دولي خاص

اعداد الطلبة

محمد محزم الحبيني – جاسم طلال الزامل

2019/2018

Instagram: Kuwait.law

Website: lawkuwait.com

سيتم شرح المقرر بداية من الباب الثالث "قواعد الاختصاص" صفحة 295 ثم العودة الى بداية الكتاب وشرح الباب الأول والثاني من المقرر

الملغي

35 – 27

57 – 43

72 – 64

92 – 88

148 – 119

244 – 234

lawkuwait.com

الباب الثالث

قواعد الاختصاص القضائي الدولي

الفصل السابع: المبادئ العامة في الاختصاص القضائي الدولي "296"

تتعلق هذه القواعد بتنظيم السلطة القضائية في الدولة، فهي تتعلق بالسيادة فيستقل مشرع كل دولة بوضعها وفقاً لسياسته الوطنية، وعليه فإنها تختلف من دولة الى أخرى دون وجود نظرية او مبادئ تتبعها الدول، وعليه لم يهتم الفقهاء في وضع الكثير من الضوابط التي تتعلق بقواعد الاختصاص الدولي للمحاكم.

المبحث الأول: تعريف الاختصاص القضائي وتمييزه عن تنازع القوانين "297"

الفرع الأول: اصطلاح وتعريف "297"

- أطلق المشرع على اختصاص المحكمة الكويتية في نظر العلاقات ذات العنصر الأجنبي "الاختصاص الدولي للمحاكم" وذلك في قانون المرافعات رقم 38 / 1980.
- المقصود بالاختصاص الدولي للمحاكم هو: تلك القواعد التي تبين الحدود التي تباشر فيها محاكم الدولة ولايتها للنظر في الدعاوى التي تتضمن عنصراً اجنبياً.
- المقصود من التسمية هو التفرقة بين هذه القواعد وقواعد الاختصاص الداخلي للمحاكم.
- بعد ان يتأكد القاضي من انه مختص وفق قواعد الاختصاص الدولي فانه يتجه بعد ذلك الى قواعد الاختصاص الداخلي لبيان أي من المحاكم الوطنية تختص بنظر هذا النزاع "الاختصاص الوطني".
- تعتبر قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم من مواضيع القانون الدولي الخاص، في حين تعتبر قواعد الاختصاص الداخلي من قواعد قانون المرافعات.

الفرع الثاني: قواعد الاختصاص القضائي الدولي وقواعد الاختصاص التشريعي "299"

- قواعد الاختصاص الدولي هي: تلك القواعد التي تبين اختصاص المحكمة في نظر منازعات العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي.
- قواعد الاختصاص التشريعي: هي تلك القواعد التي تحدد القانون واجب التطبيق على العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

- مع اختصاص المحكمة في نظر النزاع ذو العنصر الأجنبي الا انه في بعض الأحيان ولاعتبارات العدالة فان المشرع يشير بقواعد الاسناد الى تطبيق قانون أجنبي على الدعوى باعتباره أفضل القوانين المتنازعة ملاءمة لحل ذلك النزاع.
- تعتبر قواعد الاسناد قواعد غير مباشرة **"لا تحل النزاع"** وانما تشير الى القانون واجب التطبيق فقط، في حين تعتبر قواعد الاختصاص القضائي الدولي قواعد مباشرة فيما يتعلق بالاختصاص حيث تبين مباشرة مدى اختصاص القضاء الوطني لنظر النزاع المطروح امامه.
- تعتبر قواعد الاسناد قواعد مزدوجة يحتمل فيها ان يطبق القانون الوطني او القانون الأجنبي، في حين ان قواعد الاختصاص القضائي أحادية الجانب حيث تقتصر على بيان الحالات التي يختص فيها القضاء الوطني دون بيان الحالات التي يختص فيها القضاء الأجنبي.
- اختصاص محكمة دولة ما بنظر النزاع لا يعني بالضرورة تطبيق قانون الدولة التي اختص قضاؤها.
- يتأثر تحديد المحكمة **"الاختصاص القضائي"** في تحديد القانون واجب التطبيق **"الاختصاص التشريعي"** والعكس، وذلك على الوجه التالي:

1. تأثير اختصاص القضاء على القانون واجب التطبيق: تحديد القانون واجب التطبيق يتأثر بتحديد الدولة التي يختص قضاؤها بنظر النزاع، حيث يختلف تكييف الواقعة من دولة الى أخرى **"مثال صـ301"**، وقد يكون الخلاف ليس على الواقعة وانما في قواعد الاسناد بين الدول، فقد تكيف المحاكم في الدولتين الواقعة تكييفاً واحداً ولكن تطبق كل منهما قانون مختلف بناء على قواعد الاسناد، وكذا في الإحالة، وكذا لو اتفقت الدولتان على تكييف الواقعة والقانون الأجنبي واجب التطبيق الا انهم اختلفا في فكرة النظام العام فيكون القانون الأجنبي مخالف للنظام العام في دولة دون اخرى، اخيراً فان تحديد القانون واجب التطبيق يتأثر بتحديد الدولة التي يختص قضاؤها بنظر النزاع.
2. تأثير القانون الواجب التطبيق على الاختصاص القضائي: وهي الحالة التي يكون جميع أطراف الخصومة من جنسية واحدة والقانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي ينتمون اليه فان المشرع في هذه الحالة اعطى للمحكمة **"أمر جوازي"** الحق في تكليف الخصوم برفع الدعوى امام محكمة الدولة التي ينتمون اليها، وقد الغي هذا النص بصدور قانون المرافعات، ومنها حالة اختصاص المحاكم الكويتية في مسائل الأحوال الشخصية إذا كان المدعي كويتياً او اجنبياً له موطن في الكويت إذا كان القانون الأجنبي هو القانون الواجب التطبيق – م24 ف ز.

المبحث الثاني: المبادئ العامة في تنظيم الاختصاص القضائي "304"

هناك بعض الضوابط والقواعد المشتركة التي تأخذ بها اغلب النظم القانونية لتحديد اختصاص محاكمها، وتختلف الدول في الاخذ بهذه الضوابط فهي حرة مستقلة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها، على ان هذه الحرية يحدها قيدين فقط على الوجه التالي:

الفرع الأول: حرية الدولة في تنظيم الاختصاص الدولي لمحاكمها "305"

- اهم مبدأ متفق عليه في الوقت الحاضر هو استقلال كل دولة بتحديد قواعد الاختصاص الدولي لمحاكمها في المنازعات المدنية ذات العنصر الأجنبي.
- كل دولة تتبنى القواعد التي تناسب سياستها التشريعية من الناحية الاجتماعية والاقتصادية والسياسية.
- تنفرد الدولة في رسم اختصاص محاكمها.
- لا تعتبر قواعد الاختصاص الدولي قواعد دولية ملزمة للدول بحسب الأصل.
- استثناء من ذلك فانه يرد على حرية الدول في تحديد اخصاص محاكمها قيدين هما:

1. حق الأجنبي في التقاضي امام محاكم الدولة.
2. الحصانة القضائية.

- والتالي شرح هذين القيدين.

الفرع الثاني: القيود على حرية الدولة في تنظيم اختصاص محاكمها "306"

أولاً: حق الأجنبي في التقاضي امام محاكم الدولة:

- يعتبر حق الأجنبي في التقاضي حقاً له للدفاع عن حقوقه الأخرى في الدولة.
- يعتبر حق التقاضي للأجنبي من اهم الحقوق التي لا غنى عنها للأجنبي والا كانت الحقوق المخولة له **"غير حق التقاضي"** لا فائدة منها، فان اعطي كل الحقوق وحرم حق التقاضي فلن يستطيع حماية تلك الحقوق.
- يعتبر حق الأجنبي في التقاضي من الحقوق التي قررتها قواعد القانون الدولي باعتبارها الحد الأدنى لما يجب على الدولة ان تضمنه للأجانب المقيمين على اقليمها.
- تجاهل هذا الحق من قبل الدولة يثير مسؤوليتها في النطاق الدولي على أساس انكار العدالة.

ثانياً: الحصانة القضائية:

- يعفي المشرع بعض الأشخاص من الخضوع للقضاء الوطني بسبب التزام دولي على الدولة، او انه ليس هناك مصلحة تتحقق في اختصاص محاكمه بنظر هذه النزاعات فيتخلى عنها.
- يعفى هؤلاء الأشخاص من الخضوع للمحاكم الوطنية بسبب صفتهم، فلولاها لكانوا خاضعين لاختصاص قضاء الدولة.

- والمعفيون هم:

1. الدول الأجنبية والهيئات الدولية:

(1) **الدول:** استناداً الى مبدأ استقلال وسيادة الدول فقد جرى العمل فيما مضى على اعفاء الدول الأجنبية من الخضوع للقضاء الوطني لدولة أخرى، ذلك ان اخضاعها لهذا القضاء يمثل اعتداء على سيادتها وذلك متى كان العمل الذي تمارسه من اعمال السيادة **"اعمال السلطة"**، واستثناء على ذلك فان منازعات الدول الأجنبية تخضع للقضاء الوطني متى كان نشاطها خاصاً لا يتعلق بأعمال السيادة **"تجاري او غير تجاري"**، وكذا يفرق بين المشروعات العامة التي تنشؤها الدول بين ما اذا كان هذا المشروع يمارس نشاط يعد من اعمال السيادة يستهدف مصلحة وطنية **"يتمتع بالحصانة"** وبين ما اذا كان هذا المشروع تجارياً او كان مشروعاً خاصاً بهدف الربح **"لا يتمتع بالحصانة"**، وفي جميع الأحوال فان مثل هذا المرفق "المؤسسة الشركة.. الخ" إذا كان مستقلاً بشخصية قانونية عن الدولة فانه لا يتمتع بالحصانة الا بالقدر الذي يعتبر فيه نشاط المرفق امتداداً لنشاط السلطة المركزية، اما إذا كان المرفق من ضمن إطار أجهزة الدولة الأجنبية التي أنشأته فانه يعامل معاملة الدولة ذاتها فتشمله ذات الحصانة.

(2) **الهيئات الدولية:** كالأمم المتحدة ومنظمة العمل الدولية والجامعة العربية وغيرهم، فإنها وموظفيها يتمتعون بالحصانة متى ما كانت اتفاقية انشائها تنص على ذلك، او يقضي عرف دولي بذلك.

2. رؤساء الدول والممثلون الدبلوماسيون:

(1) **رؤساء الدول:** جرى العرف على إعطاء رؤساء الدول الأجنبية حصانة قضائية، وحدث خلاف في أساس هذه الحصانة فقال بعضهم ان أساسها هو السيادة ومبدأ المساواة بين الدول باعتبار ان الرئيس هو ممثل الدولة في حين قال بعضهم ان أساسها هو مبدأ المجاملة، وحدث كذلك خلاف في مدى هذه الحصانة فذهب بعضهم الى انها تشمل كل ما يأتيه الرئيس من أفعال في حين قال الاخرون انها قاصرة على الاعمال التي يأتيها الرئيس بصفته التمثيلية دون الاعمال الخاصة ، وتشمل الحصانة رئيس الدولة وافراد اسرته ومرافقيه، وتنتهي بانتهاء صفته فلا تشمل الحصانة رؤساء الدول السابقين.

(2) **الممثلون الدبلوماسيون:** هم أصحاب الحصانة الاصلية، واختلف في أساس منحهم الحصانة فقيل انها فكرة المجاملة الدولية وقيل انها على أساس استقلال الدول وذهب الغالب في الفقه الى ان أساسها هو الضرورة التي يقتضيها قيامهم بمهام وظائفهم، وتشمل الحصانة الممثل الدبلوماسي الاعفاء من القضاء الجنائي والمدني والإداري، ويعتبر الاعفاء من القضاء المدني مقيد في بعض الحالات، (1) كالدعوى العينية المتعلقة بعقار في البلد المضيف ولا تكون الحيازة فيه لحساب الحكومة او لأغراض البعثة، (2) الدعوى المتصلة بتركة يحضر المبعوث فيها بصفته الشخصية وليس باسم الدولة المرسلة، (3) الدعوى المتصلة باي نشاط مهني او تجاري يقوم به المبعوث خارج نطاق مهامه الرسمية،

كما تشمل الحصانة كل اجراء تنفيذي باستثناء الإجراءات التنفيذية الخاصة بالحالات السابقة، ولا تمتد الحصانة لقضاء دولة المبعوث حيث يستطيع من يريد الوصول اليه مقاضاته في دولته وتستطيع الدولة المضيفة مطالبة الدولة الباعثة بمحاكمته، وتتقرر هذه الحصانة لرؤساء البعثات الدبلوماسية كالسفراء والوزراء المفوضين او من يقوم مقامهم، وكذلك الأعضاء الدبلوماسيين في البعثة الذين يمارسون عملهم في الدولة المضيفة بناء على كتب اعتماد كالسكرتير والملحقين، وتشمل هذه الحصانة أعضاء اسرهم، واخيراً فان الإداريين والفنيين في البعثة واسرهم يستفيدون من هذه الحصانة فيما عدا الاعفاء من القضاء المدني والإداري حيث لا يطبق على الأفعال التي تقع خارج نطاق وظائفهم.

المبحث الثالث: الضوابط العامة في الاختصاص الدولي "315"

معايير الفقهاء في تحديد الضوابط العامة في الاختصاص الدولي "315 - 318"

الفرع الأول: ضوابط الاختصاص الأصلي "319"

- قد يعتمد المشرع وهو بصدد دعوى ذات عنصر أجنبي على عدة ضوابط منها:

1. ضوابط تعتمد على صلة أحد عناصر هذه الدعوى بإقليم الدولة **"الضابط الإقليمي"**.
2. ضوابط تعتمد على الشخص نفسه بالدولة **"الضابط الشخص"**.

أولا: موطن المدعى عليه: تختص المحكمة في نظر القضية وفقاً لهذا الضابط إذا كان موطن المدعى عليه واقعاً في دولتها، ويعتمد هذا الضابط على المبدأ السائد في المرافعات وهو انه على المدعي ان يسعى الى محكمة المدعى عليه، بالإضافة الى اعتبار ان محكمة موطن المدعى عليه هي الاقدر على إلزامه بالحكم الصادر منها ضده، وهو **ضابط شخصي**.

ثانياً: موقع المال: تختص المحكمة في نظر القضية وفقاً لهذا الضابط إذا كان المال **"عقار او منقول"** واقعاً في دولتها، وهو **ضابط إقليمي** لأنه يقوم على الصلة بين إقليم الدولة والمال المتنازع فيه، ويبنى الاختصاص على أساس ان المحكمة أقرب المحاكم للمال مما يسهل اتخاذ الإجراءات الكفيلة لسير الدعوى، كما انها أكثر المحاكم معرفة بما يتعلق بمركز المال من حقوق، وهي الأقدر على ترتيب آثار الحكم الصادر.

ثالثا: مكان نشوء الالتزام ومحل تنفيذه: تختص المحكمة في نظر القضية وفقاً لهذا الضابط إذا كان اقليمها محل الواقعة التي نشأ فيها الالتزام او محل وقوع الفعل الضار او يكون هو محل تنفيذ الالتزام او المحل الذي كان يجب تنفيذ الالتزام فيه، وهو **ضابط إقليمي**.

رابعاً: جنسية الخصم في الدعوى: تختص المحكمة في نظر القضية وفقاً لهذا الضابط اذا كانت جنسية المدعى عليه تنتمي لدولة المحكمة، وهو **ضابط شخصي** ليس له أي اعتبار بالإقليم، فقد يكون الشخص كويتياً ولكنه لا يقيم في الكويت ورغم ذلك تختص محاكم الكويت في الدعوى التي تقام في مواجهته، والحقيقة ان هذا الضابط يقوم على اعتبار سياسي وهو ان من مظاهر سيادة الدول على رعاياها اختصاص قضائها في نظر قضاياهم أينما كانوا، ولا يحق للمدعى عليه رفض اختصاص محاكم بلده بالدعوى المرفوعة ضده لأنه احد مظاهر تبعيته لها وسيادتها عليه، اما اختصاص المحكمة اذا كان المدعي من جنسية دولة المحكمة بغض النظر عن جنسية المدعى عليه فهو امر كانت تتبانه بعض التشريعات وعدلت عنه لما فيه من محاباة للوطنيين وما فيه من بقايا لفكرة التعصب الوطني.

الفرع الثاني: ضوابط الاختصاص الطارئ "323"

ينعقد الاختصاص للمحكمة ليس بناء على الضوابط سالفة الذكر وانما لظروف خاصة حيث ينعقد الاختصاص لها رغم انعدام الضوابط السابقة، وذلك في الحالات التالية:

أولا: الخضوع الإرادي: وهو ان يتفق اطراف الدعوى صراحة بعقد قبل او اثناء المنازعة على اختصاص محكمة دولة ما للنظر في الدعوى ولو لم تكن مختصة اصلاً، وقد يكون الخضوع ضمنياً حين يمثل الخصم امام المحكمة دون الدفع بعدم اختصاصها، ويقوم هذا الضابط على إرادة الافراد والتي يعطيها المشرع هذا الحق في إضفاء الاختصاص على محاكم دولته، ولا يصح الاتفاق على سلب اختصاص المحكمة **"متى كانت مختصة"** والاتفاق على اختصاص محكمة أخرى لما في ذلك من مخالفة لإرادة المشرع الذي اعطى الاختصاص للمحكمة، ولا يعتبر شرط التحكيم ولو كان امام هيئة اجنبية معارضة لإرادة المشرع ولا تعدياً على ولاية القضاء الوطني بل هو مانع مؤقت من قبول الدعوى مادام الشرط قائماً، فان زال الشرط عادت ولاية القضاء الوطني واختص بنظر النزاع.

ثانياً: الارتباط: وهو في حال تقديم طلب عارض في النزاع، فتصبح المحكمة المختصة في النزاع الأصلي مختصة في الطلب العارض لارتباطه في الطلب الأصلي رغم انها غير مختصة لو رفعة اليها بصفة اصلية، ويكون الارتباط متى كان هناك طلبان مرتبطان ببعضهما بحيث إذا حكم بأحدهما دون الاخر يخشى معه وقوع تضارب في الاحكام ويقتضي حسن سير العدالة نظر الطلبين من ذات المحكمة، فالارتباط شرط لقبول نظر الطلبات العارضة، ويبنى الارتباط عادة بناء على وحدة الموضوع او السبب او الأطراف، او الطلبات العارضة من الخصوم او طلبات التدخل.

ثالثا: الإجراءات الوقتية والتحفظية "327" الصفحة مو موجودة بالكتاب.

الفصل الثامن: قواعد الاختصاص الدولي للمحاكم الكويتية "329"

المبحث الأول: ضوابط الاختصاص الأصلي لمحاكم الكويت "331"

تقسم ضوابط الاختصاص الأصلي لمحاكم الكويت الى:

1. ضوابط تتعلق بالمدعى عليه.

(1) الجنسية.

(2) الموطن ومحل الإقامة.

2. ضوابط تتعلق بموضوع الدعوى.

(1) إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار او منقول في الكويت.

(2) إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ او نفذ او كان واجباً تنفيذه في الكويت.

(3) إذا تعلقت الدعوى بإفلاس أشهر بالكويت.

(4) إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج يراد ابرامه امام موثق كويتي.

(5) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على مال قاصر او محجوز عليه او غائب.

(6) إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير او بشأن الولاية على نفسه إذا كان مقيماً في الكويت.

(7) إذا كانت الدعوى متعلقة بمسائل الإرث او بالتركات.

3. ضوابط تتعلق بالمدعي + ظروف خاصة.

(1) إذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة التي فقدت جنسيتها الكويتية بالزواج وكانت متعلقة بطلب فسخ الزواج او التطليق او الانفصال.

(2) ان تكون الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج او التطليق او الانفصال وتكون مرفوعة من زوجة اجنبية لها موطن في الكويت على زوجها الذي كان له موطن في الكويت.

(3) إذا كانت الدعوى مرفوعة من ام او زوجة او ابن صغير بطلب نفقة.

(4) إذا كانت الدعوى متعلقة بأحد مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي كويتياً او اجنبياً له موطن في الكويت ولم يكن للمدعى عليه موطن معروف او كان القانون الكويتي واجب التطبيق في الدعوى.

- لم يورد قانون المرافعات تنظيم مختلف وجديد عن قانون 5 / 1961، وانما قام بإعادة تنظيمه وإلغاء بعض مواده فقط.
- محل الإقامة ضابط جديد في قانون المرافعات.

- حالة تعدد المدعى عليهم وكون أحدهم كويتاً او اجنبياً له موطن او محل إقامة في الكويت او موطن مختار فيها حالة جديدة نظمها قانون المرافعات.

الفرع الأول: الضوابط المتعلقة بالمدعى عليه "331"

المادة 23 مرافعات:

تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الكويتي، والدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك كله فيما عدا الدعاوى العقارية المتعلقة بعقار واقع في الخارج.

أولا: الجنسية: إذا كان المدعى عليه يحمل الجنسية الكويتية اختصت المحاكم الكويتية في نظر الدعاوى المقامة عليه، ولا يلزم ان يكون مقيماً في الكويت عند رفع الدعوى، وليس لجنسية او موطن او محل إقامة المدعي في هذه الحالة أي اعتبار **"مثال 332"**.

