نظرة حول موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي

الدكتور احمد ضاعن السمدان
المدرس بقسم القانون الدولي
كلية الحقوق - جامعة الكويت

مقدمة :

تبنى المشرع الكويتي في القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ عدداً من قواعد الاسناد التي تشير الى القانون الواجب التطبيق في الحالات المختلفة التي تضم علاقات قانونية مشوبة بعنصر أجنبي. وتشير تلك القواعد الى القانون الأجنبي بضابط اسناد رآه المشرع ملائماً. وهذا الضابط يختلف من موضوع قانوني الى موضوع آخر. فالأحوال الشخصية اختصها المشرع غالباً بضابط الجنسية. فجنسية أحد أطراف العلاقة مثلاً هي التي تحدد القانون الواجب التطبيق على القضية. وضابط الإرادة هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على العقود بصفة عامة. والموقع هو الذي يحدد القانون الواجب التطبيق على القضايا التي تتعلق بالأموال. وهكذا وعن طريق هذه الضوابط والوقائع التي تنكشف في كل قضية على حدة أمام القضاء يمكن معرفة القانون الواجب التطبيق.

وقد يكون القانون الواجب التطبيق وفق قاعدة الاسناد هو قانون القاضي أو قد يكون قانوناً أجنبياً. فإن كان قانون القاضي هو الواجب التطبيق فما من شك في أن القاضي سيقوم بتطبيقه من تلقاء نفسه، بل هو ملزم بهذا التطبيق أصلاً ودون حاجة الى وجود قاعدة اسناد. إلا أن التساؤل يثور عندما يكون القانون الواجب التطبيق حسبما تشير إليه قاعدة الاسناد قانوناً أجنبياً. فهل يكون القاضي ملزماً بإثارة تطبيقه والقيام بتطبيقه من تلقاء نفسه دون حاجة الى طلب من الخصوم بهذا التطبيق.

والإجابة على هذا السؤال تستتبع الإجابة على أسئلة أخرى وهي : هل يلزم القاضي بالبحث عن مضمون القانون الأجنبي ومعرفته أم أن تبعة ذلك تقع على عاتق الخصم المستفيد من تطبيقه على القضية ؟ وهل هناك واجب على محكمة الموضوع بأن تستخلص وتفسر هذا القانون حسبما يستخلصه ويفسره قاضي البلد الذي صدر فيه ؟ وأخيراً هل تخضع محكمة الموضوع لرقابة المحكمة العليا حين الخطأ في تفسير القانون الأجنبي ؟

وتحديد طبيعة القانون الأجنبي عندما يراد تطبيقه في غير بلده هو الذي يمكننا من الإجابة سلباً أو ايجاباً على هذه التساؤلات، فإن عد القانون الأجنبي قانوناً بمعنى الكلمة، كما يذهب الرأي السائد في فقه القانون الدولي الخاص وجب على المحكمة أن تثير تطبيقه من تلقاء نفسها وأن تكون وحدها الملزمة بالبحث عنه والتأكد من مضمونه بسائر الوسائل. كما أنها في تفسيرها لهذا القانون تخضع لرقابة المحكمة العليا. ومن جهة أخرى، إن عد القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع، كما يذهب بعض فقهاء المرافعات مؤيدين القضاء بذلك في بعض البلدان، فهو يأخذ حكم الوقائع من حيث وجوب التمسك به واثباته من قبل الخصوم دون تدخل من المحكمة. وحين استخلاص أحكامه وتفسيرها يستقل قاضي الموضوع عن رقابة المحكمة العليا.

ويذهب الى هذا الرأي بعض فقهاء قانون المرافعات[٣] ومعهم بعض فقهاء القانون الدولي الخاص[٤]، كما أن القضاء في كل من مصر وفرنسا وانكلترا والولايات المتحدة يتبنى هذا الرأي بصفة عامة على اختلاف في التفاصيل والظروف التشريعية.

فالقضاء في مصر يذهب الى أن القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع يجب على الخصوم التمسك بها أمام محكمة الموضوع وإقامة الدليل عليها[٥]، ولا يغني في اثباتها تقديم صورة عرفية تحوي أحكام التشريع الأجنبي[٦]. كما ذهب هذا القضاء الى أن التحدي بالقانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة النقض غير جائز[٧].

أما القضاء في فرنسا فهو يذهب في نفس الاتجاه. ومع ذلك فهو يرى أن قاضي الموضوع ليس بسلبي الموقف تماماً. فله متى طلب الخصوم تطبيق القانون الأجنبي أن يقوم باستخلاص المعنى الصحيح والحكم الصحيح لنص القانون الأجنبي. بل لقد ذهبت محكمة النقض الفرنسية الى أبعد من ذلك. فقد قضت تلك المحكمة في حكم لها صدر في ٢ مارس ١٩٦٠ بعدم قبول الطعن على حكم محكمة الموضوع بسبب قيامها من تلقاء نفسها بتطبيق قانون أجنبي لم يتمسك به الخصوم أمامها. وقالت تلك المحكمة أنه «يجوز لمحكمة

---

٣ ـ عبد الباسط جميعى ، نظام الاثبات ، (القاهرة ١٩٦٥) ، ص ٥٥ وما بعدها .

٤ ـ هشام صادق ، نفس المرجع ، ص ١١٧ وهامش (٢) وكذلك : H. Batiffol "Droit International Prive" (Paris 1981), 328.

٥ ـ انظر حكم محكمة النقض المصرية في جلسة ١٤ أبريل ١٩٧٥ طعن رقم ٥١ لسنة ٣٦ ق مج س ٢١ عدد ٥٢ .

٦ ـ محكمة النقض المصرية جلسة ٧ يوليو ١٩٥٥ طعن ٤٥٨ س ٥٢١ وجلسة ٢٦ ديسمبر ١٩٧١ وطعن ٢٥ ، ق ٢٨ أحوال شخصية مج ٣ سنة ١٩٧٧ .

٧ ـ انظر حكم محكمة النقض المصرية المشار اليه في هامش ٥ أعلاه .

٨ ـ عزالدين عبدالله ، القانون الدولي الخاص ، (ج ٢) ط ٦٩ ، ص ٥٧ وما بعدها .

الاستئناف أن تسعى بنفسها الى التعرف على القانون الأجنبي وتحديد أحكامه الواجبة التطبيق»[٩] .

وأخيراً فإن القضاء في انجلترا ينهج نفس المنهج، ولعله السباق في ذلك، فمنذ عام ١٧١٨ والقاعدة العامة فيه أن القانون الأجنبي في المحاكم الانجليزية هو مسألة من مسائل الواقع يجب على الخصوم التمسك به واثباته للقاضي[١٠]. والقضاء الأميركي وحتى عام ١٩٦٦ كان قد نحا نفس النحو كمبدأ[١١] .

