواج الحاصل بين لبناني وأجنبي فينبغي في هذه الحالة إيجاد قانون يرقى العلاقة الزوجية بحد ذاتها).

(١) حلمي محمد الحجّار، أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول، المرجع المذكور. صفحة ٣٤٣. " إنّ المبدأ القانوني العام هو كل حكم قانوني تنضوي تحت لوائه مجموعة غير متناهية من التطبيقات القانونية، وهذه التطبيقات هي فرع من الأصل الذي يتضمّنه المبدأ القانوني العام. إنّ القاعدة القانونية التطبيقية تكون أضيق من المبدأ لأنها تقتصر على حالة معينة من الحالات الكثيرة التي يشملها المبدأ".
(٢) أدوار عيد، الوجيز في أصول المحاكمات المدنية وفقاً للقانون اللبناني وسائر القوانين العربية، الجزء الثاني (طوارئ المحاكمة - الاحكام - طرق الطعن في الاحكام - الاثبات)، المنشورات الحقوقية صادر، صفحة ٢٠٢.

نجد أنّ النَّصَّ الوحيد الذي يقتضي البحث في صحّة أو عدم صحّة تطبيقه في القضية الرّاهنة هو نص المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. ذلك أنّ النَّصَّ المتقدّم بَحَثَ في حالة زواج لبناني من أجنبي في الخارج، اعترف بصحّته، وأخضعه لقانون مكان إبرامه^(١).

اللّهم إنّ الحكم الصّادر إمّا أنّه تغافل عن وضع الأسس عند إعلانه الطّلاق سنداً للقانون الألماني، وإمّا أنّه طبّق القاعدة القانونيّة (المادّة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر.) على حالة واقعيّة لا تدخل تحت حكمها الأمر الذي يستوجب نقض القرار المطعون فيه لمخالفته القانون.

الفقرة الثّانية: أثر مخالفة تفسير القانون الأجنبي الذي أشار اليه المبدأ القانوني (Locus regit actum).

تطرح مسألة زواج لبنانيين أو لبناني وأجنبي في الخارج ثلاث حالات: الأولى، إمّا أن يتمّ الزّواج بالشّكل الدّيني في الخارج ويكون هذا الشّكل معترف به من قبل أحد التّشريعات الطّائفية في لبنان، فيخضع لقانونها في الشّكل والمفاعيل. الحالة الثّانية، أن يُبرم زواج ديني في الخارج غير معترف به من قبل قانون الزّوج فيخضع في الشّكل والمفاعيل للقانون المدني الذي "سيتمسّل" إلى قاعدة قانون بلد الإبرام كقانون مختصّ في ظل غياب قانون مدني لبناني يرفع المسألة. الحالة الثّالثة، أن يتمّ الزّواج بالشّكل المدني حينها يخضع شكل الزّواج ومفاعيله للقانون المدني المتّبع في بلد الإبرام وهو بقانون أجنبي كالقانون المدني القبرصي، أو الفرنسي أو السيشالزي مثلاً.

إذا كان ذلك كذلك وتبيّن أنّ القانون الأجنبي هو القانون الواجب التّطبيق كما هو الوضع في الحالتين الثّانية والثّالثة، فالى أيّ مدى يتقيّد القاضي اللّبناني بعدم مخالفة أحكام هذا القانون؛ هل يجدر به أن يتنبّه من عثرة الوقوع في نتيجة مغايرة ومخالفة لما آل إليه المشتري الأجنبي عند تفسيره نصوصه؟ وهل يلام القاضي في حال أخطأ في التّفسير أو التّطبيق؟

قضى الاجتهاد الغالب رداً من الرّمن بأنّ مخالفة القانون الأجنبي أو الخطأ في تطبيقه أو تفسيره هي مسألة واقعيّة لا تشكّل مخالفتها سبباً لنقض الحكم الصّادر عن محاكم الأساس. ولا يزال الاجتهاد مستمراً في هذا الاتّجاه معللاً أنّ وظيفة محكمة النّقض تتحصّر في مراقبة صحّة تطبيق وتفسير القانون الوطني ولا تتعدّها إلى مراقبة تفسير القانون الأجنبي^(٢).

انتقد الدّكتور حلمي الحجّار المسار الاجتهادي الرّافض نقض القرارات الصّادرة عن محاكم الأساس بسبب مخالفتها تطبيقاً أو تفسيراً القانون الأجنبي وفنّد الحجج التي استندت إليها.

(١) استئناف مدني، الغرفة الثّالثة، القرار رقم ٥٦٥ الصّادر في ١١/٥/٢٠٠٠، مجلة العدل، العدد الثاني والثالث، ٢٠٠٠، صفحة ٤٤٨. أنظر أيضاً تعليق ماري كلود نجم على القرار المذكور سابقاً صفحة ٤٥٣.

(٢) حلمي محمد الحجّار، أسباب الطّعن بطريق النّقض، الجزء الأوّل، المرجع المذكور، صفحة ٤١١.

احتجّ الاجتهاد الغالب على أنّ القانون الأجنبي لا يتمتع بصفة الإلزام كيما يتاح نقضه في حال مخالفته، كما هي الحال بالنسبة للقانون الوطني ولهذا السبب اعتبر مسألة واقعية. رأى الدكتور حلمي الحجّار أنّ القاعدة القانونية الأجنبية تتمتع بذات الخصائص التي تتمتع بها القاعدة القانونية الوطنية، فالقانون الأجنبي مُلزم استناداً إلى القانون الوطني الذي يقول بتطبيق هذا القانون^(١). تؤيد هذا التحليل في معرض دراستنا أحكام المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. فالأخيرة قاعدة قانونية ملزمة أشارت إلى تطبيق قانون المكان الذي احتفل بموجبه الزواج فأسمى القانون المرشد إليه ملزماً^(٢). كما دفع المسار الاجتهادي إلى أنّ القانون الأجنبي يفتر الصفة العمومية للقاعدة القانونية لأنّ تطبيقه ينحصر على الأجانب بخلاف القاعدة القانونية الوطنية المتصفة بالعمومية كونها تبغي المساواة بين المقصودين بها (وهم المواطنين اللبنانيين) معلّين موقفهم أنّ القاعدة القانونية إنّما هي القاعدة الصادرة عن الشارع الوطني ولا علاقة للمشرع اللبناني بما يصدره نظيره المشرع الأجنبي من قوانين.

ترصد الدكتور الحجّار لهذا الموقف وأوضح أنّ القانون الأجنبي لا يفتر الصفة العامة لأنّ هذه الصفة تقتض أن يطبق القانون في جميع الحالات التي تتوافر فيها الظروف الموضوعية لتطبيقه. يصحّ القول أنّ القانون الأجنبي لا يطبق إلا في حالات معينة، إلا أنّ تطبيقه يتم في كل مرة تتوفّر فيها الشروط اللازمة لتطبيقه، فيمسي القانون الأجنبي بحكم الصادر عن المشرع الوطني، عندما يقول الأخير بوجوب تطبيقه وكأنّه جزء لا يتجزأ من القانون الوطني^(٣).

وأخيراً قضى الاجتهاد والحلّ التقليدي بأنّ القانون الذي يُطلب اثباته لا يتعدى كونه مسألة واقعية يخرج عن مفهوم القانون الذي يخضع لرقابة المحكمة العليا، الأمر الذي ينطبق على القانون الأجنبي. أمّا القانون الذي هو بمعزل عن الإثبات ولا يطلب الدليل على وجوده يتمثّل بالقانون الوطني، فيدخل الأخير مفهوم القانون الذي تشكّل مخالفته سبباً للنقض.

إذاً، وبحسب هذا الاتجاه نكون أمام المعادلة الآتية:

- قانون أجنبي يُلزم من يتمسك به إثباته، يعتبر واقعة مادية غير قابلة للطعن.
على خلاف،

- قانون وطني لبناني لا يُطلب إثباته يعتبر قانون تشكّل مخالفته سبباً للنقض.

(١) حلمي محمد الحجّار، أسباب الطعن بطريق النقض، المرجع نفسه، صفحة ٤١٤.

(٢) تمييز مدني، قرار رقم ٣٦ تاريخ ١٩٥٧/٠٥/٢٠، الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية - الجامعة اللبنانية. "...حيث على فرض أن مخالفة القانون الأجنبي هو سبب من أسباب نقض الحكم تحت اعتبار أنّه عندما يدعو القانون الوطني تطبيق أحكام القانون الأجنبي يكون كأنه تنبئ هذا القانون في المسألة التي عيّنها بالتخصيص وبالتالي تصبح مخالفة القانون الأجنبي كأنها مخالفة للقانون الوطني."

(٣) حلمي محمد الحجّار، أسباب الطعن بطريق النقض، الجزء الأول، المرجع المذكور صفحة ٤١٥.

ناهيك عن أنّ طرق إثبات القانون الأجنبي تختلف عن تلك المعتمدة لإثبات واقعة ماديّة، فإنّ عدم إثبات الواقعة الماديّة يؤدي إلى ردّ الدّعى في حين أنّ عدم إثبات القانون الأجنبي يؤدي فقط إلى تطبيق القانون اللبناني بدلاً من القانون الأجنبي^(١).

إذا جارينا هذا التحليل عند تطبيق أحكام المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. فيتقاعس من يتذرّع بالقانون الأجنبي عن إثبات مضمونه من دون أن يقدّم الدليل على استحالة إثباته^(٢)، يمكن للمحكمة حينها أن تقرّر وقف الدّعى لمدة معيّنة تقدّرها تُلزم خلالها الشّخص بتقديم الدليل على القانون الأجنبي المتذرّع به سنداً لأحكام المادّة ٥٠٤ من قانون أ.م.م. ولكن ماذا لو استمرّ التقاعس عن الإثبات إلى أجل غير مسمّى؟

يرى البعض أنّ على المحكمة ردّ الدّعى لعدم الثبوت، كما أنّ القاضي لا يستطيع تطبيق القانون اللبناني كبديل عن ضائع وذلك لأسباب جمة:

- "عدم وجود قانون مدني موحد يرفع قضايا الأحوال الشخصية في لبنان.
- تعدّد القوانين الدّينية الحاكمة هذا الإطار.
- فقدان المعيار الواضح الذي يسمح للقاضي اللبناني انتقاء القانون الواجب إعماله من بين عددٍ هائل من التّشريعات الدّينية المنظّمة في قضايا الأحوال الشخصية"^(٣).

لذلك نحن أمام إشكاليّتين في هذا الصّدّد، الأولى هي حالة تعذرّ إثبات مضمون القانون الأجنبي، والثانية هي تعذرّ تطبيق القانون اللبناني. هل علينا إذاً معاودة سلك المسار التقليدي واعتبار القانون الأجنبي واقعة ماديّة ما يحتمّ ردّ الدّعى في الحالة التي يتعذرّ فيها إثباته؟

لقد أوجد القضاء حلولاً عمليّة وطرقاً يسدّ من خلالها النقص التّشريعي لم ينص عليها القانون صراحةً إنّما القضاء اعتمدها كوسائل للاطلاع على مضمون القانون الاجنبي والتي سنستذكرها بشكلٍ مقتضب. هذه الحلول العملية تتمثل بالشهادة العرفيّة، التّرجمات الرسمية، أحكام القضاء الأجنبي والإجابة القضائيّة^(٤) فيتخطى القضاء الإشكاليّة باعتماده أحد أو مجموع هذه الأساليب حسب الحالة.

(١) حلمي محمد الحجّار، أسباب الطعن بطريق النّقض، المرجع نفسه صفحة ٤١٦.

(٢) جون قرّي، الزّواج المدني، القاضي اللبناني في مواجهة قوانين العالم، بيروت ٢٠٠٧، صفحة ١٦٩.

(٣) جون قرّي، المرجع المذكور، صفحة ١٧٠.

(٤) للتوسّع في ذلك، جون قرّي، المرجع نفسه، صفحة ١٧١.

الفصل الثاني: مجال تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزواج.

أخضع المشرع اللبناني شكل الزواج الحاصل في الخارج لقانون بلد الإبرام، أمّا الأساس فأخضعه لقانون الزوج إذا كان يقبل بشكل الزواج ومفاعيله، وإلا فلقانون المدني.

في الحالة الثانية استعان الاجتهاد بقانون محل الإبرام ووسّع في مجال تطبيق القاعدة المعيّنة الأولى^(١) التي أرشدت إلى " قانون بلد الإبرام "، كيما تشمل نواحي تطبيقها القاعدة المعيّنة الثانية^(٢) رغم أنّ الأخيرة أشارت صراحةً إلى تطبيق "القانون المدني". والسبب في الحل المعتمد بسيط وهو ذرع القاضي الوقوع في "فوهة الكهف" واستبعاد الشك في القانون المدني المفقود والواجب إعماله، فكان لا بدّ للقاضي أن يتجاوز هذا الفراغ باعتماده فكرة "الخضوع التلقائي"^(٣) أي إخضاع شكل الزواج ومفاعيله لقانون واحد وهو قانون بلد الإبرام. وفي مقدمة لا بد منها، كيما نكون على بينة من موضوعنا، يقتضي تمييز الشروط الشكلية عن الشروط الموضوعية (الأساسية) لعقد الزواج:

يقصد بشكل الزواج، الإجراءات التي يطلبها القانون لإظهار الإرادة إلى الخارج، ويدخل في صلبها: إبرام العقد، السلطة الصالحة لإجرائه، الإعلان السابق للزواج، الاعتراضات التي يقدمها الغير على جوازية إجرائه، حضور الشهود ومدى تأثيره على صحة العقد أو اثباته^(٤).

والحقيقة أنّ التعريف المقصود بشكل الزواج كان مسار خلاف فقهي انبثق عنه اتجاهين، ونحن بدورنا نتساءل فيما لو كان الشكل الخاضع لقانون البلد الذي احتفل بموجبه الزواج هو تعبير يمثل إرادة الاقراء أنفسهم أم أنّه تعبير يمثل إرادة المشرع الأجنبي؟ سيّما أنّ القانون اللبناني ما كان ليعترف بصحة الزيجات الحاصلة في الخارج فيما لو لم تتبّع الأشكال المقررة في بلد الإبرام.

يرى جانب من الفقه أنّه لا يتصور وجود شكلية إلا إذا كان هناك شكل محدّد يلتزم الفرد التقيّد به، أي أن يكون هناك تنظيمًا وضعيًا يفرض شكلاً معيناً للتعبير عن الإرادة ليس لصاحبه اختيار سواه.

اتّجه فريق آخر إلى اعتبار أنّ الإرادة شيء خفي لا يمكن التماسها إلا بعد إظهارها إلى الوجود المادي وهذا الظهور لا يتم إلا بالتعبير عنها، وهذا التعبير ما هو إلا شكلاً للتصرف القانوني^(٥).

(١) نقصد بالقاعدة المعيّنة الأولى: الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر الصادر بتاريخ ١٣ آذار سنة ١٩٣٦ والمعدّلة بموجب القرار ١٤٦ الصادر بتاريخ ١٨ ت ٢ سنة ١٩٣٨.

(٢) نقصد بالقاعدة المعيّنة الثانية: الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر الصادر بتاريخ ١٣ آذار سنة ١٩٣٦ والمعدّلة بموجب القرار ١٤٦ الصادر بتاريخ ١٨ ت ٢ سنة ١٩٣٨.

(٣) سامي منصور، تعليق على قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز، رقم ٣ ت ١١/٢/١٩٩٧، صفحة.

(٤) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٤٦٢ منقول عن مصطفى منصور، القانون الدولي الخاص، محاضرات مطبوعة على الآلة الكاتبة لطلاب السنة الرابعة من قسم الحقوق، الجامعة اللبنانية، بيروت، ١٩٧٦، صفحة ٢٥٦.

(٥) وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، جامعة بابل، كلية القانون، منشور في مجلة المحقق المحلي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد رقم ٣، عدد ١، ٢٠١١، صفحة ١٠-١١ <https://www.iasj.net/iasj/pdf/7bb0f7f0fc8aa78d>

من وجهة نظرنا، يجب التمييز بين حالتين: الأولى، هي إرادة الأفراد الحرة في اختيار شكل الزواج الذين يريدون المثول لقوانينه عند عقد زواجهم في الخارج، بتعبير آخر الطريقة الدينية أو المدنية التي يتم الاحتفال بالزواج وفقاً لها وهي غير مقيدة بشرط أو إلزام.

والثانية، هي الشروط الشكلية لهذا الزواج التي يطلبها قانون البلد وهي ملزمة بالنسبة للزوجين، ولكنها ليست مجردة ذلك أن عقد الزواج لا ينعقد ولا يكون له من أساس لمجرد استيفاء الشكل، بل لا بد من توافر باقي الأركان العقدية المتمثلة بالشروط الموضوعية. إن الشكلية في العقد عبارة عن أسلوب محدد للتعبير عن الإرادة المفروضة، أي أنه قيد على الإرادة ويكون هذا القيد قانونياً إذا فرض من قبل المشرع، وقد يكون هذا القيد اتفاقياً إذا ما اتفق الطرفان صراحةً عليه. نعتبر أن الشكل وإن كان عنصراً جوهرياً في عقد الزواج فإنه لا يغني بآية حال عن الإرادة، بل يؤكدتها.

إن تدرج المستأنف عليها وطلبها إعلان بطلان الزواج سناً لقانون الزواج القبرصي عملاً بالبند ٢١ من هذا القانون، والذي ينص على أنه لا يكون الزواج شرعياً (valid) إذا كان الفريقان معاً عن علم وقصد منهما قد رضيا بالاحتفال بالزواج من دون الاستحصال على الشهادات أو على الاذن المعطى من المحاكم حسب الأصول المنصوص عنها في هذا القانون (وهي تعتبر من الشروط الشكلية لانعقاد الزواج بحسب هذا القانون)، وجاء النص في صيغته الإنكليزية:

"No marriage celebrated in Cyprus after this law takes effect shall be valid if both parties knowingly and willfully acquiesce in its celebration molar...or without either certificates or license duly issued under this law".

يتضح أنه يشترط معرفة الفريقين قبل عقد الزواج بضرورة الاستحصال على الشهادات أو الاذونات المطلوبة في القانون القبرصي وقصدهما مع ذلك الموافقة على إجراء الاحتفال بالزواج دون الاستحصال عليها... "و بما أنه من غير الثابت في الملف أن الفريقين المتنازعين وهما لبنانيان مسلم شيعي ومسيحية كانا على معرفة بأن القانون القبرصي يشترط الاستحصال على الشهادات أو الإذن لإجراء الاحتفال بالزواج، وبما أنه لم يثبت أنهما أقدا مع ذلك وعن قصد ووافقا على إجراء الاحتفال من دون الاستحصال عليها أو على أي منهما بتاريخ الزواج، فتكون الشروط المنصوص عنها في البند ٢١ غير متوافرة في القضية الزاهنة، وقد اعترفت المستأنف عليها صراحةً بأنها لم تطّلع على شروط عقد الزواج، كذلك لم يتم اطلاعها على هذه الشروط من قبل الجهة المختصة، فلا يكون الزواج غير شرعي ولا باطل ويكون تدرج المستأنف عليها كسند لمطالبتها بإبطال الزواج، غير واقع في محله ومردوداً مع طلبها المذكور..."^(١)

نستنتج أن القانون القبرصي في القضية الزاهنة لم يبطل الزواج المدني رغم مخالفته شرط شكلي متمثل بوجود استحصال الفريقين على الشهادات والإذن من المحاكم وبحسب الأصول المتبعة في ذلك البلد، ولكن

(١) محكمة الاستئناف المدنية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، القرار رقم ١٦٠ تاريخ ٢٠٠٤/١١/٠٩، مجلة العدل، ٢٠٠٥، العدد الأول، صفحة ١٠٥.

إضافةً إلى هذا الشرط أن يكون المتزوجين عالمين بمخالفتهما القانون وإلا اعتبر الزواج صحيحاً فيما لو كانا على غير علم بذلك.

أمّا فيما خصّ مسألة إثبات شكل الزواج فإنّها تدخل أيضاً طائفة الشكليات في عقد الزواج وتخضع إلى قانون الدولة الذي يطبق على آثار الأعمال التي يطلب إقامة الدليل عليها أو وفقاً لقانون بلد الإبرام بحسب صراحة المادة ١٣٩ من قانون أ.م.م. هذا القانون قد يكون واحداً إذا ما أخذنا بالحلّ القائل إنّ المقصود بالقانون المدني في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ هو قانون بلد الإبرام^(١).

يرى جانب من الفقه الفرنسي والمصري عدم ضرورة الأخذ بالدليل الذي يطلبه القانون الذي يحكم الشكل إذا كان قانون القاضي يسمح بإثبات التصرف بغير هذا الدليل^(٢).

نؤيد هذا الاتجاه لتوافقه مع هدف قاعدة المكان يحكم التصرف وعدالتها الخاصة فيما لو كان هناك تقنين مدني موحد في مادة الأحوال الشخصية يطبق على المواطنين في لبنان. فالقاعدة المذكورة ذات الطبيعة الاختيارية المتسمة بالمرونة تهدف إلى التسهيل والتيسير على المتعاقدين، فهي أساساً قائمة على اعتبارات عملية، وفي حال تعذر على المتعاقدين إثبات الدليل الذي يطلبه القانون الذي يحكم الشكل لكان من خير العدالة أن يأتي القاضي ليثبت التصرف بغير دليل إذا كان قانونه يتيح له ذلك.

وإذا نظرنا إلى قواعد الإثبات في قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني وانطلاقاً من نص المادة ١٤٢ نكون أمام احتمالين راعيين للمسألة أعلاه الا وهما:

- " أن يكون القاضي عالماً بالقانون الأجنبي أمام اتّساع ثقافته واهتمامه بالدراسات القانونية المقارنة واتّساع العلاقات فيما بين الناس التي تشمل جنسيات لا تعدّ ولا تحصى وتوقع في بلدان متعدّدة، فيطبق القاضي القانون الأجنبي بعد إحاطة أطراف النزاع علماً به احتراماً لمبدأ الواجهيّة.

- أن يكون القاضي على غير علمٍ بالقانون الأجنبي فيكفّ المتمسك به إثبات مضمونه وإبراز ترجمة قانونيّة وأصوليّة ورسميّة عند الاقتضاء. وفي حال أخفق المتمسك بهذا القانون مهمّة إثباته بعد بذل الجهود كان على القاضي أن يسجّل الاستحالة ويسببها ويردّ الدّعى لعدم الثبوت^(٣). وسبب الرّد يعود إلى عدم إمكانيّة القاضي تطبيق القانون اللبناني الوارد ذكره في المادة ١٤٢ فقرتها الثانية "إذا تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي فعلى القاضي أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني".

وعليه، أجاز القانون اللبناني للقاضي مساندة الأطراف عند تعذرهم إثبات القانون الذي يحكم شكل التصرف في الحالة التي يكون فيها ملماً بهذا القانون وأحكامه. كما وأجاز للقاضي عند تعذر إثبات مضمون القانون الأجنبي

(١) جون قرّي، المرجع المذكور، صفحة ١٤٨.

(٢) حفيظة السيد حدّاد، المرجع المذكور، صفحة ٣٨٩.

(٣) جون قرّي، المرجع نفسه، صفحة ١٦٩.

أن يحكم وفقاً للقانون اللبناني، إلا أن عائناً يبرز في استحالة تطبيق القانون اللبناني وذلك لعدم وجود قانون مدني موحد في مادة الأحوال الشخصية فهذا القانون هو بحكم غير الموجود، وعليه تكون المادة ١٣٩ من قانون أ.م.م ملزمة ولا يمكن إيقالها بأي استثناءات. لكن رغم ذلك، لا يمكن تصوّر مشكلة جدية في هذا المجال ذلك أن القاضي سيسهل عليه "فيما لو نوى" الوصول الى أي قانون في العالم يُطلب إثباته. هذا الامر بات سهلاً وميسراً بوجود الانترنت إذ يستطيع القاضي "بنقرة زر" تجوال أي قانون في المعمورة يكون موضوع إثبات أو نزاع وما من مانع يقف عارضاً بوجه ذلك سوى فتور همته وعود عزمته.

أما الشروط الموضوعية هي ما يتوقف وجود الشيء على تحقيقها^(١) أي الشروط الأساسية للزواج بوصفه عقداً كالرضى والأهلية، وبصفته مؤسسة قانونية كعدم وجود موانع للزواج، مدى وجوب موافقة الأهل لصحة إبرام العقد، أحكام البائنة والمهر والمرجع الصالح للتريخ بالزواج^(٢). يتبين أن الشروط الموضوعية هي من ماهية العقد ومن أهم الشروط التي يتعلّق بها صحة الزواج أو بطلانه. كما أنه بعد تحديد الشروط الموضوعية وما يدخل ضمن نطاقها يتم تحديد القانون الواجب التطبيق عليها.

مثلاً إذا عُقد زواج بين لبنانيين ينتميان إلى إحدى الطوائف المعترف بها في لبنان فأنهما سيخضعان شروط زواجهما الشكلية والموضوعية لقانون طائفتها. أما زواج الأجانب وإن كانوا ينتمون إلى طائفة معترف بها ذات نظام في الأحوال الشخصية، فإنهم يخضعون في شؤون أحوالهم الشخصية لأحكام قانونهم الوطني. هذا في حال أبرم الزواج في لبنان. (سنداً لأحكام المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر) أما إذا أبرم الزواج في الخارج بالشكل المدني فتخضع الشروط الموضوعية لعقد الزواج بين مسلمين لقانونهم الشخصي.

بينما يخضع أبناء الطوائف المسيحية للقانون الذي يرضى أحكام آثار الزواج، حيث قضت الغرفة الابتدائية في المتن وفق هذا السياق بأن "... القضاء المدني هو المولج وصاحب الاختصاص في مقاربة المنازعة عندما يكون فريقها لبنانيين، غير محمدين، متزوجين في الخارج وفقاً للصيغة المدنية المعتمدة (استناداً لأحكام المادة ٧٩ من قانون أ.م.م)، وحيث عليه، يغدو القانون المدني الاميركي هو المستوجب التطبيق مع قيام عقد الزواج المدني المطلوب فسخه في ولاية ماساشوستس الولايات المتحدة الاميركية..."^(٣).

وقد يحصل بعض التداخل بين شروط الشكل وشروط الأساس، فيستعين القضاء الوطني بالقانون الأجنبي بغية تصنيف العلاقة القانونية وشروطها، وتعيين الفئات الداخلة مفهوم الشكل والأخرى المتعلقة بالأساس. يرجع الأخير إلى قانون بلد الإبرام في هذه الحالة لبيان مدى توافر شروط صحة الزواج من الناحية الشكلية إذا كان

(١) حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥، صفحة ١٠٦.

(٢) جون قزّي، المرجع المذكور، صفحة ١٥١.

(٣) الغرفة الابتدائية في المتن، قرار رقم ١٥٤، الصادر في ٢٠١٧/٠٨/٢٩ " عادت المحكمة في فسخ الزواج إلى قانون العلاقات العائلية في ولاية ماساشوستس الأميركية الذي لحظ في باب الأحكام العامة المادة الأولى منه تحديداً لحالات الطلاق ومنها امعان أحد الزوجين بصورة كافية وفادحة ومتعسفة في رفض تأمين الإعالة والمعيشة المناسبة لأمر الزوج الآخر، وانتهيار الزواج بصورة نهائية لا يمكن معها التسوية حسبما تنص عليه الفقرتان (أ) و(ب) بشرط مفاده بأن حكم الطلاق يصدر رغم توفّر الأسباب لدى كل من الفريقين ولا تسمح المحكمة بالتقدم باتهام مضاد". عفيف شمس الدين، المصنّف السنوي في القضايا المدنية، تصنيف للاجتهايات الصادرة خلال عام ٢٠١٧، منشورات زين الحقوقية، بيروت ٢٠١٨، الطبعة الأولى، صفحة ٣٣٨-٣٣٩.

هذا البلد يقرّر إخراج الزّواج بشكل أو بوسيلة معيّنة كالسّجيل المدني مثلاً. إلّا أنّ التّصنيف يبقى بالنتيجة عمل قاضي التّزّاع ويتم على أساس مفاهيمه القائمة وإنّ أمكن الاستعانة بقانون العلاقة لتوضيح معالمها^(١).
يصفها البعض بأنّها عمليّة استدلال عقلي يستعين فيها القاضي بثقافته ومعرفته القانونيّة متمتّعاً بقسط من الحرّيّة والاجتهاد وهو بهذا الاستدلال يضع القماش القانوني الأجنبي في أحد أدراج نظامه الوطني^(٢).

من منحى آخر، نعتقد أنّ التّوسع في مجال تطبيق الفقرة الأولى من المادّة ٢٥ من خلال تطبيق قانون بلد الإبرام على أساس الزّواج رغم أنّ النّص أشار إلى تطبيق القانون المدني في الحالة التي يرفض قانون الزّوج شكل ومفاعيل الزّواج كما هي حاصلّة في بلد الإبرام، يدخل في مجال استعانة القضاء الوطني بالقانون الأجنبي، ليس فقط لدرد القاضي من الوقوع في مغبّة الفراغ وإنّما أيضاً حقّه في تصنيف علاقة تعترضه تخرج عن مفاهيمه المرتكزة في نظامه الداخلي^(٣) فلا يسعه سوى الاستعانة بالقانون الأعجمي الذي جرى الاحتفاء بالزّواج وفقاً لقوانينه وتطبيقه على شروط الزّواج ومفاعيله.

لقد أوجد الفقه والاجتهاد مبررات عديدة لتطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزّواج على الشّروط المبسوطة أعلاه بعد أن اختلفوا في تفسير مفهوم " القانون المدني " الوارد في الفقرة الثّانيّة من المادّة ٢٥ موضوع الدّراسة. بناءً على ذلك، يجب أن نميّز في بحثنا مجال تطبيق القاعدة على الشّروط التي تحكم زيجة " لبنانيين " (بند أوّل) وبين مجال تطبيق القاعدة على الشّروط التي تحكم زيجة " لبناني وأجنبي " (بند ثانٍ).

بند أوّل: مجال تطبيق القاعدة على الشّروط التي تحكم زيجة " لبنانيين ".

اتّحدت الآراء الفقهيّة حول مدلول القانون المدني الذي يخضع له أساس الزّواج المبرم في الخارج تارةً وتضاربت طوراً، إلّا أنّ الاجتهاد سار على تطبيق قانون مكان الإبرام على شكل الزّواج وأساسه، ونحن هنا بصدد تبيان ما تيسّر لنا من الآراء والاجتهادات في هذا المضمار وموقفنا حيالها، من خلال عرض اتّجاهين مختلفين: اتّجاه يلتزم بتوحيد قاعدتي الشّكل والأساس (الفقرة الأولى) واتّجاه آخر يلتزم باستكشاف مؤشّرات الإرادة الصّريحة أو الضّمنية (الفقرة الثّانية) عند بحثهم في القانون الواجب التطبيق على أساس الزواج المبرم في الخارج.

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٢٦٩.

(٢) عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، المرجع المذكور، صفحة ١٦١.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٢٦٨.

الفقرة الأولى: اتجاه أول يلتزم بتوحيد قاعدتي الشكل والأساس.

إنّ ضرورات التحليل تملّي علينا العودة إلى الأساس القانوني الذي يحكم مجال تطبيق القاعدة المنصوص عليها في المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. صحيح أنّ المادة في فقرتها الأولى أقرت بصحة الزيجات الحاصلة في بلد أجنبي وأخضعتها لقانون مكان الإبرام، إلا أنّ المادة عينها لم تكن جازمة في فقرتها الثانية في إخضاع مفاعيل الزواج لنفس قانون البلد الذي جرى فيه التصرف، وأنما عيّنت " القانون المدني " دون غيره من القوانين فيما لو لم يقبل قانون الزوج شكل الزواج ومفاعيله.

إذاً، لماذا أجمعت معظم الآراء الفقهية على دمج شروط الزواج بمفاعيله وتطبيق قانون بلد الإبرام كقانون أحاديّ مانع للازدواجية إن صحّ التعبير رغم أنّ المادة ٢٥ ميّزت بين قانون الشكل وقانون الأساس؟

يرى البعض أنّ زواج لبنانيين في الخارج يخضع للقانون المدني إذا كان قانون الأحوال الشخصية التابع له الزوج رافضاً لشكل ومفاعيل الزواج كما هو حاصل في بلد الاحتفال، وما قصد في هذه الفقرة هو القانون المدني اللبناني. إلاّ أنّه إزاء عدم وجود قانون مدني لبناني موحد يرفع مسائل الأحوال الشخصية عموماً والزواج خصوصاً اضطر الفقه والقضاء الغالب في لبنان الاستعانة بالقانون الأجنبي، وتحديدًا قانون مكان الإبرام وذلك لسدّ النقص التشريعي في هذا المجال^(١).

اعتمد البروفسور إميل تيان تحليلاً مختلفاً بقوله إنّ الفقرة الأولى من المادة موضوع الدراسة خلت من أيّ تضييق أو تحديد فأخضعت شروط الزواج الشكلية والموضوعية لقانون بلد الإبرام. غير أنّ التقييد ما لبث أن ظهر في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ عندما أشارت إلى تطبيق "القانون المدني" واعتبر أنّ هذا التقييد في القاعدة أنّما هو تقييد مشروط بوجود القانون المدني اللبناني الذي تخضع له تلك الحالة المستثناة من القاعدة، وطالما أنّ هذا الشرط غير متحقّق فالقانون المدني اللبناني لم يوضع بعد فإنّ الاستثناء يبقى استثناء نظري غير مطبّق مما يفرض الرجوع إلى القاعدة وهي إخضاع الزواج لقانون مكان الاحتفال به^(٢). ولقد اقرت الأكثرية الساحقة هذا الموقف واستقر عليه الاجتهاد في قضائه^(٣).

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع نفسه صفحة ٤٨٨.

(٢) سامي منصور، تعليق على قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز، رقم ٣ ت ١٩٩٧/٢/١١، شارحاً موقف البروفسور إميل تيان، الوجيز في القانون المدني الخاص (بالفرنسية) رقم ١٧٢.

(٣) الغرفة الابتدائية في المتن، قرار رقم ١٥٤، الصادر في ٢٩/٠٨/٢٠١٧، المصنّف، ٢٠١٧ المرجع المذكور، بنفس المعنى محكمة الدرجة الأولى، قرار رقم ٤٢، تاريخ ١٠/٠٦/٢٠٠٩، مجلة العدل، عدد ٢، ٢٠١٠، صفحة ٧٦٠-٧٦٣ "... للمحاكم المدنية صلاحية النظر بالمنازعات الناشئة عن الزواج المدني المعقود في الخارج بالصيغة المدنية وبصار إلى تطبيق قانون محل انعقاد الزواج سناً للقاعدة الكلية locus regit actum. إنّ القانون الواجب التطبيق في حال تنازع القوانين في الزمان، القانون الساري عند انعقاد الزواج ام عند تقديم الدعوى، اي القانون الجديد، وحيث يعتبر الزواج مؤسسة ذات كيان خاص وليست مجرد عقد عادي، بصار إلى تطبيق فوري للقانون الجديد على الزيجات المنعقدة قبل سريانه وفي حالة صعوبة تحديد المسؤولية عند انحلال الرابطة الزوجية بصار إلى إلزام الفريق الأكثر ملاءة بالتعويض..." انظر أيضاً، تمييز مدني، هيئة عامّة، قرار رقم ٣٦، تاريخ ١٩/١٢/١٩٦٤، باز، ١٩٦٤ صفحة ١٤٩ " أخضعت الزواج المدني المعقود في فرنسا في الشكل والاساس للقانون الفرنسي ذلك أنّ نظام الأحوال الشخصية التابع له الزوج لا يقبل بشكل الزواج ولا بمفاعيله الناتجة عن القانون المحتفل بالزواج وفقاً له". وفي نفس السياق راجع تمييز مدني، الغرفة الثانية القرار رقم ١ الصادر في ٢٠/٠٦/١٩٨٠، مجلة العدل، ١٩٨٠، صفحة ٨٩. أيضاً تمييز مدني قرار رقم ٨٠ الصادر في ١٠/٠٦/١٩٧٣، حاتم، جزء ١٤٦ سنة ١٩٧٣ صفحة ٥٤ ومنتشور على موقع المعلوماتية القانونية في الجامعة اللبنانية، بنفس المعنى استئناف مدني القرار رقم ٦ الصادر في ١٢/٠٤/١٩٧٢، النشرة القضائية اللبنانية رقم ٦ سنة ١٩٧٢ صفحة ٥٤٨-٦٥١ منشور أيضاً على موقع المعلوماتية المرجع المذكور. (اوردنا في هذا المجال اجتهادات حديثة واجتهادات أخرى قديمة لتبيان الاستقرار الاجتهادي في الموضوع).

تعقيباً على ما ورد أعلاه، نعتقد أن وصف الحالة المستثناة أنها قائمة على شرط غير متحقق يدفع بنا إلى العودة لاستقراء نية المفوض السامي عند وضعه القرار ٦٠ ل.ر، فهل فعلاً علق إخضاع زواج اللبنانيين في الحالة التي لا يقبل قانون الزوج شكل الزواج ومفاعيله على شرط معلق يتحقق بوجود تقنين مدني لبناني عادي بصورة مستقبلية وغير أكيدة؟^(١) وهل إن النسف التطبيقي للاستثناء الوارد في القاعدة كان مرده عدم تحقق الشرط باعتبار أن أساس تطبيق الاستثناء معلق على شرط؟!

إنه لمن المعلوم أن الشروط الموضوعية تخضع للقانون الشخصي^(٢). حيث نصت المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر. فقرتها الأولى: "يخضع السوريون واللبنانيون المنتمون إلى الطوائف المعترف بها ذات الأحوال الشخصية لنظام طوائفهم الشخصي ولأحكام القانون المدني في الأمور غير الخاضعة لهذا النظام".

نستنتج ضمناً أن الزواج المدني الحاصل في الخارج يدخل قبيل الأمور غير الخاضعة للنظام الطوائفي المعترف بها في لبنان ويطبّق عليه القانون المدني. وهذا القانون غير معلق على شرط أو أجل وغير مقترن بتحقق أحدهما كما يصار إلى تطبيق القاعدة. كما أننا نؤيد الوجهة التي تورد أن القواعد يختلف تطبيقها باختلاف موضوعها فليس هناك قاعدة واستثناء على النحو الذي أشار إليه البروفيسور تيان وإنما هناك قاعدة الشكل التي تخضع لأحكام الفقرة الأولى من المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر وقاعدة الأساس التي تخضع لأحكام الفقرة الثانية منها^(٣).

من هذا المنطلق، رأى البعض أن على القضاء المدني تطبيق قانون الأحوال الشخصية الذي ينتمي إليه الزوجان بمعزل عن النص الذي لا يعترف بالزواج المدني (المادة ١٦ قانون ٢ نيسان ١٩٥١) كما في زواج المسيحيين مدنياً في الخارج، فيصبح زواجهم بحسب هذه الوجهة خاضعاً لأحكام الشريعة الكنسية كما هو الحال بالنسبة إلى زواج المسلمين مدنياً في الخارج الذي يخضع لأحكام الشريعة الإسلامية.

فالمادة ٢٥ تشير إلى تطبيق القانون المدني اللبناني، ولحين صدور هذا القانون يقتضي إعمال نظام الأحوال الشخصية إعمالاً للقواعد العامة في الموضوع، الأمر الذي سيؤدي إلى عدم التمييز في زيجة اللبنانيين في الخارج على اختلاف طوائفهم، كما يؤدي إلى عدم التمييز بين زواج الأجانب في لبنان وزواج اللبنانيين في الخارج.

(١) نصت المادة ٨١/ من قانون الموجبات والعقود: "أن الشرط عارض مستقبل غير مؤكد يتعلّق عليه تولّد الموجب أو سقوطه ويكون له مفعول رجعي إلا إذا تحصل العكس من مشيئة الفريقين أو من ماهية الموجب".

- راجع جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، الجزء الثاني، طبعة ثمانية منقّحة، بيروت، ١٩٩٤، صفحة ٣٣. " الشرط الموقف هو الذي يوقف إنشاء الموجب على حدوث واقعة مستقبلية وغير أكيدة".

(٢) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٤٧٣.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، صفحة ٥٣٥.

عليه، يقتضي تطبيق قانون مكان الإبرام على شكل الزواج من دون أن يتجاوز ذلك إلى أساس الزواج لأنّ المشترع لو أراد تكريس ذلك لكان أقرّ القانون المدني المشار إليه صراحةً في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.^(١).

نعتمد أنّ الحلّ العادل لا يكون بإلغاء أو إهمال المادة ١٦ من قانون ١٩٥١ التي اعتبرت " أنّ كل زواج يجريه لبناني ينتمي إلى إحدى الطوائف المسيحية أو إلى الطائفة الإسرائيلية أمام مرجع مدني باطلاً، على حساب أحكام مادة أخرى (المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر) لأنّ من شأن ذلك المسّ بمعتقدات طائفة لا تؤمن بغير الزواج الكنسيّ حيث تعتبره عقد مقدّس وترفعه إلى درجة الأسرار المقدّسة السبعة ولا يتم سوى على يد أحد رجال الدين، وهو يختلف عن الزواج المدنيّ المحرّر من كلّ قيد ما عدا القانون. على هدى ما تقدّم، لا نرى أنّ تطبيق قوانين طائفية على عقد زواج مدنيّ سينسجم مع طبيعة هذا الزواج، اللّاطائفي في النشأة والآلية.

من منحى آخر، بادر الباحث طلال الحسيني إلى تحليل استقامة دلالة نصّ المادة ٢٥ في اللّغة وفي المنطق مستدرك حدود التفسير واتجاهاته وقال أنّه كان بإمكان المفوض السامي أن يضيف جنسيّة القانون المدني الوارد في الفقرة الثانية من المادة ٢٥ كقوله " القانون المدني اللبناني " أو " القانون المدني الفرنسي " أو " القانون المدني الذي سيصدر لاحقاً " فلماذا انكفاً عن هذا الوصف السلس الذي يكفي اللبنانيين شرّ التأويل؟

عند تعليقه السبب، وجد أنّ المفوض السامي لم يضع قانوناً من هذا النوع ولا وجود لقانون من هذا النوع، فهذا القانون هو القانون الوحيد الموجود، في ذلك الأفق، وفي ذلك الوقت وهو بالنسبة إلى المشترع الفرنسي والثقافة الفرنسية ولجمهور القانونيين " ذلك القانون لا ريب فيه " فلا حاجة إلى دفع الالتباس لئلا يكون المقصود هو القانون المدني الإنكليزي مثلاً^(٢)!

وغني عن البيان، أنّ في لبنان تشريعات مدنيّة للزواج وليس تشريعاً واحداً، هذه التشريعات أجنبيّة الوضع تحكم الحياة الزوجية للبنانيين على الأراضي اللبنانيّة بالقانون وبالفعل وتصدر المحاكم اللبنانيّة الأحكام بموجبها باسم الشعب اللبناني. لكنّها وبفعل القاعدة التي تنص عليها المادة ٢٥ أصبحت جزءاً من القانون اللبناني والفرق هو في أساس صحّة هذه القواعد وليس في وجودها أو انعدامها^(٣).

إلا أنّ هذا الواقع لا يجنب فكرة استبعاد القانون الاجنبي المحتفل في ظلّه بالزواج عندما يخالف النظام العام اللبناني. بتعبير آخر يجب ألا يكون القانون المطبّق والمختص (قانون بلد الإبرام) مخالفاً للنظام العام اللبناني وليس النظام العام الطوائفي.

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، صفحة ٥٣٧-٥٣٨-٥٤٠.

(٢) طلال الحسيني، المرجع المذكور، صفحة ٩٧.

(٣) طلال الحسيني، المرجع المذكور، صفحة ٩٥-٩٦.

وفي حال مخالفته بعض النواحي دون البعض الآخر تُستبعد النواحي الأولى المخالفة دون غيرها من حيّز التطبيق^(١).

اعتبر البعض الآخر أنّ الأمر في لبنان واضح وتمّ تمييز الحالات الزوجية التي دخلت مفهوم القاعدة. فزواج اللبنانيين خارج لبنان يخضع في مفاعيله لقانون العقد الذي رعاه سواء أكان قانوناً طائفياً أم قانوناً مدنياً بالنسبة إلى المسيحيين. أمّا إذا كان الزوجان مسلمين فإنّ مفاعيل الزواج تبقى خاضعة للشريعة الإسلامية سواء انعقد وفقاً لهذه الشريعة أم تمّ مدنياً. أمّا في حال أبرم الزواج في الخارج بين شخصين أحدهما مسلم والآخر غير مسلم فيطبق قانون انعقاد الزواج^(٢).

برأي العميد الدكتور خليل الدحاح أنّ تطبيق قانون العقد يحظر ازدواجية ويمنع التناقض فيما بين التشريعات ويبعد اللبس والإبهام لدى المتزوجين، فهما يعلمان منذ اللحظة الأولى القواعد الواجب التقيد بها سيان تلك المتعلقة بالشكل أم بالأساس^(٣). ويضيف أنّ تطبيق قانون العقد من شأنه أن يخفف قيود الطائفية ويعزز العيش المشترك والمواطنة الفعلية لا النظرية وحسب وبذلك تضحل الكيفية والمزاجية والقيود التي تفرضها أحياناً القوانين الطائفية مستدركاً في موقفه الفائدة الاجتماعية والإنسانية والبعد الأخلاقي للاحتذاء بالقاعدة وتطبيقها على شكل الزواج ومفاعيله.

إنّ ما يميّز هذا التحليل هو ضرورة فهم واستدراك القاعدة ليس فقط بتفسيرها تفسيراً قانونياً نظرياً محضاً وإنّما استقصاء البعد الفلسفي والاجتماعي والعملي، فنظن بذلك عدالة القاعدة والغاية المتوخاة من تطبيقها. كما ونرى أنّ تطبيق قاعدة المكان يحكم التصرف على شكل الزواج ومفاعيله في الحالة التي لا يقبل قانون الزوج هذا الشكل وتلك المفاعيل كان بهدف الابتعاد والامتناع عن أي أسلوب من أساليب التحكم والتهمك لحقّ أساسي مكرّس دستورياً^(٤) دون مسوّغ مشروع أو المداورة بغية تقييد هذا النصّ واعتبار تحقيقه مستحيلاً لحين استصدار قانون مدني لبناني عادي للأحوال الشخصية. فكان على القاضي أعمال القاعدة والمبدأ العام كيما يحقّق الحقّ ويسدّ الفراغ الذي هو مولج أساساً بسدّه حالة انتفاء النصّ.

(١) محكمة التمييز المدنية، القرار رقم ٤٦، الصادر في ١٢/٢٧/١٩٧٢، كساندر الإلكتروني، IDREL PRIME. "إنّ إجماع الطوائف الشخصية في لبنان على مسألة من مسائل الأحوال الشخصية يعتبر بمثابة نظام عام لبناني وليس نظام عام محدد لطائفة معينة، عليه وبما أنّ الطوائف الشخصية جميعها تستبعد أي تحديد قانوني للنقطة الواجبة للزوجة، فيترك أمر تقديرها للقاضي على ضوء الظروف الاقتصادية ووضع الزوجين المادي، بالتالي استبعاد قانون لترينيداد (الأجنبي) الذي طبقته محكمة الاستئناف باعتباره مخالف للنظام العام اللبناني".

(٢) خليل الدحاح، مبادئ القانون الدولي الخاص، ٢٠٠٦، صفحة ١٥٨.

(٣) خليل الدحاح، المرجع المذكور، صفحة ١٥٧.

(٤) الدستور اللبناني الصادر في ٢٣ أيار سنة ١٩٢٦ مع جميع التعديلات التي أقرت في مجلس النواب اللبناني وفقاً لوثيقة الوفاق الوطني اللبناني (اتفاق الطائف) ١٩٩١.

- ينصّ الدستور في المادة السابعة من هو على ما يأتي: "كل اللبنانيين سواء لدى القانون وهم يتمتعون بالسواء بالحقوق المدنية والسياسية ويتمثلون الفرائض والواجبات العامة دون ما فرق بينهم".

- ينصّ القانون نفسه في المادة التاسعة: "حرية الاعتقاد مطلقة والدولة بتأديتها فروض الإجلال لله تعالى تحترم جميع الأديان والمذاهب وتكفل حرية إقامة الشعائر الدينية تحت حمايتها على ألا يكون في ذلك إخلال في النظام العام وهي تضمن للأهلين على اختلاف مللهم احترام نظام الأحوال الشخصية والمصالح الدينية".

- كما ينص في المادة السادسة عشرة منه على ما يأتي:

١. للرجل والمرأة متى إدراكا سن البلوغ، حقّ التزوج وتأسيس أسرة، دون أي قيد بسبب العرق أو الجنسية أو الدين. وهما متساويان في الحقوق لدى التزوج وخلال قيام الزواج ولدى انحلاله.

٢. لا يعقد الزواج إلا برضى الفريقين المزمع زواجهما رضاً كاملاً لا إكراه فيه.

٣. الأسرة هي الخلية الطبيعية والاساسية في المجتمع، ولها حقّ التمتع بحماية المجتمع والدولة."

إنّ الحلّ الذي يوحد شكل الزواج وأساسه المحتفل به في الخارج وجد مبرراته المنطقية والعملية على أبناء الطوائف المعترف بها في لبنان، ولكن سرعان ما يتبين فسادُه عند التطرق إلى الحقّ المنشئ لأبناء الحقّ العادي والذين لا ينتمون إلى طائفة فهم يخضعون للقانون المدني في مسائل أحوالهم الشخصية.

حيث نصّت المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر فقرتها الثانية: "يخضع السوريون واللبنانيون المنتمون إلى طائفة تابعة للحقّ العادي وكذلك السوريون واللبنانيون الذين لا ينتمون لطائفة ما للقانون المدني في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية".

بصراحة النص، نجد أنّ المشترع أورد أنّ أبناء الحقّ العادي أو غير المنتمين إلى طائفة يخضعون إلى "القانون المدني" وليس "قانون مدني" غير محدّد، فلام التعريف ما استخدمت عبثاً إنّما لتشير إلى أنّ المقصود هو كائن أو شيء (قانون) معروف لدى المتكلم أو المخاطب^(١).

ولقد اعتبرت الهيئة الاستشارية العليا أنّ المقصودين بالفقرة الثانية من المادة ١٠ وهم أبناء الحقّ العادي والذين لا ينتمون إلى طائفة في لبنان يستطيعون عقد زواج مدني على الأراضي اللبنانية وعلّلت موقفها بأنّه ليس في التشريع اللبناني نصوص تمنع إجراء هكذا زواج باستثناء نصّ وحيد هو نصّ المادة ١٦ من قانون ٢ نيسان ١٩٥١ فيما خصّ اللبناني الذي ينتمي إلى إحدى الطوائف المسيحية أو الإسرائيلية وهو لا يطبق على الذين لا ينتمون إلى طائفة. إذاً المبدأ هو تفعيل النصّ لا تعطيله فيقضي أعمال المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر. كما أوضحت الهيئة العليا أنّ القانون اللبناني يعترف بالزواج المدني المعقود في الخارج، وبالتالي فمن باب أولى أن يعترف بالزواج المدني المعقود في لبنان وذلك تطبيقاً لحرية المعتقد المؤكدة في الدستور من جهة، ولعدم تشجيع فكرة المداورة على القانون واللجوء الى خارج لبنان لعقد زواج مدني من جهة ثانية. ويكون الكاتب العدل هو المرجع الوحيد المختصّ لعقد الزواج المدني سنداً لأحكام المادة ٢٢ من نظام كتابة العدل. أمّا بالنسبة إلى النظام الذي يخضع له هذا الزواج اعتبرت الهيئة العليا أنّ حرية التعاقد هي ركيزة أساسية لقانون العقود اللبناني، وبما أنّه لا يوجد حالياً قانون مدني لبناني يرضى الزواج فلا بدّ من العودة إلى مبدأ حرية الإرادة وبالتالي حرية الزوجين في أن يختارا القانون المدني الذي سيرعى عقد زواجهما بالنسبة إلى آثار الزواج الشخصية والمالية^(٢).

بالعودة إلى نقطة الصفر، نقول ذلك لأننا أمام جواز قانوني حرّصت الهيئة الاستشارية العليا على اظهاره وعرقلة واقعية متمثلة في عدم إمكانية إيجاد قانون لبناني مدني يحكم شروط الزواج المدني ومفاعيله المعقود في لبنان، أي قانون ينظّم شروط صحته كتحديد السن القانونية للزواج واختلاف جنسية طالبي الزواج وموانع الزواج وغيرها من الشروط كما وعدم إيجاد قانون يطبّق على مفاعيل هذا الزواج.

(١) لطلال الحسيني، المرجع المذكور، صفحة ٧٠-٧١ "إن معنى التعريف بالألم في اللغة لا يخرج عن ثلاثة: الدلالة على الفردية أو على الجنسية، أو على الماهية. أمّا من حيث التحليل المنطقي فالمركب الوصفي " القانون المدني في الأمور المتعلقة بالأحوال الشخصية" إنّما أن يكون استخدامه يحدّد عين أيّ قانون مدني يعينه الفرنسي مثلاً، وإمّا يحدّد جنسه كالفرنسي القبرصي السويسري... وإمّا يحدّد ماهيته أي لمجموعة أحكام تتصف بالمدينة وتستوفي الغاية من القانون بالإحاطة المعقولة بمجاله أي بالأحوال الشخصية".

(٢) الهيئة الاستشارية العليا في وزارة العدل (مؤلفة من المدير العام لوزارة العدل عمر الناطور ورئيس معهد الدروس القضائية د. سامي منصور ورئيس هيئة القضاة د. مروان كركبي): فيما خصّ الزواج المدني لغير المنتمين إلى طائفة استشارة صادرة بناءً على طلب وزير العدل بتاريخ ٢٠١٣/٠١/١٦ عقب الرأي الصادر عن هيئة التشريع والاستشارات الصادر بتاريخ ٢٠١٢/١٢/١٠ www.justice.gov.lb

صحيح أنّ الهيئة الاستشارية سمحت بممارسة حق اختيار القانون الذي سيطبّق على الشّروط الشّكلية والموضوعية لعقد الزّواج المدني المبرم على الأراضي اللبنانية، ولكن نتساءل عن قانونية حقّ الأفرقاء اختيار القانون الذي يرضى زواجهما المدني المحتفل به في لبنان؟

علّق البعض على رأي الهيئة الاستشارية العليا واعتبروا " أنّ حلاً كهذا يتوافق مع اتّجاه القانون المقارن الى (عقدنة) الزّواج أي تحويله الى مجرد عقد قائم على مبدأ سلطان إرادة أطرافه.

إلا أنّ الحرية في اختيار القانون غير مطلقة بل هي تخضع إلى إطار محدّد من الرّوابط والشّروط: أولاً، إنّ حرية اختيار القانون محصورة بالأوضاع الدولية أي مشروطة بوجود تنازع قوانين في المكان. إنّ اختيار الزّوجين للقانون الفرنسي مثلاً يؤدي إلى "تدويل" عقد هو أساساً عقد لبناني %١٠٠ كوننا نتحدث عن عقد زواج مدني حصل على الأراضي اللبنانية فيما بين لبنانيين وأمام الكاتب العدل في لبنان.

ثانياً، إنّ حرية اختيار القانون محصورة بالقوانين التي لها صلة وثيقة بالزّوجين أو بأحدهما كقانون الدولة التي يقيم الزّوجان على أراضيها أو قانون الدولة التي يتمتّع أحد الزّوجين بجنسيتها فإنّ اختيار القانون الاجنبي يشكّل حتماً مفهوماً ذاتياً مطلقاً لحرية التعاقد وهو فائق الليبرالية بالنسبة لمادّة الزّواج^(١).

نستنتج أنّه وبحسب هذا الرّأي ونحن من مؤيديه، أنّه يستحيل تطبيق القوانين الخاصة بإحدى الطّوائف على عقد الزّواج المدني الحاصل بين أبناء الحقّ العادي أو بين الذين لا ينتمون لأي طائفة والمقيمين في لبنان فيما لو اتّجه الأفرقاء إلى اختيار قانون محل الإقامة، غير أنّنا نرى أنّه يمكن الاستفادة من الأحكام العامة في العقود المنصوص عنها في قانون الموجبات والعقود اللبناني، كشرط الاهلية للتعاقد، حيث يعتبر الشّخص الذي أتمّ الثامنة عشرة من عمره أهلاً للالتزام فإنّ بلوغ الإنسان هذا السن وإتمامه يشكّل قرينة على أنّه صار بإمكانه التمييز بين النّافع والضّار والسّهر على مصالحه الشّخصية وحمايتها تجاه نفسه والغير، فلا يقدم إلا على ما هو مفيد له وهو مدرك لذلك (المادّة ٢١٥ من قانون الموجبات والعقود)^(٢). كما واعتماد أحكام عيوب الرّضى من أجل إبطال زواج من شاب العيب رضاه ذلك أنّ عقد الزّواج هو عقد يتم بالتراضي بين الطرفين، وبالإيجاب والقبول كما باقي العقود رغم تمتّعه ببعض الخصوصية. ويمكن أيضاً الاستفادة من باقي الأحكام العامة (كموضوع العقد وسببه وعدم مخالفته النّظام العام والآداب العامة والأحكام القانونية التي لها صفة الإلزام، المادّة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود). فالذين لا ينتمون إلى طائفة لا يخضعون في ممارستهم حقّ الزّواج إلى أي قيد خاص وما عليهم من القيود سوى قيود النّظام العام والآداب الحميدة والدستور وحقوق الغير التي يضمنها الدستور والقوانين^(٣) لذلك يمكن الاستناد إلى هذه الأحكام العامة في قانون الموجبات والعقود كيما تحكم عقود الزّواج التي يجريها أبناء طائفة الحقّ العادي.

(١) ماري كلود نجم، عقد الزّواج وعقدنة التّولة، مجلّة المفكرة القانونية، العدد الثامن، تاريخ ٢٠١٣/٠٤/٠٢.

<https://legal-agenda.com/%d8%b9%d9%82%d8%af-%d8%a7%d9%84%d8%b2%d9%88%d8%a7%d8%ac-%d9%88%d8%b9%d9%8f%d9%82%d8%af%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d8%af%d9%88%d9%84%d8%a9/>

(٢) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأول، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة السادسة، صفحة ٢٨٣.

(٣) طلال الحسيني، المرجع المذكور، صفحة ٨٨.

الفقرة الثانية: اتجاه ثانٍ يلتزم باستكشاف مؤشرات الإرادة الصريحة أو الضمنية.

إنَّ من يتتبع آراء الفقهاء يجد أنها لم تكن موحّدة في موقفها بالنسبة للقانون الواجب التطبيق على مفاعيل عقد الزّواج المحتفل به في الخارج.

اتّجه الدّكتور ادمون نعيم أنّه لا مناص من إيجاد عنصر تعيين آخر غير قانون المكان وهو قانون الإرادة. هذا الاتجاه يلتزم باستكشاف الإرادة الصّريحة، فاللّبنانيون الذين عقدوا زواجاً مدنياً في الخارج يستطيعون اختيار القانون الذي يحكم مفاعيل زواجهم وما من مانع أن يقع الاختيار على قانون الطّائفة التي ينتميان إليها أو ينتمي إليها أحدهما أو قانون طائفة أخرى من الطّوائف اللّبنانيّة. في هذه الحالات يصح اختيارهما كونه لا يمس الانتظام العام اللّبناني. وفي حال لم يعبر عن الإرادة صراحةً يستطيع القاضي أن يستشف من إرادة الأفراد أنّهما اختارا قانون محل الإبرام أو قانون محل الإقامة فيما لو كانا مقيمين خارج الأراضي اللّبنانية، فيختار الأطراف أحد القانونيين بوصفهما قانون الإرادة الضّمنية^(١). إنَّ ممارسة حق اختيار القانون وفقاً لهذا الاتجاه يقتضي معه التّفريق بين زواج المسيحيين من جهة وزواج المسلمين من جهة أخرى.

إنَّ زواج المسيحيين المعنيين أصلاً بالقرار ٦٠ ل.ر. المعدّل، لهم حرية اختيار القانون الذي يريدون تطبيقه على علاقتهم الزّوجية. فإذا كان للبنانيين حرية اعتناق المذهب الذي يريدون، ويعقدون زواجهم في لبنان وفقاً لنظامه كذلك للبنانيين في الخارج حرية اختيار القانون الذي يريدون تطبيقه على علاقتهم الزّوجية^(٢).

من جانبنا نرى أنّ حرية الاختيار هذه مقيدة بقبول قانون الزّوج شكل ومفاعيل الزّواج الحاصل في الخارج كما هو وارد بصراحة المادّة ٢٥ فقرتها الثّانية. لا يمكن بالتّالي إخضاع الزّواج المدني لقانون طائفة لا تقبل بشكل ومفاعيل هذا الزّواج احتراماً لحرية الإرادة في اختيار هذا القانون بشكلٍ صريح. فمن بابٍ أيسر أن يختار الافرقاء شكل الزّواج (مدني/ديني) ومع اختيارهما هذا يعلمان مسبقاً القانون الواجب التطبيق على شروط عقد الزّواج والمفاعيل اللاحقة به. نعتقد أنّ دمج قانونين يختلفان آليّة ونشأة وطبيعة كتطبيق قانون المكان على الشّكل وقانون طائفي على الأساس، من شأنه أن يفتح أفق التّنازع القضائي والتّشريعي لا أن يحده.

أمّا زواج المسلمين المعقود مدنياً في الخارج فإنّ الوضع يختلف، ذلك أنّ هذا الزّواج يخضع لأحكام الشّريعة الإسلاميّة بما أنّ القرار ٦٠ ل.ر. علّق مفعوله فهو لا يطبّق على المسلمين ويظل غير مطبّق عليهم بموجب القرار ٥٣ ل.ر. الصّادر في ٣٠ آذار سنة ١٩٣٩. إذاً، يستطيع الزّوجين إخضاع مفاعيل الزّواج لقانون طائفتهم أو طائفة أحدهما، إلّا أنّه يقتضي التّمييز في هذا الإطار بين زواج المسلمين والزّواج الإسلامي. إنَّ زواج المسلمين لا يمكن أن يكون مختلطاً، فالزّوجان مسلمان على أساس الانتماء والمعيار شخصي في هذه الحالة.

(١) ادمون نعيم، الموجز في القانون الدّولي الخاص وفقاً للتّشريع والاجتهاد في لبنان، الطّبعة الثّالثة، بيروت، ١٩٦٧، صفحة ١٤٠.

(٢) ادمون نعيم، المرجع نفسه، صفحة ١٤١.

أما الزواج الإسلامي قد يكون مختلطاً تقره أحكام الشريعة الإسلامية (كزواج المسلم من مسيحية) وهنا المعيار موضوعي، أو لا تقره أحكام الشريعة الإسلامية (كزواج المسلمة من مسيحي)^(١) والذي يتنافى بدوره مع أحكام الشريعة.

إنّ تعليق مفعول القرار ٦٠ ل.ر. على المسلمين ينسحب على الحالة التي يكون كلا الزوجين مسلمين استناداً إلى المعيار الشخصي وليس عندما يكون أحدهما غير مسلم، وكلّما كان المعيار شخصياً كلّما كان للإرادة دور في اختيار قانون الطائفة. على سبيل المثال، يستطيع الأفراد اختيار قانون الطائفة وتطبيقها على مفاعيل الزواج المدني فيما لو كان الزوجان (مسلمين سنيين أو مسلمين شيعيين) عقداً زواجهما مدنياً في الخارج، أو اختيار قانون طائفة أحدهما إذا كان أحدهما (سنيّاً والآخر شيعياً) سنداً لأحكام المواد ٦١ و ٦٢ من قانون تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري الصادر بتاريخ ١٦ تموز سنة ١٩٦٢ "وإن يكن القضاء الشرعي يشترط لإعلان اختصاصه أن يصار إلى التّقدم بدعوى إثبات الزوجية، فهذه الدّعوى تهدف المحكمة الشرعية من خلالها إلى التّثبت من أنّ إجراءات الشّكل المتّبعة في بلد الإبرام لا تتعارض مع القواعد الأساسية في أحكام الزواج لدى الشريعة الإسلامية"^(٢).

أما زواج المسلمة من مسيحي فنستبعد إمكانية تطبيق القانون الشخصي على أساس الزواج ذلك أنّ هذا الزواج لا تقره أحكام الشريعة فيما لو شاءت إرادة الأطراف إخضاعه للشرع هذا من جهة، كما أنّ الكنيسة لا تعترف بزواج طرفين أحدهما ليس من أتباع المذهب وغير "حاصل على سر العمداد" فيما لو شاءت إرادة الأطراف إخضاعه لإحدى الشرائع المسيحية من جهة أخرى، مما سيؤول إلى نتيجة واحدة وهي عدم إمكانية تطبيق قوانين طائفية على هكذا زواج، حتّى لو شاءت الإرادة، وما من حلّ سوى تطبيق قانون المكان المحتفل بالزواج وفقاً له.

أما الطائفة الدرزية فإنّ خصوصية الزواج لديها تمنع إخضاع مفاعيل الزواج المحتفل به في الخارج بالشكل المدني لقانون الطائفة سنداً للمادة ٩ من قانون تنظيم القضاء المذهبي الدرزي الصادر في ١٥ آذار ١٩٦٠ التي تنصّ "يكون باطلاً بطلاناً مطلقاً الزواج الذي يجري بين درزية وغير درزي أو بين درزيين خلافاً لتقاليد الطائفة".

في أحد القرارات الصادرة عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، تبين في الملف أنّ المدّعي لبناني درزي متزوج من المدّعى عليها لبنانية مسلمة سنية مدنياً في قبرص، وحيث أنّ طائفة الفريقين تفرض التّحقق من مدى انعقاد اختصاص المحاكم الشرعية والدرزية للبتّ بالدّعوى الرّاهنة، وحيث خلا كل من قانون تنظيم القضاء

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٥٣١.

(٢) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٥٢٦.

المذهبي الدرزي والشّرعي السّني من أيّة أحكام تحفظ اختصاصها، كما أنّ الزّواج المعقود بالصّيغة المدنيّة غير معترف به سنداً إلى المادّة ١٦ من قانون الأحوال الشّخصيّة للطائفة الدرزية، فتكون المحكمة المدنيّة مختصّة بحسب المادّة ٧٩ من قانون أ.م.م.

كما طرحت هذه القضية مسألة تنازع قانونين مدنيين قبرصيين من حيث الزّمان أولهما قديم صادر سنة ١٩٥٠ والذي رعى زواجهما الحاصل عام ١٩٧٤، وقانون قبرصي آخر جديد صادر سنة ٢٠٠٣، بيد أنّ المدّعي طلب إعلان الطّلاق سنداً للأخير.

قضت المحكمة "...أنّ المبدأ يكمن في تطبيق القوانين الحديثة بصورة فوريّة على الأوضاع القانونيّة غير العقديّة بتاريخ دخولها حيّز التنفيذ، وذلك انطلاقاً من مبدأ أولويّة هذه القوانين بالنّسبة إلى القوانين القديمة ومن الاستقرار الذي تؤمّنه هذه القوانين في العلاقات بين الأفراد، إلّا أنّ مبدأ الاستقرار هذا هو أقلّ أهميّة في العلاقات العقديّة المتشعّبة أصلاً بتشعب إرادة المتعاقدين، الأمر الذي يبرّر استمراريّة تطبيق أحكام القانون القديم الذي كان سارياً بتاريخ التّعاقّد على العقد ومفاعيله.

إلّا أنّه أمسى من الثّابت أنّ الزّواج هو خلافاً للعقد، مؤسّسة متّصلة بالنّظام العام قائمة بذاتها لها أحكامها ومبادئها، الأمر الذي يبرّر التّطبيق الفوري للقوانين الحديثة التي ترعى الزّواج والتي تدخل حيّز التنفيذ على مختلف الرّيجات المنعقدة سابقاً..."^(١).

نستنتج أنّ الإرادة غير قادرة على اختيار قوانين طائفيّة لحكم مفاعيل الزّواج المدني المحتفل به في الخارج في بعض الأحوال المتقدّم بحثها. كما أنّ نص المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. واضح الدّلالة "ولا مساعٍ للاجتهاد في مورد النّص الواضح"^(٢).

وماذا لو لم تختار الإرادة القانون صراحةً أو لم يستطع القاضي أن يستشف من ظروف التّعاقّد رغبة المتعاقدين الضّمّنية، فأى قانون بديل سيُطرح في هذه العجالة؟

ثمّة مناهج مختلفة للإسناد يقوم أحدها على أساس "نظريّة التّركيز" وهو اتّجاه تشريعي يقوم المشتري بنفسه بعملية التّركيز الموضوعي للرّابطة العقديّة عند تخلف قانون الإرادة، محدداً بصورة أمرّة القانون الواجب التّطبيق. وحاصله تطبيق قانون الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتّحدا موطناً والآخر قانون محل الإبرام إن اختلفا موطناً^(٣) (كالمادّة ١٩ من القانون المدني المصري). نذكر على سبيل المثال الحالة التي يستتف الأفراد عن اختيار

(١) محكمة الدرّجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الأولى، القرار رقم ٤٢، الصادر في ١٠/٠٦/٢٠٠٩، مجلّة العدل، ٢٠١٠، العدد الثّاني، صفحة ٧٦١-٧٦٢.

(٢) مجلّة الأحكام العدليّة المادّة ١٤.

(٣) عكاشة محمد عبد العال، المرجع المذكور، صفحة ٢٧٢. "يوصف هذا النهج بأنّه "عام وجامد". فهو عام يُعمل بالنّسبة لكافة العقود دون تمييز بينها ودون نظر لما يتّسم به كل منها من طبيعة خاصّة.

القانون الذي سيخضعون شروط عقدهم له ولا يشتركان موطناً واحداً فيكون على القاضي تطبيق قانون محل الإبرام.

أمّا المنهج الثاني فهو قائم على أساس نظرية الأداء المميّز (اتفاقية روما الصادرة في ١٩ حزيران ١٩٨٠^(١)) من خلال تجزئة الإسناد بحيث يخصّص لكل فئة من العقود ضابط إسناد يتماشى مع طبيعتها^(٢) عملاً بهذه النظرية. ونعتقد أنّ حلول الدكتور نعيم المقترحة هي أقرب ما تكون إلى نظرية التركيز.

إنّ حرية المعنقد التي تحرّك إرادة الأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على مفاعيل الزواج تثير بعض التساؤلات في مدى صوابية هذا الاقتراح:

١- إنّ لمن المعلوم أنّ قانون الإرادة في مجال تنازع القوانين يطبّق على العقد. يعتبر الزواج مؤسسة قانونية^(٣) وليس مؤسسة عقدية بالمعنى الاصطلاحي للكلمة، ذلك أنّه يتحوّل إلى نظام بمجرد انعقاده فيأتي القانون ليحدّد شروطه، مفاعيله، كما حقوق وواجبات كلّ من الطرفين المتزوجين "إذا كانت الإرادة شرطاً لانعقاده إلا أنّ القانون هو في أساس تنظيمه. حاصله، قانون الإرادة يختص بمؤسسة العقد ولا مجال لإعماله على علاقات شخصية تفرض الرجوع إلى القواعد العامة التي ترعى الحلول الوضعية في تنازع القوانين"^(٤).

٢- المزج بين قانون وتشريع داخلي يحكم علاقات داخلية متعلّقة "بزواج لبنانيين" أي غير مرتبطة بعنصر أجنبي وقانون دولي خاص يحكم علاقات مرتبطة بعنصر أجنبي فيه نفس القاعدة العامة التي تخضع زواج اللبنانيين في الخارج إلى قانونهم الشخصي (المادة ١٠ من القرار ٦٠.ل.ر.).

٣- كما أنّنا نعتقد أنّ إعمال قانون الإرادة على مفاعيل الزواج يفرض معه أن تكون القاعدة المعيّنة "ناخبة" لهذا القانون ولا يخفى على فطنة ناظر أن القاعدة المعيّنة (الفقرة الثانية من المادة ٢٥ من القرار ٦٠.ل.ر.) لم تشر إلى قانون الإرادة أو أي قانون آخر يمكن تطبيقه ما عدا "القانون المدني". وليس بالضرورة أن يكون القانون الذي اختارته إرادة الأفراد قانوناً مدنياً.

(١) نصّت اتفاقية روما في المادة الثالثة منها فقرتها الأولى: "يحكم بالقانون الذي اختاره الأطراف، وبموجب هذا الاختيار يكون للطرفين تعيين القانون الواجب التطبيق على العقد بأجمعه أو بجزء منه فقط".

وبموجب المادة الرابعة من الاتفاقية المذكورة "إذا لم يتم اختيار القانون الواجب التطبيق يخضع العقد لقانون الدولة التي يكون معها روابط وثيقة، وإذا كان جزء من هذا العقد قد انفصل عن باقي العقد وله روابط وثيقة مع دولة أخرى، فإنّه يجوز تطبيق قانون هذه الدولة على هذا الجزء من العقد على سبيل الاستثناء".

(٢) حفيفة السيد الحداد، المرجع المذكور، صفحة ٣٨١.

(٣) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الأولى، القرار رقم ٤٢، الصادر في ٢٠٠٩/٠٦/١٠، مجلة العدل، ٢٠١٠. العدد الثاني، صفحة ٧٦٢. "حيث بعد جدل طويل في فرنسا حول طبيعة الزواج، هل هو عقد أم مؤسسة أو غير ذلك، أمسى من الثابت أنّ الزواج هو خلافاً للعقد، مؤسسة متصلة بالنظام العام قائمة بذاتها، لها أحكامها ومبادئها، الأمر الذي يبرز التطبيق الفوري للقوانين الحديثة التي ترعى الزواج والتي تدخل حيّز التنفيذ على مختلف الرّيجات المنعقدة سابقاً".

Planioi et Ripert "Traité pratique de droit civil Français" – Tome II – édition 1952 p 58.