ثانياً: الموطن ومحل الإقامة:

- الموطن: إذا كان للأجنبي موطن في الكويت اختصت المحاكم الكويتية في الدعاوى التي ترفع عليه، والموطن هو المكان الذي يقيم فيه الشخص عادة بينة الاستقرار او يتخذه مركزاً لأعماله الرئيسية بصفة دائمة، فهو رابط واقعي للشخص سواء الاعتباري او الطبيعي بالدولة وليس رابط سياسي كالجنسية، ويقوم الموطن على عنصرين هما **"وجود مادي في الكويت - نية الاستقرار"**، فمتى ما ثبت ان للأجنبي موطن في الكويت اختصت محاكم الكويت في الدعاوى التي ترفع عليه ودون اعتبار لمحل اقامته او جنسيته او وجود موطن آخر له في الخارج.
- محل الإقامة: إذا كان للأجنبي محل إقامة في الكويت اختصت المحاكم الكويتية في الدعاوى التي ترفع عليه، والفرق بين الموطن ومحل الإقامة هو ان الموطن يحتوي على عنصرين **"وجود مادي في الكويت - نية استقرار"** في حين ان محل الإقامة يحتوي عنصر واحد وهو **"الوجود المادي في الكويت فقط دون نية الاستقرار"**، ومن الطبيعي تبني المشرع لهذا الضابط لكثرة الوافدين في الكويت.
- تختص المحاكم الكويتية متى توافرت احدى الحالتين السابقتين في المدعى عليه، سواء كانت الدعوى مدنية ام تجارية ام أحوال شخصية بحسب الاصل، ولكن النص القانوني أورد استثناء حيث اخرج دعاوى العقار الواقع بالخارج ولو كان المدعى عليه كويتي الجنسية او أجنبي له موطن او محل إقامة في الكويت.

- الدعاوى العقارية التي تخرج من اختصاص المحاكم الكويتية في هذه الحالة هي:

(1) الدعاوى العقارية الشخصية "مثل الدعوى التي يرفعها مشتري عقار بعقد غير مسجل يطلب فيها الحكم بانعقاد البيع في مواجهة البائع".

(2) الدعاوى العقارية العينية "مثل الدعوى التي يرفعها مالك العقار في مواجهة من يعتدى على ملكيته او ينازع فيها طالباً تثبيت ملكيته".

(3) الدعاوى العقارية المختلطة "مثل الدعوى التي يرفعها مشتري العقار بعقد عقار مسجل يطالب فيها بتسليم العقار من قبل البائع".

- الدعاوى العقارية التي تخرج من اختصاص المحاكم الكويتية:

1. حيازة العقار.
2. ملكية العقار.
3. حق عيني على العقار "كسبه - نقله - انقضاؤه".

- استثناء على الاستثناء السابق **"الدعاوى الشخصية غير العقارية المتعلقة بعقار"**: تختص المحاكم الكويتية إذا كانت الدعوى هي فسخ عقد بيع عقار او كان موضوعها التزام بدفع ايجارات مستحقة والدعوى التي يطالب فيها بتسليم عقار تنفيذا لعقد بيع عقار، والمطالبة بالتعويض بناء على عدم القيام بالالتزام بنقل الملكية، وغير ذلك من دعاوى التعويض وليست من الاستثناءات سالفة الذكر.
- محكمة التمييز هي التي رفضت تعميم النص وميزت بين الدعاوى العقارية والدعاوى غير العقارية المرتبطة بعقار.
- تحكم المحكمة بعدم الاختصاص وليس بعدم القبول.

الفرع الثاني: الضوابط المتعلقة بموضوع الدعوى "338"

المادة 24 مرافعات

تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك في الأحوال الآتية:-

أ- إذا كان له في الكويت موطن مختار.

ب- إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار أو منقول موجود في الكويت، أو كانت متعلقة بالتزام نشأ أو نفذ أو كان واجبا تنفيذه فيها، أو كانت متعلقة بإفلاس أشهر فيها.

جـ- إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج وكان العقد يراد إبرامه لدى موثق كويتي.

د- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو التطليق أو الانفصال وكانت مرفوعة من الزوجة التي فقدت الجنسية الكويتية بالزواج متى كان لها موطن في الكويت أو كانت الدعوى مرفوعة من زوجة لها موطن في الكويت على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطليق أو الانفصال، أو كان قد أبعد من الكويت.

هـ- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب نفقة للأم أو للزوجة متى كان لهما موطن في الكويت أو للصغير المقيم فيها.
و- إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير يقيم في الكويت، أو بسلب الولاية على نفسه أو الحد منها أو وقفها أو استردادها.
ز- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي كويتيا أو أجنبيا له موطن في الكويت، وذلك إذا لم يكن للمدعي عليه موطن معروف في الخارج، أو إذا كان القانون الكويتي واجب التطبيق في الدعوى.
حـ- إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على المال متى كان للقاصر أو المطلوب الحجر عليه موطن أو محل إقامة في الكويت أو إذا كان بها آخر موطن أو محل إقامة للغائب.
ط- إذا كان أحد المختصمين معه كويتيا، أو أجنبيا له في الكويت موطن أو محل إقامة أو موطن مختار.

المادة 25 مرافعات

تختص المحاكم الكويتية بمسائل الإرث وبالدعاوى المتعلقة بالتركة في الأحوال الآتية:
أ- إذا كانت التركة قد افتتحت في الكويت.
ب- إذا كان المورث كويتيا.
جـ- إذا كانت أموال التركة كلها أو بعضها في الكويت، وكان الورثة كلهم أو بعضهم كويتيين، وكانت محكمة محل افتتاح التركة غير مختصة طبقا لقانونها.

عالجت المادتين 24 و25 من قانون المرافعات عدداً من الحالات التي تختص فيها محاكم الكويت بنظر الدعوى التي ترفع على الاجنبي الذي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت متى كان لموضوع الدعوى صلة في الكويت او اقليمها على الوجه التالي:

أولا: إذا كانت الدعوى متعلقة بعقار او منقول في الكويت: وهو اختصاص غير مقيد بنوع الدعوى او مكان ابرام العقد، كل ما هنالك ان المال محل الدعوى موجود في الكويت وقت رفع الدعوى "النص الملغي كان يفرق بين العقار والمنقول".

ثانياً: إذا كانت الدعوى متعلقة بالتزام نشأ او نفذ او كان واجباً تنفيذه في الكويت:

- السفارة الكويتية في الخارج تعتبر إقليم كويتي.
- يجب ان تكون الكويت محل نشأة الالتزام او محل التنفيذ او المحل الواجب تنفيذ الالتزام فيه.
- لم يفرق النص الجديد بين موضوع المسألة كما كان في النص القديم، حيث فرق النص الملغي بين الموضوع، فأعطى الاختصاص لمحاكم الكويت متى كانت الدعوى متعلقة بمسألة مدنية او تجارية، في حين لم يعطي الاختصاص لمحاكم الكويت متى كان موضوع الدعوى أحوال شخصية.

- هناك التزامات عقدية والتزامات غير عقدية على الوجه التالي:

التزامات عقدية			التزامات غير عقدية	
نشأ في الكويت	نفذ في الكويت	كان واجب التنفيذ في الكويت	المسؤولية التقصيرية	الاثراء بلا سبب
ابرام العقد في الكويت	تم القيام بالالتزام في الكويت	أي كان يجب القيام بتنفيذ الالزام في الكويت ولكنه لم ينفذ او نفذ خارج الكويت	ضرر وخطأ وعلاقة سببية - إذا تحققت العناصر الثلاث في الكويت - إذا تحقق الضرر في الكويت - إذا تحقق الخطأ في الكويت	افتقار واثراء - إذا تحقق العنصرين في الكويت - إذا تحقق الاثراء في الكويت - إذا تحقق الافتقار في الكويت
شركة كورية ابرمت عقد توريد سيارات لفرنسا وكان توقيع العقد في الكويت	شركة كورية ابرمت عقد توريد سيارات للكويت وكان التوقيع في فرنسا ووردت السيارات معيبة	شركة كورية ابرمت عقد توريد سيارات للكويت وكان التوقيع في فرنسا ووردت السيارات للإمارات او لم توردها	- امريكي **دعم** فرنسي في الكويت **وتضرر** الفرنسي في الكويت - امريكي **دعم** فرنسي في الكويت وتضرر الفرنسي بفرنسا - امريكي دعم فرنسي في فرنسا **وتضرر** الفرنسي في الكويت	- امريكي حول لفرنسي عن طريق الخطأ وكان كلاهما في الكويت. - امريكي في الكويت حول لفرنسي في فرنسا عن طريق الخطأ. - امريكي في أمريكا حول لفرنسي في الكويت عن طريق الخطأ.
يشترط في الحالتين ان يكون: المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت. ان يكون موضوع الدعوى مدني او تجاري او أحوال. ان يكون النزاع على التزام عقدي او غير عقدي.				

ثالثاً: إذا تعلقت الدعوى بإفلاس أشهر في الكويت: ويشترط في هذه الحالة:

1. ان تكون الدعوى مبنية على حكم إشهار افلاس صادر في الكويت.
2. ان تكون الدعوى متعلقة بهذا الإفلاس المشهر.
3. ان يكون المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.

- من الممكن ان تكون دعوى غير مباشرة برفعها من قبل دائن المفلس باسم المفلس في وجه مدين المفلس الأجنبي.
- الدعاوى التي يرفعها الغير على مدير التفليسة.
- مثال: التصرفات في وقت الريبة.
- مثال: النفقة والمهر متى تعلقت بالإفلاس.

رابعاً: إذا كانت الدعوى معارضة في عقد زواج يراد ابرامه امام موثق كويتي: وشروطها:

1. العقد يراد ابرامه امام موثق كويتي **"سواء في الكويت او في الخارج"**.
2. الاعتراض يكون بالشروط الموضوعية لعقد الزواج.
3. الاعتراض يصدر من شخص له الحق قانوناً في الاعتراض.
4. ان يكون الاعتراض امام موثق عدل كويتي.
5. ان تكون الدعوى مرفوعة على أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.

- من المتصور ان يكون الموثق الكويتي في خارج الكويت **"سفارة الكويت"**.
- يطبق النص بغض النظر عن جنسية الزوجين او موطنهم او محل اقامتهم.
- مثال: الاعتراض على الشروط الموضوعية "عدم أهلية أحد الزوجين، عدم حصول الرضا ممن يستلزم القانون رضاه، وجود مانع من موانع الزواج".
- الاعتراض على الشروط الشكلية لا يعمل هذا النص.
- مثال: الاعتراض على الشروط الشكلية "عدم القيام بالفحص الطبي، عدم استيفاء الرسوم، عدم اخذ الاذن بالزواج إذا كان أحد الزوجين تستلزم وظيفته اصدار اذن بالزواج كالعسكريين".

خامساً: إذا كانت الدعوى متعلقة بمسألة من مسائل الولاية على مال قاصر او محجوز عليه او غائب: وشروطها:

1. ان يكون المال مال قاصر او محجور عليه او غائب.
2. ان يكون المحجور عليه او القاصر له موطن او محل إقامة في الكويت من خلال من ينوب عنه قانوناً، اما الغائب فيشترط ان يكون آخر موطن له او آخر محل إقامة في الكويت قبل غيابه.

مثال: هندي عمل في الكويت ثم في الهند ثم أعتبر غائب **"لا ينطبق الشرط"**.

مثال: هندي عمل في الكويت وغادر للسياحة في اوروبا ثم أعتبر غائب **"ينطبق الشرط"**.

3. ان يكون المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.

مثال: قاصر له موطن في الكويت او محل إقامة، وله اخ فرنسي يعيش في فرنسا، وتم اختصامه بمناسبة مال القاصر الذي يديره.

- امثلة: للدعاوى "محاسبة الولي او الوصي، تعيين ولي او وصي، ازاله ولي او وصي، تقرير الحجر او رفعه، اثبات الغيبة، تعيين وكلاء عن الغائبين، حدود الوكيل او الوصي او القيم.. الخ".
- لم يشترط المشرع ان يكون المال في الكويت.
- راعت هذه المادة جانب الشخص المراد حمايته دون المدعي او المدعى عليه في الدعوى.

سادساً: إذا كانت الدعوى بشأن نسب صغير او بشأن ولاية على نفسه إذا كان مقيماً في الكويت:

- شروط دعوى النسب:

1. إقامة الصغير بالكويت **"قانونية او غير قانونية".**
2. المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.
3. ان تكون الدعوى متعلقة بإثبات او انكار نسب.

مثال: تزوجوا عرفياً في الهند ورزقت الزوجة بمولود، واقامت الزوجة مع صغيرها في الكويت وكان الاب مقيماً في الخارج، واقامت الزوجة دعوى على الاب لإثبات النسب **"تنطبق الشروط".**

- شروط دعوى الولاية:

1. إقامة الصغير بالكويت **"قانونية او غير قانونية".**
2. المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.
3. ان تكون الدعوى سلب ولاية او الحد منها او استردادها.

- الصغير هو: كل من لم يبلغ 21 سنة من عمره.
- مثال سلب الولاية: سلب ولاية الاب مجنون.
- مثال الحد من الولاية: اخذ الولاية التعليمية او غيرها من اب مدمن لا يقوم بواجباته.
- مثال استرداد الولاية: المطلقة التي تتزوج أجنبي فيقوم طليقها الأول برفع دعوى استرداد ولايته منها على الأبناء.

سابعاً: إذا كانت الدعوى متعلقة بمسائل الإرث او بالتركات: المادة 25

- تشرح المادة ثلاث حالات منفصلة، متى ما تحققت أي حالة منها فتختص المحكمة الكويتية بناء عليها دون الحاجة لانطباق جميع الحالات، وهي:

الحالة الأولى	الحالة الثانية	الحالة الثالثة
افتتحت التركة في الكويت	إذا كان المتوفى "المورث" كويتي الجنسية	شروط خاصة يجب ان تنطبق جميعها
يشترط ان يكون آخر موطن للمتوفى في الكويت ووفاته حدثت في الكويت، ولا يشترط تواجد مال التركة في الكويت، ولا يشترط ان يكون الورثة كويتيين، ولا عبرة في الدعوى إذا كانت من مسائل الإرث او متعلقة بالتركة نفسها.	بغض النظر عن تواجد المال في الكويت وبغض النظر عن مكان الوفاة، وبغض النظر عن جنسية الورثة، ولا عبرة في الدعوى إذا كانت من مسائل الإرث او متعلقة بالتركة نفسها.	1. ان كل او بعض مال التركة في الكويت. 2. ان كل او بعض الورثة كويتيين. 3. ان تكون محكمة افتتاح التركة "الأجنبية" غير مختصة بناء على قانونها الوطني. ولا عبرة في الدعوى إذا كانت من مسائل الإرث او متعلقة بالتركة نفسها.

- مثال للمسائل المتعلقة بالإرث: تحديد الانصبة، المنع، الحجب.. الخ.
- مثال للمسائل المتعلقة بالتركة: الدعاوى العينية المتعلقة بالتركة كالمطالبة بدين على التركة او ملكية مال من أموال التركة.. الخ.
- يجب الانتباه الى ان اختصاص المحاكم الكويتية بالنسبة لدعاوى التركات إذا كانت المنازعة تدور حول عقار واقع في الخارج ينحصر بالدعاوى الشخصية التي تتعلق بهذا العقار دون غيرها.

الفرع الثالث: الضوابط المتعلقة بالمدعي لظروف خاصة تحيط به "347"

قد توجد ظروف تحيط المدعي وتستدعي حمايته في بعض الأحيان وتمكينه من الوصول الى حقه بإقامة الدعوى امام الدولة التي يتبعها بجنسيته او موطنه او محل اقامته بغض النظر عن جنسية او موطن او محل إقامة المدعى عليه، وتتقيد هذه الدعاوى بموضوع الدعوى وظروف المدعي.

أولا: إذا كانت الدعوى مرفوعة من الزوجة التي فقدت جنسيتها الكويتية بالزواج وكانت متعلقة بطلب فسخ الزواج او التطليق او الانفصال: المادة 24

- أسباب الدعوى:
- فسخ: بسبب اختلاف الدين مثلاً او عيب بأحد الأطراف وغيره.
- التطليق: أي القضاء يطلق وليس الزوج، ويطلق القضاء في أحوال معينه منها الطلاق للضرر وللغيبة او عدم الانفاق وغيرها.
- الانفصال: وقد راعى المشرع في هذا اللفظ غير المسلمين، والمقصود هو الانفصال الجسدي الذي تحكم به بعض الأديان تمهيداً للطلاق وانحلال رابطة الزوجية.
- الشروط:

1. المدعية زوجة أجنبية او عديمة الجنسية فقدت جنسيتها الكويتية بالزواج "ومن المعلوم انه وفق قانون الجنسية الكويتية لا تفقد الكويتية جنسيتها الكويتية الا برغبتها وليس بالزواج فقط، وعليه فان هذا النص معطل".
2. المدعية لها موطن في الكويت.
3. موضوع الدعوى **"تطليق او فسخ او انفصال"**.
4. المدعى عليه **"الزوج"** أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.

ثانياً: ان تكون الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج او التطليق او الانفصال وتكون مرفوعة من زوجة اجنبية لها موطن في الكويت على زوجها الذي كان له موطن في الكويت.

- الشروط:

1. المدعية زوجة اجنبية او عديمة الجنسية.
2. المدعية لها موطن في الكويت.
3. موضوع الدعوى **"تطليق او فسخ او انفصال"**.
4. المدعى عليه الزوج الأجنبي كان له موطن في الكويت.

- يشترط في ان يكون سبب الدعوى ناشئ **اثناء** تمتع الزوج بموطن مشترك مع الزوجة في الكويت، أي قبل ان يجعل موطنه في الخارج **"بإرادته"** او ان يبعد من الكويت **"بغير ارادته"** سواء كان الابعاد اداري ام قضائي، فان كان السبب ناشئ بعد خروجه او إبعاده عن الكويت فلا مجال لإعمال هذه المادة.

ثالثاً: إذا كانت الدعوى مرفوعة من ام او زوجة او ابن صغير بطلب نفقة:

- الشروط:

1. المدعي ام او زوجة او صغير.
2. ان يكون للام او الزوجة موطن في الكويت، اما الصغير فيشترط ان تكون له إقامة في الكويت **"قانونية او غير قانونية"**.
3. ان يكون موضوع الدعوى نفقه عادية وليست مؤقته او مستعجلة.
4. المدعى عليه أجنبي ليس له موطن او محل إقامة في الكويت.

- مثال لحالات المدعي:

1. ام تطلب نفقة من الأبناء.
2. زوجة تطلب نفقة من الزوج.
3. صغير يطلب نفقة ممن يلزمه القانون بالإنفاق عليه.

lawkuwait.com

رابعاً: إذا كانت الدعوى متعلقة بأحد مسائل الأحوال الشخصية وكان المدعي كويتياً او اجنبياً له موطن في الكويت وليس للمدعى عليه موطن معروف، او كان القانون الكويتي واجب التطبيق في الدعوى:

- يشترط في هذه المادة الإقامة **المشروعة** في الكويت.
- من دعاوى الأحوال الشخصية "الطلاق – الزواج – الميراث – الخطبة ... الخ".
- تعالج هذه الفقرة فرضين:

- الفرض الأول: المدعى عليه الذي لا يعلم له موطن.

- شروطها:

1. ان يكون المدعي له موطن في الكويت **"سواء كان كويتي او أجنبي"**.
2. ان يكون موضوع الدعوى احدى مسائل الأحوال الشخصية.
3. المدعى عليه أجنبي ليس له موطن معلوم خارج او داخل الكويت.

- الفرض الثاني: إذا كان القانون الكويتي واجب التطبيق.

- شروطها:

1. ان يكون المدعي له موطن في الكويت **"سواء كان كويتي او أجنبي"**.
2. ان يكون موضوع الدعوى احدى مسائل الأحوال الشخصية.
3. ان الأجنبي له موطن معلوم في الخارج وليس له موطن او محل إقامة في الكويت.
4. ان القانون الكويتي هو القانون الواجب التطبيق في الدعوى وفقاً لقواعد الاسناد.

- اختصاص القضاء الكويتي في هذه الحالة مع وجود موطن معلوم للمدعى عليه في الخارج هو بسبب تقدير المشرع ان في النهاية سوف ينطبق عليه القانون الكويتي وان المحاكم الكويتية هي أكفأ المحاكم في تطبيق القانون الكويتي.

المبحث الثاني: ضوابط الاختصاص الطارئ للمحاكم الكويتية "الإرادة - الارتباط - الإجراءات الوقتية والتحفظية والتنفيذ الجبري"

الفرع الأول: الإرادة "او الخضوع الاختياري" 353"

المادة 24 مرافعات "سبق ورودها"
المادة 26 مرافعات
تختص المحاكم الكويتية بالفصل في الدعوى ولو لم تكن داخلة في اختصاصها طبقا للمواد السابقة إذا قبل الخصم ولايتها صراحة أو ضمنا.