ولقد اتخذ القضاء الانجليزي هذا الموقف وتبعه القضاء الأميركي والى عهد قريب استناداً على مبدأ اقليمية القوانين القائم على فكرة الحقوق المكتسبة. فالقانون، أي قانون، ليس له سيادة إلا في اقليمه ولا يطبق بهذه الصفة إلا ضمن حدود هذا الاقليم وعلى الأشخاص والوقائع القائمة فيه. وعندما ينشأ الحق صحيحاً تحت ظل هذا القانون فيجب أن يعترف به في أي مكان. فالمسألة هي مسألة نشوء الحق في ظل قانون أجنبي وهي مسألة واقع. وما القانون الأجنبي الذي نشأ الحق صحيحاً تحت ظله إلا عنصر في تلك الواقعة وبناء عليه فمن يدّعي حقاً فعليه المطالبة به واثباته[١٢] .

---

٩ ـ انظر اشارات الى الحكم في عزالدين عبدالله المرجع السابق ص ٥٧٥ ، وكذلك في هشام صادق نفس المرجع ص ١٣٧ .

١٠ ـ أنظر : J.H.C. Morris: "The Conflict of Laws" London, Stevens 1980, pp. 36.

١١ ـ أنظر : Stephen L. Sass : "Foreign Law in Federal Courts" the Am. Jour. of Comp. Law, Vol. 29, No.1, Winter 1981, P. 97.

وكذلك أنظر G. Gramton-D. Currie- H. Kay: "Conflict of Laws" Sec. ed. 1975 (West Pub. Co.) pp. 54-55. Albert Ehrenzweig: "Private International Law", General Part (N.Y.1974) pp. 178.

١٢ ـ انظر في ذلك : Beale, Joseph H; Treatise on the Conflict of Laws, 1969, P. 624. Dicey, Albert V: Conflict of Laws, (1959) pp. 9.

وهذا الرأي ينظر الى موضوع القانون الأجنبي من زاويته الاجرائية ليصل فيها الى تحديد طبيعة القانون الأجنبي. فهو يحاول تسهيل مهمة القضاء ورفع العبء عنه في مسألة البحث عن القانون الأجنبي والتحقق من مضمونه وهي مهمة ثقيلة وصعبة. فالقاضي في قيامه بهذه المهمة سيواجه احتمالات لا تعد ومفاجآت هو غير مستعد لها وغير مكلف بمتابعتها كما هو الحال بالنسبة لقانونه. فعن طريق القاء عبء التمسك بالقانون الأجنبي واثبات مضمونه على عاتق الخصم المستفيد من تطبيق هذا القانون تيسر للقاضي مهمته. فإذا قام الخصم بالتمسك بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق وفقاً لقاعدة الاسناد فعليه أن يثبت تباينه مع قانون القاضي لأنه المستفيد منه، فإن لم يفعل طبق القاضي قانونه دون أن يشغل نفسه بالبحث عن قانون لم ينشر في بلده ولا يفترض به العلم فيه.

كما أن هذا الرأي يرفع الحرج عن القاضي في مسألة الخطأ في تطبيق القانون الأجنبي وتفسيره. فبما أنه قانون أجنبي عن القاضي الذي يريد تطبيقه فيسهل وقوع الخطأ في تطبيقه وتفسيره. فإذا عدّ واقعة استقل قاضي الموضوع في حكمه بشأنها عن رقابة المحكمة العليا. وذلك بعكس الحال عندما يعد قانوناً. فيتحمل قاضي الموضوع عبء البحث والتمحيص عن قانون هو غير مكلف أصلاً بتطبيقه كما أن الوصول إليه غير ميسور.

وهذا ما يفسر لنا كون مؤيدي هذا الرأي هم القضاة بصفة أساسية وبعض فقهاء المرافعات. أما فقهاء القانون الدولي الخاص فجلهم يتبنى الرأي الآخر، وهو ما سنأتي على ذكره حالاً، وذلك فيما عدا باتيفول الذي خرج عنهم في رأي سابق له ولكنه عدل عنه بالقول أنه لم يقصد تشبيه القانون الأجنبي بالوقائع من حيث طبيعته، ولكنه يعني فقط أنه يعامل أمام القضاء الوطني معاملة الوقائع[١٣].

---

١٣ ـ انظر اشارة إلى ذلك في هشام صادق، المرجع السابق، ص ١١٧ وهامش (٢).

المبحث الثاني

القانون الأجنبي قانون

يذهب أصحاب هذا الرأي الى القول بأن القانون الأجنبي قانون بمعنى الكلمة. فهو وإن فقد صفة الالزام فيه عند خروجه عن اقليم بلده فإنه يستعيدها بقاعدة الاسناد في قانون القاضي. فقاعدة الاسناد تعيد له قوة الالزام عن طريق أمر المشرع الوطني لقاضيه بتطبيق القانون الأجنبي. وقد اختلف أصحاب هذا الرأي في وظيفة قاعدة الاسناد. فبعضهم قال بأن قاعدة الاسناد تقوم بدمج القانون الأجنبي في القانون الوطني فيصبح جزءاً منه. وأصحاب هذا الرأي هم فقهاء القانون الايطالي الذين قالوا بنظرية «الاستقبال»[١٤]. أما بعضهم الآخر فيقول أن القانون الأجنبي وإن كان قانوناً بمعنى الكلمة لتوفر عنصري المضمون والالزام الذي يأتي عن طريق قاعدة الاسناد فيه، إلا أنه يظل قانوناً «أجنبياً يحتفظ بصفته الأجنبية التي تتطلب معاملته معاملة تختلف عن معاملة القانون الوطني ولكنها لا تتشابه مع معاملة الوقائع»[١٥].

---

١٤ ـ تقتضي نظرية «الاستقبال» reception« الايطالية ، بأن قاعدة الاسناد حين تشير بتطبيق قانون أجنبي فانها تدمج أحكام هذا القانون بأحكام القانون الوطني لتصبح بالتالي جزءا منه . ومثلوا لذلك بالقول أن قاعدة الاسناد هي عبارة عن اطار أو وعاء فارغ ضمن القانون الوطني فحين يكون القانون الأجنبي هو الواجب التطبيق فوظيفة قاعدة الاسناد وبأمر المشرع هو ادماج مضمون هذا القانون في القانون الوطني ليصبح جزءا منه وبالتالي يطبقه القاضي كجزء في ذلك القانون . أنظر : R. de Nova في Recueil des cours ١٩٦٦ ج ٢ ص ٤٤١ وانظر Rabel في The Conflict of Laws طبعة ١٩٥٨ الجزء ص ٦٨ ـ ٦٩ .

وكذلك Ehrenzweig المرجع السابق ص ٦١ ـ ١٨٠ وهامش ١٦ . وكذلك عزالدين عبدالله ص ٥٦٤ ـ ٥٦٧ .

وتجدر الاشارة في هذا الصدد إلى أن بعض الفقهاء المصريين قد أخذوا بهذا الرأي . انظر مثلا السنهوري الوسيط ج ٢ (طـ ١٩٦٨) ص ٥٥ ، جابر جاد ، تنازع القوانين ط (١٩٦٦) ص ٦٠٧ . حامد زكى القانون الدولي الخاص المصري (طـ ١٩٣٦) ص ١٨٠ .