"إنّ قناعة المحكمة راسخة باعتبار الزواج فعلاً مؤسسة قائمة بذاتها تأخذ في شكلها في بعض الأحيان شكل العقد، لا يمكن تحديد الفريق المخل بموجباته لتحديد مسؤوليته عن انحلال الرابطة الزوجية ونتائج هذه المسؤولية بشكل مبسّط، إذ ترى أنّ الزوجين يتحمّلان سوية مسؤولية الطلاق بصورة شبه دائمة دون إمكانية تحديد نسبة هذه المسؤولية المشتركة في ضوء طبيعة العلاقة الزوجية فيكون الزوجان مسؤولين عن وقوع الشقاق بينهما".

(٤) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٥٣٦.

بند ثانٍ: مجال تطبيق القاعدة على الشّروط التي تحكم زيجة "لبناني وأجنبي".

عند البحث في مجال تطبيق قاعدة *locus regit actum* التي تحكم زيجة "لبناني وأجنبي" يقتضي في هذا الإطار التّمييز بين حالتين: زواج لبناني وأجنبي داخل لبنان (الفقرة الأولى) وزواج لبناني وأجنبي خارج لبنان (الفقرة الثّانية).

الفقرة الأولى: زواج لبناني وأجنبي داخل لبنان.

نحنُ هنا بصدد الحالة التي يتزوَّج فيها لبناني من أجنبي داخل لبنان، عليه، يطبّق والحال قانون الطّائفة التي أبرمت عقد الزّواج على أن يكون الاختصاص للقضاء المدني إذا كان أحد الأطراف أجنبياً وينتمي إلى دولة تخضع فيها الأحوال الشّخصية للقانون المدني^(١).

حيث إنّه بمقتضى المادة الأولى من القرار ١٠٩ ل.ر " يعود للمحاكم المدنيّة وحدها الصّلاحية اللاّزمة للنظر في دعاوى الأحوال الشّخصية المختصّة بأجنبي واحد أو بعدّة أجنبان إذا كان أحدهم على الأقلّ تابعاً لبلاد تخضع فيها الأحوال الشّخصية للحقّ المدني وفقاً لقوانينها النّافذة." أمّا إذا كان خاضعاً في بلاده للتّشريع الديني فتبقى الصّلاحية في لبنان معقودة للمرجع الطّائفي الذي تمّ الزّواج لديه^(٢).

فإذا كان أحد الزّوجين أجنبياً فإنّ دعوى الطّلاق مثلاً تكون من اختصاص المحكمة المدنيّة.

في أحد القرارات الصّادرة عن محكمة التّمييز اللّبنانية تبين أنّ الزّوج المدّعى عليه هو من التّابعيّة الفرنسيّة تزوّج من المدّعية اللّبنانية المارونيّة لدى المرجع الديني الماروني، فيعود الاختصاص للمحاكم المدنيّة النّظر في طلب فسخ الزّواج كونها صاحبة الاختصاص للنّظر في دعاوى الأحوال الشّخصيّة المختصّة بأجنبي واحد تابع لبلاد تخضع فيها الأحوال الشّخصية للحقّ المدني. وحيث أنّه من المعلوم لدى هذه المحكمة أنّ أحكام الزّواج في فرنسا تخضع للقانون المدني. وحيث أنّه بالتّالي تكون الدّعوى من صلاحية القضاء المدني ومن اختصاص هذه المحكمة عملاً بقرار توزيع الأعمال".

أمّا من حيث القانون الواجب التّطبيق، وحيث أنّ الزّواج عُقد في الأصل لدى المرجع الديني الماروني، وحيث يتبين من الملف أنّه بعد الزّواج ترك كل من الزّوجين طائفته وانتمى إلى الطّائفة الأرثوذكسيّة، ولقد نصّت المادة ٢٣ فقرة ٢ من القرار ٦٠ ل.ر: " إذا ترك الزّوجان طائفتها فيكون زواجهما وكذلك الصّكوك أو الموجبات

(١) تمييز مدني قرار رقم ٢٣ صادر في ١٩٧٣/٠٧/٠٤، مجموعة باز عدد ١٩ سنة ١٩٧٣-١٩٧٢، صفحة ١١٩. منشور أيضاً في مجموعة اجتهادات حاتم عدد ١٤٤ سنة ١٩٧٣ صفحات ٢٥-٢٣ وأيضاً على الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة - الجامعة اللّبنانيّة. في السّياق نفسه، انظر تمييز مدني قرار رقم ٨٠ صادر في ١٩٧٣/٠٦/٢٠، مجموعة باز، عدد ١٩ سنة ١٩٧٣/١٩٧٢، صفحة ٢٣٣.

(٢) استئناف مدني، قرار رقم ٦٥٧، صادر في ١٩٧٣/٠٤/١٩، حاتم، عدد ١٤٠، سنة ١٩٧٣، صفحات ٣٤-٣٥.

المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامها الجديد فتكون الدعوى خاضعة لأحكام الطائفة الارثوذكسية".
وحيث أنه ليس ما يمنع أن تطبق المحكمة المدنية الأحكام الطائفية^(١).

أما إذا كان الزوجان مسلمين، فقد نصّ قانون تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري في المادة ١٨ منه "يتمتع على تلك المحاكم رؤية الدعاوى والمعاملات المشار إليها في المادة ١٧ بحق الأجنبي من مذهبها التابعين لبلاد تخضع فيها الأحوال الشخصية للقانون المدني ما لم يكن أحد الزوجين لبنانياً فتبقى الدعاوى والمعاملات المذكورة، كما تبقى مسائل الوقف خاضعة لاختصاص المحاكم الشرعية".
مؤدى هذا إخضاع الزواج لأحكام الشريعة الإسلامية في حال كان أحد الزوجين لبنانياً بشكل حكمي حتى ولو اقترن بأجنبي يخضع في بلاده ومسائل أحواله الشخصية للقانون المدني، على عكس ما إذا كان كلا الزوجين أجنبيين فيخضعان في هذه الحالة لقانون بلادهم وشرائعهم المدنية حتى ولو كانوا من أتباع المذهب السني أو الشيعي.

إلا أنّ الصعوبة تنشأ عندما يقرّر الأطراف إجراء زواجهما أمام مرجع مدني لا ديني في لبنان. ولقد بينا سابقاً أنّ لا مرجعاً مدنياً في لبنان يناط به إبرام عقود زواج مدنية على أراضيه.

لذلك جرى نقاش حول مدى إمكانية تجاوز قاعدة الشكل من خلال تليين قاعدة الزواج أمام القناصل حيث يشترط لانعقاد اختصاص المرجع القنصلي في إبرام عقود الزواج في لبنان أن ينتمي أحد الزوجين إلى جنسية الدولة التي يمثلها ولو لم يكن هناك معاهدة في الموضوع، ولكن لا يمكن التوسع في ذلك ليشمل الحالة التي يكون فيها أحد المتزوجين لبنانياً^(٢)، لأنّ من شأن ذلك المساس "بسيادة" الدولة على مواطنيها.
هيئة الاستشارات في وزارة العدل كان لها موقف مغاير للمسألة حيث إنّه عند استيضاح المديرية العامة للأحوال الشخصية - دائرة المغتربين لها طالبة إيفادها وتزويدها بالمعلومات اللازمة للجواب على المذكرة السويسرية وإبداء رأيها فيما إذا كانت القوانين الدولية تعتبر الزواج المعقود لدى قنصلية أجنبية (السويسرية) بين أجنبي من رعاياها وبين مواطنة لبنانية صحيحاً حتى ولو جرى مدنياً خلافاً للقاعدة العادية التي توجب لصحة زواج المواطن اللبناني أن يكون قد عُقد دينياً.

(١) عبده يونس، الأحوال الشخصية في التشريع والتطبيق، دار المطبوعات العربية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٦٩، صفحات ٢٧٦-٢٨٠-٢٨١ في عرضه حكم صادر عن محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة الرابعة، قرار رقم ١٠٤ صادر في ٢٦/٥/١٩٨٨. في نفس السياق: قرار صادر عن نفس المحكمة، القرار رقم ٦٢ صادر في ٢٧/٥/١٩٨٩. "قضى بفسخ زواج المدعية (لبنانية الجنسية) والمدعى عليه (من التابعة الإيطالية) وأولى بموجبه الاختصاص للمحكمة المدنية سندا لأحكام المادة الأولى من القرار ١٠٩ ل.ر، تبين بالملف ان الزواج معقود لدى الطائفة اللاتينية، يخضع بالتالي لأحكام الطائفة المذكورة، وتطبق المحكمة المدنية المختصة الأحكام الطائفية المتعلقة بهذه الطائفة".
(٢) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٤٦٩.

انتهى ردُّ هيئة الاستشارات على قانونية إجراء هكذا زواج معللةً موقفها بالآتي:

- "إنَّ القانون الدولي الخاص الذي يناط بقواعده الفصل في صحّة زواج اللبّانية من أجنبي المبرم لدى الفئصلية السويسرية قائم على اتّفاقات وأعراف دولية ملزمة. أحد هذه الأعراف أنّه يعود للفئصلية إعطاء الصيغة الرسمية للعقود أو للوصايا كما وإعطاء إفادات عن أحوال رعاياها المقيمين في منطقة اختصاصها وأن تعقد زواجهم. إذاً استناداً إلى الرّأي الاستشاري، هذه الإجراءات التي يجريها الفئاصل صحيحة لأنّها مشبّهة بتلك التي تجري على أراضي دولة الفئصل (النّظرية الافتراضية، النّظرية الإقليمية).
- من المسلم به أنّ باستطاعة المواطنين اللبّانيين عقد زواجهما في بلد أجنبي بالشكل الذي يتآلف ويتوافق مع تشريع هذا البلد ويكون صحيحاً ومعتزفاً به.
- إنّ المرأة اللبّانية تفقد جنسيّتها عند اقترانها بأجنبي إذا كان البلد التابع له الأخير يمنح الزّوجة اللبّانية الجنسية الأجنبيّة وإلاّ حفظ لها القانون جنسيّتها اللبّانية. سنداً لأحكام المادّة ٦ من القرار ١٥ تاريخ ١١١٩، ١٩٢٥، ١٩٢٥^(١).

استناداً إلى هذه الوجهة تبدّى لدى البعض أنّ الفئصلية مخوّلة بحسب القانون السويسري وبحسب الأعراف الدولية التي يرجع إليها القانون اللبّاني، حقّ عقد الزّواج تماماً كما لو كان مأموراً بعقد هذا الزّواج في الدولة السويسرية ذاتها^(٢).

كما أن القانون اللبّاني يعترف بصحّة الزّيجات الحاصلة في الخارج بالشكل المدني وفقاً للأشكال المتبّعة في بلد الإبرام ويعتبرها صحيحة استناداً إلى المبدأ العام والقاعدة الدولية *locus regit actum*، لذلك استهجن البعض بعدم الاعتراف بزواج حاصل بنفس الشّكلية ووفق الصّيع المعتمدة في سويسرا أمام الفئصلية التي تمثّل السّلطة السويسرية في لبنان. وبما أنّ المرأة اللبّانية المتأهّلة من أجنبي تكتسب جنسيّة الأخير فتسمي أحوالها الشّخصية مرعيةً بأحكام قانون زوجها وعليه ينتفي حقّ السّلطة اللبّانية تقرير صحّة زواجها، ذلك أنّ الاختصاص بات حصراً يعود للقانون الأجنبي (السويسري في الحالة المتقدّمة).

نقارب الموضوع من الوجهة الاجتماعية ونبني على أسس نجدها من وجهة نظرنا مؤكّدة وأساسية في الفكر الإنساني عند التّطرق لمسألة حقوق الإنسان وحقّه الفطري بالزّواج من دون اصطدامه بأي قانون مانع. صحيح أنّ الدولة اللبّانية تمارس سيادتها وتلزم مواطنيها تطبيق قوانينها المرعية الإجراء، إلاّ أنّ مفهوم السّيادة لم يعد مطلقاً كما كان في الماضي، "بل أمسى محكوماً ومقيّداً بضوابط وشروط تضمن عدم تعارض إدارة الدولة لشؤونها الداخليّة مع التزاماتها ومسؤولياتها الدولية وعدم المسّ بحقوق ومصالح الدّول الأخرى والأشخاص

(١) رأي استشاري عن رئيس فرع الاستشارات في وزارة العدل، الصّادر في تاريخ ١٢ حزيران سنة ١٩٦٢ من أجل ابداء الرّأي على كتاب وزارة الخارجية (مديرية المغتربين) رقم ١١٢/١٨٣٨ تاريخ ١٢ نيسان ١٩٦٢ المعطوف على مذكرة السفارة السويسرية رقم ٨٠ تاريخ ١٩٦٢/٠٢/٠٧. مذكور في مؤلّف عبد المنعم بكار، قضايا الأحوال الشّخصية والجنسيّة الطّبعة الثّانية، ١٩٨٧ صفحة ١٠٤-١٠٥.

وأيضاً انظر عبده بونس، المرجع المذكور صفحة ٢٤٥-٢٤٦-٢٤٧.

(٢) عبد المنعم بكار، المرجع المذكور، صفحة ١٠٣.

الدوليين الآخرين"^(١) (إن امتناع الدولة اللبنانية عن الاعتراف بالزواج المبرم فيما بين أجنبي ولبنانية في سفارة أو قنصلية متمركزة داخل الأراضي اللبنانية يمس بحق الأجنبي في الزواج سيما إذا كان من المقيمين، كما ويشكل انتهاكاً ملحوظاً في حق اللبناني في إبرام عقود زواج وفقاً للأشكال المتبعة في بلد الإبرام على اعتبار أن السفارات ممثلة لبلدها الأم، والزواج المعقود من قبلها هو نفسه المعقود في بلد الأم وفقاً لما جاء في الرأي الاستشاري ونحن نميل إليه، ذلك أن الزواج حق اجتماعي والقانون ما أتى سوى لينظم شروطه ومفاعيله..)

كما أن تقييد مبدأ السيادة لا يعني بأي حال من الأحوال وضع القيود على حقوق الدول في السيادة وإنما يعني وضع القيود على كيفية ممارسة هذه الدول لهذه الحقوق حتى لا يحدث أضراراً بحقوق سائر أفراد الجماعة الدولية. فما هو موحد بين الناس فطرةً (رغبته في الزواج في أي زمان ومكان) أهم وأعم بين ما هو متفاوت بينهم بحكم الظروف، كما وحرية بممارسة حقه ولا نعني الحرية المطلقة وإنما بالقدر الذي لا يضر بالآخر شخصاً كان أم جماعة أم دولة، سيؤمن حتماً العدل في التعامل بين الناس حيث يحكم بينهم بقسطاس العدالة على قاعدة لا ضرر ولا ضرار وسيعزز الترابط الدولي في شتى المجالات الاجتماعية والثقافية والاقتصادية.

الفقرة الثانية: زواج لبناني وأجنبي خارج لبنان.

يقتضي التمييز في هذا الإطار بين حالات عديدة، أولها أن يكون كلا الزوجين اللبناني والأجنبي مسلماً، ثانياً أن يكون أحدهما مسلم، ثالثاً أن يكون كلاهما غير مسلم.

في الفرضية الأولى، عندما يقترن اللبناني المسلم بأجنبي مسلم يخضع في بلاده لأحكام الشرع الإسلامي في مسائل أحواله الشخصية (كما هو الحال في المملكة العربية السعودية مثلاً) حيث ينعقد الاختصاص والحال للمحكمة الشرعية وتكون أحكام الشريعة هي الواجبة التطبيق.

أما إذا كان الأجنبي المسلم يخضع في بلاده للقانون المدني فيبقى الاختصاص عائد للقضاء الشرعي استناداً للمادة ١٨ من قانون تنظيم المحاكم الشرعية السنية والجعفرية وتطبق حكماً أحكام الشريعة الإسلامية.

في الفرضية الثانية إذا لم يكن أحد الزوجين من مذهب المحكمة الشرعية فيولى الاختصاص للمحكمة المدنية ويكون القانون المدني الذي أجري الاحتفال بالزواج في ظلّه هو القانون الواجب التطبيق فتستبعد المادة ١٨ من قانون تنظيم المحاكم الشرعية السنية والجعفرية وبالتالي لا تدخل حيز التطبيق^(٢)، ذلك أن الأخيرة لا تسري سوى على أتباع المذهب ولو كان أحدهما يخضع في بلده ومسائل أحواله الشخصية للقانون المدني. تؤكد ما تقدم

(١) هاشم بن عوض بن أحمد آل إبراهيم، سيادة الدولة بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل.

"State sovereignty between the traditional concept and internalization phenomenon"

رسالة قدمت استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون العام، حزيران ٢٠١٣، صفحة ٣٥.

(٢) تمييز مدني، قرار رقم ٢، الصادر في ١٣/١١/١٩٨٦، منشور على موقع المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية " إن الزواج بين المعترضة الفرنسية التي تخضع في أحواله الشخصية للقانون المدني الفرنسي، والمعترض عليه الذي يخضع في أحواله الشخصية للشرع الإسلامي، فإن هذا الزواج من حيث شروطه ومفاعيله يخضع في لبنان لصلاحيّة المحاكم المدنية. هذا الحل لا يمسّه بشيء تنزع المعترض عليه بالأحكام الواردة بشأن الصلاحيّة الدولية في قانون أ.م. م ما دام علّق تنفيذه فلم تعد أحكامه تسود الحلّ الواجب تقريره في هذه القضية. ناهيك عن أن المعترض يقع بالتناقض عندما يتنزع بأحكام المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. حين يعتبر أن هذا القرار لا يري أحواله الشخصية ولا يطبق على المسلمين".

- راجع فيما سبق، شرحنا الفرق بين زواج المسلمين والزواج الإسلامي.

أحكام المادّة ٧٩ من قانون أ.م.م التي نصّت على " تكون المحاكم اللبّانية المدنيّة مختصّة بالنظر في المنازعات النّاشئة عن عقد الزّواج الذي تم في بلد أجنبي بين لبنانيين أو بين لبناني وأجنبي بالشّكل المدني المقرّر في قانون ذلك البلد، وتراعى أحكام القوانين المتعلّقة باختصاص المحاكم الشّرعية والدّرزية إذا كان كلا الزوجين من الطّوائف المحمّدية وأحدهما على الأقلّ لبنانياً".

علماً أنّ اختصاص المحاكم لدى طائفة الموحدين الدروز لا ينعقد إذا كان الزّواج مبرماً بالشّكل المدني في الخارج وبين أطراف أحدهما لا ينتمي إلى الطّائفة الدّرزية، حسب ما جاء في المادّة ١٦ من قانون الأحوال الشّخصيّة للطّائفة الدّرزية تاريخ ١٩٤٨١٠٢١٢٤ فلا يُعتبر الزّواج صحيحاً إلّا إذا أجره أحد شيخي العقل أو قاضي المذهب أو من أنابه عنه لإجرائه وعليه فإنّ الزّواج المدني المبرم في بلاد أجنبيّة هو باطل بحسب قوانين هذه الطّائفة.

أمّا إذا كان أحد الفريقين غير درزي يضاف سبب آخر للإبطال حيث لا تعترف التّقاليد الدّرزية بزواج بين طرفين أحدهما غير درزي. وفي هذا المجال يقتضي التّمييز بين فريقين درزيين عقداً زواجهما مدنياً في الخارج فتعود الصّلاحية للمحكمة المدنيّة بوصفها المحكمة العامّة للأحوال الشّخصية طالما أنّ الشّرع الدّرزى لا يعترف بالزّواج المدني. الحالة الثّانية عندما يقترن درزي بغير درزية حينها تعود الصّلاحية للمحكمة عينها، ذلك أنّ طائفة الزّوج لا تعترف بشكل ومفاعيل هذا الزّواج. الحالة الثّالثة عندما يكون الزّوج شيعياً أو سنياً والزّوجة درزية فتعود الصّلاحية لمحكمة الزّوج الشّرعية، عملاً بالمادّة ٧٩ أ.م.م.

أخيراً، إذا اقترن لبناني بأجنبي في الخارج وكانا من غير المسلمين تكون المحكمة المدنيّة صاحبة الاختصاص، ويطبق قانون المكان الذي احتقل بموجبه الزّواج وفقاً لما استبق شرحه.

يرى جانب من الفقه أنّ البحث في القانون المختص الذي يحكم زيجة زوجين غير مسلمين أحدهما أجنبي يختلف فيما لو كان الزّوج أجنبياً أم الزّوجة هي الأجنبيّة. ففي الحالة الأولى يطبق قانون الزّوج وهذا ما يستنتج ضمناً من أحكام المادّة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر. فقرتها الثّانية التي ترتكز إلى قانون طائفة الزّوج لتطبيق القانون المدني عندما يرفض ذلك القانون شكل ومفاعيل الزّواج كما أبرم في الخارج. أمّا في حال كانت الزّوجة أجنبيّة مقترنة بلبناني بالشّكل المدني حينها تطبق أحكام المادّة ٢٥ وفقاً للتّفسير المسبوق عرضه.

يرى البعض الآخر أنّ الزّواج المدني في الخارج بين فريق لبناني وفريق أجنبي يقضي بموجبه تطبيق قانون المسكن الزوجي المشترك بالنسبة إلى الشّروط الأساسيّة للزواج وقانون الزّوج بالنسبة إلى مفاعيله، بحيث يكون القانون اللبّاني مطبقاً على الأساس عندما يكون المسكن الزوجي المشترك في لبنان وعلى المفاعيل عندما يكون الزّوج لبنانياً. إذاً، لا يخضع الزّواج حسب هذه الوجهة للقانون الأجنبي ولا يمكن أن يكون صحيحاً إذا كان الأخير يعتبره كذلك إلّا إذا كان المسكن الزوجي المشترك موجوداً في البلاد الأجنبيّة التي تعتمد هذا القانون^(١).

(١) عادل يمّين. المرجع ذاته، صفحة ١٢٨، شارحاً رأي الدكتور خليل صفيّر المغاير في هذا الشّق من الموضوع:

" Le mariage civil à l'étranger entre libanais et étranger : En cas de divergence de nationalité , la loi applicable au mariage est celle du domicile conjugal, pour les conditions de fond, et la loi du mari pour les

لقد حسم القانون اللبناني في عدد من نصوصه المتعلقة بأحوال الأجنبي الشخصية بين النظرية التي تميل نحو تطبيق قانون محل الإقامة وتلك التي تقول بتطبيق قانون الجنسية متبنياً النظرية الثانية، فهذا الموقف التشريعي ينسجم مع دولة متعددة الشرائع الدينية كلبان، فأمرى مستحيلاً تطبيق قانون محل الإقامة على الأجنبي المقيم سيمًا إذا كان ممن لا ينتمون لطائفة أو منتمون لطائفة غير معترف بها في لبنان.

يؤمن البعض بإمكانية تجاوز سائر الصعوبات وتطبيق قانون محل الإقامة سيمًا إذا كنا أمام بلاد تتعدد فيها الشرائع الدينية، وهذه الحالة تنطبق على لبنان المتعدد طائفيًا من خلال اعتماد الإرادة كعنصر تعيين للقانون الواجب التطبيق ومُرشد مساعد في تطبيق قانون محل الإقامة. استناداً إلى هذه الوجهة تستطيع الإرادة اختيار قانون من بين القوانين المتعددة، وعند الصعوبة في الاختيار تتدخل الإرادة كعازل للقانون الذي سيطبق من بين القوانين المتعددة فيطبق قانون مكان الاحتفال بالزواج دون سواه في هذه الحالة المستثناة لأنه ليس ثمة قانون آخر يمكن تطبيقه⁽¹⁾.

برأينا أنّ هذا الحل كان ليكون سليماً فيما لو كان قانون محل الإقامة يشرع الزواج المدني ولا يكفي فقط بالاعتراف بصحته وفقاً للأشكال المتبعة في البلد الذي عُقد في ظلّه كما هو حاصل في لبنان. فإذا كان للإرادة أن تختار إحدى القوانين المرشدة لقانون محل الإقامة، سيقصر الاختيار على أحد القوانين الدينية وتطبيقها على زواج مدني قد ينسجم مع الزواج الديني من ناحية الشكل، إلا أنّ مضمونه يتنافى مع الأخير خلافاً لرأي فقهي قيم في هذا الموضوع⁽²⁾، فالزواج المدني يتم توثيقه وتسجيله في المحكمة التي تطبق القانون والدستور بين شخصين مسجلين في السجلات المدنية لدى الدولة، أو من المقيمين فيها، ويعتبر أساسه إلغاء الفروقات الدينية والمذهبية والعرقية بين طرفي الزواج. كما أن هذا الزواج لا ينتظر بركة الدين ليتم فهو زواج حر من كل قيد إلا القانون، وعليه لا نعتقد أن إيلاء الإرادة حرية اختيار قانون طائفي وتطبيقه على أساس الزواج المدني يمثل حرية في الاختيار، بل لعلّه تبديلاً في إرادة الاختيار!

effets. Partant, la loi libanaise n'est applicable que si le domicile conjugal est établi au Liban (pour le fond) ou si le mari est libanais (pour les effets).

...En d'autres termes, le mariage n'est soumis à la loi étrangère et ne peut être valide si celle-ci le considère ainsi, que lorsque le domicile conjugal se trouve dans ce pays ". (Dr. Khalil SFEIR-MEMENTO de Droit International Privé-Edition 1992 – page 108).

(1) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٥٤١-٥٤٢. بحسب هذا الرأي، إنّ تطبيق محل الإقامة ليس فيه ذلك التمييز وإنما هو قانون موحد وقانون البيئة الاجتماعية التي تتصل بها تلك العلاقة. وعليه يكون...محل الإقامة قانون يفرض نفسه عند اختلاف جنسية الزوجين، والإرادة، ولكن ليس كعنصر معين وإنما كمساعد على التعيين، وقانون محل الاحتفال بالزواج، ولكن في الحالة التي يستحيل فيها تحديد قانون آخر يمكن تطبيقه.

(2) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٤٧٠. "في شرحهم عن تشابه الشكل بين عقدي الزواج الشرعي والمدني."

عليه، نجد أنه لا مناص من العودة إلى تطبيق قانون محل الإبرام لحين إقرار تشريع مدني راجع للمسألة. يقترح البعض^(١) أن يكون قانون مدني احترازي أي يعالج حالات واقعية وقائمة ويتلافى أي صعوبة ناشئة في تحديد القانون الواجب التطبيق، فلا يكون اختيارياً^(٢) لأن الاختيار لا يكون بين قانون مدني وشريعة سماوية ولا احتياطياً وإنما قانون يحكم كل زواج حاصل بين لبنانيين أو مع أجنب مدنياً في لبنان أو في الخارج مهما تقاطعت انتماءاتهم الدينية.

خلاصة:

▪ لقد بحثنا في قسمنا الأول فرعه الأول، كيفية تطبيق القانون المدني من خلال تكريس مبدأ *locus regit actum* على الزيجات المدنية في النظام القانوني الداخلي. ولا ريب أننا بحاجة إلى قانون مدني لبناني يراعي أساساً أو مفاعيل الزواج الذي تم في الخارج بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي بالصورة المدنية في الحالة التي يكون نظام الأحوال الشخصية التابع له الزوج لا يقبل بشكل الزواج ومفاعيله (المادة ٢٥ فقرتها الثانية من القرار ٦٠ ل.ر).

▪ بدايةً وسعنا دائرة البحث وتطرقنا إلى ماهية قاعدة المكان يسود عقد الزواج كيما نحتاط عن أي سهو كان قد ألمّ بأبحاث من سلفنا وكان مرتبط بشرح هذه القاعدة العامة على وجه الخصوص، ومن أجل أن نحيط الفارئ بطبيعة هذه القاعدة العامة على أنها قاعدة اختيارية، وطنية، غير محايدة، وملزمة، ما يعني ويدل أن هناك أثراً قانونياً يترتب في حال مخالفة مبدأ *locus regit actum*. فمن المسلم به أن الطعن بطريق التمييز بسبب مخالفة القانون يشمل أيضاً مخالفة مبدأ قانوني، والمبدأ القائل أن العمل يخضع من حيث الشكل لقانون مكان إجرائه، هو أحد المبادئ التي تشكل مخالفتها سبباً للطعن بطريق التمييز.

▪ كما أن المنطق السليم كان يقضي بنا التوجه نحو الاستفاضة في شرح معظم الآراء الفقهية والاجتهادية التي بحثت في الأساس القانوني الذي قضى بتطبيق قانون شكل الزواج وهو (قانون المكان) على أساسه أيضاً، مع العلم أن صراحة المادة المذكورة أشارت إلى تطبيق القانون المدني وعنت به القانون المدني اللبناني. ولقد اعتبر الرأي الفقهي والاجتهادي الراجح أن تطبيق قانون المكان الأجنبي على شكل ومفاعيل الزواج من خلال توحيد قاعدتي الشكل والأساس هدفه الجوهرى سد النقص التشريعي في هذا المجال، بيد أن لا قانون مدني لبناني يستطيع أن يملأ هذا الفراغ. أما الاتجاه الثاني الأقل رجحاً التزم باستكشاف مؤشرات الإرادة الصريحة أو الضمنية من خلال إيجاد عنصر تعيين غير قانون المكان وهو قانون الإرادة، فإما أن يختار

(١) جون قرزي، المرجع نفسه، صفحة ١٦٦.

(٢) القاضي أنطوان الناشف ومحافظ الشمال خليل الهندي، الزواج المدني الاختياري في لبنان، الجوانب التاريخية والقانونية والاجتماعية، ملف توثيقي شامل، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٨، صفحة ١٧ وما يليها.

أنظر أيضاً مشروع قانون الزواج المدني الاختياري المقدم من قبل رئيس الجمهورية السابق الياس الهراوي، قوانين الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية في لبنان، إعداد عارف زين الدين، منشورات الحلبي الحقوقية، ملحق رقم ٢، صفحة ٥٣٣ إلى ٥٤٨.

الرّوجين صراحةً أحد القوانين الطّوائفيّة لتطبيقها على شكل ومفاعيل زواجهم، أو يستشفّ القاضي ضمناً أنّهم اختاروا قانون المكان أو قانون محل الإقامة في حال لم يعبروا عن هذه الإرادة بالشكل الصّريح.

■ وفي محاولة منّا إيجاد أساس قانوني جديد يمكن الارتكاز عليه يعلّل سبب تطبيق قانون المكان على شكل ومفاعيل الرّواج على حد سواء، بحثنا في أحكام الفقرة الثّانية من المادّة ٤ أ.م.م. ووجدنا أنّ المشتري اللبناني لم يتغاض عن حالة أو ظاهرة انتفاء النّص في التّشريع، بل أورد في المادّة الرّابعة من قانون أ.م.م. على أنّه لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستكفراً عن إحقاق الحق أن يمتنع عن الحكم بحجّة غموض النّص أو انتفائه. وفي الحالة الأخيرة وهي موضوع بحثنا "حصرياً" يعتمد القاضي المبادئ العامّة والعرف والإنصاف.

■ استنتجنا في ذلك أنّ القانون المدني الذي كان يجب أن يشرّع منذ أمدٍ بعيد ويطبّق على أساس الرّواج المدني الحاصل في الخارج فيما بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي هو الذي أحوج القاضي العودة إلى المبادئ والقواعد العامّة التي تحكم المسألة. وإذ به يعود إليها يجد أنّ شكل الرّواج محكوم بقانون المكان وليس هناك مبدأً عاماً آخر يمكن أن يستنبط أو يطبق في هذه العجالة، فكان به الآ أن يختاره لتطبيقه على أساس الرّواج ليحتكم ويحتمي به من سدّة الفراغ.

الفرع الثاني: استدلال قواعد قانونية مدنية من نصوص المعاهدات عند تطبيق مبدأ تسلسل القواعد.

إنه لمن المعلوم أنّ قوانين الأحوال الشخصية في لبنان نظمت علاقة الأفراد فيما بينهم من حيث صلة النسب والزواج وما ينشأ عنه من مصاهرة وولادة وولاية وحضانة وسائر الحقوق والواجبات المتبادلة وما قد يعترها من انحلال يترتب عليه حقوق في النفقة والحضانة والإرث والوصية وما إلى هنالك من مواضيع خاصة بحالة الفرد الشخصية. إلا أنّ القاضي قد يجد نفسه في بعض الأحوال أمام حالة واقعية شخصية متعلقة بحق من حقوق الإنسان غير مكرسة بنص في التشريع الداخلي عموماً وفي قوانين الأحوال الشخصية خصوصاً، فينكب نحو قراءة نصوص المعاهدات كيما يستدل على ما يفيد من القواعد القانونية الراعية للحالة والتي ألزمت الدول المتعاقدة نفسها بتطبيقها وبموجبها يتم "حلحلة" النزاع.

والمعاهدة حسبما عرّفها اتفاقية فيينا في المادة الثانية فقرة (أ) منها، بأنها: "الاتفاق الدولي المعقود بين الدول في صيغة مكتوبة والذي ينظمه القانون الدولي، سواء تضمنته وثيقة واحدة أو وثيقتان متصلتان أو أكثر ومهما كانت تسميته الخاصة"^(١).

واصطلاحاً هي كلّ اتفاق مكتوب بين شخصين أو أكثر من أشخاص القانون الدولي العام، أيّاً كانت التسمية التي تُطلق عليها، يتم إبرامها وفقاً لأحكام القانون الدولي تهدف إلى إحداث آثار قانونية. يتّضح أنّ السمة المميزة للمعاهدة كنوع من أنواع الاتفاقيات الدولية، هي من ناحية كونها اتفاقاً شكلياً لا يتم إلا كتابةً وإتباع إجراءات معينة، وهي من ناحية أخرى تحتاج إلى التصديق والموافقة من الجهة التي يعطيها دستور الدولة سلطة عمل المعاهدات^(٢).

لسنا هنا بصدد التطرق إلى الشروط الشكلية لإبرام المعاهدة المتمثلة بالمفاوضة والتصديق والنشر، أو الشروط الموضوعية كوجوب تمتع الدول المتعاقدة بالأهلية عند إبرام المعاهدة^(٣)، بل نحن بموجب البحث عن كيفية استدلال قواعد قانونية من نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان كيما تكون حلاً لسدّ ثغرات القوانين الوضعية.

(١) اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، أعتمدت من قبل مؤتمر الأمم المتحدة بشأن قانون المعاهدات الذي عُقد بموجب قرار الجمعية العامة للأمم المتحدة رقم ٢١٦٦ المؤرخ في ٥ كانون الأول ١٩٦٦، ورقم ٢٢٨٧ المؤرخ في ٦ كانون الأول ١٩٦٧، وقد عُقد المؤتمر في دورتين في فيينا خلال الفترة من ٢٦ آذار إلى ٢٤ أيار، وخلال الفترة من ٩ نيسان إلى ٢٢ أيار ١٩٦٩، وأعتمدت الاتفاقية في ختام أعماله في ٢٢ أيار ١٩٦٩ وعُرضت للتوقيع في ٢٣ أيار ١٩٦٩، ودخلت حيز التنفيذ في ٢٧ كانون الثاني ١٩٨٠. عرّفت الاتفاقية في المادة الثانية فقرة (أ) المعاهدة:

The Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT article 2 "a") defines a treaty as 'an international agreement concluded between states in written form and governed by international law'.

(٢) إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠، صفحة ٢٩. وبنفس المعنى انظر عائشة راتب، الاتفاقية الخاصة بقانون المعاهدات، مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد رقم ٢٥، سنة ١٩٦٩، صفحة ١٥٧، حيث عرّفت الكاتبة المعاهدة على أنها "اتفاق دولي مُبرم بين الدول في شكل مكتوب ويحكمه القانون الدولي، سواء دُون في وثيقة واحدة أو إثنين أو عدة وثائق مرتبطة، وأياً كان الاسم الذي يطلق عليه".

(٣) لمعرفة المزيد حول هذا الموضوع، انظر، محمد خالد برع، المعاهدات الدولية وآليات توطينها في القانون الوطني، دراسة مقارنة في إطار القانونيين الدولي والدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧، صفحة ٨٥ إلى ١١٣.

بدايةً، إنّ المنهج القضائي القائم على الاستدلال عن طريق الاستنتاج يولي القاضي مهمة تطبيق القاعدة القانونية التي تتّصف بالعمومية على الحالات الجزئية الواقعية التي ينظر فيها^(١). يتّضح من تلك العملية القضائية في الأغلب صورة من صور القياس المنطقي المعروف بالقياس الشرطي، وهذا القياس يكون ذا مقدّمة كبرى (القاعدة القانونية) ومقدّمة صغرى (القضية) ونتيجة هو (الحكم الصادر عن القاضي)^(٢).

ومن نافلة القول، إنّه لا محل للقياس في تفسير قواعد القانون الدولي عامّة والمعاهدات خاصّة، فالمعاهدة هي عقد بين دول وكل عقد لا يمكن ترتيب حق أو التزام عليه إلاّ بالرّضى المتبادل للدول المتعاقدة ذلك أنّ العقد هو شريعة المتعاقدين. وما غاب عنّا أنّه لا يسع للقاضي تطبيق قاعدة معيّنة في معاهدة أو اتّفاقية كان قد عُين تطبيقها على حالات أخرى مشابهة وترتيب آثار قانونية على هذه الحالات كانت لم تلحظها المعاهدة^(٣).

مع هذا، على الرّغم من أنّ المنهج الاستدلالي لا يمكن اعتماده في تفسير نصوص المعاهدة، إنّما جاز للقاضي أن يستدل أو يستنبط قاعدة قانونية في معاهدة دولية وتطبيقها على حالة جزئية لم تجد نصّاً لها في قوانين الأحوال الشخصية من ناحية أولى من دون غلو^(٤) أو إنحراف^(٥) أو تأويل لمقاصد المتعاقدين وما اتّجهت إليه إرادتهما من ناحية ثانية.

(١) عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، المجلد الثاني، العدد الأول، كلية دجلة، الجامعة الأهلية، بغداد، ٢٠١٩، صفحة ٦٨، " هناك فرق بين منهج الاستدلال عن طريق الاستنتاج وبين منهج الاستقراء، فالثاني يسعى من خلاله القاضي عند عدم وجود قاعدة قانونية إلى طريقة الاستقراء لتطبيقها على النزاع المعروف عليه، من خلالها يقوم بتحليل الأحكام الجزئية من أجل اكتشاف المبدأ العام الذي يحكم تلك الأحكام الجزئية (أي بحوث جزئية لكل قاعدة بحث ومجموع القواعد إلى قاعدة عامّة وهذه الطريقة يستعملها القاضي في تحليل القواعد الجزئية ومن مجموع هذه القواعد يكشف القاعدة العامة ثم يصل إلى المبدأ العام) وهذا المنهج يختلف بدوره عن المنهج الاستدلالي موضوع البحث.

<https://www.iasj.net/iasj/pdf/1283d2422ab3d74b>

(٢) عواطف عبد المجيد الطاهر، المرجع نفسه، صفحة ٦٨-٦٩.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٦٣.

(٤) سامي منصور، العيوب في صياغة الحكم القضائي، دراسة تحليلية في الأحكام القضائية اللبنانية، منشور على الموقع الإلكتروني الخاص بالجامعة اللبنانية، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية صفحة ٩. علّق الدكتور منصور في دراسته على قرار الغرفة الابتدائية الثانية في بيروت في حكمها تاريخ ٢٧/٠٣/٢٠١٤ في قضية *Daneil Wehrouch / Mary Grace Donato* وأعتبر أنّه وبعد ان قضت المحكمة باختصاصها للنظر في دعوى طلاق بين زوجان اجنبيان والزواج ابرم في دبي لدى الكنيسة الكاثوليكية هناك، وذلك سندا الى ما يأتي: "انه من الثابت بالعودة الى اوراق الدعوى الزاهنة انّ المدعي تقدم بالدعوى الزاهنة امام هذه المحكمة مع علمه ويقينه بانّه والمدعى عليها سيغادران لبنان بغضون شهر او شهرين، مما يفيد عن ارادته الصريحة بإخضاع النزاع الزاهن الى المحاكم اللبنانية، في حين انّ المدعى عليها لم تدلي بعدم اختصاص هذه المحكمة الدولي للبت بالدعوى الزاهنة مما يفيد تنازلها عن الدفع الناجم عن الاختصاص الدولي لهذه المحكمة، اي انّ الفريقان اتّفقا ضمناً على ايلاء المحكمة الزاهنة اختصاص البت بالدعوى الزاهنة، أقله على الصعيد الدولي ذلك مع الاشارة الى انّ قواعد الاختصاص الدولي لهذه الجهة هي نسبية غير الزامية (المادة ٨٠ أ.م.م). فيمكن بالتالي الاتفاق على مخالفتها والتنازل عن الادلاء بها، كما لا يعود للمحكمة آثارها عفواً بمعنى اذا حصل هذا الاتفاق على مخالفتها والتنازل عن الادلاء بها بانّه يلزم الخصوم والمحكمة على حدّ سواء. وحيث بناء على ما تقدّم، وفي ضوء عدم دفع المدعى عليها بعدم اختصاص هذه المحكمة الدولي لم يعد من الجائز للمدعي الذي تقدّم بهذه الدعوى مع علمه بالسبب الذي كان من الممكن ان يبني عليه عدم اختصاص هذه المحكمة الدولي، طلب رد دعواه لهذا السبب، ولا سيما بعد صدور احكام عن هذه المحكمة لم يعتبرها لمصلحته بدليل استئنافه لها".

ورغم وضوح النتيجة التي توصلت اليها المحكمة باعلان اختصاصها للأسباب التي تبنتها وبأنّه "لم يعد من الجائز" بنظرها ان يطلب ردّ الدعوى لهذا السبب عادت المحكمة وقضت "بأنه تقتضي الاشارة، وفيما لو اردنا الاستفاضة في البحث، في اختصاص هذه المحكمة الدولي ان موضوع الدعوى الاصلية الزاهنة تتمحور حول اعلان طلاق الفريقان والبت بحضانة ولديهما القاصران... وحيث أنّه من الثابت انّ الولدان القاصران المطلوب البت بحضانتها كانا بتاريخ تقدّم الدعوى الزاهنة يقيمان مع والديهما في بيروت، فتكون هذه المحكمة مختصة للبت بالدعوى الزاهنة". فالمحكمة بعد ان اعلنت اختصاصها الدولي للنظر في الدعوى استناداً الى نسبية هذا النوع من الاختصاص والاتفاق والتنازل عن الادلاء بعدم الاختصاص، عادت الى **الاستفاضة (الغلو) في البحث وتكريس نفس النتيجة على اساس قانوني آخر وفي ذلك لزوم ما لا يلزم.**

(٥) محكمة النقض المصرية، النقض رقم ٧١٢ لسنة ٧٢ قضائية، دوائر الاجراءات، جلسة ٢٠١٥/٠٢/٠٤، حيث جاء في موجز القرار أنّ المقرّر في قضاء محكمة النقض، " الأصل أنّه متى كانت عبارة النص القانوني واضحة لا لبس فيها، فإنّه يجب أن تعد تعبيراً صادقاً عن إرادة الشارع ولا يجوز الانحراف عنها عن طريق التفسير أو التأويل ولا يسوغ الخروج عن النص متى كان واضحاً جليّ معنى قاطعاً في الدلالة على المراد منه". انظر أيضاً وفي نفس المعنى الطعن رقم ١١٧٣٢ لسنة ٨٧ قضائية، الدوائر التجارية، الصادر بجلسة ٢٠١٨/١١/٢٢. "عدم جواز تخصيص أو تقييد عموم النص استهزاء بالحكمة منه".

فيكون القاضي بموجب هذه العملية المنطقية قد طبق قاعدة قانونية عامة من نصوص المعاهدة أو الاتفاقية الدولية الخاصة بحقوق الانسان، على حالة جزئية واقعية خاصة كيما يفرض بموجبها النزاع ويحقق العدالة المرجاة.

إضافة إلى ما ورد، نجد أنّ استدلال قواعد قانونية من نصوص المعاهدات كمنهج قضائي معتمد يجد سنده القانوني من مبدأ قانوني أساسي أوجده المشتري وألزم المحاكم التقيّد به، الا وهو التقيّد بمبدأ تسلسل القواعد، فعند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي تتقدم في مجال التطبيق الأولى على الثانية، هذا ما جاء في حرفية المادة ٢ من قانون أ.م.م. وهذا ما يعزّز ويبرّر الاستدلال، ذلك أنّ لأحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية افضلية لناحية التطبيق.

كما يرى البعض أنّ مدلول المادة آنفة الذكر يهدف إلى تبيان مبدأ ثانٍ متعارف عليه في القانون الدولي الخاص، هو مبدأ إدخال المعاهدات كجزء من قوانين الدولة الداخلية إذا ما تبين أنّ هذه المعاهدات تستوفي الشروط اللازمة لنفاذها داخل إقليم الدولة^(١).

فعلى الصعيد الدولي تعدّ المعاهدات الدولية المصدر الرئيسي والأول للقانون الدولي العام وتحتل المكانة الأولى بين مصادر القانون الدولي بعد أن احتلت المركز الذي كان يشغله العرف الدولي، فتبوّأت سُلّم الهرم القانوني بعد أن تدحرج العرف الدولي إلى المرتبة الثانية^(٢).

أمّا على الصعيد الداخلي فتحتل المعاهدات المرتبة الثانية بعد الدستور حيث تسمو أحكام الأخير على باقي القواعد القانونية^(٣)، ذلك "أنّ الدستور هو القانون الأسمى في الدولة، وهو الذي يقع في رأس سُلّم تراتبية القواعد في المنظومة القانونية، فينبغي أن تكون الاتفاقية الدولية متطابقة مع الدستور أو على الأقل غير متعارضة معه، لأنّ المعيار في الحفاظ على وحدة المنظومة القانونية والانسجام في داخلها هو الدستور وليست الاتفاقيات الدولية"^(٤).

وإذا نظرنا إلى الدساتير العربية نجد أنّها لم تتخذ موقفاً موحداً لمسألة مرتبة المعاهدات في سُلّم الهرم القانوني إزاء غيرها من القواعد القانونية^(٥).

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

(١) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنية بين النص والاجتهاد والفقه، الجزء الأول، المرجع المذكور، صفحة ٦.

(٢) محمد خالد برع، المرجع المذكور، صفحة ٧٨.

(٣) للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، انظر دراسة أعدتها مها حايك وفاطمة فواز، تحت اشراف الدكتور داني نعوس، بعنوان "جاذبية القانون الدولي وسيادة القانون الداخلي على ضوء أحكام المادة ٢ أصول محاكمات مدنية"، مجلة الجامعة اللبنانية، كلية الحقوق والعلوم السياسية، الفرع الثاني، ٢٠١٩-٢٠٢٠، صفحة ٣٥.

(٤) عصام سليمان، إشكالية العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي في تحقيق العدالة الدستورية، دراسات في العدالة الدستورية، المجلس الدستوري، الكتاب السنوي، المجلد ١٠، سنة ٢٠١٦، صفحة ٤٦.

(٥) الدستور الكويتي في المادة ٧٠/ منه نصّ على أنّ " يكون للمعاهدة الدولية المبرمة (ويبرمها الأمير) قوّة القانون العادي بعد مرورها بمراحلها المنصوص عليها بالدستور حقوق المواطنين العامة والخاصة، معاهدات الملاحة، التجارة، الإقامة، والمعاهدات التي تحمل خزينة الدولة شيئاً من النفقات غير الواردة في الموازنة، كذلك التي تتضمن تعديلاً لقوانين الكويت فأنه لنفاذها يجب ان تصدر بقانون.

أمّا الدستور السوري في المواد ١٠٤/ و ٧١/ فقد وضّح أو بيّن مرتبة المعاهدات الدولية إذ نجد أنّ المادة ١٠٤/ قد منحت لرئيس الجمهورية الحق في ابرام وإلغاء المعاهدات والاتفاقيات الدولية وفقاً لأحكام الدستور. أما المادة ٧١/ فقد نصّت على وجوب إصدار تشريع جديد لنفاذ المعاهدة الدولية، إذا كانت تلك المعاهدة متعلّقة بالسيادة، أو بصلح، أو تحالف، أو التي تحمل خزينة الدولة نفقات غير الواردة في الموازنة، أو التي تخالف تشريعاً نافذاً ".

إذ نجد دستور جمهورية مصر العربية على سبيل المثال وما تلاه من دساتير، واضحاً في تبيان القيمة القانونية للاتفاقيات الدولية بالمقارنة مع باقي القواعد القانونية فاستذكرها الشارع في موضعين مختلفين، الأول في المادة ٩٣ من الدستور الحالي والتي جاء في حرفيتها: " تلتزم الدولة بالاتفاقيات والعهود والمواثيق الدولية لحقوق الإنسان التي تصدق عليها مصر وتصبح لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً للأوضاع المقررة".

والثاني في المادة ١٥١ من الدستور المعدل سنة ٢٠١٤، وقبله دستور ٢٠١٢ التي نصت على الآتي: " يمثل رئيس الجمهورية الدولة في علاقاتها الخارجية ويبرم المعاهدات ويصدق عليها بعد موافقة مجلس النواب، وتكون لها قوة القانون بعد نشرها وفقاً لأحكام الدستور. وفي جميع الأحوال لا يجوز إبرام أية معاهدة تخالف أحكام الدستور".

دليل ذلك، ما جاء في قرارات محكمة النقض المصرية، فنستعرض في أحد قراراتها كيفية معاملتها للمعاهدات والاتفاقيات الدولية معاملة القانون من حيث الالتزامات والآثار المترتبة عليها. لازمه "...النظر إلى أحكام القانون كوحدة واحدة مكتملة لبعضها بما لا يجوز معه في مجال التطبيق والتفسير النظر إلى جزء من هذا القانون، إذ لا بد أن يشمل التطبيق جميع ما اشتمل عليه من أحكام..."^(١)

ولقد قام المشرع المصري بإصدار اتفاقية حماية الطفل في صورة قانون بعد انضمام مصر إليها.

أما دستور الإمارات العربية المتحدة قد منح المعاهدة الدولية مرتبة خاصة و متميزة، إذ نص صراحةً على تطبيق أحكام الدستور (ما لم يخل بما ارتبطت به الإمارات الأعضاء في الاتحاد مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات أو اتفاقيات)^(٢).

وفي لبنان، نصت المادة ٢ من قانون أ.م.م. على أنه "عند تعارض أحكام المعاهدات الدولية مع أحكام القانون العادي، تتقدم في مجال التطبيق الأولى على الثانية. ولا يجوز للمحاكم أن تعلن بطلان أعمال السلطة التشريعية لعدم انطباق القوانين العادية على الدستور أو المعاهدات الدولية". يظهر لنا جلياً أن المادة الثانية سابقة البيان تبنت قاعدة تسلسل القواعد أو ما يعرف بالنظام القانوني الهرمي، وصفه هانز كلسن^(٣) (HANS Kelsen) بمبدأ التسلسل الهرمي للمعايير^(٤) بحيث لا يمكن للقواعد التي تكون بمستوى أدنى أن تتعارض مع

(١) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١٧٠٢٧، لسنة ٧٧ قضائية، الدوائر التجارية، جلسة ٢٠١٤/٠٢/٠٩. انظر أيضاً وفي نفس السياق، الطعن رقم ٢٣٣٦، لسنة ٧٥ قضائية، الدوائر التجارية، جلسة ٢٠١١/٠٦/١٣، وأيضاً الطعن رقم ٢٠٥٢٦ لسنة ٧٧ قضائية، الدوائر المدنية، جلسة ٢٠١٤/٠١/٢٧.

https://www.cc.gov.eg/advanced_search?section=civil

(٢) دستور الإمارات العربية المتحدة ١٩٧١ (المعدل في ٢٠٠٩)، حيث جاء في المادة ١٤٧ منه: " لا يخل تطبيق هذا الدستور بما ارتبطت به الإمارات الأعضاء في الاتحاد مع الدول والهيئات الدولية من معاهدات أو اتفاقيات، ما لم يجر تعديلها أو إلغاؤها بالاتفاق بين الأطراف المعنية". والمادة ١١٨: " تعمل الإمارات الأعضاء في الاتحاد جميعاً، على تنسيق تشريعاتها في مختلف المجالات بقصد توحيدها قدر الإمكان".

(٣) لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، أنظر، بشير أعزان، "هرمية كلسن Kelsen في القانون اللبناني"، دراسة نشرت في مجلة العدل، ٢٠٢٢، العدد الأول والأخير، صفحة ٤٧ وما يليها.

(4) JUAN CARLOS RIOFRIO, "Kelsen, the new inverted pyramid and the classics of constitutional law", the forgotten levels in the traditional normative pyramid, university of the item spheres (Quito, Ecuador), Russian law journal, volume VII (2019), issue 1, page 88.

"Usually attributed to Hans Kelsen (Austrian jurist, legal philosopher, and political philosopher, known for his pure theory of law) the famous stufenbauthese (theory of the stepped construction), also called (theory of hierarchical order of structure), or (normative pyramid).

قواعد المستوى الأعلى، هذا يعني أنّ معياراً واحداً يسود دائماً الآخر من أجل خدمة المبدأ الهرمي، فهو المعيار الأوحد لحل أي تناقض أو تضارب محتمل بين القوانين، وبالتالي إذا كانت قاعدة أدنى مرتبة تتعارض أو تتناقض مع قاعدة إلى مرتبة فلن يكون للقاعدة الأولى صلاحية قانونية.

هذا ما أكدّه اجتهاد محكمة التمييز اللبنانية بوضوح، أنّه في حال التعارض بين نصوص اتفاقية دولية ونص في القانون الداخلي، تعطى الأولوية للاتفاقية الدولية، وذلك بغض النظر عن تاريخ صدور القانون الداخلي، قبل أو بعد الانضمام إلى الاتفاقية الدولية، إلا إذا تضمن القانون الصادر بعد الاتفاقية، نصاً صريحاً يعدّلها^(١).

وإذا كانت المعاهدات ملزمة ومتفوقة على غيرها من القواعد القانونية سنداً لمبدأ تسلسل القواعد والمبدأ القائم على إدخال المعاهدات كجزء من قوانين الدولة الداخلية، وبما أنّ "ليس في المبادئ أنصاف حلول"^(٢)، عليه يمكن الاستعاضة بأحكامها وقواعدها القانونية المرتبطة ببعض أحوال الفرد الشخصية الهالكة في فراغ تشريعي طائفي لا يقنن هذه الحالة أو تلك إما لأسباب دينية، أو اجتماعية، أو سياسية، أو اقتصادية، أو غيرها. لكن ماذا لو اصطدمت أحكام المعاهدات والاتفاقيات الدولية مع النظام العام، هل يبقى لقواعدها القانونية الضابطة والحافظة للعلاقة توازنها المطلوب خدمةً للعدل كقيمة سامية تلو فوق كل الاعتبارات؟ على شفير هذا الملمح من الطرح سننطلق إلى إلزامية تطبيق المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان في المنظومة القانونية الداخلية (الفصل الأول) وأثر النظام العام عند استدلال القواعد القانونية من نصوص المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: إلزامية تطبيق المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان في المنظومة القانونية الداخلية.

لاحظنا خلال بحثنا أنّ هناك بعض المسائل فانت قوانين الأحوال الشخصية، فإمّا أنّ المشرع لم يوجد لها نصّاً يربها بصورة صريحة (كحالة البنوة الطبيعية) فيستعين القاضي بالمبادئ العامة التي أوصته تطبيق الاتفاقيات الدولية ليس فقط احتراماً منه لمبدأ تسلسل القواعد وإتّماً كيما يحقّق الحق في ظل انتفاء النص. أو أنّه أحجم عن وضع نصّ فوق القاضي في دائرة الفراغ وما كان له سوى اعتماد المبادئ العامة التي تحيله نحو تطبيق الاتفاقيات الدولية الملزمة لأطرافها، كيما يسدّ الفراغ (استناداً إلى أحكام المادة ٤ من قانون أ.م.م). نلاحظ ذلك عندما يتعنّت المشرع اللبناني على مدار السنين من وضع أو تعديل النصّ الذي يعطي المرأة اللبنانية الحق في منح جنسيتها لأولادها.

https://www.researchgate.net/publication/331998614_Kelsen_the_New_Inverted_Pyramid_and_the_Classic_of_Constitutional_Law.

(١) محكمة التمييز، الغرفة الأولى، قرار رقم ٥٩، الصادر في ١٩٧٣/١٢/٩، مجلة العدل، ١٩٧٤، صفحة ٢٧٧.

(٢) مقتبسة عن قول للدكتور نجيب الكيلاني، وهو شاعر وروائي مصري "ليس في المبادئ أنصاف حلول فإمّا هضمها أو استفرغها".

ولقد أشارت اتفاقية فيينا باعتبارها الأساس القانوني لنظرية المعاهدات في المادة ٢٦: " أن كل معاهدة نافذة ملزمة لأطرافها وعليهم تنفيذها بحسن نية". كما ونصت في المادة ٢٧ منها أنه: "لا يجوز لطرف في معاهدة أن يحتج بنصوص قانونه الداخلي كمبرر لإخفاقه في تنفيذ المعاهدة".

وعلى الصعيد اللبناني ومن ناحية موقف لبنان من القوة الإلزامية للمعاهدة أو الاتفاقية الدولية، صرحت الدولة اللبنانية في تقريرها المقدم إلى اللجنة المعنية بحقوق الإنسان في الأمم المتحدة، " أن المعاهدات التي يصدق عليها لبنان حسب الأصول هي ملزمة قانوناً في النظام الداخلي بمجرد تبادل وثائق التصديق (المعاهدات الثنائية)^(١) أو بإيداع وثائق التصديق والانضمام (المعاهدات المتعددة الأطراف)^(٢) ولا يقتضي أي إجراء إضافي للقبول في القانون الداخلي. فإن أحكام هذه المعاهدات المحددة والواضحة بقدر كافٍ ستنفذ تنفيذاً فورياً، أما الأحكام التي تقتضي تدابير تشريعية أو تنظيمية فإنها تلزم الدولة اللبنانية عندئذ ان تتخذ هذه التدابير^(٣).

أخيراً وليس آخراً، تلزم الدول بتنفيذ المعاهدة داخل إطار نظامها القانوني الداخلي فهذا الالتزام هو التزام بتحقيق نتيجة، وليس مجرد التزام ببذل عناية، وإن من شأن إخلال الدولة بهذا الالتزام أو تراخيها في الانصياع له أن يؤدي إلى قيام مسؤوليتها الدولية في هذا الصدد، كما أن هذا الالتزام ينصرف إلى سلطات الدولة الثلاثة التشريعية والتنفيذية والقضائية، بل قد ينصرف إلى الأفراد كذلك^(٤).

في المجمل الحاصل يتبين أن للمعاهدات والاتفاقيات الدولية بشكل عام وتلك المتعلقة بحقوق الإنسان بشكل خاص مكانة عالية في المنظومة القانونية الداخلية لجهة مرتبتها ووضعيتها وقوتها الملزمة إزاء غيرها من القواعد القانونية. بناء على ما تقدم، سوف نبحث عن كيفية استدلال القواعد القانونية من نصوصها كما نسد فراغ التشريع في بعض الأحوال الخاصة بحالة الفرد الشخصية، ولن يقتصر الأمر على المعاهدات المصدق عليها وإنما إمكانية استدلال قواعد قانونية من تلك المتحفظ عليها على حدّ سواء، فنبحث في تطبيق اتفاقية حقوق الطفل لمعالجة بعض المسائل العائلية غير المكرسة بنص (بند أول) وتطبيق اتفاقية سيداو لحلّ ظاهرة اللأجنبية مؤقتاً (بند ثان).

بند أول: تطبيق اتفاقية حقوق الطفل لمعالجة بعض المسائل العائلية غير المكرسة بنص.

اعتبرت اتفاقية حقوق الطفل المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في جلستها المنعقدة بتاريخ ١٩٨٩/١١/٢٠ وإجماع أعضائها، أول أداة دولية لها القوة الإلزامية، بيد أنها تناولت حقوق الطفل بصفة

(١) محمد خالد برع، المرجع المذكور، صفحة ٨٤. لقد ميّز المؤلف بين التقسيم الموضوعي لأنواع المعاهدات الدولية، وقد تكون (معاهدات شارعة أو عقديّة، عامّة أو خاصّة، معاهدات تأسيسية ومعاهدات منشئة لوضعيات موضوعية وبين التقسيم الشكلي للمعاهدات الدولية وفي الحالة هذه إما أن تكون ثنائية أو جماعية والمعاهدات الثنائية لا يتجاوز عدد العاقدين فيها على دولتين".

(٢) محمد خالد برع، المرجع المذكور، صفحة ٨٤. "المعاهدات الجماعية تتكون ويشارك فيها عدد كبير من الدول يتجاوز الدولتين، وقد قال بعض الفقه بوجود المعاهدات المتعددة الأطراف، وهي وسط بين المعاهدات الثنائية، والمعاهدات الجماعية".

(٣) مها حايك وفاطمة فواز، دراسة أعدت تحت إشراف الدكتور داني نخوس، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٤٧ - ٤٨.

(٤) محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٥، صفحة ٢٣٧.

خاصة وبشكل مستقل فشملت حماية كل الجوانب المتصلة بحياته داخل الاسرة وخارجها، وداخل الدولة التي يقطن فيها وخارجها، وبمختلف أوجهها من مدنية وسياسية واقتصادية وثقافية حتى لا يكاد يوجد جانب واحد يتعلق بحياة الطفل لم تتطرق اليه من خلال موادها الأربع والخمسين. ولقد صادق لبنان على هذه الاتفاقية بتاريخ ١١/٢٠/١٩٩٠ بالاستناد الى القانون الصادر عن مجلس النواب تحت الرقم ٩٠/٢٠^(١). عرفت الاتفاقية المذكورة في مادتها الاولى الطفل على أنه " كل انسان لم يتجاوز الثامنة عشرة، ما لم يبلغ سن الرشد قبل ذلك بموجب القانون المنطبق عليه".

يستتبط أن هذه المادة حددت مفهوم الطفل بأنه الانسان الذي لم يتجاوز الثامنة عشرة من عمره لكنها عطفت هذا المفهوم بحسب القانون الذي ينطبق عليه. وإذا عدنا الى الوثائق والمنشورات الكنسية نجد صعوبة في تقديم تحديد عام للطفل والسبب في ذلك أن عدداً من الكنائس لم تعالج هذه النقطة بالذات إن في وثائقها أو قوانينها، لكن من ضمن الكنائس التي تناولت هذا الموضوع الكنائس الشرقية الكاثوليكية على الشكل التالي "يكون راشداً الشخص الذي أتم السنة الثامنة عشرة من عمره، ومن دون هذا السن يكون قاصراً"^(٢). ويحدد هذا القانون الطفل بشكل غير مباشر انطلاقاً من تحديد من هو القاصر، ويقول أن الطفل هو من كان دون السابعة من عمره، فيعد القاصر غير مميز قبل تمام سن السابعة، ومميزاً بعد تجاوزه سن السابعة^(٣).

أما عند الإسلام يعدُّ طفلاً الإنسان غير البالغ سن الرشد، والإنسان البالغ مبدئياً هو ذاك البالغ النضج الجسدي شريطة أن يظهر رشده. لقد اتجهت المذاهب الإسلامية المختلفة على القول أن من يبلغ الخامسة عشرة، يعدُّ بالغاً حتى ولو لم تظهر عليه علامات البلوغ إذا كان ذكراً أما إذا كانت أنثى فيكتفى بسن التاسعة^(٤).

ومن بديهيات القول أن للطفل الحق في التمتع بالحقوق دون أي تمييز وهذا ما كرّسته الاتفاقية المذكورة في مادتها الثانية فقرتها الأولى حيث جاء فيها:

" تحترم الدول الأطراف الحقوق الموضحة في هذه الاتفاقية وتضمنها لكل طفل يخضع لولايتها دون أي نوع من أنواع التمييز، بغض النظر عن عنصر الطفل أو والديه أو الوصي القانوني عليه أو لونهم، أو جنسيتهم، أو لغتهم، أو دينهم، أو رأيهم السياسي، أو غيره، أو أصلهم القومي، أو الاجتماعي، أو ثروتهم، أو عجزهم، أو مولدهم، أو أي وضع آخر، إيماناً منها وتكريساً لمبدأ المساواة بين الأطفال".

إلا أن هذا الموقف الدولي قد لاقى معارضة صارخة من الدول الإسلامية في حينه ذلك أن عدم التمييز " بين مولدهم أو بسبب وضع آخر" الوارد في نص المادة يعني في الحقيقة عدم التمييز بين الطفل الشرعي وبين

(١) صادق لبنان أيضاً على البروتوكول الاختياري الملحق باتفاقية حقوق الطفل بشأن بيع الأطفال بموجب القانون رقم ٤١٤ تاريخ ٠٦/٠٥/٢٠٠٢.

(٢) سليم الضاهر ومحمد طي، حقوق الطفل في المسيحية والإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، تم طبع هذا الكتاب بالتعاون مع المركز الكاثوليكي للإعلام، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، صفحة ٦١.

(٣) مجموعة القوانين الشرعية، قانون ٩٠٩، الباب التاسع عشر، بعنوان " في الأشخاص والافعال القانونية"، بند ٢.

(٤) سليم الضاهر ومحمد طي، نفس المرجع، صفحة ١٣٣.

لمزيد من المعلومات حول تضارب الآراء الفقهية في مسألة تحديد سن البلوغ عند المسلمين، انظر، سيد عبد المطالب شعبان، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية والواقع الدولي، دراسة نشرت في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، العدد ٤٧، الجزء الثاني، ٢٠١٨، صفحة ٦٨ وما يليها.

الطفل غير الشرعي وهو ما لا تقبله الشريعة الإسلامية التي تحظر الزنا غير الصالح لإثبات النسب، لكون النسب نعمة، وهي لا تتال بالمحذور وبفعل الجريمة^(١) فأولاد السفاح وأولاد اللعان لا ينسبان الى والدهما، بل يلحقان بأُمَّهما نسباً وارثاً^(٢).

والولادة غير الشرعية الزناية حسب الشريعة الإسلامية لا تقتصر على العلاقة غير المشروعة بين شخصين أحدهما أو كلاهما متزوج، بل ينصرف الى كل علاقة غير مشروعة ولو كان طرفها غير متزوجين^(٣).

وفي اتجاه آخر مخالف يرى البعض أنّ القرآن الكريم لم يتطرق إلى قضية الولد غير الشرعي إطلاقاً وهذه من النقاط اللافتة والمهمة، وينظرهم أنّ ما ورد عن المسلمين بشأن ابن الزنا إنّما ورد في الروايات والتي يحمل الكثير منها طابعاً يخالف نصوص القرآن الكريم وروحه. فالشريعة الإسلامية الغراء كَرَمَت الانسان لإنسانيته دون دخل لأي اعتبار آخر^(٤) قال الله تعالى:

وَلَقَدْ كَرَّمْنَا بَنِي آدَمَ وَحَمَلْنَاهُمْ فِي الْبَرِّ وَالْبَحْرِ وَرَزَقْنَاهُمْ مِنَ الطَّيِّبَاتِ وَفَضَّلْنَاهُمْ
عَلَى كَثِيرٍ مِمَّنْ خَلَقْنَا تَفْضِيلاً ﴿٧٠﴾^(٥)

ما جعل التفاضل بين الناس وتكريم بعضهم على بعض على أساس التقوى وليس النسب بقوله تعالى:
يَا أَيُّهَا النَّاسُ إِنَّا خَلَقْنَاكُمْ مِنْ ذَكَرٍ وَأُنْثَى وَجَعَلْنَاكُمْ شُعُوبًا وَقَبَائِلَ لِتَعَارَفُوا إِنَّ أَكْرَمَكُمْ عِنْدَ اللَّهِ أَتْقَاكُمْ
إِنَّ اللَّهَ عَلِيمٌ خَبِيرٌ ﴿١٣﴾^(٦)

أما ولد الزنى (adulterine child) بالمفهوم القانوني هو ذلك الذي ينشأ عن علاقة تجري بين شخصين متزوجين، ولكن كل واحد منهما متزوج من شريك آخر، وقد يكون الولد زنائياً بالنسبة إلى الأب إذا كان متزوجاً في حين أنّ الأم غير متزوجة، وطبيعياً بالنسبة إلى الأم غير المتزوجة والعكس صحيح^(٧)، فيكون زنائياً بالنسبة إلى الأم إذا كانت متزوجة وطبيعياً بالنسبة إلى الأب إذا لم يكن متزوجاً^(٨). كما أنّ الشريعة الجزائية أكدت

(١) وفاء إبراهيم محمد الذيب، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) بما ورد في قوانين الأحوال الشخصية وقانون الطفل (القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠٠٧، صفحة ٤٨٠.

(٢) خليل الدحاح، الأحوال الشخصية من زاوية قوانين الزواج ومفاعيلها لدى مختلف الطوائف في لبنان، منشورات المركز الدولي ش.م.م، بيروت، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، صفحة ١٩٠. اظهر استاذنا في مؤلفه الفرق بين ولد الزنى الذي جاء وليد سفاح او وليد علاقة جنسية غير مشروعة جرت خارج فراش الزوجية، بحيث اعتبر صحيح النسب لجهة الام فقط دون الاب، وولد اللعان الذي ولدته امه المتزوجة شرعاً، ونفاه الزوج، ورفض بالتالي نسبه اليه. وفي كلتا الحالتين لا يُنسب الولد الى والده، بل يُنسب الى امه ونسبها وترثه ويرثها.

(٣) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور صفحة ٣٠٠-٣٠١.

(٤) حسين الخشن، الولد غير الشرعي في الإسلام " دراسة نقدية في التراث الفقهي والزواني والكلامي"، صفحة ١١.

(٥) القرآن الكريم، سورة الإسراء، الآية ٧٠.

(٦) القرآن الكريم، سورة الحجرات، الآية ١٣.

(٧) القاضي المنفرد المدني في راشيا الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، قرار رقم ٧٧، الصادر في ٢٠١٧/٠٧/٠٦، " اعتبار العلاقة غير الشرعية علاقة زنى بالنسبة للوالدة وعلاقة غير شرعية بالنسبة للوالد"، المستشار في الأحوال الشخصية، دار الكتاب الالكتروني اللبناني ش.م.ل، مجموعة القرارات الصادرة عن القضاء العدلي في الأحوال الشخصية/ المعاهدات والفوانين/ تعاميم الوزارات/ دليل أقلام النفوس/ صلاحية المحاكم المناطقية، إعداد وإشراف القاضية د. رنا وليد عاكوم، تاريخ الصدور ٢٠٢١.

(٨) خليل الدحاح، الأحوال الشخصية من زاوية قوانين الزواج ومفاعيلها لدى مختلف الطوائف في لبنان، المرجع المذكور، صفحة ٩٤-٩٥.

وجوب توافر شرط مسبق وهو شرط صفة الزوج^(١) كيما يقترف جرم الزنا، على خلاف الولد الطبيعي (A) natural illegitimate child الناشئ عن علاقة جنسية خارج إطار الزواج بين رجل وامرأة كلاهما غير متزوجين لا ببعضهما البعض ولا بشكل آخر^(٢).

وبنفس السياق عزفت المادة ٣١ من قانون الإرث لغير المحمدين الصادر في ٢ حزيران سنة ١٩٥١ الولد غير الشرعي بأنه " المولود من شخصين غير مرتبط الواحد مع الآخر بعقد زواج وغير متصلين ببعضهما ببعض بقرابة مانعة من الزواج، وغير مرتبط كليهما بعقد زواج مع شخص ثالث. على أنه إذا كان أحد الوالدين غير مرتبط بعقد زواج من شخص ثالث فإن الولد يرث منه".

بعيداً عن العبارات والمصطلحات المستخدمة للأولاد الناشئين عن علاقة غير مشروعة فإن الولد الناجم عن علاقة غير شرعية لا يعامل معاملة الولد الشرعي رعاية وإراثاً بحسب ما أجمعت عليه القوانين الطائفية وحتى المدنية (في مجال الإرث لغير المسلمين) في لبنان، والأحكام المشتركة التي يستفيد منها هذا الولد تتمحور حول قيده وإكسابه الجنسية وعدم استخدام عبارة " غير شرعي" على هويته وصولاً إلى معاقبة من يخلّ بموجب الالتزام بالمحافظة على الأبناء أو من يعمد إلى تسيبهم^(٣).

ورغم أن قواعد العدالة الإنسانية التي تفرض مبدأ المساواة، واتفاقية حقوق الطفل المكرسة لهذا المبدأ، توجب عدم تحميل الطفل الطبيعي وزراً ارتكبه أبواه، فلا تزر وازرة وزر أخرى^(٤) ولا يسأل الطفل عن جريمة ارتكبتها غيره، لكن يتبدى لنا من الناحية النظرية أن مبدأ المساواة في الحقوق بين الأطفال ثمرة علاقة زوجية صحيحة وغيرهم من الأطفال الطبيعيين يخلق نوعاً من الإشكالية حول من هو الأولى والأقوم على حضانه الأخيرين والمسؤول عن نفقتهم في ظل غياب نصوص صريحة في القوانين الوضعية تعالج المسألة، سيما أن موجب الثقة على الولد الطبيعي هو من قبيل الموجبات الأدبية التي لا ترتقي إلى الحياة المدنية ولا يمكن طلب تنفيذها، وإن كان قيده وإكسابه الجنسية يُستتبط منها ضمناً معاملته معاملة الولد الشرعي.

كما وقد تظهر مشادة قانونية واجتهادية في بعض الأحيان بشأن القانون الواجب التطبيق فيما لو كان أولئك الأطفال الطبيعيين لبنانيين، مولودين في الخارج، وحاملين لجنسيات متعددة. فهل على القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون اللبناني أو الأجنبي أم اتفاقية حقوق الطفل التي دخلت حيز النفاذ بتوقيع لبنان عليها وبذلك تفضيلها على باقي القوانين عند الحكم بالنفقة والحضانة؟

بناء على ما سلف، سنظهر في هذه العجالة الإشكالية الكامنة وراء انتفاء نص ينظم حقوق الولد الطبيعي في القوانين الطوائفية (الفقرة الأولى) ومن ثم معالجة انتفاء النص المنظم لحقوق الولد الطبيعي عبر الاتفاقيات الدولية (الفقرة الثانية).

(١) سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام (معالمه - تطبيقه - نظرية الجريمة - المسؤولية - الجزء) دراسة مقارنة، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، صفحة ٢٠٦.