أولا: ضابط الموطن المختار:

- إذا كان للمدعي عليه الأجنبي موطن مختار في الكويت كانت المحاكم الكويتية مختصة ولو لم يكن متوطناً او مقيماً في الكويت.
- الموطن المختار هو: الموطن الذي يعينه الشخص كمركز لشأن من شؤونه كتنفيذ عقد او تسليم مراسلات او اعلاناته.
- لا يشترط ان يكون انعقاد العقد او تنفيذه في الكويت.
- تختص المحاكم الكويتية بنظر النزاع المرتبط بالأعمال التي حدد الأجنبي موطن مختاراً لها في الكويت دون غيرها من الاعمال، وذلك بغض النظر عن نية الأجنبي بجعل الكويت مختصة في نظر النزاع ام لا.
- تعيين الموطن المختار يعد قرينة قاطعة على ارتضاء الخصم باختصاص القضاء الكويتي في الدعاوى التي ترفع بخصوص هذا الشأن.
- مثال الموطن المختار: المحامي، صندوق البريد.
- لم يفرق المشرع بين موضوع الدعاوى في هذا الشأن **"أحوال، تجاري، مدني"**، فقط يشترط ان تكون متعلقة بالموطن المختار.
- مثال: قام نادي رياضي أجنبي بتعيين مكتب محام او بريد في الكويت كموطن مختاراً لتلقي طلبات الالتحاق في النادي، فان محاكم الكويت تختص بجميع الدعاوى التي تقام على النادي فيما يخص طلبات الالتحاق، كالدعوى التي يطالب فيها أحد المتقدمين للالتحاق بالنادي بالتعويض بسبب رفض طلبه، اما الدعاوى الأخرى التي تقام على النادي بموضوع غير الموضوع الذي خصص من اجله الموطن المختار **"طلبات الالتحاق"** كالدعوى التي تقيمها زوجة او ابنة رئيس النادي تطالب بالنفقة فلا تختص محاكم الكويت بناء على هذا الضابط.

ثانياً: ضابط القبول الصريح او الضمني "يسمى الاختصاص المانح" الفرضيات:

1. المدعى عليه حضر ودفع دفع موضوعي **"قبول ضمني باختصاص المحكمة"**.
2. المدعى عليه حضر ودفع بعدم اختصاص المحكمة **"تستجيب له المحكمة وتحكم بعدم الاختصاص"**.
3. المدعى عليه لم يحضر **"تحكم المحكمة من تلقاء نفسها بعدم الاختصاص"** م28

- يكون القبول صريحاً إذا اتفق الأطراف صراحة على اختصاص المحكمة الكويتية بنظر النزاع.
- يكون القبول ضمنياً إذا حضر المدعى عليه امام المحكمة ولم يتمسك بعدم اختصاصها.

المادة رقم 28 مرافعات
إذا لم يحضر المدعى عليه وكانت المحاكم الكويتية غير مختصة بنظر الدعوى طبقا للمواد السابقة تحكم المحكمة بعدم اختصاصها من تلقاء نفسها.

ثالثاً: دور الإرادة في سلب الاختصاص من المحاكم الكويتية:

- يقع باطلاً أي اتفاق على سلب اختصاص المحكمة.
- مثال لسلب الاختصاص: شركة كورية ابرمت عقد في الكويت مع شركة أمريكية لتوريد سيارات للسعودية ووضعوا شرط اختصاص المحاكم الكورية في العقد "شرط **باطل** حيث تختص المحاكم الكويتية بناء على نشأة الالتزام في الكويت".
- مثال لجلب الاختصاص: شركة كورية ابرمت عقد مع شركة أمريكية في الصين على توريد سيارات للسعودية ووضعوا شرط اختصاص المحاكم الكويتية في العقد "شرط **صحيح** وتختص المحاكم الكويتية بناء على هذا الشرط".
- الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم:
- الأصل ان سلب اختصاص المحكمة يقع باطلاً واستثناء يجوز الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم وان كانت جهة التحكيم أجنبية.
- الاتفاق على عرض النزاع على التحكيم هو منع المحاكم المختصة من نظر النزاع مؤقتاً ولا يسلب الاختصاص نهائياً وليس فيه مخالفة للنظام العام.
- التمسك باتفاق التحكيم:
- المدعى عليه حضر ودفع دفع موضعي **"تنازل عن شرط التحكيم وتختص المحكمة"**.
- المدعى عليه حضر وتمسك بشرط عرض النزاع على التحكيم **"تحكم المحكمة بعدم القبول"**.
- المدعى عليه لم يحضر **"ترجع للأصل وهو اختصاص المحكمة في نظر النزاع"**.

الفرع الثاني: الارتباط "361"

المادة رقم 27 مرافعات
إذا رفعت للمحاكم الكويتية دعوى داخلة في اختصاصها، فإنها تكون مختصة أيضا بالفصل في المسائل الأولية والطلبات العارضة على الدعوى الأصلية، وفي كل طلب يرتبط بهذه الدعوى ويقتضي حسن سير العدالة أن ينظرها معها.
كما تختص المحاكم الكويتية بالأمر بالإجراءات الوقتية والتحفظية التي تنفذ في الكويت ولو كانت غير مختصة بالدعوى الأصلية.
وتختص أيضا بإجراءات التنفيذ الجبري التي تتخذ في الكويت، وبالمنازعات المتعلقة بها.

أولا: ارتباط الموضوع بالدعوى الاصلية المرفوعة امام القضاء:

- قد تكون هناك مسائل أولية او طلبات عارضة غير داخلة في اختصاص المحكمة فيما لو عرضت بدعوى مستقلة ولكنها ترتبط بدعوى داخلة في اختصاصها فيكون لهذا الارتباط أثره باختصاص المحكمة بنظر هذه المسألة الأولية او الطلب العارض.
- حسن سير العدالة وعدم تعارض الاحكام جعل المشرع ينص على اختصاص المحكمة بمثل هذه المسائل ليصدر بها حكم واحد.
- مثال المسائل الأولية: تحديد جنسية الخصم او موطنه "دعوى ميراث ودفع شخص بان جنسية أحد الورثة مصري او فقد الجنسية المصرية وكان تحديد جنسية هذا الشخص لازماً لتحديد مركزه في الدعوى ما إذا كان وارثاً ام لا فتختص المحكمة الكويتية بالفصل في هذا الدفع".
- مثال الطلبات العارضة: الطلبات الإضافية التي يطلبها الخصم او طلب التدخل من شخص خارج الخصومة او اختصام الغير خارج الخصومة.
- مثال الطلبات الإضافية: الوكيل الذي يطالب بأتعابه في دعوى مرفوعة امام القضاء الكويتي.

ثانياً: حالة تعدد المدعى عليهم:

- إذا كانت المحكمة مختصة بشأن مدعى عليه فان هذا الاختصاص يمتد ليشمل جميع المدعى عليهم في الدعوى.
- الحكمة من مد الاختصاص هي حسن سير العدالة وعدم تعارض الاحكام.
- شروط تطبيق هذه الحالة:

1. تعدد المدعى عليهم وان يكون من بينهم شخص تختص المحكمة الكويتية بشأنه **"كويتي او أجنبي له موطن او محل إقامة في الكويت"**.
2. ان تكون الرابطة بينهم رابطة حقيقية وليست صورية.

- مثال: عقد بين شركة كورية وشركة سعودية وشركة أمريكية، وكان للشركة السعودية موطن في الكويت، فتختص المحاكم الكويتية بمواجهة الشركة السعودية لوجود موطن لها في الكويت، وتختص كذلك في مواجهة الشركة الكورية والأمريكية لان أحد المدعى عليهم له موطن في الكويت.

الفرع الثالث: الإجراءات الوقتية والتحفظية وإجراءات التنفيذ الجبري "363"

المادة 27 سالفة الذكر الفقرتين الأخيرتين.

- تختص المحاكم الكويتية فيما يتخذ من إجراءات في الكويت من حجوز تحفظية او تدابير وقتية.
- هذا الاختصاص مبني على دواعي الامن المدني في الدولة.
- امثلة: وضع الاختام على المال، فرض الحراسة، الحكم بالنفقة الوقتية إذا كان للمدعى عليه مال يمكن التنفيذ عليه، بيع المال الذي يخشى عليه من التلف.
- تختص المحاكم الكويتية ولو لم تكن مختصة بالدعوى الاصلية.
- تختص المحاكم الكويتية بمسائل التنفيذ الجبري على المال الموجود في الكويت باعتبار ان هذا الاختصاص يمثل نوع من أنواع سيادة الدولة على اقليمها.
- تختص المحاكم الكويتية بدعاوى التنفيذ المرتبطة بالتنفيذ الواقع في الكويت ولو كانت دعاوى موضوعية.
- الشروط:

1. ان يكون المطلوب اجراء وقتي.
2. ان يراد تنفيذ هذا الاجراء في الكويت.

- مثال للمسألة الوقتية: زوجة مصرية تريد الطلاق من زوجها المصري في عدوى طلاق في مصر، اقامت دعوى في الكويت تطالب بنفقة مؤقته وكانت للزوج أموال في الكويت **"تختص محكمة الكويت"**.
- مثال للحجز التحفظي: مطالبة أحد الورثة في الامارات القيام بحجز تحفظي على أموال التركة في الكويت **"تختص المحاكم الكويتية"**.
- مثال للتنفيذ الجبري: خلاف زوجي وتم الحكم للزوجة بالطلاق واسترداد أموالها لدى الزوج وكان بحوزة زوجها في الكويت بعض المجوهرات الخاصة بها **"تختص المحكمة الكويتية"** لان التنفيذ في الكويت.

نهاية قواعد الاختصاص القضائي الدولي

قراءة الباب التمهيدي 13 الى 26

- أهم النقاط الواردة في الباب التمهيدي.
- تنازع القوانين بالمعنى الواسع يشمل:

1. تحديد اختصاص المحاكم.
2. تحديد القانون الواجب التطبيق.
3. تحديد شروط تنفيذ الاحكام الأجنبية.

- تنازع القوانين بالمعنى الضيق يشمل القانون الواجب التطبيق فقط.
- للقول بوجود علاقة قانونية ذات عنصر أجنبي فانه يجب ان تكون احدى عناصر الدعوى المعروضة اجنبية، وعناصر الدعوى هي:

1. أطراف.
2. محل او موضوع.
3. سبب.

- تنازع القوانين لا ينشا إذا نظر للقوانين في دولة ما بإنها إقليمية او شخصية مطلقاً، فلا بد ان تكون الإقليمية والشخصية نسبية.
- شروط نشأة تنازع القوانين:

1. ان تكون العلاقات القانونية ذات عنصر أجنبي.

- الاعتراف بالدولة يؤثر حتماً في مسألة تنازع القوانين اما عدم الاعتراف بالحكومات فلا تأثير له.

2. ان يقبل المشرع الوطني تطبيق قانون أجنبي.

- فروع القانون الخاص هي التي تكون محلاً لمسألة تنازع القوانين "أحوال – مدني – تجاري".
- فروع القانون العام لا تكون محلاً لمسألة تنازع القوانين، لأنها تمثل سيادة الدولة وتتصف بالإقليمية المطلقة "الدستوري – الإداري – الجنسية – الضرائب – جزاء".
- قد يطبق القاضي قانون عام لدولة اجنبية بالتبعية إذا كان ينظر مسألة ذات عنصر أجنبي يحتاج للحكم فيها اعمال قانون عام أجنبي "جنسية وارث مثلاً".

3. اختلاف مضمون القوانين.

- إذا لم تكن القوانين مختلفة فلا تثور مسألة تنازع القوانين من حيث المضمون، وليس الاختلاف التام في الأسس والمبادئ الاقتصادية والسياسية والاجتماعية والأخلاقية والا استبعد القانون الأجنبي لمخالفته للنظام العام.

ملغي 27 الى 35

الباب الثاني

قواعد الاسناد

مقدمة "39"

حل مشكلة تنازل القوانين اما ان يتم عن طريق القواعد الموضوعية او عن طريق قواعد الاسناد، **والقواعد الموضوعية** هي القواعد التي يتبانها مشرع كل دولة للتطبيق في أحوال العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي أيا كان مصدر هذا العنصر الأجنبي او القوانين المتنازع فيها وذلك على خلاف العلاقات القانونية الوطنية البحتة التي يطبق عليها قواعد القانون الوطني، وتعطي القواعد الموضوعية حلولاً مباشرة لكل مسألة على خلاف قواعد الاسناد، اما **قواعد الاسناد** فهي تلك القواعد التي يضعها المشرع الوطني لحل مشاكل تنازع القوانين عن طريق تحديد قانون اجنبي بواسطة ضابط الاسناد بالقاعدة تمهيداً لتطبيق هذا القانون على المسألة.

الفصل الرابع: مشاكل تطبيق قواعد الاسناد "41"

حتى نتعرف على قاعدة الاسناد المناسبة التي تدلنا على القانون واجب التطبيق يجب ان نعرف اولاً هل تدخل المسألة المعروضة ضمن طائفة من المسائل القانونية التي تنطبق عليها هذه القاعدة ام لا **"التكييف"**، فان تم تحديد قاعدة الاسناد يجب معرفة القانون الأجنبي الذي تحيل اليه قاعدة الاسناد **"الإحالة"**، ونظراً الى ان بعض ضوابط الاسناد يمكن تغييرها من زمن الى اخر نتيجة تغيير جنسية او موطن الشخص فانا نكون امام **"التنازع المتحرك او المتغير"**، فان وجد القاضي ان القانون الأجنبي واجب التطبيق بناء على قواعد الاسناد لا يمكن تطبيقه في الكويت كنا امام **"موانع تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق"**، اخيراً تثور مشكلة كيفية تعامل القاضي مع القانون الأجنبي واجب التطبيق او ما يمكن ان يطلق عليه بمشكلة **"طبيعة القانون الأجنبي امام القاضي الوطني"**.

المبحث الأول: التكييف او تحديد طبيعة العلاقة القانونية "43"

- ملغي من 43 الى 57

الفرع الثالث: التكييف في القانون الكويتي "57":

المادة رقم 31 من قانون 5 / 1961

القانون الكويتي هو الذي يسري في تكييف العلاقات القانونية عندما يكون لازما لتحديد نوع هذه العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين لمعرفه القانون الواجب تطبيقه من بينها.

- تبنى المشرع نظرية بارتان بالرجوع الى قانون القاضي، أي ان القانون الكويتي بالضرورة **"قانون القاضي المعروض عليه النزاع"** هو الذي يسري على التكييف.
- يجب على القاضي الكويتي اتباع مفاهيم القانون الكويتي لتحديد نوع العلاقات في قضية تتنازع فيها القوانين.
- التكييف المقصود هنا هو التكييف الاولي اللازم لمعرفة القانون الواجب التطبيق.
- التكييفات اللاحقة: سكوت النص عنها يعني تركها الى القانون المختص بعد تحديده بقاعدة الاسناد **"لا إلزام على القاضي باتباع قانونه الا في التكييف اللازم لمعرفة القانون الواجب التطبيق"**، وهذا التحفظ تبناه المشرع من نظرية بارتان.
- الاستثناء: أورد بارتان استثناء بشأن الأموال ووصفها القانوني وفقاً لموقعها لا قانون القاضي، وهذا الاستثناء لم يأخذ به القانون الكويتي، فمن ناحية لم يورده بالنص والاستثناء كقاعدة يجب ان ينص عليه، ومن ناحية أخرى فان الأموال في الكويت لها قواعد اسناد عديدة منها قاعدة اسناد خاصة بالعقار وأخرى بالمنقول وثالثه بالديون ورابعة بالأوراق المالية وخامسة بالأوراق التجارية، وفي هذه الحالة نحتاج لمعرفة طبيعة المال كي نستطيع تحديد قاعدة الاسناد المناسبة التي من خلالها نعرف القانون واجب التطبيق من خلال عملية التكييف الاولي وتحديد الوصف القانوني للمال محل القضية.
- أخيراً: فان مفهوم العودة لقانون القاضي لا يعني بالضرورة تطبيق ذات القواعد التي تنطبق على العلاقات الوطنية البحتة، فقد تحمل الفكرة مفهومين وطنيين أحدهما يؤخذ به في العلاقات الوطنية البحتة والأخرى يؤخذ بها في العلاقات ذات العنصر الأجنبي ودون ان يؤثر ذلك على اخضاع التكييف الاولي لقانون القاضي **"مثال صفحة 60"**.

المبحث الثاني: الإحالة "61"

- مشكلة الإحالة تثور في حال ان قواعد الاسناد في قانون القاضي تخالف قواعد الاسناد في القانون الأجنبي واجب التطبيق **"امثلة صفحة 62"**.
- تعريف الإحالة: هو عرض الاختصاص من قبل قانون القاضي بقاعدة اسناده على قانون أجنبي ويرفض هذا القانون الأجنبي بقاعدة اسناده هذا الاختصاص ويحيل الموضوع على قانون القاضي او قانون أجنبي آخر.
- والاحالة على نوعان هما:

1. الإحالة البسيطة: ان تحيل قواعد الاسناد في القانون الأجنبي لقانون القاضي.

- مثال: قاعدة اسناد في القانون الكويتي تحيل الى قانون أجنبي، قواعد الاسناد في القانون الأجنبي تحيل الى قانون القاضي الكويت.

2. الإحالة المركبة: ان تحيل قواعد الاسناد في القانون الأجنبي الى تطبيق قانون أجنبي آخر غير قانون القاضي.

- مثال: قاعدة اسناد في القانون الكويتي تحيل الى قانون أجنبي، قواعد الاسناد في القانون الأجنبي تحيل الى قانون أجنبي اخر غير قانون القاضي.
- ملغي 64 – 72.

الفرع الثالث: الإحالة في القانون والقضاء الكويتي "73":

المادة رقم 72 من قانون 5 / 1961
إذا تقرر أن قانوناً أجنبياً هو الواجب التطبيق، فلا يطبق منه إلا أحكامه الداخلية دون التي تتعلق بالقانون الدولي الخاص.

أولا: الإحالة في القانون الكويتي:

- رفض المشرع الكويتي الإحالة بشقيها البسيط والمركب.
- المقصود بالقانون الأجنبي الذي تحدده قواعد الاسناد الكويتية للتطبيق على المسألة هو الاحكام الموضوعية لذلك القانون دون قواعد الاسناد في ذلك القانون.

ثانياً: الإحالة في القضاء الكويتي "74 – 79" اقروها ما فهمت شي منها 🙃

الفرع الرابع: الاسناد الى دولة تتعدد فيها الشرائع "التفويض" 80

المادة رقم 71 من قانون 5 / 1961
متى ظهر من أحكام المواد الواردة في هذا الباب أن القانون الواجب التطبيق هو قانون دولة معينة تتعدد فيها الشرائع، فإن القانون الداخلي لتلك الدولة هو الذي يقرر أية شريعة من هذه يجب تطبيقها.

- تتلخص المشكلة في ان بعض الدول تتعدد فيها الشرائع او القوانين الداخلية، اما تعدد إقليمي **"أمريكا"** او شخصي متى كانت الدولة تتكون من عدة طوائف ولكل طائفة قانونها الخاص **"لبنان"**، فمتى كانت قاعدة الاسناد تشير الى دولة من هذه الدول فكيف نصل الى القانون الواجب التطبيق من بينها؟
- من خلال نص المادة 71 نجد ان المشرع الكويتي فوض القانون الأجنبي الواجب التطبيق في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة فيها، وذلك عن طريق قواعد اسناده الداخلية التي تحل التنازع الداخلي بين القوانين المحلية.
- جاء النص في القانون الكويتي عام يشمل نوعي التعدد **"الإقليمي او الشخصي"** فيجب اعماله في هذين النوعين، فالقانون الواجب التطبيق يبين الشريعة الواجبة التطبيق بغض النظر عن نوع التعدد.

- أطلق القانون الكويتي مسألة تحديد الشريعة الواجبة التطبيق الى القانون المختص دون تحديد اعمال ذلك بضابط اسناد او بآخر "بمعنى بغض النظر عن ضابط الاسناد الذي أحال الى القانون الأجنبي سواء الجنسية او الموطن او المال او مكان التصرف.. الخ".
- في الأحوال التي لا يوجد فيها قواعد في القانون المختص لحل التنازع الداخلي بين الشرائع المتعددة فان الامر يترك لتقدير القاضي في تحديد الشريعة الواجبة التطبيق من بين الشرائع المتعددة وفقاً لمعطيات وظروف كل قضية على حده "في خلاف فقهي بالكتاب صفحة 83 – 85".