١٥ ـ انظر هشام صادق ، المرجع السابق ص ١٥٥ وما بعدها وانظر ص ١١٨ بالذات .

ويترتب على هذا الرأي بشقيه ما يلي : أولاً ـ أن القاضي هو الملزم باثارته من تلقاء نفسه دون حاجة الى التمسك به من قبل الخصم المستفيد منه، وثانياً ـ أن على القاضي وحده عبء التيقن من مضمونه، ثالثاً ـ أن قاضي الموضوع يخضع في تطبيقه وتفسيره للقانون الأجنبي لرقابة محكمة النقض.

أما ما يختلف فيه أصحاب هذا الرأي من حيث وظيفة قاعدة الاسناد فيترتب عليه أنه على القاضي وفقاً لأصحاب الرأي القائل بأن القانون الأجنبي يصبح جزءاً من القانون الوطني، أن يتحقق من مضمونه ويفسره كما يتحقق من مضمون قانونه ويفسره[١٦]. أما وفقاً للرأي الثاني فإن على القاضي أن يتحقق من مضمون هذا القانون ويفسره كما في بلده دون بلد القاضي. فالمشرع يقصد في الواقع أن يطبق هذا القانون بصفته الأجنبية ووفق التفسير المعطى له في الخارج لما يراه من أنه أقرب القوانين الى طبيعة النزاع وأكثرها ايفاء بمقتضيات العدالة أو لما يستهدفه من وراء تطبيقه من مصالح حيوية للدولة وفقاً لسياسته التشريعية[١٧].

وعلى أية حال فإن الرأي القائل بأن القانون الأجنبي قانون هو السائد في التشريع والقضاء والفقه في كل من ألمانيا وايطاليا[١٨]. كما أن فقه القانون

---

١٦ ـ ممن أخذوا بذلك Quadri ، دروس في القانون الدولي الخاص ، وشمس الدين الوكيل . دروس في القانون الدولي الخاص. انظر هشام صادق، تنازع القوانين (ط ٢) ص ٢١٩، هامش (٣).

١٧ ـ هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي، ص ١٠٧ ، وكذلك شمس الدين الوكيل ، دراسة مقارنة في اثبات القانون الاجنبي ورقابة المحكمة العليا على تفسيره ، مجلة الحقوق جامعة الاسكندرية (٦٣/٦٤) عدد ١ و ٢ ص ١٣٩

١٨ ـ انظر Eihrenzweig المرجع السابق ص ١٨٥ وكذلك انظر H. Lewald: "La Controle Des Cours Supremes Sur L'application des Lois Etrangeres", R. des C.T. 57,III,1936, P. 289.

الدولي الخاص في بقية البلدان وبالأخص في فرنسا ومصر يتبنى هذا الرأي بشقه الذي يرى أنه قانون ولكنه يبقى محتفظاً بصفته الأجنبية[١٩] .

والقانون الأمريكي أيضاً في قاعدة جديدة صدرت عام ١٩٦٦ وعدلت في عام ١٩٧٥ ينظر الى القانون الأجنبي بهذه الصفة أي أنه قانون. فالمادة ٤٤ / ١ من القواعد الاتحادية لقانون الاجراءات المدنية. تقول «يجب على الطرف الذي ينوي التمسك بدفاع يتعلق بقانون بلد أجنبي، أن يضمن ذلك مذكرة دفاعه أو أية مذكرة أخرى مكتوبة. ويجوز للمحكمة، في تحديدها لمضمون للقانون الأجنبي، أن تتبع أي مادة أو مصدر، ويضمنها الشهادة، سواء أكانت مرفوعة من الأطراف أو تقبلها القواعد الاتحادية للاثبات. **ويعامل تحديد المحكمة للقانون الأجنبي كمسألة من مسائل القانون**»[٢٠] .

وفي الحقيقة فإن المحاكم الاتحادية الأميركية ابتدأت بالابتعاد عن الاتجاه الذي يعتبر القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع حتى قبل صدور هذا القانون، وأخذت تعالج موضوع القانون الأجنبي كمعالجتها للمواد القانونية[٢١] .

---

١٩ ـ انظر عزالدين عبدالله ، المرجع السابق ص ٥٩١ ، هشام صادق ، تنازع القوانين ص ٢٢٠ .

وانظر كذلك فؤاد عبد المنعم رياض وسامية راشد ، الوسيط في القانون الدولي الخاص ، الجزء الثاني (١٩٧٤ القاهرة) ص ١٢٤ . وايضا Batiffol القانون الدولي الخاص فقرة ٣٢٨ Ehernzweig المرجع السابق ص ١٧٨ وما بعدها . "Sass" المرجع السابق ص ١١٨ .

M.Wolff: "Private International Law", (Oxford 1962) P. 217.

٢٠ ـ انظر "Sass" المرجع السابق ص ٩٧ هامش (١) .

٢١ ـ المرجع السابق ص ٩٧ ـ ٩٨ .

الفصل الثاني

موقف القضاء الكويتي من القانون الأجنبي

يضع القضاء الكويتي حين مواجهته لموضوع مركز القانون الأجنبي مبدأ عاماً صريحاً، ويلحق بهذا المبدأ العام الصريح استثناء ضمنياً. أما المبدأ العام فهو أن القانون الأجنبي أمامه يعد مجرد مسألة من مسائل الواقع على الخصوم أنفسهم التمسك بتطبيقه واثباته. والاستثناء الضمني من هذا المبدأ هو أن من حق محكمة الموضوع أن تثير مسألة القانون الأجنبي من تلقاء نفسها وتطبقه على الدعوى دون طلب من الخصوم.

وسنستعرض في هذا الفصل المبدأ العام واستثناءه في أحكام القضاء الكويتي بالتفصيل في مبحثين ثم نحاول تفسير هذا الموقف في مبحث ثالث.

المبحث الأول

المبـــدأ الـعـــام

يتبنى القضاء الكويتي وعلى رأسه محكمة التمييز المبدأ العام القائل بأن القانون الأجنبي لا يعدو أن يكون مسألة من مسائل الواقع. وقد تردد هذا المبدأ في عدة أحكام صادرة عن تلك المحكمة.

ففي جلسة ١٤ / ١ / ١٩٨١ بالطعن رقم ٣ / ٨٠ قالت محكمة التمييز[٢٢] «لما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الأردني عملاً بحكم المادة ٢٥ من القانون رقم ٥ / ١٩٦١ فإن من المقرر أن التمسك بتشريع أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع، ولما كان ذلك وكانت الطاعنة لم تقدم صورة رسمية من قانون المملكة الأردنية الذي تعنيه بطعنها فإنه لا يقبل منها النعي بهذا السبب».

---

٢٢ ـ حكم غير منشور.