(٢) خليل التحداح، الأحوال الشخصية من زاوية قوانين الزواج ومفاعيلها لدى مختلف الطوائف في لبنان، المرجع نفسه، صفحة ٩٤.

(٣) خليل التحداح، المرجع المذكور، صفحة ٨٩.

(٤) القرآن الكريم، سورة فاطر، الآية ١٨.

الفقرة الأولى: انتفاء نص ينظم حقوق الولد الطبيعي في القوانين الطوائفية.

نظمت المادة ٢٤ من قانون الإرث لغير المحمديين أصول وإجراءات إثبات البنوة بنصها " تثبت بنوة الولد غير الشرعي بالاعتراف الرضائي. ويتم الاعتراف بتصريح يدون في وثيقة الولادة وفقاً للأصول المعينة لقيد وثائق الأحوال الشخصية، أو في سند رسمي ينظم لدى كاتب العدل". وأضافت في فقرتها الثانية أنه "لا يجوز أن يحصل الاعتراف الرضائي بالولد بعد بلوغه سن الرشد".

وإذا عدنا إلى قانون قيد وثائق الأحوال الشخصية يتبدى من حرفية نص المادة ١٥ أنه "إذا ولد طفل غير شرعي فينظم وثيقة الولادة الشخص الذي يتعدها والطبيب أو القابلة ولا يذكر اسم والده إلا إذا اعترف به أو فوض إلى وكيل خاص أو ينوب عنه في الاعتراف به^(١)، وإذا لم يتم هذا الاعتراف فإن الطفل يقيد بالأسماء التي يختارها منظم وثيقة الولادة.

ولا يجوز لمن ينظم وثيقة الولادة أن يذكر اسم والدة الطفل وكذلك لا يجوز لموظف الأحوال الشخصية أن يذكر اسمها إلا بناءً على تصريح منها بكونها أم الطفل أو بناءً على حكم قضائي^(٢). إن شهادة الاعتراف بالولد غير الشرعي تقيد في السجلات بالتاريخ الذي قيدت فيه ويذكر مآلها في سجل وثائق الولادة ويجب أن يكون تحريرها بحضور شاهدين".

ولقد حددت بموجب هذا القانون الحقوق الارثية للولد غير الشرعي وإن كانت تقدر بنسب أقل عن تلك الممنوحة للولد الشرعي حسبما جاء في نص المادة ٢٢ منه، على عكس أحكام الإرث الشرعية لدى المذاهب الإسلامية التي تعتبر أن الولد غير الشرعي هو ولد الزنا ولا يرث أباه في الإسلام، بل يرث أمه^(٣).

وفي سياق متصل حدد قانون ٢ نيسان ١٩٥١ صلاحية المحاكم الروحية بدعوى البنوة والنفقة في الحالة التي يتم فيها عقد زواج كنسي حيث إن النفقة المحددة في القانون المذكور تعود للأولاد ثمة زواج كنسي أصولي وليس للأولاد المولودين خارج رابطة الزواج، فالوضع الأخيرة تخرج عن إطار الدعوى الروحية ويعود الاختصاص للقضاء المدني.

ورغم أن قانون الإرث لغير المحمديين الصادر بتاريخ ١٩٥٩/٠٦/٢٣ "نظم أمور البنوة غير الشرعية الطبيعية وحدد كيفية الاعتراف به وشروطه وطرق إثباته وأثر ذلك على إرث الشخص المعترف به قضاءً أو رضاءً بحيث جعل المشتري اللبناني من الاعتراف بالبنوة غير الشرعية الطبيعية موضوعاً مرتبطاً بالإرث من دون التطرق إلى إيجاب نفقة لمصلحة الولد الطبيعي بذمة المثبتة أبوته له سواء رضاءً أو قضاءً".

(١) القاضي المنفرد في راشيا الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، القرار رقم ٧٧، الصادر في ٢٠١٧/٠٧/٠٦، المذكور سابقاً.
(٢) القاضي المنفرد المدني في صغبين الناظر في قضايا الأحوال الشخصية، القرار رقم ٦٣، الصادر في ٢٠١٩/٠٩/٠٧، المستشار في الأحوال الشخصية، المستشار في الأحوال الشخصية، دار الكتاب الإلكتروني اللبناني ش.م.ل.، مجموعة القرارات الصادرة عن القضاء العدلي في الأحوال الشخصية، إعداد وإشراف القاضي د. رنا وليد عاكوم، تاريخ الصدور ٢٠٢١.
(٣) أكرم باغي، الوجيز في أحكام الوصية والإرث (دراسة فقهية قانونية مقارنة) على ضوء الشريعة الإسلامية (حنفي - جعفري - درزي)، وقانون الإرث لغير المحمديين ٢٣ حزيران ١٩٥٩، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠١٨، صفحة ٨٠.

"وحيث بالعودة إلى القانون العام وهو قانون الموجبات والعقود يتبين أنّ القانون المذكور لم يتضمّن أيّ ذكر صريح لنفقة الولد غير الشرعي الطبيعي بحيث يقتضي معه التأكيد أنّ الوضع التشريعي اللبناني بحالته الزاهنة لا يوجب أو يقرّ أية نفقة بالمعنى الدقيق والقانوني لهذه الكلمة لمصلحة الولد غير الشرعي الطبيعي بذمة الشّخص المثبّته ابوّته سواء قضاءً أو رضاءً"^(١). كما أنّ القانون المدني اللبناني لم يلحظ في نصوصه أيّة معالجة لمفاعيل وآثار هذه الحالة.

وفي قراراتٍ أخرى قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز "...بأنّ المحكمة المدنية هي صاحبة الاختصاص للنظر في تقدير النفقة للطفّل المولود من مساكنة غير شرعيّة وتتنظر بالدّعوى على ضوء أحكام المادتين ١٢٢ و ١٢٣ من قانون الموجبات والعقود..."^(٢).

أي أنّها ربّبت المسؤولية التّقصيريّة عند حكمها بالنفقة على الشّخص الذي أقام علاقة خارج إطار الزّواج وأثمرت علاقته ولداً طبيعياً.

وقد يكون لدينا وجهة نظر مختلفة في هذا الملح من الطّرح، فالمسؤوليّة التّقصيريّة تترتّب جرّاء القيام بالأعمال غير المباحة (أي نتيجة جرم مدني أو شبه جرم) فكل فعل خاطئ يصدر من أحد الأشخاص ينجم عنه ضرر غير مشروع يلزم فاعله بالتّعويض (المادّة ١٢٢ م.ع). فلو افترضنا أنّ الولد الطبيعي نتج عن علاقة مساكنة، صحيح أنّ لبنان يعتبر المساكنة علاقة غير شرعيّة، إلّا أنّ لا شرعيّة العلاقة متأتية من مفاهيم دينيّة بحته تحرم العلاقات خارج الزّواج أمّا في القوانين الوضعيّة سيان المدنيّة أم الجزائيّة فلا وجود لنص يحظر المساكنة أو يفرض عقوبة على المتساكنين.

من ناحية أخرى إنّ الالتزام بنفقة الولد الطبيعي هو من قبيل الموجبات الأدبيّة (المعنويّة) المترتّبة على ذويه، والواجب الأدبي هو واجب أخلاقي غير ملزم، لا يتعدّى الضّمير الإنساني، يمكن تشبيهه بالموجب الطبيعي الذي لم يولد بعد، عليه، لا يمكن طلب تنفيذه فيما لو تملّص الأهل عن مسؤوليتهم تجاه ولدهم الطبيعي. كما أنّ الاعتراف بهذا الموجب لا يكفي بحذ ذاته أن يجعله ملزماً، بل يحوله إلى واجب قانوني أي موجب طبيعي غير مكتمل التّموا على حد تعبير البعض^(٣)، فلا يمكن طلب تنفيذه فيما لو امتنع عن ذلك من اعتبر نفسه مديناً به، ولا يكون ملزماً إلّا إذا تعهّد الأخير بتنفيذه مختاراً. أمّا المسؤولية التّقصيريّة تولّد الحق لمن تضرّر أن يحصل على تعويض. والتّعويض هو جزاء مدني يلتزم من أضرّ بالغير تأديته للمتضرّر قسراً وبقوة القانون.

أكّد البعض أنّ النّصوص الطائفية لم تتطرق إلى حقوق الولد الطبيعي بشكلٍ واضح وصريح، ولكن يستنبط من مراد المشتري عند تناوله مسألة إثبات البنوة غير الشرعيّة منح هذا الطّفّل حقوق مشابهة لتلك المعطاة للولد

(١) محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثانية، القرار رقم ٤٠، الصادر في ٢٥/٠٧/٢٠٠٠، المستشار في الأحوال الشخصيّة، دار الكتاب الإلكتروني اللبناني ش.م.ل.، مجموعة القرارات الصادرة عن القضاء العدلي في الأحوال الشخصيّة، إعداد وإشراف القاضي د. رنا وليد عاكوم، المرجع المذكور سابقاً.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ١، الصادر في ٠٨/٠١/١٩٦٥، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللبنانيّة.

(٣) راجع جورج سيوفي، النظرية العامة للموجبات والعقود، المرجع المذكور سابقاً صفحة ١٧.

الشَّرعي فيكون للأول حقوق طبيعِيَّة تجاه والديه إن لناحية النَّفقة أم لجهة الحضانة وإن أتى استنتاج ذلك بصورة ضمنيَّة لخلو القانون من النَّص الصَّرِيح^(١).

ولعل استقامة هذا الرأي يدعونا للعودة الى "المبادئ العامة" التي ارتكز عليها أهل الدين واثقائيَّة حقوق الطِّفل كركيزة أساسيَّة وأساس قانوني يحتذى به عند البحث في القانون الواجب التَّطبيق عند الحكم بالنَّفقة والحضانة للأطفال الطَّبِيعيين.

الفقرة الثَّانية: معالجة انتفاء النَّص المنظَّم لوضعيَّة الولد الطَّبِيعي عبر الاتفاقيَّات الدوليَّة.

بداية أرى من المناسب أن أنوّه إلى اختياري مصطلح "الولد الطَّبِيعي" في معرض دراسة القانون المنظَّم لوضعيَّته وحقوقه، بدلاً من الولد غير الشَّرعي لأنَّ المصطلح الأخير وبدون زعم ذو وقع ثقيل على الأسماع والتداول به مؤذٍ لمن تولّد بطريقة غير شرعيَّة بينما مصطلح الولد الطَّبِيعي يبقى أقلَّ شدة. كما أنَّ مناداة الطِّفل بغير الشَّرعي أو بابن الزَّنا غير جائز لأنَّها عبارات سبِّ وشتمية مع العلم أنَّ الشَّرائع السَّماويَّة لم تأمر باستخدام الفاظ خاصَّة أو مصطلحات معيَّنة في هذا المضمار وهذا لا يعني أننا نريد تخطئة ما فعله الفقهاء في استخدامهم لمصطلح غير الشَّرعي أو سواه كونهم ما استخدموه بغرض الدَّم والقذح أو التَّعيير، بل كان استخداماً أكاديمياً محضاً.

وبالعودة إلى ما سلف تبين لنا أنَّ حقوق الولد الطَّبِيعي لم تتركس في التَّشريع العادي عموماً وفي قوانين الأحوال الشَّخصيَّة خصوصاً. فالولد الطَّبِيعي بحاجة للعناية والرَّعاية مثله مثل بقية الأولاد. إنَّ الحضانة حق للصَّغير لاحتياجه إلى من يرعاه ويحفظه ويقوم على شؤونه، وهي تتمثَّل في السَّهر على تربية هذا الولد ورعاية شؤون حياته ومعيشته ومساعدته على النُّمو الجسدي والنَّفسي وغيرها من المتطلَّبات^(٢).

أمَّا النَّفقة، فهي ما يحتاج إليه الانسان، ليعيش بشكلٍ لائق، مساواة لحاجة أمثاله في الطَّعام والكسوة والسَّكن والتَّطبيب والخدمة للعاجز والتَّربية والتعليم^(٣).

وتحت ذريعة أنه لا يجوز للقاضي تحت طائلة اعتباره مستكفراً عن إحقاق الحق أن يمتنع عن الحكم بحجَّة غموض النَّص أو انتفائه فيكون عليه في الحالة الأخيرة اعتماد المبادئ العامَّة والعرف والانصاف.

(١) تعليق أعدّه العميد الدكتور خليل الدَّحداح، والدكتور داني نعوس، على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٨ عن الغرفة الخامسة لدى محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، منشور في مجلة العدل، ٢٠٢٠، العدد الثَّاني، صفحة ٧٥٤.

(٢) محمد علي محمد سكيكر، حقوق الطِّفل بين الشريعة الإسلاميَّة والقوانين الوضعيَّة العربيَّة (دراسة تحليليَّة تأصيليَّة مقارنة)، رسالة مقدَّمة لنيل درجة الدُّكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندريَّة، صفحة ١٠٩.

(٣) عبدو يونس، الأحوال الشَّخصيَّة في التَّشريع والتَّطبيق، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ١٤٠.

وبما أنّ المحاكم المدنية هي صاحبة الاختصاص للنظر في المسائل المتعلقة بنفقة وحضانة الأطفال الطبيعيين فيقتضي كما تحقق الحق، مجانية المبادئ التي رسمها أهل الدين مع المبادئ العامة المستنبطة من قلب التشريع العادي بغية إيجاد سند قانوني ترتكز عليه عند حكمها بالنفقة والحضانة ولكي تحقق الحق. هذا السند يستنبط من أحكام المادة الثانية من قانون أ.م.م التي أوجبت على القاضي احترام مبدأ تسلسل القواعد وبذلك تفضيل الاتفاقيات الدولية عن باقي القوانين المحلية العادية. فالقاضي عندما يطبق اتفاقية حقوق الطفل سيان على المسائل التي تبناها نص أم تلك المتيئة عن إيجاد نص لها في التشريع الوضعي يكون قد عبّر صراحةً عن أنّ الاتفاقيات الدولية هي جزء من قوانين الدولة الداخلية واحترم المبادئ العامة المقررة في القانون الدولي الخاص.

إذاً، إنّ مبدأ تسلسل القواعد سيحيل القاضي نحو تطبيق اتفاقية حقوق الطفل وعلى الأخير استدلال قواعد قانونية منها كي تحكم المسألة المعروضة أمامه، مثال ذلك القاعدة القانونية المنصوص عنها في الفقرة الثانية من المادة السادسة من الاتفاقية المذكورة التي توجب على الدول الأطراف " أن تكفل إلى أقصى حدود ممكن بقاء الطفل ونموه".

كما توجب الفقرة الثالثة من المادة التاسعة من الاتفاقية "على الدول الموقعة عليها احترام حق الطفل المنفصل عن والديه أو عن أحدهما في الاحتفاظ بصورة منتظمة بعلاقات شخصية واتصالات مباشرة بكلا والديه، إلا إذا تعارض ذلك مع مصالح الطفل الفضلى".

والمادة الثامنة عشرة من الاتفاقية التي تنص على "بذل الدول المتعاقدة قصارى جهدها لضمان الاعتراف بالمبدأ القائل أنّ كلا الوالدين أو الأوصياء القانونيين، حسب الحالة، المسؤولية الأولى عن تربية الطفل ونموه، على أن تبقى مصلحة الطفل الفضلى موضع الأولوية والاهتمام الأساسي". والسبب في ذلك أنّ الاتفاقية وضعت في الحسبان أنّ الطفل بحاجة إلى إجراءات وقاية ورعاية خاصة بما في ذلك حماية قانونية مناسبة بسبب عدم نضجه البدني والعقلي قبل الولادة وبعدها،

"وإذ تشير إلى أحكام الإعلان المتعلق بالمبادئ الاجتماعية والقانونية المتصلة بحماية الأطفال ورعايتهم مع الاهتمام الخاص بالحضانة والتبني على الصعيدين الوطني والدولي..."^(١) أخيراً تتخذ الدول الأطراف كل التدابير التشريعية والإدارية وغيرها من التدابير الملائمة لإعمال الحقوق المعترف بها في هذه الاتفاقية استناداً الى المادة الرابعة منها.

يلاحظ أنّ أحكام الاتفاقية لا تتعارض والمبادئ العامة التي رسمها أهل الدين سيان في الاسلام^(٢) أو المسيحية^(٣) وإن كان هذا الطفل تابع عن علاقة غير مشروعة. فاتفاقية حقوق الطفل حافظت على حقوق

(١) اتفاقية حقوق الطفل، المبادئ العامة الواردة في الذباجية.
(٢) أكدت السنة النبوية ضرورة حسن معاملة الأطفال والعطف عليهم، فيقول النبي محمد (ﷺ): " ليس منّا من لم يرحم صغيرنا، ولم يوقر كبيرنا" وقوله، " أكرموا اولادكم، وأحسنوا آدابهم"، وقوله: "من لا يرحم لا يرحم". لمزيد من المعلومات انظر محمد علي محمد سكيكر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعية العربية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٣٨ وما يليها.

الحضانة والاعالة والرعاية والتفقة، وشتى هذه الأمور هي من متعلقات النظام العام غير قابلة للتقريب فيها أو التنازل عنها بأي حالٍ من الأحوال.

غير أن الأمر قد يعترضه التعقيد في بعض الأحوال، فقد تظهر مشادة قانونية واجتهادية بشأن القانون الواجب التطبيق فيما لو كان أولئك الأطفال الطبيعيين لبنانيين، مولودين في الخارج، وحاملين لجنسيات متعددة. فهل على القاضي في هذه الحالة تطبيق القانون اللبناني أو الأجنبي أم اتفاقية حقوق الطفل التي دخلت حيز النفاذ بتوقيع لبنان عليها وبذلك تفضيلها على باقي القوانين عند الحكم بالتفقة والحضانة؟

بالعودة الى أحكام المادة ٧٥ من قانون أ.م.م " تختص المحاكم اللبنانية بالنظر في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان أصحاب العلاقة من اللبنانيين". إن هذا القول كافٍ بحد ذاته^(١) كيما " تحفظ المحاكم المدنية اختصاصها وإن تعددت جنسية اللبنانيين وهذا الأمر لا يمنع القضاء اللبناني من النظر في قضايا الأحوال الشخصية العائدة لهم، لا سيما عندما يكونون مقيمين في التربوع اللبنانية وإن كانت الإقامة لبعضهم ليست بدون انقطاع. كما أن البتة التاجمة عن مساكنة أو علاقة عابرة بين لبنانيين خارج لبنان لا تؤثر بتاتا على ذلك الاختصاص".

"العلاقة غير المشروعة وإن حصلت خارج لبنان لا تشكل عنصراً أجنبياً يجعل القاضي اللبناني أسير تطبيق قانون البلد الذي حصلت فيه تلك العلاقة وذلك عندما يكون موضوع تلك الدعوى محدداً ومقروناً بطلب نفقة وحضانة لمن نتج عن تلك العلاقة لا سيما عندما يكون جميع الافراء فيها من اللبنانيين ولهم محل إقامة في لبنان".

"أما إذا تمحور النزاع حول المساكنة بحد ذاتها بين المتساكنين وعن حقوقهما وواجباتهما المشتركة في كيان تلك العلاقة المستقرة والمستمرة لكان بالإمكان النظر فيما يغفله هذا العقد من شروط ومفاعيل في إطار الموقع الذي حصلت فيه تلك المساكنة، على اعتبار أن هناك وجود لعنصر أجنبي وهو البلد الأجنبي التي جرت فيه المساكنة"^(٢).

وبات معلوماً أن القوانين الوضعية الوطنية الرعية لمسألة حضانة ونفقة الولد الطبيعي لم تقرد نصوص صريحة تعبر من خلالها عن حلول قاطعة وجازمة تعالج المتطلبات وتزاعي المقتضيات، ولا يمكن البحث عن تطبيق

(١) إن الطفل عظيم في نظر يسوع المسيح، وفي مناسبات عدة اظهر محبته الكبيرة للأطفال بالقول والفعل، اذ تكلم معهم ودعاهم اليه وقربهم منه، حتى أننا نستطيع ان نعتبر ان الانجيل في مجمله، انجيل الطفل، كما يقول البابا يوحنا بولس الثاني، في رسالته الى الاولاد بمناسبة سنة العيلة. قال يسوع المسيح لرسله عندما انهروا الأطفال الذين جيء بهم اليه، ليضع عليهم يديه ويصلي " دعوا الأطفال، لا تمنعوهم ان يأتوا الي، فان لأمثال هؤلاء ملكوت السماوات". كما دعا يسوع في الانجيل الى قبول الأطفال، معتبراً ان قبول أي منهم هو قبول له، وهو بذلك ساوى نفسه بهم، فكان كلاً منهم هو عينه " ومن قبل طفلاً مثله اكراماً لاسمي فأياي يقبل". كما حذر يسوع من احتقار الأطفال " إياكم ان تحتقروا أحداً من هؤلاء الصغار". لمزيد من المعلومات انظر سليم الضاهر ومحمد طي، حقوق الطفل في المسيحية والإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، نفس المرجع، صفحة ٤٣ وما يليها.

(٢) على خلاف رأي البعض، حيث اوردوا ان الحضانة، المشاهدة، الاصطحاب، والتفقة (عند الحديث عن بتة طبيعية) هي مسائل خارجة عن دائرة الأحوال الشخصية ولقد افرد لها المشترع نصاً خاصاً هو نص المادة ٧٨ البنود ٢،٣،٤، من قانون أ.م.م وهي تدخل ضمن ما يُطلق عليه اسم تدابير حماية ويجب الانطلاق من هذه النقطة لتبرير اختصاص قاضي النزاع الذي لا يرتبط به النزاع موضوعياً بأية صلة ويلزمانه باتخاذ تدابير خاصة لمعالجة حالة معينة بصورة وقتية تهدد الأشخاص او الأموال العائدة لهم بالضرر المحدق. إن المبرر الوحيد استناداً الى هذه الوجهة للنظر في النزاع من قبل قاضٍ غير مختص في الأساس هو طابعها المؤقت، والعجلة تشكل دعماً له، ويضاف معيار ثالث هو الوجود ولو المؤقت على الأراضي اللبنانية للشخص او للأموال موضوع الادعاء. انظر، في تعليق اعده الدكتور عبده جميل غصوب على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٨ عن الغرفة الخامسة لدى محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، منشور في مجلة العدل، ٢٠٢٠، العدد الثاني، صفحة ٧٣٤ وما يليها.

(٣) تعليق العميد الدكتور خليل الدحاج، والدكتور داني نعوس، على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٨، محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور صفحة ٧٤٤ و٧٥٥.

قانون أجنبي طالما أنّ موضوع النزاع لا يدخل فيه عنصراً اجنبياً، فيكون على القاضي اعتماد ما جاء في اتفاقية حقوق الطفل من مبادئ وقواعد لحكم المسألة فيحكم بالتفقه والحضانة من جهة، ويحتضن القضية بحد ذاتها من جهة أخرى، كيما يحقّ الحق ويبتعد عن استكافه.

بند ثانٍ: تطبيق اتفاقية سيداو لحلّ ظاهرة اللاجنسية.

اعتمدت اتفاقية سيداو من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة في كانون الأول ١٩٧٩ وفتّح باب التوقيع عليها في العام ١٩٨٠ لتصبح نافذة في أيلول ١٩٨١، فحظت على توقيع غالبية الدول العربية ومنها لبنان بموجب القانون رقم ٥٧٢/٩٦ تاريخ ٢٤/٠٧/١٩٩٦.

اهتمت اتفاقية سيداو بوضع المبادئ والتدابير المقبولة دولياً لتحقيق المساواة في الحقوق للمرأة أسوة بالرجل ضمن قالب قانوني ملزم مؤلف من ٣٠ مادة نذكر منها المادة التاسعة التي كرّست مساواة المرأة بالرجل للاحية إقرار حقها بمنح جنسيتها لأولادها، فجاء فيها:

١- " تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل في اكتساب جنسيتها أو الاحتفاظ بها أو تغييرها وتضمن بوجه خاص ألا يترتب على الزواج من أجنبي أو تغيير جنسية الزوج أثناء الزواج أن تتغير جنسية الزوجة، أو أن تصبح بلا جنسية أو أن تفرض عليها جنسية الزوج".

٢- "تمنح الدول الأطراف المرأة حقاً مساوياً لحق الرجل فيما يتعلق بجنسية أطفالها".

رغم أنّ الاتفاقية المذكورة كرّست هذا الحق، إلا أنّ لبنان أبدى تحفظه على الفقرة الثانية من المادة التاسعة ما نال من إمكانية نفاذها والأسباب الكامنة وراء التّحفظ عديدة، أهمّها قانون الجنسية نفسه الصّادر بموجب القرار التشريعي رقم ١٥ تاريخ ١٩ كانون الثاني ١٩٢٥ وما سلفه من قرارات معدّلة له^(١) حيث بالاستناد إلى هذا القانون إنّ منح الجنسية مرتبط بمفهومين اثنين، أولهما حق الدّم، وثانيهما حق الإقليم،^(٢) فجاء في المادة الأولى من هذا القرار:

يعدّ لبنانياً...

• "كل شخص مولود من أب لبناني". من الواضح أنّ هذه الفقرة عكست البيئة المظلمة في حينه، والتي جمّدت بفعل الزمن ولم تتغير، وهي أسوة بالقانون السوري تحت الرّمق ١٦/١٩٢٥ وقوانين الدول العربية في تلك الآونة، كرّست السلطة الذكورية الأبوية في منح الجنسية، متجاوزةً دور المرأة وحقها الطبيعي، سيّما أنّ رابطة الدّم *jus sanguinis* التي استند إليها التشريع والتي تربط الأم بولدها عضويّاً، باتت تفصل بينهما قانونياً، فاستأثر الأب بها^(٣).

(١) للمزيد من المعلومات حول القرار التشريعي رقم ١٥/١٩٢٥ والقرارات اللاحقة المعدّلة له، انظر، حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجنبي وتشجيع الاستثمار في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١، صفحة ٢١.

(٢) حفيظة السيد حداد، المرجع نفسه، صفحة ٢٣.

(٣) جون القرّي، " نحو المواطنة الكاملة للمرأة، حق الأم اللبنانية في اكتساب جنسيتها لأولادها"، دراسة أعدت بتكليف من الهيئة الوطنية لشؤون المرأة عام ٢٠١١، صفحة ٧.

كما يعد لبنانياً...

- " كل شخص مولود في أرض لبنان الكبير ولم يثبت أنه اكتسب بالبنوة عند الولادة تابعية أجنبية. "
- " وكل شخص يولد في أرض لبنان الكبير من والدين مجهولين أو والدين مجهولي التابعية. "

نلاحظ هنا أنّ رغم مساعي المشرع إلى حلّ ظاهرة اللّجنسيّة في الفترتين الثّانية والثّالثة من المادّة الأولى المتقدّمة، إلّا أنّه من البديهي أن نلتزم تفضيل المشرع مجهوليّة التّابعيّة وحتّى مجهوليّة النّسب كمعيار رابط على صعيد الإقليم بالولادة، على ثبوت نسب الأم اللّبنانيّة، والاستثناء الوحيد الذي يدرج لمصلحة الأم اللّبنانيّة واكتساب جنسيّتها بناءً على رابط الدّم هو عند اعترافها بوليدها غير الشّرعي^(١) ما لم تثبت بنوّته لأجنبيّ. يتبدى أنّ دائرة التّمييز في قانون الجنسيّة تتسع في أعين الباحث كلّما تمعّن بنصوص هذا القانون، رغم أنّ الدّستور اللّبناني يؤكّد في المادّة السّابعة منه على أنّ " كل اللّبنانيين سواء لدى القانون، وهم يتمتّعون بالسّواء بالحقوق المدنيّة والسّياسيّة، ويتحمّلون الفرائض والواجبات العامّة دون ما فرق بينهم. " كما أنّ لبنان صادق على المعاهدات والمواثيق المتعلّقة بحقوق الإنسان عام ١٩٤٨، واتّفاقيه حقوق الطّفّل لعام ١٩٨٩ وتؤكّد جميعها على حق النّساء منح جنسيّاتهنّ لأزواجهنّ وأبناءهنّ، إلّا أنّ التّعديل التّشريعي لم يلق ترحاباً واستمرّ التّمييز ليطال المرأة اللّبنانيّة في نواحٍ ثلاث متباينة:

- لا تستطيع الأمّ اللّبنانيّة أن تمنح جنسيّتها لأولادها عند زواجها بأجنبي على خلاف ما هو عليه بالنّسبة للأب اللّبناني المتأهّل من أجنبيّة، الذي يمنح أولاده الجنسيّة اللّبنانيّة بحكم الولادة.
- لا تستطيع الزّوجة اللّبنانيّة منح جنسيّتها لزوجها الأجنبي، على خلاف ما هو عليه بالنّسبة للزّوج اللّبناني الذي يمنح زوجته الأجنبيّة الجنسيّة اللّبنانيّة بعد مضي سنة واحدة على الزّواج.
- تفضيل الأمّ الأجنبيّة المجنّسة لبنانياً على الأمّ اللّبنانيّة، حيث تستطيع الأولى منح الجنسيّة اللّبنانيّة لأولادها من زواج سابق فيما لو توفي الزّوج اللّبناني استناداً لأحكام المادّة الرّابعة من قانون الجنسيّة اللّبناني.

في الحالة الأخيرة، نجد أنّ المشرع اللّبناني فضّل المرأة المجنّسة على المرأة اللّبنانيّة الأصل التي تكون قد حافظت على جنسيّتها وإمّا استعادتها وإنه لمن المستغرب لا بل من المستهجن أن يوحى التّشريع الوطني أنّه يفضّل الأجنبي على مواطنيه!

لا شك أيضاً أنّ هناك ضرورة ملحة تستدعي تعديل قانون الجنسيّة لمصلحة إقرار حق الأمّ اللّبنانيّة بالمواطنة الكاملة اسوةً بالأب اللّبناني سيّما أنّ لبنان عند مصادقته اتّفاقيه القضاء على جميع أشكال التّمييز ضد المرأة قد التزم بموجب المادّة الثّانية فقرة (و) منها " اتّخاذ جميع التّدابير المناسبة، بما في ذلك التّشريع، لتعديل أو إلغاء

(١) جون القرّي، نفس المرجع، صفحة ٧.

القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة." وعلى الرغم من تعدد المشاريع المطروحة لتعديل قانون الجنسية^(١) إلا أنّ أيّاً منها لم يحظ خطى تشريعية لغاية تاريخه.

ما الحل؟

إنّ "التحفظ"^(٢) الوارد على المادة التاسعة من اتفاقية سيداو الذي حال دون نفاذ بعض أحكامها ليس من شأنه أن يمتد لإعاقة تطبيق باقي الأحكام المتفق عليها. بمعنى آخر تلتزم الدولة اللبنانية بتنفيذ كافة أحكام اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة عدا ما استثني منها تحفظاً، فتكون هذه الأحكام واجبة التطبيق على الأشخاص المخاطبين بها.

عليه، واستناداً إلى المادة الرابعة، من الاتفاقية المذكورة، اتخذت الدولة اللبنانية تدبيراً خاصاً مؤقتاً وريفاً للتخفيف من وطأة أزمة التعديل التشريعي، كما وتسهيل أمور الأشخاص المعنيين بهذا الملف متمثلاً بمنح إقامة مجاملة لبعض الفئات التي شملت كل من أولاد وزوج اللبنانية المتأهلة من أجنبي كما وأولاد اللبنانية من فئة قيد الدرس. بناءً على ما تقدم سنبحث في سريان التدبير الخاص المتمثلاً بمنح إقامة مجاملة كحل مؤقت (الفقرة الأولى)، أثر التدبير على الأشخاص المستفيدين من القرار (الفقرة الثانية) تعديل قانون الجنسية كحل دائم (الفقرة الثالثة).

(١) شهد مجلس النواب اللبناني تقديم العديد من اقتراحات القوانين التي تنطرق حول حق المرأة في منح جنسيتها لأطفالها ويمكن تصنيف هذه الاقتراحات إلى فئتين:

• الفئة الأولى، تكفي بمنح أولاد اللبنانية حقوقاً مدنية تعويضاً عن عدم إمكانية منحهم الجنسية اللبنانية نوردها بما يلي:
- التقرير المقدم من اللجنة الوزارية المعنية في مجلس الوزراء في ٢٠١٢/٠٣/٢١ وهو مشروع يرمي إلى تعديل قانون الجنسية، وفيما أقر مجلس الوزراء بتاريخ ٢٠١٣/٠١/١٧ أعمال اللجنة، لم يتخذ بعدد أية خطوة تشريعية لوضعها موضع التنفيذ واكتفى بتسجيل عدد من المقترحات التي ذهبت في اتجاه تنفيذ هذه التوصيات من أبرزها، اقتراح قانون أقر في جلسة تشريعية بتاريخ ٢٠١٩/٠٦/٢٦ بعد اقتراحه بتاريخ ٢٠١٩/٠٥/٢١ يرمي إلى إعفاء أولاد المرأة اللبنانية المتزوجة من غير لبناني والحائزين على إقامة مجاملة من الاستحصال على إجازة عمل. والاقتراح المقدم من لجنة المرأة والطفل في ٢٠١٩/٠٤/٠٩ يتضمن مادتين، الأولى تعترف بكافة الحقوق المدنية والاجتماعية للمولودين من ام لبنانية واب أجنبي أما الثانية فتتعلق بطريقة الاستفادة من هذه الحقوق.

• الثانية، اقتراحات تذهب إلى إقرار حق المرأة في منح الجنسية لأولادها بشكل عام او ضمن ضوابط معينة:
- اقتراح مقدم من اللقاء الديمقراطي في ٢٠١٨/٠٧/٢٣.

- مقترح الهيئة الوطنية لشؤون المرأة (إعطاء الحق للمرأة في منح جنسيتها مع تفادي التوطن) المقدم في ٢٠١٩/٠٥/٢١.
(٢) علي عبد الله الأسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان في التشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤، صفحة ١٣٤، ١٣٣. " إنّ التحفظ على بعض أحكام الاتفاقية الدولية كما يصفها المؤلف تشكل إحدى الصعوبات التي تواجه الاتفاقيات الدولية ... لحقوق الانسان عند التنفيذ وتمكن الدول من التخلص من بعض الآثار القانونية للمعاهدات بإرادة منفردة. يرى الكاتب أنّ الاعتراف للدول بحق ابداء التحفظات امر غير طبيعي ولا مقبول، إذ أنّ المنطق يقضي بان تقوم الدول التي تصبح أطرافاً في مثل هذه الاتفاقيات بموائمة تشريعاتها الوطنية مع أحكام الاتفاقية المعنية.

الفقرة الأولى: سريان التدبير الخاص المتمثل بمنح إقامة مجاملة كحل مؤقت.

عملاً بالقانون الصادر في ١٠ تموز ١٩٦٢ (تنظيم الدخول الى لبنان والإقامة فيه والخروج منه) والمرسوم رقم ١٠١٨٨ الصادر في ١٩٦٢/٠٧/٢٨ (تطبيق القانون المتعلق بالدخول الى لبنان والإقامة فيه والخروج منه) والقرار رقم ٥٩٤١٩/ق.م.ع/٢ تاريخ ٢٠١٧/١٢/١٣ وجهت تعليمات إلى المديرية العامة للأمن العام في أصول منح الاقامات السنوية، الدائمة والمجاملة لبعض الفئات المحددة والمعينة في القرار^(١). وحيث أنه عملاً بالمرسوم رقم ٤١٨٦ تاريخ ٣١ أيار ٢٠١٠، تمنح إقامة مجاملة مجانية لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد ل " زوج اللبنانية الأجنبية بعد انقضاء سنة على زواجه منها، وأولاد اللبنانية من زوج أجنبي سواء كانوا راشدين أو قاصرين من جهة يعملون أو لا يعملون"، بعد أن كان المرسوم ١٠٩٥٥ يجيز منح مثل هذه الإقامة إلى العربي أو الأجنبي من والدة لبنانية إذا كان لا يعمل. وبالإستناد الى المادة الأولى من قانون ١٩٦٢/٠٧/١٠ "الأجنبي هو كل شخص طبيعي من غير التابعية اللبنانية".

ومع غياب تعريف صريح وواضح لإقامة المجاملة في القوانين الوضعية آثرنا على تعريفها كالاتي: إن إقامة المجاملة هي رخصة أو منحة بموجب طلب تعطي الأجنبي المتأهل من امرأة لبنانية وأولادها الحق في الإقامة على الأراضي اللبنانية ولمدة معينة يحددها المرسوم الزراعي لها، فيما لو توافرت شروط اكتساب المنحة عند طالب الإقامة.

يمنح إقامة مجاملة مجانية كذلك الأمر كل من كان من فئة قيد الدرس، وهو ابن أو ابنة للبناني أو لبنانية لمدة ثلاث سنوات إسوةً ب ابن/ ابنة اللبناني أو اللبنانية الأجنبية وذلك بعد ضم المستندات المطلوبة والمحددة بموجب القرار^(٢).

وفي جميع الحالات المتقدمة، تمنح إقامات المجاملة للفئات المذكورة لمدة سنة واحدة إذا كانت صلاحية جواز السفر أقل من ثلاث سنوات وأكثر من سنة واحدة بتاريخ تقديم الطلب.

صحيح أنّ اتّفاقيّة القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة في المادة الرابعة منها أتاحت للطرف المتعاقد الثاني (الدولة اللبنانية) اتّخاذ تدابير حكوميّة وإداريّة (كالتدبير الخاص والمؤقت القاضي بمنح إقامة مجاملة للفئتين سابقتي البيان) من أجل المساهمة في الحدّ من أفق التمييز بين المرأة والرجل، غير أنّ المادة المذكورة قضت على أنّه:

" لا يعتبر اتّخاذ الدول الأطراف في الاتّفاقيّة تدابير خاصّة مؤقتة تستهدف التّعبيل بالمساواة الفعلية بين الرّجل والمرأة تمييزاً كما تحدّده هذه الاتّفاقيّة، ولكن يجب ألا يستتبع بأيّ حال كنتيجة له الإبقاء على معايير غير

(١) الجمهورية اللبنانية، وزارة الداخلية والبلديات، المديرية العامة للأمن العام، تعليمات رقم ١٥/ع/ص/ت ع، تاريخ ٢٠١٧/١٢/١٤.
(٢) الجمهورية اللبنانية، وزارة الداخلية والبلديات، المديرية العامة للأمن العام، رقم ٨٠٦/ع/ص/ب، تاريخ ٢٠٢١/٠٨/٢٧ بالإستناد إلى:
-التعليمات رقم ٥/ع/ص/ت ع تاريخ ٢٠١٧/١٢/١٤
- القرار رقم ٤٥٤٨/ق.م.ع/٢ تاريخ ٢٠٢١/٠٧/٢٣.

متكافئة أو منفصلة، كما يجب وقف العمل بهذه التدابير عندما تكون أهداف التكافؤ في الفرص والمعاملة قد تحققت".

هذا إن دلّ على شيء فأنه يدل على أنّ هذا التدبير يبقى ساري المفعول لحين إقرار أو تعديل تشريع يفيد المسألة ألا وهي إقرار حق المرأة في منح جنسيتها لأولادها ، وإذا بحثنا عن نوع هذا القرار يتبدى لنا أنه من القرارات الإدارية التنظيمية التي تسري على جميع الأفراد الذين تنطبق عليهم الشروط الواردة في القاعدة، فهي تخاطب فرد أو فئة معينة في المجتمع محددين بصفاتهم لا بذواتهم، كما أنه بوصفه هذا يعدّ من قبيل التشريعات الفرعية التي تقوم إلى جانب التشريع العادي، وهو يتّصف بصفة الثبات النسبي.

صحيح أنه لا ينتهي بتطبيقه على حالة معينة أو شخص محدد إلا أنه يخضع دائماً للتعديل والتغيير حسب ما تمليه اعتبارات الصالح العام فيبقى ساري المفعول إلى أن يلغى بقرار إداري آخر أو بنص قانوني⁽¹⁾، فيما لو تبين أنّ المصلحة العامة تستدعي الغاؤه أو تعديله فالغاية منه التّجديد بالمساواة بتعديل التشريع وليس إبقاء العمل به إلى أجل غير مسمى!

الفقرة الثانية: أثر التدبير على الأشخاص المستفيدين من القرار.

إنّ معالجة أثر التدبير القاضي بمنح إقامات مجاملة لزوج اللبنانية من التابعية الاجنبية، وأولاد اللبنانية شرعيين كانوا أو متبنين أو من فئة قيد الدرس أهمية بالغة، فكل تدبير يحمل آثاراً إيجابية وأخرى سلبية على الأشخاص المستفيدين منه والمخاطبين به ومن الجدير البحث في الاثرين:

(أ) الأثر الإيجابي للقرار

لما كانت المديرية العامة للأمن العام تمنح الأجنبي عموماً إقامة دائمة لمدة ثلاث سنوات بالاستناد إلى إفادة مصرفية بمبلغ مجمّد منذ ثلاثة أشهر لدى مصرف لبناني لا يقل عن ٣٠٠ مليون ليرة لبنانية أو ما يعادلها بالعملة الأجنبية بالإضافة إلى نسخة عن دفتر توفير أو كشف حساب أو إفادة بدخل شهري ثابت لا يقل عن خمسة ملايين ليرة لبنانية، كما وإفادة مصرفية لحساب مشترك مجمّد فوق الخمسين مليون ليرة لبنانية أو ما يعادلها بالعملة الأجنبية. عليه أيضاً أن يرفق وطلبه نسخة عن سند إيجار أو تملك كيميما يقبل طلبه ولكي يحصل على الإقامة الدائمة لمدة ثلاث سنوات⁽²⁾.

أمّا الأجنبي المتأهل من لبنانية على وجه الخصوص، وقبل اصدار المرسوم ٤١٨٦/٢٠١٠ كان يمنح إقامة سنوية تجدد سنة تلو السنة بعد استيفاء الشروط المطلوبة لدى المديرية العامة للأمن العام ودفع الرسم المطلوب البالغ قدره ٣٠٠,٠٠٠ ليرة لبنانية⁽³⁾.

(١) عصام نعمة إسماعيل، في اطروخته المعدة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، الطبيعة القانونية للقرار الإداري "دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد"، الجامعة اللبنانية، صفحة ٢٦١-٢٦٢.

(٢) المديرية العامة للأمن العام اللبناني، شروط منح الإقامة الدائمة (ثلاث سنوات)، الموقع الرسمي: <https://www.general-security.gov.lb/ar/posts/5>

(٣) المديرية العامة للأمن العام اللبناني، شروط منح الإقامة السنوية، الموقع الرسمي: <https://www.general-security.gov.lb/ar/posts/24>

أما الأولاد من أم لبنانية يمنحون إقامات سنوية كذلك الأمر بعد إبراز صورة عن وثيقة الولادة منقذة إذا كان مولوداً في لبنان أو مستند يثبت صلة القرى إذا لم يكن مولوداً فيه ودفع الرسم نفسه المتوجب على الزوج الأجنبي البالغ قدره ٣٠٠,٠٠٠ ليرة لبنانية وذلك قبل اصدار المرسوم ٤١٨٦/٢٠١٠.

لكن بعد صدور المرسوم المتقدم، مُنحت إقامات المجاملة لزوج وأبناء اللبنانيّة المتزوجة من أجنبي لمدة ثلاث سنوات وأغفتم من الرسوم المذكورة بالمبدأ، فاستفاد هؤلاء من مدة الإقامة الدائمة المتمثلة بثلاث سنوات تبعاً لصلاحيّة جواز السفر واستثناء الشروط المصرفية والمالية المفروضة على الأجنبي عموماً، ذلك أنّ الفئات المذكورة ما كانت لتحصل سوى على إقامات سنوية تجدد بتتابع السنوات.

بالإضافة، حُفظت الشروط المطلوبة للإقامة السنوية من أجل الاستحصال على إقامة المجاملة باستثناء الرسم المفروض ذلك أنّ إقامة المجاملة هي بالمبدأ مجانية.

آية ذلك؛

-يستفيد أبناء وبنات زوج اللبنانيّة من تمديد مدة الإقامة من سنة إلى ثلاث سنوات بموجب إقامة المجاملة بالاستناد إلى صلاحيّة جواز السفر.

-إعفاء أبناء وبنات زوج اللبنانيّة من دفع رسوم الإقامة.

وبموجب المادة الثالثة من القرار ١٥ التي اقرت شروط التّجنيس ونصت في فقرتها الثانية، يجوز أن يتخذ التّابعيّة اللبنانيّة وبموجب قرار من رئيس الدولة بعد التّحقق وبناء على طلب يقدمه " الأجنبي الذي يقترن بلبنانية ويثبت أنّه أقام مدة سنة في لبنان إقامة غير منقطعة منذ اقترانه."

بناءً عليه، نستنتج أنّ من مُنح إقامة مجاملة، له أن يطلب الجنسيّة اللاحقة بمنحة شرط أن يثبت أنّه أقام مدة سنة في لبنان إقامة غير منقطعة منذ اقترانه، بموجب قرار من رئيس الدولة بعد التّحقق وبناءً على طلب يقدمه. يقتضي التّويه أنّ إقامة المجاملة تتيح للشخص المستفيد منها الدّخول والخروج من وإلى لبنان ومن ثم العودة إليه مجدداً دون عقبات، وفي حال خرج الزوج الأجنبي المتأهل من لبنانية من لبنان قبل مرور سنة على اقترانه لا يستطيع ساعته طلب تجنيسه "فلا أثر قانوني للإقامة العابرة، كما أنّ مسألة إثبات الإقامة هي مسألة واقع تجوز فيها كافة طرق الإثبات"^(١). عليه، من مُنح إقامة مجاملة يتوجب عليه البقاء في لبنان طيلة هذه المدة التي تمنحه الحق في طلب التّجنس والاستغناء عن حريّة الغياب والإياب من وإلى لبنان المسموحة والممنوحة له سنداً لإقامة المجاملة.

أما بالنسبة لأسرة المتجنّس فإنّ أولاده الرّاشدين يمسون حكماً لبنانيين بناءً للطلب من دون شرط الإقامة ويطبّق المبدأ عينه بالنسبة لأولاد المتجنّس القاصرين فيصبحون وبصورة حكميّة لبنانيين بدون طلب ولمجرد التّجنس من

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع المذكور، صفحة ٣٠٤.

دون شرط الإقامة حسب ما جاء في المادة الرابعة من القرار ١٥، فيتمتعون بالتالي بكافة الحقوق التي يتمتع بها الوطنيون الخاصة والعامّة^(١).

(ب) الأثر السلبي للقرار

تشترط العديد من المهن انتساب من يمارسها إلى اتحاد أو نقابة كما أنّ بعض هذه النقابات يحصر العضوية باللبنانيين، نذكر على سبيل المثال: نقابة المحامين، نقابة الأطباء البيطريين، نقابة القابلات القانونيات نقابة الممرضات والممرضين... الأمر الذي يقف عائقاً أمام إمكانية أبناء وبنات وأزواج اللبنانيات ممارسة هذه المهن أو الانتساب إليها. وقد تضع بعضاً من هذه النقابات شروطاً وقيوداً إضافية كاشتراط أن يكون بلد الأصل للشخص يسمح للبنانيين مزاوله هذه المهنة هناك (استناداً الى مبدأ المعاملة بالمثل) أو اشتراط أن يثبت الشخص أنه مرخص له بالعمل في بلده، ومما لا شك فيه أنه يستحيل ذلك على الأولاد المولودين من أب مجهول التابعية أو الذين يتعدّر عليهم الحصول على جنسية والدهم.

كما يحرم أبناء وبنات أمهات لبنانيات من الرعاية الصحية المدعومة من الصندوق الوطني للضمان الاجتماعي ووزارة الصحة بالتساوي مع باقي المواطنين اللبنانيين.

وأيضاً، إذا كان لأولاد اللبنانيّة الدراسة في المدارس الرسميّة مجاناً إلا أنّ المجتمع ما اعفاهم من التمييز باعتبارهم أجنبي ببد أنّ الوزارة تصدر سنوياً مرسوماً يعطي الأولوية لتسجيل اللبنانيين ما يصعب تسجيل الأبناء غير اللبنانيين.

أخيراً، الألم المعنوي الذي تعيشه وتتعايشه الأم اللبنانيّة المتأهّلة من أجنبي كلّ يوم، فتضطر إلى معاملة أولادها القاصرين معاملة الأجنبي الغريب عن وطنها الأم لناحية إجراء معاملات الإقامة لهم أسوةً بالأجانب لتشريع إقامتهم المجاملة كل ثلاث سنوات^(٢).

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، المرجع نفسه، صفحة ٣٢١، انظر أيضاً، سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص "المضمون الواسع المتعدّد الموضوعات"، الموضوع الأول، الجنسية والقومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩، صفحة ٢٣٤-٢٣٥، يشرح المؤلف الآثار الفردية أو الخاصة بشخص المتجنس، ومدى اعمال قاعدة المساواة بين المواطنين متى اكتسب الشخص جنسية دولة جديدة على أساس أنه اكتسب الصفة الوطنية بيد ان التطبيقات على مستوى القوانين الوضعيّة أظهرت تبايناً في اعمالها لمبدأ المساواة فبعض التشريعات تحرم المتجنس وخلال مدة معيّنة تسمى فترة الاختبار أو الحرمان من بعض الحقوق السياسية وكذلك من بعض الحقوق المدنية، لكن يندر ان يقع هذا الحرمان مؤبداً أو لكامل حياة المتجنس.

(٢) تقرير هيومن رايتس واتش (Human Rights Watch)، قانون الجنسية تمييزي، دراسة نشرت على الموقع الرسمي للأخيرة في ٢٠١٨/١١/٠٣. <https://www.hrw.org/ar/news/2018/10/03/322724>

الفقرة الثالثة: تعديل قانون الجنسية كحل دائم.

إنّ الحلول المؤقتة المعتمدة من قبل الدولة القاضية بمنح إقامات مجاملة لا تغني ولا تحل محل وجوبية تعديل قانون الجنسية فهو الحل الدائم الذي يستقيم ويستكين مع حقّ الأم اللبنانية الطبيعي في منح جنسيتها لأطفالها. ومن هذا المنحى، يجب التفريق بين حق المرأة الطبيعي في نقل جنسيتها لأولادها انطلاقاً من مبدأ المساواة الذي ينصّ عليه الدستور (أ) وبين التجنيس (ب).

(أ) مبدأ المساواة في نقل الجنسية

تحرص دساتير العالم على احترام وتأكيد مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة، فجد أن الدستور المصري (١٩٧١) وما تلاه وتبعه من دساتير وإعلانات دستورية ونهاية بالدستور المصري الحالي (٢٠١٤) لم يتلّكاً ولو برهة عن تأكيد هذا المبدأ، فجاء في المادة ٥٣ منه على أنّ "المواطنون لدى القانون سواء وهم متساوون في الحقوق والحريات والواجبات العامة، لا تمييز بينهم بسبب الدين، أو العقيدة، أو الجنس...تلتزم الدولة باتخاذ التدابير اللازمة للقضاء على كافة أشكال التمييز، وينظم القانون إنشاء مفوضية مستقلة لهذا الغرض.

لقد بادر المشرع المصري في تموز ٢٠٠٤ إلى تعديل قانون الجنسية سيّما المادتين الأولى^(١) والثالثة^(٢) منه بدون مفعول رجعي ملتصقاً بالمعانة التي تواجهها المتزوجات من أجنبي ومعاونة اولادهنّ، مستثنياً الزوج ومبيحاً للأم المصرية إعطاء جنسيتها لطفلها المولود من أجنبي غير فلسطيني إلا في حالات خاصة تبعاً لإجراء قضائي محدد^(٣).

وما لبث ان عدّل موقفه ففضى بمنح الجنسية المصرية لأولاد المصريات المتزوجات من فلسطينيين بموجب القرار رقم ١٢٣١ بتاريخ ٢٠١١/٠٥/٠٢ مرجحاً المقاربة من منظار العدالة والمساواة على تلك المنحدرة إلى المسائل التمييزية والطائفية^(٤)، فيكون المشرع المصري ساوياً بين الأب والأم في نقل الجنسية إلى الأبناء وبقوة القانون بناءً على رابط الدم. إنّ هذا التعديل دون أدنى شك واكب التطورات الاجتماعية والاقتصادية في المجتمع

(١) المادة الثانية من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤، "يكون مصرياً:

1 - من ولد لأب مصري أو لام مصرية.

2 - من ولد في مصر من ابوين مجهولين، ويعتبر الأقباط في مصر مولوداً فيها ما لم يُثبت العكس.

3 - ويكون لمن تثبت له جنسية اجنبية الى جانب الجنسية المصرية إعمالاً لأحكام الفقرة السابعة، ان يعلن لوزير الداخلية رغبته في التخلي عن الجنسية. ويكون اعلان الرّغبة بالنسبة الى القاصر من نائبه القانوني او من الام او من متولي التربية في حال عدم وجود أيهما".

(٢) المادة الثالثة من القانون رقم ١٥٤ لسنة ٢٠٠٤ " يكون لمن ولد لام مصرية واب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون أن يعلن وزير الداخلية برغبته في التمتع بالجنسية المصرية ويعتبر مصرياً بصور قرار بذلك من الوزير او بانقضاء مدة سنة من تاريخ الاعلان دون صدور قرار مسبب منه بالرفض. ويترتب على التمتع بالجنسية المصرية تطبيقاً لأحكام الفقرة السابعة، تمتع الأولاد القصر بهذه الجنسية، اما الأولاد البالغون فيكون تمتعهم بهذه الجنسية باتّباع ذات الإجراءات السابقة، فاذا توفى من ولد لام مصرية واب غير مصري قبل تاريخ العمل بهذا القانون، يكون للأولاد حق التمتع بالجنسية وفقاً لأحكام الفقرتين السابقتين. وفي جميع الأحوال يكون إعلان الرّغبة في التمتع بالجنسية المصرية إلى القاصر من نائبه القانوني أو من الأم أو متولي التربية في حال عدم وجود أيهما.

(٣) جون القرّي، المرجع المذكور، صفحة ١٧.

(٤) جون القرّي، المرجع نفسه، صفحة ١٧.

المصري، واحترم مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة وأقرّ بالتزامه بالمعاهدات والمواثيق الدوليّة ومواكبته للأصول المثاليّة المستقرّة في مجال الجنسيّة^(١).

أمّا عن المشترع في دولة الامارات العربيّة المتّحدة وبموجب القانون رقم ١٧ لعام ١٩٧٢ فنصّ على أنّه يحقّ لأبناء الرّجال الإماراتيين نيل الجنسيّة الاماراتيّة وبصورة تلقائيّة، بينما يحجب هذا الحقّ عن المولودين من أمّ إماراتيّة وأب غير إماراتي، حتّى عانت المواطنة عقوداً من عقبات التّمييز مقارنةً بالرجل وحقّها الطّبيعي في منح جنسيّتها لأطفالها إلى أن صدر تعديل القانون عام ٢٠١٧ فجاء في المادّة ١٠ من القانون (مكرر) على أنّه:

" يجوز منح الجنسيّة لأبناء وبنات المواطنة المتزوّجة من أجنبي بعد مرور مدّة لا تقلّ عن ست سنوات من تاريخ الميلاد، شريطة أن تكون الأمّ متمتّعة بالجنسيّة وقت ميلاده حتّى تاريخ طلب الحصول على الجنسيّة، وفق الضّوابط التي تحدّدها اللائحة التّنفيذيّة، ويجوز منح الجنسيّة لابنة المواطنة من أب أجنبي والمتزوّجة من أجنبي وذلك وفقاً للضّوابط التي تحدّدها اللائحة التّنفيذيّة لهذا المرسوم بقانون".

وعن المشترع اللّبناني نقول أنّه برع في الحول حول الحمى دون الدّخول فيه، دليل ذلك إصداره المرسوم ذو علاقة بالجنسيّة والتمثّل بمنح إقامات مجاملة لأطفال وزوج اللّبنانيّة المتأهّلة من أجنبي ولأولئك من فئة قيد الدّرس كحلّ مؤقت يخفّف من وطأة التّعديل التّشريعي. كما كُثرت وتعدّدت مشاريع القوانين والاقتراحات المقدّمة الى مجلس النّواب لتعديل قانون الجنسيّة بما يتألف ويتلاءم مع حقّ المرأة الطّبيعي في منح جنسيّتها لأبنائها وبناتها والتي كانت ستشكّل أرضيّة صلبة للتّغيير المنشود إلّا أنّها غفّت غفوة اهل الكهف في أدرج المجلس التّشريعي.

وحيث من الثّابت أنّ حقّ المرأة في منح جنسيّتها لأطفالها يجد سندّه في الدّستور اللّبناني الذي تبني مبدأ المساواة في الحقوق والواجبات بين الذّكور والإناث كما أنّ لبنان يحترم التزاماته الدوليّة النّابعة من المعاهدات والمواثيق الدوليّة، إلّا أنّ إشكاليّة حقّ المرأة في إعطاء الجنسيّة لأولادها في لبنان تصطدم بمسألتين لحظتهما مقدّمة الدّستور وتشملان:

الأولى، منع التّوطين الملحوظ في الفقرة ط من مقدّمة الدّستور، والثّانية ميثاق العيش المشترك وما يفترضه من التّوازن الديمغرافي المنصوص عليه في الفقرة ي من هذه المقدّمة^(٢).

(١) احمد بدر حامد، مبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال اكتساب الجنسيّة وفقدانها، رسالة مقدّمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، كليّة الحقوق، ادارة الدراسات العليا، قسم القانون الدولي الخاص، ٢٠١٤/٢٠١٥، صفحة ٣١ الى ٣٧.
(٢) نزار صاغية وشهرزاد الحجار، مساع لتجاوز تابوهات الدّستور اعمالاً لمبدأ المساواة: حرمان اللّبنانيات من منح الجنسيّة لأولادهنّ، مقال نشر في "المفكرة القانونيّة"، (Legal Agenda) في ٢٠٢٠/٠٥/٠٦.

<https://legal-agenda.com/%D9%85%D8%B3%D8%A7%D8%B9%D9%8D-%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D9%88%D8%B2-%D8%AA%D8%A7%D8%A8%D9%88%D9%87%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1-%D8%A5%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%8B/>

إلا أنّ مؤيدي التعديل يطفئون هذا الهاجس معلّين موقفهم من مقدّمة الدّستور التي ترفض توطين الفلسطينيين بالإضافة الى مبادرة السّلام العربيّة التي اقترتها الجامعة العربيّة في بيروت في العام ٢٠٠٠ التي تنص على حق العودة مستعيدة بذلك القرار الأممي ١٩٤ الأساسي المؤكّد لهذا الحق وأخيراً الاحصائيات المتفاوتة التي تفيد بمراوحة نسبة اللّبنانيّات المتزوجات من فلسطينيين بين ٤ الى ٥ ٪ من أصل أولئك المتزوجات من أجنبيّات^(١).
الآ أنّ هذا الرّأي لم يلقَ تجاوباً رُغم أنّ لنصوص الدّستور أولويّة تطبيقية على باقي القواعد القانونيّة على ما استبق شرحه.

(ب) التّجنيس.

إنّ الإقامة على الأرض اللّبنانيّة لا تعطي المرأة اللّبنانيّة الحق في منح أولادها جنسيّتها وإنّما تولي حق اكتساب زوجها الأجنبيّ الجنسيّة بموجب طلب وبعد التّثبت من أنّه أقام مدّة سنة في لبنان إقامة غير منقطعة منذ اقترانه (المادّة الثالثة من قانون ١٩٢٥/١٥).

أمّا عن الأولاد ثمرة هذا الزّواج لا يكتسبون الجنسيّة اللّبنانيّة إلاّ إذا كان والدهم الأجنبيّ قد سبق أن تجنّس فيمسون حكماً لبنانيين دون شرط الإقامة وبناء للطلب سيّان كانوا قاصرين أم راشدين على ما استبق شرحه (الفقرة الأولى من المادة ٤).

وإذا ما عاودنا قراءة المادّة الرّابعة من قانون ١٩٢٥/١٥: " إنّ المقترنة بأجنبيّ اتّخذت التّابعيّة اللّبنانيّة، والرّاشدين من أولاد الأجنبيّ المتّخذ التّابعيّة المذكورة، يمكنهم إذا طلبوا أن يحصلوا على التّابعيّة اللّبنانيّة بدون شرط الإقامة، سواء أكان ذلك بالقرار الذي يمنح هذه التّابعيّة للزّوج أو للأُم بقرار خاص. وكذلك الأولاد القاصرون لأب اتّخذت التّابعيّة اللّبنانيّة أو لأُم اتّخذت هذه التّابعيّة وبقيت حيّة بعد وفاة الاب، فإنّهم يصيرون لبنانيين، إلاّ إذا كانوا يرفضون هذه التّابعيّة".

انقسم التّوجه القضائيّ بين مطبّق حرفي للنّص وبين مفسّر لروحية النّص ذات المفهوم الموسّع الضّامن للمساواة والعدالة.

حيث قضت قرارات عدّة صدرت عن محكمة التّمييز^(٢) أنّ المادّة المذكورة شملت أولاد القاصرين من أم لبنانيّة الأصل التي تكون قد احتفظت بجنسيّتها أو استعادتها قبل أو بعد وفاة زوجها الأجنبيّ متّخذة من مبادئ العدالة والانصاف مبرراً لحكمها، فلا يجوز في أيّ حال من الأحوال تفضيل الأم الأجنبيّة التي اتّخذت التّابعيّة اللّبنانيّة بعد زواجها على المرأة اللّبنانيّة الأصل التي احتفظت أو استعدت جنسيّتها.

(١) جون القرّي، مرجع سابق، صفحة ١١.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ٢٨، الصادر في ١٠/٢٩/١٩٧٣، منشور في مجموعة حاتم، الجزء ١٤٧، صفحة ٢٣. وفي موقف جريّ مائل، أنظر، تمييز مدني، القرار رقم ١٠ الصادر في ١٧/٠٢/١٩٧٢، منشور عبر الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللّبنانيّة www.legallaw.ul.edu.lb.

لا ريب في أنّ هذا الحل يكفل مساواة الوضع القانوني للأولاد القاصرين سيان المولودين من اللبناينة الأصل أو الأجنبيّة التي اكتسبت الجنسيّة اللبناينة بعد وفاة زوجها الأجنبي، فيشمل هذا التوجّه جميع هؤلاء القاصرين بدون فرق أو تمييز. بالإضافة إلى ما تقدّم، عزّز هذا الاتجاه موقفه بالمبادئ العامة مدلياً بأنّ ما من نص في القانون اللبنايني يمنع الأم اللبناينة الأصل من منح جنسيّتها لولدها القاصر بعد وفاة الزوج الأجنبي، "إذاً الاصل في التشريع هو الاباحة ما لم يكن هناك نص قانوني يمنع ذلك بشكل واضح، ولو أنّ في قوانين الجنسيّة خصوصيّة تستدعي المواءمة بين موجبات الحظر ومقتضيات التبرير"^(١) وهذا المبدأ يجب احترامه في ظلّ غياب النصّ. ما من شك أنّ هذا الحلّ يتطابق مع مبدأ المساواة أيضاً الذي قضى به الدستور اللبنايني فساوى بين اللبناينيين اجمعين في الحقوق والواجبات أمام القانون دونما فرق أو تمييز، وعليه للمرأة اللبناينة أن تكسب اطفالها جنسيّتها باعتبارها شريكة الرجل بالوطن إذا ما تزوّجت بأجنبي مما سيؤدّي حتماً الى: تثبيت اتّصال وارتباط الأطفال ببلد الام، ضمان وحدة جنسية العائلة بعد وفاة الزوج، وانتماء ونسبة هذه العائلة إلى وطن واحد.

في قرارات أخرى غالبية وطاغية، دحضت محكمة التمييز فكرة التّوسع عند تفسير أحكام المادّة الرابعة من قانون ١٩٢٥/١٥ " حيث إنّ المادّة المذكورة عندما عالجت أوضاع القاصرين لأب اتّخذ التّابعيّة اللبناينة أو لأم اتّخذت هذه التّابعيّة وبقيت حيّة بعد وفاة زوجها، فإنّها اعتبرتهم لبناينيين وانه بالإمكان قيدهم على خاينة والدتهم في دائرة الأحوال الشّخصيّة بشرط أن تكون حصلت وفاة والدهم".

إذا علينا أن نسال، ما العائق من تطبيق الأمر عينه على الأم اللبناينة التي استعادت جنسيّتها وايلاء فرصة أن يكون لأبنائها القصر الحق في الدّخول في الجنسيّة اللبناينة إذا مات عنها زوجها؟

استناداً إلى هذه الوجهة "لا يجوز تجاوز هذا الشرط والتّوسع بتفسير أحكام المادّة الرابعة (رغم مساوئها) واعتبار أنّ شروطها تكون متوافرة في كل مرّة ينحل فيها الزّواج وتطلب المرأة اللبناينة قيد أولادها على خايتها فلا مساع للاجتهاد في معرض النصّ الواضح، كما أنّ الفقرة الثّانية من المادّة هي استثناء على القاعدة العامّة المنصوص عنها في المادّة الأولى من القرار ١٩٢٥/١٥ وبالتالي لا يقاس على الاستثناء فانه لمن المعلوم أنّ أحكام الجنسيّة هي من متعلّقات النّظام العام ولا يجوز التّوسع بتفسير أحكامها عن طريق القياس"^(٢).

بين اجتهاد أقسم على تطبيق حرفيّة النصّ وآخر أقسم على تحقيق العدالة التي تجاوزت الحرفيّة ضلّ الحق طريقه في هذه العجالة. صحيح أنّ إسناد الحقّ إلى مبدأ المساواة المشار إليه من غالبية مؤيّدّي التّعديل هو في

(١) هذا المبدأ الذي انطلقت منه محكمة الدرجة الأولى في المتن، الغرفة الخامسة، برئاسة القاضي جون القرّي، في قرارها الصادر في ٢٠٠٩/٠٦/١٦ (حكم سميرة سويدان بخصوص تجنيس أولادها)، قوانين وقرارات الأحوال الشّخصيّة للطائفة المسيحيّة في لبنان، إعداد وإشراف عارف زين الدين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠، ملحق رقم ٥، صفحة ٥٦٣.

(٢) محكمة التمييز المدنيّة، الغرفة المدنيّة الثالثة، قرار رقم ٦، صادر في ١٩٨١/٠٧/١٤، مجلّة العدل، ١٩٨١، صفحة ٧٧. وأيضاً محكمة التمييز المدنيّة، الغرفة الثالثة، قرار رقم ٤١، الصادر في ١٩٨٣/١١/٢٨، منشور عبر الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللبناينة، www.legallaw.ul.edu.lb، وأيضاً بنفس المعنى محكمة الدرجة الأولى في بيروت، الغرفة الثّانية، قرار رقم ٧٦، الصادر في ٢٠٠٠/٠٤/٢٠.

موضعه القانوني، إلا أنّ الباحثة أرادت في هذا المضمار أن تؤكد أنّ لاتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز دور فعال في التعديل وذلك للأسباب الآتية:

- إن المادة الرابعة من الاتفاقية ألزمت لبنان اتخاذ تدابير خاصة ومؤقتة وذلك من أجل التعجيل بالمساواة الفعلية وهذا ما فعلته الدولة اللبنانية عند اتخاذها القرار بمنح إقامات المجاملة للفئات موضوع العجالة، غير أنّ المادة عينها نصت على أنه "لا يستتبع بأيّ حال كنتيجة له الإبقاء على معايير غير متكافئة أو منفصلة وهذا ما حصل فعلاً، فالمعايير ظلت غير متكافئة ومتساوية بين الفئات المذكورة وباقي اللبنانيين ما يعني أنّه ينبغي تعديل القرار إمّا بقرار إداري آخر أو نص قانوني (تعديل قانون الجنسية) وهذا جائز كونه من القرارات الإدارية التنظيمية التي يمكن تعديلها أو تغييرها.

- تفعيل سلطة التفسير التي تتمتع بها المحاكم العدلية عند إصدار قرارات تنظيمية من هذا القبيل بصفته تشريعاً ثانوياً وتقدير أثرها على الأشخاص المخاطبين بها سيّما السلبية منها، فإذا كان للقانون من دور في منح المجتمع حقوقه، فوره الأكمل هو في حفظ المنفعة عند إعطاء كل ذي حق حقه.

- حتّ الدولة اللبنانية على تطبيق أحكام المادة الثانية من الاتفاقية التي ألزمت الدولة اللبنانية اتخاذ جميع التدابير المناسبة بما في ذلك التشريع لتعديل أو الغاء القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات القائمة التي تشكّل تمييزاً ضد المرأة بما فيها قانون الجنسية اللبناني الحالي.

إنّ المجتمع الدولي يحثنا على التحرك وتعديل تشريعاتنا بما يتلاءم وخدمة المواطنين من خلال الاتفاقيات الدولية التي تتمتع بقوة الزامية ومرتبطة تنبؤاً صدارة باقي التشريعات الوضعية وإذا كان التحفظ الوارد على المادة التاسعة من الاتفاقية حال دون التعديل إلا ان المادة الثانية فرضته بصورة صريحة.

أخيراً، قيل أنه لا يستقيم لأيّ مجتمع ينشد التطور أن يجعل المواطنين في خدمة القوانين الجامدة، فإنّ التطور المجتمعي بات يستدعي وضع القوانين في خدمة المواطنين تصويماً وتعديلاً عند الاقتضاء. فهل ينجلي ليل الأم اللبنانية ويستجيب قدرها؟!!

الفصل الثّاني: أثر النّظام العام عند الاستدلال بالقواعد القانونيّة من نصوص المعاهدات أو الاتّفاقيّات الدوليّة.

خَلَّتْ النّصوص التّشريعيّة من وضع تعريف جامع لمفهوم النّظام العام، واكتفى المشتري اللّبناني بالإشارة إليه في بعض من نصوصه التّشريعيّة المدنيّة وغير المدنيّة كما يكون الرّادع أمام أيّة محاولة ماسّة "بالمبادئ الجوهريّة التي ترعى نظاماً اجتماعياً وسياسياً واقتصادياً وأخلاقياً اختطه المجتمع لنفسه محافظةً على كيانه وحرصاً على حسن أداء مؤسّساته لوظائفها خدمة للصّالح العام وتحقيقاً لأهداف سامية تسعى إلى بلوغها"^(١).

لقد عُرف النّظام العام عند البعض بأنّه سلاح الدّفاع ضد أي قانون أجنبي يكون تطبيقه لازماً في الأصل، إذا ما ظهر تعارض بين ذلك القانون الأجنبي وبين المفاهيم الوطنيّة^(٢). والمقصود هنا متّصل من فكرة النّظام العام الدّولي الذي يستعان به في مجال القانون الدّولي الخاص "من أجل تعطيل تطبيق القانون الأجنبي الذي توجب قاعدة الاسناد تطبيقه إذا كان القانون الأجنبي مخالف للنّظام العام في دولة القاضي"^(٣)، هذا الحكم من شأنه استكمال المبدأ القانوني القائم على صعيد العلاقات الداخليّة والذي يقضي بإبطال الاتّفاقات والعقود المخالفة للمبادئ والاسس الجوهريّة التي يقوم عليها المجتمع. وهذا لا يعني أنّ أحكام القانون الأجنبي يجب أن يتمثل مع أحكام القانون الوطني بقدر ما يعني اتّفاقه مع أصوله العامّة واسسه الجوهريّة مع المبادئ والقواعد المطبّقة في دولة القاضي بما لا يجعل تطبيق القانون الأجنبي متنافراً تنافراً بيّناً مع الاحكام الموضوعيّة في قانون القاضي^(٤).

هذا المفهوم يختلف بدوره عن النّظام العام الدّخلي الذي ينحصر في نطاق القواعد القانونيّة الآمرة في القوانين اللّبنانيّة والمطبّقة على جميع اللّبنانيين من دون استثناء ولا يمكن للأخيرين مخالفتها^(٥). بمعنى آخر يكون النّظام العام الدّخلي قاصراً على داخل الدّولة الواحدة وفي العلاقات القائمة بين السّلطة الإقليميّة والرّعايا الخاضعين لها^(٦).

وبسبب تعدّد الهيكلية الطّائفيّة في بلدنا وُجِدَ تصنيف ثالث من الأنظمة العامّة وهو النّظام العام الطّائفي، يُعمل به عند مخالفة القواعد القانونيّة الآمرة المخصّصة لكل طائفة من الطّوائف اللّبنانيّة والمتغايرة بين طائفة وأخرى.

(١) مصطفى العوجي، القانون المدني، العقد مع مقدّمة في الموجبات المدنيّة، المرجع المذكور، صفحة ٤٣٧ - ٤٣٨.
(٢) عز الدين عبد الله، القانون الدّولي الخاص، الجزء الثّاني، الهيئة المصريّة العامّة للكتاب، القاهرة، الطّبعة التاسعة، ١٩٨٦، صفحة ٥٤٦.
(٣) محمد خالد برع، المعاهدات الدوليّة وآليات توطئتها في القانون الوطني، دراسة مقارنة في إطار القانونيين الدّولي والدستوري، المرجع المذكور، صفحة ٢٨٩.

(٤) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدّولي الخاص "المضمون الواسع المتعدّد الموضوعات"، الموضوع الأول، الجنسيّة والقوميّة، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٧٣٢ و٧٣٧.

(٥) داني نعّوس، الوصايا المنظمة في الخارج من قبل اللّبنانيين المتعدّدي الجنسيّة بين سندان تنازع الجنسيّات ومطرقة النّظام العام اللّبناني، دراسة نُشرت على الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدّراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللّبنانيّة، تاريخ البحث ٢٠١٦/٠٦/٠١. شرح استاذنا النّظام العام المقصود بالمادة ١٠١٤ من قانون أ.م.م وحدد معنى وحدود هذا النّظام العام وكيفية اعماله، وميز بين الأنظمة العامّة فالمفهوم الدّولي والدّخلي والطائفي، واعتبر أنّ فلسفة النّظام العام هادفة الى صيانة المصالح الجوهريّة للمجتمع تحت لواء النّظام العام الدّخلي اللّبناني او تحت لواء النّظام العام الدّولي في مجال القانون الدّولي الخاص الآ أنّ هذه الحقيقة لا تعني أنّ ثمة تطابق بين فلسفة النّظام العام في كل من المجالين". كما أنّ الاحكام الأجنبيّة المخالفة للنّظام العام التي يمكن استبعادها هي تلك المخالفة للنّظام العام الدّولي بمفهوم المادة ١٠١٤ أ.م.م.