الإحالة	التفويض
تطبيق قواعد الاسناد الدولي في القانون الواجب التطبيق	تطبيق قواعد الاسناد الداخلي في القانون الواجب التطبيق
يتخلى القانون الأجنبي المختص كما حددته قاعدة الاسناد في قانون القاضي عن الحكم في المسألة ليحيلها الى قانون القاضي او أي قانون اخر	لا يتخلى القانون الأجنبي عن اختصاصه بل تقوم قواعد اسناده بتحديد الشريعة المختصة في حكم الموضوع من الشراع الداخلية في البلاد
وضيفته ابعاد الاختصاص عن القانون المختص واسناده الى قانون آخر	وظيفته تركيز الاختصاص في شريعة معنية من الشرائع الداخلية في البلاد
لم يأخذ به المشرع الكويتي	أخذ به المشرع الكويتي
إحالة بسيطة / إحالة مركبة	تعدد إقليمي / تعدد شخصي
من مسائل تنازع القوانين الدولي	من مسائل تنازع القوانين الداخلي

المبحث الثالث: التنازع المتحرك "او المتغير" 86

- توصف بعض ضوابط قواعد الاسناد بانها متحركة، مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول، وهناك علاقات ذات عنصر أجنبي تكون ممتدة بطبيعتها كالزواج والملكية في المنقول والتبني وغيرها، فان ارتبطت هذه العلاقات الممتدة مع ضابط اسناد متحرك فان القانون الذي يرجع اليه في حكمها قد لا يبقى هو نفسه المنظم لها طوال الوقت، فقد تتغير الجنسية او الموطن او موطن المنقول اثناء العلاقة، على سبيل المثال كان الزوج يتمتع بالجنسية الامريكية ثم حصل على الفرنسية فأي القانونين يحكم في العلاقة الزوجية؟ مع الاخذ بالاعتبار ان ضابط الاسناد في العلاقات الزوجية هو جنسية الزوج، اما العلاقات الثابتة مثل العقار ومحل وقوع الفعل المنشأ للالتزام فلا تثور بشأنها مشكلة التنازع المتحرك او المتغير.
- الآراء الفقهية لحل التنازع المتحرك ملغي 88 - 93

الفرع الثاني: حل التنازع المتحرك في القانون الكويتي 93

- لم يعرض القانون الكويتي لمشكلة التنازع المتحرك كمشكلة قائمة بذاتها، ولم يتبنى أي من الحلول التي قال بها الفقه، وقام بالتصدي للمشكلة من خلال وضعه لقواعد الاسناد في الأحوال التي رأى فيها وجوب إيقاف التحرك، ومن هذه القواعد **مراعات الوقت**، حيث راعى المشرع الوقت الذي وقع فيه التصرف او نشأ فيه الحق "المادة 35: يسري على الخطبة من حيث آثارها قانون جنسية الخاطب **وقت الخطبة**، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب **وقت الفسخ**".
- بناء على ما سبق فان القاضي الكويتي لا يحتاج لان يتصدى الى مسألة التنازع المتحرك في اغلب حالاته، حيث اغناه المشرع عن ذلك، فان حدث وكان امام هذه المشكلة فان له سلطة تقديرية في حل المشكلة واختيار القانون الواجب التطبيق بناء على ظروف القضية.

المبحث الرابع: استبعاد تطبيق القانون الأجنبي 94

قد يجد القاضي انه لا يستطيع تطبيق القانون الأجنبي الذي احالت اليه قاعدة الاسناد اما لمخالفته للنظام العام في بلده "الدفع بالنظام العام" او انه حدد بناء على تواطؤ من أطراف العلاقة "الغش نحو القانون"، فيمكن للقاضي في هذه الحالتين ان يستبعد تطبيق القانون الذي احالت اليه قاعدة الاسناد.

الفرع الأول: الدفع بالنظام العام 95

المادة رقم 73 من قانون رقم 5 / 1961
لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي.

أولا: وظيفة فكرة النظام العام:

1. في القانون الداخلي: لبيان القواعد القانونية التي لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها، أي القواعد الآمرة في مقابل القواعد المكملة.
2. في القانون الدولي الخاص: استخدمت في البداية لحل مشكلة تنازع القوانين ذاتها ثم استخدمت بعد ذلك لبيان حالات استبعاد تطبيق القانون الأجنبي.

- يترتب على اختلاف الوظيفتين هو ان القوانين التي تتعلق بالنظام العام ليست واحدة في المجالين، فالقاعدة التي تحدد سن الرشد هي قاعدة آمرة في القانون الداخلي في حين انها لا تعتبر كذلك في مجال تنازع القوانين فلا يعتبر القانون الأجنبي مخالفاً للنظام العام لمجرد مخالفته سن الرشد.

- وظيفة النظام العام الأساسية هي الدفاع عن قانون القاضي وسلامة الدولة ومصالحها العليا إذا تعارض القانون الأجنبي معها، ولذلك أطلق عليه "الدفع بالنظام العام".
- خلاف فقهي من صفحة 97 الى 101.

ثانياً: أساس الدفع بالنظام العام:

- يرى جانب من الفقه ان الأساس للدفع بالنظام العام هو اختلاف المفاهيم الرئيسية بين قانون القاضي والقانون الواجب التطبيق **"أي انعدام الاشتراك القانوني بين القانونين في المسألة"**، والمقصود بالاشتراك القانوني هو التقارب القانوني والسياسي والاقتصادي والاجتماعي والأخلاقي بين دولتي القاضي ودولة القانون الأجنبي واجب التطبيق، ولا يشترط انعدام الاشتراك بشكل شامل بل يكفي الانعدام في المسألة المعروضة.
- يرى جانب آخر من الفقه الى ان الأساس للدفع بالنظام العام هو طريقة تكوين قاعدة الاسناد، فالمشرع في تنازع القوانين لا يضع قواعد موضوعية لتنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي بل يسند حكم المسألة القانونية الى قانون يتم تعيينه بقواعد الاسناد، فهو لا يعرف مقدماً ما هو القانون الواجب التطبيق وما هي احكامه الموضوعية، ولما كانت الدول تختلف في سياساتها القانونية والاقتصادية والاجتماعية والأخلاقية فليس من المتصور ان يقبل المشرع تطبيق القانون الأجنبي أيا كان مضمونه، وعليه يجب إعطاء القاضي وسيلة لاستبعاد احكام القوانين الأجنبية التي يتبين معارضتها للنظام العام، فيكون هذا الدفع حماية للمصالح العليا في دولة القاضي.

ثالثاً: تحديد المقصود بالنظام العام:

يصعب تحديد المقصود بالنظام العام في القانون الدولي الخاص لعدم وجود نظام عام دولي مشترك بين الدول، فقد يعتبر امر ما من النظام العام في دولة في حين لا يعتبر من النظام العام في دولة أخرى، ومنها القروض الربوية، بالإضافة الى ذلك فقد يعتبر الامر مخالفاً للنظام العام في الدولة ثم بعد فترة لا يعتبر مخالفاً للنظام العام في ذات الدولة كالزواج المختلط بين البيض وغيرهم كان ممنوعاً وأصبح مسموحاً في جنوب افريقيا.

تعريف النظام العام: **عرفه بعضهم بأنه** "سلاح للدفاع ضد قانون اجنبي واجب التطبيق عادة اذا ما ظهر تعارض فحواه مع مفاهيم البلد المراد تطبيقه فيه"، **وعرفه آخرون بأنه** "مجموعة القواعد التي تتصل بأصل أسس النظام الاجتماعي او السياسي او الاقتصادي للبلد وبمفهومها في وقت معين ويكون من طبيعة انتهاكها تهديد ذلك النظام وتصديعه"، **وعرفه غيرهم بأنه** "مجموعة المبادئ الأساسية المتعلقة بالكيان الاجتماعي او الاقتصادي او السياسي لدولة ما في وقت معين بحيث يكون في مخالفة تلك المبادئ او الخروج عليها مساس جوهري بذلك الكيان".

لم توفق التعريفات السابقة في تحديد مضمون النظام العام، فيمكن اعتبارها توجيهات مرنة وامثلة من الفقهاء للقضاء في تحديده لما يعتبر مخالفاً للنظام العام دون ان يكون لهذه التوجهات صفة التقييد او الالزام، فللقاضي الذي ينظر القضية سلطة تقديرية في تحديد ما ذا كان القانون الأجنبي مخالف للنظام العام ام لا، ولا تبنى هذه السلطة على رأي القاضي الشخصي وانما تبنى على اعتبارات موضوعية أساسها الأفكار المتعلقة بكيان الدولة السياسي أو الاقتصادي أو الاجتماعي أو الأخلاقي السائد وقت نظر الدعوى، ويكون القاضي في ذلك تحت رقابة محكمة التمييز.

رابعاً: أثر الدفع بالنظام العام:

- للدفع بالنظام العام اثرين هما:

1. الأثر السلبي للدفع: استبعاد القانون الأجنبي من التطبيق.
2. الأثر الإيجابي للدفع: إحلال قانون القاضي محل القانون الأجنبي.

الفرع الثاني: التحايل على القانون "الغش نحو القانون" 108

تعرض هذه الحالة عندما نكون امام ضابط اسناد يعتمد في انشاءه وتغييره على إرادة الافراد، مثل الجنسية والموطن وموقع المنقول، حيث يمكن ان يتغير القانون الواجب التطبيق بتغير هذا الضابط، ويمكن ان تحدث هذه الحالة ايضاً اذا عمد الافراد لإبرام التصرف القانوني في مكان فيخضع التصرف لقانون هذا المكان، او ان يجعلوا من مكان معين مكان لتنفيذ الالتزام لكي ينطبق قانون هذا المكان عليه، فان لجأ الافراد لمثل هذه التصرفات بقصد التهرب من احكام القواعد الآمرة في القانون المختص اصلاً والتي لا تتفق مع مصالحهم الى قانون آخر عن طريق تغييرهم لضابط الاسناد، نكون امام الغش نحو القانون او التحايل على القانون.

اعتبر الفقهاء هذا التصرف من الافراد استهانه بقواعد الاسناد وإرادة المشرع الوطني منهم، ويعد هذا التصرف تحايلاً من الافراد على القانون يستتبع رد قصدهم عليهم عن طريق تطبيق القانون المختص اصلاً الذي يحقق المصلحة العامة التي قصدها المشرع واستبعاد القانون الذي تحايل الافراد لتطبيقه لأنه يحقق مصالحهم الخاصة.

- مثال: فرنسي تزوج من فرنسية **"القانون الفرنسي يمنع الطلاق"**:

1. تجنسوا بالجنسية الألمانية للطلاق **"غش"**
2. تجنسوا بالجنسية الألمانية بسبب وظائفهم **"صحيح"**

طريقة الاستبعاد: يتم الاستبعاد بواسطة دفع يسمى "الدفع بالغش نحو القانون" او "الدفع بالتحايل على القانون".

أولا: شروط الدفع:

1. ان يعمد الافراد الى تغيير القانون الواجب التطبيق بتغيير ضابط الاسناد.
2. ان يكون التغيير بقصد الوصول الى قانون آخر غير القانون الذي تحدده قاعدة الاسناد بالوضع الطبيعي للأمور.

- لابد من اثبات نية الفرد بالتحايل على القانون وان تغيير ضابط الاسناد كان بسوء نية.

ثانياً: آراء الفقهاء في الدفع بالتحايل على القانون:

- حجج المعارضين:

1. من يغير جنسيته او موطنه او موطن المنقول انما يستخدم رخصته وفق القانون ومن يستعمل حقه لا يضر احداً ولا يجوز ان نصادره حقاً أعطاه إياه القانون.
2. ان اعمال الدفع يقتضي اثبات ان التغيير في ضابط الاسناد لم يتم الا بقصد الغش او التحايل وهو امر باطني ان لم يكن مستحيلاً فهو صعب الاثبات ويعطي القاضي سلطة تحكمية في تحري النيات.

- حجج المؤيدين:

1. صحيح ان من يغير جنسيته او موطنه يستخدم حقه ولكن الحق يجب ان يحدد بحدوده ولا يصح الانحراف باستخدام الحق.
2. اثبات النية امر صعب لكنه ليس مستحيل ولم يقل أحد بمثل ذلك في القوانين الداخلية التي تعتد بالنيات كقانون الجزاء في اثبات القصد الجنائي والقانون المدني الذي يعتد بنية الغش.

ثالثاً: استخدام الدفع وفقاً للقانون الكويتي:

- لم يتعرض القانون الكويتي لموضوع الدفع بالتحايل، ولكن يمكن تطبيق هذا الدفع للتالي:

1. ان القانون الكويتي يتطلب حسن النية في التعامل كمبدأ قانوني عام، فاستخدام الحقوق والرخص وفق القانون يتطلب حسن النية، والتهرب من تطبيق القانون ولو كان باستخدام الرخصة يعتبر سوء نية.
2. أورد المشرع في القانون رقم 5 / 1961 نصاً عاماً يستتبع تطبيق هذا الدفع في المادة 69 منه، والتي تنص على انه "تتبع فيما لم يرد بشأنه نص في المواد الواردة في هذا الباب من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص"، والدفع باستبعاد تطبيق القانون الأجنبي لوجود الغش يعتبر من المبادئ التي ينادي بها اغلبية الفقهاء في القانون الدولي الخاص.

رابعاً: أعمال الدفع بالغش نحو القانون وأثره:

- يرى جانب من الفقه اعمال الدفع في حال التهرب من قانون القاضي فقط دون التهرب من قانون أجنبي آخر لان الهدف منه هو حماية القواعد الآمرة في قانون القاضي، ذلك ان فكرة الدفع بالتحايل ليست مستقلة وانما مرتبطة بفكرة النظام العام.
- يرى غالبية الفقهاء ان فكرة التحايل مستقلة عن فكرة النظام العام على الوجه التالي:

1. أساس الدفع: الدفع بالنظام العام يقوم على أساس مخالفة مضمون القانون الأجنبي للنظام العام في قانون القاضي بينما أساس الدفع بالتحايل قد يكون بسبب ان اختصاص القانون الأجنبي لم يثبت بالوضع الطبيعي للأمور وانما بالتحايل على احكام القانون المختص.
2. النتيجة: في حال مخالفة النظام العام يتم استبعاد القانون الأجنبي وتطبيق قانون القاضي اما في حال الغش نحو القانون فيتم استبعاد القانون غير المختص وتطبيق القانون المختص.

- وبناء عليه يرى هؤلاء بأن اعمال الدفع يكون في جميع الأحوال سواء كان التهرب من قانون القاضي او من قانون آخر أجنبي لان الفكرة تقوم على اعتبارات أخلاقية تتلخص في حسن النية.
- أخيراً فان أثر الدفع هو استبعاد تطبيق القانون الذي اظهره الأفراد مختصاً بالتحايل وتطبيق احكام القانون المختص اصلاً.
- ملغي من صفحة 119 الى صفحة 148

الفصل الخامس: قواعد الاسناد في القانون الكويتي 149

المبحث الأول: قواعد الاسناد في مسائل الأحوال الشخصية 149

- المقصود بالأحوال الشخصية: هي المسائل التي تتعلق بالأشخاص والتي يطبق عليها القانون الشخصي الذي يتبع الشخص أينما ذهب.
- القانون الشخصي: انقسم الفقهاء في تحديد القانون الشخصي الى قسمين:

(1) القانون الشخصي هو قانون الموطن: يرى أصحاب هذا الراي ان قانون الموطن هو الأكثر ملائمه للتطبيق على الأحوال الشخصية لأنه يحقق مصالح الفرد والأسرة ومصالح الغير.

(2) القانون الشخصي هو قانون الجنسية: يرى أنصار هذا الرأي ان قانون الجنسية يحقق الاستقرار في علاقات الأحوال الشخصية للشخص والتي تتطلب مثل هذا الاستقرار او الثبات وذلك لان الجنسية يصعب تغييرها على عكس الموطن.

- اعتبار القانون الشخصي للشخص هو قانون الموطن او قانون الجنسية يتوقف على اعتبارات خاصة تدفع كل دولة لتبني هذا المعيار او ذاك، فالدول المصدرة للسكان من مصلحتها الاخذ بقانون الجنسية اما الدول المستوردة للسكان فمن مصلحتها تطبيق قانون الموطن حتى توحد القانون الواجب التطبيق في المسائل التي يكون أطرافها من جنسيات متعددة.
- حوى قانون الأحوال الشخصية على جميع المسائل التي عالجها المشرع في قانون رقم 5 / 1961 باستثناء مسألة الاهلية والهبة حيث اخضعهما القانون الداخلي للكويت الى القانون المدني، كما لم يحوي قانون الأحوال الشخصية على تنظيم عقد التبني باعتباره مخالفاً للنظام العام في الكويت حيث تمنعه الشريعة الإسلامية.
- تبنى القانون الكويتي تطبيق قانون الجنسية.
- تحديد قانون الجنسية في حال التعدد او الانعدام:

المادة رقم 70 من قانون 5 / 1961
يعين القاضي القانون الذي يجب تطبيقه في حالة الأشخاص الذين لا تعرف لهم جنسية، أو الذين تثبت لهم جنسيات متعددة في وقت واحد. على أن الأشخاص الذين تثبت لهم في وقت واحد بالنسبة إلى الكويت الجنسية الكويتية، وبالنسبة إلى دولة أجنبية أو عدة دول أجنبية جنسية تلك الدول يطبق عليهم القانون الكويتي.

- عديمي الجنسية: يحدد القاضي القانون الذي يطبقه على مسألة الأحوال الشخصية بناء على الموطن او محل الإقامة وفقاً لظروف كل قضية.
- تعدد الجنسيات ولم يكن بينها جنسية كويتية: يرجح القاضي احدى الجنسيات استناداً الى انها هي الجنسية الفعلية او الحقيقية التي يرتبط بها الشخص أكثر من غيرها.
- تعدد الجنسيات وكان من بينها الجنسية الكويتية: يجب على القاضي اختيار الجنسية الكويتية.

الفرع الأول: الحالة المدنية والأهلية 155

المادة رقم 33 من قانون 5 / 1961
الحالة المدنية للشخص وأهليته يسري عليهما قانون جنسيته.
ومع ذلك ففي التصرفات المالية التي تعقد في الكويت وتترتب أثارها فيها، إذا كان أحد الطرفين أجنبياً ناقص الأهلية، وكان نقص الأهلية يرجع إلى سبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه، فإن هذا السبب لا يؤثر في أهليته.

أولا: الحالة المدنية:

- المقصود بالحالة المدنية: هي جملة الصفات التي تحدد مركز الشخص من اسرته وهي صفات تقوم على أساس من الواقع كالسن والذكورة والانوثة والصحة، او على أساس من القانون كالزواج والحجز.

- الحالة المدنية لا تعرض في حالة تنازع القوانين بصفة مستقلة، فهي تعرض من خلال علاقات الشخص القانونية مع اسرته او الغير فتخضع الحالة المدنية للقانون الواجب التطبيق على هذه العلاقة.
- مثال: بعض القوانين تمنع الزواج الثاني، ولمعرفة كون الزوج متزوجاً ام لا **"حالته المدنية"** يتم الرجوع الى القانون الذي يخضع له الزواج في شروطه الموضوعية وكون الشخص اعزباً شرط من الشروط الموضوعية في هذه الحالة حيث يعتبر زواجه مانع من موانع الزواج.
- قد لا تخضع الحالة المدنية لقانون الجنسية، مثال: إذا كانت قاعدة الاسناد في الشروط الموضوعية تخضعها لقانون جنسية الزوج وكان السؤال عن الزوجة **"معرفة الحالة المدنية للزوجة"** فهنا يحدد قانون جنسية الزوج حالة الزوجة المدنية دون قانون جنسية الزوجة.
- بناء على ما سبق، ليس هناك داعي للنص على خضوع الحالة المدنية للشخص الطبيعي لقانون جنسيته كما نصت عليه المادة 33 لان الحالة قد تخضع لقوانين أخرى كما في المثال السابق.

ثانياً: الاهلية:

يتضمن الحكم الوارد في المادة 33 سالفة الذكر قاعدة عامة **"خضوع الأهلية لقانون الجنسية"** واستثناء عام وهو **"المصلحة الوطنية"** وتخضع فيها الاهلية للقانون الكويتي بالإضافة الى استثناءات أخرى وردت بنصوص خاصة.

القاعدة العامة في الاهلية:

- تخضع أهلية الأداء للشخص لقانون جنسيته.
- أهلية الأداء هي "قدرة الشخص على ممارسة التصرفات القانونية بنفسه لاكتساب الحقوق والتحمل بالالتزامات".
- أهلية الوجوب غير معنية في هذا النص، فهي تخضع للقانون الذي تخضع له المسألة التي يستمد الحق منها او يتم تحمل الالتزام عن طريقها "امثله للتوضيح: حق الشخص في ان يكون وارثاً او موصى له يخضع لقانون جنسية المورث او قانون جنسية الموصي لان مسألة الميراث التي ينبع حق الوارث منها تخضع لقانون المورث او الموصي / تحمل الصغير غير المميز للالتزامات الناشئة عن عمله غير المشروع لا تخضع لقانون جنسيته بل للقانون الذي يخضع له العمل غير المشروع وهو البلد الذي نشأ فيه العمل الضار".
- المقصود بالأهلية في المادة 33 هي الاهلية العامة وليست الخاصة او ما يسمى بحالات انعدام الاهلية التي يقررها المشرع حماية للمصلحة العامة والغير، والتي ينطبق فيها القانون الذي ينطبق على التصرف نفسه ومنها:

1. المفلس في التصرف في أمواله.
2. المحامي والقاضي في شراء الأموال المتنازع فيها.

3. الطبيب الذي يعالج شخص في مرض الموت ويهب له هذا الشخص مالاً.

- اخيراً فإن النص يطبق على أهلية الأداء العامة **"سن الرشد - عوارض الاهلية"** والاثار التي تترتب عليهما بصفة عامة، فقانون الجنسية هو الذي يبين ما إذا كان الشخص كامل سن الرشد وما إذا كانت تصرفاته صحيحة او قابله للإبطال وغيرها.
- اخيراً: فالشخص الذي يعتبر رشيداً ببلوغه سن الثامن عشر وفقاً لقانون جنسيته يستطيع ممارسة التصرفات باسمه ولحسابه في دولة أخرى تحدد سن الرشد لمواطنيها بإحدى وعشرين سنة.