وفي جلسة ٩ / ٢ / ٧٧ (طعن بالتمييز رقم ٦٣ / ١٩٧٣ تجاري)[٢٣] تقول المحكمة «من المقرر أن التمسك بتشريع أجنبي أمام قضاء التمييز لا يعدو أن يكون مجرد واقعة يجب إقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع. لما كان ذلك، وكانت الطاعنة لم تقدم صورة رسمية من قانون المملكة العربية السعودية الذي تعنيه بطعنها فإن الاستناد الى أحكامه يكون استناداً الى واقعه لا دليل عليها».

وبناء على هذه الأحكام وغيرها[٢٤] نستطيع أن نرى المبدأ العام المشار إليه بوضوح. هذا وقد وضع القضاء الكويتي على كاهل الخصوم عدة شروط بناء على هذا المبدأ حيث يجب عليهم اتمامها لكي تطبق قواعد القانون الأجنبي الذي أشارت إليه قاعدة الاسناد. فعليهم أولاً إثارة موضوع تطبيق القانون الأجنبي والتمسك به. ثم هم ملزمون بهذه الإثارة في المراحل الابتدائية للدعوى أمام قاضي الموضوع. ويجب عليهم وحدهم البحث عنه واثبات مضمونه الذي يجب أن يختلف عن مضمونْ نصوص القانون الكويتي. وأخيراً لا يجوز للخصوم إثارة موضوع تطبيق القانون الأجنبي لأول مرة أمام محكمة التمييز.

ويمتاز القضاء الكويتي بهذه الشروط بالتضييق إلى أبعد الحدود على تطبيق القانون الأجنبي الذي أمر المشرع في قواعد الاسناد بتطبيقه. وسنناقش هذه الشروط تباعاً فيما يلي :

---

٢٣ ـ القضاء والقانون السنة ٨ العدد ٣ ص ٥١ .

٢٤ ـ انظر حكم محكمة التمييز الصادر بجلسة ١٩٧٤/١١/٤ (طعن رقم ١٩٧٤/٣) منشور في مجلة المحامي عدد ٩ ابريل ١٩٧٥ ، وكذلك حكم نفس المحكمة في جلستها بتاريخ ١٩٧٥/٦/ (طعن رقم ١٩٧٤/١٤) منشور في مجلة القضاء والقانون السنة ٧(١٩٧٦) العدد الاول ص ١٥٥ .

أولاً ـ ضرورة تمسك الخصم المستفيد من تطبيق القانون الأجنبي به :

يجب، بناء على هذا الشرط، على الخصم المستفيد من قواعد القانون الأجنبي إثارة تطبيقها والتمسك بها. فأحكام القضاء الكويتي بهذا الخصوص توحي بعدم الزامية قواعد الاسناد. ففي العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي، لا تبحث مسألة تطبيق القانون الأجنبي، إلا إذا أثار الخصوم ذلك وإلا التفتت المحكمة عن الموضوع وطبقت القانون الكويتي وكأن المسألة ذات صبغة وطنية بحتة.

ففي كثير من الأحكام كان موضوع الدعوى علاقات قانونية مشوبة بعناصر أجنبية تجعل من الاشارة الى قواعد القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ واجبة، أي الإشارة الى أن المسألة مسألة تنازع قوانين. ورغم ذلك طبقت المحكمة القانون الكويتي على جميع أنواع هذه الدعاوى دون الإشارة الى قواعد الاسناد أو الإشارة الى وجود مانع من موانع تطبيق القانون الأجنبي المختص. صحيح أن في كثير من الحالات التي لم تشر فيها المحكمة الى مسألة تنازع القوانين، كان القانون الكويتي هو المختص حسب قاعدة الاسناد[٢٥]. والقاعدة أنه لا ضرر من عدم الإشارة الى قواعد الاسناد ولا ضرورة لذكرها حسبما قررته محكمة التمييز، طالما أن القاضي قام بتطبيق مضمونها تطبيقاً صحيحاً[٢٦]. ولكن الأمر الذي يقبل النقاش هو أن يكون القانون الواجب التطبيق حسب قاعدة الاسناد ووفقاً لوقائع القضية قانوناً أجنبياً. فهنا قد يفوت على كثير من المتقاضين حق لهم أعطاه القانون الكويتي بصريح نصوصه المتعلقة بتنازع القوانين. فغالباً لا يتبادر الى ذهن المتقاضين، أو ذهن الخصم المستفيد على الأقل، تلك المسألة،

---

٢٥ ـ انظر ص ٢٦ هامش ٢٨ .

٢٦ ـ حكم محكمة التمييز المشار اليه في هامش ٢٤ سابقاً (طعن ٣/ ١٩٧٤) يقول «لا يعيب الحكم المطعون فيه عدم ذكره قاعدة الاسناد والتي طبقها على واقعة الدعوى ، اذ العبرة في صحة الحكم هي بصدوره موافقا للقانون» .

وأن هناك قواعد أخرى يمكن تطبيقها على القضية بصفة أصلية وأن القانون الكويتي لا يطبق إلا على سبيل سد الفراغ في حالة عدم امكانية إثبات ذلك القانون.

والأمثلة على الحالة الأخيرة كثيرة في أحكام المحاكم الكويتية. فحكم محكمة الاستئناف العليا الصادر بجلسة ٢٣ / ٤ / ١٩٨٣ برقم ٣٠ / ١٩٨٣ (غير منشور) يتلخص موضوعه بأن أما تطالب ولدها بزيادة النفقة المحكوم لها بها. ومع أن المدعية (المستأنفة) والمدعى عليه (المستأنف عليه) لبنانيان مسيحيان، إلا أن المحكمة طبقت القانون الكويتي على موضوع النفقة وزيادتها دون إشارة الى مسألة تنازع القوانين على خلاف ما تشير به قاعدة الاسناد الخاصة بالموضوع (المادة ٤٤ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١) والتي تقول «يسرى على الالتزام بالنفقة فيما بين الأقارب والأصهار قانون المدين بها». والمقصود بقانون المدين بها قانون جنسية المطالب بها[٢٧].

وفي حكم محكمة الاستئناف العليا الصادر بتاريخ ١٥ / ٢ / ١٩٨٣ تحت رقم ١٠٧٤ / ١٩٨٢ تجاري (غير منشور) كان النزاع بين شخصين أجنبيين مقيمين في الكويت حول عقد بيع وعقد محاسبة يتعلقان بعقارات تقع في الجمهورية العربية السورية كما يتضمن النزاع وكالات صادرة عن أشخاص الملاك والوكلاء السوريين في سوريا. وقد ناقشت المحكمة هذا الموضوع وفقاً للقانون الكويتي وبناء على نصوصه دون التفات الى نص المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١، والتي تستثنى العقود التي تبرم بشأن العقارات من حكم قانون الإرادة أو حتى قانون القاضي وتخضعها الى قانون موقع العقار. فوفقاً لهذه المادة كان من المفروض بالمحكمة أن تطبق القانون السوري على النزاع، لأنه قانون موقع العقارات المتنازع بشأنها.