(٦) سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدّولي الخاص "المضمون الواسع المتعدّد الموضوعات"، الموضوع الأول، الجنسيّة والقوميّة، المرجع المذكور، صفحة ٧٤٠.

فالنظام العام لا يتدخل بالطريقة نفسها أمام السلطة المارونية أو أمام السلطة الأرثوذكسية وبحجة أولى أمام المحاكم الشرعية فكل منها يحتفظ بنظام عام خاص^(١)، فما هو مخالف للنظام العام عند المسيحيين قد يكون مباحاً وغير مخالف عند المسلمين فيما لو أخذنا مثلاً بمسألة تعدد الزوجات.

يلاحظ في هذا المضمار أنّ النظام العام بالمفهوم الدولي قادر أن يعطل تطبيق القانون الأجنبي المخالف للنظام العام في دولة القاضي، فهل يسري الحكم عينه فيما لو خالف الاتفاق الدولي القوانين الداخلية المتعلقة بالنظام العام، فنُهمل أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية ويُرجح تطبيق أحكام القانون الداخلي عليها؟

إنّ مثل هذا المعطى يملي علينا البحث بأسلوبٍ يظهر المبادئ العامة الرّاعية للمسألة والتي أوصى القانون القاضي تطبيقها واحترامها عند حكمه في المسائل المطروحة أمامه سيّما عندما يدفع أفرقاء المنازعة بالنظام العام، أثر هذا الدّفع، وما إذا كان يُهمل أو يُعمل به من جانب القضاء. ولكي نبصر نتيجة هذا الملمح من الطّرح يتوجّب علينا بدايةً البحث في أثر التّعارض بين أحكام الاتفاق الدولي والتّشريع الوطني المتعلّق بالنظام العام (البند الأوّل) وحسم التعارض لمصلحة المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية (البند الثّاني).

بند أوّل: أثر التّعارض بين أحكام الاتفاق الدولي والتّشريع الوطني المتعلّق بالنظام العام.

حري بنا التّطرق إلى أثر التّعارض بين أحكام الاتفاق الدولي والتّشريع الوطني المتعلّق بالنظام العام وذلك لأنّ الفقه والاجتهاد لم يستندا في تعليلهما إلى وجهة واحدة، فتخبّطت الآراء واختلّفت الحجج والمعايير التي حكمت المسألة في كل مرّة كان يدفع بها أفرقاء التّنازع بالنظام العام بوجه معاهدة أو اتفاقية دولية سيّما تلك التي يستدلّ منها بنصوص متعلّقة بحالتهم الشّخصية كالتي آثرنا على عرضها سابقاً (اتفاقية حقوق الطّفل واتفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضد المرأة). عليه سنتطرق إلى موقف الفقه من التّعارض (الفقرة الأولى) وموقف الاجتهاد من التّعارض (الفقرة الثّانية) حيال هذه المسألة.

الفقرة الأولى: موقف الفقه من التّعارض.

إن المنطق الذي تقوم عليه فكرة النظام العام والدّفع به، مؤداه استبعاد تطبيق قانون اجنبي مخالف لقانون القاضي مما يجعل هذا الدّفع وفقاً لمثل هذا المنطق، قاصر على حالة الاختلاف بين نصّين قانونيين من طبيعة واحدة، ولهما ذات القوّة، أي أنّ كل منهما قانون داخلي لدولة من الدّول، وهذا المنطق، وكذلك الفكرة الأساسية التي يقوم عليها الدّفع بالنظام العام يؤدّيان أيضاً إلى القول، بأنّه لا يمكن الأخذ به في مجال تعارض المعاهدة

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وأثار الاحكام الأجنبية في لبنان، الجزء الثّاني، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطّبعة الأولى، ٢٠٠٩، صفحة ٢٩٥.

أو الاتفاقيّة الدوليّة مع التشريع الداخلي، لأنّ الأمر يختلف هنا عن الغرض الأوّل، فالاختلاف يقوم على نصّين قانونيين، كل منهما ينتمي إلى نظام قانوني مختلف، أحدهما أعلى من الآخر، الأعلى هو القانون الدولي، والثاني أدنى وهو القانون الداخلي، ثم أنّ الأفكار الأساسيّة في موضوع العلاقة بين القانون الدولي والقانون الداخلي، ومن وجهة نظر القضاء الدولي، تجعل الدولة مسؤولة دولياً عن تطبيقها لأحد القوانين السارية فيها، حتّى ولو كان القانون الدستوري عندما يكون هذا القانون الداخلي مخالفاً للمعاهدة الدوليّة التي ارتبطت بها الدولة^(١).

برأينا هذا الحلّ يستكين مع مبدأ تسلسل القواعد الذي أوصي بالقضاء احترامه، فلا رادع يحول دون تطبيق أحكام الاتفاقيّة الدوليّة حتّى وإن تعارضت مع تشريع داخلي سيان كان ذلك التشريع مدني أم طائفي مختص بشؤون الجماعة المنتمية إليه على وجه التّحديد، وإذا كانت الاتفاقيات الدوليّة المصادق عليها والتي ألزمت الدولة نفسها تنفيذها باتت جزء من قوانين الدولة الداخليّة احتراماً منها للمبدأ العام الدولي الذي يُلتمس منه إدخال المعاهدات والاتفاقيات الدوليّة كجزء من قوانين الدولة الداخليّة، وعلى هذا الأثر لا يمكن التّدرج بالنظام العام كسبب رادع مانع عن تنفيذ أحكامها. ولقد ذكرنا سابقاً أنّ ما من شيء يحدّ من تطبيق الاتفاقيّة الدوليّة الآ إذا صدر تشريع لاحق يعدل من أحكامها بصورة صريحة^(٢).

من ناحية ثانية، إنّ أحكام الاتّفاق الدولي ليس بقانون أجنبي يمكن استبعاده عند تعارضه مع النّظام العام الدولي، بل هو عقد يلزم المتعاقدين تنفيذه بحسن نيّة، وعندما تصادق الدولة على الاتفاقيّة الدوليّة وتصبح في موضع تنفيذ تسمي بذلك جزءاً من قوانين الدولة الداخليّة مثلها مثل أي تشريع آخر في الدولة.

من ناحية ثالثة، إنّ مبدأ حسن النيّة هو من المبادئ العامّة الجوهرية والأساسية في قانون المعاهدات. يعني هذا المبدأ ببساطة " امتناع كل طرف متعاقد عن القيام بكل ما من شأنه تفرغ المعاهدة أو الاتفاقيّة الدوليّة من محتواها أو افساد الغرض منها أو الحيدة عن غايتها. يفرض مبدأ حسن النيّة على أطراف هذه العلاقة عدم الاخلال بهذا التّوازن والمراكز القانونيّة المتبادلة بين أطرافها فهو تارةً مدين وأخرى دائن ولكل مركز قانوني التزاماته النّابعة من مبدأ حسن النيّة، كما أنّ الاتفاقيّة الدوليّة أو المعاهدة بطبيعتها وبما تمثّله من أهم صور التّعاون بين أشخاص القانون الدولي، تفرض التزامات مشتركة على أطرافها في إطار المبدأ العام ذاته"^(٣).

وعلى هذا فإن مجرّد تعارض الحكم المقرّر في معاهدة دوليّة نافذة في الدولة مع نص أمر من نصوص تشريعها الداخلي، لا يعني اصطدام هذا الحكم مع النّظام العام وفقاً للمفهوم الفني المحدّد لهذه الفكرة في القانون الدولي

(١) محمد خالد برع، المعاهدات الدوليّة وآليات توطئتها في القانون الوطني، دراسة مقارنة في إطار القانونيين الدولي والدستوري، المرجع المذكور، صفحة ٢٨٩-٢٩٠ نقلاً عن عبد العزيز سرحان، مساهمة القاضي عبد الحميد بدوي في فقه القانون الدولي، كتاب صدر عن الجمعية المصريّة للاقتصاد السياسي والإحصاء والتشريع، ١٩٦٧، صفحة ١٦٧.

(٢) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النّص والاجتهاد والفقه، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٦. كتب المؤلف " أنّ فكرة القاعدة اللاحقة أو ما يعرف بالقانون اللاحق تكون لأحكامه الغلبة على المعاهدات إذا كان متعلّق بالنّظام العام". " لا مندوحة من ان يُقدم القاضي الوطني على تغليب أحكامه على أحكام المعاهدة أو البروتوكول الملحق بها خاصّة إذا تبين أنّ القانون المذكور يعتبر لاحقاً للاتّفاق الدولي، وقانوناً جديداً يلي تاريخه تاريخ المعاهدة". صفحة ٧.

(٣) أحمد عبد الكريم إسماعيل، مبدأ حسن النيّة في تنفيذ وتفسير المعاهدات الدوليّة، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، صفحة ٩٧. حلّل الباحث في هذه الدراسة " مبدأ حسن النيّة في تنفيذ المعاهدة الى عناصره، وإظهار مختلف جوانب كل عنصر على حده، لرفع الغموض عن هذا المبدأ، وتفعيله، وتسهيل العمل به ليصبح وسيلة حيّة في تحديد ما يجب ان تكون عليه علاقات المتعاقدين". وأضاف: " أنّ التّولة عندما تخرق مبدأ حسن النيّة في تنفيذ المعاهدة لا يكون عندما تخرق بوضوح وعلانية أحكام المعاهدة وترفض ببساطة تنفيذ الواجب الملقي عليها. ولكن تبحث عن التهرب والمراوغة في تنفيذ الالتزام الذي قبلته...." صفحة ١٤٨ وما يليها.

الخاص المعاصر، إذ يؤكّد كل من الفقه والقضاء اختلاف الدّور الاستثنائي الذي تلعبه هذه الوسيلة، لاستبعاد القانون الأجنبي في مجال العلاقات الخاصّة الدوليّة، عن دورها الأصلي في مجال القانون الداخلي، كأداة لتقييد إرادة المتعاقدين بمقتضى النّصوص الأمرّة^(١).

على الرّغم من تكشّف هذه الحقيقة وأحجيتها إلّا أنّ الفقه والقضاء لم يتّحدا موقفاً في كل مرّة طُرح موضوع تعارض أحكام الاتفاقيّة مع القواعد الأمرّة الداخليّة في الدّولة المتعلّقة بالنّظام العام. فما هو الموقف الاجتهادي المتأرجح لهذه النّاحية؟

الفقرة الثانية: موقف الاجتهاد من التعارض.

مال القضاء اللبناني إلى تطبيق الاتفاقيات الدوليّة والمعاهدات التي التزم بها لبنان عندما تتعارض أحكام المعاهدة أو الاتفاقيّة الدوليّة مع نص داخلي متعلّق بالنّظام العام أو عندما ينتفي نص يكرّس الحالة في قوانين الأحوال الشخصيّة، أمّا إذا تواجد النص فيراعي الالتزامات الدوليّة لكنّه يغلب النص الخاص على العام. في قرار مبني غير تقليدي متعلّق بنتائج البنوة الناشئة عن علاقة غير زوجيّة وهي بنوة ناتجة عن علاقة مساكنة اعتبر البعض " أنّ هذه العلاقة وإن لم يقرّها القانون اللبناني لا تخالف النّظام العام بمفهوم القانون الدولي الخاص، فالمساكنة تتعارض في لبنان مع قوانين الأحوال الشخصيّة لدى المسيحيين، ولكنها لا تتعارض مع الزّواج لدى المسلمين الذي يبرز فيه الزّواج كعقد مدني ليس له أي طابع ناشئ عن العبادة فهو يدخل في المعاملات ولا يدخل في العبادات، وشبهوا هذه العلاقة بزواج مدني شفوي غير مسجّل. انطلاقاً من هذا التوصيف لا يمكن أن نعتبر المساكنة مخالفة للنّظام العام اللبناني بمفهوم القانون الدولي الخاص. واعتمدت اتّفاقيّة حقوق الطّفّل كقانون واجب التطبيق عند الحكم بنفقة وحضانة الطّفلة ثمرة هذه العلاقة"^(٢).

وبعيداً عن التوصيف المعطى لعلاقة المساكنة، ما يهمنّا هو أنّ تطبيق القضاء اتّفاقيّة حقوق الطّفّل راعت مبدأً جوهرياً وهو مبدأ حقوق الطّفلة الفضلى، واحترم القضاء التزامات لبنان الدوليّة بتطبيقه الاتّفاقيّة المذكورة. في قرار آخر "ردّت محكمة التمييز اللبنانيّة السّبب التمييزي الاوّل المبني على مخالفة المادتين ٢٢ و٢٣ من قانون الارث لغير المحمّدين. وصدّقت القرار الاستئنائي القاضي بأنّ حصّة الولد غير الشّرعي تساوي ربع حصّته فيما لو كان شرعيّاً، وذلك لوجود الابنة المتبنّاة والتي تتمتع بحقوق الولد الشّرعي.

كما ردّت المحكمة السّبب التمييزي الثّاني المبني على مخالفة المادّة ٢ من قانون أصول المحاكمات المدنيّة، والمعاهدات الدوليّة والاعلان العالمي لحقوق الانسان واتّفاقيّة حقوق الطّفّل. وصدّقت القرار الاستئنائي الذي

(١) محمد خالد برع، المعاهدات الدوليّة واليات توطينها في القانون الوطني، دراسة مقارنة في إطار القانونيين الدولي والستوري، المرجع المذكور، صفحة ٢٩٠.

(٢) تعليق اعده الدكتور عبده جميل غصوب على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٧/١١/٢٠١٨ عن الغرفة الخامسة لدى محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٧٣٥.

طَبَقَ المادّة ٢٢ من قانون الإرث لغير المحمّدين، خصوصاً وأنّ المادّة ٢ من أصول المحاكمات المدنيّة والمعاهدات الدّوليّة لم تشر إلى الحقوق الإرثيّة والتي لا بد أن تختلف من شخص إلى آخر بحسب وضعيّته القانونيّة^(١).

نستنتج من القرارين السّابقين أنّنا لم نكن أمام تعارض بين نصّيين قانونيين، أحدهما مخالف للنظام العام في دولة القاضي. ففي القرار الأوّل انتفى النّص الصّريح المشير الى حقوق الطّفّل الطّبيعي في القوانين الطّائفيّة فاعتمدت الاتّفاقيّة كقانونٍ رديف وملجأ لإحقاق الحق. أمّا في القرار الثّاني الذي يشير إلى الحقوق الارثيّة لكل من الولد المتبني والولد غير الشّرعي، انعكست الآية، فطبقت المحكمة قانون الإرث لغير المحمّدين لانتهاء النّص في كل من اتّفاقيّة حقوق الانسان واتّفاقيّة حقوق الطّفّل.

أمّا وفي حال وجد التّعارض بين أحكام الاتّفاقيّة الدّوليّة ونص قانوني آخر في التّشريع، اعتبرت محكمة التّمييز أنّه " يقتضي التّوفيق بين نصوص الاتّفاق المبرم بين دولتين بحيث أنّ مفاعيل نصوص القوانين الدّاخلية تتوقّف عند تناقضها مع نصوص المعاهدة لتطبّق هذه الأخيرة، بيد أنّ نص المعاهدة يسمو على نص القانون الدّاخلية وتبقى نصوص القانون الدّاخلية سارية المفعول على القضايا التي تطبّق عليها النّصوص والشّروط الواردة في المعاهدة. عليه، قضت بأنّ نص الاتّفاق الدّولي يتقدّم على أيّ نص قانوني آخر باعتبار أنّ واجب الدّولة أن تحترم التزاماتها الدّوليّة ولا يمكنها خرق أحكام المعاهدة بإرادتها المنفردة حتّى ولو تعلق الأمر بالنّظام العام الدّاخلية"^(٢).

في سياقٍ متّصل، تأرجح القضاء المصري في موقفه عندما تبيّن أنّ هناك تعارض بين أحكام معاهدة أو اتّفاقيّة دوليّة كانت قد انضمت إليها جمهوريّة مصر العربيّة وتمّ توطينها مع القوانين الوضعيّة المتعلّقة بالنّظام العام.

ففي معاهدة ارتبطت بها مصر مع إيران والتي قضت " بتطبيق القانون الأهلي للمتخاصمين في مسائل أحوالهم الشّخصيّة، عرضت على إحدى المحاكم الشّرعيّة في مصر قضيّة مفادها أنّ إيرانيّة طلبت من هذه المحكمة إلزام زوجها بدفع نفقة لها. ولما كانت مصر قد ارتبطت بالمعاهدة مع إيران فيعامل الإيرانيون كالمصريين فيخضعون لقانون الأحوال الشّخصيّة المصريّة اسوةً بالمصريين طالما أنّ الدّعوى مرفوعة أمام القاضي المصري. ولما تبيّن للمحكمة المذكورة أنّ الزّواج المعقود بين الطّرفين هو (زواج متعة) المقرّر وفقاً للمذهب الجعفري إلاّ أنّه محرّم في نظر القانون المصري الذي يتّبع المذهب الحنفي وأنّ إيران تحيزه باعتبارها تعتنق المذهب الشّيوعي، ما أدّى إلى أن تصبح المحكمة الشّرعيّة أمام تحدّي، فهل تعامل التّزوجين الإيرانيين معاملة المصريين وتقر بصحّة زواج المتعة بينهما وتقتضي بالتّفقّه فتكون قد غلبت المعاهدة على فكرة النّظام العام لديها، أم أنّها ترفض الدّعوى لأنّ زواج المتعة يخالف النّظام العام المصري فتتمسك به وتهمل أحكام المعاهدة؟

(١) تمييز مدني، قرار رقم ٥٦، الصّادر في ٢١/٠٦/٢٠١١، الموقع الإلكتروني، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللبنانيّة.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ١، الصّادر بتاريخ ٢٥/٠١/١٩٩٤، الموقع الإلكتروني، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة، الجامعة اللبنانيّة.

قضت المحكمة في هذا الحكم برفض المعاهدة الموطنة وبطلان الزواج بين الإيرانيين بسبب مخالفته النظام العام المصري فغلبت بذلك القانون الداخلي^(١).

الآن أن القضاء المصري قد عدل عن موقفه في قضية أخرى أثرت بمناسبة معاهدة الصداقة ذاتها بين مصر وإيران حول مسألة تقسيم تركة إيراني مسلم. فأثيرت أمام محكمة الاستئناف مسألة القانون الواجب التطبيق، فهل يطبق قانون الميراث الإيراني سداً للمعاهدة التي تجمع مصر بإيران والتي تنص في مادتها السادسة "يطبق على المتقاضين في مسائل الأحوال الشخصية التشريع الأهلي الخاص بالمتقاضين طبقاً لقواعد القانون الدولي أم تطبق أحكام الميراث في القانون المصري ذلك أن أحكام الميراث هي من متعلقات النظام العام وهي تختلف في مصر عنها في إيران خصوصاً في ميراث ذوي الارحام".

" تدخلت المحكمة العليا الشرعية وقضت في حكمها بتقسيم التركة محل النزاع المشار اليه طبقاً للتشريع الإيراني بالنسبة لذوي الارحام وذلك تغليباً لأحكام المعاهدة. فقضت أن على المحاكم المصرية تطبيق المعاهدات من تلقاء نفسها كما يقضي بذلك القانون الدولي الخاص، ومن حيث أن الحكم المستأنف صحيح لمطابقته للنصوص الواردة في قانون الميراث الإيراني تحت عنوان (القسم الثالث في أنصبة ورثة الطبقة الثالثة)". إن هذا الحكم يكشف عن أن المحكمة الشرعية العليا طبقت ما هو مسلم به في فقه القانون الدولي من علو المعاهدة الموطنة ووجوب تطبيقها في النطاق المحدد لسريانها بغض النظر عن مخالفتها للنظام العام من عدمه ذلك أن المعاهدة رابطة عقدية ولا يسوغ التحلل منها بمجرد أنها متعارضة مع اعتبارات النظام العام في دولة القاضي، بل تظل رغم ذلك نافذة وسارية في النطاق المتفق عليه بين أطرافها^(٢).

وبالاستطراد المفيد وعودة على بدء تفترض الباحثة ما يمكن افتراضه في هذه العجالة فرضيتين؛

إذا كان القانون قد فرض على القاضي احترام مبدأ تسلسل القواعد، فهل يتوجب على الأخير عطف تطبيق (الفقرة الثانية من المادة ٢ أ.م.م) على الفقرة الأولى منها، يعني ذلك حصر وتقييد تطبيق مبدأ تسلسل القواعد على الحالة التي يجد فيها القاضي تعارضاً بين نص الاتفاق الدولي والنص الداخلي فيغلب الأول على الثاني، أما إذا انتفى التعارض فيقتضي تطبيق مبدأ ثانٍ وهو مبدأ تغليب النص الخاص على العام. بمعنى أدق لن يكون للمعاهدة أو الاتفاقية أولوية تطبيقية إلا في حالتين، الأولى عند وجود تعارض لعل أن المبدأ مقيد بهذا الشرط والثانية عند انقضاء النص في القوانين الطائفية أو المدنية الزراعية للمسألة، ولعل التقييد بمبدأ تسلسل القواعد يثير الشبهة في الحالة الأخيرة فلماذا التقييد وهناك نص واحد دون سواه يرفع المسألة (المستدل من أحكام الاتفاقية الدولية). أما إذا اخذنا بفكرة أن الفقرة الأولى من المادة الثانية جاءت مطلقة بيد أن تسلسل القواعد يجب أن يحترم سواء وجد التعارض أو انتفى، ساعتئذ لن يصطدم مبدأ تسلسل القواعد مع المبدأ العام الذي يغلب النص الخاص على العام وستسمو أحكام الاتفاقية على سائر التشريعات الأخرى الطائفية والمدنية وسواها.

(١) محمد خالد برع، المرجع نفسه، صفحة ٢٩٨ و ٢٩٩، انظر أيضاً في شرح قضية الإيرانيين موسعاً، احمد زكي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة نوري، القاهرة، ١٩٣٦، صفحة ٦٩.

(٢) محمد خالد برع، المرجع نفسه، صفحة ٣٠٠ و ٣٠١، وأيضاً المجموعة الرسمية للمحاكم الاهلية والشرعية، العدد ٨، السنة ٤١، صفحة ٤٢ وما يليها.

لعلّ المنطق القانوني والفكر السليم يتّجه بنا إلى الفرضيّة الأولى وهي أنّ مبدأ تسلسل القواعد يستقيم ويطبّق والحالة التي يظهر فيها تعارض بين النصّ الداخلي والنصّ الدولي، وإلاّ لكنّا الغينا سائر التشريعات الوطنيّة وطبقنا المعاهدات والاتّفاقيّات الدوليّة دون سواها.

بند ثانٍ: حسم التعارض لمصلحة المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة.

وجدنا أنّ الفقه الغالب مال نحو تعطيل فكرة النّظام العام الوطني بوجه المعاهدات أو الاتّفاقيّات الدوليّة المصادق عليها والتّافذة داخل الدولة والتي باتت جزءاً من قوانينها الداخليّة فلا يعدّ النّظام العام قيدياً على نفاذها. وإذا كان من غير الجائز الدّفع بالنّظام العام اللّبناني بوجه الاتّفاق الدولي، فكيف إذا بنّظامٍ عام طائفي محصور تطبيقه على طائفة من الطوائف دون الأخرى فالمسألة تكون غير جائزة أيضاً.

لكنّ القاضي قد يواجه صعوبات عند تنفيذ المعاهدات أو الاتّفاقيّات الدوليّة غير موضوع النّظام العام الذي بات معلوماً أنّه حجّة لا تستقيم مع حجّة أولى وهي القوّة الملزمة للاتّفاق الدولي الذي لا يحدّ من تنفيذه دفع من هذا النوع. هذه الصّعوبات تتمثّل في تحفّظ الدولة على أحد أحكام الاتّفاق الدولي ما يؤوّل دون تنفيذ البند المتحفّظ عليه. لذلك سنعالج التزام القاضي تطبيق المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة (الفقرة الأولى) وآليّة حلّ الصّعوبات الأخرى التي تعترض تنفيذ المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: التزام القاضي تطبيق المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة.

يلتزم القاضي تطبيق المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة المصادق عليها من قبل الدولة باعتبارها جزءاً لا يتجزّأ من قوانين الدولة الداخليّة فالأخيرة تُعامل معاملة القانون من حيث المضمون والآثار وتطبّق على سائر المنازعات الخاضعة لها بوصفها قانوناً داخليّاً.

فالقاضي الوطني يلتزم بتطبيق المعاهدة الدوليّة "الموطننة" من تلقاء نفسه، ولو لم يُطلّب منه الخصوم ذلك، ولا يُطلّب من أطراف الدّعى إثبات القاعدة القانونيّة المنصوص عليها في المعاهدة أو الاتّفاق الدولي، بل يتعيّن على المحكمة البحث عنها وتطبيقها كما تطبّق القوانين الداخليّة^(١)، وبما أنّه لا يُطلّب الدليل على وجود القانون اللّبناني استناداً إلى أحكام المادّة ١٤٢ من قانون أ.م.م. فإنّه من باب أولى ألا يُطلّب الدليل على إثبات مضمون المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدوليّة باعتبارها قانون لبناني.

وفي حال خالف حكم القاضي نصوص معاهدة دولية وُطّنت في القانون الداخلي فإنّ ذلك يستتبع نقض هذا الحكم تماماً كما لو خالف هذا الحكم نص القانون^(٢) بالاستناد إلى أحكام الفقرة الأولى من المادّة ٧٠٨ أ.م.م.

(١) محمد خالد برع، المرجع المذكور، صفحة ٣١٧.

(٢) محمد خالد برع، المرجع نفسه، صفحة ٣٢٠.

الفقرة الثانية: آلية حل الصعوبات الأخرى التي تعترض تنفيذ المعاهدة أو الاتفاقية الدولية.

قد تظهر صعوبات أخرى تحول دون نفاذ أحكام المعاهدة أو الاتفاقية الدولية، وذلك عندما تقوم الدولة "بعمل إرادي من جانب واحد تتخذ الدولة بمناسبة الاقدام على الارتباط بإحدى المعاهدات، مستهدفة من ورائه الحد من مواجهة آثار المعاهدة باستبعاد بعض أحكامها من نطاق ارتباطها أو بإعطاء بعض هذه الأحكام تفسيراً خاصاً يتجه نحو تضيق مداها"^(١)، هذه هي مشكلة "التحفظ".

وإذا كان التحفظ جائزاً وممكناً بالنسبة للاتفاقيات الدولية وقد عرّفته اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات في الفقرة (د) من مادتها الثانية بأنه: "تصريح من جانب واحد، تتخذ الدولة عند التوقيع على المعاهدة أو الانضمام إليها أو قبولها، مستهدفة من ورائه استبعاد أو تعديل الأثر القانوني لبعض أحكام المعاهدة في مواجهتها". رأى البعض ونحن من المؤيدين " أن الاعتراف للدول بحق إبداء التحفظات عن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان أمر غير طبيعي ولا مقبول، إذ إن المنطق يقضي بأن تقوم الدولة التي تصبح طرفاً في مثل هذه الاتفاقيات بمواءمة تشريعاتها الوطنية وتغليها على الاتفاقيات المعنية".

وأضافوا، " إذا سُمح للدولة بالإبقاء على تشريعاتها الوطنية وتغليها على الاتفاقيات الدولية في مجال حقوق الإنسان التي انضمت إليها، فإنه يخشى أن يكون اشتراكها في الاتفاقيات المذكورة مجرد اشتراك شكلي تماماً بعيد عن أرض الواقع والتطبيق العملي والفعلي فنكون بذلك أمام معاهدات "مهلهلة" غير مفيدة"^(٢).

وكثيراً من الدول تعتمد أسلوب التحفظ بشأن الكثير من أحكام الاتفاقية الدولية أو المعاهدة، لذلك فإن مسألة التحفظ تعد من المسائل الخطرة التي يمكن أن تواجه الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان عند التنفيذ.

وفي التقرير الرسمي الثالث للدولة اللبنانية الذي أعدته اللجنة المعنية بالقضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة أعربت الأخيرة عن قلقها إزاء مواصلة الدولة اللبنانية إبداء التحفظات على الفقرة ٢ من المادة ٩ (التي سبق أن شرحناها) وعلى الفقرة (ج)، (د)، (و)، و (ز) من المادة ١٦ من الاتفاقية، وحثت الدولة على التعجيل في القيام بالخطوات اللازمة للحد من تحفظاتها على الاتفاقية تمهيداً لسحبها في نهاية المطاف^(٣). والسبب في هذه التحفظات لا سيما تلك المتعلقة بالأحوال الشخصية تكمن في أن اللبنانيين لا يخضعون لقانون موحد في أحوالهم الشخصية، بل أن كل لبناني يخضع لقوانين وتشريعات خاصة بطائفته والنقاضي يكون أمام محاكمها.

يمكن القول أن الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الإنسان نصت جميعها التزام الدول باتخاذ إجراءات تشريعية لتطبيق الاتفاقية إذا كانت تدابيرها التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في الاتفاقية وهي ملزمة بهذا الموجب. نذكر على سبيل المثال ما جاء في الفقرة الثانية من المادة الثانية من العهد الدولي للحقوق

(١) علي عبد الله اسود، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ١٣٣.

(٢) علي عبد الله اسود، نفس المرجع، صفحة ١٣٣ و ١٣٤.

(٣) يأتي هذا التقرير، وهو التقرير الرسمي الثالث للدولة اللبنانية، بعد أقل من سنة على تقديم لبنان تقريره الأول والثاني (CEDAW/C/LBN/2) و (CEDAW/C/LBN/1) اللذين نظرت فيهما اللجنة المعنية بالقضاء على التمييز ضد المرأة (يشار إليها في هذا التقرير باسم اللجنة) خلال جلستها ٦٩١ و ٦٩٢، اللتين عقدتا في نيويورك في ١٢ تموز ٢٠٠٥.

المدنية والسياسية^(١) وكذلك الفقرة (و) من المادة الثانية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة^(٢).

إذاً المسألة ليست بالمعقدة فيما لو أردنا "الحل" وليس "العل" وما نحتاجه حقيقةً رؤية تشريعية بحتة بعيدة عن السياسة والمصالح السياسية تكفل الحق والمساواة بين جميع المواطنين دون استثناء فهذا ما كفله الدستور والتزمت بتنفيذه الدولة اللبنانية دولياً.

وقد يرى البعض أنّ فقدان نظام عام وطني موحد في مسائل الأحوال الشخصية هو الدافع على إبقاء التحفظات لأنّ نص الاتفاقية قد يتعارض مع بعض الأحكام في القوانين الطائفية، لكن بالمدلول العكسي نعارض هذه الحجّة لأننا نجد أنّ وجود هذا القانون أو عدمه لن يؤثر على تطبيق سائر أحكام الاتفاق الدولية والسبب أنّ النظام العام الداخلي أو الطائفي لا يمكن الدّفع به بوجه المعاهدة أو الاتفاقية الدولية فيما لو تعارضت نصوصهما فالأخيرة دائماً متفوقة ولها أولوية في التطبيق.

إنّ دور التعديل من وجهة نظرنا ليس مهابةً أو خشيةً من النظام العام وإنما لموائمة التشريعات الداخلية المتنوعة مع بعضها البعض وانسجامها انسجاماً يبعد الالتباس والشبهة عند تفسير النصوص.

عليه، هناك ضرورة ملحة لإزالة التحفظات من خلال تعديل التشريعات الداخلية وقد يكون ذلك بوضع قانون مدني موحد للأحوال الشخصية (مهمة شاقّة بالنسبة للدولة اللبنانية) أو اعتماد قواعد دينية معدلة ومواءمتها مع نصوص المعاهدة أو الاتفاق الدولية فبذلك فقط يكون السعي الجدي والحديث لمواكبة تطور المجتمع الدولي في بلاد بات عذرها في هذه المسائل أقبح من ذنبها!

خلاصة:

▪ الفرع الثاني من قسمنا الأول تطرّق إلى مسائل متفرقة لم تجد لها نصوص في قوانين الأحوال الشخصية، كانتقاء النص المنظم لوضعية (حقوق) الولد الطبيعي في القوانين الطائفية وخلو القانون الوضعي أيضاً من نص يمنع أو يسمح للأُم اللبنانية من منح جنسيتها لأولادها. فكان لا بد للقاضي أن يجتنب الفراغ وذلك من خلال اعتماد المبادئ العامة التي أوجبت المادة الرابعة من قانون أم.م. اعتمادها عند انتقاء النص. بيد أنّ القاضي يستطيع والحال أن يستدل من القواعد القانونية المدنية المنصوص عنها في المعاهدات لملاً الشغور سيما أنّ المعاهدات أو الاتفاقيات الدولية تتبوّأ صدارة باقي القواعد القانونية من الناحية التطبيقية وهي ملزمة

(١) تنص المادة الثانية الفقرة الثانية من العهد الدولي للحقوق المدنية والسياسية على أن: "تتعهد كل دولة طرف في هذا العهد، إذا كانت تدابيرها التشريعية أو غير التشريعية القائمة لا تكفل فعلاً إعمال الحقوق المعترف بها في هذا العهد، بأن تتخذ، طبقاً لإجراءاتها الدستورية ولأحكام هذا العهد، ما يكون ضرورياً لهذا الإعمال من تدابير تشريعية أو غير تشريعية".

(٢) تنص المادة الثانية فقرة (و) من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة على: "اتخاذ جميع التدابير المناسبة، بما في ذلك التشريعي منها، لتغيير أو إبطال القائم من القوانين والأنظمة والأعراف والممارسات التي تشكل تمييزاً ضد المرأة".

احتراماً لمبدأين عامين أولهما مبدأ معروف في القانون الدولي الخاص الذي يشير إلى أهمية إدخال المعاهدات كجزء من قوانين الدولة وإذا ما أصبحت جزءاً منها يتعين على القاضي حينئذٍ احترام مبدأ تسلسل القواعد وفق ما جاء في صراحة المادة ٢ من قانون أ.م.م.

■ لهذه الغاية، بحثنا في إلزامية تطبيق المعاهدات المتعلقة بحقوق الإنسان في المنظومة القانونية الداخلية وألقينا الضوء على اتفاقية حقوق الطفل بالتحديد لأنها خير سبيل لتنظيم وضعيّة حقوق الولد الطبيعي إذ أنّ الوضع التشريعي اللبناني بحالته الزاهنة لا يوجب أو يقرّ أيّة نفقة بالمعنى الدقيق والقانوني لهذه الكلمة لمصلحة الولد غير الشرعي الطبيعي بدمّة الشخص المثبتة أبوته سواء قضاءً أو رضاءً كما أنّ القانون المدني اللبناني لم يلاحظ في نصوصه أيّة معالجة لمفاعيل وآثار هذه الحالة فما كان على القاضي سوى اعتماد اتفاقية حقوق الطفل لملاً الشغور التشريعي لهذه الناحية.

■ من المسائل التي تغافل القانون عن إقرارها أيضاً حق المرأة اللبنانية المتزوجة من أجنبي أن تمنح أولادها الجنسية اللبنانية، فارتأينا أن نبحث في التدبير المؤقت الذي اعتمد كيما يحل مسألة اللأجنسية ولو مؤقتاً والمتمثّل بمنح إقامات المجاملة لبعض الفئات ومنهم زوج اللبنانية الأجنبي وأولادها والأولاد من فئة قيد الدرس وأثر هذا القرار على المخاطبين به. هذا الحل مستنبط من أحكام المادة ٤ من اتفاقية سيداو. إلا أنّ الحلول المؤقتة لا تغني ولا تحل محل وجوبية تعديل قانون الجنسية فهو الحل الدائم الذي يستقيم ويستكين مع حق الأم اللبنانية الطبيعي في منح جنسيّتها لأطفالها.

■ حري بنا التّطرق أيضاً إلى أثر التّعارض بين أحكام الاتّفاق الدولي والتّشريع الوطني المتعلّق بالنّظام حيث تخبّطت الآراء في كل مرّة كان يدفع بها أفرقاء التّنازع بالنّظام العام بوجه معاهدة أو اتّفاقية دولية سيّما تلك التي يستدلّ منها بنصوص متعلّقة بحالّتهم الشّخصية كالتّي آثرنا على عرضها سابقاً (اتّفاقية حقوق الطّفل واتّفاقية القضاء على جميع أشكال التّمييز ضد المرأة). ووجدنا أنّ لا رادع يحول دون تطبيق أحكام الاتّفاقية الدوليّة حتّى وإن تعارضت مع تشريع داخلي سيّان كان ذلك التّشريع مدني أم طائفي. وإذا كانت الاتّفاقيات الدوليّة المصادق عليها والتي ألزمت الدولة نفسها تنفيذها باتت جزء من قوانين الدولة الداخليّة احتراماً منها للمبدأ العام الدولي الذي يُلتمس منه إدخال المعاهدات والاتّفاقيات الدوليّة كجزء من قوانين الدولة الداخليّة. وعلى هذا الأثر لا يمكن التّدرع بالنّظام العام كسبب رادع مانع عن تنفيذ أحكامها. ولقد نكرنا سابقاً أنّ ما من شيء يحّد من تطبيق الاتّفاقية الدوليّة إلا إذا صدر تشريع لاحق يعدّل من أحكامها بصورة صريحة، وبرأينا أنّ هذا الحل يستكين مع مبدأ تسلسل القواعد الذي أوصّي بالقضاء احترامه

القسم الثاني

سدّ القصور المدني المتعلق بالأحوال الشخصية بالمعتقدات الراسخة في ضمير المجتمع.

لا مناص من أنّ القانون واسع الأفق، وُضِعَ كي ينظّم الروابط القانونية والعلاقات الاجتماعية للأفراد سيّان تلك المرتبطة بمعاملاتهم الماليّة أو الشّخصيّة أم غيرها. إلا أنّ الواقع التشريعي عاجز بحد ذاته عن الإحاطة بشتّى العلاقات والروابط القانونيّة، ذلك أنّ المشتري بما أوتي من مُكنة بشريّة محدودة لا يستطيع أن يتكهن بالعلاقات المستجدة مستقبلاً والمنازعات التي قد ترتبط بها، ولا يملك تفاصيل القائمة كي يفهم جميع أحكامها، اللهم ليس إهمالاً منه أو تقصيراً، بل عجز المشتري الإنسان عن سق جميع الحلول التي تحكم علاقات الناس. أمام هذا الواقع يقع القاضي في معضلة فقدان النص ويستعين بالأحكام العرفيّة وقواعد العدالة الملائمة (الإنصاف) المستنبطة أصولاً من المعتقدات الراسخة في ضمير المجتمع، فعندما يتعدّر على القاضي إيجاد حلول بنصّ القانون الصّريح يحكم بروح هذا القانون عوضاً.

وفق هذا المقتضى، اعتبرت الأحكام العرفيّة مصدراً من مصادر القاعدة القانونيّة غير المكتوبة وغير التشريعيّة وهي تشكّل قاعدة سلوكيّة اجتماعية تقليديّة سادت عفويّاً وتدرجياً على مرّ الزمن في مجتمع معيّن فاكتسبت في ذهن النّاس صفة الالتزام بمعزل عن تدخّل السّلطة^(١). إنّ العرف ليس مصدراً للقانون فحسب، بل هو القانون نفسه في جميع الأمور التي لم يرد عليها نص في القانون^(٢) والإحالة نحو تطبيقه تكون إمّا صريحة أو ضمنيّة.

إنّ الإحالة الصّريحة تملّي على القاضي التقيّد بالبنود والشّروط المرعيّة عرفاً وإن لم تُذكر صراحةً لكنّها معلومة للكافة ولا لبس فيها، أمّا الإحالة الضمنيّة هي التي تُرشد إليها بعض النصوص التشريعيّة إبان تطبيقها للأعراف المتعارف عليها نذكر على سبيل المثال المادّة ١٦٦ من قانون الموجبات والعقود التي أتاحت " للأفراد أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاؤون بشرط مراعاة النظام العام والآداب العامّة والأحكام التي لها صفة الالتزام"، ولأنّ نظريّة الآداب العامّة عرضة للتبدل في مفهومها ومداهها وتطبيقها حسب الزّمان والمكان فإنّها تتضمّن غالباً الإحالة الضمنيّة على العرف لتقدير عناصر ومدى هذه الآداب العامّة^(٣).

(١) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النصّ والاجتهاد والفقه، المرجع المذكور، صفحة ١٨. نقلاً عن (دالوز - الريبورتوار المدني. لفظ عُرف Coutume، رقم ١).

(٢) أنور الخطيب، المبادئ العامّة في القانون، نظريّة القانون والحق، الطبعة الأولى، ١٩٦٩، دار الاندلس للطباعة والنشر، بيروت، صفحة ١٤٣.

(٣) الياس أبو عيد، المرجع نفسه، صفحة ١٩ و ٢٠.

أما المادة الرابعة من قانون أ.م.م موضوع البحث أحالت نحو تطبيق العرف "صراحة" بيد أن القاضي يحكم بالمبادئ العامة إضافة إلى العرف الدارج في القانون، وبما أن المادة المذكورة جاءت عامة تحكم مختلف فروع القانون^(١)، فإن انتفاء النص في القانون المدني سيحيل القاضي نحو تطبيق الأعراف المدنية، أما انتفاء النص في قوانين الأحوال الشخصية سيدعو الأخير نحو تطبيق الأعراف الطوائفية، وهناك تباين ملحوظ بين الأعراف المتبعة في السياسة الطوائفية عن تلك المتبعة في السياسة الوضعية وسوف نعلم إلى تبيان هذه الفروقات بشكل تفصيلي في معرض دراستنا للقواعد العرفية.

من هنا بات من المسلم به أن العرف بطبيعته يشكل مصدراً احتياطياً للقانون وسلاح بيد القضاء لاستدراك النقص الذي يمكن أن يصيب القانون، عليه تتبني تقنية التحليل أن نستظهر حدود وآفاق الاسترشاد بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية وقوة هذا السلاح إزاء غيره من مصادر القانون، ومن زاوية أخرى البحث عن آفاق ودور الاجتهاد في تطوير العرف بما يتلاءم مع حاجيات ومتطلبات المجتمع المعاصر في هذا المجال، أم أن للعرف خاصية، خصوصية، ومواصفات تحول دون فتح باب الاجتهاد.

في مقام موالٍ، فرض المشرع اللبناني على القاضي اعتماد الإنصاف في المرحلة التي يجد بها نفسه عاجزاً عن إيجاد النص القانوني أو المبدأ العام أو العرف، ويميز الأخير الإنصاف عن غيره من المصادر إن من حيث الرتبة أو المضمون. وعلى الرغم من أن المشرع لم يحدّد الإنصاف تحديداً موضوعياً وأبقاه ضمن الإطار الذاتي الذي تتطبع به قواعد الأخلاق كونه يفنقر عناصر التجريد والعمومية والثبات ومفهومه يبقى مرتبطاً بالقضية التي يطرح من أجلها^(٢) إلا أنه يبقى مصدراً احتياطياً يستطيع القاضي اللجوء إليه من أجل سدّ الفراغ التشريعي المدني المتعلق ببعض مسائل الأحوال الشخصية.

على هدى ما تقدّم سوف نبحت في مستهل القسم الثاني مسألة، سدّ القصور المدني بالقاعدة العرفية (الفرع الأول) وفي عاقبة القسم مسألة، سدّ القصور المدني بالعدالة الملائمة "الانصاف" (الفرع الثاني).

الفرع الأول: سدّ القصور المدني بالقاعدة العرفية.

إنّ العرف هو ذلك القانون غير المسطور الذي يتضمّن قواعد لم يضعها المشرع وإنما اتفق عليها الناس باعتبارها وليدة الحاجات المنبثقة عن الحياة الاجتماعية والحوادث العملية. ولقد اعتبر الفقه الحديث أنّ "العرف هو مجموعة من القواعد تنشأ عن اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه خاص" وهو يمثل التعبير عما تريده الشخصية القانونية من سلوك لذلك يفترض عملاً إيجابياً يستمر على تداوله في العادة جماعة أو فئة يتولّد

(١) راجع سامي بديع منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ١٥٩.

(٢) سامي بديع منصور، نفس المرجع، صفحة ١٧٥.

لديها القناعة بالزامية هذه العادة، إذا العرف هو التعبير العفوي عن الرغبات المشروعة لدى مجتمع معين^(١)، فالحياة البشرية لا يمكن أن تنفصل عن الأعراف الاجتماعية ذلك أن الأخيرة أصبحت معياراً للسلوك. ولقد اعتبرت الأمم جميعاً أن العرف والعادة يشكّلان مصدرًا من مصادر التشريع. وبعضها كالإنكليز جعلها هي نفسها القانون النافذ والبعض الآخر كالفرنسيين جمعها وجعلها جزءاً من القانون المسطور والبعض أشار في نص القانون الى اعتمادها في مواضع معلومة، ومنها القانون اللبناني. عليه اعتبر العرف مصدرًا للقانون وسلاح بيد القضاء لاستدراك النقص الذي يمكن أن يعثر القانون إذ يستحيل على القانون أن ينص على جميع الشؤون التي تحكم علاقات الناس^(٢).

وعند البحث في العرف ودوره في سد القصور التشريعي يتصوّر لنا البون(album) الشاسع بين الأعراف التي اعتمدها أهل الدين وفقهاؤه المستنبطة من شرع الخالق سيمًا في مجال الأحوال الشخصية، وبين الأعراف التي تعتبر مصدرًا احتياطيًا من مصادر التشريع الوضعي وهي من شرع المخلوق وحسبي من ذلك بيان هذه الحقيقة. فلقد اعتبر العرف في الشريعة الإسلامية مصدر تابع للمصادر الاصلية من الكتاب والسنة والاجماع والقياس وقاعدة من القواعد الفقهية يعمل بها في نطاق خاص، فهو ليس أصلًا من أصول الأحكام وإنما هو أصل من أصول الاستنباط تجب مراعاته عند تطبيق الأحكام^(٣).

أما العرف في السياسة الوضعية هو مصدر احتياطي من مصادر القانون يعتمد على إقراره والالتزام به بمساهمة الرأي العام من خلال كثرة أعماله وتكرره ورسوخه في النفوس وقد يكون القانون نفسه في جميع الأمور التي لم يرد عليها نص في القانون كما سبق وذكرنا.

إن العرف في الشريعة الإسلامية منظم وموجه ويشكّل ضابطاً لكثير من الأحكام في مجال المعاملات كالتكاح مثلاً بخلاف العرف في الشريعة الوضعية، فإنه منظم وليس بموجه لأنه فاقد للصيغة الدينية، ولهذا للعرف في الشرع الإسلامي أركان وشروط تمثل كيانه وتكوينه أبرزها أن يكون مطردًا وثابتًا وموجودًا عند بناء الحكم عليه وهو محل رصد مستمر للوقوف على ما تم هجره وما تم استحداثه، وضبط شروطه ومدى صلاحيته. بمعنى آخر يقوم علماء الفقه الإسلامي بمراقبة العرف للتأكد من اتّفاقه مع نصوص الكتاب والسنة ومع هوية المجتمع الإسلامي ومراعاة ما يتبدّل منها وما يستجد عند بناء الأحكام^(٤).

(١) أنور الخطيب، المبادئ العامة في القانون، نظرية القانون والحق، صفحة ١٠٤ و ١٤٤.

(٢) أنور الخطيب، نفس المرجع، صفحة ١٠٤ و ١٤٣.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، منشورات الحلبي الحقوقية، صفحة ١٤٥.

(٤) إيهاب عباس عبد الفتاح الفراش، دور العرف كمصدر للقاعدة القانونية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق صفحة ٣٧٧ وما يليها. قام الباحث برحلة تاريخية أبرز فيها دور العرف في القانون الروماني، بقوله " القانون الروماني اعطى الولايات الخاضعة للإمبراطورية حق تطبيق عاداتهم واعرافهم. والعرف في هذا القانون هو مصدر اصيل من مصادره، بل كان هو المصدر الوحيد في مرحلته الأولى ثم أصبح المصدر الأول من مصادر متعدّدة، ثم أصبح مصدرًا تابعًا للتشريع في مرحلته الأخيرة.

في منحى آخر، اختلفت الآراء حول مصدر الشريعة المسيحية، فاعتبر البعض أنّ مصادر شرائع المسيحيين هي الكتاب المقدس فقط ولا عبرة بما جاء في غيره. أمّا الاتجاه الثاني اعتبر أنّ مصادر الشريعة المسيحية تشمل الكتاب السماوي الانجيل وغيره من المصادر الخاصة وهو ما أقرّه رجال الدين في فتاويهم ومجالسهم الدينية والقضائية والشروح الواردة في كتب رجال الدين، وهذه المصادر الخاصة استقرت زمنًا من الدهر بحيث أصبحت عرفًا يتعيّن الالتزام به ولا يجوز إهدار قيمتها القانونية^(١).

بناءً على ما تقدّمنا به، سنعالج كيفية سد الفراغ التشريعي بالقاعدة العرفية وذلك من خلال البحث في آفاق الاسترشاد بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية (الفصل الأول) وآفاق الاجتهاد وفق العرف في مسائل الأحوال الشخصية (الفصل الثاني).

الفصل الأول: آفاق الاسترشاد بالعرف في مسائل الأحوال الشخصية.

لقد تعدّدت المسائل المبنية على العرف في نطاق الأحوال الشخصية نذكر على سبيل المثال تحديد سن الزواج الذي يختلف من طائفة إلى أخرى ومذهب وآخر، وإثبات ركن الرضى في عقود الزواج، وإثبات الضرر الموجب بطلب الفرقة، وتحديد التعويض عن الضرر، وتقدير النفقة، والحضانة، وغيرها من المسائل المتعارف عليها في هذا القانون.

ولا نخفيكم سرّاً أنّه يصعب احتواء واستدراك سائر الفروع الفقهية القائمة على العرف بسبب تشعبها وكثرتها، فأفّق الاسترشاد بالعرف في مادّة الأحوال الشخصية، واستخراج أمثلة معاصرة مبنية عليه نادر وقليل إذ أنّ أغلب الأمثلة التي ذُكرت من قبل الفقهاء هي نماذج وجدت في زمنهم وعصرهم لا في زمننا وعصرنا كما أنّ بعضها ليس مسنون وإن كان تطبيقها موجّه للمخاطبين بها بشكل مباشر، لكنّ العمل في خدمة البحث العلمي وإبراز ما هو جديد يملي علينا استنباط هذه الأحكام وتحليلها وتفنيدها ليس فقط من أجل تسليط الضوء على أهمية العرف كمصدر احتياطي (أو تبعية)^(٢) للقاعدة القانونية وتمييزه عن القواعد المشابهة له، وإنّما رغبةً منّا في دعوة القضاء الاهتمام بإبراز دور القاعدة العرفية وقوتها الملزمة بغية الاستدلال بها في القرارات القضائية

(١) نبيل لوقا بباوي، المشكلات المدنية ومشكلات الأحوال الشخصية للمسيحيين في ظل النظام القانوني المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١١، صفحة ٥٦ إلى ٥٨.

(٢) هذا حدو المشترع اللبناني أغلبية الدول العربية واعتبروا العرف مصدر احتياطي للقاعدة القانونية يلجأ إليه القاضي عند فقدان النص مع اختلافهم في تراتبية العرف من بين المصادر الاحتياطية المطروحة للقاضي.

- إذ نصّت المادة ١/١/ فقرة (٢) من القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٦ تموز عام ٢٠١١ " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". يعتبر العرف وفق التشريع المصري المصدر الاحتياطي الأول الذي يلجأ إليه القاضي حالة فقدان النص من بين المصادر الاحتياطية الأخرى.

- أمّا القانون المدني السوري فقد جاء في المادة الأولى منه: " تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها أو فحواها. فإذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه، حكم القاضي بمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فيمقتضى العرف، فإذا لم يجد فيمقتضى مبادئ القانون الطبيعي وقواعد العدالة". يعتبر العرف وفق التشريع السوري المصدر الاحتياطي الثاني يلجأ إليه القاضي فيما لو انتفى نص في القانون الوضعي ولم يجد ما يحكم به في مبادئ الشرع الإسلامي.

- أمّا القانون المدني العراقي فلقد نصّت المادة الأولى الفقرة ٢ منه " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكمت المحكمة بمقتضى العرف، فإذا لم يوجد فيمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية الأكثر ملائمة لنصوص هذا القانون دون التقيّد بمذهب معين، فإذا لم يوجد فيمقتضى قواعد العدالة". هذا المشترع العراقي نظيره المصري في هذه العجالة.

وإبراز ما هو مستجد ومستحدث منها سيّما في المسائل التي مُنح القاضي فيها سلطة تقديرية واسعة فيكون من واجبه اعتمادها وبناء حكمه عليها كيما يحقّق الحق ويرسي العدالة وإعمالاً للقاعدة الفقهية القائلة أنّه لا يُنكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان⁽¹⁾. من أجل ذلك لا بد بادئ ذي بدء البحث في أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون (البند الأوّل) ومن ثم استظهار منزلة العرف في القانون اللبناني (البند الثاني).

بند أوّل: أهمية العرف كمصدر من مصادر القانون.

تنقسم مصادر القانون إلى قسمين أصليّة واحتياطية. إنّ المصدر الأصلي للقانون هو التشريع الذي يحتل المكانة الأولى من بين مصادر القانون. أمّا المصادر الاحتياطية هي المصادر التاريخية⁽²⁾ والعرف ومبادئ القانون الطبيعي والفقه والاجتهاد. يتبدّى أنّ العرف يحتل المرتبة الثانية من بين المصادر الاحتياطية المتقدّمة. إذا تبرز أهمية العرف في أنّه مصدر من مصادر القانون الاحتياطية، يستند إليه القاضي في حال ظلّ القانون ثغرات لا يمكن سدّها إلّا فيه. كما أنّ القواعد القانونية أساساً تنشأ من الأعراف الاجتماعية وبعضها يرجع إلى احتياجات الحياة البشرية التي تتطلب قواعد قانونية تنظّمها. وبذلك تتنوع الأعراف الاجتماعية في المجتمع الواحد، فقد تكون أعراف أخلاقية، وأعراف دينية، وأعراف قانونية وغيرها... تختلف هذه الأعراف الاجتماعية إن لناعية الصّلاحية أو قابلية نفاذها أو خصائصها، كما تختلف درجة فعاليتها وقوتها الملزمة.

فالأعراف القانونية أي تلك التي يشير إليها القانون على سبيل المثال لها مكانة مهيمنة وتُعد على أنّها (lex superior)⁽³⁾ أي القاعدة الأعلى في إدارة الأنشطة البشرية لأنّها مفروضة من قبل سلطة القانون بينما الأعراف الاجتماعية الأخرى لها مكانة أدنى (lex inferior)⁽⁴⁾. وفي مثال آخر، تعتبر القواعد التي تنظّم الالتزام باحترام حقوق الآخرين قاعدة عرفية أدنى مستوى من القواعد الاجتماعية التي تنظّم العلاقات الإنسانية مع الله، حيث يتم إعطاء الأولوية للقواعد العرفية الدينية (lex superior) في حين تعتبر القاعدة الأولى أقل مستوى (lex inferior).

(1) المادّة ٣٩ من مجلة الاحكام العدلية.

(2) أنظر أنور الخطيب، المرجع المذكور، صفحة ١٠٦. ذكر المؤلف المصادر التاريخية كمصدر احتياطي من مصادر القانون تسبق العرف مرتبة، مثلاً "الشريعة الإسلامية تعتبر مصدرًا تاريخيًا بالنسبة للقواعد المقننة (كقانون حقوق العائلة) و (أحكام الحجر) وبهذه الصفة ترتدي الطابع الاحتياطي. أمّا الأحكام الشرعية التي لم تقن بعد كأحكام الإرث والوصية والمفقود وغيرها فهي عند السنة والشريعة تعتمد لا كمصدر للقانون، بل على أنّها القانون النافذ نفسه".

ويضيف المؤلف " إنّ أحكام الإرث والوصية عند غير المسلمين، قد قننت واعتمد الشرع الإسلامي كمصدر في بعض أحكامها، واعتمد في البعض الآخر التشريع الكنسي والشرائع القديمة الأخرى".

(3) Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, Guide to Latin in international law, Oxford university press, 2011.

Lex superior: "A body of law of greater legitimacy than another body of law".

(4) Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, reference mentioned above, Lex inferior: "a body of law of lesser legitimacy than another body of law".

مع ذلك قد يقع الخلط بين القواعد العرفية من ناحية تراتبيتها وقوتها الملزمة وأي منها قاعدة أعلى أو قاعدة أدنى⁽¹⁾ كما قد يقع الخلط بين العرف وقواعد أخرى مشابهة له. لذلك كيما نبعد أي التباس سوف نقوم بمقارنة العرف بالقواعد المشابهة (الفقرة الأولى)، بعدها نبحت في شرائط اعتبار العرف (الفقرة الثانية)، ومن ثم مصدر القوة الملزمة للعرف (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: مقارنة العرف بالقواعد المشابهة.

قد يتداخل مفهوم العرف مع مفاهيم أخرى مشابهة كالعادة أو الاجماع أو المتعارف في العمل. عليه، ومن أجل وضع مفهوم محدد للعرف، وبغية تحرير المصطلحات عن بعضها البعض كان لا بد أن نبيّن أهم الفروقات بين العرف و"أشباهه" كما ساقها لنا الفقهاء إن في القانون الوضعي أم الشرعي، وهي على الشكل الآتي:

• تمييز العرف عن العادة:

قد يقع الخلط بين مفهومي العرف والعادة، وقد يستعمل اللفظان للدلالة على معنى واحد إلا أن الفقه ميّز بينهما واعتمد عنصر الإلزام كمعيار للتفرقة. إن عنصر الإلزام المذكور ينبع من الركن المعنوي للعرف الذي يُملي على الناس الاعتقاد بالزامية هذا العرف، وهو يضاف إلى الركن المادي أي عندما يعتاد الناس على سلوك معين يُوقع على من خالفه جزاء بقوة القانون. أما العادة فهي تقوم على ركن واحد وهو الركن المادي وتفتقر للركن المعنوي فيجوز للأفراد مثلاً أن يقوموا بالاتفاق صراحةً في أي تعامل بينهما على إتباع أي عادة في اتّفاقهم، أما إذا لم يتم الاتفاق عليها فلا تكون ملزمة لأنّ الشعور العام بالزاميتها مفقود. إذاً هناك عادات تتصل بالعلاقات القانونية ورغم ذلك فإنها مهما توافرت فيها صفات العموم والقدم والثبات لا تعتبر عرفاً ولا تكون قانوناً ملزماً لعدم وجود الاعتقاد بالزاميتها⁽²⁾.

(1) Saifullah Bombang, Syamsul Haling, Paisel Halim, "Lex Superior Versus Lex inferior: Selection between Social norms and Applicable Legal Norms", 31st August 2019, pages 2,3. <https://osf.io/rw352/>.

"The establishment of legal norms originates from social norms, and some are due to the needs of human life that require legal rules. The process of changing social norms into legal norms begins with the need for a guideline to achieve the goal of living together... there are basic needs in society that must meet".

... "Social norms in society can be moral norms, religious norms, legal norms customary norms, these social norms have a variety of validity and enforceability and characteristics, and the degree of its effectiveness also varies. Legal norms for example have a dominant place (lex superior) in managing human activities because they are enforced and maintained by a legitimate governmental power and social norms become lex inferior".

"Nevertheless, humans sometimes fall into an ambiguous position (confusion) to choose which norms should be superior lex and which norms positioned as inferior lex. For example, the norms that regulate the obligation to respect others (the rights of others) and the social norms regulating human relations with God. The relationship in practice is prioritized and is a lex superior religious norm while the first is as an inferior lex".

(2) الياس أبو عيد، المرجع نفسه، صفحة ١٩.

وبما أنّ العرف يعتبر مصدر من مصادر القانون، فإنّه من المفترض أن يكون القاضي على علم به، وليس من واجب الأفراد أن يقوموا بإثبات العرف للقاضي لكي يتم تطبيقه بواسطة المحكمة لأنّ المحكمة لها أن تأخذ علمًا قضائيًا بالعرف، ومن المعلوم بأنّ العلم القضائي يعتبر وسيلة من وسائل الإثبات. أمّا بالنسبة للعادة الاتقافية فهي ليست بقانون وبالتالي ليس من المتصور علم القاضي بها وإنّما تعتبر في تلك الحالة بمثابة واقعة ويجب على الطرف الذي يتمسك بها أن يقوم بإثباتها أمام القاضي^(١).

اعتبر البعض الآخر أنّ العادة ركن من أركان العرف، يعني أنّ العادة هي التي تسهم في تكوين القاعدة العرفية فالقانون ينشأ مع المجتمع، واجتماع أكثر من شخص واحد في مكان ما يستتبع الضبط والتنظيم للعلاقات التي يمكن أن تتكوّن بين الأشخاص. فعندما تقوم الرابطة الأولى بين شخصين أو أكثر، ويحصل بشأنها النزاع الأول يحل العقل الإنساني هذا النزاع حلاً يؤمّن العدالة ويحفظ الأمن والنظام، وعندما يتكرّر النزاع ويتبع الحل نفسه، شعورًا من الناس بعدالته يصبح هذا الحل قاعدة ملزمة جرى بها العرف^(٢).

أمّا من الوجهة الشرعية فلقد تمّ التفرقة بين العرف والعادة على اعتبار أنّ العادة عند الفرد والجماعة، والعرف لا يصدر إلاّ عن جماعة ما يؤكّد غلبته الاجتماعية. كما أنّ العادة مصدرها العقل أو الهوى أو الطبع بينما العرف لا يكون مصدره إلاّ العقل^(٣).

نجد بعد الغوص في الاتجاهات المتقدمة أنّ معظمها نظر إلى مفهومي العرف والعادة من زاوية خاصة وما يجب مراعاته برأينا نظرة المشتري إلى العرف والعادة المعتبرين في استنباط الأحكام سيان الوضعية منها أو الشرعية. إنّ صمت المشتري حيال هذه المسألة تحتم تساوي العرف والعادة ضمن مقاييس تهم سائر الناس أو اغلبيتهم أو طائفة منهم لا ما يخص فردًا بذاته. بمعنى آخر عدم الوقوف على التعبير الاصطلاحي البحت طالما أنّ السلوك المتكرّر والمعتبر (سيان سمي عرفًا أو عادة جماعية) المقصود في هذه العجالة يخدم الصالح العام ولا يعارضه، عليه نرجح القول بترادف العرف والعادة في هذا المضمار.

• تمييز العرف عن الإجماع:

إنّ الإجماع هو اتفاق سائر المجتهدين على حكم شرعي معيّن، أمّا العرف فهو اتفاق الناس جميعًا أو أكثرهم على مسألة ما ولا فرق بين مجتهد وغيره. كما أنّ الحكم الثابت بالإجماع لا يجوز تغييره إلاّ إذا كان سنده مصلحة أو عرفًا. أمّا الحكم الثابت بالعرف فيجوز تغييره عند تغير الأعراف والعادات^(٤).

إنّ الإجماع لا يصادم نصًّا، فالإجماع عند معارضة النص لا ينعقد، أمّا العرف فيجب التفرقة ما إذا كان مصدره شرعي أم وضعي. في الحالة الأولى أي إذا اتّخذ من الشّرع مصدرًا يكون العرف منعقدًا حتّى ولو عارض صراحة النص، ولكنّه لا يعتد به في المعاملات كونه عرف باطل (فاسد).

(١) عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، القاهرة، ٢٠٠٤، صفحة ٥١.

(٢) أنور الخطيب، المرجع المذكور، صفحة ١٤٤ و١٤٥.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، المرجع المذكور، صفحة ١٠٢.

(٤) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ١٠٧ و١٠٨.

أما في الحالة الثانية أي إذا كان التشريع الوضعي مصدره، يعمل به في جميع الأحوال ذلك أنّ علماء القانون لم يقسموا العرف إلى صحيح وفساد كما فعل علماء الشريعة^(١). إضافة إلى ما ورد، يعتبر الاجماع حجة بمجرد انعقاده، أما العرف فلا بد من دوامه واستمراره حتى يحكم به، كما أنّ المسائل المجمع عليها أُغلق فيها باب الاجتهاد أما المتعارف عليها فهي قابلة للاجتهاد^(٢) في أي زمان ومكان.

• تمييز العرف عن المتعارف في العمل:

ما جرى عليه العمل أي ما اتفق عليه المجتهدون في بلد من البلاد، أو إعمال مذهب معين في مصر من الامصار، أو ما قضت به المحاكم في ولاية من الولايات، ينزل منزلة العرف في وجوب التحاكم إليه والرجوع له على أن يستوفي الشروط التي نذكرها للعرف. والفرق بين هذا وبين العرف أنّ العرف يعتبر فيه العامة والخاصة أما ما جرى عليه العمل فيعتبر فيه من يقتدي بهم من العلماء والمجتهدين والقضاة وأن كان مبيّنًا في الجملة على ما تعارفه الناس في حياتهم^(٣).

الفقرة الثانية: شروط اعتبار العرف.

إنّ العرف لكي يكون مصدرًا من مصادر القانون لا بد أن تتوفر فيه عدّة شروط وهي أن يكون عامًا، قديمًا، ثابتًا، ملزمًا، وألا يكون مخالفًا للقانون أو للآداب العامة والنظام العام^(٤) وأضاف البعض شرطًا إضافيًا وهو أن يكون اختياريًا. ويمكن إعادة هذه الشروط إلى ركنين أساسيين، ركن مادي يتسم بصفات العموم والقدم والثبات، وركن معنوي يتمثل بالشعور المتأصل بالزامية القاعدة العرفية. إنّ صفات العادة التي يتكوّن منها الركن المادي للعرف هي التالية:

• **صفة العمومية:** يقصد بعمومية القاعدة أن يتم إتباعها من غالبية أفراد المجتمع في منطقة معينة لأنّ العادة تتطلب العمومية والتجريد بحيث لا ينصرف أثرها إلى شخص معين أو أشخاص معينين بذاتهم، فلا تكون قاصرة على فئة صغيرة من الناس، بل يجب أن يسلكها غالبية الأفراد. وليس هناك ما يمنع أن يكون العرف خاص بطائفة معينة بصفاتهم وليس بذاتهم فهذا الأمر لا يفقده صفة العمومية والتجريد^(٥). إذا يتبدى لنا أنّ العبرة تكون للغالب الشائع وليس للقليل النادر سيان كنا أمام عرف عملي أو قولي.

(١) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ١٠٨ و١٤٦.

(٢) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ١٠٨.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، المرجع اعلاه، صفحة ١١١ و١١٢.

(٤) محمود صالح المحمود العلواني، المرجع المذكور، صفحة ١٥٠.

(٥) أحمد محمد أحمد الزّين، قواعد العرف في ضوء القانون المدني، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية - مجلة محكمة)، جامعة القاهرة، كلية القانون، قسم القانون الخاص، صفحة ٥٠.

https://jlaw.journals.ekb.eg/article_59984.html

• **صفة القدم:** يُقصد بذلك أن تمر فترة طويلة على إتباع الأفراد لتلك القاعدة العرفية حيث تصبح مستقرة في وجدان الناس، وتحديد المدّة يعد أمرًا موضوعيًا يختلف باختلاف الظروف بحيث تختلف من قاعدة لأخرى ومن مجتمع لآخر ومن طائفة لأخرى، المهم أن تكون هذه المدّة كافية لكي ترسخ هذه العادة في أذهان الناس ويتولّد في اعتقادهم أنّ تلك القاعدة ملزمة ومخالفتها يرتّب جزاءً ماديًا^(١).

• **صفة الثبات:** المقصود بذلك أن يستمر العمل بالقاعدة العرفية مدّة طويلة من الزمن ودون انقطاع فيصبح العرف ملزمًا بصفة مستمرة على أنّ هذه المسألة يُترك تقديرها للقاضي^(٢). أمّا شرعيًا يضاف إلى ثبات العرف أن يكون قائمًا عند إنشاء النّصرف. مؤدى ذلك أن يكون سابقًا للنّصرف عند إنشائه، فلا عبرة بالعرف الطّارئ بعد النّصرف^(٣).

• **ألا يكون العرف المكوّن للعادة مخالفًا للتّشريع أو الآداب العامّة أو النّظام العام:** إذا كان مخالفًا للقانون أو لنص تشريعي فإنّه يعتبر منعدم القيمة لأنّ العرف لا يقوم إلّا إذا انتفى نص تشريعي يحكم النزاع المطروح أمام القاضي، مع العلم أنّ الفقهاء القانونيين لم يفرّقوا بين العرف الصّحيح والعرف الفاسد كما فعل من أفقه الشّرع.

تجدر الإضافة، أنّ العادة المتّبعة يجب أن تتوافق مع المثل الأخلاقيّة والاجتماعيّة للمجتمع بحيث إذا تعارضت مع تلك القيم فإنّها لا ترقى إلى مرتبة العرف حتّى وإن طال عليها الزمن. أي يجب ألا يكون العرف مخالفًا للآداب العامّة والانتظام العام^(٤).

• **صفة الاختيار:** بمعنى أن تكون القاعدة العرفية قد نبعت من المجتمع الذي يقوم بتطبيقها اختياريًا لا جبرًا، إذ يجب ألا تكون القاعدة قد فُرِضت من قبل بعض المستفيدين من تطبيقها على البعض الذي يتضرّر منها. ويمكن أن تنشأ القاعدة عن طريق الاكراه، ولكن قد تروق للمجتمع ويظلّ العمل بها وقتًا طويلا ينم عن رضا المجتمع بتطبيق تلك القاعدة وفي هذه الحالة تعد مقبولة^(٥). ويضاف إلى ذلك من الناحية الشّرعيّة مسألة ألا يعارض العرف تصريح بخلافه، مثلاً إذا تمّ التّعاقد بين فريقين مع سكوتها على العرف القائم في المعاملة القائمة بينهما لزم كل منهما مقتضاه وهذا الإلزام من قبيل الدّلالة ومن هذا قول الفقهاء " المعروف عرفًا كالمشروط شرطًا"، و" الثّابت بالعرف ثابت بدليل شرعي". أمّا إذا صرّح العاقدان بخلاف العرف فلا اعتبار للعرف لأنّ من القواعد الفقهيّة المعروفة أنّه لا عبرة للدّلالة في مقابلة التّصريح^(٦).

(١) أحمد محمد أحمد الزّين، نفس المرجع، صفحة ٥٠.

(٢) أحمد محمد أحمد الزّين، المرجع المذكور، صفحة ٥١.

(٣) أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشّخصيّة، دراسة فقهيّة قانونيّة، جامعة الخليل، فلسطين، كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشّرعي، ٢٠١٣، صفحة ٢٨.

(٤) أحمد محمد أحمد الزّين، نفس المرجع، صفحة ٥١.

(٥) أحمد محمد أحمد الزّين، المرجع نفسه، صفحة ٥٢.

(٦) أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، المرجع نفسه، صفحة ٢٨ و٢٩. انظر أيضًا المواد ٤٣/ و ١٣/ من مجلّة الأحكام العدليّة، التي سنتطرّق إليها بالتّفصيل تباعًا في معرض دراستنا منزلة العرف في القانون اللبناني.

أما الركن المعنوي للقاعدة العرفية فهو اعتقاد الناس بأن هذه العادة واجبة الاتباع على أنها قاعدة قانونية يضعها المشرع أو يفرضها الدين. وهذا ما يميز العادة العرفية عن غيرها من العادات التي لا صلة لها بالقانون كقواعد السلوك والمجالس (الولائم وتبادل الهدايا) التي لا تتمتع بها القاعدة القانونية^(١).

الفقرة الثالثة: مصدر القوة الملزمة للعرف.

يستمد التشريع كمصدر أصلي وأول للقانون قوته الملزمة من السلطة العامة التي تسنّه، أما العرف كمصدر احتياطي للقانون فلقد اجمعت الآراء والنوّجات على الاعتراف بقوته الملزمة إلا أنها تباينت حول مصدر اكتساب العرف هذه القوة.

لقد رأى البعض أنّ تواتر العادات في المجتمع، استتبابها واستقرارها في زمانٍ ومكانٍ معيّنين يشير إلى رضى المجتمع بها، وإنّ هذا الرضا الضمني هو مصدر القوة الملزمة للعرف، ولقد نادى بذلك الشرع الروماني والفرنسي القديم. البعض الآخر اعتبر أنّ العرف يستمد قوته الملزمة من رضا السلطة التشريعية الضمني^(٢) لا الشعبية، هذه المقاربة في الحقيقة تفسّر التشريع على أنه التعبير عن إرادة المشرع الصريحة والعرف هو التعبير الضمني عن إرادة الأخير فيترتب عن ذلك عدم المفارقة بين التشريع كمصدر أصلي للقانون والعرف كمصدر احتياطي له، بمعنى آخر لا فارق بينهما من حيث المضمون، الرتبة، أو المصدر ولا نجد في ذلك صواب قانوني.

استند رأي ثالث إلى فكرة "الضرورة" آية ذلك أنّ العرف يستمد قوته الملزمة من مدى ضرورته ولزومه. فالشعب عندما يفوض السلطة التشريعية سن القوانين فإنّه لا يجرد نفسه من حقّه في إنشاء القواعد القانونية، بدون وساطة هذه الهيئة التي فوضها، ويعتبر هذا الحق من قبيل الديمقراطية شبه المباشرة^(٣). ونحن نميل تأييداً لهذا الموقف فالعرف هو تعبير عما ارتضاه المجتمع وما اعتاد الناس في سير سلوكهم وتنظيم معاملاتهم فيكون العرف من صنع إرادتهم لأنّه يتبدّل مع تبدّل حاجاتهم، فتلغى القواعد العرفية التي لم تعد مؤاتية أو مناسبة، وتُسحّث قواعد عرفية متلائمة مع مقتضيات الحاجة والضرورة من دون إشراك سلطة أو اعتراض إرادة. تجدر الإشارة أنّ العرف يتّصف بالعمومية ولا يمكن أن يستنبط عن إرادة المشرع وحده كما أنّه غير مكتوب فلا يمكن أن يصدر عن السلطة التشريعية لأنّ وظيفة الأخيرة الأساس هو التشريع أي سن قواعد قانونية مكتوبة. في الوقت عينه سنحت السلطة التشريعية للعرف معاونتها في تنظيم مسائل معيّنة أو في تفسير إرادة المتعاقدين ولو خالف ذلك القواعد المقررة أو المفسّرة فيكون العرف والحال معاوناً للتشريع " عرف معاون". وقد تجد السلطة التشريعية بالعرف وسيلة لسدّ النقص الذي قد يعترى القواعد القانونية وإن كانت أمره.