الاستثناء العام "المصلحة الوطنية":

- لا ينطبق قانون جنسية الشخص على اهليته إذا كان طرفاً في تصرف مالي معقود في الكويت وترتبت آثاره فيها إذا كان هذا الشخص ناقص الاهلية وفقاً لقانون جنسيته وكان نقص الأهلية فيه خفاء لا يسهل على الطرف الآخر تبينه.
- الشرط المفترض: هو ان يكون كامل الاهلية وفق القانون الكويتي ناقص الأهلية وفق قانون جنسيته.
- شروط الاستثناء:

1. ان يكون التصرف تصرفاً مالياً "مدني او تجاري".

- أحوال شخصية لا يسري "الهبة، المهر، الوصية، الورث.. الخ".
- يشمل جميع التصرفات المالية دون قيد "عقار او منقول" مهمة او غير مهمة.

2. ان يكون التصرف قد ابرم في الكويت وتترتب آثاره فيها.

- إذا ابرم في الخارج وينفذ في الكويت فلا يتحقق الشرط.
- إذا ابرم في الكويت وينفذ في الخارج فلا يتحقق الشرط.

3. ان يعود نقص الاهلية لسبب فيه خفاء لا يسهل على الطرف الاخر في التصرف تبينه.

- إذا كان الطرف الآخر يعلم او كان بمقدوره ان يعلم فلا يتحقق هذا الشرط.
- الحكمة من هذا الاستثناء هو حماية استقرار المعاملات وليس حماية المواطنين وعليه لا تقتصر حماية الطرف المتعاقد مع القاصر على الكويتيين وانما تشمل كل متعاقد معه دون النظر الى جنسيته.

الاستثناءات الخاصة على قاعدة الأهلية:

- وردت حالتين في قانون التجارة اخضعهما المشرع لقوانين أخرى غير قانون الجنسية وهما:

1. أهلية النساء الاجنبيات لممارسة التجارة في الكويت:

- اخضع المشرع المرأة الأجنبية المتزوجة الى قانون جنسيتها بشأن ممارسة التجارة **"تحصل على اذن من الزوج"**.

- وضع المشرع للمتعامل مع الأجنبية افتراضاً انها مأذون لها بممارسة التجارة مالم يعترض الزوج ويقيد هذا الاعتراض في السجل التجاري **الكويتي** "لا يؤثر ذلك في أهلية الأداء العامة او أهلية الوجوب".

2. أهلية التوقيع على الأوراق التجارية:

- اخضع المشرع التجاري الموقع على الكمبيالة في تحديد اهليته الى قانون جنسيته كقاعدة عامة.
- ويخضع لقانون بلد التوقيع من حيث الاهلية للأوراق التجارية متى كان كامل الاهلية في قانون بلد التوقيع.
- مثال: إذا كان قانون الجنسية يعتبر الشخص كامل الاهلية ببلوغه سن 21، ووقع الشخص على كمبيالة وهو بعمر 20 في بلد يعتبر قانونها ان سن الرشد هو 18، فان هذا الشخص يكون التزامه صحيحاً ولا يستطيع التمسك بقانونه الوطني **"قانون الجنسية"** لاعتباره ناقص الاهلية "السند لأمر والشيك يأخذان ذات الحكم".

ثالثاً: النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية:

المادة رقم 34 لقانون رقم 5 / 1961
النظام القانوني للأشخاص الاعتبارية الأجنبية، من شركات وجمعيات ومؤسسات وغيرها، يسري عليها قانون الدولة التي اتخذت فيها هذه الأشخاص مركز إدارتها الرئيسي الفعلي. ومع ذلك إذا باشرت نشاطها الرئيسي في الكويت، ولو لم يوجد فيها مركز إدارتها الرئيسي الفعلي، فإن القانون الكويتي هو الذي يسري.

- المقصود بالنظام القانوني للأشخاص الاعتبارية: كل ما يتعلق بالشخص الاعتباري من مركزه القانوني كتمتعه بالشخصية القانونية وكيفية تكوينه وادارته ومزاولته لنشاطه والتصرفات اللازمة لإنشائه والآثار التي تترتب عليها ومدة حياته وانقضاؤه.
- القاعدة العامة: أي شخص اعتباري أجنبي يخضع نضامه القانوني الى قانون الدولة التي يوجد فيها مركز ادارته الرئيسي الفعلي **"فان تعددت المراكز"** كان مركز الإدارة الرئيسي هو ضابط تحديد القانون الواجب التطبيق.
- المقصود بالمركز الرئيسي: هو ذلك المركز الذي تصدر فيه القرارات التي تؤثر على عمل الشخص في ذلك المركز وغيره من المراكز الأخرى.
- المركز الرئيسي **الفعلي**: أضاف المشرع كلمة **فعلي** على المركز الرئيسي وذلك للقضاء على الصورية او التحايل **"يعد صوره من صور الغش نحو القانون"**.
- الاستثناء من القاعدة العامة: اخضع المشرع الكويتي الأشخاص الاعتبارية الأجنبية التي يكون تأسيسها ومركز ادارتها في خارج الكويت ولكنها تمارس نشاطها داخل الكويت للقانون الكويتي، ومثالها شركة النفط الكويتية حيث كان مقرها في بريطانيا وكانت تمارس نشاطها الرئيسي في الكويت.

- **يجب الانتباه** الى ان تطبيق المادة 34 هو فقط متعلق بالنظام القانون للشخص الاعتباري "تمتعه بالشخصية الاعتبارية، وتنظيمه الداخلي.. الخ"، اما القانون الواجب التطبيق على العلاقات التي يقوم بها تحكمه قواعد اسناد مختلفة بحسب مكان التصرف او مكان تنفيذه وما الى ذلك من قواعد.

الفرع الثاني: الزواج والمسائل المرتبطة به 172

أولا: الخطبة:

المادة رقم 35 من قانون رقم 5 / 1961
تعتبر الخطبة من مسائل الأحوال الشخصية، ويسري عليها من حيث شروط صحتها قانون الجنسية بالنسبة إلى كل خاطب، ومن حيث آثارها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة، ومن حيث فسخها قانون جنسية الخاطب وقت الفسخ.

- الخطبة هي: التمهيد لعقد الزواج، والخطبة عقد غير لازم في القانون الكويتي.
- تقسيم المادة:

1. الشروط الموضوعية للخطبة: مثل الاهلية وصحة الإرادة وانتفاء الموانع مثل خطبة المخطوبة، خطبة المطلقة، خطبة الأخت، ويطبق في شأنها التالي:

(1) في حال اتحاد الجنسيات يطبق قانون الجنسية **"مصري خاطب مصرية القانون المصري"**.

(2) في حال اختلاف الجنسيات يجب على كل طرف ان يستوفي الشروط الموضوعية في قانون جنسيته **"مصري خطب فرنسية"** المصري عليه استيفاء الشروط الموضوعية للخطبة في القانون المصري والفرنسية عليها استيفاء الشروط الموضوعية للخطبة في القانون الفرنسي أي تطبيق موزع.

2. آثار الخطبة: مثل الالتزامات التي تقع على الطرفين والواجبات والهدايا، ويطبق في شأنها قانون جنسية الخاطب وقت الخطبة **"الخاطب وليس الرجل فقد تكون المرأة هي الخاطبة في بعض القوانين"**.
3. فسخ الخطبة "العدول": يطبق في شأنها قانون جنسية الخاطب **"رجل او امرأة"** وقت الفسخ، فإذا اوصلنا القانون واجب التطبيق الى نتيجة غير منطقية او مخالفه للنظام العام "مثال: غير منطقية إعطاء الطرف الاخر نصف ثروة العادل عن الخطبة" و "مثال: مخالفة النظام العام إلزام الطرفين على إتمام الزواج" كان على القاضي استبعاده لمخالفته للنظام العام "التعويض المعقول غير مخالف للنظام العام سواء كان العدول عن الخطبة مبرراً ام غير مبرر".
4. شكل الخطبة: تطبق احكام الشروط الشكلية لعقد الزواج وسيأتي بيانها.

ثانياً: عقد الزواج

الشروط الموضوعية:

المادة رقم 36 من قانون رقم 5 / 1961
يرجع في الشروط الموضوعية لصحة الزواج، كالأهلية و صحة الرضاء و شرط الخلو من موانع الزواج، إلى قانون جنسية الزوجين إذا اتحدت الجنسية. فإن اختلفت وجب الرجوع، بالنسبة إلى كل زوج، لقانون جنسيته. وإذا كان أحد الزوجين كويتيا وقت انعقاد الزواج، سرى القانون الكويتي وحده فيما عدا شرط الأهلية.

- معرفة الشرط ما إذا كان موضوعي ام شكلي يعد من المسائل الأولية التي تخضع في تكييفها لقانون القاضي.
- المقصود بالشروط الموضوعية: هي تلك الشروط اللازمة لصحة الزواج.
- مثالها: الاهلية وصحة الرضا وشرط الخلو من الموانع.
- تقسيم المادة:

1. في حال اتحاد الجنسية: يطبق قانون الجنسية المشترك.
2. في حال اختلاف الجناسي ولا تكون بينها الجنسية الكويتية: حدث خلاف على الوجه التالي:

(1) التطبيق الموزع: كل طرف عليه ان يستوفي الشروط الموضوعية وفق قانون جنسيته.

(2) التطبيق الجامع: كل طرف يستوفي الشروط الموضعية في قانون جنسيته وقانون جنسية الطرف الآخر "أي كل طرف يستوفي الشروط الموضوعية في القانونين".

(3) القانون الكويتي: اخذ بالتطبيق الموزع في جميع الشروط الموضوعية **باستثناء** الشروط السلبية "موانع الزواج" فيطبق في شأنها التطبيق الجامع.

3. في حال اختلاف الجناسي وتكون بينها الجنسية الكويتية: يطبق قانون الكويت **فيما عدا** الأهلية تبقى خاضعة لقانون الجنسية الأجنبي.

الشروط الشكلية:

المادة رقم 37 من قانون رقم 5 / 1961
يرجع في الأوضاع الشكلية للزواج، كالتوثيق والمراسم الدينية إلى قانون البلد الذي تم فيه الزواج أو إلى قانون جنسية كل من الزوجين. ويجب احترام نصوص قانون جنسية كل من الزوجين فيما يتعلق بالإعلان أو النشر عن الزواج، ولكن لا يترتب على عدم حصول هذا الإعلان أو النشر بطلان الزواج في غير البلاد التي خولف قانونها.

- تحديد ما إذا كان الشرط شرطاً شكلياً ام لا مسألة تتعلق بالتكييف وتخضع للقانون الكويتي.
- لو اشترط القانون الأجنبي لانعقاد العقد ان يتم امام موثق شرعي فان ذلك لا يسري لان القانون الكويتي يرى ان عقد الزواج رضائي لا شكلي.

- تقسيم المادة "الزوجان مخيران"

1. تطبيق قانون بلد ابرام عقد الزواج: مثال مصري ومصرية تزوجوا في فرنسا وامام موثق فرنسي فان القانون الفرنسي هو الذي يحكم الشروط الشكلية في هذه العلاقة.
2. تطبيق قنون جنسية الزوجين في حال الاتحاد: مثال مصري ومصرية تزوجوا في فرنسا امام موثق مصري في السفارة فان القانون المصري هو الذي يحكم الشروط الشكلية في هذه العلاقة.
3. تطبيق قانون جنسية الزوجين في حال الاختلاف: مثال مصري تزوج لبنانية في فرنسا امام موثق مصري في السفارة المصرية ومرة أخرى امام موثق لبناني في سفارة لبنان، وجب استيفاء الشروط الشكلية في القانونين في هذه الحالة.

- استثناء القاعدة فيما يتعلق بالنشر والاعلان صـ183 - 188

اثبات الزواج:

المادة رقم 38 من قانون رقم 5 / 1961
يرجع في إثبات الزواج إلى القانون الذي خضع له الزواج في أوضاعه الشكلية.

- ذات حكم الشروط الشكلية "أي ينطبق على اثبات الزواج القانون الذي يحكم الشروط الشكلية لعقد الزواج".

آثار الزواج:

المادة رقم 39 من قانون رقم 5 / 1961
يرجع في الآثار التي يرتبها الزواج، كحل المعاشرة الطاعة والمهر والنفقة وعدة الوفاة، إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج. ويرجع كذلك إلى هذا القانون في الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة إلى المال.

- الآثار هي: كل ما يترتب على الزواج من حقوق وواجبات متبادلة بين الزوجين، ومنها "حل المعاشرة، والطاعة والمهر وعدة الوفاة **"الوفاة وليس الطلاق ركز"** والنظام المالي للزوجين.
- اخضع القانون آثار عقد الزواج لقانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج دون التفات لقانون الزوجة للتالي:

1. من الحكمة اخضاع الآثار التي تنتج عن العقد لقانون واحد.
2. لأنه هو رب الاسرة وراعيها والمسؤول عنها.
3. درء للتنازع المتحرك إذا غير الزوج جنسيته.

- مثال: تزوج فرنسي كويتية "تخضع آثار الزواج للقانون الفرنسي" حتى لو اكتسب الزوج الجنسية الكويتية، وذلك مرهون بعدم التعارض مع النظام العام.
- الأثر الذي يرتبه الزواج بالنسبة للمال: يحكمها قانون الزوج وقت الزواج، إذا كان يسمح بالاشتراك المالي للذمة ام لا "اتحاد الذمة".

ثالثاً: الانتهاء القانوني للزواج:

المادة رقم 40 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الطلاق والتطليق والانفصال قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع الدعوى بالتطليق أو بالانفصال. فإن لم توجد هذه الجنسية المشتركة، سرى قانون الزوج وقت انعقاد الزواج.

- الطلاق: أي بإرادة الزوج.
- التطليق: عن طريق القضاء.
- الانفصال: نظام غربي يؤدي الى حالة تقع بين العلاقة الزوجية الكاملة والتحلل الكامل من الزواج ويسمى "الانفصال الجسماني".
- الموت: نهاية طبيعية وليست قانونية فلا تدخل في تنظيم هذه المادة.

1. في الطلاق نطبق التالي:

(1) إذا كانت الجنسية مشتركة: نطبق قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين اثناء الزواج وقبل الطلاق، امثلة:

- تزوج مصري ومصرية واثناء الزواج تجنسا بالجنسية الألمانية ثم طلقها **"القانون الألماني"**.
- تزوج مصري فرنسية واثناء الزواج تجنست الزوجة بالمصرية ثم طلقها **"القانون المصري"**.
- تزوج مصري من فرنسية واثناء الزواج تجنس الزوج بالفرنسية ثم طلقها **"القانون الفرنسي"**.

(2) إذا كانت الجنسية غير مشتركة: نطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، امثلة:

- تزوج مصري مصرية واثناء الزواج تجنست الزوجة بالفرنسية ثم طلقها **"القانون المصري"**.
- تزوج مصري من فرنسية واثناء الزواج تجنس الزوج بالسعودية ثم طلقها **"القانون المصري"**.

2. في التطليق والانفصال نطبق التالي:

(1) إذا كانت الجنسية مشتركة: نطبق قانون آخر جنسية مشتركة للزوجين اثناء الزواج وقبل إقامة دعوى الطلاق او الانفصال **"لاحظ العبرة هنا بإقامة الدعوى وليس بالطلاق او صدور الحكم"** امثلة:

- تزوج مصري ومصرية واثناء الزواج تجنسا بالجنسية الألمانية ثم اقام **دعوى** للطلاق او الانفصال **"القانون الألماني"**.
- تزوج مصري فرنسية واثناء الزواج تجنست الزوجة بالمصرية ثم اقام **دعوى** للطلاق او الانفصال **"القانون المصري"**.
- تزوج مصري من فرنسية واثناء الزواج تجنس الزوج بالفرنسية ثم اقام **دعوى** للطلاق او الانفصال **"القانون الفرنسي"**.

(2) إذا كانت الجنسية غير مشتركة: نطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج، ذات الأمثلة في البند رقم (2) السابق.

- مراعات النظام العام في مسائل الزواج: لا بد للقاضي وهو في صدد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق مراعات احكام النظام العام في الكويت والتي تتعلق بالشريعة الإسلامية متى كان أحد الزوجين او كليهما مسلماً، فيستبعد القانون الأجنبي الواجب التطبيق متى كان مخالفاً للنظام العام بسبب مساسه بمصلحة المسلم وقواعد الشريعة الإسلامية الملزمة بالنسبة للمسلمين ويعمل قانون القاضي في هذه الحالة "الكويتي".

الفرع الثالث: النسب والمسائل المرتبطة به 193

أولاً: النسب:

المادة رقم 41 من قانون رقم 5 / 1961
يسري قانون جنسية الأب وقت الميلاد على المسائل الخاصة بالبنوة والاعتراف بالبنوة وإنكارها. وإذا مات الأب قبل الميلاد، سرى قانون جنسيته وقت الوفاة.

- النسب هو: ربط الشخص بأبويه الطبيعيين اثباتاً او نفياً.
- نطبق في هذه المسائل التالي:

1. قانون جنسية الاب متى كان حياً وقت ولادة الابن.
2. آخر قانون جنسية للأب متى توفي قبل ولادة الابن.

- أمثلة:

1. تزوج كويتي بكويتية ورزق بولد **"القانون الكويتي"**.
2. تزوج كويتي بكويتية وقبل ان يولد له ولد تجنس بالكورية **"القانون الكوري"**.
3. تزوج كويتي بكويتية وقبل ان يولد له ولد توفي وكان قد تجنس بالسعودية **"القانون السعودي"**.

- تعتبر البنوة أثر من آثار الزواج ولكن لا تطبق عليها القواعد المنظمة لآثار الزواج الأخرى.
- البنوة غير الشرعية: لا تخضع لهذه القاعدة، وتخضع لقانون جنسية الابن باعتبارها مسألة تتعلق بالأحوال الشخصية لهذا الابن.
- ملاحظة: النسب أثر من آثار الزواج ولكنه يختلف عن باقي الاثار، فآثار الزواج تخضع لقانون الزوج وقت الزواج في حين ان النسب يطبق بشأنه قانون جنسية الزوج وقت الزواج فان غيرها انطبقت جنسيته عند ميلاد الولد او آخر جنسية له ان توفي قبل ولادة الولد.

تصحيح النسب بالزواج:

المادة رقم 42 من قانون رقم 5 / 1961
في تصحيح النسب بالزواج يسري قانون الأب وقت تصحيح النسب.

- لا يعرف التشريع الكويتي مسألة تصحيح النسب عن طريق الزواج متبعاً بذلك احكام الشريعة الإسلامية.
- المقصود هنا تصحيح النسب لابن غير شرعي **"ابن ليس من علاقة زواج صحيحة"**، مثل الأجانب الي يخلفون بعدين يتزوجون.
- راعى المشرع في احكام هذه المادة الأجانب غير المسلمين ممن يتيح قانونهم الوطني مسألة تصحيح النسب لابن غير شرعي.
- يطبق في هذه المسألة قانون الاب الأجنبي غير المسلم **وقت** تصحيح النسب وليس وقت الميلاد او الزواج.
- يجب ان يكون التصحيح عن طريق **الزواج** وليس عن طريق أي شيء آخر "علاقة غير شرعية او إقرار.. الخ".
- لا يعمل بهذه المادة في الحالات التالية:

1. إذا كان طرفي العلاقة او أحد أطرافها كويتياً ولو كان غير مسلم.
2. الأجانب إذا كان الطرفين مسلمين او أحدهم مسلماً.

ثانياً: الولاية على النفس والحضانة:

المادة رقم 43 من قانون رقم 5 / 1961
يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة.

- تعتبر الولاية على النفس والحضانة أثر من آثار النسب.
- متى نسب الابن لأبيه كان له ولايته وحضانته.
- تطبق احكام النسب السابقة البيان.

lawkuwait.com

ثالثاً: التبني:

المادة رقم 44 من قانون رقم 5 / 1961
يسري في المسائل المتعلقة بصحة التبني قانون جنسية كل من المتبني والمتبنى، وفي المسائل المتعلقة بآثار التبني قانون جنسية المتبني.

- لم يعرف المشرع التبني متبعاً في ذلك احكام الشريعة الإسلامية التي تمنعه.
- راعى المشرع في احكام هذه المادة الأجانب غير المسلمين ممن يتيح قانونهم الوطني مسألة التبني.
- ويطبق في هذه المسألة التالي:

1. صحة التبني "الشروط الموضوعية": تطبيق جامع لقانون جنسية المتبني والمتبنى، مثال: امريكي تبنى طفل تايلندي، يجب ان يستوفي المتبني "الأمريكي" الشروط الموضوعية في القانون الأمريكي والقانون التايلندي، ويجب ان يستوفي الطفل "التايلندي" الشروط الموضوعية في القانون التايلندي والقانون الأمريكي.
2. آثار التبني: قانون جنسية المتبني "الأب".
3. الشروط الشكلية: يخضع للقاعدة العامة المتعلقة بشكل العقود فيما بين الاحياء "فيصح ان تتم في الشكل المقرر في (1) قانون البلد الذي تم فيه، او في (2) قانون جنسية الطرفين إذا اتحدت الجنسية، او في (3) قانون موطنهما المشترك او (4) قانون الموضوع".