---

٢٧ ـ انظر د. حسن الهداوي «تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي» ص ١٦٨

أما في حكم محكمة الاستئناف الصادر بتاريخ ٥ / ١٢ / ١٩٧٩ تحت رقم ١٢٤ / ٧٧ (غير منشور) فقد طبقت المحكمة القانون الكويتي على الرغم من أن النزاع كان يدور حول عقد بيع مال منقول تم في الأردن ويتعلق بمال موجود فيها وقت البيع، كما أن جميع العلاقات القانونية والوقائع في الدعوى من بيع وإيجار وعمل غير مشروع تمت في بلدان أجنبية، وجميع أطراف الدعوى فيما عدا الشركة المستأنف عليها هم من الأجانب المقيمين في الخارج. وحسبما تنص عليه المادة ٥٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ كان من المفروض تطبيق القانون الأردني لأنها تنص على أن «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 السبب الذي ترتب عليه كسب الحيازة أو الملكية أوالحقوق العينية الأخرى أو انتقالها أو انقضاؤها».

وفي حكم محكمة الاستئناف رقم ١٦٨، ١٧٥ / ١٩٧٤ الصادر بتاريخ ٢٦ / ٣ / ٧٥ (غير منشور) كان المستأنف عليه أجنبياً تعاقد في فرنسا مع شركة أجنبية يظهر من وقائع الدعوى أن مركزها الرئيسي في فرنسا، وذلك للعمل كمحاسب لدى الشركة المستأنفة في فرنسا لمدة سنتين بأجر شهري قدره ٥٠٠٠ فرنك. وقد تم نقله للعمل في فرع الشركة في الكويت. ولكن الشركة قامت بفصله من العمل بعد خمسة أشهر من تعيينه. وقد رفع المستأنف عليه الدعوى أمام المحاكم الكويتية ضد المستأنفة التي اتفقت معه على سحب شكواه مقابل تعهد منها بنقله من مركزه بالكويت الى مركز مماثل في فرنسا. إلا أن الشركة أخلت بهذا الاتفاق عن طريق عرضها عليه التعيين من جديد دون النقل بناء على الاتفاق السابق. وما يهمنا أن المحكمة في مناقشتها للقضية لم تتطرق اطلاقاً لموضوع تنازع القوانين بل طبقت أحكام القانون الكويتي رأساً دون مراعاة لما تقضي به قاعدة الاسناد الخاصة بعقود العمل الواردة في المادة ٢٠ من القانون رقم ٥ لسنة ٦١ والتي تشير بتطبيق القانون الفرنسي حيث تقول «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» .

ولا يظهر من وقائع الدعوى أن المركز الرئيسي للشركة في الكويت أو أن الفرع الكويتي هو الذي أبرم عقد العمل.

هذه بعضاً من الأحكام التي كان من الممكن أن تطبق فيها قوانين أخرى غير القانون الكويتي[٢٨]. ولكن المحكمة لم تثر فيها موضوع تنازع القوانين كما أن الخصوم لم يتمسكوا بتطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق.

ومن هذا نستشف أن القضاء الكويتي مدعوماً بما ذهبت إليه محكمة التمييز بالأحكام المشار إليها سالفاً، يشترط بأن يطرح الخصوم قضية تنازع القوانين دونما التزام عليه بالتصدي للموضوع ابتداء .

ثانياً ـ ضرورة تمسك الخصم المستفيد بالقانون الأجنبي في المراحل الابتدائية للدعوى :

تضيف المحاكم الكويتية على شرط التمسك من قبل الخصم المستفيد من تطبيق القانون الأجنبي أن يكون هذا التمسك في المراحل الابتدائية للدعوى أمام قاضي الموضوع.

ففي حكم قديم لمحكمة الاستئناف العليا (صدر بتاريخ

---

٢٨ ـ وهناك احكام كثيرة غيرها يمكن الرجوع لها لتأكيد هذا الاتجاه . انظر على سبيل المثال احكام محكمة الاستئناف العليا ـ الدائرة التجارية الاتية :

حكم رقم ١٩٧٣/٢٣١ بتاريخ ١٩٧٤/٣/٣٠ غير منشور .

حكم رقم ١٩٧٥/٤٤٦ بتاريخ ١٩٧٥/٥/١٣ غير منشور .

حكم رقم ١٩٧٦/٥٢٠ بتاريخ ١٩٧٦/١٢/٢١ غير منشور .

حكم رقم ١٩٧٨/٩١٠ بتاريخ ١٩٨٢/٣/٢٢ غير منشور .

١ / ١٢ / ١٩٦٤ تحت رقم ٣٣٣ / ٩٦٤ تجاري، غير منشور) تقول «. . . ومع كل ففي الدعوى الراهنة ترافع الطرفان طوال المرحلة الابتدائية على أساس القانون الكويتي والتجأ الناقل نفسه الى قواعد هذا القانون الذي أصدرت المحكمة حكمها على مقتضاه فلما استؤنف الحكم من جانب الناقل المحكوم ضده بقيت المفاضلة في المجال ذاته ولم تظهر مسألة انطباق القانون الانجليزي إلا في نهاية المطاف، وهذا الموقف يصح تفسيره بأن الطرفين ارتضيا الالتجاء الى القانون الكويتي وقام بينهما اتفاق ضمني على تحكيم قواعده وهو أمر تجيزه المادة ٥٩ وتؤكده المادة ١٩ التي تعقد الاختصاص للمحاكم الكويتية بكل دعوى ليست داخله أصلاً في اختصاصها إذا قبل المدعى عليه السير فيها مما يدل على أن المشرع أراد التعويل على موقف المدعى عليه حتى في الاختصاص القضائي المتعلق بالنظام العام، ومن باب أولى ينبغي التعويل على موقفه بالنسبة للقانون الخاص الذي يحكم النزاع». وبناء على ما مضى طبقت المحكمة القانون الكويتي بالرغم من تمسك المستأنف بتطبيق القانون الانجليزي المشروط تطبيقه صراحة في أحد بنود العقد، وغلبت بذلك الإرادة الضمنية التي استخلصتها بالاستنباط الذي وضعته هي، على الإرادة الصريحة التي يعطيها القانون الأولوية في قاعدة الإسناد الخاصة بالعقود (المادة ٥٩) بقوله «هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه». بمعنى أنه يجب تطبيق القانون المتفق عليه صراحة فإن لم يوجد طبق القانون الذي يتبين من الظروف أنه هو الذي يراد تطبيقه. والمحكمة في اتجاهها هذا كأنها تريد معاقبة المستأنف على سكوته حتى مرحلة الاستئناف عن المطالبة بتطبيق القانون الأجنبي الذي أباح له المشرع المطالبة بتطبيقه بنص المادة ٥٩ من القانون[٢٩].