(١) أنور الخطيب، المرجع المذكور، صفحة ١٤٥.

(٢) أنور الخطيب، المرجع المذكور، ١٤٩.

(٣) أنور الخطيب، نفس المرجع، ١٥٠.

وهنا يسمى العرف " عرف مكمّل للتّشريع"، فتصبح القاعدة العرفيّة كالقاعدة القانونيّة، يستند حكم القضاء عليها لأنّه افترض ضمناً أنّ إرادة الفريقين قد انصرفت نحو تطبيقها^(١).

أخيراً، لا تراقب محكمة التّمييز صحّة تفسير القواعد العرفيّة فالنتبّت من وجود العرف وتفسيره يخضعان لسلطان قضاة الأساس المطلق إلّا في الحالة التي تتناول تطبيق القاعدة العرفيّة التي يحيل إليها قانون الزامي ويفرض التّقيّد بها، كنص المادّة الرّابعة الفقرة الرّابعة من قانون أ.م.م حيث اعتبرت العرف من مصادر القاعدة القانونيّة بالتّالي فهو يخضع والحال لرقابة المحكمة العليا^(٢).

بند ثانٍ: منزلة العرف في القانون اللبناني.

يقوم العرف بدور كبير في مجال القانون الخاص، فهو مصدر احتياطي أساسي يستند إليه القاضي عند غياب النصّ ويتمتع بالقوة الملزمة فيما لو توافرت شروطه وأركانه على ما استتبّ شرحه، وفي بعض الحالات يلجأ المشتري عند تنظيمه موضوع معيّن إلى العرف وذلك لتفصيل بعض المسائل التي تستلزم تطبيقه. غير أنّ نصيبه في انتاج القواعد القانونيّة لا كمال النّقص الموجود في التّشريع يختلف باختلاف فروع القانون. ففي القانون المدني نجد القواعد العرفيّة قليلة^(٣) على خلاف باقي الفروع كالقانون التجاري أو الدولي مثلاً حيث يلعب العرف دوراً ومصدراً أساسياً في هذين القانونيين.

أمّا عن قوانين الأحوال الشّخصيّة فهناك الكثير من الأحكام المبنية على العرف تحيل النّصوص نحو تطبيقه بصورة صريحة أو ضمنيّة سيان في القوانين الخاصّة بالمذاهب الإسلاميّة، أو القوانين الخاصّة بالطوائف المسيحيّة المتعدّدة في لبنان. وفي سياقٍ متّصل أثير جدلاً فقهيّاً واجتهادياً حول الصّفة التي تُطلق على الأحكام الدّينيّة المطبّقة من قبل الطوائف المسيحيّة، فالبعض وضعها في خانة القوانين، والبعض الآخر أطلق عليها صفة الأعراف المسطورة لفقدانها المصادقة الرّسمية لذلك سوف نسرد المواقف المتناحرة في هذا الشّأن ورأينا حيال المسألة.

بالإضافة إلى ما سبق، وجدنا الكثير من الأحكام الفقهيّة في مجلة الأحكام العدليّة التي أشارت نحو تطبيق العرف على الرّغم من أنّ قانون الموجبات والعقود ألغى جميع أحكامها المتعارضة وأحكامه، لكنّ معظم هذه القواعد التي أحالت نحو تطبيق الأعراف معلومة ومعروفة ويستعان بها في تعليل الأحكام حتّى يومنا هذا، عليه سيكون جديراً بنا ذكرها نظراً لدورها المؤثّر وخصائصها الفريدة.

(١) أنور الخطيب، المرجع المذكور، صفحة ١٥٢.

(٢) أدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتّنفيد، الجزء ٦، مجلد أول، رقم ١١٤، صفحة ٣٢٦ إلى ٣٢٩، بيروت ١٩٨٦.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ١٧٢.

بناءً على ما سلف، سوف نبحث عن منزلة العرف في القانون اللبناني من زوايا ثلاث الا وهي، العرف في عهد مجلة الاحكام العدلية (الفقرة الأولى) العرف في قانون الموجبات والعقود (الفقرة الثانية) والعرف في قوانين الأحوال الشخصية (الفقرة الثالثة).

الفقرة الأولى: العرف في عهد مجلة الاحكام العدلية.

اعتبرت مجلة الأحكام العدلية^(١) التّدين الأوّل للفقّه الإسلامي في المجال المدني والقاعدة الأساس التي بني عليها كلاً من قانون الأحوال الشخصية وقانون العقوبات في معظم بقاع أرض البلدان العربية، ويمكن القول إنّ الكلام الديني تحوّل بموجبها إلى كلام قانون مسطر بلغة واضحة ومباشرة. تضمّنت المجلة طائفة من الأحكام الفرعية القائمة على العرف ومن المفيد أن نستذكر بعضاً من هذه الأحكام لأنّ المحاكم الشرعية ما زالت تستأنس بها عند حكمها بالمسائل المطروحة أمامها، منها:

• "العادة محكمة"، وهي قاعدة عرفية جاءت على ذكرها المادة ٣٦ مجلة وتعني أنّه يرجع لدى الحاجة إلى عرف الناس إذا انتفى وجود نص راجع للمسألة أمّا إذا ورد النص فلا عبرة للعادة. بمعنى آخر إذا لم يكن هناك نصّاً خاص فأنّه يعمل بالنصوص العامة التي تبيح ذلك الفعل الذي اعتاد الناس عليه ويصبح له معنى ملازم له ومفهوم منه. ويكون ذلك المعنى وكأنّه متفق عليه أو مشروط لأنّه مفهوم ضمناً وإن لم يُذكر صراحةً^(٢).

• "الممتنع عادة كالمتنع حقيقة"، وهي قاعدة عرفية جاءت على ذكرها المادة ٣٨ مجلة وتعني أنّ المستحيل عادة لا تسمع فيه الدّعى وهو كالمستحيل منطقاً وعقلاً، كما لو ادّعى شخص بنوّة شخص أكبر منه سنّاً فيرجع القاضي حينها في هذه الادّعاءات على العرف فما يشهد به العرف يقر وما لا يشهد له العرف والعادة لا يقر وهنا تبرز أهمية العرف في القضاء والفتوى ومدى اتّساعه لكثير من الأحكام عبر العصور^(٣).

(١) أطلقت مجلة الاحكام العدلية من قبل لجنة من العلماء المعيّنين من قبل الدّولة العثمانية عام ١٨٦٩ وبلغ عدد موادها ١٨٥٢ مادة متضمنة أحكاماً شرعية تحكم مختلف المعاملات المدنية. لقد وجهت المجلة للمحاكم النظامية أي المدنية لأنهم كانوا يعانون في حينها من نقص الدّراية بالأحكام الشرعية نظراً لتشعب مراجع وكتب الفقه الإسلامي وتعدد الآراء فيها فباتت المجلة قانون مكتوب واحد قولاً ورأياً مقولب بلغة واضحة ومباشرة. تجدر الإشارة إلى أنّ القوانين العثمانية ظلّت سارية المفعول ومطبقة لدى كافة المحاكم اللبنانية المدنية والشرعية حتّى عام ١٩٣٨، واستمرت عملية الغاء القوانين العثمانية تدريجياً حتّى عام ١٩٦٢، ولكن بقي القضاء الشرعي السني يطبق بشكل كامل قانون حقوق العائلة كما ويرجع إلى المجلة من خلال مبحثين اثنين " الحجر" و " الشهود". في حين أنّ المحاكم الشيعية والدرزية تأخذ من هذه القوانين وأحكام المجلة ما يناسبها منها فقط. راجع في هذا السياق، محكمة بداية جبل لبنان، الغرفة الخامسة، قرار رقم ٢١٤، صادر بتاريخ ١٧/١٠/٢٠١٩، أحكام المعتوه والحجر التي ما زالت سارية استناداً إلى مجلة الاحكام العدلية، كساندر، ٢٠١٩، العدد ٣، صفحة ١٤٦٦.

(٢) محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، المرجع المذكور، صفحة ١٣٦.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، انظر ايضاً، محي الدين السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات المدنية، جامعة بغداد، ١٩٨٧، صفحة ٤٢.

• "الأحكام العرفية تتبدل بتبدل الأزمان"، حيث ورد في حرفية المادة ٣٩ مجلة لا ينكر تغيير الأحكام بتغيير الأزمان أي أنّ الأحكام الجزئية في الوقائع إذا كانت مبنية على العرف في عصر ما فإنها قد تتبدل في أمثالها من الوقائع في عصر آخر لتبدل العرف والعادة في هذا العصر. وقد أطلق الأصوليون على هذا التغيير والاختلاف بأنه "اختلاف عصر وزمان لا اختلاف حجة وبرهان"^(١). تجدر الإشارة إلى أنّ ما يتبدل ويتغير بتغيير الزمان والمكان هي تلك الأحكام الاجتهادية التي لم تحظ على إجماع فقهي، بل ظلت محل خلاف، لذلك هي تقبل التغيير وتتبع الأحوال المتجددة ويكون مصدرها عرف أو مصلحة سكتت عنها النصوص الشرعية. يكون التغيير واجباً والحال إما لدفع ضرر ما أو فساد محتم على مجتمع معين، فيما لو استمر بتطبيق الأحكام السائدة غير المواكبة لمتطلباته. كما أنّ التعتت بعدم التغيير سيشكل مخالفة لقواعد الشريعة نفسها المبنية على اليسر لا العسر، والمركزة على دفع الضرر، استناداً إلى قاعدة لا ضرر ولا ضرار^(٢).

• "إنما تعتبر العادة إذا اطردت أو غلبت"، حيث نصت المادة ٤١ أنّ العادة المعتبرة هي المطردة التي لا تختلف أبداً، أو الغالبة التي تختلف قليلاً. أما العادة المغلوبة فلا عبرة بها فقد أطلق عليها العلماء المضطربة أو المشتركة فلا يكون حجة للعمل بها ولا تكون حكماً يرجع إليها في المنازعات ولا تُترك الحقيقة بها ولا تتغير الأحكام بتغييرها. نذكر على سبيل المثال اعتبار الفقه الشخص الذي أتم خمس عشرة سنة من عمره بالغ لأنّ الغالب أنّ الانسان يبلغ عند وصوله هذا السن، (بحسب تقدير الفقه) أو حالة انتهاء مدة الحضانة للطفل الذكر ببلوغه سبع سنين والبنات ببلوغها تسع سنين لأنّ الغالب إذا بلغ الطفل سبع سنين يقدر على مداراة نفسه في الاكل والشرب واللبس ونحو ذلك، وإنّ البنات إذا بلغت تسع سنين تصل إلى مرتبة النساء وخلاف ذلك نادر وقليل والعبرة للغالب^(٣) بحسب تقييمهم للمسألة.

• "المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً"، جاء في المادة ٤٣ المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، وتعني هذه القاعدة أنّه إذا تعارف الناس على أمر من الأمور وكان غير مخالف لنصوص التشريع أو نص صريح وارد بالعقد يعتبر هذا العرف نافذاً، وكأنّه شرط واجب الالتزام به، ومعناها أنّ ما جرى به العرف بين الناس لا يحتاج إلى اشتراط لأنّه معتبر فيكون وجود العرف في البلد كوجود الشرط في العقد. والمقصود أنّ ما تعارف عليه الناس في حياتهم العملية من بيع وشراء وما إلى ذلك لا يحتاج إلى ذكر صريح في العقد وهو يقوم مقام الشرط في الالتزام إذا توافرت فيه شروط اعتبار العرف ومن ذلك ألا يكون مخالفاً لنص من الشريعة الإسلامية^(٤).

(١) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ١٣٧.

(٢) استأنسنا عند تفسيرنا القاعدة بالتفسير المدرج في مؤلف محمود صالح المحمود العلواني، صفحة ١٣٨. كذلك شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الاحكام في تمييز الفتاوى عن الاحكام وتصرفات القاضي والإمام، القاهرة، ١٩٣٨، صفحة ٢٣١.

(٣) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع صفحة ١٣٨ و ١٣٩. كذلك جلال الدين محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، مصر، دار إحياء الكتاب العربي، ١٩٥٥، صفحة ١٩٢.

(٤) زينب درويش، قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، دراسة نُشرت في مجلة الدراسات القانونية في جامعة بيروت العربية، دراسة رقم ٩، ٢٠١٩، صفحة ٢.

الفقرة الثانية: العرف في قانون الموجبات والعقود.

يضيق دور العرف في نطاق القانون المدني، صحيح أنّ العرف يشكّل مصدرًا رسميًا تكميليًا يلي التشريع أهمية ويستند إليه القاضي في كل مرة لا يجد فيه نصًا قانونيًا يحكم المسألة من أجل إحقاق الحق، إنّما في المقاب الآخر، وبعد قراءة شبه تفصيلية لأحكام قانون الموجبات والعقود، لاحظنا أنّ الرجوع إلى العرف ليس بالشائع ولما يتحقّق والسبب يعود إلى كثرة النصوص القانونية التي تحكم دقائق العلاقات والمعاملات المدنية وقلة النصوص التي تحيل إلى العرف.

ولا يفوتنا أنّ نوه أنّ هذا الدور يختلف باختلاف فروع القانون، فدوره في القانون التجاري مثلاً أكبر وأوسع من دوره في القانون المدني في نطاق القانون الخاص. ولقد بادرنا إلى استخراج بعض هذه الأحكام من قانون الموجبات والعقود التي أرشدت إلى العرف بصورة ضمنية أو صريحة نذكر منها:

• الفقرة الرابعة من المادة ١٣٤ من قانون الموجبات والعقود " للقاضي بوجه الاستثناء أن ينظر بعين الاعتبار إلى الاضرار المستقبلية إذا كان وقوعها مؤكدًا من جهة وكان لديه من جهة أخرى الوسائل اللازمة لتقدير قيمتها". قد نجد في هذا النص بحسب تقديرنا إحالة ضمنية للعرف، فتقدير القاضي للأضرار المستقبلية هو تقدير لما يستطيع أن يتوقعه لأنه مؤكّد الحصول بالنظر لوضعية وحالة طالب التعويض. ولا يستعصي على القاضي التعرف على هذه الاضرار المستقبلية لأنّ حصولها حتمي وهذه الحتمية متعارف عليها لدى الكافة ومن بينهم القاضي.

• نظرية الأب الصالح حيث نصّت المادة ١٥٦ يجب على الفضولي أن يعنى بعمله عناية الأب الصالح، وكذلك الوكيل بمقتضى وكالته والطبيب بموجب عانيته بمرضاه وغيرهم من الأشخاص. والأب الصالح نموذج اعتباري يقاس تصرفات الشخص العادي بتصرفاته، وهو الشخص الذي يحترم القوانين والأنظمة، المتبصر في أعماله، الحذر في تصرفاته، الممتنع عن الإضرار بالغير، أي الرجل العاقل. ولكن هذا الرجل العادي ليس كائنًا مجردًا يعيش في المجتمع كنموذج يمكن دوماً الرجوع إليه للاهتداء بتصرفاته كونه كائن نظري وافتراضي متغير مع الزمان والمكان والظروف المتقلّبة دوماً كما هو متغير مع العادات والثقافات والتطور التقني^(١). يبنى على ذلك أنّ نظرية الأب الصالح قائمة على العرف الرائج في زمانٍ ومكانٍ معينين وتتبدّل مواصفاته في كل مرة يطرح الموضوع بساط البحث فإذا كان متبصر في زمن معيّن قد يكون مقصّر في زمن آخر ما يُثبت أنّ النصوص المرتبطة أحالت إلى تطبيق العرف ضمناً من أجل استدراك الوصف الذي يعطيه المجتمع للأب الصالح عند تقييمه سلوكيات وأفعال الأشخاص الحقيقيين وبعدها القول ما إذا كانت نافعة أو ضارة.

(١) مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثاني، المسؤولية المدنية، الطبعة الخامسة، ٢٠١٦، منشورات الحلبي الحقوقية، صفحة ٢٥٧.

• كما نصّت المادّة ١٦٦ "إن قانون العقود خاضع لمبدأ حرية التعاقد، فلأفراد أن يرتبوا علاقاتهم كما يشاءون بشرط أن يراعوا مقتضى النظام العام والآداب العامّة والأحكام القانونيّة التي لها صفة الإلزام". ولقد ذكرنا سابقاً أنّ نظريّة الآداب العامّة قابلة للتبدّل والتغيير بتبدّل الزمان والمكان إن في مفهومها أو مداها أو لناحية تطبيقها. والنص بصراحته لم يُرشد إلى العرف وإنما نظريّة الآداب العامّة تتضمّن الإحالة الضمنيّة على العرف من أجل تقدير عناصرها ومداها^(١).

• المادّة ٢٢١ أنّ العقود المنشأة على الوجه القانوني تلزم المتعاقدين ويجب أن تُفهم وتفسّر وتنفذ وفقاً لحسن النية والإنصاف والعرف. نعتقد أنّ العرف الذي عنّت به المادّة المتقدّمة ينقسم إلى عرف عام مرتبط بخصائص العقد العامّة المتعارف عليها المتمثّلة بحرية واستقلال الإرادة، الزاميّة العقد، فائدته بالنسبة إلى الطرفين المتعاقدين وموجباتهم المتبادلة التي يقتضي أن تكون متوازنة، ولكن يستحيل قياسها بالقسطاس فقد يتولد عدم توازن متسامح به ومتعارف عليه، وأخيراً عدالة العقد ونسبيته. وعرف آخر خاص يتمثّل باحترام البنود المرعيّة عرفاً والمتفق عليها بين فرقاء التعاقد وعلى القاضي أن يعتد بها من تلقاء نفسه وأن لم تُذكر صراحةً في نص العقد^(٢).

الفقرة الثالثة: العرف في قوانين الأحوال الشخصيّة.

للعرف مكانة خاصّة ودور مهم في مادّة الأحوال الشخصيّة، حيث نجد العديد من الأحكام القائمة على العرف والمبنيّة عليه، التي سوف نتطرّق إليها بالتفصيل لاحقاً في بحثنا. لكن بدايةً، وقبل الغوص في تلك الأحكام وتفنيدها، لا بد من تسليط الضوء على طبيعة قوانين الأحوال الشخصيّة في لبنان، إذ نجد أنّ القوانين الخاصّة بالمذاهب الإسلاميّة تنضوي تحت العبء القانونيّة ما يعني أنّه تمّ التصديق على القانون رسمياً، بينما غابت المصادقة الرسميّة عن قوانين الطوائف المسيحيّة. عليه، سنبحث في هذا المضمار في جدليّة اعتبار قوانين الطوائف المسيحيّة أعراف مسطورة (أ)، والعرف لدى المذاهب المحمديّة (ب).

(١) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النص والاجتهاد والفقّه، دراسة مقارنة، المرجع المذكور، صفحة ٢٠.
(٢) المادّة ٣٧١ من قانون الموجبات والعقود: " يجب أيضاً على القاضي أن يعتد من تلقاء نفسه بالبنود المرعيّة عرفاً، وإن كانت لم تُذكر صراحةً في نص العقد".

(أ) جدلية اعتبار الطوائف المسيحية أعراف مسطورة.

أثير جدلاً فقهيًا واجتهاديًا حول الصفة التي تُطلق على الأحكام الدينية المطبقة من قبل الطوائف غير الإسلامية، فالبعض وضعها في خانة القوانين والبعض الآخر أطلق عليها صفة الأعراف المسطورة لفقدانها المصادقة الرسمية.

وفي جولة محتمة على القرارات والقوانين ذات الصلة، يتضح أن القرار ٦٠ ل.ر. الصادر في ١٣ آذار ١٩٣٦ نظم مسألة الاعتراف الشرعي بطائفة ذات نظام شخصي في لبنان فنص في المادة الثانية منه " إن الاعتراف الشرعي بطائفة ذات نظام شخصي يكون مفعوله إعطاء النص المحدد به نظامها قوة القانون ووضع هذا النظام وتطبيقه تحت حماية القانون ومراقبة السلطة العمومية.

كما نصت المادة الرابعة من نفس القرار موجب " كل طائفة من هذه الطوائف للحصول على هذا الاعتراف أن تعرض للفحص على السلطة الحكومية نظامًا مستخلصًا من النصوص التي تدار الطائفة بموجبها". نذكر على سبيل المثال ما ورد في الفقرتين الثالثة والرابعة من المادة المذكورة كتحديد الطائفة بموجب نظامها الصلاحيّة المختصّة بالمحاكم الدينية وأصول المحاكمة فيها، والتشريع المختص بالأحوال الشخصية في جميع ما يتعلق بشرائع الطائفة الدينية.

بعدها يصار إلى تصديق هذا النظام بقرار تشريعي يجعله نافذًا ويتضمن الاعتراف بالطائفة وفقًا لأحكام المادة الأولى من هذا القرار بشرط ألا يتضمن نصًا مخالفًا للأمن العام، أو الآداب، أو دساتير الدول والطوائف، أو أحكام هذا القرار. وكل تعديل لنظام الطوائف المعترف بها وفقًا للأحكام الواردة في المواد من الأولى إلى الخامسة يجري بصك تشريعي^(١).

كما أوردت المادة ٣٣ من القانون المختص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية للطوائف المسيحية والطائفة الإسرائيلية الصادر بتاريخ ٢ نيسان سنة ١٩٥١ "على الطوائف التي يشملها هذا القانون أن تقدم للحكومة قانون أحوالها الشخصية وقانون أصول المحاكمات لدى محاكمها الروحية في مدة سنة من تاريخ وضع هذا القانون موضع التنفيذ للاعتراف بها خلال سنة أشهر، على أن تكون متوافقة مع المبادئ المختصة بالانتظام العام والقوانين الأساسية للدولة والطوائف". ويتوقف تطبيق القانون الحاضر بشأن كل طائفة تتخلف أو تتأخر عن التقيّد بأحكام هذه المادة".

" كل تعديل تدخله الطائفة على قوانينها هذه لا يعمل به إلا بعد الاعتراف به وفقًا لأحكام المادة السابقة"^(٢).

(١) المادتين ٥ و ٦ من القرار ٦٠ ل.ر.، الصادر في ١٣ آذار ١٩٣٦.

(٢) المادة ٣٤ من القانون المختص بتحديد صلاحيات المراجع المذهبية للطوائف المسيحية والطائفة الإسرائيلية.

رغم صراحة التّصوُّص غابت المصادقة الرّسمية على قوانين الطّوائف غير الإسلاميّة رغم أنّها سارية المفعول على الأشخاص المخاطبين بها في لبنان حتّى يومنا هذا. ويدور التّساؤل حول الصّفة التي يتمتّع بها هذا النّظام، هل هو تشريع على الرّغم من فقدانه المصادقة الرّسمية أم هو مجموعة من الاعراف المسطّورة الملزمة تعبّر عما تريده الشّخصيّة القانونيّة بسبب تداولها لأكثر من خمسة عقود ونيّف ما ولّد قناعة بالزاميّتها؟ اختلفت الآراء الفقهيّة والاجتهاديّة حول صفة هذه الأنظمة، فمن النّاحية القانونيّة الرّسمية الصّرفة لا يمكن اعتبار تلك المشاريع المقدّمة إلى الحكومة اللبنانيّة قوانين لأنّ الدّولة اللبنانيّة ولغاية اليوم لم تصادق عليها رسمياً^(١).

أمّا عن الآراء الفقهيّة، فمنهم من اعتبر هذه المشاريع نوعاً خاصّاً من الاعراف المكتوبة ولا ترقى إلى مرتبة القانون^(٢). والبعض الآخر رأى أنّ نكول الدّولة اللبنانيّة وعدم اعتراضها على مشروعات قوانين الطّوائف غير الإسلاميّة يشكّل إقراراً من قبلها بوجود تلك الأنظمة الخاصّة بالطّوائف^(٣).

ومن الوجهة الاجتهاديّة فإنّ القضاء يسير حيناً على تطبيق هذه القوانين معللاً أنّها:

"مجموعة من الأحكام الدّاخلية المرعيّة لدى الطّوائف الدّينيّة والتي يمكن للمحاكم اعتمادها طالما أنّها غير مخالفة للقوانين الوضعيّة وللمبادئ المختصّة بالانتظام العام وإن لم تعترف بها بعد السّلطة بصورة رسميّة شرط أن تكون مشاريع قوانين الطّائفة قد قُدّمت إلى الحكومة من قبل السّلطة الدّينيّة خلال السّنة المنصوص عليها في المادّة ٣٣ من قانون "٢ نيسان ١٩٥١"^(٤).

ويساير في تطبيق بعض نصوص هذه القوانين حيناً آخر معتبراً أنّها "مجموعة دُونت فيها الأحكام الخاصّة المستقرّة لدى الطّوائف منذ القَدَم والمرعيّة بحكم العرف والعادات والامتيازات الممنوحة إلى السّلطات الدّينيّة ما لم تكن متعارضة مع القوانين الأساسيّة للدّولة والطّوائف ومع المبادئ المتعلّقة بالنّظام العام"^(٥). إنّ القوانين الدّينيّة للطّوائف غير الإسلاميّة في لبنان غير موجودة رسمياً وإن كانت قائمة فعليّاً وواقعياً وعمليّاً عبر أحكام قضائيّة تتوالى في الصّدر حتّى اللحظة من قبل المحاكم الرّوحيّة وتتفّذها دوائر التّنفيذ في المحاكم المدنيّة.

(ب) العرف لدى المذاهب المحمديّة.

اعتبر أغلب الفقهاء المسلمون العرف حجّة في استمداد بعض الأحكام وإن اختلفوا في بعض الشّروط والتّفصيل والأنواع، ولقد استدلّوا له بعدة أدلّة من الكتاب والسّنة^(٦).

(١) محمود محمود المغربي، في إشكاليّة تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطّبعة الأولى، ٢٠٠٧، صفحة ١٤٨.

(٢) محمود المغربي، نفس المرجع، نقلاً عن، نقولا أسود، القانون المدني، مجلس فرع الطّلاب، الجامعة اللبنانيّة، الفرع الأول، سنة ١٩٨٥-١٩٨٦، صفحة ٨٣ وما يليها.

(٣) توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشّخصيّة لغير المسلمين، الدّار الجامعيّة، بيروت، ١٩٨٨، صفحة ٥٨.

(٤) راجع، تمييز مدني، الغرفة الأولى، قرار رقم ٥٦، الصّادر في ١٩٦٨/٠٤/٠٩، مجلّة العدل ١٩٦٩، صفحة ٣٦٦ و٣٧٧.

(٥) تمييز مدني، القرار رقم ١٠٥، الصّادر بتاريخ ١٩٥٦/١١/١٧، الجامعة اللبنانيّة، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتيّة القانونيّة.

(٦) من الأدلّة التي تشير على حجّيّة العرف ما ورد في القرآن الكريم، عن قوله تعالى: (خُذِ الْعَفْوَ وَأْمُرْ بِالْعُرْفِ وَأَعْرِضْ عَنِ الْجَاهِلِينَ) سورة الاعراف، الآية ١٩٩. وقوله تعالى: (وَشَهِدْ شَاهِدٌ مِنْ أَهْلِهَا إِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ قَبْلِ قَمِيصِهِ فُذِّمْتُمْ وَإِنْ كَانَ قَمِيصُهُ قُدًّا مِنْ دُبُرٍ فَكَذَبْتُمْ وَهُوَ مِنَ الصَّادِقِينَ) سورة يوسف، الآيتين ٢٦، ٢٧.

ولقد اعتبر البعض أنّ الاستدلال بالعرف سيّما في نطاق الأحوال الشّخصيّة ضرب من التّوسم والتّفكر والتّأمل في العادات فهو كالأستدلال بالعلامات والقرائن العرفيّة. كما أنّ فقهاء الشّريعة على اختلافهم متفقون على اعتبار العرف الصّحيح لصفة عامّة دليلاً يُرجع إليه لمعرفة الأحكام الفقهيّة إذا أعوزهم النّص ويجب على المجتهد مراعاته^(١). ويرى بعض فقهاء الشّيعيّة أنّ العرف لا يزيد عن كونه تأكيدا لحكم العقل أو أنّه من أدلّة الإجماع^(٢).

ولقد وجدنا الكثير من المسائل في مادّة الأحوال الشّخصيّة لدى المذاهب المحمديّة قائمة على العرف، نذكر على سبيل المثال لا الحصر دور العرف في تحديد سن الرّواج، وأثر العرف في عقد النّكاح (الرّواج) وأثر العرف في فرق النّكاح، والمهر والنّفقة، والرّضاة، والنّسب، وأثر العرف على الحضانة ومدّتها، وأيضا أثر العرف في أوقات زيارة المحضون، وسفر الحاضن بالمحضون، ومقدار أجره الحضانة،^(٣) وما إلى هنالك من مسائل أخرى مصدرها العرف ومبنيّة عليه.

كل هذه الأحكام قابلة للاجتهاد، والتّبدل والتّغير لأنّها قائمة على العرف، وإذ بنا لا نتطرق إلى تفاصيل هذه المسائل الشّرعية والنّظرية ونترك أمر البحث بدقائنها لطلبة الفقه والشّريعة الإسلاميّة ونستميل بحثنا نحو أفق الاجتهاد في بعض منها دون غيرها؛ بيد أنّ الفقه الإسلامي كما ورد عنه صالح لكل زمان ومكان.

(١) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع، صفحة ٩٠، و٩١.
(٢) محمود صالح المحمود العلواني، نفس المرجع صفحة ٩٥، نقلاً عن محمد تقيّ الدّين الحكيم، الأصول العامّة للفقه المقارن، دار الأندلس، بيروت، ١٩٧٩، صفحة ٤٢٥.
(٣) للمزيد من المعلومات حول هذه المسائل، يُنظر أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشّخصيّة، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٥٧ وما يليها.

الفصل الثاني: آفاق الاجتهاد وفق العرف في مسائل الأحوال الشخصية.

إنّ الصّلة وثيقة بين قوانين الأحوال الشخصية والعقيدة من حيث الحل والحرمة كما أنّ علاقة كليهما وطيدة بحياة الإنسان في مسائل الزواج، والنسب، والميراث وغيرها، مما يجعل أمر استبدالها بشريعة لا دينية أمراً مستعصياً ومستحيلاً "على الرّغم من أنّه مستحب في بعض الأحوال لأنّ في ذلك خدمة لحرية العقيدة المكرّسة دستورياً"^(١)، لهذا السّبب على الاجتهاد بذل الوسع واستفراغ الطّاقة لما له من سلطة في توصيف الحالة المطروحة أمامه ومن ثم تطوير الأحكام القائمة على العرف لأنّ الشّرائع السّماوية نفسها سنحت باستبدالها وإمّا تعديلها بما يتلاءم مع متطلّبات المجتمع المعاصر، فتكون قابلة للتبدّل لأنّ درء المفاسد مقدّم على جلب المصالح دفعاً ورفعاً لضرر وضرار، دون المساس بالأحكام القطعية الدّينية الثّابتة لأنّه لا مجال للاجتهاد في الأخيرة، والحكم الصادر عنها لا يتغيّر ولا يتبدّل بتبدّل العصور والأزمان^(٢).

والقضاء كما هو معلوم يلعب دوراً أساسياً في هذا الشّأن كونه مصدر أساسي للقاعدة القانونية ومحرّكها، فاذا كان على القاضي اعتماد المبادئ العامّة والعرف والانصاف عند انتقاء النّص حسبما جاء بصراحة الفقرة الرّابعة من المادّة ٤ أ.م.م، إلّا أنّ دوره الأوّلي يكمن في تكريس وتفعيل وتطبيق هذه المصادر الأصليّة والاحتياطية وإلّا ما فتأت معلقة التّطبيق، فاقدة لقوة النّفاذ.

ولقد ورد عن الفقيه الدّكتور سامي منصور أنّ "السلطة الواسعة الممنوحة للقاضي في البحث عن الحل المناسب إنّما تجعل الحل الذي ينتهي إليه حلاً حقيقياً وواقعياً لا حلاً مجرداً، وفي هذا الدّور الذي ميّز به المشتري السلطة القضائيّة في تطبيق القانون من خلال الفصل في القضايا التي يلزم بحلّها، ضرورة تجعل القضاء أكثر قدرة على التكيّف مع الطّروف الجديدة والمستجدّة. ففي ذلك تعبير من المشتري عن إرادته أن يسند إلى القاضي مهمّة الفصل على نحو واقعي فيما يعرض عليه من القضايا (ونجد أنّ أعمال ذلك في نطاق الأحوال الشخصية ذات أهميّة فائقة)، مفضلاً بذلك أن يأخذ القاضي بعين الاعتبار ظروف هذه القضايا والملابسات المحيطة بها، بدلاً من وضع حلول نظريّة يفرضها المشتري عليه"^(٣).

(١) في وجهتنا هذه لا نحاول إقصاء الدين وقوانين الأحوال الشخصية ذات الصبغة الدّينية عن دورها، لا بل العكس هو الصّحيح، لأننا نعلم أنّ الأدلّة الثّابتة لا تتبدّل، وما اجمع عليه لا يتغيّر، وفي هذا الموقف حفظ لقوانين الأحوال الشخصية من عبث العابثين، والالتزام بتدويناتها، وإنّما ما نقترحه هو تعديل بعضاً من أحكامها سيّما القائمة على العرف (وهذا جائز)، كيما تواكب المستجدات والحقوق الاسرية المستجدّة، فتتسجم أكثر مع المدونة الدستورية ومواثيق حقوق الإنسان دون أن تتعارض مع المفاهيم الدّينية المتجدّرة في بلادنا، فالعلة ليس في الدين إنّما بمن تسلّق سلّم الاجتهاد وهو معتقد لآلة فك الحرف الفقهي، فيذهب الأخير ليجتهد بحرفيّة النّص دون النّظر إلى حكمته فيفتقد حكمه العدالة والواقعية.

راجع المادّة ٩ من الدستور اللبناني، وأيضاً قرار الجمعية العامّة للأمم المتّحدة المعتمد والمنشور على الملأ، رقم ٥٥/٣٦ المؤرّخ في ٢٥ تشرين الثاني، ١٩٨١ حيث ورد في مادته الأولى: " لكل انسان الحق في حرية التفكير والوجدان والدين، ويشمل هذا الحق حرية الايمان بدين أو بأي معتقد يختاره، وحرية اظهار دينه أو معتقده عن طريق العبادة وإقامة الشعائر والممارسة والتّعليم، سواء بمفرده أو مع جماعة، وجرهاً أو سرّاً".

كما نصّت المادّة الرابعة من نفس القرار على أن: (١) " تتخذ جميع الدّول تدابير فعّالة لمنع واستئصال أي تمييز، على أساس الدين أو المعتقد، في الاعتراف بحقوق الانسان والحريات الأساسية في جميع مجالات الحياة المدنيّة والاقتصاديّة والسياسيّة والاجتماعيّة والثّقافيّة، وفي التمتع بهذه الحقوق والحريات". (٢) كما تبدّل جميع الدّول كل ما في وسعها لسن التشريعات أو الغائها حين يكون ضرورياً للحؤول دون أي تمييز من هذا النوع، ولاتخاذ جميع التدابير الملازمة لمكافحة التّعصب القائم على أساس الدين أو المعتقدات الأخرى في هذا الشّأن".

(٢) استأنسنا بما ورد في دراسة للدكتور وفيق حجازي، الأحوال الشخصية بين قدسية النّص ومشروعية الاجتهاد، دراسة نُشرت في مجلّة الدراسات القانونيّة في جامعة بيروت العربيّة، رقم ٥، ٢٠١٩، صفحة ٢ وما يليها.

(BAU Journal- Journal of legal studies- Volume 2019- article 5).

(٣) الدّكتور سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (Le Realisme en droit)، القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية والموجب القضائي في النّظام القانوني اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطّبعة الأولى، ٢٠٢٢، صفحة ٦٤٣ و٦٤٤. ورد في مؤلّف استاذنا الدّكتور سامي منصور أنّ " القاضي لا يقتصر عمله على تطبيق آلي لحكم القانون، بل هو يدير العدالة فيما يعرض عليه من حالات، ويسعى لإيجاد حل يناسب واقع هذه الحالات. أكثر من ذلك،

عليه كان واجباً على الباحثين في دقائق هذا القانون دراسة المسائل ذات الإشكاليات المعاصرة التي تحتاج لإعادة النظر في توصيفها وحكمها بسبب تغير الأعراف والمصالح التي تستند عليها، كما وتمييز المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها عن تلك المبنية أساساً على العرف (البند الأول)، والمسائل التي استتكتف القضاء عن تبديل العرف القديم بجديد بالرغم من طبيعته المتبدلة (البند الثاني) بغية إفساح المجال أمام القضاء الشرعي والروحي أن يجتهد لتعديل بعض هذه الأحكام ذات الصلة بأحوال الناس الشخصية.

بند أول: تمييز المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها عن تلك المبنية أساساً على العرف.

بعد أن شرحنا العرف كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية وأظهرنا خصائصه وشرائط اعتباره، نأتي والحين على تعريف الاجتهاد، بغية تمييز المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها عن تلك المبنية أساساً على العرف. فالاجتهاد اصطلاحاً هو المبادئ القانونية التي تقرّها المحاكم في القضايا المعروضة عليها، تفسيراً للقانون أو تلافياً للنقص فيه بحيث يتلاءم مع حاجات المجتمع. كما أنّ الاجتهاد غير ملزم للقاضي من الناحية المبدئية وذلك حفظاً لحرية القضاة في تفسير القانون، ولكن رأي المحكمة العليا متى بلغ درجة الاستقرار، يصبح احترامه قريباً من درجة الاحترام الواجبة للقانون نفسه^(١)، وهذا ما عبّرنا عنه بقولنا: "المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها" أي "استقر على تطبيقها" فتمسي هذه المسائل واجبة الاحترام وكأنّها تشريع قائم بحد ذاته، لكن يبقى للقاضي حرية في إعادة تفسير القاعدة مجدداً في كل زمان ومكان متى كان ذلك يخدم مقصد المشرع الحقيقية والعدالة.

نستنتج إذاً تشابه العرف والاجتهاد، فكلاهما مصدر احتياطي للقاعدة القانونية، إذ يستطيع القاضي أن يلجأ لهما لسد الفراغ الذي قد يعترى القانون، كما أنّ كلاهما قابل للتغيير، فالعرف قابل لأن يتبدل في كل زمان ومكان، وكذلك الاجتهاد حيث يستطيع القاضي إعادة تفسير القانون أو معارضة الاجتهاد التقليدي السائد متى كان ذلك يخدم القانون، ومقاصد المشرع الحقيقية. بالإضافة إلى ذلك يشترك كلاهما في خاصية أنّهما متى بلغا درجة من الاستقرار يصبحان ملزمين للقاضي كالقاعدة التشريعية نفسها.

في مقابل ذلك يختلف الاجتهاد عن العرف في أنّ الأول يستند إلى المبادئ القانونية لملاً الفراغ التشريعي، أمّا الثاني يستند إلى مجموعة من القواعد التي تنشأ عن اطراد سلوك الناس في مسألة معينة على وجه خاص^(٢)، فيصبح ملزم للكافة.

قد يتجاوز القاضي هذا الدور، من خلال ما يتوصّل إليه من أحكام يمهد بها الطريق نحو تشريع أكثر عدالة وواقعية". وهذا أمر فائق الأهمية فلا يقتصر دور القاضي على تطبيق حرفية النص وإنما يجتهد في استنباط الغاية الأساس المرتجاة من النص ألا وهي العدالة التي تستوي مع الواقع المعيش المتطور والمتغير في كل زمان ومكان.

(١) أنور الخطيب، المرجع المذكور، صفحة ١٦٠ و ١٦١.

(٢) أنور الخطيب، نفس المرجع، صفحة ١٠٤ و ١٤٤.

عليه، وانطلاقاً مما سلف سننقل من المفاهيم النظرية إلى الإطار العملي والاجرائي ونتحدث بالتفصيل عن المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها (الفقرة الأولى) والمسائل المبنية أساساً على العرف (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها.

إنّ الاجتهاد العادي، من خلال تفسيره للقاعدة القانونية أو إكمالها، يمكنه أن يوجد قواعد متممة لقاعدة موجودة، أو أن يؤدي توسعه في التفسير إلى إيجاد قاعدة قانونية جديدة، لا يصفها الفقه كذلك وإن أقرّ بأنها جديدة وذلك لأنها لا تتمتع بمواصفات القاعدة التشريعية، إذ تبقى مجرد وجهة نظر يمكن الرجوع عنها ما لم يرد نص يجعلها إلزامية، إلا أنّ استمرار تطبيق مثل هذه القاعدة والتزام المحكمة العليا بها يؤدي إلى إسباغ صفة القاعدة المستمرة والمستقرة في الاجتهاد مما يرفعها إلى مصاف القاعدة القانونية الثابتة. فإذا اقترنت هذه القاعدة بالصفة الإلزامية بموجب نص تشريعي أصبحت بحكم القاعدة التشريعية، وبالتالي لا يصح الرجوع عنها لأنها ليست اجتهاداً عادياً، بل تقرير مبدأ يكون بمنزلة المبدأ التشريعي^(١).

هذا بالتحديد ما نشهده عندما تقرّر المحكمة العليا مبدأ تغليب الزواج الديني عند وجود زواج مدني سابق أو لاحق له، أي عندما يرتبط الشخص بزواج مزدوج (ديني/ مدني)، حيث تقرّر المحكمة حينها تطبيق القوانين الدينية لأنّ في ذلك انسجاماً وروح التشريع والنظام العائلي المعتمد في لبنان بنظر ما تعارف أو استقر عليه الاجتهاد، حيث بات هذا الحل مستمراً وشبه ثابت على الرغم من أنّه غير مقترن بقاعدة تشريعية صريحة وجازمة تأتي على استبعاد القوانين المدنية أو تفاضل القوانين الدينية على المدنية. وسوف نبين موقف الاجتهاد المستقر على تغليب القانون الطائفي عند تزامن عقدي زواج ديني/ ومدني (أ) وموقف الاجتهاد المعارض الذي ينسّق بين النظام الطائفي اللبناني والنظام المدني الأجنبي (ب).

(أ) موقف الاجتهاد المستقر على تغليب القانون الطائفي عند تزامن عقدي زواج ديني/ ومدني.

قد يتزامن في بعض الأحوال عقدين مدني وديني للزواج ذاته على ما استبق بيانه، فيتم الزواج المدني في بلد أجنبي استناداً للأشكال المتبعة فيه، ويعقد زواج ديني آخر سابق أو لاحق له أمام المراجع الدينية المختصة في لبنان أو الخارج، حينها تُطرح إشكالتين، أولها مرتبط بالاختصاص القضائي أو المحكمة الصالحة للنظر بالزواج ومفاعيله والثانية تنير مسألة القانون الواجب اتّباعه في هكذا حالة.

ومن الجدير أن ننوه أنّ هذه الإشكالية لا تُطرح عند زواج المسلمين السنة والشيعية لأنّ الشرع الإسلامي يطبق عليهم سواء ارتبط الزوجان بعقد مدني منفرد ألحق بقرار إثبات زوجية، أو أقرناه بعقد ديني أيضاً^(٢).

(١) الدكتور سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (Le Realisme en droit)، القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية والموجب القضائي في النظام القانوني اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٢٤.

(٢) عادل يمّين، التنازع التشريعي والقضائي في مسائل الرّيجات في لبنان، طباعة شمالي أند شمالي للطباعة ش.م.ل.، بيروت، ٢٠٠٤، صفحة ١٤٦.

ولقد تتبنا مسار الاجتهاد التقليدي الذي تعارف على تغليب الزواج الديني سيان عقبه أو سبقه زواج مدني، بيد أن الاحكام الدينية هي التي تطبق على الزوجين المتقاضين لأن في ذلك انسجاماً وروح التشريع والنظام العائلي المعتمد في لبنان. ومن الملفت في هذا السياق أن الاجتهاد التقليدي على الرغم من أنه انصاع نحو هذا الحل إلا أن السند القانوني والتعليل اختلف في كل مرة طرحت المسألة أمام القضاء.

فلقد اعتبرت محكمة التمييز في أحد قراراتها "أن النظام العائلي في لبنان يركز على الزواج الديني وأن الزواج المدني ليس إلا استثناء للقاعدة، ولا يستطيع أحد الزوجين أن يتذرع أمام المحكمة أن الزواج الكنسي المعقود لاحقاً إنما عُقد لأسباب اجتماعية محض وأن أحدًا لم يكن يقصد التقييد بأحكامه".

ويظهر هذا جلياً في صراحة المادة ١٠ من القرار ٦٠ ل.ر التي أخضعت اللبنانيين المنتمين إلى الطوائف المعترف بها ذات الأحوال الشخصية لنظام طوائفهم الشرعي في الأمور المتعلقة بأحوالهم الشخصية فهذا هو المبدأ. أما المادة ٢٥ التي أشارت إلى الاستثناء وهو تطبيق القانون المدني على زيجات اللبنانيين أو اللبنانيين والأجانب التي تمت في الخارج بالشكل المدني إذا لم يقبل قانون الزوج شكل الزواج ولا مفاعيله كما هي ناتجة عن القانون المحتل بالزواج وفقاً له. يستتج إذاً أن القانون المدني لا يطبق إلا في حالة انعقاد زواج مدني دون أن يعقبه زواج ديني، لأن في الحالة الأخيرة تسمي الرابطة الزوجية مقبولة في الأنظمة الطوائفية المعتمدة في لبنان، فيستبعد الاستثناء ويُعمل بالمبدأ.

ولقد تابع القرار التمييزي المتقدم عند تعليقه الحكم " أن الزواج الديني في لبنان وإن كان يجب الزواج المدني لأن له أولوية عليه، إلا أنه لا يلغيه ولا يبطله عملاً بمبدأ وحدانية الزواج رغم تعدد العقود المستتبط من أحكام المادة ١٤ فقرتها الأخيرة من قانون ١٩٥١/٠٤/٠٢ التي تنص على أنه: " في حال وجود عقدين للزواج، أحدهما صحيح والآخر غير موافق للأصول الواردة في القانون فإن العقد الصحيح يبقى قائماً".

إلا أنه وعلى افتراض أن المحكمة المارونية حكمت بعدم صحة الزواج الديني الذي له الأولوية أو بعدم موافقته للأصول فإن الزواج المدني الصحيح الذي كان محجوباً بالزواج الديني يستعيد قوته ومفاعيله في لبنان^(١).

استطراداً على ما ورد أعلاه اعتبر البعض أنه لا يصح القياس على الحل المعين في متن المادة ١٤ من قانون ٢ نيسان ١٩٥١ القائل بوجوب تطبيق أحكام قانون الطائفة التي تم أمامها الزواج الأول في حال وجود عقدين صحيحين أو أكثر، لأن هذا النص يعالج حالة وجود عقدين أمام مرجعيين لبنانيين من ناحية^(٢)، ولأن الزواج يخضع مبدئياً للقانون الوطني ولو تم أمام مرجع أجنبي ما لم يرد استثناء صريح في القانون من ناحية ثانية.

(١) محكمة التمييز المدنية، قرار رقم ١٣، الصادر بتاريخ ١٩٩١/٠٣/١٤ " حكم طلاق روجي لعقد زواج مدني"، باز، ١٩٩١، صفحة ١٧٣. بنفس المعنى،

- محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، القرار رقم ٢٠٥ تاريخ ٢٠١٨/١٠/١٦، مجلة العدل، ٢٠١٩، العدد ٣، صفحة ١٤٩١.

- تمييز مدني، الغرفة الخامسة، القرار رقم ٣٧، الصادر بتاريخ ٢٠١١/٠٣/٢٩، وأيضاً، تمييز مدني، الغرفة الخامسة، القرار رقم ١٥٩، الصادر بتاريخ ٢٠٠٦/٠٧/٠٤، زواج وزوجية، الموقع الإلكتروني، كساندر، Idrel prime (ادريل برايم).

(٢) راجع مثلاً، محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الرابعة، القرار رقم ٤٤٤، الصادر بتاريخ ٢٠١٨/٠٣/٢١، العدل، ٢٠١٨، العدد ٣، صفحة ١٣٤٨. حيث ورد في متن القرار الأسباب الموجبة لتطبيق أحكام المادة ١٩٥١/١٤. بنفس المعنى،

كما أنّ أسبقية تسجيل الزواج المدني في دوائر الأحوال الشخصية لا يبرّر تطبيق القوانين المدنية وذلك لكونه عنصر عرضي لا يعدو عن كونه معاملة إدارية لها طابع إعلاني محض وليس من شأنه أن يُكسب الحقوق^(١).

علّق البعض الآخر عند تقييمه مسار الاجتهاد التقليدي واعتبر أنّ تغليب الزواج الديني على المدني مبرّر قانوناً ومنطقاً، فالزوجين لا يمكنهما استبعاد الشكل المدني للزواج في الخارج إنّما كان بإمكانهما تجنّب عقد الزواج الديني لذلك فإنّ اصرارهما على عقد زواج ديني لم يكن مفروضاً وعلى الرّغم من ذلك عُقد! ولهذا مدلوله الخاص والمميّز إذ أنّه يعبر أكثر عن إرادة الزوجين لأنّه غير إلزامي وبالتالي محض إرادي. ووجدوا أنّ السير في هذا الحل من شأنه أن يعبر عن طبيعة القانون الطائفي اللبناني في أنّه قانون أمن "loi de police" ينبغي تطبيقه بمجرد وجود ارتباط بالنظام الطائفي اللبناني، متمثّل بإبرام عقد الزواج لدى السلطات الدينية سيان في لبنان أو الخارج.

وأضافوا أنّ القاضي كان باستطاعته أن يعتمد محل الإقامة كعنصر تعيين مباشر للقانون الواجب التطبيق فينظر ما إذا كان موقع العلاقة الزوجية يدخل ضمن الإقليم الأجنبي أو الإقليم الطائفي اللبناني فيطبق القانون اللبناني فيما لو كان الزوجين مقيمين في لبنان، أو القانون المدني الأجنبي فيما لو كانا مقيمين في البلد الأجنبي. واقعياً يصعب اعتماد هذا الحلّ في نظام تتعدّد فيه القوانين الداخلية في مواد الأحوال الشخصية، وعليه لا يشكّل محل الإقامة في هذه العجالة سوى عنصر مهم من عناصر التّعيين قد يدل على انتماء العلاقة الزوجية إلى المحيط القانوني اللبناني^(٢).

(ب) موقف الاجتهاد المعارض الذي ينسّق بين النظام الطائفي اللبناني والنظام المدني الأجنبي.

إنّ الموقف الاجتهادي التقليدي لاقى اتجاه معاكس يعارضه، فلقد قضت محكمة الدرجة الأولى في لبنان الجنوبي في أحد قراراتها بمسألة زواج مدني معقود في أوكرانيا بين لبناني وامرأة من التّابعة الأوكرانية المسجّل أصولاً في لبنان، وعقد قران شرعي آخر غير مسجّل في السجلات الرّسمية رغم انعقاده بين الفريقين في لبنان وبتاريخ سابق لتاريخ زواجهما المدني المعقود في الخارج، حيث طالبت المدعية بفسخ الزواج المدني، وطلب المدعى عليه بالمقابل رد الدّعوى لعدم اختصاص المحكمة المدنية محتجاً بالزواج الديني الأسبق تاريخاً الذي يولى الاختصاص للمحكمة الشرعية السنية بالاستناد إلى أحكام المادة ١٨ من قانون القضاء الشرعي.

- تعليق القاضي منح ميري على قرار محكمة التمييز رقم ٣٧، تاريخ ٢٩/٠٣/٢٠٠١، مجلة العدل، ٢٠٠١، صفحة ٧٤.
- أيضاً، تمييز مدني، هيئة عامة، القرار رقم ٤١، الصادر بتاريخ ٢٢/١٠/١٩٩٨، الموقع الإلكتروني، كساندر، Idrel prime (ادريل برايم) حيث يبيّن في متن القرار، "حدوث اختلاف إيجابي على الاختصاص والقانون الواجب التطبيق بين محكمة شرعية ومحكمة مذهبية عُقد امامهما الزواج، فيكون للهيئة العامة صلاحية الفصل في المراجعة الحاضرة إذ أنّ كلاً من المرجعين الجعفري والماروني قد حفظ اختصاصه للنظر بعقد الزواج الحاصل بين المستدعية والمستدعي ضده".

(١) عادل يمين، التنازع التشريعي والقضائي في مسائل الرّجعات في لبنان، المرجع المذكور، صفحة ١٥٠.

(٢) ماري كلود نجم، تعليق على القرار ٢٠٠٠/٥٦٥، المرجع المذكور، صفحة ٤٥٤.

استندت المحكمة النّاطرة في الدّعى الحاضرة إلى أحكام المادّة ٧٩ أ.م.م والمادّتين ٢٥ و ١٠٩ من القرار ٦٠ ل.ر. وأدلت أنّه: " بما أنّه يقتضي في مجال أعمال النّصوص المعروضة أعلاه، مراعاة القواعد الأساسيّة للقانون الدّولي الخاص، عبر التّوفيق بين التّقيد بالقوانين الإلزاميّة الدّاخلية وبين تأمين استمراريّة وثبات أحوال الأشخاص في العلاقات الدّوليّة، تسهياً لتحقيق أحد الأهداف الرّئيسيّة للقانون الدّولي الخاص وهو تناغم الحلول في العلاقات الدّوليّة *harmonie internationale des solutions* صوتاً لحقوق الافرقاء المشروعة، بحيث يكون على المحكمة في القضيّة الرّاهنة، البحث عن احتمال وجود نقاط التّقاء بين الاختصاص القضائي للمحاكم المدنيّة والاختصاص التّشريعي للقانون المدني، *coincidence de la compétence judiciaire et de la compétence législative* ، ومقاربة ذلك مع اختصاص المحاكم الدّينيّة، لتحديد الجهة القضائيّة المختصّة في ضوء وجود عقدي زواج مدني وديني لغريقي الدّعى.

" وبما أنّه اذا كانت المادّة ١٨ من قانون تنظيم القضاء الشّري السّني والجعفري تاريخ ١٦/٠٧/١٩٦٢، قد جاءت في شقّها الأوّل متوافقة مع مضمون القرار ١٠٩ ل.ر. لجهة اعتبار الدّعى المتعلّقة بأجنبي واحد أو أكثر من صلاحية المحكمة المدنيّة إن كان أحدهم على الأقل تابعا لبلاد تخضع فيها الأحوال الشّخصيّة للقانون المدني، لكنّها في شقّها الأخير كاستثناء من المبدأ المذكور أعطت المحكمة الشّرعية صلاحية النّظر بدّعى الأحوال الشّخصيّة، إن كان أحد الرّوجين لبنانياً ومن مذهبها بالطّبع، والآخر أجنبيّاً ولو كان خاضعاً في أحواله الشّخصيّة للقانون المدني، بشرط أن يكون هذا الأجنبي من مذهبها أيضاً. ما يعزّز ذلك أيضاً ما ورد في المادّة السّادسة من قانون المحاكم الشّرعية ذاته التي تمنع على المحكمة الشّرعية رؤية الدّعاوى غير المتعلّقة باتباع مذهبها من اللّبنانيين، فمن باب أولى أن يخرج عن صلاحيتها أمر النّظر بزواج مختلط بين لبناني من مذهبها وأجنبي من غير مذهبها ويدخل في اختصاص المحكمة المدنيّة أي الغرفة الابتدائيّة المدنيّة وهي صاحبة الاختصاص العام في القضايا المدنيّة وفقاً لصراحة المادّة ٩٠ أ.م.م، ولا سيّما أنّه يتبيّن من بيان القيد العائلي للمدّعي عدم تدوين أي قيد يتعلّق بمذهب أو طائفة المدّعية^(١).

وفي قرار آخر وقع تنازع حول الاختصاص حيث اعتبرت المحكمة الشّرعية السّنية نفسها مختصّة على الرّغم من كون الرّوجان قد عقدا زواجا مدنياً في أкра - غانا بتاريخ سابق للزّواج الشّري معلّلة أنّ إخضاع الزّواج المدني المنعقد في الخارج لقانون محل العقد يفترض عدم لجوء الرّوجين إلى زواج شرعي لاحق. تصدّت محكمة التّمييز لهذه المسألة واعتبرت أنّه إذا كان من شأن الزّواج الدّيني المعقود لاحقاً أن يسدّ الفراغ القانوني المشار إليه ويعيد العمل بالنّظام الطّائفي على أنّه المبدأ والمخرج في الوقت ذاته، إلّا أنّ الأمر ليس مقبولاً في النّزاع المطروح وذلك لسببين:

(١) محكمة الدّرجة الأولى في لبنان الجنوبي، الغرفة الأولى، قرار صادر بتاريخ ٢٣/٠٤/٢٠١٩، مجلّة العدل، ٢٠٢٠، العدد ٤، صفحة ١٧٣٣ و ١٧٣٤.

الأول، أنه وبمقتضى المادة ٧٩ أ.م.م معطوفة على المادتين ٦ و ١٨ من قانون المحاكم الشرعية لا تختص هذه المحاكم للنظر في المنازعات الناشئة عن عقد الزواج الذي تم في بلد أجنبي بين لبنانيين بالشكل المدني إلا إذا كان كلا الزوجين من الطائفة الإسلامية وهذا الأمر غير متحقق في القضية الزاهنة.

الثاني، هو أن تطبيق القانون الطائفي يفترض وجود قانون واحد يسري على العلاقة ككل إذ يستحيل في الوقت نفسه تطبيق قوانين متعددة ومتضاربة على حالة واحدة، كما أنه لا يوجد في القانون ولا في واقع الأشياء أي سند لتفضيل أحد القانونيين الطائفيين الذي جرى الزواج في ظلّهما، فيكون واجباً الرجوع إلى تطبيق القانون الذي رعى شكل الزواج ليحكم العلاقة الزوجية موضوعاً ويولي في الوقت نفسه الإختصاص للقضاء المدني طالما أن الزواج الأول كان مدنياً ولا يحجبه قرار مخالف اتخذته المحكمة الشرعية، لأنّ القرارات المتعلقة بالاختصاص لا تتمتع بقوة الشيء المقضي به عملاً بالمبدأ الكلي القائل *de sa compétence chaque juge est juge* ان كل قاضي يفصل في ولايته. عليه، تكون محكمة الاستئناف بردها طلب منح الحكم الاجنبي الصيغة التنفيذية بحجة أن الاختصاص معقود للقضاء الشرعي قد خالفت القانون (المادة ٧٩ أ.م.م والمادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر) وعرضت قرارها للنقض.^(١)

في نزاع آخر، تزوجت المستأنفة زواجاً مدنياً في البرازيل أعقبته بزواج أمام الكنيسة الكاثوليكية في ريو دي جانيرو، فقام زوجها بتطليقها بعد حين أمام القضاء المدني دون أن يتم تسجيل أي من الزوجين أو الطلاق في لبنان. اتبعت المحكمة في هذا الإطار القاعدة العامة المتبعة في القانون الدولي الخاص التي تفرض تحديد المحكمة المختصة ليصار في ضوء ذلك إلى تحديد القانون الواجب التطبيق باعتبار أنه يقتضي عدم اسناد الإختصاص القضائي إلى الإختصاص التشريعي المتعلق بالقانون الواجب إعماله. استطراداً، اعتبر القرار أنه يجب الرجوع إلى القانون البرازيلي لمعرفة أي من عقدي الزواج الحاصلين في البرازيل هو العقد الصحيح المعبر عن الإرادة الحقيقية للطرفين. وإذ بالمحكمة تعود إلى نصوص القانون البرازيلي بهذا الشأن فيتبين لها أنه يجب تسجيل الزواج الديني وذلك كيما ينتج مفاعيله على الصعيد المدني، فالتسجيل واجب حسب ما جاء في المادة ١٥١٥ من القانون المدني البرازيلي، وبما أنه لم يسجل فلا يكون له أثر قانوني ويكون الزواج المدني وحده منتجاً لمفاعيله القانونية. وبما أن القانون التابع له الزوج لا يقبل بالزواج المدني وبمفاعيله كما هي ناتجة عن الزواج المدني المعقود في البرازيل فيطبق القانون المدني البرازيلي على شكل وأساس الزواج^(٢) (المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر المعدلة).

(١) محكمة التمييز المدنية. بيروت رقم ١، الصادر في ٢٤/١٠/٢٠٠٦. مجلة العدل، العدد، ٣، سنة ٢٠٠٦ صفحة ١٠٧٥ و ١٠٧٧.
(٢) محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الرابعة، القرار رقم ٤٤٤، الصادر في ٢١/٣/٢٠١٨، مجلة العدل، ٢٠١٨، العدد ٣، صفحة ١٣٤٧ وما يليها.

في سياقٍ متّصل اعتبرت محكمة البداية في جبل لبنان أنّ زواج الفريقين الكنسي في لبنان الذي تبع الزّواج المدني المطلوب فسّخه رهنًا وإن كان ابطاله قد تم من قبل المرجع الرّوحي المختص، إلّا أنّه ليس من شأن ذلك أن ينزع من اختصاص هذه المحكمة المدنيّة أمر النّظر في طلب فسخ عقد الزّواج المدني الذي يختلف ويستقل عن عقد الزّواج الكنسي طبيعيّةً ونشأةً ومفاعيل وانقضاء، باعتبار أنّ مؤسّسة الزّواج المدني إنّما ترعاها قواعد مستقلّة تبعًا للحيثيّة الخاصّة التي تطلّوها وهي إذ تقوم على استثناء على قاعدة الزّواج الدّيني المعتمد في لبنان، فإنّ مداها يتجاوز النّطاق الإقليمي إلى الخارج ويتدرّج ضمن ضوابط وقيود في الزّمان والمكان، تستدعي عند الانفصال آليّة خاصّة تبعًا لمبدأ موازاة الصّيغ (parallelism des formes) إذ يعود فقط للمرجع المدني أن يقاربهها، طالما أنّ قانونه هو الذي يرعاها منذ نشأتها ولحين انقضائها، حتى أنّ مفاعيل هذا الانقضاء عندما يتم قضاءً عبر الفسخ أو الإبطال إنّما تظلّ مشمولة بالصّيغة المدنيّة وخاضعة لها لا سيّما في مرحلة التّفنيد حيث لا تتراحم أبدًا بين المراجعة المدنيّة والدّينيّة التي لا تتداخل فيها وينتفي أي أثر لها ولو قام زواج ديني لاحقًا، طالما أنّه بدوره يخضع لحيثيّات خاصّة تستقل بها المراجع الدّينيّة نشأةً وانحلالاً.

وحيث أنّ الوجهة هذه وإن استغرقت ازدواجيّة واقعيّة في حال الشّخص لجهة الزّواج وفاقًا لصيغتين مدنيّة ودّينيّة فإنّها لا تحمل حالين لهذا الشّخص، وإنّما تجعل لهذا الشّخص زواجين بصيغتين مختلفتين يقنضي مقارنة كل منهما على حدة تبعًا للحيثيّة التي تلازمه، بمعنى أنّ قيد كل من الزّواجين يكون منتجًا في دوائر الأحوال الشّخصيّة على خانة الشّخص نفسه وفاقًا للآليّة التي تلازم كل عقد مدنيًا كان أم دينيًّا. عليه لا يستقيم انسحاب أي قرار بخصوص هذا العقد على الصّيغة الأخرى المقيّدة، فينتفي أي قرار آيل إلى بطلان الزّواج الكنسي على قيد الزّواج المدني الذي يستقل بمفاعيله ويستدعي لشطبه صدور قرار بهذا الخصوص عن المرجع المدني، وهذا الارتباط لا يمكن التّحلل منه إلّا بانحلال الصّيغتين كليهما والقول بغير ذلك يجعل انحلال الزّواج ضمن إحدى الصّيغتين ينسحب على الصّيغة الأخرى فتنتفي الحاجة إلى تدوين قيد بهما تبعًا لا بل تصبح النتيجة غير مؤتلفة مع السّبب في مخالفة لروح التّشريع وللمنطق المشاهد⁽¹⁾.

في ظل تعدّد الآراء، ظلّ الاجتهاد التّقليدي راجحًا في نظر الفقه والاجتهاد، على الرّغم من أنّنا نعتبر أنّ كل حالة يجب أن يكون لها حكمها الخاص والمستقل عن غيرها على ما سار به الاجتهاد الحديث الذي نسق بين النّظام الطّائفي اللّبناني والنّظام المدني الأجنبي. ونضيف أنّ اتّباع الحل التّقليدي لا ينطوي على فكرة مقنّنة بصورة صريحة، وإنّما تقرير حل ينسجم وروح التّشريع والنّظام العائلي الطّائفي المتعدّد في لبنان. كما إنّنا نعتبر أنّ تعارف أو استقرار الاجتهاد القضائي على مسألة معيّنة وعدم التّراجع عن الحل المعتمد لها ليست غاية القضاء في حد ذاتها وإنّما وسيلة لتحقيق هدف آخر غير معلن عنه صراحةً وهو ضمان اتّباع ذلك الاجتهاد من قبل الجهات القضائيّة الدّنيا لتثبيت وتفعيل القوانين الطّائفيّة في لبنان لأنّها الأكثر انسجامًا

(1) محكمة الدّرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الثّالثة، القرار رقم ٣١٢، الصادر في ٢٠٠٧/١١/١٥، المرجع الإلكتروني كساندر IDREL PRIME.

مع روح التشريع، لتمسي المحكمة العليا مرآة تنعكس أحكامها على ما ستقره محاكم الدرجتين، الابتدائية - والاستئنافية) في هذا الإطار.

الفقرة الثمانية: المسائل المبنية أساسًا على العرف.

إنّ المسائل المبنية على العرف في مادّة الأحوال الشخصية كثُرت وتعدّدت نذكر على سبيل المثال وليس الحصر، مجال الاستعانة بالعرف في تحديد سن الزواج، والعرف المعتمد لإثبات ركن الرضى في هذه العقود، ومجال اعتماد العرف في إثبات الضرر الموجب بطلب الفرقة، ودور العرف في تحديد الضرر الفاحش الموجب للفرقة، وكيفية إثبات الضرر بشهادة الشهود وتطابق ذلك مع العرف، والتعويض عن الضرر، وتقدير النفقة وما إلى هناك من مسائل أخرى قائمة على العرف ومبنية عليه^(١).

ولا يفوتنا أن ننوه أنّ مجال الاستعانة بالعرف مسألة فيها من الاتقان والدقة ما لا يستطيع أحد أن يعدل فيها، فعلى القاضي أن يجتهد ويعبر كافة الطرق القانونية، ويعمل بجميع ما يملك من قوة بصر و حذاقة بصيرة في هذا الإطار، والسبب في ذلك أنّ هذه المسائل لم تجد لها نصًا واضحًا وشامل يكرسها في القوانين السماوية وإما الوضعية، فترك باب الاجتهاد فيها مفتوحًا فنلاحظ تعدّد وتشعب الآراء الفقهية بشأنها، لذلك كان لزامًا على القاضي أن يعتمد ما هو متعارف عليه لعلّه يصيب القسم الأكبر من الحقيقة وكما يعتبر محققًا للعدالة والحق. وفي هذا المضمار سوف يقتصر بحثنا على مسألتين قائمتين على العرف لأنهما أخذتا منحى اجتماعي وقانوني ذات أبعاد حقوقية ومدنية اوجببت الجهات المختصة والمعنية معاودة دراسة متطلبات المجتمع وأعرافه المعاصرة كما يتم تغيير أحكامها القديمة واستبدالها بأحكام أخرى أكثر توافقًا مع متطلبات العصر وحقوقه، وذلك جائز لأنّ الأحكام المبنية على العرف بطبيعتها تتبدّل في كل زمان ومكان على ما استبق بيانه. عليه سوف نتحدّث في هذه العجالة عن، دور العرف في تحديد سن الزواج (أ) ودور العرف في تقدير النفقة (ب).

(أ) دور العرف في تحديد سن الزواج.

إنّ إشكالية تزويج القاصرات وآثار زواجهنّ السلبية على جسدهنّ ونفسيتهنّ وحياتهنّ هو ما دفع الفقهاء المتقدّمين والمعاصرين إلى نبش الأحكام الدينية التي تناولت مسألة تحديد سن الزواج إن في الإسلام أو المسيحية.

وإذا كانت هذه المسألة تتضارب فيها وجهات النظر لدى مختلف المذاهب والاطياف إلا أنّ تحديد سن الزواج يحمل حقيقة واحدة وإن التفتّ حولها تباينات واختلافات يحتج بها أحيانًا بغير حق وسنعلّل هذه الحقيقة بالآتي:

(١) للمزيد من المعلومات حول هذه المسائل وغيرها، راجع، أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، المرجع المذكور سابقًا، صفحة ٦٤ وما يليها.

بالنسبة للمذاهب الإسلامية فقد اتفق الفقه الإسلامي على أنّ الزواج من حيث مشروعيته جائز ومشروع، كما اتفقوا على جواز تقييد المباح للمصلحة، إنّما تباينوا في حكم تحديد سن معينة للزواج، فالبعض اعتبر أنّ تحديد سن الزواج غير جائز لأنّ في ذلك مخالفة للنصوص الشرعية التي أباحت تزويج الصغار. والبعض الآخر رأى أنّ الشرع لم يمنع تحديد سن معينة آية ذلك، الحكم بعدم تزويج الصغار والقاصرات. ولا يعتبر ذلك إنشاءً لحكم شرعي جديد، يحرم الحلال ويحلّ الحرام، بل هو من قبيل مراعاة تغيير الفتوى بتغيير الحال، وهذا الكلام فيه نظر خاصة أنّ المحاكم الشرعية تفرّق بين إجراء العقد وبين التسليم ولأنّ الظروف تغيرت ومن حق الحاكم تقييد المباح، بناءً على تقديره المصلحة العامة نظرًا لتغيير الواقع، وفساد الزمان وتعسف بعض الآباء، فتحديد سن الزواج مرتبط بالمصلحة العامة ومتعلّق ببدء المفسدة المترتبة على هؤلاء ورعاية لحقوق الأطفال بمنع المتاجرة بالبنات من أجل تحقيق مصالح دنيوية. كما أنّ هذه المسألة لا تعد من الأمور المستحدثة التي خالفت الشرع، بل نحسبها من المتغيرات وذلك لتغيير الفتوى بتغيير الزمان والمكان^(١).

وبالتزامن مع مطالبات المنظمات والهيئات الحقوقية ومناشدتهم إقرار قانون مدني موحد للأحوال الشخصية في لبنان، قرّر المجلس الشرعي الاسلامي بالأكثرية تعديل نظام أحكام الأسرة رقم ٤٦/٢٠١١ ليشمل فصلاً جديداً (الفصل السابع) متعلّق بزواج القاصرين والقاصرات^(٢) بعد أن كان قانون حقوق العائلة العثمانية المعمول به لدى المحاكم الشرعية السنية ينصّ على أنّ الأنثى تُزوَّج بعمر ٩ سنوات والذكر بعمر ١٢ سنة، بإذن ولي الأمر. أمّا الأنثى البالغة ١٧ سنة والشاب البالغ ١٨ سنة، بإمكانهما تقديم طلب زواج بدون موافقة ولي الأمر^(٣).

المُستحدث في هذا التعديل هو توحيد سنّ الزواج ب ١٨ سنة للذكور والإناث على حدّ سواء^(٤)، فلم تعد المحكمة الشرعية تحصر أهلية الزواج بسن البلوغ ٩ لدى الإناث و ١٢ لدى الذكور، بالإضافة إلى ذلك رفع السن الأدنى للزواج وتحديده ب ١٥ سنة فيما لو تحققت الشروط المنصوص عنها في هذا القانون^(٥)، كما يُمنع زواج أي شخص لم يتجاوز هذا السن^(٦).

(١) الذكور وفق حجازي، الأحوال الشخصية بين قديسيّة النصّ ومشروعية الاجتهاد، المرجع المذكور ٥ و٦. أنظر أيضاً، أحمد السيد فوده، الآثار السلبية لتزويج القاصرات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١٤. شرح الباحث في رسالته سائر المذاهب التي تحدّثت عن تحديد سن الزواج في الإسلام وناقش الأدلة التي استند عليها أصحاب الرّأي القائل عن عدم جواز وضع حد أدنى للزواج، مستندين في ذلك إلى زواج النبي محمد من عائشة وهي تبلغ الست سنوات وادخلت عليه وهي بنت تسع، فيجيب على هذا الاعتراض بالقول أنّ زواج النبي من عائشة هي من خصوصيات النبي وليس سنة عملية ينبغي الاهتداء والافتداء بها والواقع يشهد على أنّ الصحابة والتابعين وتابعيهم ومن تبعهم بإحسان إلى يومنا هذا لم يزفوا بناتهم إلى أزواجهنّ عند بلوغهنّ ست سنين...صفحة ٧٨ وما يليها.

(٢) بناء على اقتراح رئيس المحكمة الشرعية السنية العليا القاضي الدكتور الشيخ محمد عساف المؤرخ في ٢٠١٩/٠٦/١٣، وبناءً على قرار اللجنة التشريعية في المجلس الشرعي رقم ١٠ في ٢٠١٩/٠٦/١٧، وبناءً على قرار اللجنة التشريعية في المجلس الشرعي رقم ٢ تاريخ ٢٠٢٠/٠٢/٢٤، تقرّر بالأكثرية الموافقة على تعديل أحكام الأسرة رقم ٤٦/٢٠١١ ليشمل فصلاً جديداً (الفصل السابع) في زواج القاصرين يتضمّن ٨ مواد، منشور في الجريدة الرسمية، العدد ١٦، تاريخ ٢٠٢١/٠٤/٢٢، صفحة ٩٨٦ إلى ٩٨٩.