- لا يعمل بهذه المادة في الحالات التالية:

1. إذا كان طرفي العلاقة او أحد أطرافها كويتياً ولو كان غير مسلم.
2. الأجانب إذا كان الطرفين مسلمين او أحدهم مسلماً.

رابعاً: حماية ناقص الأهلية "الولاية على المال":

المادة رقم 46 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على المسائل الموضوعية الخاصة بالولاية والوصاية والقوامة وغيرها من النظم الموضوعة لحماية المحجورين والغائبين قانون الشخص الذي تجب حمايته.

- الولاية على المال: القاصر او عوارض الاهلية وتكون للأب.
- الوصاية: القاصر او عوارض الاهلية وتكون لمن يختاره الاب او المحكمة.
- القوامة: غائب ومفقود.
- يحدد القانون الواجب التطبيق من يكون الولي او الوصي او القيم، ويحدد سلطاته.
- يحدد القانون الواجب التطبيق نهاية الولاية والوصاية والقوامة ووقفها او سلبها او الحد منها، ويحدد الاجر وغير ذلك من المسائل الموضوعية.

- يطبق في هذه المسألة التالي:

1. المسائل الموضوعية: قانون الشخص الذي تجب حمايته "يطبق عليها القانون الذي يحكم أهلية الشخص المراد حمايته لارتباطها بالأهلية أكثر من ارتباطها بالنسب".
2. المسائل الإجرائية: قانون القاضي.
3. الآثار: تخضع لقوانين أخرى "حيازة المال التصرف وغيرها".

خامساً: النفقة فيما بين الأقارب والأصهار:

المادة رقم 45 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها. أما النفقة الوقتية للأقارب والأصهار فيسري عليها القانون الكويتي.

- القرابة: تكون بالدم.
- المصاهرة: تكون بالزواج.
- نفقة الزوجة: تخضع لقاعدة آثار الزواج م39 وليس هذه القاعدة.
- نفقة العدة: تخضع لقاعدة آثار الطلاق م40 وليس هذه القاعدة.
- يطبق في هذه المسألة التالي:

1. النفقة الدائمة: قانون المدين بالنفقة.
2. النفقة المؤقتة: القانون الكويتي "لأن تحديد المدين بها ثم تحديد قانونه يستغرق وقت ويطيل المسألة مما ينافي طبيعة النفقة الوقتية، وهي السرعة".

الفرع الرابع: الخلافة في أموال الشخص "ميراث - وصية - هبة" 206

أولاً: الميراث:

المادة رقم 47 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الميراث قانون المورث وقت موته.

- الميراث هو: خلافة الشخص في أمواله بعد موته.
- انتقال المال من المورث الى الورثة باعتباره انتقال للملكية يسري عليه قانون موقع المال "سيأتي شرحه لاحقاً".
- تفرق الدول في نظام الميراث من حيث القانون الواجب التطبيق عليه، فمنهم من ذهب الى قانون الجنسية ومنهم من ذهب الى طبيعة المال "عقار منقول" او مكان تواجده.

- يطبق في هذه المسألة: قانون جنسية المورث وقت موته، وينظم المسائل التالية:

1. شروط استحقاق الميراث: شروط اعتبار المورث ميتاً، وكيفية تحقق حياة الوارث، وميراث الجنين.
2. تحديد من هم الورثة ونصيب كل منهم: والمنع والحجب والعول والحرمان.
3. الورث الاجباري او الاختياري: فبعض الدول تأخذ في فكرة الميراث الاختياري "الكويت اجباري".

- تطبيق القانون الأجنبي والنظام العام:

1. إذا كان أحد أطراف الميراث "مورث او أحد الورثة" مسلماً او كويتياً وكان القانون الأجنبي يخالف قواعد الميراث فان القاضي يستبعده ويطبق القانون الكويتي.

- مثال: المتوفى تونسي مسيحي واحد أبنائه مسلم "يطبق القانون الكويتي لان القانون التونسي يساوي في الميراث بين الرجل والمرأة".

2. إذا كان أطراف الميراث جميعهم غير مسلمين وليس بينهم كويتي "يطبق قانون المورث وقت الوفاة بغض النظر عن مخالفته للنظام العام ام لا".

- مثال: المتوفى تونسي مسيحي وابناؤه مسيح وليس بينهم كويتي "طبق القانون التونسي مع مخالفته للنظام العام".

3. إذا كان القانون الأجنبي يخالف الاتفاقيات والمعاهدات التي صادقت عليها الكويت وأصبحت ضمن قانونها الداخلي وخاصة تلك التي تمنع التمييز، فان القاضي يستبعد القانون الأجنبي ويطبق القانون الكويتي.

- مثال: المتوفى صربي مسيحي والورثة ليس بينهم مسلم او كويتي "طبق القانون الصربي ولو كان مخالف للنظام العام" ولكن عند اللجوء له تبين انه يميز بين الورثة بناء على اللون او العرق، يستبعده القاضي ويطبق القانون الكويتي.

- امثلة لمخالفة القانون الأجنبي للنظام العام في الميراث او الاتفاقيات الدولية في التمييز والعنصرية **"يستبعد في هذه الحالات ولو كان الورثة كلهم أجانب غير مسلمين":**

1. توريث الابن غير الشرعي.
2. حرمان البنت من الميراث.
3. منع التوارث بين متعددي الألوان.

- التركة الشاغرة "211 - 212" باختصار، الأجنبي الذي يموت في الكويت وليس له ورثة تؤول أمواله الى الخزانة العامة، باعتبار الدولة مالكة للمال الذي ليس له مالك وليس باعتبارها وارثاً للميت.

ثانياً: الوصية والتصرفات الأخرى المضافة الى ما بعد الموت:

المادة رقم 48 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الوصية و سائر التصرفات المضافة إلى ما بعد الموت قانون من صدر منه التصرف وقت موته. ومع ذلك يسري على شكل الوصية والتصرفات الأخرى المضافة إلى ما بعد الموت قانون جنسية المتصرف وقت التصرف أو قانون البلد الذي تم فيه التصرف.

- الوصية هي: الخلافة على مال للشخص بعد موته بإرادته، او هي تصرف في التركة مضاف الى ما بعد الموت.
- يأخذ حكم الوصية جميع التصرفات المضافة الى ما بعد الموت "عقود التوريث".
- يطبق في هذه المسألة:

1. الشروط الموضوعية والآثار: قانون جنسية الموصي وقت وفاته.
2. الشروط الشكلية: قانون جنسية المتصرف **او** قانون البلد الذي تم فيه التصرف، والخيار للموصي.

- مثال للشروط الموضوعية: حرية التصرف، ومقدار الوصية، ومن يجوز الايصاء لهم من الورثة او الطبيب الذي عالجه في مرض الموت مثلاً.
- مثال للشروط الشكلية: مصري أجرى الوصية **"أي ابرمها"** في مصر او في أي سفارة مصرية في احدى دول العالم **"قانون جنسية المتصرف وهو المصري"** - مصري أجرى الوصية في دولة اجنبية او أي سفارة اجنبية في أي دولة في العامل **"قانون بلد التصرف"** - الخلاصة ان المتصرف يختار الطريق الذي يناسبه.
- ارجع الى الكتاب "214 - 217" قراءة مشكلة أي قانون يحكم أهلية وعيوب الإرادة في الموصي.

ثالثاً: الهبة:

المادة رقم 49 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الهبات قانون جنسية الواهب وقت الهبة، أما أحكام المقدار الذي يجوز التبرع به والمقدار الذي يجب إبقاؤه للورثة فيسري عليها قانون جنسية الواهب وقت الموت. ويخضع شكل الهبة لقانون جنسية الواهب وقت الهبة أو قانون البلد الذي تمت فيه الهبة.

- يطبق في هذه المسألة:

1. الشروط الموضوعية والآثار: قانون جنسية الواهب وقت الهبة ما عدا المقدار.
2. الشروط الشكلية: قانون جنسية الواهب وقت الهبة **او** قانون البلد الذي تمت فيه الهبة، الواهب يختار.
3. مقدار الهبة: قانون جنسية الواهب وقت موته.

- مثال للشروط الموضوعية: الاهلية، قبول الهبة، سلامة الإرادة، الرجوع عن الهبة قضاءً، موانع الرجوع عن الهبة "الزواج والجهة الخيرية".
- مثال للآثار: الرجوع القانوني للهبة.

- مثال الشروط الشكلية: مصري وهب في مصر او في أي سفارة مصرية في احدى دول العالم **"قانون جنسية الواهب وهو المصري"** - مصري وهب في دولة اجنبية او أي سفارة اجنبية في أي دولة في العالم **"قانون بلد التصرف"** - الخلاصة ان الواهب يختار الطريق الذي يناسبه.
- انتقال المال الموهوب يخضع لقانون موقع المال كما سيأتي بيانه.

المبحث الثاني: قواعد الاسناد في المسائل المدنية والتجارية 221

الفرع الأول: القانون الواجب التطبيق على الأموال 221

- تنقسم الأموال الى أموال مادية **"عقارات - منقولات"** واموال غير مادية **"الديون - الديون بالأوراق - الملكية الفكرية"**.
- تخضع الأموال على العموم فيما يتعلق بالحقوق العينية التي تترتب عليها وانتقالها وانقضاؤها لقانون موقع المال، ويختلف الموقع بحسب طبيعة المال على التفصيل التالي:

أولا: الأموال المادية:

المادة رقم 51 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على العقار، من حيث حيازته وملكيته والحقوق العينية التي يمكن أن تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها، قانون موقع العقار.
المادة رقم 52 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على المنقول، من حيث حيازته وملكيته والحقوق العينية التي يمكن أن تترتب عليه وطرق كسب هذه الحقوق وانتقالها وانقضائها، قانون الجهة التي يوجد فيها هذا المنقول وقت تحقق الـ سبب الذي ترتب عليه كـ سب الحيازة أو الملكية أو الحقوق العينية الأخرى أو انتقالها أو انقضاؤها.

- تخضع الأموال وفق القانون الكويتي لقانون موقعها.
- أساس تطبيق قانون الموقع: يرى جانب من الفقه ان أساس تطبيق قانون الموقع هو سلامة المعاملات واطمئنان المتعاملين وحماية للغير كما ان المحاكم المختصة عادة هي محاكم الدولة التي يوجد بها العقار او المنقول، كما ان انطباق قانون الموقع يوفر حماية للدولة ايضاً ومصالحها، كما يرى أنصار هذا المذهب ان العقار جزء من الدولة من ثم فان سيادتها على اقليمها تفترض تطبيق قانونها عليه، والحقيقة ان كل هذه المبررات دفعت المشرع الكويتي لتبني هذا النهج القانوني.
- كيفية تحديد موقع المال: لا يثير تحديد موقع المال أي صعوبة الا في حالة واحدة وهي وقوع العقار على الحدود الفاصلة بين دولتين، حيث يكون جزء منه في دولة والجزء الاخر في الدولة الأخرى، وفي هذه الحالة يتم تجزئة العقار وينطبق على كل جزء قانون الإقليم "مثال: عقار يقع في دولتي بلجيكيا وهولندا، فلو فرضنا ان الجزء الذي

في هولندا هو 60% من العقار والجزء الذي يقع في بلجيكيا هو 40% من العقار فان القانون الهولندي هو الذي ينطبق على الجزء الواقع في هولندا، والقانون البلجيكي هو الذي ينطبق على الجزء الواقع في بلجيكيا".

- القانون الواجب التطبيق على السفن والطائرات: تخضع الطائرة والسفينة لقانون العلم بصرف النظر عن مكان وجودها.
- حكم تغيير موقع المنقول: قد يتغير موقع المنقول من إقليم دولة الى إقليم دولة أخرى، ومثالها لو ابرم عقد بيع سيارة في سويسرا **"القانون يوجب التسليم لانتقال الملكية"** وقبل التسليم انتقلت السيارة الى الكويت وبيعت فيها **"القانون ينقل المليكة بمجرد ابرام العقد"**، فأي القانونين يطبق لانتقال الملكية؟ ظهرت في تحديد القانون الواجب التطبيق ثلاث نظريات على الوجه التالي:

1. النظرية الأولى: تطبيق القانون الجديد "الكويتي" بشكل مباشر احترام لمبدأ سلامة المعاملات.
2. النظرية الثانية: تطبيق قانون الموقع القديم "السويسري" متى اكتملت عناصر الحق احتراماً لمبدئ الحقوق المكتسبة.
3. القانون الكويتي: اتبع القانون الكويتي النظرية الثانية، فاخضع المنقول لقانون الموقع وقت تحقق السبب الذي ترتب عليه كسب الملكية مع مراعات عدم مخالفة النظام العام، ويجب ان يكون التصرف معروفاً في القانون القديم والجديد "مثال: القانون القديم يعرف نظام رهن المنقول رهن رسمي في حين ان القانون الجديد لا يعرفه".

- المسائل التي يختص بها قانون الموقع على نظام الأموال:

1. بيان المركز القانوني للأموال من حيث جواز التعامل بها من عدمه، وبيان الاوصاف القانونية للمال وما إذا كان عقار او منقول والوصف القانوني المقصود هنا ينصرف الى ما أطلقنا عليه التكييف اللاحق او التعريفات اللاحقة ولا نقصد به التكييف الاولي.
2. بيان احكام الحيازة من حيث كسبها وانتقالها وانقضائها ووسائل حمايتها واثارها سواء بالنسبة لكسب هذه الحقوق او انقضائها.
3. بيان الحقوق العينية التي يمكن ان تترتب على المال وتحديد مضمون الحق العيني والسلطات التي يخولها لصاحبها، ونطاقها والقيود التي ترد عليها.
4. بيان طرق كسب الملكية والحقوق العينية الاخرى وانتقالها وانقضائها.

- مصادر الحق العيني التي تخضع لقانون موقع المال "الحيازة - الاستيلاء - الالتصاق - الشفعة".
- مصادر الحق العيني التي تخضع للقانون الشخصي "الميراث - الوصية".
- العقد كمصدر للحق العيني يخضع لقانون موقع العقد "يعني شروط العقد وما يترتب عليه من التزامات يخضع لقانون موقع العقد، اما آثاره العينية التي يرتبها فيخضع لقانون موقع المنقول".

5. احكام الشهر تخضع لقانون الموقع.

- الخلاصة في المثال التالي: ابرم عقد بيع سيارة بين كومار وسردار في الهند والسيارة في كندا .. يرجع للقانون الكندي لتحديد ما إذا كانت السيارة انتقلت ملكيتها بمجرد ابرام العقد في الهند ام انه يجب التسليم لتنتقل الملكية.

ثانياً: الأموال غير المادية:

- يقصد بالأموال غير المادية: أي الأموال التي لها قيمة وتكون محلاً للتعامل ولكن ليس لها وجود مادي بذاتها.
- اما ان تكون هذه الأموال ديون مجردة تكمن في ذمة المدين، او تكون هذه الديون متمثلة بأوراق او ما يعرف بالملكية الفكرية او الأدبية.

الدين المجرد:

المادة رقم 53 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على انتقال الدين في ذاته قانون موطن المدين.

- يتمثل الدين المجرد بالحق الشخصي باعتباره مالاً معنوياً غير مادي ويكون محلاً للتعامل بذاته بغض النظر عن مصدره **"عقد - عمل غير مشروع - اثراء بلا سبب"**، ويتم التعامل بهذا الدين عن طريق حوالة الحق او حوالة الدين.
- يسري على انتقال الدين قانون **موطن المدين.**
- يسري قانون موطن المدين على إجراءات انتقال الدين في حق المدين والغير.
- التصرف الذي بموجبه تمت حوالة الحق او حوالة الدين يخضع لقانون الإرادة وليس لقانون المدين.
- حوالة الحق: محمد كويتي دائن لسالم سعودي .. أحال محمد حقه في الدين لناصر اماراتي "قانون المدين وهو السعودي".
- حوالة الدين: محمد كويتي دائن لسالم سعودي .. أحال سالم دينة لناصر اماراتي "قانون المدين وهو الاماراتي".

الأواق المالية:

المادة رقم 54 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على انتقال الأسهم والسندات الاسمية والأذينة القانون الذي تخضع له الهيئة التي أصدرتها.

- أي الحقوق الثابتة في الأوراق القابلة للتداول.
- قد تصدر هذه السندات الدولة او الشركات او المؤسسات العامة او الخاصة.
- تخضع لنفس القانون الذي تخضع له الجهة التي أصدرته.
- يتحدد القانون الخاضع له الشخص الاعتباري الذي أصدر الورقة وفق المادة 34.

الأوراق التجارية:

المادة رقم 55 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على انتقال الكمبيالة والسند الأذني والشيك قانون بلد الوفاء.

- قانون بلد الوفاء هو الذي يحدد انتقال الورقة التجارية وملكيتها والحقوق العينية عليها.
- لو كان الملتزم بالوفاء في الشيك هو بنك التمويل فرع لبنان فان القانون الواجب التطبيق هو القانون اللبناني وليس القانون الكويتي على اعتبار ان بيت التمويل شخص اعتباري كويتي.

الصكوك لحاملها:

المادة رقم 56 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على انتقال الصكوك لحاملها قانون موقعها وقت تحقق السبب الناقل للحق الثابت لها.

- الصكوك لحاملها هي الأوراق التجارية او المالية التي تسحب لصالح حاملها دون تحديد اسمه او لإذنه.
- تعامل هذه الأوراق معاملة المنقول.
- اعتبرها المشرع كالمنقول، فيسري عليها قانون البلد الموجودة فيه فعلاً عند تحقق السبب الناقل للحق الثابت فيها "أي عند التعاقد على نقل ملكيتها او الوفاة او الوصية او عند حصول الضرر إذا كان السبب الناقل هو التزام بالتعويض".

الملكية الفكرية "حق المؤلف + الملكية الصناعية"

حق المؤلف:

المادة رقم 57 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الملكية الأدبية والفنية قانون بلد النشر الأول أو قانون بلد الإخراج الأول.

- المصنفات الأدبية والفنية والعلمية **المنشورة** يطبق في شأنها قانون بلد النشر الأول.
- يطبق قانون بلد الإخراج الأول على التالي:

1. المصنفات الأدبية والفنية والعلمية **الغير** المنشورة.
2. المصنفات التي **بطبيعتها** لا تتطلب نشراً كالمجسمات وبرامج الكمبيوتر والتمثيليات التي تؤدى على المسرح والأفلام التي لم تعرض.
3. المصنفات التي تنشر بذات الوقت مباشرة "مثل استديو ينقل مباشرة على الهواء يسمعه الكثير في عدة دول".

- المقصود **ببلد النشر** هو البلد الذي ظهر فيه الكيان الذاتي لهذا العمل للكافة.
- المقصود **ببلد الإخراج** الأول أي البلد الذي تحقق فيه الوجود المادي للمصنف.

الملكية الصناعية:

المادة رقم 58 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على براءات الاختراع والرسوم والنماذج الصناعية والعلامات التجارية، والاسم التجاري قانون موقعها. ويعتبر موقع براءة الاختراع البلد الذي منحها، وموقع الرسم والنموذج الصناعي البلد الذي أودع أو سجل فيه، وموقع العلامة التجارية بلد منشأة الاستغلال، وموقع الاسم التجاري بلد المركز الرئيسي للمحل التجاري.

- القاعدة انه يطبق في شأنها قانون موقعها وفقاً لطبيعتها.
- يختلف موقع كل حق على الوجه التالي:

1. براءة الاختراع: موقعها هو بلد المنح والتسجيل "لو سجلت في أكثر من دولة كان القاضي مخيراً بين تطبيق قانون اول دولة سجلت فيها وبين تطبيق قانون الدولة المسجل فيها والمستغل فيها".
2. النماذج والرسوم الصناعية: قانون بلد التسجيل او الإيداع "إذا سجلت في أكثر من دولة فان القاضي بالخيار بين تطبيق قانون البلد الذي سجل فيه اولاً او البلد الذي أودع فيه لأول مره".
3. العلامات التجارية: يطبق بشأنه قانون منشأة الاستغلال، أي الجهة التي تستغل العلامة التجارية وتسجل العلامة باسمها، أي القانون المطبق على الشخص الاعتباري وفق المادة 34.
4. الاسم التجاري: يطبق بشأنه قانون بلد المركز الرئيسي للمحل التجاري الذي يستعمله، فان كان يستعمل في أكثر من بلد فقانون البلد الذي يوجد به المركز الرئيسي.

- تسري الاحكام السابقة على مسائل انشاء الحقوق العينية الاصلية والتبعية وانتقالها وانقضاؤها، اما التصرفات والأسباب القانونية الأخرى لهذا الانشاء والانتقال كالميراث والوصية والشفعة فتطبق بشأنها القواعد الخاصة فيها.
- مثال: ان حدث خلاف حول شخص هل هو وارث للعلامة التجارية ام لا فان القانون الواجب التطبيق هو قانون جنسية المورث، وبعد التأكد من انه وارث فمسألة انتقال العلامة او الحق في استغلالها للوارث فانه يخضع لقانون الموقع كما بينا في النقاط السابقة.

الفرع الثاني: القانون الواجب التطبيق على الالتزامات 245

المطلب الأول: العقود والتصرفات القانونية الارادية: 245

أولا: الشروط الموضوعية للعقد:

- القاعدة العامة "قانون إرادة المتعاقدين":
- يسود مبدأ سلطان الإرادة موضوع العقد بصفة عامة، وفي القانون الدولي الخاص فلهذا المصطلح مدلول خاص، حيث يشير الى حرية الافراد في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقدهم.