---

٢٩ ـ انظر اتجاها مشابها في حكم محكمة الاستئناف العليا (الدائرة التجارية الاولى) رقم ٣٨ و ١٦٦ ، ٦٧/١٦٩ الصادر بتاريخ ١٩٦٧/٧/٨ (غير منشور) حيث تقول المحكمة «وحيث أنه ينزاح الدفعان عن الخصومة ويبقى بعدئذ معالجة المسائل الموضوعية التي تناضل فيها الطرفان طبقا للقانون الكويتي . ولا محل لتطبيق القانون الدنماركي المتفق في سند الشحن على تطبيقه لان الطرفين لم يتمسكا به مما يعد نزولا عنه» .

ونظرا لعدم وجود محكمة تمييز في الوقت الذي صدر فيه الحكم السابق ولعدم طرح الموضوع ثانية بتلك الصورة فيمكن القول بأن الشرط في هذا المعنى لازال قائما والى ان تلغيه محكمة التمييز صراحة أو أن يقوم العمل ضمنا على خلافه ، وهو ما لم يقم عليه الدليل الى الآن .

ولكن محكمة التمييز تعرضت للموضوع حين يعرض عليها لأول مرة . فقد ذهبت الى أن التمسك بتشريع أجنبي هو «دفاع يخالطه واقع لم يثبت ان الطاعن تمسك به لدى محكمة الموضوع ـ فلا يجوز له اثارته لأول مرة امام هذه المحكمة»[٣٠] وقد سارت تلك المحكمة على هذه القاعدة في عدة احكام لها[٣١] .

ثالثا ـ على من يتمسك بتشريع اجنبي ان يبحث عنه ويثبت مضمونه رسميا .

هذا واذا تمسك الطرف المستفيد من تطبيق القانون الاجنبي امام قاضي الموضوع بهذا القانون فعليه هو ان يبحث عنه ويثبت مضمونه للمحكمة . وتضيف المحاكم الكويتية بان يكون الاثبات بصور رسمية عن التشريع الاجنبي وليس بأية طريقة اخرى من طرق الاثبات[٣٢] .

فمحكمة التمييز تقول «لما كان القانون الواجب التطبيق هو القانون الاردني عملا بحكم المادة ٥٢ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ فان من المقرر

---

٣٠ ـ راجع حكم محكمة التمييز رقم ١٩٧٤/٣ الصادر بجلسة ١٩٧٤/١١/٤ المشار اليه سابقا .

٣١ ـ كذلك انظر طعن رقم ١٩٧٤/١٤ الصادر بجلسة ١٩٧٥/٦/٢ وطعن رقم ٧٣/٦ ـ تجاري جلسة ٧٧/٣/٩ . وطعن رقم ٨٠/٣ جلسة ٨١/١/١٤ .

٣٢ ـ لم يكن هذا القيد واضحا في أحكام محكمة الاستئناف الصادرة قبل انشاء دائرة التمييز . ففي حكم محكمة الاستئناف العليا رقم ٦٤/٣٣٣ المشار اليه سابقا تقول المحكمة «على أنه لو كان القانون الانجليزي هو الذي يطبق فإن احكامه التي يريد المستأنف اعمالها لم تثبت في المنازعة الماثلة اذ لم يقدم المستأنف النص القانوني الذي يود التمسك به وهو المكلف بذلك على اعتبار ان تطبيق القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع » .

أن التمسك بتشريع اجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة يجب اقامة الدليل عليها لدى محكمة الموضوع ، ولما كان ذلك وكانت الطاعنة لم تقدم صورة رسمية عن قانون المملكة الاردنية الذي تعنيه بطعنها فإنه لا يقبل منها النعي بهذا السبب»[٣٣].

وفي حكم آخر صدر بتاريخ ١٨ / ١ / ٨٢ تحت رقم ١٥ / ١٩٨١ ، احوال (غير منشور) تقول نفس المحكمة «ولما كان ذلك وكان الثابت من مذكرة الطاعن المقدمة لمحكمة الاستئناف بجلسة ١١ / ٥ / ١٩٨١ انه لم يطلب فيها في الدعوى الماثلة الاحالة الى التحقيق لاثبات ان القانون الايراني يشترط لزواج الاجنبي بايرانية ان يسبق العقد اقرار من طالب الزواج يتعهد فيه بالإنفاق على المطلوب الزواج منها ، وهو امر يثبت بتقديم نسخة معتمدة من القانون الاجنبي وليس باحالة الدعوى الى التحقيق ، ومن ثم يكون النعي في غير محله متعين الرفض» .

بل وتضيف محكمة التمييز قيدا آخر هو وجوب إثبات الخصم المستفيد أن أحكام القانون الاجنبي الذي يريد تطبيقه تختلف عن أحكام القانون الكويتي فتقول «التمسك بقانون اجنبي لا يعدو ان يكون مجرد واقعة يجب على الخصوم اقامة الدليل عليها . . واذا كان الطاعن لم يقدم بملف الطعن صورة رسمية للتشريع اللبناني الذي يتمسك بتطبيقه كما لم يبين وجه مصلحته في ذلك ومدى اختلاف احكامه عن احكام القانون الكويتي الذي طبقته المحكمة على واقعة الدعوى ، فانه لا يقبل منه النعي بهذا الوجه»[٣٤] .

وبناء على ذلك فمجرد التمسك بالقانون الاجنبي أو التمسك به وتقديم صورة غير رسمية عنه أو تقرير خبير فيه ، لا يكفي لتطبيقه في المحاكم

---

٣٣ ـ انظر حكم محكمة التمييز في الطعن رقم ٣/٨٠ المشار اليه . وكذلك انظر الطعن رقم ٦٣/٧٣ المشار اليه .

٣٤ ـ طعن رقم ٣/١٩٧٤ المشار اليه .

الكويتية ، بل يجب أن يصحب التمسك به تقديم صورة رسمية عنه . كما يجب عى الخصم المستفيد نفسه أن يدلل على اختلاف احكامه عن أحكام القانون الكويتي وهو ما يدخله طرفا في عملية تفسير القانون الاجنبي .

المبحث الثاني

الاستثناء على المبدأ العام

لم يكن القضاء الكويتي مستمرا في الاخذ بالمبدأ العام الذي وضعه لنفسه فهو وإن أعلن صراحة أن القانون الاجنبي يعد مسألة من مسائل الواقع ، إلا أنه تصدى في بعض أحكامه لموضوع تنازع القوانين من تلقاء نفسه ، أي دون طلب من الخصوم ، كما أنه لم يطلب من هؤلاء الخصوم البحث عن القانون الاجنبي واثبات مضمونه بل قام هو بهذه المهمة . والغريب في الأمر ان محكمة التمييز قامت بالرقابة على صحة تطبيق وتفسير القانون الأجنبي من قبل قاضي الموضوع على الرغم من تبنيها الصريح لمبدأ أن القانون الاجنبي مجرد مسألة من مسائل الواقع .

وسنستعرض فيما يلي بعض الأحكام الصادرة عن القضاء الكويتي في هذه المواضيع الثلاثة .