(٣) قوانين ونصوص الأحوال الشخصية وتنظيم الطوائف الإسلامية في لبنان، راجع قانون عثماني صادر في ٢٠١٧/١٠/٢٥، قانون حقوق العائلة المناكحت والمفارقات، الفصل الثاني، في أهلية النكاح، قبل التعديل، المواد ٤، ٥، ٦، ٧.

(٤) نظام أحكام الأسرة رقم ٤٦/٢٠١١ المعدل، الفصل السابع، المادة ٣٩: "يشترط في أهلية زواج كل من الخاطب والمخطوبة أن يتّما الثامنة عشر من العمر."

(٥) نظام أحكام الأسرة رقم ٤٦/٢٠١١ المعدل، الفصل السابع، المادة ٤١: "إذا راجع القاصر أو القاصرة اللذين أتتا الخامسة عشر من العمر القاضي الشرعي وادعيا أنهما بلغا له ان بإذن لهما بالزواج إن كان حالهما الجسدي والعقلي/النقسي يتحمل ذلك وأذن وليهما."

(٦) نظام أحكام الأسرة رقم ٤٦/٢٠١١ المعدل، الفصل السابع، المادة ٤٠: "يمنع تزويج القاصر أو القاصرة اللذين لم يتّما الخامسة عشر من عمرهما."

أما الفئة العمرية بين ١٥ و ١٨ سنة، يتم عقد الزواج بإذن خاص من القاضي الشرعي، إنما يجب بدايةً أن تعرض الأنثى على أخصائيين إثنين معتمدين لدى المحاكم الشرعية، للتأكد ما إذا كانت مهيئة للزواج نفسياً وجسدياً وليست مُرغمة أو مُجبرة عليه، وفي حال أشارت التقارير الطبية أن القاصر تنفد الأهلية النفسية والجسدية، يتعين على القاضي رفض إعطاء الإذن بتزويجها^(١).

هذا بالإضافة أن القضاة الشرعيون في تطبيقهم القرار يخضعون للرقابة كونه نص قانوني نافذ فيتخذ بحق المخالفين تدابير مسلكية حسبما جاء في القانون المذكور. إذاً المجلس الشرعي الإسلامي كان سباقاً في تطوير الأعراف المرتبطة بتحديد سن الزواج فلا ننكر إيجابيات هذا التعديل ودوره في التخفيف من وطأة الزواج المبكر.

إلا أن البعض وجد أن القانون بصيغته الحالية يحتاج لقانون مدني يسانده يتضمن ضوابط ذات طابع جزائي يجرم القضاة المخالفين، بيد أن قانون الأحوال الشخصية الحالي يحصر رقابته بالإطار الداخلي للطائفة، وهو لا يتضمن عقوبات جزائية من هذا النوع، بالتالي العمل على قانون تنظيم زواج القاصرين، يكون ملزم ونافذ فيعاقب المخالف ويلاحق قضائياً من قبل النيابة العامة المختصة وإما قاضي الأحداث. واقترح آخرون تبني قانون يمنع زواج الأطفال ويحدد سن الزواج الدنيا ب ١٨ عاماً ويجرم كل من شارك أو ساعد على تزويج طفل بعقوبتي الغرامة والحبس (من ستة أشهر إلى سنتين).

ونحن نعول على أي من هذه الاقتراحات، سيما أن آليات الضبط والرقابة والعقاب لم ترد بشكل واضح في نظام المحكمة الشرعية والدليل على ذلك أنه وفي حال حصل مخالفة من هذا القبيل يكتفي القاضي بفسخ طلب الزواج بناءً على طلب المتضرر حسبما جاء في المادة ٤٢ من القانون المعدل، وهذا بالطبع غير كافٍ بحد ذاته لحماية القصر من المخالف الذي اعتبر نفسه صاحب الصلاحية لإجراء عقود زواجهم^(٢).

أما عند المسيحيين فلا يوجد في الكتاب المقدس عبارة أو جملة واحدة تحدد فيها سن الزواج، ما يعني ويدل أن الحكم في تحديده قائم على العرف يمثل العصر الذي ساد في المجتمعات المسيحية القديمة ونحن لا نسعى إلى محاكمة التاريخ بعقلية وقوانين الحاضر إنما ترسيخ حقيقة أن تحديد هذا السن في قوانين الأحوال الشخصية إنما هو إحدى المسائل القائمة على الأعراف والتقاليد السائدة^(٣) ولا شيء يمنع تبديل هذه الاعراف مع تبديل المصالح العامة أو ما نحبذ على تسميته "الأمن الأسري العام".

فالتفاوت في تحديد سن الزواج ملحوظ بين طائفة وأخرى، فنجد مثلاً في قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية وأصول المحاكمات لديها أنه: " يشترط أن يكون الخطيبان عاقلين مميزين حزينين في إجراء الخطبة"^(٤)

(١) نظام أحكام الأسرة رقم ٢٠١١/٤٦ المعدل، الفصل السابع، المادة ٤٢: " يخضع القصر أثناء تقدمهم معاملة الزواج لفحص طبي وعقلي/ نفسي من أخصائيين إثنين معتمدين من المحاكم الشرعية للثبوت من عدم وجود مانع عقلي/ نفسي أو جسدي يمنع من الزواج".

(٢) في سياق متصل، أنظر محكمة التمييز الجزائرية، الغرفة الثالثة، القرار رقم ١، الصادر بتاريخ ٢٠٢١/٠١/١٣، " حالة ارتكاب قاضٍ شرعي لجرم جزائي خارج أم ناشئ أم بمناسبة وظيفته. مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية.

(٣) أنظر مثلاً المادة ٤ فقرة ٢ من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية وأصول المحاكمات لديها التي عبّرت وبصراحة النص عن اعتمادها عادات الطوائف الكاثوليكية أي الأعراف بنصها: " إن نصوص هذا القانون، من حيث هي مستوحاة من شرع الكنيسة الكاثوليكية العام تفسر وفقاً لروح هذا القانون، ومن حيث أنها تردد شرع وعادات الطوائف الكاثوليكية الشرقية، تفسر وفقاً لروح هذا الشرع ولقيمة هذه العادات".

(٤) المادة ٢٨٠ الفقرة (أ) من قانون الأحوال الشخصية للطوائف الكاثوليكية وأصول المحاكمات لديها.

أما طائفة الرّوم الأرثوذكس فيحدّد سن الزّواج ب ١٨ سنة للذكور والأنثى؛ لكن عند الصّراحة، يجوز عقده شرطاً ألا يكون الذكر دون الـ ١٧ من العمر والأنثى دون الـ ١٥، مع مراعاة حال البنية، والصّحة، وموافقة الولي، وبإذن من راعي الأبرشية^(١).

أما بالنسبة لطائفة الأرمن الأرثوذكس فهي ١٨ سنة للذكور، ١٥ سنة للأنثى، إنّما يمكن أن يأذن المرجع الرّوحي زواج الشّاب الذي أتمّ ١٦ من عمر والفتاة التي أتمّت ١٤ من عمرها في حالة غير اعتيادية أو لسبب مهمّ جداً^(٢). وبالنسبة لطائفة السّريان الأرثوذكس فهي ١٨ للذكور، و ١٤ للأنثى وهو الحد الأدنى بحسب المادة ٤ من قانون الأحوال الشخصية للسّريان الأرثوذكس.

تجدر الإضافة إلى أنّ الفتاة لا تحتاج إلى موافقة ولي الامر إذا بلغت سن الرّشد وهذا مطبّق لدى الطوائف المسيحية كافة، فتكون بحاجة إليه فقط إذا كانت تحت سن الرّشد أي ١٨ عاماً حتّى ولو بلغت سن الزّواج كما هي محدّدة لدى كل طائفة مسيحية.

وبعد تقييمنا للنصوص ترى الباحثة ضرورة في تعديل الاستثناءات الواردة في قوانين الأحوال الشخصية لدى الطوائف المسيحية التي أجازت تزويج القاصرات لسبب أو دون سبب وهذا التّعديل ممكن لأن تحديد السن مبني على العادات والأعراف القائمة لدى كل طائفة أصلاً. بالإضافة إلى ذلك إن الزّواج مقدّس عند المسيحيين ومن الصّور المحفوظة على قدسيته وإبعاده عن أي عائق يقف دون استمراره وقد يكون فقدان النّصح النفسي وإما الجسدي لدى القصر أحد هذه المعوقات، فتتفكّك العلاقة بعد حين بالهجر أو الفسخ (لأنّه لا طلاق عند المسيحيين) وإذا ذهب البعض نحو الفسخ فقد يصعب ذلك لما يتطلّب هذا الإجراء من تحقّق شروط ووقت قد لا يخدم صالح طرفي الزّواج. إذاً على رجال الدّين التّنبه دائماً وأبداً لهذه المسألة سيّما في الحالات التي يتعاملون بها مع القصر الذين يكونون بالمبدأ تحت إشراف ورعاية أهاليهم وليس لديهم قدرة تمييز كافية لمعرفة مدى صوابية قرارهم وإن ارتضيا به، كما أنّهم بالمبدأ عاجزين عن تحمّل أعباء الزّواج ومسؤولية تربية الأطفال وما قد ينتج عن ذلك من أضرار نفسية وجسدية للفتاة القاصر المتزوجة.

أخيراً يتّضح أنّ مسألة تحديد سن الزّواج لدى سائر المذاهب والاطياف هي من المسائل العرفية القابلة للتبدّل والتّغيير فيقتضي أن تلتأم على الدّوام مع المصلحة العامّة أو ما فضلنا على تسميته بالأمن الأسري العام ومصلحة القاصرين على حد سواء.

(١) المادة ١١ من قانون الأحوال الشخصية وأصول المحاكمات لدى بطركية انطاكية وسائر المشرق للرّوم الأرثوذكس المقرّر في ١/١٠/٢٠٠٣.

(٢) المادة ١٥ من قانون الأحوال الشخصية للطائفة الأرمنية الأرثوذكسية.

(ب) دور العرف في تقدير النّفقة.

إنّ مفهوم النّفقة عند المسيحيين هي كل ما يحتاج إليه الإنسان ليعيش عيشة لائقة بنسبة حالة أمثاله وتشمل: الطّعام والكسوة والسّكنى للجميع، والتّطبيب للمريض، والخدمة للعاجز، والتّعليم، والتّربية للصّغار. ويراعى في فرض النّفقة وتقديرها حاجة من تفرض له ومكانته ومقدرة من تفرض عليه، وعرف أهل البلد. كما يمكن تعديل كميّة النّفقة بعد الحكم بها، زيادةً أو نقصاناً، بحسب تغيّر الأثمان أو تبدّل حال كل من المفروضة عليه يسراً أو عسراً^(١).

أمّا عند المسلمين^(٢)، فإنّ النّفقة تصير لازمة الأداء بتراضي الزوجين على شيء معيّن، أو بحكم القاضي، والنّفقة المقدّرة بهذه الصّورة يجوز تزييدها وتقليصها بتغيّر الأسعار أو تبدّل أحوال الزوجين عسراً أو يسراً ويتحقّق أنّها أقل أو أكثر من قدر الكفاية. والحكم عينه يسري عند طائفة الموحّدين الدّروز بالاستناد إلى (المادّة ٢٨ من قانون أحوالهم الشّخصيّة الصادر في ١٩٤٨/٠٢/٢٤).

من هنا يمكن القول أنّ قوانين الأحوال الشّخصيّة تلاقت في هذه النّقطة بيد أنّ كلاً منها اعتمد العرف كمصدر تشريعي لتقدير النّفقة ومشمّلاتها من غذاء وكسوة وعلاج وسكن وما يعتبر من الصّوريات في العرف والعادة، وذلك من خلال الاطلاع على أحوال النّاس وأعرافهم من يسر أو عسر من جهة واختلاف الأزمنة والامكنة من جهة ثانية.

ومن الجدير التّنويه أنّ الحكم القضائي الذي يقضي بالنّفقة لا يتمتّع بحجيّة القضيّة المحكوم بها إلّا في حال عدم تبدّل الطّروف التي أدت إلى الحكم بها، بحيث أنّه بمجرد تطوّر الأوضاع وتبدّل الأحوال وحصول مستجدّات بتاريخ لاحق لصدور الحكم يمكن لأي من الفراق طلب تعديل أو حتى إلغاء النّفقة أمام المحكمة التي أصدرتها^(٣).

(١) المادّة ١٣٩ من قانون الأحوال الشّخصيّة للطّوائف الكاثوليكيّة وأصول المحاكمات لديها، الفصل السابع (في النّفقة)، الباب الأوّل (في النّفقات بالعموم).

(٢) نجد عند تحديد مقدار النّفقة من النّاحية الشّرعية أنّ الفقه الإسلامي انقسم إلى رأيين:

الرأي الأوّل: يمثّلون الاحناف الذين يعتبرون أنّ النّفقة ليست مقدّرة بالشرع وأنّه يجب على الزوج أن يقدّم لزوجته ما يكفيها من احتياجاتها حسب المتعارف عليه، وهذا ما يختلف باختلاف الزّمان والمكان، وكذا الأحوال، كما اعتبروا أنّ تحديد نفقة الزّوجة على زوجها يكون بحسب حال الزوج يسراً أو عسراً مهما كانت حالة الزّوجة.

الرأي الثّاني: وهم الشّافعيّة زعموا أنّ النّفقة مقدّرة بالشرع ولم يتركوا تقديرها إلى ما فيه الكفاية وأن اتّفقوا مع الاحناف في اعتبار حال الزوج يسراً أو عسراً، حيث فرّقوا بين الموسر والمعسر وجعلوا لكل منها قدرًا معيّنًا إلاّ أنهم لم يحدّدوا المقدار وتركوا ذلك للاجتهاد.

للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع، أنظر دراسة أعدتها حسبيّة طيائية، العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق، وزارة التّعليم العالي والبحث العلمي، كليّة الحقوق والعلوم السياسيّة، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، صفحة ٥٤.

(٣) محكمة الاستئناف المدنيّة في بيروت، القرار رقم ٥٠١، الصادر في ٢٧/٠٣/٢٠١٩، مجلّة العدل، العدد ٣، صفحة ١١٥٠. أنظر أيضاً:

- محكمة التّمييز المدنيّة، قرار رقم ١٦١ تاريخ ٢٩/٠٧/٢٠٠٥، صادر الإلكتروني، صادر في التّمييز المدني.

- وأيضاً الهيئة العامّة لمحكمة التّمييز، قرار رقم ١٠، تاريخ ٢١/٠٣/٢٠٠٠، صادر الإلكتروني، صادر التّمييز الهيئة العامّة.

بند ثانٍ: مسائل استتكَف القضاء عن تبديل العرف القديم بجديد بالرَّغم من طبيعته المتبدّلة.

بعد أن تتبّعنا مسار الاجتهاد في اعتماده العرف كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية في مجال الأحوال الشخصية، إذ بالقاضي يعتمده عند انتقاء النص كما يحقّق الحق. إلا أننا وجدنا أنّ هناك بعض المسائل استتكَف القضاء فيها عن تبديل العرف القديم بجديد (أي تطوير القاعدة العرفية) رغم طبيعة العرف المتبدّلة والمتغيّرة في كلّ زمان ومكان.

ووجدنا في هذا السّياق الكثير من مسائل الأحوال الشخصية القائمة على الأعراف التي كانت سائدة في المجتمعات القديمة ولم تواكب الأعراف المتطوّرة في المجتمعات المعاصرة أبرزها مسألة رفع سن الحضانة. لذلك، سننظر بدايةً إلى مسألة رفع سن الحضانة (الفقرة الأولى) واقتراحات لتعديل الأعراف الأسرية عموماً، وسُبل تطويرها (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تعديل سن الحضانة.

لقد اعتمدت القوانين الطوائفيّة المعيار العمري في إطار تحديد سن الحضانة على الرّغم من أنّ هذا المعيار ليس دقيقاً، بيد أنّ الترابط بين العمر والحقوق ينبع من النّظرية التّنموية للطفولة، التي تنص على أنّ نضج الطّفل يزداد مع التّقدم في السن. إلا أنّ هذه النّظرية تعرّضت لانقاداتٍ عديدة أبرزها، أنّ السن لا يشكّل معياراً جازماً لتنميط هذا النّمو بشكلٍ دقيق. فاعتماد معيار عمري صارم لتحديد شروط الحضانة يفترض تجانس الفئة العمريّة المعنيّة من حيث الحاجات والصّفات العاطفيّة والجسديّة وهذا طبعاً غير مُثبت. يضاف إلى ذلك أنّ اعتماد هذه المعايير يؤدّي إلى تلقائيّة بحيث هناك خطر أن تصدر أحكام الحضانة من خلال التّطبيق التلقائي للمعيار العمري بدون التّأكد من مراعاتها مصلحة الطّفل.

ولعلّ ما يزيد من هشاشة هذا المعيار في السّياق اللّبناني على الأخص هو اختلاف هذا المعيار العمري بين مختلف الطّوائف^(١). ففي حين أنّ سن الحضانة لدى المذهب الجعفري يتمثّل بعامين للذكور وسبع سنوات للأنثى، وهو المعيار العمري الأدنى في لبنان على مستوى الطّوائف^(٢). فهو عند المذهب السّني يتمثّل ب ١٢

(١) لمى كرامة، تعديل قانون الأحوال الشخصية لطائفة الموحّدين الدّروز: المساواة احتراماً للدّستور، نُشر هذا المقال في العدد ٥٢، ١٥ كانون الأول ٢٠١٧، من مجلة المفكرة القانونية، لبنان.

<https://legal-agenda.com/%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A%D9%84-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%A6%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84/>

(٢) انظر بنفس المعنى، تمييز مدني، هيئة عامّة، القرار رقم ٧٧، تاريخ ١٣/١٠/٢٠١٤، كساندر الكتروني IDREL PRIME، في تحديد سن الحضانة لدى المذهب الجعفري، حيث جاء في متن القرار: "إن ما أدلى به المعارض ضمن فقرة مطالبه لجهة مخالفة القرار المعارض عليه لقاعدة شرعية جوهريّة لم يتم تعديلها، هي اعتماد سن حضانة البنات حتّى السابعة والصّبي حتّى الثانية، يتعلّق بمسألة شرعية ومخالفتها تدخل ضمن مخالفة نص قانوني وارد في قانون تنظيم القضاء الشرعي وبالتالي لا يدخل ضمن صلاحية الهيئة العامة كما هي محدّدة في الفقرة ٤ من المادة ٩٥ أ.م.م.

سنة للذكر والأنثى. مع التّويه أنّ هذا السنّ هو من حقّ الأم فقط، فإذا انتقلت الحضانة إلى أم الأم بسبب وفاة الأم، يكون سنّ الحضانة ٧ سنوات للذكر، و ٩ سنوات للأنثى.

ولقد أشار قانون رقم ١٧٧ الصادر بتاريخ ٢٩/٠٨/٢٠١١ من قانون تنظيم القضاء الشرعي السّني والجعفري^(١) في أسبابه الموجبة، أنّ قانون حقوق العائلة لم يتعرّض لموضوع السنّ الذي تنتهي به حضانة الصّغير والصّغيرة. ولما كان العمل في المحاكم الشرعيّة السّنية في لبنان جارٍ على أنّ انتهاء حضانة النّساء ببلوغ الصّغير سن السّابعة وبلوغ الصّغيرة سن التاسعة وذلك وفق الرّواية الرّاجحة في المذهب الحنفي، ولقد أثبت التّطبيق العملي ضرورة رفع سن حضانة النّساء للصّغار إلى ما يتناسب مع الغاية والهدف من الحضانة وإلى سن يمكن أن يستغني فيه الصّغير والصّغيرة عن خدمة النّساء. وطالما أنّه لا يوجد في هذه المسألة نص قطعي يحتمّ اتّباعه كما أنّ تعديل سن الحضانة لا يترتّب عليه مخالفة نص قطعي ويحقّق في الوقت عينه مصلحة للصّغار التي راعتها الشّريعة الإسلاميّة الغراء^(٢) كما أنّ معظم الدّول العربيّة^(٣) قد قوننت الحضانة وأحكامها، لذلك كان لازماً رفع سن الحضانة لانتهاء النّص المانع.

أمّا إذا انتقلنا إلى قانون الأحوال الشّخصيّة لطائفة الموحّدين الدّروز فنجد أنّ التّعديل الصادر بتاريخ ١٩ أيلول ٢٠١٧^(٤) طال هذه المسألة وأوجب رفع سن الحضانة من ٧ سنوات إلى ١٢ سنة للصّبي ومن ٩ سنوات إلى ١٤ سنة للفتاة.

الأمر يختلف لدى الطّوائف المسيحيّة، فمثلاً سن الحضانة لدى الطّوائف الكاثوليكيّة المعمول به هو سن الرّضاعة، أي سنتان؛ على أن يكون للمحكمة الرّوحيّة السّلطة الاستثنائية في تقرير الحاضر وفقاً لما تقتضيه مصلحة القاصر. في حين أنّ سن الحضانة لدى طائفة الرّوم الأرثوذكس ١٤ سنة للذكر، ١٥ سنة للأنثى، ولدى طائفة الأرمن الأرثوذكس ٧ للذكر و ٩ للأنثى (كذلك الأمر لدى كل من طائفتي السّريان الأرثوذكس والآشوريين) أمّا لدى الطّائفة الإنجيليّة فيتمثّل سن الحضانة ب ١٢ سنة للذكر والأنثى.

(١) أنظر في الأسباب الموجبة، قانون رقم ١٧٧ الصادر بتاريخ ٢٩/٠٨/٢٠١١، تعديل المادة ٢٤٢ من قانون تنظيم القضاء الشرعي السّني والجعفري الصادر بتاريخ ١٦/٠٧/١٩٦٢ وتعديلاته، المنشور في الجريدة الرّسمية عدد ١٤١، تاريخ ٠٣/٠٩/٢٠١١، صفحة ٣٣٨٦ و ٣٣٨٧.

(٢) تمييز مدني، هيئة عامّة، القرار رقم ٣٤ تاريخ ١٨/٠٥/٢٠١٥، كساندر الكتروني، IDREL PRIME، ورد في متن القرار " المحكمة الشرعيّة السّنية العليا ألزمت الوالد (المعترض) بتسليم الولد إلى والدته لحضانهه لأنّ حضانة الام لصغيرها تتواصل حتّى إتمام سن الثّانية عشرة وفقاً لأحكام الفقرة ١٠ من المادة ١٥ من قانون الاسرة، ولأنّ الوالد لم يثبت بالأدلة القاطعة ادعاءه بأنّ خال الولد تحرّش به جنسيّاً. الاعتراض ينصب على التّحرش الجنسي غير المثبت ولأنّ شروط الحضانة للرّجال كما للنّساء هي حسب الفقهاء مقبّدة **بمنفعة الصّغير** وعدم ضياعه عند من هو بيده.

(٣) نذكر على سبيل المثال: جمهورية مصر العربيّة: المادة ٢٠ من القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدّل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشّخصيّة حيث جاء في المادة ٢٠: " ينتهي حق حضانة النّساء ببلوغ الصّغير سن العاشرة وبلوغ الصّغيرة سن اثنتا عشرة سنة، ويجوز للقاضي بعد هذا السنّ إبقاء الصّغير حتّى سن الخامسة عشرة والصّغيرة حتّى تتزوّج في يد الحاضنة دون أجر حضانة إذا تبين أنّ مصلحتها تقتضي ذلك". - كذلك دولة الإمارات العربيّة المتّحدة: المادة ١٥٦ من قانون الأحوال الشّخصيّة ٢٨/٢٠٠٥ التي نصّت على ما يلي: "... تنتهي صلاحية حضانة النّساء ببلوغ الذكر إحدى عشرة سنة والأنثى ثلاث عشرة سنة، ما لم تر المحكمة مد هذا السنّ لمصلحة المحضون وذلك إلى أن يبلغ الذكر أو تتزوّج الأنثى".

" تستمر حضانة النّساء إذا كان المحضون معتوهاً أو مريضاً مرضاً مقعداً، ما لم تقتض مصلحة المحضون خلاف ذلك".

(٤) بتاريخ ١٩ أيلول ٢٠١٧، أقرّ مجلس النّواب القانون رقم ٥٨ الرّامي إلى تعديل ١٦ مادة من قانون الأحوال الشّخصيّة لطائفة الموحّدين الدّروز الصادر في ٢٤ شباط ١٩٤٨. ومن أبرز المواد المعدّلة، المادة ٢٤ المتّصلة بكيفية احتساب قيمة المهر، والمادة ٤٧ المتّصلة بالطلاق من خلال إدخال امكانيّة اللجوء إلى أخصّائي اجتماعي أو نفسي في حالة النزاع بين الزّوجين. كما أضيف نص إلى المادة ٤٣ يسمح بالحكم على الزّوج المحكوم بجرم الرّزني بالعتل والضرر. كما أدى هذا التّعديل إلى تمكين النّساء أن ترث كامل الثّركة إذا لم يكن للمتوفى أولاد ذكور. نشر هذا القانون في الجريدة الرّسمية في ١٩ تشرين الأوّل ٢٠١٧، مع أسبابه الموجبة.

إذا اعتمدت الطوائف في لبنان المعيار العمري ركيزة لتحديد سن الحضانة، بينما اتّجهت أغلبية الدّول نحو التّخلي عنه واعتماد معيار مصلحة الطّفل الفضلى^(١)، وهذا المعيار بارز في اتّفاقيات دولية عديدة أهمّها اتّفاقية حقوق الطّفل^(٢). ونلاحظ أنّ الطّائفة الكاثوليكية استقلّت في مراعاتها هذا المعيار عن الطّوائف الأخرى. ويمكن القول أنّ المذهب الجعفري والدّرتي استند إلى هذا المعيار بصورة استثنائية فيما لو تبيّن أنّ تطبيق المعيار العمري يخالف مصلحة الطّفل أو يضر به.

من ناحية أخرى لا مجال للطّفل أن يمارس حقّه باختيار حاضنه أو ابداء رأيه في هذا الشّأن وهذا أمر مستغرب! سيّما أنّ لبنان وقّع على اتّفاقية حقوق الطّفل من دون إبداء التّحفظات، والأخيرة أعطت بموجب المادّة ١٢ منها وجوب إعطاء الطّفل فرصة كيما يستمع إليه في أي إجراءات قضائية وإدارية تمسّه إمّا مباشرة أو من خلال ممثّل أو هيئة ملائمة، ويعتبر هذا الأمر غير متحقّق في واقعنا العملي إلاّ نادراً بيد أنّ الأخذ برأي الطّفل لا يعتبر ملزماً للقاضي، بل له فقط أن يستأنس به لا غير.

نجزم من هذا المنطلق أنّ علاقة الوالدين الواعية والمدركة لمصلحة الطّفل هي أهم وأدق من المعيار العمري ومن أيّة زيادة أو نقصان يُجمع أو يُطرح في مدّة الحضانة لمصلحة أي من الوالدين. كما أنّ قوانين الأحوال الشّخصية بصيغتها الحاضرة تبيّن بوضوح التّمييز الجندي بين الأطفال الفتيات والفتيان، حيث إنّ فترة حضانة الصّبي تنتهي قبل حضانة الفتاة وذلك من دون مبرر مُقنع وواضح.

كما أنّنا نرى أنّ تقييم مصلحة الطّفل الفضلى ليس من اختصاص المحاكم والقضاة لأنّ إدراكهم لحقوق الطّفل قد يتباين بين محكمة وأخرى، وقاض وآخر.

لذلك اعتبر البعض ونحن من المؤيدين أنّ الأمر يحتاج إلى نوع من "المأسسة" أي إيجاد آلية مؤسسية تقيم كل حالة على حدة وتوضع النتيجة التي تتوصّل إليها بين يدي القاضي ليحكم على أساسها، لأنّ التّقييم الذي يجريه أهل الاختصاص يُسهم في تنقيح موضوع حكم القاضي، ويساعد على ترشيده، فيكون قائماً على معطيات

(١) تمييز مدني، الغرفة الخامسة، قرار رقم ١٦٦، الصادر بتاريخ ١٩/١٢/٢٠٠٠، كساندر الالكتروني. إنه لمن المعلوم أنّ أغلبية الدّول التي اعتمدت معيار مصلحة الطّفل الفضلى لتحديد الشخص الأول بالحضانة، هي الدّول التي تُخضع أحوال الأفراد الشّخصية للقوانين المدنية، ونلاحظ أنّ الرّيجات المدنية المجراة في الخارج فيما بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي تخضع الرّواج ومفاعيله ومن بينها الحضانة إلى القانون المدني الذي يراعي عادة هذه المصلحة.

دليل ذلك ما ورد في متن القرار المذكور: "استناداً إلى المادة ٧٩ أ.م. التي أولت المحاكم اللبنانية المدنية اختصاصاً شاملاً ذات طابع ذاتي للنظر بجميع النزاعات الناشئة عن زواج مدني تم في بلد أجنبي بين لبنانيين أو لبناني وأجنبي ونتائجه وذلك بصرف النظر عن المكان الذي يقيم فيه الزوجان أو أحدهما عند رفع الدعوى. وحيث أنّه في تحديد هوية الحاضن ينظر إلى مصلحة الولد الفضلى وقد أكدت المحكمة أنّه في حال الدّعوى الحاضرة وبالنظر إلى الظروف البيئية المعينة التي عاشتها كل من القاصرتين في كنف أحد الوالدين وما نتج عن ذلك من اعتبار كان من الأفضل إبقاء كل منهما حيث تقيم، فتكون قد استعملت حقّها في التّفكير وفي الوقت ذاته ارسدت قرارها على ما يبزره قانوناً وواقعاً فيرد ما ورد تحت هذا السّبب من أقوال مختلفة صادرة عن الفريقين.

(٢) أنظر مثلاً المادة ٣ من اتّفاقية حقوق الطّفل التي نصّت على أنّه:

1. في جميع الإجراءات التي تتعلّق بالأطفال، سواء قامت بها مؤسسات الرّعاية الاجتماعية العامّة، أو الخاصّة، أو المحاكم، أو السلطات الإدارية، أو الهيئات التشريعية، يولي الاعتبار الأوّل لمصالح الطّفل الفضلى.
2. تتعهد الدّول الأطراف بأن تضمن للطّفل الحماية والرّعاية اللازمتين لرفاهه، مراعيةً حقوق وواجبات والديه أو أوصيائه أو غيرهم من الأفراد المسؤولين قانوناً عنه، وتتخذ تحقيقاً لهذا الغرض، جميع التدابير التشريعية والإدارية الملائمة.
3. تكفل الدّول الأطراف أن تنفّذ المؤسسات والإدارات والمرافق المسؤولة عن رعاية أو حماية الأطفال بالمعايير التي وضعتها السلطات المختصة، ولا سيّما في مجالي السلامة والصّحة وفي عدد موظفيها وصلاحياتهم للعمل، وكذلك من ناحية كفاءة الإشراف.

علمية وموضوعية وصحيحة، يتمحور بشكلٍ أساس حول مصلحة الطفل ورعايته وسلامته، تربويًا ونفسيًا واجتماعيًا^(١) فيقرر تعيين الحاضن على من يتبين أنه الأقدر على توفير تلك المصلحة.

وفي هذا السياق، نعتقد أنّ التعديل الذي سيواكب مصلحة الطفل الفضلى كمياريّ أساسيين لتحديد الجهة الحاضنة ينسجم مع الأحكام والبند الدستوريّ سيّما تلك المتعلقة بمبدأ المساواة بين الرّجل والمرأة. كما يتلاءم هذا المنحى مع المادّة ٩ من الدستور التي بموجبها كفلت الدولة احترام كافة الأديان وحرية إقامة الشعائر الدينيّة على ألا يكون في ذلك إخلالاً في النّظام العام، ما يعني أنّ الدولة تحتفظ بحق التّدخل حين تمس الطّوائف (أو المحاكم التّابعة لها) النّظام العام. تجدر الإضافة إلى أنّ العودة إلى الدستور في سياق قانون طائفي هو ذات أهمية بالغة، كونه يدعو الطّوائف إلى الالتزام بسيادة الدّولة، بيد أنّ الإحالة إلى نص الدستور ضمن قانون طائفي يشكّل اعترافاً واضحاً وصريحاً بخضوع الطّوائف لأحكام الدستور.

ولعلّ اجتهاد قضاة الاحداث والهيئة العامّة لمحكمة التّمييز في قضايا حماية الطفل هو أفضل تطبيق لهذه المادّة.

حيث قضت الهيئة العامّة لمحكمة التّمييز في أحد قراراتها بالاستناد إلى قانون حماية الاحداث رقم ٤٢٢ تاريخ ٢٠٠٢/٠٦/٠٦، " بأنّه يحق لقاضي الاحداث تسليم القاصر لوالدته أو لوالده أو حتّى لمؤسّسة اجتماعيّة، ولا يعتبر مثل هذا التّدبير تعدياً على صلاحية المحكمة الشرعيّة المتعلقة بالحضانة لأنّ التّدبير الذي يتّخذه قاضي الاحداث هو تدبير لحماية الحدث ولا يعتبر تعدياً على صلاحيّات المحكمة الشرعيّة المتعلقة بالحضانة لأنّه يقتصر على تدابير الحماية ولا يتعدّها إلى الصّلاحيّات الشرعيّة للولي. فاذا كانت الحضانة للأب بموجب قرار شرعي يبقى الأب مسؤولاً من النّاحية الشرعيّة عن القاصر خاصّة بالنسبة للأمور القانونيّة المتعلقة بمصالح القاصر، والتّدبير المتّخذ من قاضي الاحداث يقتصر على حماية القاصر من بيئة معيّنة قد تسبّب له في حال استمراره في هذه البيئة خطراً في المستقبل. وحيث يستفاد من كل ما تقدّم أنّه لا يوجد اختلاف على الاختصاص بين القضاء الشرعي والجزائي وتكون شروط تعيين المرجع غير متوقّرة^(٢).

(١) محمد شقير، الحضانة لدى الطائفة الشيعيّة وآليتها المؤسسية، مقال منشور في جريدة الأخبار، تاريخ ٢٠٢١/٠٤/٢٤.

<https://al-akhbar.com/Opinion/305026>

(٢) الهيئة العامّة لمحكمة التّمييز، قرار ٤١٤ الصادر بتاريخ ٢٠٠٧/٠٤/٢٣. المستشار الذهبي، المصنّف في القضايا المدنيّة الالكتروني ٢٠٠٧. بنفس المعنى أنظر:

- القاضي المنفرد الجزائي في بيروت، قرار صادر بتاريخ ٢٠٠٨/٠٧/٣١. المستشار الذهبي، المصنّف المدني الالكتروني، ٢٠٠٨. حيث ورد في متن القرار: " إنّ مسألة الحضانة تدخل ضمن حيز اختصاص المحاكم الدينيّة في لبنان (شرعيّة، مذهبيّة، روجيه) إلا أنّ مسألة حماية القاصر المعرّض للخطر تبقى من اختصاص المحكمة الشرعيّة. المادة ٣٠ من القانون رقم ٢٠٠٢/٤٢٢ بالقاضي المنفرد الجزائي الناظر بقضايا الاحداث وليس في الامر ثمة تضارب في الاختصاص لاختلاف موضوع الحماية في حالة الخطر عن موضوع الحضانة، لا سيّما أنّ قاضي الاحداث وفي معرض تحقيقه لتأمين مصالح الحدث الفضلى وتخصّصه في اتّخاذ تدابير الحماية ومتابعتها مع حقّه باستبدالها أو بتعليقها بشروط أو بإنهائها أو بإعادة النّظر بها في أي وقت تملّيه الضّرورة بما تملّيه ضرورة الاستمرار في تأمين غاية بتحقيق مصلحة الطفل الفضلى (المادتين ١٩ و ٤٦ من القانون رقم ٢٠٠٢/٤٢٢). "

- تمييز جزائي، غرفة سادسة، القرار رقم ٣٩٥ تاريخ ٢٠١٥/١٠/٢٧، الموقع الالكتروني، كساندر، IDREL PRIME (ادريل برايم). ورد في القرار المذكور الآتي: " بما أنّ المدعى عليها غادرت لبنان مع ابنها القاصر في الفترة التي كانت لا تزال فيها تتمتع قانوناً بالحضانة على ابنها المذكور بحيث لا يمكن وصف ما فعلته بأنّه خطف للولد بنيتة نزاعه من سلطة صاحب الولاية عليه فلا تكون عناصر المادّة ٤٩٥ عقوبات متوافرة. إنّ امتناع الوالدة المدعى عليها عن الإدعان لحكم المحكمة الشرعيّة والتّمصّل من تسليم الولد الى والده المدعى الذي انتقلت اليه الحضانة شرعاً هو فعل يقع تحت طائلة المادّة ٤٩٦ عقوبات.

إذا اعتبرت المحكمة أنّ شروط تطبيق نص المادة ٩٥ فقرة ٣ المتعلقة بتعيين المرجع عند حدوث اختلاف إيجابي أو سلبي على الاختصاص بين محكمة عدلية، ومحكمة شرعية أو مذهبية مردود ويرد معه إدلاءات المستدعي لهذه الناحية.

الفقرة الثمانية: إقتراحات لتعديل الأعراف الاسرية عموماً وسُبل تطويرها.

إنّ المعضلات التي أشرنا إليها في بحثنا تكشف القليل من الكثير في كيفية اعتماد القاعدة العرفية كمصدر إحتياطي لسد ثغرات التشريع، وأفق الاجتهاد بها في مسائل الأحوال الشخصية.

ونحيط علماً بأنّ هناك العديد من المسائل التي لم نستقص في بحثنا واكتفينا بالإشارة إليها فقط، منها ما تعلق بالعرف المعتمد لإثبات ركن الرضى في عقود الزواج، ومجال اعتماد العرف في إثبات الضرر الموجب بطلب الفرقة، ودور العرف في تحديد الضرر الفاحش الموجب للفرقة، وكيفية إثبات الضرر بشهادة الشهود وتطابق ذلك مع العرف، والتعويض عن الضرر، وأثر العرف على المهر، والنسب وغيرها من المسائل.

بناءً على كل ما تقدّم، نقترح تعديل الأعراف الاسرية وتطويرها وذلك من خلال:

- دعوة القضاء الشرعي والروحي إلى مراجعة هذه الأحكام المرتبطة بالأحوال الشخصية والمبثوثة في الكتب الفقهية وغيرها، والنظر في مواكبتها لما استجد من أعراف، لتلائم الظرف والزمان المعاصرين.

- عقد مؤتمرات حوارية، علمية وتوعوية، يديرها أهل الاختصاص في القضايا الشرعية والروحية، خصوصاً فيما يتعلق بأحكام الأسرة.

- القيام بدراسات مستفيضة عن أعراف كل بلد فيما يتعلق بالحياة الزوجية وتأثير هذه الأعراف على الحقوق الزوجية.

- ندعو الجهات المعنية بالقضاء الشرعي ودوائر الإفتاء كما والروحي إلى تدوين الأعراف القائمة، للزوم الحاجة إليها في الأحكام، كما هو الحال في تقدير النفقة على ما استبق وبيّنا.

أخيراً تبين لنا أنّ إبراز دور العرف ليس فقط كمصدر إحتياطي للتشريع، وإنما دوره في استحداث القواعد القانونية (أي تعديل قواعد قانونية قديمة جديدة بالاستناد إلى متطلبات المجتمع في كل زمان ومكان) في نطاق الأحوال الشخصية ذات أهمية فائقة، إذ ينبغي على المشترع والقاضي والفقهاء أن يتأثروا بعلم أو بغير علم بأعراف المجتمع حين يقومون بتقرير القواعد القانونية أو تطبيقها. فإذا كان هناك أمر يتطلب إصلاحاً يُعمل على إصلاحه، وإن كان لا بدّ من تطوير عرف معين يُعمل على تطويره، وإن لم يكن هناك ما يحتاج إلى التغيير أو الإصلاح أو التطوير، فمن الأهمية عندها أن يعمل على بيان الأسباب الموجبة والأساس القانوني للأعراف المرتبطة بالحالات الشخصية بشكلٍ كافٍ ووافٍ لإزالة أي التباس إن وُجد.

خلاصة:

- تابعنا البحث في قسمنا الثاني فرعه الأول كيفية سدّ القصور المدني بالقاعدة العرفية (بالاستناد إلى أحكام المادة ٤ أ.م.م) وأفق الاسترشاد به في مسائل الأحوال الشخصية.
- أولاً تكلمنا عن أهمية العرف كمصدر احتياطي للقاعدة القانونية وميزناه عن العادة والإجماع والمتعارف في العمل كما ساقها لنا الفقهاء إن في القانون الوضعي أم الشرعي. أوضحنا كذلك أنّ العرف كما يكون مصدرًا من مصادر القانون لا بد أن تتوافر فيه عدّة شروط وهي أن يكون عامًا، قديمًا، ثابتًا، ملزمًا، وألا يكون مخالفًا للقانون أو للآداب العامة والنظام العام. ويمكن إعادة هذه الشروط إلى ركنين أساسيين، ركن مادي يتّسم بصفات العموم والقدم والثبات، وركن معنوي يتمثّل بالشعور المتأصل بإلزامية القاعدة العرفية.
- أيضًا وأيضًا تطرّقنا إلى منزلة العرف في القانون اللبناني، فالعرف كما رأينا يلعب دور كبير ومهم في مجال القانون الخاص. لهذا السبب استخرجنا الأحكام المبنية على العرف في قوانين الأحوال الشخصية المتعدّدة في لبنان، يرجى العودة إلى دقائقها المشروحة بالتفصيل في هذا الفرع.
- في سياقٍ متّصل كان واجبًا علينا البحث في أفق الاجتهاد وفق العرف في مسائل الأحوال الشخصية من خلال دراسة المسائل ذات الإشكاليات المعاصرة التي تحتاج لإعادة النظر في توصيفها وحكمها بسبب تغيّر الأعراف والمصالح التي تستند إليها. ووجدنا أنّه من الجدير تمييز المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها عن تلك المبنية أساسًا على العرف.
- إحدى المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها (أي استقر عليها في أحكامه) عندما يرتبط الشخص بزواج مزدوج (ديني/ مدني)، حيث تقرّر المحكمة حينها تطبيق القوانين الدينية لأنّ في ذلك انسجامًا وروح التشريع والنظام العائلي المعتمد في لبنان، حيث بات هذا الحل مستمرًا وشبه ثابت على الرّغم من أنّه غير مقترن بقاعدة تشريعية صريحة وجازمة تأتي على استبعاد القوانين المدنية أو تفضل القوانين الدينية على المدنية.
- أمّا المسائل المبنية أساسًا على العرف فكانت شغلنا الشاغل، سيّما مسألة تحديد سن الزواج كونها من المسائل العرفية القابلة للتبدّل والتّغير ويقتضي أن تلتأم دائمًا مع المصلحة العامة أو ما فضلنا على تسميته بالأمن الأسري العام ومصلحة القاصرين على حدّ سواء.

من المسائل المبنية على العرف كذلك أسس تقدير النفقة. إذ أنّ الحكم القضائي الذي يقضي بالنفقة لا يتمتع بحجية القضية المحكوم بها إلا في حال عدم تبديل الظروف التي أدت إلى الحكم بها، وفي حال تطوّرت الأوضاع وتبدّلت الأحوال يمكن لأي من الفرقاء طلب تعديل أو حتى إلغاء النفقة أمام المحكمة التي أصدرتها.

■ أخيراً تطرّقنا إلى المسائل التي استتف القضاء فيها عن تبديل العرف القديم بجديد بالرغم من طبيعته المتبدّلة سيّما في مسألة تعديل سن الحضانة. وقدّمنا في هذا السياق اقتراحات لتعديل الأعراف الأسرية عموماً وسُبل تطويرها.

الفرع الثاني: سدّ القصور المدني بتطبيق مبادئ الانصاف.

الإنصاف "equity" هو تعبير عن مفهوم العدالة الطبيعيّة في تقدير ما هو مستحق لكل شخص، وقد اعتبره البعض نزعة لإعطاء كل شخص حصّة متساوية. هدفه بوجه عام جعل ما هو قانوني صلب أكثر إنسانيّة، وذلك بإكمال أو تلطيف ما يعتري التّطبيق الدّقيق لقواعد القانون من نقص أو صراحة فيخفّف من قساوة الأحكام القانونيّة العامّة والمجرّدة أو يعالج صمتها^(١). أمّا العدالة فهي إعطاء كل ذي حق حقه حسبما عرفها البعض^(٢). ولقد أوجب القانون صراحةً على القاضي أن يعتمد مبادئ العدالة والانصاف في الحالة التي ينتفي بها نص يحكم المسألة المعروضة أمامه (الفقرة الرابعة من المادّة الرابعة من قانون أ.م.م). ولا ريب أنّ اعتماد القاضي هذه المبادئ يشكّل بدوره ضرباً من ضروب تدخّل القانون الطبيعي في مجال القانون الوضعي، من خلال تصحيح أحكام القانون أو سدّ النقص فيها، وعلى هذا الأساس يكون دوره احتياطياً أو استثنائياً^(٣).

وإذا أمعنا النظر إلى مفهومي العدالة والانصاف يتبدّى لنا بأنّها مفاهيم أخلاقيّة غير قابلة لتحديد مجرد لأنّها تتبع من شعور الإنسان بوجوب مراعاة الأوضاع الإنسانيّة التي تملي المساواة، كما تملي وجوب الإحساس بالعدل وبأن هنالك تقيماً أخلاقياً ومعنوياً لأفعالهم يقابله مراعاة ظروفهم الشخصيّة في كل ما يطالبون به أو يلزمون به. ولقد عبّر البعض بأنّ هذه المبادئ مرتبطة بشعور الإنسان وطريقة تعامله مع النّاس القائمة على احترام حقوق الغير، إلّا أنّه لا يُطلب من الإنسان أكثر ممّا يحتمل ولا أكثر ممّا هو قادر عليه، فلا تُكلّف نفس إلّا وسعها، إذ أنّ مبادئ المساواة واحترام الغير تأبى أن تُستنزف طاقة شخص في سبيل تحقيق المنفعة القصوى للغير، كما تأبى أن يُبخس حق الإنسان بدون حق^(٤).

ولما كان المشتري في معظم الدّول العربيّة أوجب على القاضي اعتماد قواعد العدالة مع اختلاف في التّراتبيّة بينها وبين باقي المصادر الاحتياطية بحسب تشريع كل بلد في هذا المضمار، أشار المشتري اللبناني في قانون أصول المحاكمات المدنيّة إلى تطبيق الانصاف بدلاً من العدالة في الحالة التي يجد بها القاضي قصوراً تشريعياً في القوانين الوضعيّة ينبغي سدّه كيما يحقّق الحق.

(١) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النّص والاجتهاد والفقه، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٢١.
(٢) للمزيد من المعلومات حول مفهوم العدالة، أنظر، د. فؤاد زكريا، ترجمة ودارسة، أفلاطون، محاوره الجمهوريّة، الهيئة المصريّة، ١٩٨٥، فقرة ٣٣٥، صفحة ١٨٥. وأيضاً، محمد منوح عبد المجيد، العدالة من المفهوم إلى الإجراء، دراسة في المنجز الفلسفي من السّفسطائيين حتّى شيشرون، ابن النّديم للنّشر والتّوزيع - دار الزّوافد الثقافيّة - ناشرون، صفحة ١٢٦ إلى ١٢٩. أظهر المؤلف موقف الفلاسفة سيما موقف أرسطو حيال مفهوم العدالة، إذ قسّم أرسطو العدالة إلى ثلاثة أنواع لنلا يدع منفذاً واحداً أمام عدم تحقيق العدالة وهي على التّوزيع الآتي:
- **العدالة التّوزيعيّة**: يُقصد بها تلك العدالة الخاصّة بتوزيع الثّروات والمزايا الأخرى المتاحة معنويّة كانت أو ماديّة، على أفراد المجتمع. هدفها أن ينال كل مواطن نصيباً مساوياً لمزاياه، فإذا كان النّاس غير متساوين في المزايا، فإنّ العدالة تقتضي ألا يكون أنصبتهم متساوية. (صفحة ١٢٦ و١٢٧).
- **العدالة التّعويضيّة (أو التّبادليّة)**: يقوم هذا النوع على أساس مبدأ المساواة، فالأشياء والأفعال تقاس بقيمتها الذاتيّة، بأن يحصل كل طرف يدخل في علاقة ما مع غيره على وضع متساو مع الطّرف الآخر، بحيث لا يحصل أي منهما على أكثر أو أقل من الآخر مثلاً (العلاقات الاختيارية، كالبيع والوديعة والإجارة) و (العلاقات غير الاختيارية، كالتّي تولّد من الجريمة) ففي الحالة الأخيرة لا بد كذلك من التّناسب بين الجريمة والعقاب، فالعدالة التّبادليّة هنا تقتضي أن يقوم الشّخص الذي تسبّب في الخسارة أو استفاد منها أن يرد ما يعادل هذه الخسارة للطّرف الآخر بحيث يصبح كل من الشّخصين بعد حدوث هذا التّصرف في المركز نفسه الذي كنا عليه من قبل. (صفحة ١٢٨).
- **العدالة التّصحيحيّة**: مشروطة بالتّوزيع المتساوي بين الأفراد المتساوين وذلك باقتطاع الجزء الزّائد لدى الظّالم وإعطائه للمظلوم وذلك في نطاق العدالة الجزائيّة أو التّصحيحيّة. (صفحة ١٢٩).

(٣) الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النّص والاجتهاد والفقه، المرجع نفسه، صفحة ٢١.

(٤) مصطفى العوجي، القاعدة القانونيّة في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ثانية مستحدثة، ٢٠١٠، صفحة ١٣٠.

لهذا السبب سوف نعالج في موضوعنا الحاضر كيفية سدّ القصور التشريعي بالاستناد إلى هذه المبادئ، من خلال البحث في آفاق الاسترشاد بالإنصاف في مسائل الأحوال الشخصية (الفصل الأول) وآفاق الاجتهاد وفق مبادئ الانصاف في مسائل الأحوال الشخصية (الفصل الثاني).

الفصل الأوّل: آفاق الاسترشاد بالإنصاف في مسائل الأحوال الشخصية.

تلعب مبادئ الانصاف وقواعد العدالة الطبيعيّة دوراً هاماً في قوانين الأحوال الشخصية لا سيّما عندما يشير النص صراحةً الى اعتمادها عند انتفاء النص الصريح الذي يحكم مسألة مرتبطة بأحوال الناس الشخصية. وكما نكون على بينة حول كفيّة تطبيق هذه المبادئ يقتضي بدايةً التّطرق الى مسألتين هامّتين وهما أهميّة الانصاف كمصدر من مصادر القانون (بند أوّل) وتمييزه عن باقي المصادر (بند ثان).

بند أوّل: أهميّة الإنصاف كمصدر من مصادر القانون.

تعتبر مبادئ العدالة والانصاف من المصادر القانونيّة التي يأخذ بها القاضي عندما يعوزه النص، ولا يجده في القانون الوضعي، ولا في القواعد العامّة أو العرف. ولهذا يجب على القاضي أن يسترشد بها لأنّها الأساس التي يرجع إليها القانون^(١).

والمشترع اللبّاني، وإن فرض في قانون أصول المحاكمات المدنيّة على القاضي اعتماد الانصاف في المرحلة التي يعجز فيها عن إيجاد النص القانوني أو المبدأ العام أو العرف إلاّ أنّه أبى أن يعطي لهذا الانصاف تحديداً موضوعياً يُخرجه من الإطار الذاتي الذي تتطبع به قواعد الأخلاق وإن كان قد اعتبره من المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونيّة، فمفهومه يبقى مرتبطاً بالقضيّة التي يُطرح من أجلها^(٢) فهذه المبادئ تبعاً لطبيعتها ليس من شأنها أن تنشئ قواعد قانونيّة، بل تعمل على تلطيفها فقط، وهي تكمن وراء بعض القواعد القانونيّة المكرّسة تشريعاً أو عرفاً أو اجتهاداً، فلا تتّصف نفسها بمواصفات تلك القواعد لافتقارها إلى عناصر التجريد والعموميّة والثبات والإلزام أحياناً^(٣). كما أنّ القرار القضائي الذي يصدر تطبيقاً لفكرة الانصاف قد يغلب عليه أن يكون موجّهاً بخصوصيّة القضيّة المطروحة أمامه.

من هنا وجد البعض أنّ هناك خطورة تحكّم وتحيّز القاضي في بعض الأحوال والقضايا لأنّ الإنصاف لا يعتمد معياراً محدّداً ودقيقاً وهذه الخطورة تتضاعف أبعادها عندما نعلم بأنّ الإنصاف لا يخضع لرقابة محكمة التمييز. فهو ليس سبباً من الأسباب التمييزيّة التي عدّتها المادّة ٧٠٨ أ.م.م إذ أنّ سلطة محاكم الأساس في التّقدير هي واسعة لهذه الجهة وتتّصل بالوقائع التي تستخلص منها تلك المحاكم فكرة الإنصاف^(٤).

رغم كل هذا، فإنّ الحكم بالاستناد إلى مبادئ العدالة والإنصاف يبقى أمراً مألوفاً في التشريع وفي القرارات القضائيّة، إذ تلجأ المحاكم لها وتحكم بموجبها في قضايا معيّنة بغية تبرير قضائها، امتناعاً منها من أن يغلب

(١) خليل جريج، النظرية العامة للموجبات، في مصادر الموجبات المتصلة بالإرادة، الجزء الثاني، ١٩٥٨، صفحة ٣٢٤ و٣٢٥.

(٢) سامي منصور، المبادئ القانونيّة العامّة بمفهوم المادّة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبّاني، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ١٧٥.

(٣) مصطفى العوجي، المرجع ذاته، صفحة ١٣٢.

(٤) سامي منصور، المرجع نفسه، صفحة ١٧٧.

شخص على أمره بسبب نص غامض أو مبهم أو ينتقص من حق شخص لأي سبب من الأسباب فينتفي عنه الظلم والغبن وعدم المساواة في المعاملة وعدم التكافؤ في الالتزامات والموجبات^(١). لذلك نجد أن مبادئ الإنصاف هي مبادئ مكتملة للقانون (الفقرة الأولى) ومؤسنة للقانون (الفقرة الثانية) في آن معاً.

الفقرة الأولى: الإنصاف مُكَمَّل للقانون.

إنَّ الإنصاف بصفته مصدر إحتياطي للقاعدة القانونية وإن لم يتم تحديده بصورة جازمة وموضوعية لأنه يبقى محصوراً ضمن الإطار الذاتي الذي تتطبع به قواعد الأخلاق على ما استبق وبتينا. إلا أنه لا يغيب عن فطنة ناظر أن التشريع قد يعتريه النقص سيما في مسائل تدخل فئة الأحوال الشخصية وفي هذه الحالة لا بد من استشارة تجارب الإنصاف لأنه مصدر مكمل للقانون. فعندما نكون إزاء معضلة قانونية أو فراغ تشريعي يأتي الإنصاف ليكمل الوضعيات التي لا يبيت فيها أي نص قانوني. نقول ذلك لأن صراحة منطوق الفقرة الرابعة من المادة الرابعة أم.م. وبما أنها جاءت عامة تحكم مختلف فروع القانون، أوجبت اعتماد الإنصاف فيما لو لم يستتبط القاضي مبدأً عاماً أو عرفاً يحل به النزاع المعروض أمامه، وهذا أمر جائز أمام محدودية القوانين الوضعية، وتنوع الحالات، وتشعب الوضعيات.

وإذا عدنا إلى الحقائق الأساسية المكونة للقاعدة القانونية نجد أنها تتركز إما على حقائق عملية أي الحقائق العلمية التي تخضع للتجربة وبها يتم تقرير الواقع من الحياة الاجتماعية تقريراً علمياً في ضوء المشاهدة والتجربة، أو حقائق عقلية تفكيرية يتم من خلالها تقويم الواقع تقويماً بالقياس على مثل أعلى هي مبادئ العدالة والإنصاف، وكلاهما لازم لتكوين القانون^(٢).

فالقواعد القانونية في قوانين الأحوال الشخصية وغيرها من القواعد ليست سوى تكليفاً بواجب، ولا يمكن تعيين الواجب إلا عن طريق تقويم الواقع أي أنها تفترض واقعاً يراد تعيين ما يجب منه وما لا يجب. هذا فيما خص القانون، أما الحق فهو يستند وجوده إلى القانون، لأن كل الحقوق مردها إلى القانون، فهو الذي ينظمها ويحميها. وهي لا تقوم إلا استناداً إليه. ولكن إذا كان القانون هو مصدر كل الحقوق فهو لا يعدو كونه المصدر البعيد غير المباشر للحقوق، فيما المصدر المباشر لها هو الواقع^(٣).

(١) مصطفى العوجي، المرجع نفسه، صفحة ١٢٩ و ١٣٠ و ١٣٢.

(٢) عبده جميل غصوب، دور الواقع في القانون والحق، دراسة نشرت في العدل، ٢٠١٨، العدد ٢، صفحة ٥٥٩.

(٣) عبده جميل غصوب، دور الواقع في القانون والحق، نفس المرجع، صفحة ٥٥٩ و ٥٦٠. ورد عن الدكتور غصوب أنه:

"يمكن رد المصادر المباشرة للحق إلى مصدرين أساسيين هما الواقعة القانونية والتصرف القانوني، على أن تنصرف الواقعة القانونية إلى كل حدث من فعل الطبيعة أو من أفعال الإنسان المادية. وأن ينصرف التصرف القانوني إلى اتجاه إرادة الإنسان إلى ترتيب آثار قانونية". صفحة ٥٧٢.

"في جميع هذه الحالات تعتبر الواقعة التي ترتب عليها الأثر، سواء أكانت واقعة طبيعية أم من فعل الإنسان، أم اتجاه إرادته إلى إحداث آثار معينة، واقعة قانونية بالمعنى العام لهذه العبارة، طالما كان القانون يعتد بها ويرتب آثاراً معينة. إن الأثر الذي يربطه القانون على الواقعة بصفة عامة، قد يكون نشوء حق جديد أو انقضاء حق قائم من قبل أو نقله من شخص إلى آخر. في الحالة الأولى، تعتبر الواقعة مصدراً للحق. وفي الحالة الثانية، تعتبر مصدراً لانقضائه أو لانتقاله". صفحة ٥٧١.

وإذا كانت الواقعة تفتقد قاعدة قانونية ترعاها فلا مناص في هذه الحالة من اعتماد مبادئ الإنصاف لتقرير الحلول القانونية لبعض النزاعات غاب عن القانون تقريرها أو إقرارها. من هذا المنطلق يتبين لنا أن الإنصاف في بعض الحالات هو أسمى من القانون الوضعي لأنه أكثر مرونة.

وفي ذلك قال كوندياك، "الفرق بين الإنصاف والعدل، أن الإنصاف يوجب الحكم على الأشياء بحسب روح القانون في حين أن العدل يوجب الحكم عليها بحسب نص القانون".

الفقرة الثانية: الإنصاف يُؤسن القانون.

إن اعتماد مبادئ الإنصاف من قبل القاضي ليس من شأنه فقط سد الثغرات التي قد تعتور القانون وإنما من شأنه أيضاً تلطيف الحلول المقررة، فالتطبيق الميكانيكي لحذافير القواعد التشريعية من قبل المحاكم الروحية والشريعة والمذهبية قد يُظهر في بعض الأحيان قسوة وظلم تظهر في منطوق الأحكام، وهذا برأينا يتنافى بطبيعة الحال ورسالة المشرع الحقيقية وغاية القانون.

على القاضي أيضاً أن يكون دقيقاً عند اعتماده مبادئ الإنصاف، لأن ارتكازه عليها من دون معطيات منطقية وعلمية قانونية تبررها قد يُنصف وضعيّة بعض الأشخاص على حساب البعض الآخر وهذا الأمر يخالف دوماً وأبداً روح القانون وحكمة التشريع.

كما أن تغاضي المشرع عن سن قواعد قانونية لسد ثغرات التشريع في بعض الأحيان غير كافٍ لوحده لتحديد قيمة الإنصاف وترسيخه في الواقع والأذهان، لهذا السبب تعلق أصداء الحقوقيين والاختصاصيين في مجال الأحوال الشخصية في كل مرة تملي فيها الضرورة استكمال القوانين بما يتلاءم مع مبادئ الإنصاف بغية حث المشرع إلى استكمال أو تعديل وإمّا إصلاح بعض القواعد القانونية المرتبطة بحالة الفرد الشخصية كيما تكون على اتفاق دائم مع حاجيات المجتمع ومستجيبة لتحديات العصر. فالقوانين إن ظلت على حالها وتبدل الزمان سهّل التحايل عليها، إذ أنّها قد توظّف لتحقيق غايات تتنافى ومبادئ الأخلاق والقيم الحميدة.

عليه، نرى أن اعتماد الإنصاف كمصدر إحتياطي للقاعدة القانونية يستوجب نوعاً من التعقل والاعتزان عند إصدار الأحكام، لأن الحكم بموجبها يعبر عن رغبة ومحاولة القاضي إحياء روح التشريع، وامتناعه عن استتلاف الحق.

بند ثانٍ: تمييز الإنصاف عن غيره من المصادر.

وجدنا خلال دراستنا أحكام المادّة ٤ فقرتها الرابعة من قانون أ.م.م أنّ على القاضي اعتماد المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية عند انتقاء النص في التشريع عموماً وقوانين الأحوال الشخصية خصوصاً، هذه المصادر الاحتياطية هي المبادئ العامة والعرف والإنصاف.

فعلى القاضي أن يستدل أولاً إلى المبدأ العام عند انتقاء النص إما من النص مباشرة أو عن طريق استقراء النصوص وإما من القواعد العامة التي يقوم عليها النظام القانوني نفسه^(١) كما فعل عند تطبيقه مبدأ *locus regit actum* على شكل الزواج ومدّ تطبيق المبدأ على أساسه أيضاً، وكيف أنّه استدل أيضاً على قواعد قانونية من نصوص المعاهدات والاتفاقيات الدولية لملا الشغور الذي يعترى مسألتي حقوق الولد الطبيعي، كما والحلول المؤقتة التي اعتمدت من قبل المشتري بسبب انتقاء نص يمنع أو يسمح للأب اللبناني منح جنسيتها لفلذات كبدها.

بعدها على القاضي أن يلجأ إلى القواعد العرفية كيما يسد الشغور التشريعي فيما لو لم يجد مبدأ قانونياً يتبنّى المسألة المطروحة أمامه، ولقد بحثنا بإسهاب عن أفق الاجتهاد وفق العرف في مسائل الأحوال الشخصية وكيف يستطيع القاضي أن يسد فراغ التشريع باعتمادها. كما أنّ هذه القواعد يجب أن تكون من قبيل المستقاة في ذهنه لأنها تشكّل قواعد سلوكية اجتماعية تقليدية سادت عفويّاً وتدرجياً على مر الزمن في مجتمع معيّن واكتسبت في ذهن الناس صفة الإلزام بمعزل عن تدخّل السلطة على ما استبق وشرحنا.

أمّا والحال التي لا يجد فيها القاضي مبدأ عاماً أو عرفاً يحكم المسألة، عليه باعتماد مبادئ الإنصاف لأنها المصدر الاحتياطي الثالث للقاعدة القانونية والأخير. فيستتبط هذه المبادئ من ضميره، وجدانه، قناعاته ومن روح التشريع لكن عليه أن يكون متنبهاً على الدوام من خطر التحيز.

عليه سوف نستفيض في بحث طبيعة مبادئ الإنصاف من خلال تمييزها عن باقي المصادر من حيث الرتبة (الفقرة الأولى) ومن حيث المضمون (الفقرة الثانية).

الفقرة الأولى: تمييز الإنصاف من حيث الرتبة.

إنّ القاضي لا يستطيع أن يلجأ إلى الإنصاف مباشرة إلا إذا عجز عن إيجاد مبدأ عاماً أو عرفاً يرعى المسألة المطروحة أمامه. بمعنى آخر تلت مبادئ الإنصاف باقي المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية إذ أنّها تلحق في إعمالها تلك القواعد.

ومن نافلة القول إن أحكام الفقرة الرابعة من المادّة ٤ من قانون أ.م.م جاءت واضحة وصريحة، لأنها رتبت المصادر الاحتياطية بشكل يعلم معها القاضي أيهما يجب اعتمادها أو استخدامها كون المشتري أظهر صراحة

(١) سامي بديع منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادّة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٧١.

تراتبيتها. فالقاضي يعتمد المبادئ العامة عند انتقاء النص ومن ثم العرف، وإذا لم يجد أيّاً منها اعتمد الإنصاف وبذلك تكون المادة الرابعة فقرتها الأخيرة قد اعترفت بالإنصاف كمصدر احتياطي من جهة وحددت دورها مقارنةً بباقي المصادر الاحتياطية من جهة أخرى.

الجديد في هذه المادة هو تكريسها لذلك الاعتراف بجهتيه بنص توجيهي لعمل القاضي بما يمتنع معه كل تفسير أو تردد. وبذلك جاء متميزاً عن قانون أصول المحاكمات الفرنسي الجديد، حيث لا نص يقابل الفقرة الرابعة من المادة ٤ م. م. على الرغم من اعتماد المشرع اللبناني معظم نصوص ذلك القانون، بصورة حرفية ومنقولة^(١).

أمّا فيما يخص التشريعات العربية المقابلة فإنها أبرزت دور قواعد العدالة كمصدر احتياطي أيضاً مع اختلاف في تراتبيتها وباقي المصادر الاحتياطية.

فالفقرة الثانية من المادة الأولى من القانون المدني المصري الصادر في ١٦/٠٧/١٩٤٨ نصّت على أنه: " إذا لم يوجد نص تشريعي يمكن تطبيقه حكم القاضي بمقتضى العرف فإذا لم يوجد فبمقتضى مبادئ الشريعة الإسلامية، فإذا لم توجد فبمقتضى القانون الطبيعي وقواعد العدالة".

يتبدى جلياً أنّ المشرع المصري أولى التطبيق للعرف الدارج في البلد عندما تملي عليه الصّورة الحكم بمقتضاه لعلّة انتقاء النصّ وإذا لم يجد عرفاً يذهب نحو مبادئ الشريعة الإسلامية وإلاّ حكم بمقتضى القانون الطبيعي أي الإنصاف وقواعد العدالة.

كذلك نصّت المادة الأولى من قانون المعاملات المدنية لدولة الامارات العربية رقم ٥ تاريخ ١٥/١٢/١٩٨٥ على ما يأتي:

" تسري النصوص التشريعية على جميع المسائل التي تتناولها هذه النصوص في لفظها وفحواها. ولا مساغ في مورد النص القطعي الدلالة. فإذا لم يجد القاضي نصّاً في القانون حكم بمقتضى الشريعة الإسلامية على أن يراعى تخير أنسب الحلول من مذهبي الإمام مالك والإمام أحمد بن حنبل، فإذا لم يجد فمن مذهبي الإمام الشافعي والإمام أبي حنيفة حسبما تقتضيه المصلحة.

" فإذا لم يجد حكم القاضي بمقتضى العرف على ألاّ يكون متعارضاً مع النظام العام أو الآداب العامة، وإذا كان العرف خاصاً بإمارة معينة فيسري حكمه على هذه الإمارة..."

أخيراً وليس آخراً لا يستغيب عنّا القول إنّ مبادئ الإنصاف بصفتها قواعد أخلاقية تبقى عاجزة عن الارتقاء إلى القانونية، فهي دائماً بحاجة إلى أداة، وسيلة، تکرّس هذه القواعد وتمنحها عنصر الإلزام القانوني: النصّ أو عمل المحاكم^(٢).

(١) حلمي الحجار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنية طبقاً للمرسوم الاشتراعي ٩٠/٨٣، الجزء الأول، الطبعة ٤، ١٩٩٨، صفحة ١٥ و٢٦ وما يليها. بنفس المعنى أنظر أيضاً، سامي بديع منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٦٠.

(٢) سامي بديع منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٧٥.

الفقرة الثانية: تمييز الإنصاف من حيث المضمون.

وجدنا أنّ مبادئ الإنصاف غير ثابتة لأنّ مفهومها أخلاقي كونها تسبغ القاعدة القانونية بطابع إنساني ويبقى موضوعها مرتبطاً بالقضية التي تطرح من أجلها، فما هو منصف اليوم قد يكون ظالماً ومجحفاً غداً بحق أحد الأشخاص، أمّا المبادئ العامّة والأعراف تتميّز بالثبات والاستقرار فالجامع بين هذين المصدرين الأخيرين هو الدّم وتكرار الممارسة عبر الزمن وعدم تكريسهما بنص معين كيما يُعمل بهما.

أضف إلى ذلك يتفق كلاً من العرف والإنصاف في أنّ محكمة التمييز لا تراقب تحقق قضاة الأساس وتفسيرهم لها، فالتثبت من وجود العرف وتفسيره يخضعان لسلطان قضاة الأساس المطلق والأمر عينه يطبق في حال اعتمد القاضي مبادئ الإنصاف كمصدر احتياطي عند انتفاء النص. أمّا مخالفة المبدأ القانوني العام فهي بذاتها سبب تمييزي يمكن الارتكاز عليه على ما نصّت صراحةً به الفقرة الأولى من المادة ٧٠٨ أ.م.م.

إنّ المبادئ العامّة والعرف والإنصاف على خلاف النص القانوني تكون غير مكتوبة، وبالتالي فإنّ شروطها غير محدّدة وهنا يبرز دور القضاء في استخلاص أو استدلال هذه الشروط ووضع الإطار القانوني لتطبيقها^(١).

إذاً، على القضاة عند انتفاء النص التنبه عند استخلاص هذه المصادر لسد ثغرات التشريع ذلك أنّ أسباب الحكم تكون مشوبة بالفساد في الاستدلال إذا انطوت على عيب يمس سلامة الاستنباط، ويتحقق ذلك إذا استندت المحكمة في اقتناعها إلى أدلة غير صالحة من الناحية الموضوعية للاقتناع بها، أو إلى عدم فهم الواقعة التي ثبتت لديها، أو استخلاص هذه الواقعة من مصدر لا وجود له أو موجود، ولكنّه متناقض لما أثبتته، كما في حالة عدم اللزوم المنطقي للنتيجة التي انتهت إليها بناءً على تلك العناصر التي ثبتت لديها^(٢).

في حالات أخرى قد يكون هناك نص إلا أنّ المعنى الظاهر للنص يجافي العقل أو مقاصد التشريع (حالة غموض النص) فيكون على القاضي في هذه الحالة السعي للتعرف على الحكم الصحيح وإرادة المشرع الحقيقية من خلال الربط بين النص وغيره من نصوص القانون وأن يستهدى بمصادره وأعماله التحضيرية^(٣).

وسوف نبحث في الأسطر اللاحقة من بحثنا عن أفق الاجتهاد وفق مبادئ الإنصاف في مسألة محدّدة بذاتها من مسائل الأحوال الشخصية، وهي عندما ينتقي النص الصريح الذي يحكم مسألة الميراث في حال اقترن الزوج

(١) سامي بديع منصور، المبادئ القانونية العامة بمفهوم المادة الرابعة من قانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني، المرجع المذكور، صفحة ١٧٤. ورد عن استاذنا الدكتور سامي منصور أنّه: يجمع ما بين المبدأ العام والعرف فكلاهما مصدرين غير مكتوبين، وهذه الصفة تنطبق بطبيعة الحال على مبادئ الإنصاف، لأنّ تكريس هذه المصادر بنص قانوني سيعطيها طابع ذلك النص وطبيعته.

(٢) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ١١٥٧، لسنة ٦٧ قضائية، الصادر بجلسته ٢٠/٣/٢٠٢١، الموقع الإلكتروني لمحكمة النقض المصرية.

<https://www.cc.gov.eg>

(٣) محكمة النقض المصرية، الطعن رقم ٤٦٢٥، لسنة ٨٧ قضائية، الصادر بجلسته ٢٨/٢/٢٠٢١.

<https://www.cc.gov.eg>

بزواج ثانٍ بعد تبديل دينه منفرداً وكيف أنّ القضاء قضى بتوريث العائلتين من الزّواجين الحاصلين غير المنفصلين كما نَظَر ما إذا كان هذا الواقع مبني على تطبيق وتفسير صحيح للمادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. أم أنّ التّوريث جاء مراعيّاً لمقتضيات العدل والإنصاف.

الفصل الثّاني: آفاق الاجتهاد وفق مبادئ الإنصاف في مسائل الأحوال الشّخصيّة.

أثار المدى التّطبيقي للمادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. جدلاً قانونيّاً بليغاً مرتبطاً بمادّة الإرث وتحديد إرث المتوفّي الذي مات تاركاً عائلتين: العائلة الأولى المنبثقة من زواجٍ أوّل مسيحي كان قد أجراه أمام المحاكم الرّوحيّة المختصّة ولم تنفصم عراه، والعائلة الثّانية المنبثقة من زواجٍ شرعي إسلامي عقد أمام المحكمة السّنيّة أو الجعفريّة بعد تبديل الزوج دينه واعتناقه الإسلام.

وقد جاء في صراحة الفقرة الأولى من المادّة المذكورة أنّه: "إذا ترك أحد الزّوجين طائفتَهُ بقي الزّواج والصّكوك المتعلّقة بنظام الأحوال الشّخصيّة خاضعة للقانون الذي احتل بموجبه بالزّواج أو تمّت أو عُقدت وفقاً له هذه الصّكوك".

انطلاقاً من النّص المعروف أعلاه استمرّ القضاء اللّبناني فترة من الرّمن بتوريث العائلة الأولى دون العائلة الثّانية للمسيحي الذي غيّر دينه إلى الإسلام وتزوّج ثانية، كامل التّركة. إنّ هذا الحل وإن كان عادلاً كونه التزم بتطبيق حرفيّة الفقرة الأولى من المادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. ولم يخالفها إذ أنّ العدالة تكمن في تطبيق النّص دون تجاوز أو استثناء يخرُج عن منطوقه، لكنّه يبقى بطبيعة الحال حلاً غير منصفٍ، كونه حرم وحجب التّركة عن العائلة الثّانية المُسلمة.