- تنقسم الإرادة الى عدة أنواع هي:

1. الإرادة الصريحة: أي يعين الافراد بعبارة صريحة القانون الذي يحكم العقد، ومنها العقود النموذجية في مجال التجارة الدولية والنقل الدولي.
2. الإرادة الضمنية: وهي الإرادة غير المعلنة ولكنها حقيقة يستخلصها القاضي من ظروف الحال وملابسات التعاقد، ومنها النص على اختصاص محكمة معينة او كتابة العقد بلغة معينة او جعل الالتزام بعملة معينة، كل ما سبق يستشف منه القاضي ان إرادة افراد العقد اتجهت الى تطبيق القانون الخاص بالمحكمة التي تم الاتفاق على اختصاصها او قانون اللغة او العملة، كما لو كتب العقد بلغة صينية او كان تنفيذه بعملة الصين، وكذا الترافع امام القضاء الوطني يعتبر دليلاً على إرادة الأطراف الضمنية لتطبيق القانون الوطني.
3. الإرادة المفروضة: في حال عدم النص صراحة على انطباق قانون معين او عدم مقدرة القاضي على استخلاص قانون معين اتجهت له إرادة المتعاقدين فان القانون يفترض وجود هذه الإرادة من خلال قرائن معينة يستند اليها القاضي، وهذه القرائن هي مكان انشاء العقد او محل تنفيذه او الموطن المشترك للمتعاقدين او الجنسية المشتركة.

- حدود الإرادة في اختيار القانون الذي يحكم العقد:

1. عناصر العقد الخاضعة لقاعدة الإرادة: يرى اغلب الفقهاء ان قاعدة الإرادة تطبق على جميع عناصر العقد الموضوعية باستثناء الاهلية **"تخضع للقانون الشخصي"** والشكل **"يخضع لقانون محل الابرام"**.
2. مدى حرية الافراد في اختيار القانون الواجب التطبيق:

- الرأي الأول: لابد من وجود صلة بين العقد والقانون المختار.
- الرأي الثاني: ليس بالضرورة وجود صلة بين العقد والقانون المختار، بل يكفي ان يكون موضوعه خاضع لعرف معين في التجارة الدولية **"وهو الراجح"** ومنها العقود النموذجية، حيث ان العقد النموذجي لتجارة القطن يحكمه القانون الإنجليزي، فلو ابرمه طرفان مصري وتونسي في أمريكا فان القانون الإنجليزي هو الذي ينطبق.
- الرأي الثالث: يجب ان تكون هناك صلة ما بين العقد والقانون الذي يختارونه، سواء كانت الصلة مبنية على جنسية المتعاقدين او موطنهم، او بناء على العقود النموذجية.

- قاعدة الإرادة واختيار أكثر من قانون لحكم العقد:

- الرأي الأول: يرى بعض الفقهاء ان العقد عبارة عن عملية واحدة يجب ان تخضع لقانون واحد.
- الرأي الثاني: يرى بعض الفقهاء ان العقد رابطة تتعدد فيها العناصر، ولا مانع من الاتفاق على اخضاع كل عنصر منها لقانون معين مادام هناك صلة بين العنصر والقانون، كالاتفاق على قانون يحكم تكوين العقد وقانون آخر يحكم آثاره.

- استثناءات من قاعدة الإرادة:

1. العقود المتعلقة بالعقار **"تخضع لقانون موقع العقار".**
2. عقود العمل "منهم من يرى خضوعه لقانون مركز العمل - ومنهم من يرى خضوعه لقانون بلد الابرام - ومنهم من يرى خضوعه لقانون بلد التنفيذ - في حين يذهب الاتجاه الجديد الى اخضاعه لقانون الإرادة".

تطبيق قاعدة الإرادة على العقد في القانون الكويتي والاستثناءات الواردة عليها:

المادة رقم 59 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطنا سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه. على أن قانون موقع العقار هو الذي يسري على العقود التي أبرمت في شأن هذا العقار.
المادة رقم 60 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق.
المادة رقم 62 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، كان القانون الكويتي هو الذي يسري.

- تطبق الإرادة بالترتيب التالي:

1. الإرادة الصريحة **"فان لم يوجد".**
2. الإرادة الضمنية **"فان لم يوجد".**
3. الإرادة المفترضة:

(1)قانون الموطن المشترك **"فان لم يوجد".**

(2)قانون بلد ابرام العقد.

- المسائل التي تندرج تحت النص:

1. الشروط الموضوعية.
2. آثار العقد.

- المسائل التي لا تندرج تحت النص:

1. الشروط الشكلية.
2. الأهلية.

- استثناءات القاعدة في القانون الكويتي:

1. العقود الواردة على العقار "قانون موقع العقار".
2. العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة "قانون البلد التي توجد فيه هذه البورصات والأسواق" .. المادة رقم 60 "يسري على العقود التي تتم في البورصات والأسواق العامة قانون البلد الذي توجد فيه هذه البورصات والأسواق"
3. عقود الأحوال الشخصية "قانون الجنسية".
4. عقود الهبة والوصية "قانون الجنسية".
5. عقود العمل "القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الاعمال - مثال: ابرم عقد العمل في مركز الإدارة في أمريكا وكان التنفيذ في الكويت طبق القانون الأمريكي - فاذا كان المركز الرئيسي لهذه الاعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي ابرمت العقود كان القانون الكويتي هو الذي يسري - مثال: مركز الإدارة في أمريكا وابرم عقد العمل من قبل الفرع المتواجد في الكويت سواء داخل او خارج الكويت فان القانون الكويتي ينطبق".. المادة رقم 62 "يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، كان القانون الكويتي هو الذي يسري"

ثانياً: الشروط الشكلية للعقد:

- القاعدة: تخضع لقانون محل الابرام.
- طبيعة القاعدة:
- الرأي الأول: قاعدة آمرة.
- الرأي الثاني: قاعدة مكملة، حيث يختار المتعاقدان القانون الذي يريدان انطباقه على الشروط الشكلية في العقد من بين الصور التالية:

1. قانون البلد الذي تم فيه العقد.
2. القانون الذي تخضع له الشروط الموضوعية للعقد.
3. قانون موطن المتعاقدان المشترك.
4. قانون جنسية المتعاقدان المشترك.

- ان لم يتم الاختيار بين تلك كان للقاضي تطبيق قانون محل ابرام العقد.

- القانون الكويتي:

المادة رقم 63 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على العقد، من حيث الشكل، قانون البلد الذي تم فيه . ويجوز أيضاً سريان القانون الذي يخضع له العقد في أحكامه الموضوعية، كما يجوز سريان قانون موطن المتعاقدين أو قانونهما الوطني المشترك.

- أخذ القانون الكويتي بالرأي الثاني، فترك للمتعاقدين الحرية في اتباع الشكل المحلي **"قانون محل الابرام"** وهي الأصل العام او اتباع الشكل المطلوب في القانون الخاضع له العقد في شروطه الموضوعية **"قانون الإرادة"** او قانون موطنهما المشترك او قانون جنسيتهما المشترك دون تقيد بالترتيب كما في الشروط الموضوعية.
- تحديد ما إذا كان المطلوب اجراء شكلي ام لا من مسائل التكييف الاولي الذي يخضع لقانون القاضي.
- الشكليات التي لا تسري عليها القاعدة:

1. الشكليات المتعلقة بالشهر ونفاذ العقد "قانون موقع المال".
2. الشكليات المتعلقة لصحة التصرف الصادر من القاصر او نائبه "القانون الذي يحكم الشروط الموضوعية للعقد او القانون الذي يحكم الاهلية".
3. الشكليات المتعلقة بالمرافعات "قانون القاضي".
4. الشكليات المتعلقة بالإثبات "تنطبق عليه المادة 63، وهذا ما أكدته المادة رقم 64 من قانون رقم 5 / 1961 "يسري على الدليل الكتابي للتصرف، من حيث لزومه وقوته وثبوت تاريخه وطرق هذا الثبوت، القانون الذي يسري على شكل التصرف"، أي المادة 63 من ذات القانون.
5. الشكليات المتعلقة بانعقاد العقد "إذا كان القاضي يرى هذا الشكل شرط لقيام العقد انطبقت المادة 59 باعتباره شرط موضوعي لقيام العقد - مثل الرسمية في عقد هبة العقار - اما إذا رأى القاضي انه ليس شرط موضوعي لقيام العقد انطبقت المادة 63 ولو كان القانون الأجنبي الواجب التطبيق يتطلب هذا الشكل كشرط موضوعي"

المطلب الثاني: الالتزامات غير الارادية 270

أولاً: الالتزامات الناشئة عن الفعل الضار:

المادة رقم 66 من قانون رقم 5 /1961
يسري على الالتزامات الناشئة عن العمل غير المشروع قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
على أنه لا تسري أحكام الفقرة السابقة على الوقائع التي تحدث في الخارج وتكون مشروعة في الكويت، ولو كانت تعد غير مشروعة في البلد الذي وقعت فيه.

- عناصر الفعل الضار هي "الخطأ - الضرر - العلاقة السببية".
- القانون الواجب التطبيق:
- إذا تحقق جميع عناصر الفعل الضار في دولة واحدة طبق قانونها **"قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام"**.
- مثال: في تركيا صدم شخص أحد المارة في الطريق واصابه ضرر في تركيا، رفعت الدعوى امام المحاكم الكويتية، تطبق القانون التركي.
- إذا تفرقت عناصر الفعل الضار بأن وقع الخطأ في دولة والضرر في دولة أخرى فان تحديد القانون الواجب التطبيق حدث فيه خلاف على الوجه التالي:

1. الرأي الأول: تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الخطأ "على أساس ان قواعد المسؤولية التقصيرية هي قواعد آمرة ولا يعتبر الضرر الا نتيجة عن هذا الفعل".
2. الرأي الثاني: تطبيق قانون البلد الذي حدث فيه الضرر "استناداً الى ان عناصر المسؤولية التقصيرية مترابطة لا يمكن فصلها عن بعض، كما انه لا يمكن القول بقيام المسؤولية التقصيرية الا بعد تحقق الضرر".
3. القانون الكويتي "سلك القانون الكويتي النهج الثاني حيث قرر ان قانون البلد الذي يقع به الضرر هو القانون الواجب التطبيق - مثال: في تركيا صدم شخص أحد المارة وعند سفر المصاب الى فرنسا شعر بالألم وذهب الى المشفى ليكتشف انه مصاب بكسر، اقام دعوى في الكويت فان القانون الفرنسي هو القانون الواجب التطبيق.

- مشكلة: في حال تصادم سفينتين او طائرتين في أعالي البحار فما هو القانون الواجب التطبيق؟ اختلف الفقهاء على الوجه التالي:

1. تطبيق قانون السفينة التي اركبت الخطأ.
2. تطبيق قانون السفينة المضرورة.
3. تطبيق قانون القاضي الذي اثير النزاع امامه.
4. القانون الكويتي: لم يتطرق الى حل هذه المسالة لذا يرى الكاتب ان للقاضي سلطة تقديرية في تحديد القانون الواجب التطبيق.

- الاستثناء من القاعدة:
- عدم سريان القانون الواجب التطبيق إذا كان الفعل مشروعاً في الكويت.
- مثالها: صدم شخص احد المارة في تركيا وكان يسير خارج المكان المخصص للعبور واصابه الضرر في تركيا **"القانون التركي واجب التطبيق"**، وكان القانون التركي يرى ان سائق السيارة مخطأ في هذه الحالة في حين ان القانون الكويتي يرى ان من يسير خارج المكان المخصص للعبور يكون هو المخطئ ولا مسؤولية على سائق السيارة - في هذه الحالة يتم استبعاد تطبيق القانون التركي ويحكم القاضي بعدم قبول الدعوى والعكس كذلك - مثال: في

الدنمارك عند نشر الرسوم المسيئة الى النبي ﷺ وعند إقامة الدعوى في الكويت فان القاضي يحكم بعدم القبول لان هذه الأفعال لا تشكل خطأ في الدنمارك.

- نطاق تطبيق قانون محل وقوع الفعل الضار: إذا تحدد القانون الواجب التطبيق على الفعل الضار فانه يختص بالتالي:

1. تحديد عناصر المسؤولية التقصيرية.
2. تحديد أحوال الاعفاء من المسؤولية التقصيرية.
3. تحديد مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعة.
4. تحديد احكام تعدد المسؤولين.
5. تحديد احكام المسؤولية التضامنية.
6. بيان الضرر الذي يجب التعويض عنه.
7. تحديد مقدار التعويض وطريقته.

ثانياً: الالتزامات الناشئة عن الفعل النافع:

المادة رقم 67 من قانون رقم 5 / 1961
يسري على الالتزامات الناشئة عن الإثراء بلا سبب ودفع غير المستحق والفضالة قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.

- عناصر الفعل النافع هي **"الاثراء - الافتقار"**.
- الفضالة ودفع غير المستحق هما تطبيق لقاعدة الاثراء بلا سبب.
- القانون الواجب التطبيق هو قانون البلد الذي وقع فيه الفعل المنشئ للالتزام.
- إذا تحقق عنصري الاثراء في دولة واحدة انطبق قانونها - مثال: شخص في فرنسا حول لشخص بطريق الخطأ مال في فرنسا واقيمت دعوى في الكويت **"يطبق القانون الفرنسي"**.
- في حال وقوع عنصر في بلد والعنصر الاخر في بلد آخر فان القانون الواجب التطبيق حدث فيه خلاف على الوجه التالي:
- الرأي الأول: تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الافتقار.
- الرأي الثاني: تطبيق قانون البلد الذي وقع فيه الاثراء، وذلك ان الاثراء نتيجة إيجابية تكون أكثر ظهوراً في العالم الخارجي على خلاف الافتقار، كما ان الاثراء بلا سبب لا يتحقق بمجرد الافتقار وانما يجب ان يثرى شخص آخر لتتحقق عناصر الاثراء بلا سبب.
- القانون الكويتي "اخذ بالرأي الثاني".

الفصل السادس: قواعد الاسناد في حالات خاصة 280

المبحث الأول: قواعد الاسناد بنصوص خاصة 280

- قد يضع المشرع نصوصاً خاصة تشتمل على قواعد اسناد وحلولاً لتنازع القوانين لحالات خاصة على خلاف ما ورد بالقواعد العامة في القانون رقم 5 لسنة 1961.
- قد ترد هذه النصوص في قوانين خاصة اوفي معاهدات انضمت لها الكويت.

المادة رقم 68 من قانون رقم 5 / 1961
لا تسري أحكام المواد الواردة في هذا الباب إلا حيث لا يوجد نص على خلافها في قانون خاص أو في معاهدة دولية نافذة في الكويت.

أولاً: النص في قانون خاص:

- مثالها: أهلية المرأة الأجنبية المتزوجة لممارسة التجارة في الكويت، حيث اخضعها المشرع كقاعدة عامة الى قانون الجنسية، ولكن قانون التجارة الكويتي اعتبر ان المرأة الأجنبية مأذونة لممارسة التجارة على الرغم من منع قانون جنسيتها لها للقيام بذلك الا بإذن زوجها، هذا مالم يتم الاعتراض في السجل التجاري الكويتي.
- مثالها: أهلية التوقيع على الأوراق التجارية، حيث اخضعها قانون التجارة الكويتي لقانون البلد الذي تم فيه التوقيع وليس قانون الجنسية.
- وعليه فان أي نص يتعلق بتنازع القوانين سواء قاعدة اسناد او حل للمشاكل العامة كالتكييف والاحالة يرد في نص خاص فان له الأولوية في التطبيق على قانون رقم 5 لسنة 1961.

ثانياً: النص في معاهدة:

- إذا ورد نص خاص في معاهدة سواء كان يمثل قاعدة اسناد او تكييف تكون له الأولوية على القانون الخاص بتنظيم المسائل ذات العنصر الأجنبي وهو القانون رقم 5 لسنة 1961.
- ذهب رأي الى تطبيق قانون القاضي على اعتبار ان المعاهدة تصبح قانون داخلي إذا تبناها المشرع.
- ذهب رأي آخر الى وجوب استخلاص "القصد المشترك" للدول الأعضاء والخاص بالمسألة التي تعالجها المعاهدة، وعدم اللجوء الى فكرة القانون الداخلي، ويستطيع القاضي استخلاص القصد المشترك من خلال الاعمال التحضيرية التي سبقت المعاهدة، فان تعذر ذلك يتم اللجوء الى المفهوم الوطني.

المبحث الثاني: قواعد الاسناد في أحوال عدم وجود النص 284

المادة رقم 69 من قانون رقم 5 / 1961
تتبع فيما لم يرد في شأنه نص في المواد الواردة في هذا الباب من أحوال تنازع القوانين مبادئ القانون الدولي الخاص.

- قد تثور حالة امام القضاء ذات عنصر أجنبي ويغفل القانون عن تنظيمها.
- مثالها: الغش نحو القانون.
- مثالها: قواعد الاسناد على المنقولات الخاصة "السفينة - الطائرة".
- مثالها: إجراءات التقاضي.

القانون الواجب التطبيق على إجراءات التقاضي:

- كان القانون رقم 5 / 1961 ينص في المادة الأولى منه "قبل الإلغاء" على تطبيق القانون الكويتي على الإجراءات واجبة الاتباع امام القضاء.
- عند اصدار قانون المرافعات الكويتي تم الغاء هذه المادة دون تنظيم المسألة في قانون المرافعات.
- بما ان المسألة أصبحت غير منظمة فان القاضي يلجأ للمادة 69 من قانون رقم 1961/5، فيطبق المبادئ العامة في القانون الدولي الخاص، وسريان قانون القاضي على إجراءات التقاضي من القواعد المستقرة في القانون الدولي الخاص، وعليه فان القانون الواجب التطبيق على إجراءات التقاضي إذا ما عرضت الدعوى ذات العنصر الأجنبي على المحاكم الكويتية هو القانون الكويتي.

نطاق تطبيق قانون القاضي على مسألة إجراءات التقاضي:

- التفرقة بين إجراءات التقاضي عن غيرها من مسائل الموضوع تدخل في نطاق التكييف الاولي الذي يخضع بدوره لقانون القاضي.
- القانون الكويتي هو الذي يحدد طبيعة المسألة المعروضة على المحاكم الكويتية، فان كانت من إجراءات التقاضي طبق بشأنها القانون الكويتي، وان كانت من الموضوع فإنها تخضع لما يخضع له الموضوع بناء على قاعدة الاسناد.
- المقصود بإجراءات التقاضي: هي كل ما يتعلق بالدعوى منذ رفعها امام المحاكم الى حين تنفيذ الحكم النهائي الصادر بشأنها.

مسائل الإجراءات غير المختلف حول طبيعتها وتخضع **لقانون القاضي**:

1. إجراءات الخصومة: تتعلق بكيفية تقديم صحيفة الدعوى وبياناتها والمواعيد وغيرها "امثلة صفحة 288".
2. طرق اعمال الأدلة: أي إجراءات الاثبات وليس عبء الاثبات، مثل كيفية أخذ الشهادة وكيفية حلف اليمين وكيفية تقديم الأوراق الرسمية "أمثلة صفحة 288"، يجب الانتباه الى ان عبء الاثبات وقبول الأدلة يخضع للقانون الذي يخضع له الموضوع".
3. الحكم في الدعوى وآثاره: أي الحكم من حيث شكله وموضوعه، وبيان حجيته "امثلة صفحة 289".
4. إجراءات التنفيذ الجبري: كحجز مال المدين وكيفية بيعه "امثلة صفحة 289".
5. التقادم وعدم سماع الدعوى: يعتبر البعض التقادم من مسائل الإجراءات فيخضع لقانون القاضي، في حين يعتبره البعض الآخر حقاً للمدين فيخضع لقانون موطن المدين، ويعتبره آخرون انه متعلق بالحق الموضوعي فيخضع للقانون الذي يخضع له الموضوع، من المسائل الموضوعية، اما القانون الكويتي لم يرد به نص صريح ولكن يمكن اعتبارها من المسائل الإجرائية التي تخضع لقانون القاضي، ذلك ان القانون الكويتي لا يعرف التقادم المكسب او المسقط للحق، وانما التقادم المانع من سماع الدعوى، فالتقادم في الكويت ينظم مسألة إجرائية وهي سماع الدعوى ولا يمس بأي حال الحق الموضوعي بشكل مباشر "شرح الآراء الفقهية في تكييف التقادم صفحة 290".

الباب الرابع

آثار الأحكام والأوامر والسندات الأجنبية

في الغالب الأعم من القضايا ذات العنصر الأجنبي يتم رفع الدعوى امام محكمة الدولة التي ينتظر ان ينفذ الحكم فيها، ولكن قد يسعى الافراد لمحكمة أخرى لاستصدار حكم لهم ويسعون الى تنفيذ هذا الحكم في دولة أخرى، او ان الحكم قابل للتنفيذ في دولة القاضي ودولة أخرى في ذات الوقت، ولما كانت هذه المسألة تمس السيادة الوطنية بصفة مباشرة حيث ان تلك الاحكام والاوامر والسندات صدرت من قبل سلطات دولة معينة ويراد بها ان تحدث اثراً في دولة أخرى، لذلك فيستقل المشرع الوطني لتلك الدولة الأخيرة بقبولها او رفضها، وفي حالة قبولها يستقل ايضاً بوضع القواعد المنظمة للاحتجاج بها امام قضائه وسلطاته المختلفة، كما يحدد هو الآثار التي تنجم عنها في دولته، وقد نظم المشرع الكويتي ذلك في قانون المرافعات الكويتي.