أولا ـ اثارة مسألة تنازُع القوانين :

اثارت بعض الاحكام مسألة تنازع القوانين دون تمسك من الخصوم بتطبيق القانون الاجنبي . ومن هذه الاحكام ، حكم محكمة الاستئناف العليا رقم ٥٣٦ / ١٩٧٤ تجاري (١) الصادر بتاريخ ٦ / ٥ / ٧٥ (غير منشور) . وتتلخص وقائعه في ان شركة كويتية اتفقت مع شخص مصري في الاسكندرية (جمهورية مصر العربية) على ان يقوم الاخير بتجهيزها بعدد محدد من العمال .

وقد تعاقدت الشركة مع من تريده من هؤلاء العمال في القاهرة وقسمتهم الى مجموعتين نقلت المجموعة الاولى الى الكويت ولما جاء دور المجموعة الثانية ابلغت الشركة المجهز بعدم رغبتها بهم . رفع المجهز الدعوى على الشركة مطالبا بعمولته وبالنفقات التي أنفقها على اعتبار أنه وفى بالتزاماته . وطوال مراحل الدعوى وحسبما أورده الحكم من طلبات الخصوم لم يثبت أنهم أثاروا مسألة تنازع القوانين . إلا أن محكمة الاستئناف اثارت الموضوع بقولها «وحيث ان المحكمة ترى بادىء الرأي بيان القانون الواجب التطبيق بالنظر الى ما يكشف عنه التداعي من ان العلاقة بين الطرفين ذات عنصر أجنبي في مفهوم القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١» . وقد سردت المحكمة بعد ذلك الوقائع التي استخلصت منها ان القانون المصري هو الواجب التطبيق .

وفي جلسة ٢٦ / ٣ / ١٩٧٢ اصدرت نفس المحكمة حكمها رقم ٣٧٣ و٣٦٨ / ٧١ غير منشور . وفي هذا الحكم ايدت محكمة الاستئناف العليا محكمة الدرجة الاولى فيما ذهبت اليه . وموضوع الحكم يتلخص في النزاع حول عقد ايجار عقار واقع في إمارة دبي . وقد تم ذلك العقد في وقت سابق على إنشاء دولة الامارات العربية المتحدة ، حيث ذهبت محكمة الدرجة الأولى من تلقاء نفسها دون طلب الخصوم إلى اعتبار أحكام قوانين حكومة دبي هي الواجبة التطبيق على عقد الايجار من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده والآثار التي تترتب عليه . وقد جاء ذلك في معرض رد المحكمة على دفع المدعى عليه بعدم اختصاصها دوليا في نظر النزاع لان الدعوى تتعلق بعقار خارج دولة الكويت . ودون تطرق من الخصوم لموضوع تنازع القوانين امام محكمة الاستئناف ايضا أصدرت تلك المحكمة حكمها عملا بما تقضي به مواد قانون العقود المعمول به في امارة دبي . والجدير بالذكر أن محكمة التمييز حين تصديها لهذا الحكم عند الطعن به بالطعن رقم ٣٩ / ٧٦ الذي صدر فيه بجلسة ٢٥ / ٤ / ٧٩ (غير منشور) ، ايدت محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليه من تطبيق لقوانين امارة دبي دون ان تعترض على تصدي قاضي الموضوع في الدرجتين للأمر من تلقاء نفسه .

واتجاه المحاكم في الحكمين مع عدم اعتراض محكمة التمييز ، بل تأييدها لما ذهبت اليه محاكم الموضوع ، يوحي ضمنا ان التصدي لمسألة تنازع القوانين يمكن ان يتم من قبل المحكمة دون طلب من الخصوم .

ثانيا ـ البحث عن القانون الاجنبي واثبات مضمونه :

قلنا ان المبدأ العام الذي وضعته محكمة التمييز يتضمن القاء عبء البحث عن القانون الاجنبي وإثبات مضمونه على عاتق الخصوم . ولكن الأحكام المشار اليها في الفقرة السابقة وبعض الاحكام الاخرى تظهر لنا ان المحكمة نفسها هي التي اوردت نصوص القانون الواجب التطبيق دون ان تطلب من الخصوم ان يفعلوا ذلك . وهذا ما يجعلنا نستنتج ان القاعدة العامة لا تطبق الا اذا لم يكن القاضي الوطني على علم بمضمون القانون الاجنبي ، فان كان يعرفه فهو يثير تطبيقه ويقوم بهذا التطبيق من تلقاء نفسه

ففي حكم محكمة الاستئناف العليا رقم ٥٣٦ / ١٩٧٤ المشار اليه سابقا[٣٥] توصلت المحكمة الى ان القانون المصري «هو الواجب التطبيق من حيث الشروط الموضوعية للانعقاد والآثار التي تترتب على العقد» . ثم قالت المحكمة «وحيث ان قانون العمل المصري لا ينظم في نصوصه ما يحظر على المستأنفة أن تعهد الى مثل المستأنف عليه بتوريد العمال اليها فقد أفرد المشرع المصري الفصل الثالث من الباب الأول من قانون العمل رقم ٩١ / ١٩١٩ لبيان أحكام توظيف وتخديم العاطلين بالجمهورية ثم أورد بالمادة ٢٢ منه . . . . . » .

وفي حكم آخر لنفس المحكمة أشير له سابقا (حكم ٢٧٣ ، ٣٦٨ / ١٩٧١)[٣٦] طبقت نصوص قانون إمارة دبي بعد أن انتهت الى أنه هو

---

٣٥ ـ انظر صفحة ٣٠ و ٣١

٣٦ ـ انظر ما سبق ص ٣١

القانون الواجب التطبيق دون أن تطلب من الخصوم أن يبحثوا عنه ويثبتوا مضمونه رسميا[٣٧] .

ثالثا ـ رقابة محكمة التمييز على تطبيق وتفسير القانون الأجنبي :

على الرغم من أن محكمة التمييز الكويتية كانت قد صرحت باعتبار القانون الأجنبي مجرد مسألة من مسائل الواقع الا أنها لم تنسجم مع هذا الموقف بالتصريح بعدم رقابتها على صحة تطبيق هذا القانون من قبل قاضي الموضوع كما هو الحال بالنسبة للوقائع . بل على العكس فقد قامت بالرقابة في عدة أحكام لها دون أن تعلن ذلك .

ففي جلسة ٣ / ١ / ١٩٧٧ (طعن رقم ٣ / ١٩٧٦ أحوال شخصية)[٣٨] أيدت محكمة الاستئناف العليا تطبيقها لقاعدة سن الرشد في المذهب الحنفي وذلك وفقا لما يأخذ به القانون الاردني في مسائل الاحوال الشخصية . وقد كان الطاعن يعيب على حكم محكمة الاستئناف العليا تطبيقه لقاعدة في المذهب الحنفي دون القاعدة العامة لسن الرشد الواردة في القانون الاردني وقد قالت محكمة التمييز في الرد على هذا الطعن بقولها « . . . . ولما كان يبين مما اورده الحكم المطعون فيه في مدوناته ان مذهب الحنفية ـ وفقا للقانون الاردني ـ هو المتعين التطبيق في الدعوى المطروحة ، وانه لما كان الحيض هو احد مقومات البلوغ للأنثى في هذا المذهب . . . ولما كان ذلك ، وكان مما لا جدال فيه أن الطلاق وما يتصل به هو من مسائل الاحوال الشخصية ، وكان القانون الاردني الذي يطبق في هذه الحالة بالمملكة الاردنية الهاشمية هو قانون حقوق العائلة رقم ٩٢ / ١٩٥١ الذي يقضي في المادة ١٢٩ بأنه «ما لا ذكر له

---

٣٧ ـ انظر ايضا حكم محكمة الاستئناف العليا رقم ١٩٨١/٣٧ (دائرة الاحوال الشخصية) وكذلك حكم نفس المحكمة رقم ٨١/٣٩ (أحوال شخصية) الدائرة الجزائية .