لذلك انصرفت محكمة التّمييز بعد حين إلى اعتماد حل مختلف قضى بتوريث العائلتين، العائلة المسيحيّة بما تستحقّه حسب أحكام قانون الإرث لغير المحمّديين، وترك توزيع الباقي إلى اختصاص المحاكم الشّرعيّة الإسلاميّة وفق أحكام الشّريعة الإسلاميّة. صحيح أنّ هذا الحل يُنصف كلتا العائلتين إلّا أنّه يبقى غير عادل وغير قانوني^(١) لأنّ التّشريع خلا من أيّ نص يقضي صراحةً بتوزيع التّركة على العائلتين من دون استثناء إحداها.

وإذا عُدنا إلى القاعدة المعمول بها في مادّة الإرث فإنّها تخضع المسائل النّاشئة عنه إلى القانون الذي كان عليه المتوفّي وقت وفاته، عليه تكون العائلة الثّانية المُسلمة هي صاحبة الحق في الميراث كون الزوج توفاه الله مسلماً. لكن ألا يُجرّد هذا الحل المادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. من كافة مفاعيلها ويبقيها دون مفعول؟

(١) سامي بديع منصور، الدّين وتنازع القوانين في مادّة الإرث والأحوال الشّخصيّة في القانون النّوولي الخاص، منشور في مجلة العدل، سنة ٢٠٠٠، العدد ٢ و٣ صفحة ١٨٦ وما يليها.

بناءً على ذلك، كان من الجدير البحث في الأساس القانوني الذي استندت إليه محكمة التمييز في قضائها هذا سيما أنّ أيّ حل للإشكالية المثارة لا يجد مصدره بالتطبيق المجرد للنصوص القانونية، بل من زاوية الغاية الكامنة في تلك النصوص وهي حماية العائلة الأولى التي انبثقت من زواج كنسي لا ينفصم،^(١) من دون استثناء العائلة الثانية من حقها الإرثي كذلك الأمر.

من زاوية أخرى قد يحصل أن يبطل الزوجين دينهما عن سوء نية، قاصدين بذلك التهرب من التزامات وموجبات كان قد فرضها النظام الطائفي الخاضع له زواجهما بغية الاستفادة من تسهيلات يقدمها النظام الطائفي الجديد المعتقد دون وجه حق. في هذه العجالة ينبغي معرفة ما إذا كان الغش يُفسد كل شيء، أم أنّ هذا المبدأ يتراجع أمام حرية المعتقد المصانة في دستورنا اللبناني.

عليه، ينبغي معالجة المسألة معالجة موضوعية سيما أنّ الاجتهاد لم يُفرد لمؤسسة التحايل على القانون المجال الواجب لها، بل اكتفى بالنص على أنه: " إذا ترك الزوجان طائفتها يكون زواجهما وكذلك الصكوك أو الموجبات المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامها الجديد ابتداءً من التاريخ الذي قيد فيه تركهما لطائفتها في سجلات الأحوال الشخصية، (بالاستناد إلى الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر.) رداً على ذلك سنعالج هاتين المسألتين في البندين اللاحقين: مسألة الإرث عند تبديل أحد الزوجين طائفته (بند أول) ومسألة التحايل على القانون عند تبديل الزوجين طائفتها (بند ثان).

بند أول: مسألة الإرث عند تبديل أحد الزوجين طائفته.

من المسلم به أنّ تبديل الشخص طائفته^(٢) حق مكرّس ومصان في الدستور والقواعد القانونية المرعية الإجراء^(٣).

(١) سامي بديع منصور، نفس المرجع، صفحة ١٩١.

(٢) القاضي المنفرد المدني في بنت جبيل، الناظر في دعاوى الأحوال الشخصية، القرار رقم ٣٧، الصادر بتاريخ ٢٦/٠٦/٢٠١٥، العدل، ٢٠١٥، العدد ٤، صفحة ٢٢٩١. ورد في القرار المذكور أصول تغيير المذهب أو الدين المنصوص عنها في المادة ٤١ من قانون قيد وثائق الأحوال الشخصية تاريخ ١٩٥١/١٢/٠٧ التي تنص على أنّ " كل طلب يختص بتغيير مذهب أو دين يرسل إلى قلم الأحوال الشخصية لتصحيح القيد ويجب أن يكون هذا الطلب مؤيداً بشهادة من رئيس المذهب أو الذين الذي يراد اعتناقه ومشملاً على توقيع الطالب، فيستدعيه موظف الأحوال الشخصية وبسأله بحضور شاهدين عما إذا كان يصر على طلبه، وفي حال تأييد الطلب ينظم محضراً بذلك على الطالب نفسه ويصحّ القيد، وفي الخارج تجرى هذه المعاملة لدى التوائر القنصلية فتنتقلها إلى دائرة النفوس في الحكومة اللبنانية للقيد".

" وحيث يستفاد من النص المذكور، أنّ تغيير الدين أو المذهب يتم عبر إجراءات ملزمة جوهرية وبموجب وثائق لها الصفة الرسمية، وأنّ تاريخ تبديل المذهب أو الدين هو تاريخ إتمام هذا الإجراء وليس تاريخ تقديمه في دوائر الأحوال الشخصية التي يشرف على قيودها القضاء المدني، بمعنى أنّ أيّ تغيير يتم خارج هذه الأصول لا يعتد به في النطاق المدني ويكون مجرداً من آثاره القانونية".

" وحيث أنّ العبرة للتسجيل في سجلات الأحوال الشخصية وهي الأساس الواجب اعتماده لمعرفة شرعية أو عدم شرعية الزواج الثاني الذي عقده المعارض عليه، أما وثيقة إشهار إسلامه أمام المرجع الشرعي فلا تكفي وحدها لتصحيح القيد".

يراجع بهذا المعنى أيضاً، تمييز مدني، الغرفة الخامسة، القرار رقم ٢٨، الصادر بتاريخ ٢٦/٠٢/٢٠٠٤، مجلة العدل، ٢٠٠٤، العدد ٣٠٤، صفحة ٤٠٩. كذلك، تمييز مدني، الغرفة الرابعة، القرار رقم ٤٤ الصادر في ٢٢/٠٩/٢٠١٥، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

وأيضاً، تمييز مدني، هيئة عامة، القرار رقم ٤٣، الصادر في ٢٩/١٢/١٩٩٩، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

(٣) أكدت المادة ١١ من القرار ٦٠ ل.ر. على أنّ " كل من أدرك سن الرشد وكان متمتعاً بقواه العقلية يمكنه أن يترك أو يعتنق طائفة ذات نظام شخصي معترف بها ويكون لهذا الترك أو الاعتناق مفعوله المدني، ويمكنه أن يحصل على تصحيح القيود المختصة به في سجل النفوس".

- كما أنّ الدستور اللبناني نص في مادته التاسعة على أنّ حزية الاعتقاد مطلقة، ومتى كان الحق مطلقاً فلا يحد في استعماله بالعرض من هذا الاستعمال مع الاحتفاظ بمقتضيات النظام العام وبالحقوق المكتسبة للغير.

- أنظر أيضاً، تمييز مدني، هيئة عامة، القرار رقم ٤٣، الصادر في ٢٩/١٢/١٩٩٩، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME. ورد في متن القرار " بما أنّ الانتماء إلى طائفة معينة مرتبط بحرية الاعتقاد وهو حق مطلق لكل إنسان كما هو مطلق حق انتقاله من طائفة إلى أخرى أو من مذهب إلى آخر. ومتى كان هذا الحق مطلقاً، فلا يحد من استعماله بالعرض من هذا الاستعمال مع الاحتفاظ بمقتضيات النظام العام وبالحقوق المكتسبة للغير".

إلا أنّ تبديل الطائفة خلال الحياة الزوجية سيّما إذا حصل التّبديل من جانب أحد الزوجين دون الآخر أبرز إشكالية على مستوى مصير حقوق الأطراف الأخرى التي نشأت عقب الأوضاع القانونية التي سبقت التّبديل سيّما ما تعلق بحقوقهم الإرثية، وجرى التّساؤل ما إذا كانت ستخضع هذه الحقوق للقانون الذي نشأت في ظلّه أم ستخضع لأحكام قانون الطائفة الجديدة.

من زاوية أخرى احتدم نقاش حول ما إذا كان الإرث يؤلّف واحداً من مفاعيل الزّواج ويدخل فئة الأحوال الشخصية أم أنّ له خصوصية واستقلالية تميّزه عنها.

في هذا الإطار أورد القرار ٦٠ ل.ر. مسألة مصير الصّكوك والموجبات عندما يبذل كلا أو أحد الزوجين طائفته، فجاء في صراحة المادة ٢٣ من القرار المذكور " إذا ترك أحد الزوجين طائفته بقي الزّواج والصّكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية خاضعة للقانون الذي احتقل بموجبه بالزّواج أو تمّت أو عُقدت وفقاً له هذه الصّكوك"^(١).

" أمّا إذا ترك الزوجان طائفتها فيكون زواجهما وكذلك الصّكوك أو الموجبات المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامها الجديد ابتداءً من التاريخ الذي قيد فيه تركهما لطائفتها في سجلات الأحوال الشخصية، على أنّه لا يمكن في هذه الحال أن تنزع عن الأولاد صفة الأولاد الشرعيين بمجرد ترك الأبوين طائفتها"^(٢).

يتبدّى من صراحة الفقرة الأولى من المادة ٢٣ أنّ تبديل أحد الزوجين طائفته يبقي الزّواج وكلّ ما تعلق بحالة الفرد الشخصية خاضع للقانون الذي احتقل بموجبه الزّواج أو تمّت وفقاً له هذه الصّكوك"^(٣).

ولا ريب أنّ عنصر تبديل الدين يُطرح غالباً في حالات انتقال الزوج المسيحي إلى الدين الإسلامي وليس العكس، لأنّ أحكام الشرع الإسلامي تتيح للرجل تسهيلات أوسع سواء في منحه حق الطلاق بكلّ يسرٍ أو في إباحة تعدّد الزوجات.

لكن حري بنا التّساؤل في هذا المضمار، هل الإرث هو من قبيل الصّكوك أو الموجبات المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية التي عنتّ بها المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. أم أنّها خارجة عنه؟

(١) أنظر في ذلك، تمييز مدني، هيئة عامّة، القرار رقم ١٥، الصّادر بتاريخ ٢٤/٠٣/١٩٤٩، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

(٢) محكمة التمييز، الهيئة العامة، القرار رقم ٢٩، الصّادر في ٠٨/٠٥/٢٠٠٦، العدد، ٢٠٠٦، العدد ٤، صفحة ١٤٨٧.

ورد في القرار المذكور أنّه " يُفهم من الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر، أنّ تغيير الزوجين طائفتها لا يسري الآ من تاريخ قيده في سجلات الأحوال الشخصية، الأمر الذي يبني عليه أنّ هذا التغيير لا يؤثر في صلاحية المحكمة التابعة للسلطة التي عُقدت الزّواج الأول إذا تمّ قيد تغيير طائفة الزوجين في سجلات الأحوال الشخصية قبل تقديم الدّعى أمام المحكمة المذكورة".

كما أشار القرار إلى مسألة " أنّ تبديل الزوج لطائفته ولنن كان يؤدّي إلى تبديل طائفة القاصرين من الأولاد فيتبعون طائفة والدهم على ما هو مقرّر في المادة ١٢ المعدلة من القرار ٦٠ ل.ر، إلا أنّ ذلك لا يحول دون البقاء على صلاحية المحكمة التابعة للسلطة التي عُقدت الزّواج الأول أمامها للنظر بما يتعلّق بنفقة القاصرين وحضانتهم، باعتبار أنّ النفقة والحضانة للأولاد الشرعيين تعتبران من نتائج الزّواج فتخضعان لصلاحية المحكمة المختصة أي تبقى خاضعة لصلاحية محكمة الرّوم الكاثوليك وليس المحكمة الشرعية السنية وإن كان الزوجين من طائفة الأخيرة.

(٣) تمييز مدني، هيئة عامّة، القرار رقم ١٥ الصّادر في ١٢/٠٢/٢٠١٨، كساندر، العدد ١-٣، صفحة ٣١٣.

ورد في القرار المتقدّم أنّ المادة ١٤ من قانون ٢ نيسان ١٩٥١ نصّت على أنّ السلطة المذهبية الصّالحة للحكم في عقد الزّواج ونتائجه إنّما هي السلطة التي يكون عقد لديها الزّواج وفقاً للأصول. فيقتضي بالتالي اعتماد هذه القاعدة لحل الخلافات حول الصّلاحية بين المراجع المذهبية والشرعية أو المحاكم المدنية.

" وحيث أنّه من الثّابت أنّ عقد الزّواج بين المعترضة والمعترض عليه يتعلّق بمنع سفر الطّفل (م) أي أنّه يدخل في إطار النتائج المترتبة على زواج المعترضة والمعترض بوجهه (وفق ما جاء في المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر فقرتها الأولى) فتكون المحكمة الزوجية الأرثوذكسية هي صاحبة الاختصاص للنظر في جميع النتائج المترتبة على الزّواج المعقود لديها وليس المحكمة الشرعية السنية. وحيث أنّه لا يبذل في قاعدة اختصاص المحكمة الزوجية قيام الزوج بإبدال مذهبه منفرداً ولا يولي المحكمة الشرعية اختصاص النظر بما يدخل في نطاق الزّواج ونتائجه".

رفض البعض اعتبار الإرث من آثار الزواج، وذلك للأسباب الآتية:

- أولاً: لوجود فوارق أساسية وجوهية بين مؤسستي الإرث والأحوال الشخصية، إذ أنّ الأولى تعني انتهاء الحالة الشخصية، عليه لا يمكن القول إنّ الإرث مسألة من مسائلها. وقد مال الاجتهاد إلى أنّ الإرث المترتب للعائلة المسيحية (المنبثقة من زواج سابق للتبديل) والإرث المترتب للعائلة المسلمة (المنبثقة من زواج لاحق للتبديل) هي من قبيل مسائل الأحوال الشخصية المتعلقة بالإرث. لكن من المعلوم أنّ المسائل التي تدخل فئة الأحوال الشخصية وتخضع للقانون الشخصي المختص لتلك المسائل على الرغم من اتصالها بالإرث تنحصر بنوعين:
- تحديد النسب أو درجة القرابة التي على أساسها يتحقّق الإرث: البنوة الشرعية، أو الطبيعية، كذلك حالة التبني، العلاقة الزوجية، صحة الزواج.
 - حالة الفقد، وشروط اكتمالها، عندما ينص القانون الشخصي للمورث على افتتاح التركة لهذا السبب^(١).

ثانياً: لا يمكن اعتبار الإرث من آثار الزواج، فإنّه عند الوفاة تنقضي الرابطة الزوجية ويصبح الزواج شرطاً من شروط الإرث التي هي النسب والقرابة.

ثالثاً: إنّ اعتبار الإرث من مفاعيل عقد الزواج معناه أيضاً إخضاع الإرث إلى القانون الذي يحكم الزواج الذي يبرمه اللبنانيون مدنياً في الخارج (المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.) في حين أنّ القانون الذي يطبق على الإرث في الحالة المذكورة هو قانون جنسية المورث عملاً بالمفعول الثنائي لقاعدة النزاع الوطنية. فالمادة ٢٣١ من القرار ٣٣٣٩ بإخضاعها إرث الأجنبي إلى قانون جنسيته إنّما تخضع في المقابل إرث اللبناني إلى القانون اللبناني، قانون جنسية المتوفي. فلو كان الإرث أثراً من آثار الزواج لوجب اعتباره كذلك ليس فقط في العلاقات الداخلية وإنّما أيضاً في العلاقات الدولية^(٢).

في موقف معاكس، اعتبرت محكمة التمييز هيئتها العامة، أنّ الحقوق الارثية تنبثق من الزواج وهي مرتبطة بنظام الأحوال الشخصية ارتباطاً وثيقاً لا يمكن فكّه، عليه يجب القول إنّ المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. لا تشمل الصكوك المتعلقة بالزواج وأحكامه وحسب، بل تتناول أيضاً الحقوق الإرثية الناشئة عن هذا الزواج، وإلاّ فقدت هذه المادة الغاية المتوخاة منها^(٣).

(١) سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، المرجع المذكور، صفحة ٧٠٥.

(٢) سامي بديع منصور، الذين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، المرجع المذكور، صفحة ١٨٩.

(٣) محكمة التمييز المدنية، القرار رقم ١١، الصادر في ١٩٨١/١٢/١٨، مجموعة حاتم، الجزء ١٨٥، صفحة ٥٢٨.

برأينا، نجد أنه لا يمكن اعتبار الإرث من مفاعيل الزواج الخاضعة لأحكام المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. وذلك لسببين يضاف إليهما الأسباب المتقدمة التي أوردناها أعلاه:

١. إن مفاعيل الزواج هي المفاعيل التي تتأتى من الزواج بصورة أكيدة وحتمية لا ريب فيها كالنفقة والحضانة والوصاية والطلاق وفسخ الرابطة الزوجية وما إلى هنالك من مفاعيل، أما الإرث ليس من قبيل المسائل المرتبطة بالزواج ما يؤكد أنه مؤسسة لها قوانينها وأنظمتها الخاصة تخرج في إطارها وماهيتها عن المفاعيل الزوجية.

٢. إذا كان الإرث من آثار الزواج كونه يعطي لأحد الزوجين الحق بأموال الآخر، إلا أنه لا يعني حتماً أن الزوج سيرث زوجته أو أن الزوجة ستراث زوجها. إذ قد ينقطع الإرث بين الزوجين لسبب غير تغيير الدين يحول دون توارث الزوجين كالحالة التي يقوم أحدهما بقتل الآخر عن قصد^(١)، فيشكل هذا الفعل حينها مانع من موانع الإرث على ما نصت عليه أحكام المادة ١٠ من قانون الإرث لغير المحمدين^(٢).

٣. إن الإرث ليس حالة للشخص، حيث يقتضي التمييز بين شروط الإرث ومنها النسب والقرابة (ليس النسب والقرابة السبب الوحيد للإرث فالولد المتبنى يرث^(٣) في بعض القوانين والأنظمة كذلك الدولة في بعض النصوص) وبين مادة الإرث وهي انتقال الذمة المالية وتوزيع التركة. فشروط المؤسسة شيء وطبيعة المؤسسة شيء آخر (فالخطأ مثلاً هو شرط في المسؤولية، ولكن طبيعة المسؤولية تقصيرية، وقد لا تشترط الخطأ كما في حالة المسؤولية الموضوعية. إذاً ليس دقيقاً تحديدها طبيعة المسؤولية بالاستناد إلى شروطها، وإن كان لتلك الشروط أثر مساعد على تحديد تلك الطبيعة^(٤)).

٤. واستطراداً، إن الإرث ليس حالة عينية، إذ أن ما يدخل في مضمون فكرة الإرث يختلف تماماً عن مضمون فكرة مركز الأموال. والفكرتان قد تلتقيان فيطبق قانون موقع المال في معرض البحث في حالة إرثية. ولكن اعتبار الإرث حالة عينية له مخاطر عملية عند تعدد أمكنة تواجد الأموال في التركة ما يؤدي قانوناً إلى تعدد القوانين التي تخضع لها مؤسسة قانونية واحدة قد تكون مختلفة بتعدد مواقع أموال التركة، مع أن المطلوب هو وحدة القانون وإن اختلفت جنسية أطراف العلاقة أو محل إقامتهم أو موقع الأموال. وقد يؤدي تعدد القوانين التي

(١) مها عمار، التنازع الداخلي الناتج عن تبديل الدين للأحق للزواج، مطابع الجيش اللبناني، الطبعة الأولى، ٢٠٢١، صفحة ٤٤.

(٢) المادة ١٠ من قانون الإرث لغير المحمدين: يحرم من الإرث:

١ - " من أقدم قصداً دون حق أو عذر على قتل مورثه، أو أحد فروعه، أو أصوله، أو زوجه أو تدخل في القتل".

الحكم نفسه يطبق على المسلمين، فالشريعة الإسلامية ترفض توريث القاتل تحت القاعدة الكلية العامة، " من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" سيان كان القتل قد حصل عمداً، أو شبه عمداً، أو خطأ، أو شبه خطأ (القتل تسبباً) عند المذهب الحنفي، وإذا كان عمداً فقط عند المذهب الشيعي.

(٣) تمييز مدني، الغرفة الرابعة، القرار رقم ٥٦، الصادر في ٢٠١١/٠٦/٢١، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

(٤) عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الخامسة في جديدة المتن الناظرة في قضايا الأحوال الشخصية، رقم ٢٠٢١/٢٠٨، تاريخ ٢٠٢١/١٢/١٦، تعليق نشر في مجلة العدل، ٢٠٢٢، العدد الأول والأخير، صفحة ٢٩١.

تحكم الإرث إلى تناقض في الموقف القانوني من المسألة الواحدة. فقد يُعتبر الشَّخص وارثاً في قانون وغير وارث في قانون آخر^(١).

٥. إذا الإرث يدخل في فئة قانونية مستقلة ومنفردة بحد ذاتها وهي فئة التَرَكات، وليس معني بالمادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر التي تكلمت عن الزواج وآثاره والصَّكوك المرتبطة به حصراً بعكس ما سار عليه الاجتهاد، وعلى حد تقديرنا وتقييمنا للمسألة.

بموجب ما تقدّم، يثار السَّؤال عن الأساس القانوني الذي استندت إليه محكمة التَّمييز عندما أعلنت أحقية كلتا العائلتين في الميراث على الرِّغم من انتفاء النَّص الصَّريح الذي يحكم المسألة؟

الفقرة الأولى: انتفاء النَّص الصَّريح الذي يحكم مسألة الميراث في حال اقترن الزوج بزواج ثانٍ بعد تبديل دينه منفرداً.

انتفى النَّص الصَّريح الذي يحكم مسألة الميراث في حال اقترن الزوج بزواج ثانٍ بعد تبديل دينه منفرداً. فلو افترضنا مثلاً أنّ رجلاً إنجيلياً اقترن من امرأة إنجيلية ورزق منها بأولاد، ثمّ ما لبث أن أبدل دينه إلى الإسلام حسب الأصول وتزوَّج ثانيةً بامرأة مسلمة أمام القضاء الشرعي وتنتج عن زواجهما أولاد أيضاً. بعدها توفي الرجل، فتقدّمت العائلة المسلمة بطلب حصر إرثه بالعائلة المسلمة دون المسيحية أمام القضاء الشرعي المختص وقامت الزوجة المسيحية الأولى بتقديم طلب حصر إرث، كذلك الأمر من أجل تحديد الحصص الإرثية أمام الغرفة الابتدائية لوجود خلاف حول تحديد الورثة.

إذا تتبّعنا موقف القضاء الشرعي حيال هذه المسألة نجد أنّه سيحفظ اختصاصه ويكتفي بتوريث العائلة المسلمة فقط استناداً إلى أحكام المادة ١٧ من قانون تنظيم القضاء السني والجعفري. أمّا العائلة المسيحية فلا ترث لأنّ اختلاف الدّين يشكّل مانع من موانع الإرث عند المسلمين. كما أنّ المحاكم الشرعية تأبى أن تطبق المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر لأنّ هذا القرار حُجِبَ تطبيقه على المسلمين بعد صدور القرار ٥٣ ل.ر.

أمّا القضاء المدني سيتمسك بتطبيق المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. ويقوم بحصر وتوزيع الإرث على العائلة المسيحية الأولى إذ أنّ تغيير الدّين يجب ألاّ يؤثّر على القانون الذي كان يرعى إرث المتوفّي قبل تغيير ديانته، ولا أن يطال اختصاص المحكمة التي كانت مختصة قبل حصول هذا التّغيير. عليه، يستمر قانون الإرث لغير المحمديين في رعاية إرث المتوفّي ولو بدّل ديانته إلى مسلم،

(١) عبده جميل غصوب، نفس المرجع، صفحة ٢٩١.

فالقضاء المدني يعتبر أنّ الحقوق الارثية تنبثق من عقد الزواج الذي لم تنفصم عراه على النحو الأصولي والقانوني، وهي ترتبط بنظام الأحوال الشخصية ارتباطاً وثيقاً وهذا ما يعلل إعمال المادة ٢٣ المذكورة وإعطائها كامل المدى التطبيقي الذي تستحقه.^(١)

عودةً على بدء، وفي خضم تضارب الآراء الفقهية والاجتهادية حول مسألة أي من العائلتين هي صاحبة الحق في الميراث، تقتضي تقنية التحليل معرفة مصير هذه التركة والقانون الذي يرضى توزيعها في ظل غياب النص الواضح والصريح. وما علاقة مبادئ الإنصاف في تكملة وسد هذا النقص؟ عليه سوف نتطرق بدايةً إلى مدى أحقية العائلة الأولى المسيحية في الميراث (أ) ومدى أحقية العائلة الثانية المسلمة في الميراث (ب) وندون آراء اجتهادية وفقهية متنوعة ومتباينة في هذه العجالة.

(أ) مدى أحقية العائلة الأولى المسيحية في الميراث.

من المعلوم أنّ الطوائف المسيحية المعترف بها في لبنان تخضع إلى قانون الإرث لغير المحمديين الصادر في ٢٣ حزيران ١٩٥٩. كما ويعود تقرير الأنصبة الإرثية للأشخاص من الطائفة المسيحية إلى المحاكم المدنية المختصة وفق ما جاء بصراحة المادة ١٠ من هذا القانون. بالتالي إنّ المحكمة الصالحة للبت بإعلان وفاة وحصر إرث المتوفى المسيحي هي القاضي المنفرد المدني استناداً إلى أحكام الفقرة الثالثة من المادة ٨٦ من قانون أ.م.م.

ولا بد من الإشارة في هذا الصدد إلى أنّه ليس لتغيير المورث المسيحي لطائفته داخل الدين المسيحي بتاريخ سابق لوفاة أي أثر على قواعد الاختصاص الذي يبقى للقضاء المدني دون غيره كونه صاحب الاختصاص للنظر بإرث غير المسلمين على كافة أديانهم وطوائفهم.^(٢)

في سياق متصل تنص المادة ٩ من قانون الإرث لغير المحمديين ١٩٥٩ على أنّ " اختلاف الدين لا يمنع من الإرث إلا إذا كان الوارث تابعاً لأحكام تمنع من الإرث بسبب اختلاف الدين". لكن هذا المبدأ مقيد بمبدأ آخر وهو المعاملة بالمثل^(٣). فإذا كان قانون الوارث يسمح بتوريث المسيحي، فليس هناك مانع من أن يورث المسيحي هذا الوارث.

عليه توجه قسمياً من الاجتهاد إلى الحل القائم على حصر إرث الشخص الذي توفي تاركاً عائلتين أولهما مسيحية ناتجة عن زواج أول وهذا الزواج بقي ولم تنفصم عراه، والعائلة الثانية مسلمة ناتجة عن زواج ثانٍ بعد

(١) المحكمة الابتدائية في جبل لبنان، الغرفة الثالثة، رقم قرار غير مدون، الصادر في ١٩٩٩/٠١/٢٠، غيف شمس الدين، المصنّف السنوي في الاجتهاد في القضايا المدنية، اجتهادات ١٩٩٩، صفحة ٤٩٩.

(٢) مها عمار، التنزاع الداخلي الناتج عن تبديل الدين للأحق للزواج، المرجع المذكور، صفحة ٤٦.

(٣) لمزيد من المعلومات، أنظر، فؤاد ظاهر، قانون الإرث عند غير المحمديين، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، بيروت، صفحة ٥٢٠ وما يليها.

أن كان المورث قد أبدل دينه منفرداً إلى أحد المذاهب الإسلامية كيما يقوم بهذا الارتباط ويتزوج وفق أحكام الشرع الإسلامي الذي يبيح تعدد الزوجات. قضى هذا الاجتهاد بحصر التركة بزوجه الأولى المسيحية والأولاد الناتجين عن ارتباطه بها من دون إشراك الزوجة الثانية بأي حصة، بيد أن الاجتهاد الحاضر يبرر موقفه هذا بقوله:

"إن الزوجين اللذين يقترنان في ظلّ قانون معيّن يرتضيان بالقواعد التي نص عليها هذا القانون سيان لجهة تنظيم الزواج أم لجهة مفاعيله وآثاره المالية وغير المالية، فلا يصح بعد ذلك وبمجرد قيام أحدهما بترك مذهبه واعتناق مذهب سواه تطبيق نظام المذهب المعتنق على الزواج..."

"كما أن المبدأ المذكور لا يؤدي إلى اعتبار التصرّفات القانونية التي قام بها الزوج الذي بدّل مذهبه باطلة، إلاّ أنّه يؤدي إلى اعتبار الآثار المنبثقة عن تلك التصرّفات غير سارية بوجه الفريق الآخر في عقد الزواج الأول، مما يفضي إلى اعتبار الحق بإرثه منحصراً بزوجه الأولى المستدعية وبأولاده منها فقط (١).

في حلّ مماثل قضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز " بما أنّه من الرّاهن أنّ الزواج الأول الذي ارتبط به المرحوم (ن. ج) هو زواج ماروني، وهو ما زال قائماً ولا يقبل نظام أحواله الشخصية بتعدد الزوجات، ويعطي زوجته الأولى الحق بأن تكون زوجته الوحيدة دون مشاركة، وبالتالي الحق بأن تكون الزوجة الوريثة له، كما يعطي أولاده منها الحق بأن يكونوا ورثته الوحيدين طالما أنّ الحالة الزوجية الأولى ما تزال قائمة، دون الالتفات إلى حق أولاد آخرين متأتين له من زوجة ثانية مع وجود الزوجة الأولى، ذلك أنّ الدستور وإن كان قد كفل حرية الانتقال من دين إلى آخر، إلاّ أنّه لم يكفل حرية التملص من مفاعيل زواج عن طريق الارتباط بزواج آخر أمكن إجراؤه بسبب هذا الانتقال، والزواج في كل حال ليس من مستلزمات الدين التي لا يمكن فصله عنها" (٢).

عليه، إنّ الحقوق الإرثية تبقى وحدها قائمة بعد وفاة الزوج، وهذه الحقوق تبت فيها المحاكم المدنية من دون غيرها وهي تبقى محفوظة للعائلة القديمة بالاستناد إلى المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر.؛ فيعود لها وحدها البت بالمفاعيل الإرثية التي تبقى قائمة (٣).

بناءً على ما تقدّم، يمكن تلخيص موقف هذا التوجه القضائي الذي يميل إلى توريث العائلة المسيحية الناتجة عن الزواج الأول دون سواها بالآتي:

- لا يعتبر هذا الاتجاه أنّ حرمان الزوجة الثانية من الميراث يشكل ظلماً أو إجحافاً بحق الزوجة المسلمة الثانية لأنّ الأخيرة قبلت بحرمانها من الإرث مسبقاً حين وافقت على الزواج من رجل مرتبط بزواج أول

(١) محكمة البداية في البقاع، القرار رقم ٧٤٩، الصادر في ١٠/٠٤/١٩٨٦، المستشار الإلكتروني، مجموعة المصنّفات للقاضي الدكتور عفيف شمس الدين، دار الكتاب الإلكتروني بالاتفاق مع المؤلف، التصنيف العام: أحوال شخصية، التصنيف الفرعي: تبديل الدين أو المذهب.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ١١، الصادر في ١٨/١٢/١٩٨١، مجموعة حاتم، الجزء ١٧٤، صفحة ٤٨٥ وما يليها.

(٣) تمييز مدني، هيئة عامة، القرار رقم ٢٢ الصادر بتاريخ ١٢/٠٦/٢٠٠٣، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

صحيح ونافذ مع افتراض علمها بأنه ليس لزواجها أن ينال من حقوق الغير (العائلة الأولى) المكتسبة بإرادة زوجها المنفردة^(١).

- لا يجوز للمورث الذي أوجد بمشيئته مثل هؤلاء الورثة (الزوج والفروع) أن يحرمهم من الإرث بمشيئته المنفردة والمتمثلة بتغيير الدين^(٢).

- لا يمكن التهرب أو التملص من مفاعيل إرثية ثابتة بحجة حرية المعتقد. صحيح أن تغيير الدين مسألة ذاتية وحق من حقوق الإنسان، إلا أنه عندما يتحول إلى وسيلة لتبديل الأوضاع القانونية ومس حقوق أطراف أخرى فلا تعود المسألة ذاتية^(٣).

- إن اعتماد الحصّة المحفوظة المنصوص عليها في قانون الإرث لغير المحمديين من قبل بعض الاجتهاد، لقسمة التركة بهدف أن تراث كل من عائلتي المورث اللتين تخضعان لقوانين مذهبية مختلفة نصف التركة، وإن كان هذا الحل أكثر إنصافاً وعدالة للعائلتين إلا أنه أتى من جهة أولى مخالفاً لمبدأ وحدة الإرث، ومخالفاً من جهة ثانية لأحكام المادة ٨٥ وما يليها من قانون الإرث لغير المحمديين التي اشترط المشرع بموجبها أن يكون المورث قد نظم وصية تجاوز فيها الحصّة المحفوظة للفروع أو للوالدين أو أحد الزوجين لإعمال هذا المبدأ وقسمة التركة^(٤). إذاً وفقاً لهذا الاتجاه، إن الحصّة المحفوظة مرتبطة بأحكام الوصية ونصابها وليس بأحكام الإرث ونصابه، وأحكام الوصية كما هو معلوم مستقلة تماماً عن أحكام الإرث، فالأولى مصدرها الإرادة المنفردة والثاني مصدره القانون.

- صحيح أن القرار ٦٠ ل.ر. لا يطبق على المسلمين عملاً بالقرار ١٩٣٩/٥٣ إلا أن المادة ٢٣ من القرار المذكور سارية وتطبق على الزوجة المسيحية لا على زوجها الذي بدّل دينه واعتنق الإسلام.

- يستبعد هذا الاتجاه مفاعيل الزواج الثاني بكاملها لأنه يستحيل قانوناً ومنطقاً إبقاء الزواج المسيحي الأول قائماً بكل مفاعيله فيما لو لم تستبعد مفاعيل الزواج الثاني الشرعي.

(١) سامي منصور، الذين وتنازع القوانين في مادة الإرث والأحوال الشخصية في القانون الدولي الخاص، المرجع المذكور، صفحة ١٩٢.
(٢) استئناف مدني، القرار رقم ١٤٣، الصادر في ١٩٨٨/٥/٢٣، لياس أبو عيد، القرارات الكبرى في الاجتهاد اللبناني والمقارن، العدد ٣٨، صفحة ٧٦ إلى ٧٨.

(٣) عادل يمّين، التنازع التشريعي والقضائي في مسائل الزيجات في لبنان، المرجع المذكور، صفحة ٦٩.
(٤) قرار حديث صادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الخامسة، القرار رقم ٢٠٨، الصادر في ٢٠٢١/١٢/١٦، مجلة العدل، ٢٠٢٢، العدد الأول والأخير، صفحة ٢٨٧ و ٢٨٨. قرّرت المحكمة بموجبه: "... حيث إنه وإن كانت أحكام الشريعة تبيح تعدد الزوجات، فالأمر هو بخلاف ذلك لدى الطوائف المسيحية التي لا تجيز زواجاً ثانياً إلا بعد تفكك الزواج الأول بالوفاة أو بصدور قرار يقضي ببطان أو بفسخ الزواج..."
"... وحيث أنّ جوهر المبدأ المنصوص عليه في الحالة الأولى من المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. هو تطبيق القانون الذي نشأ في ظلّه الزواج ومفاعيله بصرف النظر عن اختلاف الدين، فهو بالتالي استثناء من قاعدة المانع الإرثي الذي يسببه اختلاف الدين أو المذهب بين كل من المورث أو من الورثة لتحديد صفتهم أو أنصبتهم الارثية..."

"... وحيث أنّ الزواج الثاني الشرعي وإن كان يتطابق مع الأحكام القانونية للطائفة التي انتقل إليها المورث قبل وفاته، إلا أنه يكون قد خالف القانون الذي يرعى زواجه الأول الذي لا يسمح بتعدد الزيجات والذي يعتبر أنّ زواجه الثاني باطل.... وحيث أنه إضافة إلى ذلك وعملاً بأحكام المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. لا تسري نتائج زواجه الثاني بوجهه الأول غير المنصرم في تاريخ وفاته أي بوجه الجهة المدّعية، فيقتضي تطبيق قانون طائفة الزوم الكاثوليك على هذا الزواج ومفاعيله وحصر إرثه وتوزيعه على هذا الأساس..."

(ب) مدى أحقية العائلة الثانية المسلمة في الميراث.

تقتضي الإشارة وقبل الغوص في مسألة مدى أحقية العائلة الثانية المسلمة في الميراث التّويه إلى أنه في قضايا الإرث، يُتخذ أساساً لتعيين القانون الواجب التّطبيق ولتحديد المحكمة المختصة ديانة المورث وقت وفاته ولا يعدّ ديانة الوارث... كما أنّ تعيين رابطة القرابة اللازمة لتحديد الحقوق الإرثية إنّما ينطلق من نظام الأحوال الشخصية الذي كان سائداً بتاريخ الوفاة^(١). فإذا توفي شخص على رابطة دينية أو إقليمية معينة وجب تحديد هذه الحقوق انطلاقاً منها...^(٢)

مثلاً، إذا توفي شخص على الدين الإسلامي تطبّق على إرثه أحكام هذا الشّرع. وقد سبق أن دوّنا موقف القضاء الشّرع الذي يقضي بحفظ اختصاصه وتوريث العائلة المنبثقة من الزّواج الشّرع الثاني فقط وحجب التّركة عن العائلة المسيحية المنبثقة من الزّواج الأوّل لأنّ اختلاف الدّين عند الإسلام يشكّل مانع من موانع التّوارث. والسّبب الجوهرية في هذا المنع يكمن في أنّ الإرث سببه التّعاون والتّناصر بين الوارث والمورث ولا تناصر بين مسلم وغير مسلم. فإذا اختلف الوارث والمورث في الديانة وقت استحقاق الإرث وهو وقت وفاة المورث، منع الوارث من الإرث لهذا السّبب. ويعطي أغلب الشّراح في هذا الموضوع مثلاً وهو عندما يتوفّى رجل مسلم تاركاً زوجة كتابية، فالأخيرة لا ترثه ما دامت على ديانتها المسيحية وقت وفاته. لذلك، إنّ القضاء الشّرع لا يتردّد في حفظ اختصاصه للحكم بحصر إرث المتوفّى على الدّين الإسلامي لصالح ورثته من المسلمين فقط، ويستبعد من نطاق الإرث الورثة غير المسلمين سواء كان المتوفّى هو من اعتنق الإسلام أو أن ورثته ارتدوا عنه أو كانوا أساساً غير مسلمين^(٣).

وقد يحصل أن يبذل الشّخص طائفته قبل وفاته إلى أحد المذاهب الإسلامية (من سني إلى شيعي أو بالعكس)، حيث نصّت المادّة ٦٠ من قانون تنظيم القضاء الشّرع السّني والجعفري الصّادر في ١٦/٠٧/١٩٦٢ في هذا الإطار على أنّه: "في مسائل الإرث والوصية والوقف إذا كان الورثة أو الموصى لهم أو مستحقو الوقف من مذهبين مختلفين فإنّ محكمة مذهب المتوفّى أو الواقف تكون هي ذات الاختصاص". كما أكّدت صراحة المادّة ٦٢ من نفس القانون على اختصاص محكمة المتوفّى بنصّها: "...وأما فيما يختص بميراث أحد الزّوجين عند وفاته فيرجع في تقسيمه وفصل المنازعات بشأنه في مطلق الأحوال إلى محكمة الزّوج المتوفّى أو الزّوجة المتوفاة".

(١) تمييز مدني، الغرفة الزّابعة، القرار رقم ٤٤، الصّادر في ٢٢/٠٩/٢٠١٥، كساندر، العدد ٩، صفحة ١٦١٠ - ١٦١١. ورد في متن القرار: "إنّ القانون الذي يرعى أحكام الإرث عند اختلاف الأنظمة الارثية تبعاً لإختلاف الطوائف هو نظام الطائفة التي يكون عليها المورث عند وفاته...".

(٢) تمييز مدني، الغرفة الخامسة، القرار رقم ٦١، الصّادر في ٠٩/٠٤/٢٠٠٢، عفيف شمس الدين، المصنّف السنوي في الاجتهاد في القضايا المدنية، ٢٠٠٢، صفحة ٣٩٠ - ٣٩١.

(٣) مها عمّار، التنازع الداخلي الناتج عن تبديل الدّين للأحق للزّواج، المرجع المذكور، صفحة ٤٩-٥٠.

فضلاً على ذلك، تنظر المحكمة البدائية في جميع الدعاوى الداخلة في اختصاص المحاكم الشرعية وفق ما جاء في المادة ١٦ من قانون تنظيم الشرعي، وقد أوردت المادة ١٧ من نفس القانون أن إعلان وفاة المسلم وحصر إرثه هو من قبيل الدعاوى والمعاملات التي تدخل في اختصاص المحاكم الشرعية.

عليه تستند المحكمة الشرعية إلى الأسس القانونية المتقدمة كيما تعلن اختصاصها فتتظر في حصر وتوزيع تركة المورث الذي كان قد توفاه الله وهو على الدين الإسلامي وتطبق عليه أحكام الشرع باعتباره القانون الوحيد الواجب التطبيق. كما أن المحاكم الشرعية تحجب عن العائلة المسيحية الأولى للزوج سيان عقده زواجا ثانياً بعد اعتناقه الإسلام أم لم يُعقد مستندة إلى القاعدة الشرعية التي سبق لنا أن أوردناها وهي عدم توريث غير المسلم.

ففي أحد القرارات الصادرة عن محكمة التمييز المدنية قضت الأخيرة، "...أن القرار المطعون فيه أحسن تطبيق القانون حين قرّر صلاحية القضاء الشرعي الشيعي بإعلان وفاة وحصر إرث المتوفى الذي كان قد تزوج زواجاً مارونياً ورزق من زواجه ستة أولاد ثم ما لبث أن أبدل دينه من مسيحي ماروني إلى مسلم شيعي ورزق من زواجه الثاني ثلاثة أولاد، وبناءً على ذلك، تطبيق القانون الجعفري من أجل تحديد الورثة وتوزيع التركة على أصحابها."

وتابع القرار، "...حيث إنه وبما خص القول بعدم سريان مفاعيل الزواج الثاني على حقوق المستدعي الإرثية (وهو أحد أولاد المتوفى من زواجه الماروني الأول)، فإن هذا الأخير فقد الحق بالتقدم بمثل هذا الطلب بعد أن أصبح هو أيضاً شيعياً تابعاً للأحوال الشخصية نفسها التي ينتمي إليها والده والتي يسمح نظامها بتعدد الزيجات، مما يوجب تصديق القرار الاستثنائي من حيث النتيجة التي توصل إليها..."

من ناحية أخرى، "...بما أن الزوجة الأولى المارونية لم تطعن بالزواج الثاني أمام المرجع المختص ولم تتقدم بأي طلب يرمي إلى اعتباره غير ذي مفعول بالنسبة لحقوقهما الإرثية المتأنتية لها من زواجها الماروني غير المنفصم الذي ما زال قائماً حتى وفاة زوجها مما يحول دون إمكانية هذه المحكمة التطرق إلى هذه النقطة..."^(١)

الفقرة الثانية: انتفاء النص الذي يحكم مسألة الميراث يثير تنازعاً شخصياً بين القوانين الطائفية المرحة التطبيق.

إنّ الحلول التي وُضعت لتحكم النزاعات الإقليمية هي نفسها التي تعتمد في حلّ النزاعات الشخصية، نذكر من بين هذه النزاعات (التنازع الناشئ حول القانون الواجب التطبيق على الزواج والصكوك المتعلقة به عندما يبذل أحد الزوجين دينه انفرادياً).

(١) محكمة التمييز المدنية، غرفتها الثانية، القرار رقم ٢ الصادر في ١٧/٢/١٩٨٥، كساندر الإلكتروني، IDREL PRIME. أنظر أيضاً، محكمة استئناف بيروت، غرفتها السادسة، القرار رقم ١٠٤، الصادر في ١٠/٦/١٩٧٤، النشرة القضائية، ١٩٧٥، صفة ٥١٦.

هذه الحلول تهدف في كلّ الحالات إلى اختيار القانون الأنسب لحكم العلاقة، أي القانون الأكثر اتّصلاً بالعلاقة، وإن كان الاختيار في التنازع الشّخصي هو للسلطة التي تكون صاحبة الصّلاحية في حلّ النزاع، وليس للقانون مباشرةً كما في التنازع الإقليمي. فالتنازع في حالتنا الرّاهنة هو تنازع بين السّطات الشّخصية (السّطات الطّوائفية) داخل الدّولة، والمطلوب هو تحديد السّطة المختصّة من بينها كيما تكون هي صاحبة الصّلاحية للنظر في النزاع، وهذه السّطة لا تملك إلاّ تطبيق قوانينها. كما أنّ عنصر التّعيين في هذا النّوع من التنازع، هو العنصر الشّخصي الذي يركّز إلى انتماء الشّخص إلى دين أو طائفة^(١).

ولا بد من الإشارة إلى أنّ تغيير الدّين لا يغيّر في القانون الذي ترتبط به مصالح الآخرين، كما في الزّواج الذي يُبرم أمام طائفة معيّنة، فهو يبقى الاختصاص للقانون الذي احتلّ بموجبه بالزّواج ولو غير أحد الزّوجين دينه^(٢) استناداً إلى المواد ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. فقرتها الأولى، والمادّة ١٤ من قانون ٢ نيسان سنة ١٩٥١. أمّا إذا بدّل كلا الزّوجين طائفته فإنّهما يعلنان عن تنازلهما الإرادي عن أحكام قانونهما الطائفي القديم ويخضعان زواجهما وكذلك الصّكوك أو الموجبات المتعلّقة بأحوالهم الشّخصية للقانون الجديد الذي انتسبا إليه، وهذا ما سنبحثه في موضعٍ لاحقٍ من رسالتنا.

إنّ إرث المسيحي الذي تزوّج كنسياً ثم عاد وبّدل دينه واعتنق الإسلام، ثمّ تزوّج ثانيةً وفق أحكام الدّين الجديد، يثير تنازاعاً شخصياً بين القوانين الطّوائفية المرّجحة التّطبيق، أي بين القانون القديم وهو قانون الإرث لغير المحمديين الصّادر في ٢٣ حزيران ١٩٥٩ الذي يولي الاختصاص للمحاكم الرّوحية ما يقضي معه توريث العائلة المسيحية وحجب التّركة عن العائلة المسلمة، وبين القانون الجديد وهو أحكام الإرث في الشّريعة الإسلامية، فطالما أنّ المورث توفي على ديانة الإسلام فإنّ ذلك سيولي الاختصاص للمحاكم الشّرعية في حصر إرثه وتوزيعه، بالتّالي توريث العائلة الثّانية كامل التّركة وحجبها عن العائلة الأولى. أم يقضي لحلّ التنازع تطبيق القانونين معاً القديم والجديد بالتّالي توريث العائلتين، وإذا كان كذلك، فما هي المبررات الواقعية والقانونية لإعمال الحلّ الأخير؟

للإجابة على ذلك، سنعمد إلى تبيان الحلّ الذي استقر عليه الاجتهاد والأسباب الموجبة في اعتماده، أي الأساس القانوني المسند إليه، فنبحث في حلّ التنازع بتوريث العائلتين (أ) وحلّ التنازع بما يتلاءم مع مقتضيات العدل والإنصاف (ب).

(١) سامي منصور، الدّين وتنازع القوانين في مادّة الإرث والأحوال الشّخصية في القانون الدّولي الخاص، المرجع المذكور، صفحة ١٨٧.

(٢) سامي منصور، نفس المرجع، صفحة ١٨٧ و١٨٨.

(أ) حل التنازع بتوريث العائلتين.

لجأت محكمة التمييز في قضائها نحو اعتماد حل وسطي استقر عليه الاجتهاد، بموجبه يعطي القاضي المنفرد صلاحية تحديد حصة الزوجة المحفوظة المستمدة من القانون الذي يرعى نظام الأحوال الشخصية الذي بمقتضاه ارتبطت بزوجها دون الالتفات إلى نظام الأحوال الشخصية الذي انتقل إليه الزوج بمفرده، على أن يبقى للقضاء الشرعي أن يوزع ما تبقى من إرث الزوج على باقي الورثة بمقتضى نظام أحواله الشخصية^(١). لا ريب أن هذا المبدأ الذي استقر عليه الاجتهاد يُنصف كلتا العائلتين المتأثرتين من زواج أول مسيحي للمتوفى الذي ما زال قائماً، وزواج ثانٍ شرعي عُقد بعد أن أبدل الأخير ديانته واعتنق الإسلام.

وفي هذا السياق، ورد اتجاهين، أولهما اتّجاه راجح يقضي بتوريث العائلة الأولى الحصة المحفوظة لهم حسبما تقرره أحكام الوصية (المادة ٥٨ وما يليها من قانون الإرث لغير المحمديين) وترك النصاب الحرّ لسيادة القضاء الشرعي^(٢)، والاتّجاه الثاني يقضي بتوزيع الإرث مناصفةً بين العائلتين بغض النظر عن أي حصة قد حفظها القانون للعائلة المسيحية الأولى وهو الاجتهاد الأقل رجحاً.

فيما خص الاتجاه الأول، قضت محكمة التمييز في أحد قراراتها " إن المميز عليها تزوجت من المورث لدى الطائفة المارونية، بعدها قام الأخير بتبديل دينه إلى مسلم وتزوج ثانيةً من امرأة مسلمة على المذهب الحنفي. توفي الزوج عن زوجتين وعن شقيق وأولاد شقيقة توفيت قبله، فعمدت الزوجة الثانية إلى الاستحصال على قرار حصر إرث صادر عن محكمة بيروت السنية تضمن أن للزوجة سهماً واحداً والمديرية العامة للأوقاف ثلاثة أسهم وقد استبعدت الزوجة الأولى المميز عليها من الإرث بسبب مانع اختلاف الدين.

تقدّمت المميز عليها أمام الهيئة العامة لمحكمة التمييز باعتراف تناولت فيه قرار حصر الإرث الأول طالبةً إبطاله لعدم اختصاص المحكمة التي أصدرته عارضةً أنه كان على المحكمة الشرعية أن تقدّر ما تشاء بالنسبة لتعيين الحصص الإرثية بين المستحقين من الطائفة الإسلامية إنما كان من واجبها أن تحفظ اختصاص المحاكم المدنية للنظر في تحديد الحصة الإرثية الثابتة قانوناً للمعترضة.

فتقدّمت المميز عليها إثر ذلك بالدعوى تطلب بمقتضاها تحديد نصيبها الإرثي بالاستناد إلى المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. التي تبقي الزواج وما يتعلّق به خاضعاً للقانون الذي احتقل بموجبه به والتي تعطي المحكمة المدنية اختصاصاً للنظر في القضية وإلى المادة ٢٠ من قانون الإرث لغير المحمديين وهي تعطي الزوجة نصف التركة في حال اجتماعها مع الأخ والأخت. بيد أن الزواج الجديد ليس له أن يعدّل الحقوق المالية التي تترتّب على الزواج الأول.

(١) عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور، صفحة ٢٨٩ و ٢٩٠. نقلاً عن القرار الصادر عن محكمة التمييز المدنية الصادر في ١٩٨٣/٠١/٢٠ والتي ارسّت بموجبه المبدأ المذكور واستقر عليه الاجتهاد.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ١٥، الصادر في ١٩٨٩/١١/٠٨، النشرة القضائية، ١٩٨٩، صفحة ١٣٤.

اعتبرت محكمة التمييز أنّ القرار المطعون فيه لم يخطأ عندما قرّر حفظ حصّة الزوجة المميّز عليها بالنسبة التي عينها القانون الساري على زوجها، والتي تتأثر بدرجة القرابة بين المتوفى وباقي المستدعين والتي يعود حق تقديرها للمحاكم المدنية طالما أنّها من غير المحمدين وذلك انطلاقاً من الإستثناء التي نصت عليه المادة ٢٣ المذكورة والذي يؤدي إلى إخراج الورثة التي نشأت حقوقهم عن عقد الزواج دون غيرهم من دائرة اختصاص المحكمة الشرعية التي توفي المورث على قانونها ليرفع عنهم المانع الإرثي الذي يسببه اختلاف الدين (١).

في قرار مماثل اعتبرت محكمة التمييز أنّ المانع الإرثي الذي يسببه اختلاف الدين لا يمكن تطبيقه على الورثة الذين ينشئهم المورث بإرادته وقبل وفاته وهم الزوجة والفروع الأمر الذي يستتبع عدم حرمان العائلة الثانية المسلمة من إرث مورثه، وتستكمل تعليلها بالقول إنّ حرية المعتقد لا تبيح أيضاً حرية التملص من المفاعيل الإرثية الثابتة والمكتسبة لورثة أوجدتهم المورث قبل إقدامه على تبديل دينه إذ أنّ الحصّة المحفوظة ملزمة للمورث ولا تتأثر بإرادته (٢).

في اتجاه آخر يحمل ذات النتيجة التي تقضي بتوريث العائلتين مع اختلاف في كيفية توزيع الإرث. قضت محكمة الاستئناف في أحد قراراتها إلى توزيع الإرث مناصفةً بين العائلتين بعيداً عن مبدأ الحصّة المحفوظة معللة قرارها: "... بما أنّه يعود للقضاء المدني تحديد ورثة المرحوم (ع.ن) من زواجه الأول المسيحي وحصّة كل منهم الإرثية، ويدخل ضمن اختصاص القضاء الشرعي أمر تعيين ورثة المرحوم من الطائفة الإسلامية ومقدار الحصّة الإرثية لكل منهم، فإنّه ينبغي توزيع تركة المرحوم (ع.ن) مناصفةً ما بين ورثته المسلمين وورثته المسيحيين، بحيث يعود ١٢٠٠ سهم من تلك التركة للجهة المستأنف عليها وتعود الأسهم الباقية لورثته المسلمين... (٣)

(١) تمييز مدني، قرار رقم ٢٦، الصادر في ٢٠٠١/٠٣/١٣، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية www.legallaw.ul.edu.lb.

ورد في القرار المذكور بشأن مخالفة مبدأ شمولية حصر الإرث، إذ ردت محكمة التمييز السببين السادس والسابع المرتبطين بهذه المسألة، معللة موقفها بالآتي:

" حيث أنّ المميّزة تأخذ في إطار هذين السببين على محكمة الاستئناف أنّها وقعت في تناقض عندما اعتبرت أنّ الأحكام القانونية التي أوجبت ترتيب حقوق إرثية للزوجة الأولى لا تطبق على الزوجة الثانية فحددت الحصّة الأولى بنصف التركة تاركاً النسبة الأخرى معلقة دون توزيع بحيث تكون خالفت قاعدة مفروضة في حصر الإرث هي الشمولية والتي كانت تفرض توزيع الإرث كاملاً بين جميع الورثة المستحقين".

" إن القرار المطعون فيه قد قام باقتطاع نسبة النصف من مجمل التركة التي عادت جميع عناصرها إلى المميّزة ليعطيها إلى المميّز عليها فلم يناقض ذاته أو يخرج عن مبدأ الشمولية فيرد السببان السادس والسابع انطلاقاً من هذا التعليل لتبرير ما انتهت إليه محكمة الاستئناف في أي حال".

(٢) تمييز مدني، الغرفة الخامسة، القرار رقم ٦١، الصادر في ٢٠٠٢/٠٤/٠٩، باز، ٢٠٠٢، المجموعة ٤١، صفحة ٤٦٨ وما يليها. وأيضاً كساندر الاكتروني، IDREL PRIME.

" ... حيث أنّ المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. إذا كانت قد حفظت للزواج المسيحي الأول غير المنفصم نتاجه كافه ولا سيما تلك المتعلقة بالحقوق الإرثية اذ رفعت عن أفراد المانع المتعلق باختلاف الدين، إلا أنّه ليس من شأنها تعطيل المفاعيل الإرثية الناتجة عن الزواج الثاني المعترف بصحته، كما أنّه ليس في مقدورها أن تشل آثاره الباقية التي كانت قائمة على حياة الزوج إن لجهة المسكنة أو النفقة أو أي واجب آخر فرضه القانون الذي يرضى الزواج الثاني على الرغم من أنّ تنفيذها يؤثر سلباً في الحقوق الموازية العائدة للعائلة السابقة.

وحيث أنّ القرار المطعون فيه يكون بذهابه خلاف ذلك قد أخطأ في تفسير المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. معطوفة على المادة ١١ منه والمادة ١٧ من القانون الصادر في ١٩٦٢/٠٣/١٦، إذ هو أعطاها مفهوماً مطلقاً شاملاً، لا تحمله، فيقتضي إبطاله.

ولقد قرّرت المحكمة توزيع الأنصبة الإرثية بين أفرادها والشخص الثالث على التساوي بحيث يصيب كل واحد منهم ٣٠٠ سهماً من أصل ١٢٠٠ سهم وذلك عملاً بالمادة ٢٠ من قانون الإرث الصادر في ١٩٥٩/٠٦/٢٣.

(٣) استئناف مدني، الغرفة السادسة في الشمال، القرار رقم ٢٠٤، الصادر في ٢٠١٧/٠٤/٠٦، غير منشور. يراجع مها عمار، التنازع الداخلي الناتج عن تبديل الدين للأحق للزواج، المرجع المذكور، الملحق رقم ٢.

(ب) حل التنازع بما يتلاءم مع مقتضيات العدل والإنصاف.

لاحظنا أنّ الحل القاضي بتوريث العائلتين من قبل الاجتهاد الغالب غير مبني على مرتكز قانوني سليم، ويختلف التعليل فيما لو اعتبرنا أنّ الإرث يدخل فئة الأحوال الشخصيّة أو يستقل عنها. إذا اعتبرنا أنّ الإرث يدخل فئة الأحوال الشخصيّة لاعتبارات دينيّة وتاريخيّة عديدة وليس لاعتبارات قانونيّة صرف^(١)، فإنّه يقتضي معرفة أنّ الحل القائم على توريث كلتا العائلتين "المسيحيّة من الزّواج الأوّل"، والمسلمة من زواجٍ ثانٍ يفقد سنداً قانونياً صحيحاً وذلك للأسباب الآتية:

- من طبيعة دعاوى حصر الإرث أنّها لا تقبل التّجزئة (بالاستناد إلى مبدأ الشّموليّة). عليه، فهي تقوم على حل قانوني واحد تجاه جميع الورثة المتداعين. ولاحظنا أنّ محكمة التّمييز اعتمدت حلّين منفصلين كيما تحفظ حقوق كلتا العائلتين. الحل الأوّل خاص بالعائلة المسيحيّة وهو اقتطاع حصّة محفوظة لهم قانوناً بالاستناد إلى أحكام الوصيّة، والحل الثّاني خاص بالعائلة المسلمة وهو توزيع باقي التّركة عليها^(٢).

- إنّ الحصّة المحفوظة المقرّرة للعائلة المسيحيّة المنبثقة من الزّواج الأوّل تدخل في مؤسّسة الايضاء ونصابها وليس مؤسّسة الإرث ونصابها. عليه، ليس جديراً اعتماد القياس وتطبيق مبدأ الحصّة المحفوظة على الإرث، لأنّ المشترع اشترط لتطبيقها أن يكون المورث قد نظم وصيّة بصورة مسبقة يكون قد تجاوز فيها الحصّة المحفوظة للفروع أو الوالدين أو أحد الزّوجين ولا يمكن إعمال هذا المبدأ وقسمة التّركة إلّا بتحقيق هذا الشرط. على الرّغم من ذلك، اعتبر البعض أنّ الحصّة المحفوظة التي حدّتها المادّة ٥٨ وما يليها من قانون الإرث لغير المحمديين، وإن كانت واردة في قسم الوصيّة إلّا أنّها قد تتشابه مع أحكام الإرث ذلك أنّ التّركات كانت تاريخياً تنتقل عن طريق الوصيّة ولأنّ أحكام الوصيّة وأحكام الإرث متداخلة وقد وردت في قانون واحد. هذا فضلاً عن أنّ المشترع عندما ينص عمّا يفيد بأنّ بعض الورثة يرثون في شتّى الظروف حصّة معيّنة، لا يمكن حرمانهم منها عن طريق الوصيّة أو الهبة، أكان ذلك في باب الإرث أم في باب الوصيّة أم في أيّ باب آخر فإن أحكامه هذه تأخذ أيضاً وبالتأكيد مجراها للتطبيق عندما يُقدم المورث على أيّ عمل من شأنه أن يمس بهذه الحصّة، وبصورة خاصّة، عندما يُقدم على تغيير دينه^(٣).

- لا يمكن القول إنّ نصيب العائلة الأولى من الإرث هو حق مكتسب لها. فهي لم تكتسبه بالزّواج أو بالولادة، بل اكتسبته بوفاة المورث ويتحقّق شروط إرثها منه. إذًا، إنّ اعتماد القضاء لمبدأ الحقوق المكتسبة لحماية العائلة الأولى واقتطاع الحصّة المحفوظة المحدّد قانوناً ليس في محلّه القانوني لأنّ الإرث يستحق بوفاة المورث ولا

(١) أنظر، عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور سابقاً، صفحة ٢٩٢. وأيضاً، سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، المرجع المذكور، صفحة ٦٩٠ وما يليها.

(٢) تمييز مدني، الغرفة الأولى، القرار رقم ٥١، الصادر في ١٩٦٣/٠٥/٠٩، المستشار، مجموعة المصنّفات للقاضي الدكتور عفيف شمس الدين، صادر عن دار الكتاب الإلكتروني باتفاق مع المؤلف، التّصنيف العام: أحوال شخصيّة، التّصنيف الفرعي: حصر الإرث.

(٣) عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور، صفحة ٢٤٩.

يمكن الاحتجاج بهذا الحق قبل تحقق شرط الوفاة عملاً بالمبدأ الكلي "من استعجل الشيء قبل أوانه عوقب بحرمانه" (١)

أمّا إذا اعتبرنا أنّ الإرث ليس من مفاعيل الزواج والصّكوك المتعلقة به المنصوص عنها في المادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. سنكون أمام حالة فراغ تشريعي ينبغي سدّه وذلك عن طريق اعتماد مبادئ الإنصاف التي ألزمها المشترع القاضي اعتمادها عند انتفاء النص.

وقد توصلت محكمة التمييز إلى هذه النتيجة وإن لم تعترف صراحةً بالشّعور التشريعي وذلك عندما تقوم بعملية التليين والتطويع بين المبادئ والأحكام القانونيّة المتضاربة التي تحكم الموضوع، وهي الدّستور وكفالاته لحرية المعنقد، مبدأ التّحاييل على القانون يُفسد نتائج أي عمل، عدم إمكانية تعديل العقود بالإرادة المنفردة، الشرائع الدّينية المتعارضة التي تمنع التّوارث بين شخصين من دينين مختلفين وواجب إخضاع المرء لقانون دينه، الحقوق المكتسبة، وأخيراً الحالة القانونيّة التي تحكمها المادّة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. التي تبقي الزواج والصّكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشّخصيّة خاضعة للقانون الذي احتل بموجبه هذا الزواج أو عُقدت هذه الصّكوك في ظلّه حتّى ولو انتقل أحد الزوجين منفرداً إلى طائفة أخرى أو دين آخر.

فالحلّ القانوني السليم حسب القوانين المرعيّة الإجراء وإن كان غير منصف يكون في توريث العائلة المسلمة فقط دون العائلة المسيحيّة كون القاعدة القانونيّة في مادّة الإرث تُلزم إخضاع الإرث للقانون الذي مات عليه المورث دون غيره من القوانين. وإذا افترضنا غير ذلك سنصطدم مباشرةً بالمانع الإرثي الذي يحجب التركة عن غير أتباع طائفة أو مذهب المورث.

إذا كان ذلك كذلك، مؤدى ذلك انتفاء النصّ الصريح الذي يحكم مسألة توريث كلتا العائلتين. والقضاء بنظرنا اعتمد مبادئ الإنصاف المنصوص عنها صراحةً في الفقرة الرابعة من المادّة ٤ أ.م.م من أجل سدّ الثغرة القانونيّة في هذا المجال، دون أن يعلن عن ذلك صراحةً وذلك للأسباب التّالية:

- من أجل إيجاد مخرج اجتماعي وإنساني للمسألة المطروحة في هذه العجالة في ظلّ انتفاء نصّ صريح وجازم يقضي بتوريث العائلتين، وهما العائلة المسيحيّة من زواجٍ أوّل غير منصرم، والعائلة المسلمة من زواجٍ ثانٍ بعد أن بدّل المورث ديانته إلى الإسلام.

- عدم معرفة النظام القانوني اللبناني للنظام المالي الزوجي كمؤسسة قانونيّة لها أحكامها النظاميّة، كما في القانون الفرنسي ما يفرض بالتّالي إخضاع العلاقة إلى القانون الذي يحكم آثار الزوجين ماليّة وشخصيّة.

(١) المادّة ٩٩ من مجلّة الأحكام العدليّة.

فالمسألة إذاً هي مسألة تصنيف للعلاقة والمحاكم اللبنانية في عملية التصنيف تلك لا تملك أي مؤشّر يسمح لها بإجراء ذلك التصنيف إذ أنّ القانون اللبناني صامت بالنسبة لعقود الزواج كما أنّ القوانين الدينية في لبنان لا تتضمن أي نص يتعلّق بالآثار المالية للزواج^(١).

- علاوة على ذلك، تُتَّبَع في تنازع القوانين الطائفية القواعد المتبعة في القانون الدولي الخاص التي تحبذ تطويع adaptation وتلطيف Attenuation القوانين لتصبح أكثر ملائمة مع واقع الحال. إذ أنّ تطبيق القواعد القانونية بصورة مجردة ومنعزلة عن الواقع سيؤدّي حتماً إلى نتائج قاسية، بل قسرية أحياناً وغير مقبولة^(٢). فالقواعد القانونية في قوانين الأحوال الشخصية كما أوردنا فيما سبق، هي تكليف بواجب، ولا يمكن تعيين الواجب إلّا من خلال تقويم الواقع، وإذا كان القانون هو مصدر كل الحقوق فهو لا يعدو كونه المصدر البعيد غير المباشر للحقوق، فيما المصدر المباشر لها هو الواقع. وإذا كانت الواقعة تفتقد قاعدة قانونية ترعاها فلا مناص في هذه الحالة من اعتماد مبادئ الإنصاف لتقرير الحلّ القانوني لبعض النزاعات غاب عن القانون تقريرها أو إقرارها، كالحالة التي تقرّر فيها محكمة التمييز توريث العائلتين المسيحية والمسلمة على حدّ سواء.

أخيراً يقتضي التّويه أنّنا لسنا هنا بصدد تجريد المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. من مفاعيلها وإنّما هدفنا الرئسي إلقاء الضوء على الثغرات التي تعتري المادة المذكورة فيما لو أردنا توسيع نطاق تطبيقها كيما تشمل مادة الإرث. وصحيح أنّنا من أنصار التطبيق الحرفي للنص بعد دراسة أسبابه الموجبة، حكمته، وكافة أبعاده، ونعلم جيّداً أنّ القانون قد يكون قاسٍ في بعض الأحيان لكن هذا هو القانون (Dura Lex Sed Lex)، لهذا السبب اعتبرنا أنّ محكمة التمييز احتاطت وأدركت قسوة القانون فلطّفت القاعدة باعتماد مبادئ الإنصاف ليس من أجل الخروج بحلّ توفيقٍ يُنصف كلتا العائلتين وحسب، وإنّما من أجل سدّ الثغرة القانونية التي غاب عن نصّ المادة ٢٣ ل.ر. ذكرها، وهي شمول الإرث بمنطوقها صراحةً وأساساً.

بند ثانٍ: مسألة التّحاييل على القانون عند تبديل الزوجين طائفتهما.

" إذا ترك الزوجان طائفتهما فيكون زواجهما وكذلك الصّوك أو الموجبات المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامها الجديد ابتداءً من التاريخ الذي قيّد فيه تركهما لطائفتهما في سجلات الأحوال الشخصية، على أنّه لا يمكن في هذه الحال أن تُنزع عن الأولاد صفة الأولاد الشرعيين بمجرد ترك الأبوين طائفتهما".

(١) عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، المرجع المذكور، ٢٩٢.

(٢) عبده جميل غصوب، نفس المرجع، صفحة ٢٩٤ إلى ٢٩٦. وأيضاً، سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، المرجع المذكور، صفحة ٦٩٣.

هذا ما جاء في صراحة المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر التي تؤكد أنّ الزوجين الذين بدّلا دينهما سوياً يكونان بملاً ارادتهما اختاراً نظام طائفتهما الجديدة كقانون واجب التطبيق على زواجهما والصّكوك أو الموجبات المتعلقة بأحوالهم الشخصية.

لكن يبقى لنا أن نتساءل، هل الغش يفسد كل شيء فيما لو أبدل الزوجين طائفتهما بغية التهرب من التزامات كان قد فرضها نظام أحوالهم الشخصية الذي كان سائداً قبل إجراء التّبديل أم أنّ هذا المبدأ يضمن أمام مبدأ آخر أجدر بالحماية وهو حرية المعتقد؟

لا ريب أنّ تعدّد أنظمة الأحوال الشخصية في لبنان يفتح الباب على مصراعيه أمام الأساليب الملتوية التي يلجأ إليها الأفراد في بعض الأحيان للحؤول دون الخضوع للشّرائع التي ترعى أنظمة الأحوال الشخصية العائدة لهم قبل إجراء التّبديل عندما لا تتلاءم هذه الأنظمة ومصالحهم الفردية^(١). فيحتالون على القانون ويجرون التّبديل للاستفادة من الامتيازات والتسهيلات التي يؤمنها لهم نظام الطائفة الجديدة بعيداً عن الأغراض الايمانية والعقائدية.

إنّ الاجتهاد في هذا السياق وإن لم يُعزّد لمؤسسة التّحاييل على القانون المجال الواجب لها^(٢)، إلّا أنّه أبرز موقفين اجتهاديين متباينين، أولهما اتّجاه قديم أخذ بمبدأ الغش يفسد كل شيء، مؤداه وجوب التّحقق من نوايا الزوجين الذين يرغبان في الانتقال إلى طائفة جديدة، فإذا تبين أنّ الهدف من وراء التّبديل التّحاييل على القانون وسوءاً في النّية والمقصد احجمت المحكمة عن ترتيب أية مفاعيل قانونية يتأتّى من هذا الانتقال، ويبقى بالتّالي زواجهما ومفاعيله خاضعاً للقانون الذي نشأ في ظلّه^(٣) وتحفظ صلاحية المحكمة صاحبة عقد الزواج.

أمّا الاتّجاه الثّاني أهمل نظرية التّحاييل على القانون لصالح حرية المعتقد التي كفلها وصانها الدّستور بموجب المادة التاسعة رافضاً مناقشة الباعث والدّافع الذي آل نحو تبدال الطائفة، بيد أنّ سوء أو حسن النّية يصعب إثباته، كما أنّ القرائن المحيطة بهذا التّبديل لا تشكّل دليلاً دامغاً يسوغ تعطيل صلاحية الطائفة الجديدة، فإثبات التّحاييل صعب، بل شبه مستحيل. عليه، تبقى هذه المسألة من المسائل غير الحسّية ولا يمكن التّأكد منها على وجه لا يرق إليه الشّك، إذ يتعدّر على المحاكم المدنية الغوص في هذه المسائل العقائدية والزّوجية القائمة بين الإنسان وضميره...^(٤) "

من هذا المنطلق سوف نبحت تفصيلاً في الموقفين الاجتهاديين المتقدّمين، أي الموقف الاجتهادي الدّاعم لنظرية التّحاييل (الفقرة الأولى) والموقف الاجتهادي الدّاحض لنظرية التّحاييل (الفقرة الثّانية).

(١) عبده جميل غصوب، ملاحظات حول القرار الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٠٥ تحت الرّقم ٩٧/٢٣، مجلّة العدل، ١٩٩٨، العدد الأوّل، صفحة ٣.

(٢) عبده جميل غصوب، نفس المرجع، صفحة ٣.

(٣) أنظر، تمييز مدني، الهيئة العامة، القرار رقم ١١٠، الصادر في ١٨/٠٩/١٩٥١، النشرة القضائية ١٩٥٢، صفحة ٢٥٣.

(٤) تمييز مدني، الهيئة العامة، القرار رقم ٥، الصادر في ٠٣/٠٥/١٩٨٨، مجموعة حاتم، الجزء ١٩٧، صفحة ٤٢٧ وما يليها.

الفقرة الأولى: الموقف الاجتهادي الداعم لنظرية التحايل.

استندت محكمة التمييز في اتجاهها هذا على قاعدة "الغش يفسد كل شيء" وكانت الأخيرة تقف على الوقائع المادية عندما يقرر الزوجين تبديل دينهما أو طائفتهما سوياً، فتتحرى عن القرائن التي يؤخذ بها لإثبات ما إذا كان التبديل جرى فقط من أجل التملص من مفاعيل قانون زواجهما الملزمة، كإقدامهما مثلاً على الطلاق مباشرة بعد تبديل الدين أو عودتهما إلى دينهما الأصلي بعد حصولهما على الطلاق فتعطل مفاعيل التبديل وتقرر إعادة صلاحية المحكمة التي تركا ديانتها احتيالياً. وإذ بهذا الاتجاه يعتبر أنّ التبديلات السريعة والتلقائية للانتماءات الطائفية في لبنان تشكل تحايلاً واضحاً على القوانين الطائفية ذات الصفة الإلزامية^(١).

من هذا المنطلق، شددت محكمة التمييز في قرارات عديدة، وبمقتضى المبادئ القانونية ألا تكون الغاية من تغيير الدين أو الطائفة إفساد قواعد النظام العام والتحايل على القانون، بيد أنّ مثل هذا العمل يعتبر احتيالياً من شأنه إفساد القواعد القانونية التي لا يمكن بموجبها منع شخص من التقاضي أمام قضاة الطبيعيين. وذلك تطبيقاً للقاعدة القانونية الكلية "الغش يفسد كل شيء"^(٢).

ففي أحد القرارات النموذجية المعبرة عن هذا الموقف والصادرة عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز، خلصت الأخيرة بنتيجته: "أنه من الثابت وفق ما تيسر من قرائن أنّ الزوجين بدّلا طائفتهم بهدف التملص من الالتزامات والموجبات في نظام أحوالهم الشخصية وذلك بغية الإخلال بقواعد النظام العام وتحويل صلاحية المحكمة المختصة الروحية إلى سواها".