الفصل التاسع: تنفيذ الاحكام والاوامر والسندات الأجنبية 371

المبحث الأول: المبادئ العامة في تنفيذ الاحكام والاوامر والسندات الأجنبية 371

الفرع الأول: التعريفات 371

أولاً: الحكم والأمر القضائي الأجنبي:

- يقصد بالحكم: أي حكم قضائي صادر عن اية سلطة عامة تمارس وظيفة قضائية وفقاً للنظام القانوني السائد في دولة معينة.
- لا يشترط ان يكون الحكم صادر من سلطة قضائية، فقد يكون صادر من سلطة إدارية او دينية او عسكرية مختصة بإصدار الاحكام وفقاً لقانون دولتها.
- يقصد بالأمر القضائي: جميع القرارات الصادرة من المحاكم بموجب سلطتها الولائية دون أي حاجة لان تكون مبنية على خصومة او ان تكون فاصلة في نزاع، ومنها اثبات الحالة او الامر على عريضة.
- يجب ان تكون الاحكام والاوامر صادرة باسم سيادة اجنبية، وعليه تعتبر تلك الاحكام الصادرة من محكمة قنصلية اجنبية في الكويت احكام اجنبية رغم صدورها في الكويت لأنها صادرة باسم سلطة اجنبية.
- تخرج الأحكام الصادرة من هيئات دولية مثل محكمة العدل الدولية من هذا النطاق "تتعلق بأشخاص القانون العام وليس الافراد".

- المقصود بالحكم او الامر الأجنبي الذي يمكن ان يقبل في التطبيق داخل الدولة هو ذلك الذي يصدر في منازعة ضمن نطاق القانون الخاص "أحوال - تجاري - مدني" دون تلك الاحكام الصادرة في منازعة ضمن القانون العام "اداري - جنائي - دستوري"، والعبرة في هذا الخصوص بطبيعة الحكم وليس بالجهة التي أصدرته، فقد يصدر حكم مدني من محكمة جنائية، فيكون قابل للتطبيق، والعكس فقد يصدر حكم ذو طبيعة جنائية من محكمة مدنية فلا يكون قابلاً للتطبيق.

ثانياً: احكام المحكمين الأجنبية:

- تشبه احكام المحكمين الاحكام القضائية من حيث انها تكون فاصلة في منازعة.
- تختلف احكام المحكمين عن الاحكام القضائية في عدم صدورها من سلطة قضائية، فهي تصدر عن هيئة تحكيم ليس لها سلطة الأمر بالتنفيذ، وهي تحتاج الى الامر بالتنفيذ سواء كانت صادرة عن هيئة وطنية في الدولة او كانت صادرة عن هيئة اجنبية خارج الدولة.
- في التمييز بين الهيئة الأجنبية والوطنية وقع خلاف على الوجه التالي:

1. الرأي الأول: تبنى ضابط المكان "مكان اجتماع الهيئة" فان كانت داخل الكويت كانت وطنية وان كانت خارج الكويت كانت اجنبية، فان اجتمعت في أكثر من دولة فالعبرة بالاجتماع الرئيسي او البلد الذي تم فيه الاجتماع الذي صدر فيه الحكم.
2. الرأي الثاني: تبني القانون المطبق "القانون الذي اخضع له النزاع في التحكيم"، ولا عبرة في مكان اجتماع الهيئة او مكان اصدار الحكم، فيعتبر الحكم صادر من هيئة تحكيم وطنية متى طبقت القانون الكويتي على النزاع، ويعتبر الحكم صادر من هيئة تحكيم اجنبية متى طبقت قانون أجنبي على النزاع.

ثالثاً: السندات الرسمية الأجنبية:

- يقصد بها: أي سند او وثيقة صادرة عن سلطات دولة اجنبية او مصدقة من قبل تلك السلطات وتتضمن وقائع مثبته لحقوق الأفراد وفقاً لقانون تلك الدولة.
- العبرة في اعتبار المستند أجنبي بالسلطة التي أصدرته او صدقته لا في المكان الذي تم تحرير المستند فيه، فالمستندات الصادرة من سفارة اجنبية في الكويت تعتبر سندات رسمية اجنبية، والسندات المحررة من السفارات الكويتية في الخارج تعتبر مستندات وطنية.

الفرع الثاني: المبادئ العامة 376

- تنفيذ الحكم الأجنبي داخل دولة غير تلك التي أصدرته يتعلق بسيادة هذه الدولة لأنه حكم صادر باسم سيادة دولة أخرى، وعليه فان تنفيذ وآثار هذا الحكم تخضع لمحض إرادة المشرع في الدولة التي يراد تنفيذه فيها، دون إلزام عليها من أي جهة، فالأمر يتعلق بسيادتها على اقليميها.
- الأصل: عدم تنفيذ الحكم الا في نطاق الدولة التي أصدرته.
- الاستثناء: تنفيذ الحكم في خارج البلاد، وهو امر استدعته الضرورة والمصالح الاقتصادية والاجتماعية، فأصبح الاعتراف بالأحكام والاوامر الأجنبية امراً مألوفاً في جميع الدول.
- تختلف الأحكام والاوامر الأجنبية في الآثار التي ترتبها باختلاف الدول، فالمشرع الداخلي لكل دولة هو من ينظم هذه الآثار.
- مبدأ المعاملة بالمثل:
- يسمى مبدأ المعاملة بالمثل شرط التبادل، ويقصد به "ان يعامل الحكم الأجنبي من قبل القضاء الوطني مثل ما يعامل به الحكم الوطني في القضاء الأجنبي".
- أي ان الدولة التي تسمح **بتنفيذ** الحكم الوطني يسمح بتنفيذ حكمها من قبل القضاء، والدولة التي تتطلب **رفع دعوى** جديدة امام محاكمها وتعتبر الحكم الكويتي دليلاً قاطعاً في الدعوى فالحكم الصادر من محاكمها يعامل امام القضاء الكويتي كدليل قاطع في دعوى جديدة، فتتبع في مواجهة الحكم الأجنبي نفس الإجراءات التي تتبع في مواجهة الحكم الوطني وهكذا.
- اتجاهات الدول في التعامل مع الحكم الأجنبي:

1. الاتجاه الأول: وجوب رفع دعوى جديدة للمطالبة بالحق الثابت في الحكم الأجنبي، ويعتبر الحكم الأجنبي دليل قاطع في الدعوى، فلا يقبل اثبات العكس، فالتنفيذ لا يكون للحكم الأجنبي وانما للحكم الوطني الصادر استناداً الى الحكم الأجنبي كدليل "إنجلترا ودول الكومنويلث" << هذي يم جزر الأبطور 😂.
2. الاتجاه الثاني: تعتبر غالبية الدول ومنها فرنسا ومصر بالحكم الأجنبي وتجيز تنفيذه، وتختلف فيما بينها على الوجه التالي:

(1) نظام المراقبة: أي الاكتفاء بمراقبة الحكم من حيث استيفائه لبعض الشروط الأساسية دون التصدي لموضوع النزاع الذي فصل فيه، ومن هذه الشروط ان يكون صادر من محكمة مختصة وان تستوفى فيه إجراءات حق الدفاع وان لا يكون مخالف للنظام العام في دولة التنفيذ "شروط شكلية".

(2)نظام المراجعة: أي ان تقوم المحكمة التي ستأمر بالتنفيذ بمراجعة الحكم الأجنبي من حيث فصله في موضوع النزاع، فتراقب تقديره للوقائع وصحة تطبيقه للقانون وتفسيره له، وتختلف سلطات القاضي من دولة الى دولة في الدول التي اتبعت نظام المراجعة، فمنهم من سمح للقاضي الوطني بتعديل الحكم الأجنبي ومنهم من لم يجز له ذلك فليس امامه الا استبعاده او قبوله كما هو.

- نلاحظ اخيراً ان شرط المعاملة بالمثل يتم اعماله في نطاق الاذن بتنفيذ الحكم الأجنبي او وجوب رفع دعوى جديدة، اما من حيث تطبيق نظام المراجعة او نظام المراقبة فليس فيها تبادل، فان كانت الدول تأخذ بأحد النظامين فلا يطبق في الدولة التي يراد منها التنفيذ سوى نظامها هي.

المبحث الثاني: تنفيذ الاحكام والأوامر والسندات الأجنبية في القانون الكويتي 380

- تضع المادة 203 مرافعات أولوية للمعاهدات الدويلة في التطبيق، فنصت على انه "لا تخل القواعد المنصوص عليها في المادتين السابقتين بأحكام المعاهدات بين دولة الكويت وبين غيرها من الدول في هذا الشأن".
- وعليه فان ما يرد في المعاهدات من احكام تنظيم تنفيذ الأحكام والأوامر والسندات الصادرة في كل من الدول الأخرى المنضمة للاتفاقية هو ما يجب تطبيقه دون الوارد في نصوص قانون المرافعات.
- انضمت الكويت للمعاهدة الدولية لتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية "نيويورك".
- تعتبر الكويت عضو في الاتفاقية العربية لتنفيذ الاحكام.

الفرع الأول: تنفيذ الاحكام والاوامر الأجنبية 382

المادة رقم 199 مرافعات

الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام والأوامر الصادرة في الكويت
ويطلب الأمر بالتنفيذ أمام المحكمة الكلية بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق مما يأتي:
أ- أن الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه.
ب- أن الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا الحضور، ومثلوا تمثيلا صحيحا.
جـ- أن الحكم أو الأمر حاز قوة الأمر المقضي طبقا لقانون المحكمة التي أصدرته.
د- أنه لا يتعارض مع حكم أو أمر سبق صدوره من محكمة بالكويت ولا يتضمن ما يخالف الآداب أو النظام العام في الكويت.

- وضعت المادة المبدأ العام لتنفيذ الاحكام والأوامر الأجنبية وهو مبدأ المعاملة بالمثل، وشروط تطبيقه.

أولاً: مبدأ المعاملة بالمثل:

- وضعت المادة 199 مرافعات شرطاً لتنفيذ الاحكام والاوامر الأجنبية وهو المعاملة بالمثل.
- يجب على القاضي الكويتي ان يتعامل مع الحكم الأجنبي تعامل قاضي تلك الدولة مع الحكم الكويتي.
- ان كان تنفيذ الحكم الكويتي في تلك الدولة يتطلب رفع دعوى جديدة بالحق المتنازع فيه ويكون الحكم الكويتي فيها دليلاً قاطعاً في تلك الدعوى وجب ان يرفع من يريد الاحتجاج بالحكم الأجنبي دعوى جديدة امام المحاكم الكويتية، وعلى المحكمة الكويتية ان تعتبر الحكم الأجنبي في هذه الحالة دليلاً قاطعاً في الدعوى.
- ان كان تنفيذ الحكم الكويتي في تلك الدولة يتطلب رفع دعوى جديدة بالحق المتنازع فيه ويكون الحكم الكويتي فيها دليلاً قابلاً لإثبات العكس فان المحاكم الكويتية تطبق ذلك في الكويت.
- ان كان تنفيذ الحكم الكويتي في تلك الدولة يكون بأمر من القضاء دون دعوى وجب على المحاكم الكويتية الأمر بتنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة دون الحاجة الى رفع دعوى، ودون الحاجة الى تتبع جميع الشروط التي تضعها تلك الدولة لتنفيذ الاحكام الأجنبية فيها، ومن بينها الأحكام الكويتية، ودون الحاجة للدخول في تفاصيل كيفية تعامل قضاء تلك الدولة مع الحكم الكويتي، سواء كانت تأخذ بطريقة المراقبة ام بطريقة المراجعة، ومما يدلل على ذلك تلك الشروط التي نص عليها المشرع في ذات المادة، فهي تدخل في مفهوم المراقبة دون المراجعة، فيجب بعد التأكد من ان المحكمة الأجنبية تأمر بتنفيذ الاحكام الكويتية فليس على القاضي الا التأكد من الشروط التي وضعها المشرع "الشروط الخارجية للحكم" وذلك دون الدخول في الموضوع الذي يتعلق به.

ثانياً: شروط تنفيذ الحكم او الأمر الأجنبي في الكويت "الشروط الخارجية":

1. شرط المعاملة بالمثل "سبق شرحه".
2. اتباع إجراءات طلب الأمر بالتنفيذ "إقامة دعوى امام المحكمة الكلية".
3. ان يكون الحكم أو الأمر صادر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه "المقصود هو الاختصاص الدولي للمحكمة وليس الاختصاص النوعي او المكاني او القيمي".
4. ان يكون الخصوم قد كلفوا في الحضور، ومثلوا تمثيلاً صحيحاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي "لاحظ هذا الشرط مطلوب في الحكم دون الأمر الذي يصدر بناء على سلطة القاضي الولائية دون خصومة ومواجهة بين الخصوم".
5. ان يكون الحكم او الأمر الأجنبي قد حاز قوة الأمر المقضي وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته "بمرور مدة الاستئناف او التمييز او دون استئناف او تمييز او ان يكون صدر من محكمة يعتبر حكمها نهائي".

6. ان لا يتعارض الحكم او الامر الأجنبي مع حكم او امر سبق صدوره من محكمة كويتية "لا يتحقق هذا الشرط في حال صدور حكم او امر **سابق** في الكويت مع وحدة الموضوع والأطراف والسبب".
7. ان لا يتضمن الحكم او الأمر الأجنبي ما يخالف الآداب العامة او النظام العام في الكويت "ومنها الحكم بفوائد ربوية في قضية مدنية او تنفيذ التزام ناتج عن عقد قمار وغيرها، فلا يجوز تنفيذ الحكم الأجنبي في هذه الحالة في الكويت".

الفرع الثاني: تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية 389

المادة رقم 200 مرافعات
يسري حكم المادة السابقة على أحكام المحكمين الصادرة في بلد أجنبي، ويجب أن يكون حكم المحكمين صادرا في مسألة يجوز التحكيم فيها طبقا للقانون الكويتي وقابلا للتنفيذ في البلد الذي صدر فيه.

- اخضع المشرع الكويتي تنفيذ احكام المحكمين الأجنبية في الكويت لذات الشروط التي اخضع لها تنفيذ الاحكام والاوامر القضائية الأجنبية في الكويت، بالإضافة الى شرطان هما:

1. ان يكون الحكم قد صدر في مسألة يجوز التحكيم فيها بالكويت "والأمور التي يجوز الصلح فيها يجوز التحكيم فيها وفق القانون الكويتي".
2. ان يكون حكم التحكيم الأجنبي قابلاً للتنفيذ في البلد التي صدر فيها "كعدم جواز تنفيذ الحكم في البلد الذي صدر فيها الا بعد وضع الصيغة التنفيذية فيجب ان يكون حاملاً لتلك الصيغة لجواز عرضه على القضاء في الكويت لطلب الامر بتنفيذه".

الفرع الثالث: تنفيذ السندات الأجنبية 391

أولا: المبدأ العام وإجراءات وشروط تنفيذ السندات الأجنبية في الكويت:

المادة رقم 201 مرافعات
المحررات الموثقة في بلد أجنبي يجوز الأمر بتنفيذها في الكويت بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ المحررات الموثقة في الكويت.

المادة رقم 202 مرافعات
يطلب الأمر بالتنفيذ المشار إليه في المادة السابقة بعريضة تقدم لمدير إدارة التنفيذ، ولا يجوز الأمر بالتنفيذ إلا بعد التحقق من توافر الشروط المطلوبة لقابلية المحرر للتنفيذ وفقا لقانون البلد الذي تم توثيقه فيه، ومن خلوه مما يخالف الآداب والنظام العام في الكويت.

1. مبدأ المعاملة بالمثل "وهو المبدأ العام، فقد تبنى المشرع من خلال المادة 201 مرافعات مبدأ المعاملة بالمثل، وعليه لا يمكن تنفيذ السند الأجنبي في الكويت الا إذا كان السند الكويتي ينفذ في تلك الدولة".
2. التقدم بطلب الى مدير إدارة التنفيذ من خلال عريضة.

3. توافر الشروط التي يتطلبها قانون الدولة التي وثق السند من قبل سلطتها العامة لجعل هذا السند قابلاً للتنفيذ فيها.
4. ان لا يتضمن السند ما يخالف الآداب العامة والنظام العام في الكويت.

شروط تنفيذ احكام المحكمين الاجنبية	شروط تنفيذ الحكم القضائي الاجنبي	شروط تنفيذ الأوامر القضائية الاجنبية	
			(1) شرط المعاملة بالمثل – استثناء
			(2) ان يطلب الامر بالتنفيذ امام المحكمة الكيلة بالأوضاع المعتادة لرفع الدعوى
			(3) ان يكون الحكم او الامر قد صدر من محكمة مختصة وفقاً لقانون البلد الذي صدر فيه
			(4) ان يكون الحكم او الامر قد حاز قوة الامر المقضي فيه وفقاً لقانون المحكمة التي أصدرته
			(5) الا يتعارض الحكم او الامر الأجنبي مع حكم او امر سابق صدوره في الكويت
			(6) الا يتضمن الحكم او الامر الأجنبي ما يخالف الآداب او النظام العام في الكويت
		(7) ان يكون الخصوم قد كلفوا في الحضور ومثلوا تمثيلاً صحيحاً في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي.	
	(8) ان يكون الحكم قد صدر في مسألة يجوز التحكيم فيها بالكويت.		
(9) ان يكون حكم التحكيم الأجنبي قابلاً للتنفيذ في البلد التي صدر فيه.			

السندات الأجنبية
1. تقديم طلب لمدير إدارة التنفيذ "القاضي"
2. ان القاضي يتأكد من مبدأ المعاملة بالمثل
3. على القاضي مراجعة الشروط الأساسية في القانون الذي صدر في ظله هذا السند
4. الا يتضمن هذا السند مخالفة للنظام العام في الكويت

هناك استثناء على تنفيذ الاحكام والاوامر الصادرة في بلد أجنبي في الكويت:

نص التعديل على المادة 199 مرافعات: يجوز الأمر بتنفيذ الاحكام والاوامر الصادرة في بلد أجنبي في الكويت بالشروط المقررة في ذلك البلد لتنفيذ الاحكام لتنفيذ الاحكام والاوامر الصادرة في الكويت، **ويستثنى** من هذه الشروط الاحكام والاوامر الصادرة لصالح شخص طبيعي او اعتباري كويتي مطلوب تنفيذها على أموال مملوكه لشخص طبيعي او اعتباري كويتي.

الفصل العاشر: الآثار الأخرى للأحكام والأوامر والسندات الأجنبية خلاف التنفيذ 394

لم يعرض المشرع الكويتي في قانون المرافعات سوى للقواعد العامة الخاصة بتنفيذ الاحكام والأوامر والسندات الأجنبية دون الآثار، ولا يعني ذلك ان المشرع الكويتي لا يعترف بآثار هذه الاحكام والاوامر والسندات على الوجه التالي.

المبحث الأول: حجية الامر المقضي به 394

- تعني حجية الأمر المقضي به، اولاً حيازة الحكم او الأمر لقوته التنفيذية، وثانياً الاعتراف به وبحيازته لقوة الامر المقضي به عند الاحتجاج به باعتباره عنوان الحقيقة التي لا تقبل اثبات العكس.
- في مسألة حيازة الاحكام الأجنبية لحجية الامر المقضي به امام القضاء الوطني ثار خلاف بين الفقهاء، فظهرت ثلاثة اراء على الوجه التالي:

1. الرأي الأول: ليس للحكم الأجنبي قوة بذاته امام القضاء الوطني، فلا بد من صدور امر بتنفيذه.
2. الرأي الثاني: يتمتع الحكم الأجنبي بالحجية دون الحاجة الى صدور امر بتنفيذه، وما على القاضي الذي يحتج به امامه الا التأكد من توافر الشروط الخارجية، فان كانت موجودة كان الحكم حجة لا تقبل اثبات العكس، ولا يشترط تحقق المعاملة بالمثل.
3. الرأي الثالث: وافق ما ذهب اليه الرأي الثاني وزاد عليه وجوب توافر شرط المعاملة بالمثل.
4. رأي الكاتب: يوافق الكاتب الرأي الثالث، حيث يتوافق هذا الرأي مع القانون الكويتي.

المبحث الثاني: الحجية في الاثبات 397

- أي ان يقدم الحكم او الامر او السند الأجنبي كدليل في اثبات حق معين يثور النزاع حوله امام القضاء الوطني ولو لم يكن صدر امر بتنفيذه او انه حائز لقوة الامر المقضي به.
- يذهب غالبية الفقه الى أن الحكم الأجنبي له حجية في اثبات ما ورد فيه حتى ولو لم يصدر امر بتنفيذه من القضاء الوطني، ولكنه في هذه الحالة لا يشكل قيداً على القاضي، فتظل سلطة القاضي في تقدير الأدلة الواردة في الحكم الأجنبي، ولا حاجة لتوافر الشروط التي يتطلبها المشرع لتنفيذ الحكم طالما كان خاضعاً لتقدير القاضي كدليل في الدعوى.

lawkuwait.com

نهاية المقرر .. بالتوفيق