وفي خلاصة لوقائع القضية، تبين أنّ الزوجين هما من الطائفة المارونية عقداً وزاجهما أمام المحكمة المارونية المختصة، وأثناء نظر محكمة الروتا بالقضية عمد الزوجان إلى تبديل مذهبهما إلى الأرثوذكسية ولم يدونا هذا التبديل في سجلات الأحوال الشخصية. بعدها تقدّمت الزوجة بدعوى طلاق أمام المحكمة الروحية الأرثوذكسية بتاريخ سابق لقيود التّرك في سجلات الأحوال الشخصية وفي وقت لم تكن فيه المحكمة الأرثوذكسية صالحة لتقبل الدعوى، الأمر الذي يدل على أنّ الفريقين قصداً بتغيير المذهب الإخلال بقواعد النظام العام التي تعين المحكمة الصالحة وهي المحكمة الروحية.

اعتبرت محكمة التمييز أنّ تغيير الزوجين لمذهبهما الماروني لم يكن صادقاً وإنّما كان احتيالياً على القانون بدليل أنّ الزوجة رجعت إلى مذهبها الماروني، وبدليل آخر أنّ الزوج أعلن أمام هذه المحكمة أنّه لا يزال على إيمانه الكاثوليكي وأقسم أمامها اليمين المعظم تأكيداً لذلك.

(١) عبده جميل غصوب، ملاحظات حول القرار الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٠٥ تحت الرقم ٩٧/٢٣، صفحة ٣.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ٣٦، الصادر في ١٩٥٦/٠٤/٠٣، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللبنانية، www.legallaw.ul.edu.lb.

أخيراً، خُلصت الهيئة العامة إلى رد الاعتراض واعتبار المحكمة المارونيّة وبالتالي محكمة الرّوتا هي المرجع المختص وقرّرت وجوب إنفاذ حكمها وإبطال الحكم الصّادر عن المحكمة المذهبيّة الأرثوذكسيّة في جبل لبنان^(١).

كما تعتبر الهيئة العامّة لمحكمة التّمييز بموقفها هذا أنّ الغاية من إبطال ما بني على باطل ليس هدفه تجريد المادّة ٢٣ الفقرة ٢ من مفاعيلها أو إبقاءها دون مفعول، بل يقتضي البحث في كل حالة تبديل حصلت، وذلك بصورة مستقلّة من خلال التّقصي عن الباعث الدّافع لهذا التّبديل، فإذا تبين وثبّت أنّ التّبديل جرى تحايلاً بهدف التّمّص من الالتزامات التي فرضها قانون الرّواج، أبطلت مفعول هذا التّبديل دفاعاً عن النّظام العام وحمايةً له.

ومن الثّابت قانوناً واجتهاداً وفقها أنّ الأحكام القانونيّة المتعلّقة بالأحوال الشّخصيّة هي أحكام الزاميّة متعلّقة بالنّظام العام، وتغدو كل محاولة للالتفاف عليها للتّهرب من تطبيقها تحايلاً على القانون، ممكنة الإثبات بكافة وسائل الإثبات^(٢). وفي هذا المنحى جاءت الفقرة ٦ من المادّة ٢٥٧ من قانون أم.م. تحكم مسألة الإثبات في حال التّحايّل حيث جاء في منطوقها: " يجوز الإثبات بشهادة الشّهود مهما كانت قيمة المدّعى به، إذا ثبت وجود تحايّل على القانون لإجراء عقد مخالف للنّظام العام أو لنص إلزامي. ما يفيد أنّه يمكن إثبات التّحايّل بسائر وسائل الإثبات.

إلا أنّ هذا الاتّجاه منتقد، صحيح أنّ محكمة التّمييز منعت الرّوجين من اعتماد وسائل احتياليّة هدفها الأساس تملّص الرّوجين من الموجبات والمفاعيل التي ربّتها زواجهم والحصول على منافع فرديّة غير مشروعة وغير محقّة تحت غطاء حرّيّة المعتقد، كما ردعت الرّوجين من تحويل الاختصاص القضائي دون وجه حق لأنّه من متعلّقات النّظام العام.

إلا أنّ هذا الموقف حرم الأفراد من الاستفادة من نظام طائفي كانوا قد اختاروه طوعاً، ولربّما انتسبوا إليه عن حسن نيّة. بيد أنّ الحق في اختيار المعتقد لا يمكن فصله عن الحق بالاستفادة من نظام الدّين الجديد في أي حالٍ من الأحوال فهو حق متفرّع منه وملازم له^(٣).

(١) تمييز مدني، الهيئة العامة، القرار رقم ١١٠، الصّادر في ١٨/٩/١٩٥١، النّشرة القضائيّة ١٩٥٢، صفحة ٢٥٣. بنفس المعنى، أنظر محكمة التّمييز المدنيّة، الغرفة الأولى، القرار رقم ٨٢، الصّادر في ٢٩/٠٨/١٩٥٦، مجموعة باز، ١٩٥٦، صفحة ١٠٤ و١٠٥.

(٢) محكمة استئناف بيروت، الغرفة العاشرة النّاطرة في القضايا العقاريّة، القرار رقم ٢٠٠٨/١٥٣٣، الصّادر في ٠٣/١٢/٢٠٠٨، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

(٣) مها عمّار، التّنزاع الدّاخلي النّاتج عن تبديل الدّين للأحق للرّواج، المرجع المذكور، صفحة ١٠٠.

الفقرة الثانية: الموقف الاجتهادي الداحض لنظرية التحايل.

دحض الموقف الاجتهادي رويداً رويداً نظرية التحايل على القانون عند تبديل الزوجين دينهما أو مذهبهما وأوجب تطبيق الفقرة الثانية من المادة ٢٣ ل.ر. بحذافيرها دون أن يستثنى منها حالة الغش يفسد كل شيء. بذلك أقر الاجتهاد المعاصر صلاحية محكمة طائفة الزوجين الجديدة للنظر بمفاعيل الزواج وذلك إما بسبب عدم ثبوت التحايل، وفي حال أثبت عدم إمكانية التدرع به ضد الزوج الآخر طالما أن الاثنين اشتركا فيه معاً انطلاقاً من قاعدة " عدم استفادة الخسيس من خساسته". بالإضافة إلى ذلك، عدم قدرة المحكمة التأكد مما يجول في خاطر وضمير المرء وصعوبة إثبات حسن أو سوء نواياه في هذا المجال. وأخيراً الأخذ بالحسبان " أن حرية المعتقد والانتقال من طائفة إلى أخرى مضان دستورياً فلا يمكن أن يحدّها دفع من هذا النوع " (١).

ففي قرار صادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز، أبطلت الأخيرة بموجبه القرار المعارض عليه وحكمت بعدم صلاحية المحكمة المارونية معللة قرارها بأن زواج المتداعين الذي كان معقوداً لدى الطائفة المارونية والذي انفصم لدى الطائفة التي انتقلا إليها وتكرّس انفصامه مدنياً لا يمكن أن يصلح لأن تستمد منه المحكمة المارونية اختصاصاً للنظر فيه وفي نتائجه وكأنه ما زال قائماً.

وبالعودة إلى وقائع القضية تبين أن المعارض عليها كانت من طائفة الروم الأرثوذكس وانتقلت إلى الطائفة المارونية لتعقد زواجها من زوجها الماروني لدى المحكمة المارونية المختصة، وبعد فترة وجيزة دب الخلاف بين الزوجين، فانتقل الزوجان معاً إلى طائفة السريان الأرثوذكس واستحصلا من محاكم هذه الطائفة على حكم بفسخ زواجهما وسجلا فسخ الزواج أصولاً في سجلات النفوس ورتباً علاقاتهما المالية على ضوء هذا الفسخ وتكريساً له.

بعد مرور أربع سنوات وبعد أن انتقل الزوج إلى طائفة الروم الأرثوذكس، عقد زواجاً جديداً. على أثر ذلك عادت الزوجة الأولى إلى الطائفة المارونية لتقاضيه أمام محاكم هذه الطائفة طالبةً الهجر والنفقة فقبلت المحكمة المارونية اختصاصها على أساس أن دعوى الزوجين المارونيين أصلاً واللذين عقدا زواجهما أمام السلطة المارونية هي من اختصاص وسلطة المحكمة المارونية دون سواها، وحق هذه السلطة نافٍ لسواها، كما أن انتقال الزوجين إلى طائفة أخرى لا يغيّر شيئاً لأنه ضرب من الإحتيال على القانون، وطلاقهما لدى طائفتهم الجديدة باطل شرعاً وقانوناً وإن كانت السلطة المدنية تعترف به، كما أن زواجهما لا يزال قائماً بنظر الكنيسة وللكنيسة الصلاحية المطلقة النافية لسواها للنظر في صحته أو عدم صحته وفي مسألة هجر الزوجين.

(١) فيليب خير الله، رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز على أحكام المراجع الطائفيّة، دراسة نُشرت في مجلة العدل، ٢٠٠٧، الجزء ٣، صفحة ١٠١٣، ١٠١٤.

من ناحية أخرى، اعتبرت المحكمة المارونية أنّ التّحاييل على القانون يُستعمل كسبب لهدم أعمال قانونية يلجأ إليها الأطراف للمداورة على نص آخر لو تمّت مخالفته مباشرةً، لهدم العمل القانوني المخالف به، لعدم إباحة السّبب.

أعلنت الهيئة العامة لمحكمة التمييز أنّه إذا أصرت المحكمة المارونية على اعتبار نفسها مختصة استناداً إلى مبادئ خاصة بها، فإنّ أيّة نتيجة تقرّها تبعاً لذلك وفي الدّعى العالقة لديها لا يمكن أن يؤخذ بها مدنياً ولا يمكن أن تكون نافذة في الحقل المدني^(١)، مشددة أنّ تبديل الطّائفة حقّ مكرّس دستورياً كونه مرتبط بحريّة المعتقد المطلقة. فالطّائفة التي تركها أحد أبناءها عن رضى تام ليس لها أن تناقشه في نواياه وما إذا كان سعيه في هذا التّبديل محاولة خسيّة منه للتّمص والتّهرب من نظامها وأحكامها. بيد أنّ تبديل الزوجين طائفتها سوياً بقصد الإستفادة من قوانين الأحوال الشخصية العائدة للطّائفة الجديدة يمثّل صورة من صور التّنازل الإرادي عن أحكام الطّائفة التي تركها الزوجين، فلا يسع أياً منهما التّذرع بفكرة التّحاييل على القانون للتّراجع عمّا ارتضاه مع الزوج الآخر.

إذا ترفض محكمة التمييز بحث مسألة التّحاييل متى تمّ الانتقال إلى دين آخر من قبل الزوجين معاً، وترفض الأخذ بهذه النظرية حتّى ولو ندم أحد الزوجين وعاود الإنتماء إلى الدين الأوّل متوسّلاً نظريّة التّحاييل على القانون طالما أنّه كان مشاركاً طواعيةً غير مكره على اعتناق الدين الجديد، فلا يُسمع من أحدهما بما أجري على زعم المحايلة^(٢) وهذا الأمر ينظر محكمة التمييز مرتبط بالنّظام العام المطلق للأخلاق^(٣). كما أنّه يستحيل إرهاب المحاكم المدنية بما ليس في وسعها فالأخيرة غير قادرة على الغوص في هذه المسائل العقائدية والروحية القائمة بين الإنسان وضميره^(٤).

لا بد من الإشارة في هذا السّياق إلى أنّ تغيير الطّائفة تهرباً من الطّابع الإلزامي للشّرائع الطّائفية لا يقتصر على الطّوائف المسيحية وحسب، بل قد يحدث أيضاً ضمن الطّوائف الإسلامية وحصوله يكون أكثر شيوعاً في مواد الإرث وقلماً نجده في مواد الزّواج. فإحدى خصائص المذهب الجعفري مثلاً تتلخّص في أهلية البنات بالاستحصال على كامل تركه أبيهم بغياب أشقاء ذكور لهم، بينما البنات في المذهب الحنفي لا يرثن كامل التّركة إذا لم يكن لهم أشقاء ذكور، بل يرثن فقط نصف التّركة أو ثلثها حسب ما إذا كانت الوريثة ابنة واحدة أو أكثر. فبإمكان المسلم السّني إعتناق المذهب الجعفري الشّيعي بهدف توريث بناته عملاً بالمادّة ٩ من الدّستور اللّبناني التي تكرّس وتحفظ حريّة المعتقد بعد اقتران هذا التّبديل بالشّروط الشّكلية المفروضة للتّسجيل في الدّيانة أو الطّائفة الجديدة^(٥).

(١) تمييز مدني، هيئة عامّة، القرار رقم ١٠، الصّادر في ١٠/٠٣/١٩٩٣، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME. منشور أيضاً في كساندر الورقي، ١٩٩٣، العدد ٣، صفحة ٢٥ وما يليها. بنفس المعنى، أنظر، تمييز مدني، الهيئة العامة، القرار رقم ١١، الصّادر في ١٠/٠٣/١٩٩١، النّشرة القضائية، ١٩٩٠-١٩٩١، صفحة ٨٧٠ وما يليها.

(٢) تمييز مدني، القرار رقم ١٣، الصّادر في ١٠/٠٣/١٩٧٠، النّشرة القضائية، ١٩٧٠، صفحة ١١١٥ وما يليها.

(٣) تمييز مدني، القرار رقم ١١، الصّادر في ١٠/٠٣/١٩٧١، مركز الأبحاث والدراسات في المعلوماتية القانونية، الجامعة اللّبنانية، www.legallaw.ul.edu.lb.

(٤) محكمة التمييز، الهيئة العامة، القرار رقم ٥٨، الصّادر في ١٠/٠٣/١٩٨٨، النّشرة القضائية، ١٩٨٨، عدد ١، صفحة ٩ و١٠.

(٥) عبده جميل غصوب، ملاحظات حول القرار الصّادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٠٥ تحت الرّقم ٩٧/٢٣، صفحة ٤.

ففي سياق متصل، قرّرت محكمة الاستئناف ، أنّه "...على الرّغم من انتقال المرحوم (أ.ح) قبل وفاته من الدّين الإسلامي إلى الدّين المسيحي، الّا أنّه لا يُستبعد أولاده من الإرث بسبب اختلاف الدّين طالما أنّهم حاصلين له من زواج صحيح في ظلّ اعتناقه الدّين الإسلامي، وطالما أنّهم أولاد معترف بهم وبصفتهم الإرثيّة انطلاقاً من كونهم أولاد شرعيّين له، فإذا كان الدّستور والقانون لم يقصدا من خلال تلك الكفالة السّماح لأحد الزّوجين بالتّمص بإرادة منفردة سواء من موجبات عقد زواجهما الصّحيح أم من نتائج هذا الزّواج ومفاعيله الملزمة بمجرد انتقاله من دين إلى آخر لا سيّما لجهة ما يرتبط منها بحقوق عائلته الإرثيّة الملزمة، بل يبقى لهؤلاء استناداً إلى القانون الذي وُلدوا في ظلّه كامل هذه الحقوق حتّى ولو انتقل والدهم قبل وفاته لاعتناق دين آخر، على أن تبقى حقوق ورثة هذا الأخير كمسيحي قائمة لا يجوز حرمانهم منها (إذ لا يمكن في هذه الحال أن تُنزع عن الأولاد صفة الأولاد الشرعيّين بمجرد ترك الأبوين طائفتهما)".

وفي سرد وقائع القضية المتقدّمة تبين أنّ المورث (أ.ح) توفي واستبعد من إرثه ابنتيه (ل.ح) و (ك.ح) اللّتين لا تنتميان لدين والدهما المتوفّى وتنتميان إلى طائفة تمنع قوانينها الإرث لاختلاف الدّين، وانتهى حصر إرثه بوالده (ع.ح) وبولده (م.ح).

اعترض الوارث المستأنف (ع.ح) على هذا القرار بوجه المستأنف عليه (م.ح) كون جميع أبناء المورث هم محمديّون مسجّلون على المذهب السّني منذ ولادتهم وأنّ أحدهم أي المستأنف عليه (م.ح) أقدم على تغيير دينه من مسلم سنيّ إلى مسيحي كاثوليكي احتيالياً وعلى سبيل الغش وذلك أثناء دخول والده في غيبوبة وقبل ٤٥ يوماً فقط من وفاته بهدف الاستيلاء على تركته. وطلب بالتالي اعتبار المعترض المستأنف وأولاده هم الورثة الوحيدون.

وبما أنّ المستأنف يثير جملة من النّقاط تتعلّق بالسّبب الفعليّ الذي دفع بالمستأنف عليه مؤخّراً وقبل وفاة والده بفترة وجيزة جدّاً إلى إبدال دينه من مسلم سنيّ إلى روم كاثوليك وبالقصّد من إبدال دينه وبحقيقة نواياه حيال ذلك، على اعتبار أنّه في حال ثبوتها من شأنها أن تقضي إلى إبطال معاملة إبدال الدّين، إذ تكون عندئذٍ تلك المعاملة أجريت على سبيل الغش والخداع وتحايلاً على القانون وإفساداً لقواعد النّظام العام.

وبما أنّه في السّياق ذاته، وعلى سبيل الاستفاضة في التّحليل، ترى المحكمة أنّه من المجديّ الإضاءة على ما استقرّ عليه الاجتهاد اللبناني في غالبته مع الافتراض أنّ المورث الوالد الذي أبدل دينه من مسلم سنيّ إلى مسيحي، بقي ابنه مسلماً سنيّاً ولم يبدّل دينه إلى مسيحي، حيث يُصار إلى معالجة المسألة القانونيّة المنبثقة عن هذا الواقع وفقاً لما يلي:

- عندما يكون للمتوفّى أولاد من زواج سابق منعقد قبل تغيير دينه يكون من الواجب بحث الحالة انطلاقاً من قواعد الإرث.

- في الإرث يكون للمورث نوعان من الورثة:

١. الورثة المفروضين قانوناً كالأصول والحواشي.

٢. الورثة الذين أوجدتهم المورث بإرادته وبنتيحة عقد أبرمه والتزم به قبل وفاته كالزواج والفروع.

- بالنسبة للورثة من النوع الأول لا بد من تطبيق مبدأ المانع الإرثي بسبب اختلاف الدين^(١)، أما بالنسبة للورثة من النوع الثاني فلا يجوز حرمانهم من الإرث بإرادة المورث المنفردة وبمجرد إقدامه على تغيير دينه، بل لا بد أن تبقى حقوق هؤلاء الإرثية متوجبة بمعزل عن واقعة تغيير دين مورثهم، فإذا كان هؤلاء من المحمديين يكون مرجعهم لتقريرها من صلاحية المحاكم الشرعية، أما سائر ورثة المورث المتوفى مسيحياً من المسيحيين فيعود أمر البت بحقوقهم الإرثية للمحاكم المدنية، لا سيما أنه لا يستقيم تجريد المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. تاريخ ١٣/٠٣/١٩٣٦ من مفاعيلها. وهي تنص على أنه إذا ترك أحد الزوجين طائفته يبقى الزواج والصكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية خاضعة للقانون الذي احتفل بموجبه الزواج أو تمت أو عُدت وفقاً له هذه الصكوك،

اعتبرت محكمة الاستئناف أنه استثناساً بهذه الأحكام يغدو غير منتج ما يدلى به المستأنف لجهة أن الغاية من ترك المستأنف عليه لطائفته هو إفساد قواعد النظام العام والصلاحية والتحايل على القانون من أجل الاستفادة من التركة، طالما أنه كان من المتاح له قانوناً تحقيق غايته هذه دون حاجة إلى تغيير دينه. وبما أنه تأسيساً على كل ما تقدم بيانه، يكون الحكم المستأنف أحسن تقدير الواقع وتطبيق القانون عليه مما يقتضي معه تصديقه بعد رد الاستئناف^(٢).

إذا وفي مجمل ما قيل، تغاضت الهيئة العامة لمحكمة التمييز عن مبدأ التحايل على القانون يفسد كل شيء وأولت الاختصاص للمحكمة الجديدة التي انتقل إليها الزوجين معاً بإرادتهما حتى ولو حصل ذلك تواطؤاً واستفادة من قانون نظامهما الجديد مشترطاً أن يكون حصل هذا التبدل من كلا الطرفين وبدون إكراه صادر من أحدهم

(١) لمزيد من المعلومات بشأن الحالة الأولى، أنظر، تمييز مدني، غرفة رابعة، القرار رقم ٤٤، الصادر في ٢٢/٠٩/٢٠١٥، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME. طبق القرار المذكور مبدأ المانع الإرثي لاختلاف الدين على ابن المتوفى الذي أبدل دينه إلى الإسلام بحجة الزواج متذرعاً أنه جرى احتيالياً على القانون، وبذلك قضت المحكمة: "... بالنسبة لتغيير الديانة وتأثيره على الحق الإرثي، فإنه يتخذ أساساً لمعرفة ديانة كل من المورث والوارث تاريخ افتتاح التركة أي تاريخ وفاة المورث (فيعين القانون الواجب التطبيق وتحدد المحكمة المختصة بالإستناد إلى ديانة المورث وقت وفاته ولا يعتد بديانة الوارث، بحيث إذا كان المتوفى مسيحياً، كما في القضية المخصوصة الزاهنة، يطبق قانون الإرث لعام ١٩٥٩ وتكون المحكمة المختصة هي المحكمة المدنية)".

"...وقد يحصل أن يغير الوارث ديانته ويترتب عليه اختلاف ديانته عن ديانة مورثه، فلا توارث في هذه الحالة. فالابن المسيحي الذي اعتنق الإسلام حتى وفاة والده المسيحي لا يرث بالأصل من هذا الأخير، وإلى ذلك فإن المادة ٩ من قانون الإرث لغير المحمديين (الصادر في ٢٣/٠٦/١٩٥٩) تنص على أن اختلاف الدين لا يمنع من الإرث إلا إذا كان الوارث تابعاً لأحكام تمنع من الإرث بسبب اختلاف الدين، وفي الواقع في لبنان، إن الطوائف المحمدية تمنع غير المسلم من أن يرث من المسلم..."

"...وحيث بالنسبة لطعون المميز، في القرار المطعون فيه، المتمحورة حول أن اعتناقه الإسلام كان باطلاً منذ الأساس لأنه قد تم احتيالياً وبأن ما بنى على باطل هو باطل، فإن هذه الطعون والادعاءات مستوجبة الرد لأنه لا يمكن للشخص أن يستفيد من تحاييله على القانون ومداورته أحكامه ولأنها تخالف الأصول والإجراءات القانونية المنصوص عليها في المادة ٤١ من قانون ١٩٥١ وهي مرتبطة بالنظام العام وتشكل صيغة جوهرية. ويكون بالتالي القرار المميز بذهابه إلى رد إدلاء المميز المتعلق بتحايله على دين الإسلام بهدف الزواج، لأنه لا يمكن أن يستفيد من تحاييله المشار إليه ليرتب عليه نتيجة تجعله يستفيد من إرث والده، يكون قد أحسن بما ذهب إليه بهذا المجال في تطبيق القانون وتفسيره، مما يستوجب تأسيساً على ما تقدم رد سبب النقض الزاهن المبني على الخطأ في تطبيق القانون وتفسيره".

(٢) محكمة استئناف جبل لبنان المدنية، الغرفة الثالثة عشرة، القرار رقم ١١١، الصادر في ٢٤/٠٤/٢٠١٩، كساندر الإلكتروني IDREL PRIME.

تجاه الآخر. وبذلك تتشَبَّث المحكمة في حماية حريّة المعتقد المصانة دستورياً على حساب حماية الاختصاص القضائي المتعلّق بالنظام العام المصان دستورياً أيضاً.

فهل ذلك جائز أم أنّ التعديل التشريعي لأحكام المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. واجب والحال كيما نوازن الخلل الحاصل بين فكري حريّة المعتقد والنظام العام الذي لا يجوز خرقه أيضاً تحت أي ظرف من الظروف؟

خلاصة مذيلة باقتراح (تعديل المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر.).

■ أوضحنا في صلب بحثنا، أنّ اعتماد مبادئ الإنصاف كمصدر إحتياطي للقاعدة القانونية من قبل القاضي ليس من شأنه فقط سد الثغرات التي قد تعتور القانون وإنما من شأنه أيضاً تلطيف الحلول المقررة، إذ أنّ التقيّد بحرفيّة النصوص في بعض الأحيان من قبل المحاكم الزوجية والشرعية والمذهبية قد يجحف ويظلم البعض على حساب البعض الآخر سيما في قضايا الزيجات والتركات، وهذا برأينا يتنافى بطبيعة الحال ورسالة المشتري الحقيقية وغاية القانون.

■ كما أنّ القاضي لا يستطيع أن يلجأ إلى الإنصاف مباشرة إلا إذا عجز عن إيجاد مبدأ عاماً أو عرفاً يرضى المسألة المطروحة أمامه. بمعنى آخر تلت مبادئ الإنصاف باقي المصادر الاحتياطية للقاعدة القانونية إذ أنّها تلحق في أعمالها تلك القواعد. (الفقرة ٤ من المادة ٤ أ.م.م.).

■ وفي هذا الفرع من القسم الثاني بيّنا آفاق الاجتهاد وفق مبادئ الإنصاف في مسائل الأحوال الشخصية وتطرقنا إلى مسألة محدّدة بذاتها، وهي مسألة الإرث عند تبديل أحد الزوجين طائفته، ولاحظنا أنّ هناك انتفاء للنص الصريح الذي يحكم مسألة الميراث في حال اقترن الزوج بزواج ثانٍ بعد أن يكون بدّل دينه منفرداً. نقول ذلك لأنّ المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. لم تشمل صراحةً مادة الإرث في منطوقها، بل انحصرت على الزواج وما تفرّع عنه من مفاعيل وآثار كذلك الصّكوك المرتبطة به. ورغم أنّ البعض اعتبر الحق الإرثي من مشتقات المادة المذكورة بغية عدم تجريد المادة ٢٣ من مفعولها إلا أنّنا بررنا العكس، فإذا كان الإرث يرتبط بفئة الأحوال الشخصية فإنّ ذلك يعود لارتباطات دينية وتاريخية وليس لاعتبارات قانونية صرف.

■ وعلى سبيل الجدل القانوني أفردنا موقفين اجتهاديين حيال هذه المسألة؛ أولهما قضى بتوريث العائلة المسيحية المنبثقة من زواجٍ أولٍ كامل التركة بالاستناد إلى المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. التي تبقي الزواج والصّكوك المتعلقة به خاضعة للقانون الذي احتل به الزواج أو تمت الصّكوك وفقاً له، واتّجاه آخر قضى بتوريث العائلة الثانية المنبثقة من زواجٍ ثانٍ بعد أن بدّل الزوج دينه واعتنق الإسلام على أساس أنّ القانون المطبّق في مادة الإرث هي التي يكون عليها المورث حين وفاته.

■ ولا ريب إن إرث المسيحي الذي تزوج كنسياً ثم عاد وبَدَل دينه واعتنق الإسلام، ثم تزوج ثانيةً وفق أحكام الدين الجديد، يثير تنازراً شخصياً بين القوانين الطوائفية المرجحة التطبيق، والحلول المقترحة سيان تلك التي تقضي بتوريث العائلة المسيحية دون المسلمة أو العكس المسلمة دون المسيحية قد تكون عدلت لكنها ما أنصفت، بل أجهت بحق إحدى العائلتين عندما أعلنت حرمان إحداها من حقها الإرثي. لذلك انصرفت محكمة التمييز بعد حين إلى اعتماد حل مختلف قضى بتوريث العائلتين، العائلة المسيحية بما تستحقه حسب أحكام قانون الإرث لغير المحمديين، وترك توزيع الباقي إلى اختصاص المحاكم الشرعية الإسلامية وفق أحكام الشريعة الإسلامية.

■ والقضاء بنظرنا اعتمد مبادئ الإنصاف المنصوص عنها صراحةً في الفقرة الرابعة من المادة ٤ أ.م.م من أجل سدّ الثغرة القانونية في هذا المجال في ظل انتفاء النص الصريح الذي يحكم مسألة توريث كلتا العائلتين وإن لم يعلن عن ذلك صراحةً. إذ صحيح أن نص المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. موجود لحكم آثار الزواج والصكوك المتعلقة به عند تبديل أحد الزوجين طائفته لكن هذا النص يكتنفه ثغرات يقتضي سدّها، والثغرات القانونية هي وجه من أوجه الفراغ المغيّب للتصووس، وعلى القاضي أن يصلح العيب باعتماد المصادر الاحتياطية ومن بينها مبادئ الإنصاف تحت طائلة اعتباره مستكفاً عن إحقاق الحق، وهذا ما حققه عندما وسّع المدى التطبيقي للمادة ٢٣ فشمّل الإرث بمسائلها، فطُف التطبيق العملي لها لتصبح أكثر ملائمة مع واقع الحال، ومن ثم قضى بتوريث العائلتين سوياً على الرغم من انتفاء النص الصريح الذي يلزم بذلك.

■ رغم هذا، فإنّ هذا الأمر لا يغني عن وجوب إدخال تعديلات على نص المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. لأنّ اعتماد مبادئ الإنصاف بالمطلق يثير خطورة لناحية تحكّم وتحيّز القاضي، فهذه المبادئ تفتقد صفات العمومية والإلزامية والتجريد والثبات وموضوعها يبقى مرتبطاً بالقضية التي تُطرح من أجلها، عليه نقترح تعديل المادة المذكورة كالآتي:

" إذا ترك أحد الزوجين طائفته بقي الزواج، والصكوك المتعلقة بنظام الأحوال الشخصية والنظام الارثي خاضعة للقانون الذي احتفل بموجبه بالزواج أو تمت أو عُقدت وفقاً له هذه الصكوك. على أن توزع الحقوق الارثية للورثة المستحقين من زواج ثان أبرم بعد تبديل أحد الزوجين طائفته، وفقاً لأحكام هذه الطائفة."

■ في مقلب آخر ورد في الفقرة الثانية من المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. فقرتها الثانية " إذا ترك الزوجان طائفتها فيكون زواجهما وكذلك الصكوك أو الموجبات المتعلقة بالأحوال الشخصية تابعة لقانون نظامها الجديد ابتداءً من التاريخ الذي قيّد فيه تركهما لطائفتها في سجلات الأحوال الشخصية، على أنه لا يمكن في هذه الحال أن تُنزع عن الأولاد صفة الأولاد الشرعيين بمجرد ترك الأبوين طائفتها".

■ المشتري في هذه العجالة لم يحتاط لدهاء اللبناني الذي قد يبدل دينه فقط من أجل مآرب ومصالح فردية وتهرباً من التزامات كان قد فرضها عليه نظامه الطائفي مستفيداً من التسهيلات التي قد يوقرها له نظامه الجديد بعد التبديل. وكيف لا، فالمشترى لم يُفرد لهذه المؤسسة (مؤسسة التحايل) نصوص قانونية جازمة يمكن الاستناد لها لإبطال الأعمال والتصرفات القانونية الصادرة عن سوء مقصد ونية. لذلك نرى وجوب تدخل المشترى لوضع بعض الضوابط حتى لا تبقى هذه المسألة خاضعة لاستنسابية المحاكم حيث تعتمد تارة معللة أن الغش يُفسد كل شيء ولا يمكن للخسيس أن يستفيد من خساسته، وتهملها طوراً لنصرة حرية المعتد المصانة بالدستور.

■ مثلاً، يمكن تحديد مدة معينة لا يستفيد خلالها الزوجين من امتيازات الطائفة الجديدة المنتسب إليها، بل أن الحق بالاستفادة يكون بعد انقضائها (تحديدها مثلاً بثلاث سنوات). هذه المدة قد تكون كافية لمعرفة ما إذا كان هدف الزوجين نبيل أو خسيس، بيد أنهما سيفضلان البقاء على نظام أحوالهم الشخصية الأساسي بدلاً من الانتظار ثلاث سنوات للاستفادة من امتيازات ومنافع قد يوقرها نظام الطائفة الجديدة المنتسب إليها.

■ أخيراً نقول، إن التعديلات التشريعية واجبة في هذه العجالة من أجل سدّ هذه الثغرات. صحيح أن الإنصاف لعب دوره كمصدر إحتياطي لملأ الشغور وتلطيف منطوق المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر. سيما الفقرة الأولى منها لكن هذا لا يغنينا عن دور وعمل المشترى الأساس في تصليح وتعديل واستدراك نقائص التشريع. صحيح أن قيمة القانون تتجلى بمساعدة الإنصاف، لكن ما قيمة الإنصاف الذي لا يظهر إلا ظلاً تابعاً للقانون؟!!

الخاتمة:

نختم بالقول، أنّ البحث في إشكالية سدّ الفراغ التشريعي المدني المتعلّق بالأحوال الشخصية في لبنان بالإستناد إلى أحكام المادّة الرابعة فقرتها الأخيرة من قانون أصول المحاكمات المدنية لم يكن بالسّهل اللّين، ذلك لأنّ أحداً لم يتناول الإطار التّطبيقي لهذه المادّة في مجال الأحوال الشخصية فأنتت المبادرة منّا ليس فقط من أجل تحقيق الهدف الأساسي وهو إيجاد حل لسد ثغرات هذا القانون وإنّما من أجل تذكير الجسم القضائي أنّه حامي القوس الذي لا يستتكمف عن إحقاق الحق حتّى في ظل انتفاء النّصوص القانونيّة لأنّ المشتري أوجد له حلاً بديلة عن طريق تطبيق المصادر الاحتياطية ومن بينها المبادئ العامّة، العرف والإنصاف.

لذلك، بادرنا إلى انتقاء المواضيع الأكثر جدلاً في هذا القانون إن على الصّعيد القانوني أو الإجتماعي. وقد يبدو للوهلة الأولى أنّها مواضيع متفرّقة ومتشعبّة، وهذا كلام صحيح! لكن هذه المواضيع كلّها تدخل نطاق الأحوال الشخصية كما هو ملحوظ في عنوان رسالتنا الذي لم يخصّص موضوع محدّد بذاته، وكان ذلك مقصوداً ومسموحاً لسببين، الأوّل كيما يكون للقارئ فرصة إختيار الموضوع الذي يثير تساؤلاته بسهولة فيتعرّف إلى الحلول والأسس القانونيّة الجديدة التي يمكن إعتماها لحل النزاعات الواردة بهذا الخصوص، والثاني كيما نحطاط بكيفيّة إعتما هذه المصادر بأكثر من موضوع وأكثر من مسألة في نطاق القوانين التي ترعى حالة الأفراد الشخصية.

عليه، تخلّ الرّسالة مواضيع لم تجد لها نصّاً في هذا القانون أو إعترتها ثغرات كان يقتضي سدّها ومعالجتها من منظار وأبعاد قانونيّة جديدة من خلال الإلتفات إلى فاعليّة المادّة ٤ فقرتها الأخيرة وسُبل تطبيقها في مواضيع الأحوال الشخصية التي لا تخلو من الخصوصيّة، فتعدّي البحث وانتقل من الجاهز المغلق (القوانين الطوائفيّة) إلى المفتوح المتداخل (قانون أصول المحاكمات المدنية) فتفكّكت الأولى عن رق التّضييق وقيد الإنغلاق دون أن نتعدّي ما هو مسموح بموجب القانون والقواعد القانونيّة المرعيّة الإجراء.

من هذا المنطلق، استوجب التّعامل مع هذه الإشكالية تصوّراً نظرياً وتحليلياً توخّينا من خلاله أهم المرتكزات التي تنهض عليها قوانين الأحوال الشخصية في كل مسألة على حدة ومن ثمّ الإبتتاح على الحقل الاجرائي المرتبط بها كيما نسد الشّعور الذي يعترئها. ولا أخفيكم سرّاً بأنّ عملي هذا قد يكون أحاط به النّقص والإعوجاج لكن عزائي في هذا وسلواي أنّ كل عمل بشري مآله النّقصان وأنّي ما زلت غصّة طريّة العود ولكم أهفو إلى تقويم اعوجاجه، وأنّ تعقبه دراسات في هذا المضمار بيد أن حجم الموضوع كان خارج التّوقعات لكن من كان جاداً في البحث عن الإبرة سيعمد دائماً إلى حرق كومة القش!

لائحة المراجع

المراجع الدينية والتشريعية:

١. الكتاب المقدس، منشورات دار الكتاب المقدس.
٢. القرآن الكريم (سورة الإسراء، سورة الحجرات، سورة فاطر، سورة الأعراف، سورة يوسف).
٣. الدستور اللبناني الصادر في ٢٣ أيار سنة ١٩٢٦ مع جميع التعديلات التي أقرت في مجلس النواب اللبناني وفقاً لوثيقة الوفاق الوطني اللبناني (اتفاق الطائف) ١٩٩١.
٤. دستور جمهورية مصر العربية ٢٠١٤، المعدل عام ٢٠١٩.
٥. دستور الإمارات العربية المتحدة ١٩٧١، المعدل عام ٢٠٠٩.
٦. الدستور السوري ١٩٧٣، المعدل عام ٢٠١٢.
٧. القانون المدني اللبناني الصادر في ١٩٣٢/٠٣/٠٩، وقانون أصول المحاكمات المدنية اللبناني.
٨. القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ وفقاً لآخر تعديل صادر في ١٦ تموز عام ٢٠١١.
٩. قانون المعاملات المدنية لدولة الإمارات العربية المتحدة، الصادر بالقانون الاتحادي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ م والمعدل بالقانون الاتحادي رقم (١) لسنة ١٩٨٧ م، سلسلة كتيب الجيب القانوني (٦) لتشريعات وقوانين دولة الإمارات العربية المتحدة، إعداد قسم الدراسات والبحوث، إصدار معهد دبي القضائي. ٢٠١٧ م.
١٠. مجلة الأحكام العدلية.
١١. قانون حقوق العائلة.
١٢. القرار رقم ٦٠ ل.ر. الصادر في ١٣ آذار ١٩٣٦.
١٣. القرار رقم ١٤٦ ل.ر. الصادر في ١٨ تشرين الأول ١٩٣٦.
١٤. القرار رقم ١٠٩ الصادر في ٤ أيار ١٩٣٥.
١٥. القرار رقم ٥٣ ل.ر. الصادر في ٣٠ آذار ١٩٣٩.
١٦. تنظيم القضاء الشرعي السني والجعفري والقضاء المذهبي الدرزي.
١٧. قوانين ونصوص الأحوال الشخصية وتنظيم الطوائف الإسلامية في لبنان، قانون عثمانى صادر في ٢٥/١٠/٢٠١٧، قانون حقوق العائلة المناكحات والمفارقات.
١٨. قوانين الأحوال الشخصية للطوائف المسيحية والطائفة الإسرائيلية وقوانين أصول المحاكمات.
١٩. القانون رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩ المعدل بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٥ الخاص ببعض أحكام الأحوال الشخصية في جمهورية مصر العربية.
٢٠. قرارات صادرة عن الهيئة الاستشارية العليا في وزارة العدل www.justice.gov.lb.
٢١. الجمهورية اللبنانية، وزارة الداخلية والبلديات، المديرية العامة للأمن العام، تعليمات رقم ٥/ع/ص/ت/ع، تاريخ ١٤/١٢/٢٠١٧.

٢٢. الجمهورية اللبنانية، وزارة الداخلية والبلديات، المديرية العامة للأمن العام، رقم ٨٠٦/أ/ع/ص/ب، تاريخ ٢٧/٠٨/٢٠٢١ بالاستناد الى:

- التعليمات رقم ٥/أ/ع/ص/ت ع تاريخ ١٤/١٢/٢٠١٧.

- القرار رقم ٤٥٤٨/ق.م.ع/٢ تاريخ ٢٣/٠٧/٢٠٢١.

٢٣. المديرية العامة للأمن العام اللبناني، شروط منح الإقامة الدائمة (ثلاث سنوات)، الموقع الرسمي:

<https://www.general-security.gov.lb/ar/posts/5>

المديرية العامة للأمن العام اللبناني، شروط منح الإقامة السنوية، الموقع الرسمي:

<https://www.general-security.gov.lb/ar/posts/241>

الاتفاقيات الدولية:

١. اتفاقية فيينا لقانون المعاهدات، اعتمدت في ٢٣/٠٥/١٩٦٩ ودخلت حيز النفاذ في ٢٧/٠١/١٩٨٠.
٢. اتفاقية روما، اعتمدت في ٢٥/٠٣/١٩٥٧، ودخلت حيز التنفيذ في ٠١/٠١/١٩٥٨.
٣. الإعلان العالمي لحقوق الإنسان، اعتمده لبنان في عام ١٩٤٨، وأيضا العهد الدولي لحقوق المدنية والسياسية.
٤. اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة، المعتمدة من قبل الجمعية العامة للأمم المتحدة بتاريخ ١٨/١٢/١٩٧٨، ودخلت حيز النفاذ في ٠٣/٠٩/١٩٨١.
٥. اتفاقية حقوق الطفل، اعتمدت الاتفاقية في ٢٠/١١/١٩٨٩، ودخلت حيز النفاذ في أيلول ١٩٩٠.

المؤلفات القانونية اللبنانية العامة والخاصة:

١. سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص تنازع الاختصاص التشريعي، الجزء الأول، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.
٢. سامي منصور، نصري أنطوان دياب، عبده جميل غصوب، القانون الدولي الخاص، الاختصاص القضائي الدولي وآثار الأحكام الأجنبية في لبنان، الجزء الثاني، مجد المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
٣. سامي بديع منصور، الواقعية في القانون (le Realisme en droit)، القضاء كمصدر أساسي للقاعدة القانونية والموجب القضائي في النظام القانوني اللبناني، المؤسسة الحديثة للكتاب، الطبعة الأولى، ٢٠٢٢.
٤. الدكتور حلمي محمد الحجار، أسباب الطعن بطريق النقض (مخالفة القانون) دراسة مقارنة، الجزء الأول، توزيع المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٤.

٥. حلمي الحجّار، الوسيط في أصول المحاكمات المدنيّة طبقاً للمرسوم الاشتراعي ٩٠/٨٣، الجزء الأوّل، الطّبعة ٤، ١٩٩٨.
٦. الدّكتور حلمي محمد الحجّار، أسباب الطّعن بطريق النّقض (عدم الاختصاص وتجاوز حدّ السّلطة - الحكم بما لم يطلب أو بأكثر ممّا طلب - إغفال البتّ بالمطالب - التّناقض في الأحكام - مخالفة الشّكليات - عيوب التّعليل - فقدان الأساس القانوني - زوال السّند القانوني - التّشويه) دراسة مقارنة، الجزء الثّاني، توزيع المؤسّسة الحديثة للكتاب، طرابلس-لبنان، الطّبعة الأولى، ٢٠٠٤.
٧. أدوار عيد، الوجيز في أصول المحاكمات المدنيّة وفقاً للقانون اللّبناني وسائر القوانين العربيّة، الجزء الثّاني (طوارئ المحاكمة - الاحكام - طرق الطّعن في الاحكام - الاثبات)، المنشورات الحقوقيّة صادر.
٨. أدوار عيد، موسوعة أصول المحاكمات والاثبات والتّنفيد، الجزء ٦، مجلّد أوّل، بيروت ١٩٨٦.
٩. الياس أبو عيد، أصول المحاكمات المدنيّة بين النّص والاجتهاد والفقه، دراسة مقارنة، المواد ١ إلى ١٣٠، الجزء الأوّل، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠٠٢.
١٠. جورج سيوفي، النّظرية العامّة للموجبات والعقود، الجزء الثّاني، طبعة ثانية منقّحة، بيروت، ١٩٩٤.
١١. ادمون نعيم، الموجز في القانون الدّولي الخاص وفقاً للتّشريع والاجتهاد في لبنان، الطّبعة الثّالثة، ١٩٦٧.
١٢. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الأوّل، العقد مع مقدمة في الموجبات المدنيّة، منشورات الحلبي الحقوقية، الطّبعة السّادسة.
١٣. مصطفى العوجي، القانون المدني، الجزء الثّاني، المسؤوليّة المدنيّة، الطّبعة الخامسة، ٢٠١٦، منشورات الحلبي الحقوقية.
١٤. مصطفى العوجي، القاعدة القانونيّة في القانون المدني، منشورات الحلبي الحقوقية، طبعة ثانية مستحدّثة، ٢٠١٠.
١٥. خليل جريج، النّظرية العامّة للموجبات، في مصادر الموجبات المتّصلة بالإرادة، الجزء الثّاني، ١٩٥٨.
١٦. سمير عاليه وهيثم سمير عاليه، الوسيط في شرح قانون العقوبات، القسم العام (معالمه - تطبيقه - نظريّة الجريمة - المسؤوليّة - الجزاء) دراسة مقارنة، مجد المؤسّسة الجامعيّة للدراسات والنّشر والتّوزيع، الطّبعة الأولى.
١٧. خليل الدّحداح، مبادئ القانون الدّولي الخاص، ٢٠٠٦.
١٨. خليل الدّحداح، الأحوال الشّخصيّة من زاوية قوانين الزّواج ومفاعيلها لدى مختلف الطّوائف في لبنان، منشورات المركز الدّولي ش.م.م، بيروت، الطّبعة الثّانية، ٢٠١٢.
١٩. طلال الحسيني، الزّواج المدنيّ الحقّ والعقد على الأراضي اللّبنانيّة، دار السّاقي، بيروت، الطّبعة الأولى، سنة ٢٠١٣.
٢٠. وديع رخال، القواعد العامّة للأحوال الشّخصيّة، أحكام الزّواج الدّيني والمدني مع دراسة مفصّلة حول صلاحيات المحاكم وأصول التّنفيد، الجزء الثّاني، الطبعة الثّالثة، موسعة ومنقّحة، ٢٠١٠.
٢١. جون القزّي، الزّواج المدني، القاضي اللّبناني في مواجهة قوانين العالم، بيروت ٢٠٠٧.

٢٢. عبده يونس، الأحوال الشخصية في التشريع والتطبيق، دار المطبوعات العربية، بيروت، الطبعة الأولى ١٩٦٩.
٢٣. عبد المنعم بكار، قضايا الأحوال الشخصية والجنسية، الطبعة الثانية، ١٩٨٧.
٢٤. عادل يمّين، التنازع التشريعي والقضائي في مسائل الزيجات في لبنان، طباعة شمالي أند شمالي للطباعة ش.م.ل، بيروت، ٢٠٠٤.
٢٥. أكرم ياغي، الوجيز في أحكام الوصية والارث (دراسة فقهية قانونية مقارنة) على ضوء الشريعة الإسلامية (حنفي - جعفري - درزي)، وقانون الإرث لغير المحمديين ٢٣ حزيران ١٩٥٩، منشورات زين الحقوقية، الطبعة الثالثة، ٢٠١٨.
٢٦. القاضي أنطوان النّاشف ومحافظ الشّمال خليل الهندي، الزّواج المدني الاختياري في لبنان، الجوانب التاريخية والقانونية والاجتماعية، ملف توثيقي شامل، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، ١٩٩٨.
٢٧. محمد خالد برع، المعاهدات الدولية وآليات توطئتها في القانون الوطني، دراسة مقارنة في إطار القانونيين الدولي والدستوري، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٧.
٢٨. سليم الضاهر ومحمد طي، حقوق الطفل في المسيحية والإسلام بالمقارنة مع اتفاقية الأمم المتحدة لحقوق الطفل، تمّ طبع هذا الكتاب بالتعاون مع المركز الكاثوليكي للإعلام، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.
٢٩. علي عبد الله الأسود، تأثير الاتفاقيات الدولية الخاصة بحقوق الانسان في التشريعات الوطنية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٤.
٣٠. أنور الخطيب، المبادئ العامة في القانون، نظرية القانون والحق، الطبعة الأولى، ١٩٦٩، دار الاندلس للطباعة والنشر، بيروت،
٣١. محمود صالح المحمود العلواني، العرف وأثره في الشريعة الإسلامية والقانون الوضعي، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، ٢٠١٦، منشورات الحلبي الحقوقية.
٣٢. فؤاد ضاهر، قانون الإرث عند غير المحمديين، الطبعة الأولى، ١٩٩٦، بيروت.
٣٣. مها عمّار، التنازع الداخلي الناتج عن تبديل الدين للأحق للزواج، مطابع الجيش اللبناني، الطبعة الأولى، ٢٠٢١.
٣٤. محمود محمود المغربي، في إشكالية تقنين القانون الدولي الخاص، دراسة مقارنة، المؤسسة الحديثة للكتاب، طرابلس، لبنان، الطبعة الأولى، ٢٠٠٧.
٣٥. توفيق حسن فرج، أحكام الأحوال الشخصية لغير المسلمين، الدار الجامعية، بيروت، ١٩٨٨.
٣٦. سعيد يوسف البستاني، الجامع في القانون الدولي الخاص " المضمون الواسع المتعدّد الموضوعات"، الموضوع الأول، الجنسية والقومية، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى ٢٠٠٩.

المؤلفات العربية القانونية العامة والخاصة:

١. عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، المجلد الأول، الجزء الثاني، القاهرة، ٢٠٠٤.
٢. عكاشة محمد عبد العال، تنازع القوانين، دراسة مقارنة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٧.
٣. حفيظة السيد الحداد، الموجز في القانون الدولي الخاص، المبادئ العامة في تنازع القوانين، الكتاب الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، ٢٠٠٣.
٤. حفيظة السيد حداد، الموجز في الجنسية اللبنانية ومركز الأجانب وتشجيع الاستثمار في لبنان، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١١.
٥. حسن الهداوي، تنازع القوانين، المبادئ العامة والحلول الوضعية في القانون الأردني، دراسة مقارنة، الطبعة الأولى، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، ٢٠٠٥.
٦. إبراهيم العناني، القانون الدولي العام، دار النهضة العربية، القاهرة، الطبعة الأولى، ١٩٩٠.
٧. عواطف عبد المجيد الطاهر، القصور في التشريع، المجلد الثاني، العدد الأول، كلية دجلة، الجامعة الأهلية، بغداد، ٢٠١٩. <https://www.iasj.net/iasj/pdf/1283d2422ab3d74b>
٨. محمد سامي عبد الحميد، أصول القانون الدولي العام، الجزء الثاني، القاعدة الدولية الطبعة السابعة، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، ١٩٩٥.
٩. سيد عبد المطالب شعبان، حقوق الطفل بين المواثيق الدولية والواقع الدولي، دراسة نشرت في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية، كلية الحقوق، جامعة المنوفية، مصر، العدد ٤٧، الجزء الثاني، ٢٠١٨.
١٠. عز الدين عبد الله، القانون الدولي الخاص، الجزء الثاني، الهيئة المصرية العامة للكتاب، القاهرة، الطبعة التاسعة، ١٩٨٦.
١١. محي الدين السرحان، القواعد الفقهية ودورها في إثراء التشريعات المدنية، جامعة بغداد، ١٩٨٧.
١٢. حسبية طيايبي، العرف كمصدر تشريعي في مسائل الزواج والطلاق، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة محمد بو ضياف، الجزائر، صفحة ٥٤.
١٣. شهاب الدين احمد بن ادريس القرافي، الأحكام في تمييز الفتاوى عن الأحكام وتصرفات القاضي والإمام، القاهرة، ١٩٣٨.
١٤. حسين الخشن، الولد غير الشرعي في الإسلام " دراسة نقدية في التراث الفقهي والروائي والكلامي".
١٥. محمد ممدوح عبد المجيد، العدالة من المفهوم إلى الإجراء، دراسة في المنجز الفلسفي من السفسطائيين حتى شيشرون، ابن النديم للنشر والتوزيع - دار الروافد الثقافية - ناشرون.
١٦. جلال الدين محمد السيوطي، الأشباه والنظائر، مصر، دار إحياء الكتاب العربي، ١٩٥٥.
١٧. فؤاد زكريا، ترجمة ودراسة، أفلاطون، محاوره الجمهورية، الهيئة المصرية، ١٩٨٥.
١٨. أحمد زكي، القانون الدولي الخاص، الطبعة الأولى، مطبعة النوري، القاهرة، مصر، ١٩٣٦.

1. Aaron X. Fellmeth and Maurice Horwitz, Guide to Latin in international law, Oxford university press, 2011.
2. The International and Comparative law Quarterly, "Locus regit Actum" in English conflict rules" Vol.2, No. 1(Jan. 1953)
3. Saifullah Bombang, Syamsul Haling, Paisel Halim, "Lex Superior Versus Lex inferior: Selection between Social norms and Applicable Legal Norms", 31st August 2019. <https://osf.io/rw352/>.
4. JUAN CARLOS RIOFRIO, "Kelsen, the new inverted pyramid and the classics of constitutional law", the forgotten levels in the traditional normative pyramid, university of the item spheres (Quito, Ecuador), Russian law journal, volume VII (2019), issue 1.

https://www.researchgate.net/publication/331998614_Kelsen_the_New_Inverted_Pyramid_and_the_Classics_of_Constitutional_Law

الدّراسات القانونية:

١. سامي منصور، المبادئ القانونية العامّة بمفهوم المادّة الرّابعة من قانون أصول المحاكمات المدنيّة اللبناني، منشور في مجلّة العدل، العددان الثّاني والثّالث، ٢٠٠٢.
٢. سامي بديع منصور، الدّين وتنازع القوانين في مادّة الإرث والأحوال الشّخصيّة في القانون الدّولي الخاص، منشور في مجلة العدل، سنة ٢٠٠٠، العدد ٢ و٣.
٣. سامي منصور، العيوب في صياغة الحكم القضائي، دراسة تحليليّة في الأحكام القضائيّة اللبنانيّة، منشور على الموقع الإلكتروني الخاص بالجامعة اللبنانيّة، مركز الأبحاث والدّراسات في المعلوماتيّة القانونية.
٤. داني نعّوس، الوصايا المنظّمة في الخارج من قبل اللبنانيين المتعدّدي الجنسيّة بين سندان، تنازع الجنسيّات ومطرقة النّظام العام اللبناني، دراسة نُشرت على الموقع الإلكتروني لمركز الأبحاث والدّراسات في المعلوماتيّة القانونية، الجامعة اللبنانيّة، تاريخ البحث ٢٠١٦/٠٦/٠١.
٥. دراسة أعدّتها مها حايك وفاطمة فواز، تحت إشراف الدّكتور داني نعّوس، بعنوان "جاذبيّة القانون الدّولي وسيادة القانون الدّخلي على ضوء أحكام المادّة ٢ أصول محاكمات مدنيّة"، مجلّة الجامعة اللبنانيّة، كليّة الحقوق والعلوم السّياسية، الفرع الثّاني، ٢٠١٩-٢٠٢٠.
٦. عبده جميل غصوب، دور الواقع في القانون والحق، دراسة نُشرت في مجلّة العدل، ٢٠١٨، العدد ٢.
٧. فيليب خير الله، رقابة الهيئة العامّة لمحكمة التّمييز على أحكام المراجع الطائفية، دراسة نُشرت في مجلّة العدل، ٢٠٠٧، الجزء ٣.

٨. ماري كلود نجم، عقد الزواج وعقدة الدولة، مجلة المفكرة القانونية، العدد الثامن، تاريخ ٢٠١٣/٠٤/٠٢.

<https://legal-agenda.com/%d8%b9%d9%82%d8%af-%d8%a7%d9%84%d8%b2%d9%88%d8%a7%d8%ac-%d9%88%d8%b9%d9%8f%d9%82%d8%af%d8%a9-%d8%a7%d9%84%d8%af%d9%88%d9%84%d8%a9/>

٩. لى كرامة، تعديل قانون الأحوال الشخصية لطائفة الموحدين الدروز: المساواة احتراماً للدستور، نُشر هذا المقال في العدد ٥٢، ١٥ كانون الأول ٢٠١٧، من مجلة المفكرة القانونية، لبنان.

<https://legal-agenda.com/%D8%AA%D8%B9%D8%AF%D9%8A%D9%84-%D9%82%D8%A7%D9%86%D9%88%D9%86-%D8%A7%D9%84%D8%A3%D8%AD%D9%88%D8%A7%D9%84-%D8%A7%D9%84%D8%B4%D8%AE%D8%B5%D9%8A%D8%A9-%D9%84%D8%B7%D8%A7%D8%A6%D9%81%D8%A9-%D8%A7%D9%84/>

١٠. نزار صاغية وشهرزاد الحجار، مساح لتجاوز تابوهات الدستور اعمالاً لمبدأ المساواة: حرمان اللبنانيات من منح الجنسية لأولادهنّ، مقال نشر في "المفكرة القانونية" (Legal Agenda) في ٢٠٢٠/٠٥/٠٦.

<https://legal-agenda.com/%D9%85%D8%B3%D8%A7%D8%B9%D9%8D-%D9%84%D8%AA%D8%AC%D8%A7%D9%88%D8%B2-%D8%AA%D8%A7%D8%A8%D9%88%D9%87%D8%A7%D8%AA-%D8%A7%D9%84%D8%AF%D8%B3%D8%AA%D9%88%D8%B1-%D8%A5%D8%B9%D9%85%D8%A7%D9%84%D8%A7%D9%8B/>

١١. بشير أعزان، "هرمية كلسن Kelsen في القانون اللبناني"، دراسة نشرت في مجلة العدل، ٢٠٢٢، العدد الأول والأخير.

١٢. عصام سليمان، إشكالية العلاقة بين القانون الوطني والقانون الدولي في تحقيق العدالة الدستورية، دراسات في العدالة الدستورية، المجلس الدستوري، الكتاب السنوي، سنة ٢٠١٦.

١٣. محمد شقير، الحضارة لدى الطائفة الشيعية وآلياتها المؤسسية، مقال منشور في جريدة الأخبار، تاريخ ٢٠٢١/٠٤/٢٤ <https://al-akhbar.com/Opinion/305026>.

١٤. وفيق حجازي، الأحوال الشخصية بين قدسية النص ومشروعية الاجتهاد، دراسة نُشرت في مجلة الدراسات القانونية في جامعة بيروت العربية، رقم ٥، ٢٠١٩.

(BAU Journal – Journal of legal studies – Volume 2019 – article 5).

١٥. زينب درويش، قاعدة المعروف عرفاً كالمشروط شرطاً، دراسة نُشرت في مجلة الدراسات القانونية في جامعة بيروت العربية، دراسة رقم ٩، ٢٠١٩.

(BAU Journal – Journal of legal studies – volume 2019, article 9)

١٦. وسن قاسم غني، الشكلية الاتفاقية في العقود، جامعة بابل، كلية القانون، منشور في مجلة المحقق الحلبي للعلوم القانونية والسياسية، مجلد رقم ٣، عدد ١، ٢٠١١.

<https://www.iasj.net/iasj/pdf/7bb0f7f0fc8aa78d>.

١٧. تقرير هيومن رايتس واتش (Human Rights Watch)، قانون الجنسية تمييزي، دراسة نُشرت على الموقع الرسمي للأخيرة في ٢٠١٨/١١/٠٣.

<https://www.hrw.org/ar/news/2018/10/03/322724>

١٨. جون القرّي، " نحو المواطنة الكاملة للمرأة، حق الأم اللبنانية في اكساب جنسيتها لأولادها"، دراسة أعدت بتكليف من الهيئة الوطنية لشؤون المرأة عام ٢٠١١

١٩. أحمد محمد أحمد الزين، قواعد العرف في ضوء القانون المدني، المجلة القانونية (مجلة متخصصة في الدراسات والبحوث القانونية - مجلة محكمة)، جامعة القاهرة، كلية القانون، قسم القانون الخاص،
https://jlaw.journals.ekb.eg/article_59984.html

٢٠. عائشة راتب، الاتفاقيات الخاصة بقانون المعاهدات، مقالة منشورة بالمجلة المصرية للقانون الدولي، مجلد رقم ٢٥، سنة ١٩٦٩.

المجالات الدورية ومصنّفات الاجتهاد الورقية والممكنة:

١. مجلة العدل: مجلة حقوقية تصدر عن نقابة المحامين في بيروت كل ثلاثة أشهر.
٢. القرارات الكبرى في الاجتهاد اللبناني والمقارن، الياس أبو عيد.
٣. المصنّف السنوي في الاجتهاد في القضايا المدنية، عفيف شمس الدين.
٤. رقابة الهيئة العامة لمحكمة التمييز على الأحكام الشرعية والمذهبية والروحية، مجموعة الاجتهادات التي أعدّها المحامي محمد يوسف ياسين.
٥. قوانين وقرارات الأحوال الشخصية للطائفة المسيحية في لبنان، إعداد وإشراف عارف زين الدين، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الأولى، ٢٠١٠.
٦. النشرة القضائية اللبنانية: مجلة شهرية تصدر عن وزارة العدل منذ عام ١٩٤٥.
٧. باز، خلاصة الأحكام الصادرة عن محكمة التمييز المدنية، جميل باز.
٨. حاتم، مجموعة اجتهادات للمحامي شاهين حاتم، وحررها لفترة المحامي النقيب شبيب قرطباوي.
٩. مجموعة اجتهادات كساندر الورقية.
١٠. كساندر الإلكتروني، IDREL PRIME.
١١. المستشار الإلكتروني، مجموعة المصنّفات للقاضي الدكتور عفيف شمس الدين، دار الكتاب الإلكتروني بالاتفاق مع المؤلف.
١٢. مجموعة القرارات الصادرة عن القضاء العدلي في الأحوال الشخصية/ المعاهدات والقوانين/ تعاميم الوزارات/ دليل أقلام النفوس/ صلاحية المحاكم المناطقية، إعداد وإشراف القاضية د. رنا وليد عاكوم، تاريخ الصدور ٢٠٢١.
١٣. صادر الإلكتروني/ صادر في التمييز المدني.

الأطروحات والرسائل:

١. عصام نعمة إسماعيل، في أطروحته المعدّة لنيل شهادة دكتوراه دولة في القانون العام، الطبعة القانونية للقرار الإداري "دراسة تأصيلية مقارنة في ضوء الفقه والاجتهاد" الجامعة اللبنانية.
٢. هاشم بن عوض بن أحمد آل إبراهيم، سيادة الدولة بين مفهومها التقليدي وظاهرة التدويل. "State sovereignty between the traditional concept and internalization phenomenon" رسالة قدّمت استكمالاً لنيل درجة الماجستير في القانون العام، جامعة الشرق الأوسط، كلية الحقوق، قسم القانون العام، حزيران ٢٠١٣.
٣. وفاء إبراهيم محمد الديب، حقوق الطفل في الشريعة الإسلامية (دراسة مقارنة) بما ورد في قوانين الأحوال الشخصية وقانون الطفل (القانون رقم ١٢ لسنة ١٩٩٦)، أطروحة لنيل درجة دكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠٠٧.
٤. أحمد السيد فوده، الآثار السلبية لترويج القاصرات، دراسة مقارنة، رسالة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة الأزهر، كلية الحقوق، قسم الشريعة الإسلامية، ٢٠١٤.
٥. احمد بدر حامد، مبدأ المساواة بين الأب والأم في مجال اكتساب الجنسية وفقدها، رسالة مقدّمة لنيل درجة الماجستير في الحقوق، جامعة المنصورة، مصر، كلية الحقوق، إدارة الدراسات العليا، قسم القانون الدولي الخاص، ٢٠١٤/٢٠١٥.
٦. محمد علي محمد سكيكر، حقوق الطفل بين الشريعة الإسلامية والقوانين الوضعيّة العربية (دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة)، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة الإسكندرية.
٧. إيهاب عباس عبد الفتاح الفراش، دور العرف كمصدر للقاعدة القانونية في القانون الروماني والشريعة الإسلامية، دراسة مقارنة، رسالة مقدّمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة القاهرة، كلية الحقوق.
٨. نبيل لوقا بباوي، المشكلات المدنية ومشكلات الأحوال الشخصية للمسيحيين في ظل النظام القانوني المصري، أطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، كلية الحقوق، ٢٠١١.
٩. أحمد عبد الكريم إسماعيل، مبدأ حسن النية في تنفيذ وتفسير المعاهدات الدولية، أطروحة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق، جامعة أسيوط، مصر.
١٠. أحمد رشاد عبد الهادي أبو حسين، أثر العرف في الأحوال الشخصية، دراسة فقهية قانونية، جامعة الخليل، فلسطين، كلية الدراسات العليا، برنامج القضاء الشرعي، ٢٠١٣.

التعليقات على القرارات القضائية:

١. عبده جميل غصوب، ملاحظات على الحكم الصادر عن محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، الغرفة الخامسة في جديدة المتن الناظرة في قضايا الأحوال الشخصية، رقم ٢٠٢١/٢٠٨، تاريخ ٢٠٢١/١٢/١٦، تعليق نشر في مجلة العدل، ٢٠٢٢، العدد الأول والأخير.
٢. عبده جميل غصوب، ملاحظات حول القرار الصادر عن الهيئة العامة لمحكمة التمييز بتاريخ ١٩٩٧/١٢/٠٥ تحت الرقم ٩٧/٢٣، مجلة العدل، ١٩٩٨، العدد الأول.
٣. تعليق القاضي منح متري على قرار محكمة التمييز رقم ٣٧، تاريخ ٢٠٠١/٠٣/٢٩، مجلة العدل، ٢٠٠١.
٤. تعليق العميد الدكتور خليل الدحاح، والدكتور داني نعّوس، على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١١/٢٧ عن الغرفة الخامسة لدى محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، منشور في مجلة العدل، ٢٠٢٠، العدد الثاني.
٥. تعليق الدكتور عبده جميل غصوب على الحكم رقم ٣١٥ الصادر بتاريخ ٢٠١٨/١١/٢٧ عن الغرفة الخامسة لدى محكمة الدرجة الأولى في جبل لبنان، منشور في مجلة العدل، ٢٠٢٠، العدد الثاني.
٦. ماري كلود نجم، تعليق على القرار رقم ٥٦٥، الصادر في ١١/٥/٢٠٠٠، عن محكمة الاستئناف المدنية في بيروت، الغرفة الثالثة، منشور في مجلة العدل، ٢٠٠٠، العدد الثاني والثالث.
٧. سامي منصور، تعليق على قرار الهيئة العامة لمحكمة التمييز، رقم ٣ تاريخ ١٩٩٧/٢/١١

الفهرست

1

المقدمة

- القسم الأول: سدّ القصور المدني المتعلق بالأحوال الشخصية بالمبادئ العامة.....
- الفرع الأول: تطبيق القانون المدني من خلال تكريس مبدأ *locus regit actum* على الزيجات المدنية في النظام القانوني الداخلي.....
- الفصل الأول: ماهية قاعدة المكان يسود عقد الزواج.....
- بند أول: طبيعة قاعدة المكان يسود عقد الزواج.....
- الفقرة الأولى: قاعدة اختيارية.....
- الفقرة الثانية: قاعدة وطنية.....
- الفقرة الثالثة: قاعدة غير محايدة.....
- بند ثانٍ: إلزامية تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزواج.....
- الفقرة الأولى: أثر مخالفة تطبيق المبدأ القانوني (*locus regit actum*) الذي أشار إليه النص الوضعي (نص المادة ٢٥ من القرار ٦٠ ل.ر.).....
- الفقرة الثانية: أثر مخالفة تفسير القانون الأجنبي الذي أشار إليه المبدأ القانوني (*locus regit actum*).....
- الفصل الثاني: مجال تطبيق قاعدة المكان يسود عقد الزواج.....
- بند أول: مجال تطبيق القاعدة على الشروط التي تحكم زيجة " لبنانيين".....
- الفقرة الأولى: اتجاه أول يلتزم بتوحيد قاعدتي الشكل والاساس.....
- الفقرة الثانية: اتجاه ثانٍ يلتزم باستكشاف مؤشرات الإرادة الصريحة أو الضمنية.....
- بند ثانٍ: مجال تطبيق القاعدة على الشروط التي تحكم زيجة "لبناني وأجنبي".....
- الفقرة الأولى: زواج لبناني وأجنبي داخل لبنان.....
- الفقرة الثانية: زواج لبناني وأجنبي خارج لبنان.....
- خلاصة.....
- الفرع الثاني: استدلال قواعد قانونية مدنية من نصوص المعاهدات عند تطبيق مبدأ تسلسل القواعد.....
- الفصل الأول: إلزامية تطبيق المعاهدات المتعلقة بحقوق الانسان في المنظومة القانونية الداخلية.....
- بند أول: تطبيق اتفاقية حقوق الطفل لمعالجة بعض المسائل العائلية غير المكرسة بنص.....
- الفقرة الأولى: انتفاء نص ينظم حقوق الولد الطبيعي في القوانين الطوائفية.....
- الفقرة الثانية: معالجة انتفاء النص المنظم لحقوق الولد الطبيعي عبر الاتفاقيات الدولية.....
- بند ثانٍ: تطبيق اتفاقية سيداو لحل ظاهرة اللاجنسية.....
- الفقرة الأولى: سريان التدبير الخاص المتمثل بمنح إقامة مجاملة كحل مؤقت.....
- الفقرة الثانية: أثر التدبير على الأشخاص المستفيدين من القرار.....
- الفقرة الثالثة: تعديل قانون الجنسية كحل دائم.....
- (أ) مبدأ المساواة في نقل الجنسية.....
- (ب) التجنيس.....

الفصل الثّاني: أثر النّظام العام عند الاستدلال بالقواعد القانونيّة من نصوص المعاهدات أو الاتّفاقيّات

- الدّوليّة.....
- بند أول: أثر التّعارض بين أحكام الاتّفاق الدّولي والتّشريع الوطني المتعلّق بالنّظام العام.....
- الفقرة الأولى: موقف الفقه من التّعارض.....
- الفقرة الثّانية: موقف الاجتهاد من التّعارض.....
- بند ثانٍ: حسم التّعارض لمصلحة المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدّوليّة.....
- الفقرة الأولى: التزام القاضي بتطبيق المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدّوليّة.....
- الفقرة الثّانية: آليّة حلّ الصّعوبات الأخرى التي تعترض تنفيذ المعاهدة أو الاتّفاقيّة الدّوليّة.....
- خلاصة.....
- القسم الثّاني: سدّ القصور المدني المتعلّق بالأحوال الشّخصيّة بالمعتقدات الرّاسخة في ضمير المجتمع.....
- الفرع الأوّل: سدّ القصور المدني بالقاعدة العرفيّة.....
- الفصل الأوّل: آفاق الاسترشاد بالعرف في مسائل الأحوال الشّخصيّة.....
- بند أول: أهميّة العرف كمصدر من مصادر القانون.....
- الفقرة الأولى: مقارنة العرف بالقواعد المشابهة.....
- الفقرة الثّانية: شرائط اعتبار العرف.....
- الفقرة الثّالثة: مصدر القوّة الملزمة للعرف.....
- بند ثانٍ: منزلة العرف في القانون اللّبناني.....
- الفقرة الأولى: العرف في عهد مجلّة الأحكام العدليّة.....
- الفقرة الثّانية: العرف في قانون الموجبات والعقود.....
- الفقرة الثّالثة: العرف في قوانين الأحوال الشّخصيّة.....
- (أ) جدليّة اعتبار قوانين الطّوائف المسيحيّة أعراف مسطورة.....
- (ب) العرف لدى المذاهب المحمديّة.....
- الفصل الثّاني: آفاق الاجتهاد وفق العرف في مسائل الأحوال الشّخصيّة.....
- بند أول: تمييز المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها عن تلك المبنيّة أساساً على العرف.....
- الفقرة الأولى: المسائل التي تعارف الاجتهاد على تطبيقها.....
- (أ) موقف الاجتهاد المستقر على تغليب القانون الطّائفي عند تزامن عقدي زواج ديني/ مدني.....
- (ب) موقف الاجتهاد المعارض الذي ينسّق بين النّظام الطّائفي اللّبناني والنّظام المدني الأجنبي.....
- الفقرة الثّانية: المسائل المبنيّة أساساً على العرف.....
- (أ) دور العرف في تحديد سن الزّواج.....
- (ب) دور العرف في تقدير النّفقة.....
- بند ثانٍ: مسائل استنكف القضاء عن تبديل العرف القديم بجديد بالرّغم من طبيعته المتبدّلة.....
- الفقرة الأولى: تعديل سن الحضانة.....
- الفقرة الثّانية: اقتراحات لتعديل الأعراف الاسريّة عمومًا وسبُل تطويرها.....
- خلاصة.....
- الفرع الثّاني: سدّ القصور المدني بتطبيق مبادئ الانصاف.....
- الفصل الأوّل: آفاق الاسترشاد بالإنصاف في مسائل الأحوال الشّخصيّة.....

بند أول: أهمية الإنصاف كمصدر من مصادر القانون.....
الفقرة الأولى: الإنصاف مُكَمَّل للقانون.....
الفقرة الثانية: الإنصاف يُؤنسن القانون.....
بند ثانٍ: تمييز الإنصاف عن غيره من المصادر.....
الفقرة الأولى: تمييز الإنصاف من حيث الرتبة.....
الفقرة الثانية: تمييز الإنصاف من حيث المضمون.....
الفصل الثاني: آفاق الاجتهاد وفق مبادئ الإنصاف في مسائل الأحوال الشخصية.....
بند أول: مسألة الإرث عند تبديل أحد الزوجين طائفته.....
الفقرة الأولى: انتفاء النص الصريح الذي يحكم مسألة الميراث في حال اقترن الزوج بزواج ثان بعد تبديل دينه منفرداً.....
(أ) مدى أحقية العائلة الأولى المسيحية في الميراث.....
(ب) مدى أحقية العائلة الثانية المسلمة في الميراث.....
الفقرة الثانية: انتفاء النص الذي يحكم مسألة الميراث يثير تنازعا بين القوانين الارثية الواجبة التطبيق.....
(أ) حل التنازع بما يتلاءم مع مقتضيات العدل والإنصاف.....
(ب) حل التنازع بتوريث العائلتين.....
بند ثانٍ: مسألة التحايل على القانون عند تبديل كلا الزوجين طائفته.....
الفقرة الأولى: الموقف الاجتهادي الداعم لنظرية التحايل.....
الفقرة الثانية: الموقف الاجتهادي الداحض لنظرية التحايل.....
خلاصة مذيلة باقتراح (لتعديل المادة ٢٣ من القرار ٦٠ ل.ر.)

الخاتمة

لائحة المراجع