٣٨ ـ منشور في القضاء والقانون عدد ٣ س ٨ .

في هذا القانون يرجع فيه الى الراجح في مذهب ابي حنيفة» واذا كانت نصوص هذا القانون قد خلت من تحديد سن معين للبلوغ الشرعي ، فان الحكم المطعون فيه لا يكون قد اخطأ في تطبيق القانون وفي تأويله ، ويكون النعي على غير أساس»[٣٩] .

وفي حكم نفس المحكمة الصادر بجلسة ٢٥ / ٤ / ١٩٧٩ (طعن رقم ٣٩ / ١٩٧٦ ، تجاري ، غير منشور) ، استعرضت القواعد القانونية التي استخلصها الحكم المطعون فيه ، ثم قالت «القواعد سالفة الذكر ما هي الا تفسير دقيق لما تقضي به المادة ٩٣ من قانون العقد المعمول به في دبي والمنطبق على النزاع الحالي . . . . »ومن هذه العبارة يمكن استخلاص ان المحكمة راقبت تفسير قاضي الموضوع لقواعد قانون العقد الصادر في إمارة دبي .

وفي هذين الحكمين وغيرهما يمكن ان نتبين دون تردد ان محكمة التمييز سمحت لنفسها بمراقبة تطبيق وتفسير قاضي الموضوع للقانون الاجنبي ، ولكن دون ان تحاول تفسير هذا الموقف تحت ظل المبدأ العام الذي وضعته من اعتبار القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع .

المبحث الثالث

تفسير موقف القضاء الكويتي في المبدأ العام والاستثناء عليه

من خلال استقراء الاتجاهات السابقة في احكام القضاء الكويتي نجد ان المبدأ العام بشروطه المختلفة لايثار إلا في الأحوال التي يجهل القاضي فيها احكام القانون الاجنبي الواجب التطبيق . أو أن طلب تطبيق هذا القانون كان قد أثير لأول مرة أمام محكمة التمييز . فإن لم يكن قاضي الموضوع على

---

٣٩ ـ انظر ايضا حكم نفس المحكمة في جلسة ٧٧/٤/٤ طعن رقم ١٩٧٦/٩ منشور في مجلة القضاء والقانون عدد رقم ٣ سنة ٨ . وكذلك طعن رقم ١٩٨٠/٤ صادر بجلسة ٤٠ ـ ١٩٨٠/٥/١٩ (احوال) غير منشور . وطعن رقم ١٩٨١/١ لجلسة ١٩٨١/١٢/٢٨ (احوال) غير منشور .

اطلاع بقواعد القانون الاجنبي قام باثارة الشروط التي سبق شرحها . فان استكمل الخصوم هذه الشروط طبق القاضي القانون الأجنبي والا التفت عن طلبهم وطبق قانونه .

وهناك عدة احكام قام فيها الخصوم بالخطوات المطلوبة وبناء على ذلك قامت المحكمة بتطبيق القانون الاجنبي دون مناقشة الموضوع .

وحكم محكمة الاستئناف العليا الصادر بتاريخ ٣ / ١ / ١٩٨٢ (رقم ٣٦٩ / ٨٠ احوال ، غير منشور) يعتبر مثلا واضحا على ذلك . وكان الموضوع في الدعوى هو طلب الحكم بالطلاق الذي تقدمت به زوجة من الجنسية الباكستانية ضد زوجها الباكستاني الجنسية . وقد قام وكيل المدعية (المستأنفة) بطلب تطبيق القانون الباكستاني بعد ان قام باحضار صورة رسمية مترجمة لبعض نصوص قانون الاحوال الشخصية لباكستان الغربية لسنة ١٩٦٤ . وقامت محكمة الاستئناف بناء على ذلك بتطبيق هذه النصوص على الدعوى بقولها «وحيث ان الفقرة الثانية من القواعد المتبعة للحكم بانهاء الزواج في قانون الاحوال الشخصية ـ لباكستان الغربية لسنة ١٩٦٤ تجرى على أنه (اذا أهمل الزوج زوجته أو عجز عن الأنفاق عليها لمدة سنتين) كما نصت القاعدة الثامنة من القانون المذكور على أنه (اذا كان الزوج يعاملها بقسوة ، بمعنى أن يكون أساء) . . . . وحيث أنه تطبيقا لنصوص القاعدتين سالفتي الذكر من قانون احوالها الشخصية الواجب التطبيق عملا بالمادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي فان المستأنفة تكون محقة في دعواها . . . » .

هذا وإذا حدث وأن التفتت محكمة الموضوع عن طلب تطبيق القانون الاجنبي لعدم استكمال أحد شروط المبدأ العام المشار إليها فإن محكمة التمييز تقوم بتأييد هذا الموقف من قبل محكمة الموضوع استنادا الى المبدأ العام الذي

يعتبر القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع التي يستقل بها قاضي الموضوع[٤٠] .

أما اذا كان قاضي الموضوع على علم بنصوص القانون الأجنبي ، ففي أغلب الأحيان يقوم من تلقاء نفسه بطرح موضوع تنازع القوانين وتحديد القانون الواجب التطبيق وأحكامه المتعلقة بالنزاع المطروح أمامه . وكل ذلك يحدث دونما رجوع الى الخصوم وفيما اذا كانوا يرغبون بتطبيق ذلك القانون من عدمه .

إذا فالسبب في ظهور هذه المواقف في القضاء الكويتي يعود الى الصعوبة العملية التي تواجه القضاة في الاطلاع على كل القوانين الاجنبية والتي تتعدد بتعدد القضايا المطروحة امامهم . لذلك نراهم يتهربون من مسألة تنازع القوانين ويثيرون بعض العقبات العملية أمام الخصوم كلما كانوا في مواجهة قانون ليسوا على اطلاع على أحكامه ، ثم نراهم يثيرون مسألة تنازع القوانين من تلقاء أنفسهم ، كلما كانوا على علم بأحكام القانون الأجنبي الواجب التطبيق .

---

٤٠ ـ انظر احكام محكمة التمييز المشار اليها في الصفحات والهوامش السالفة .

الفصل الثالث

طبيعة القانون الاجنبي في ظل التشريع الكويتي

استعرضنا في ما مضى الاتجاهات المختلفة في الفقه والقضاء والتشريع المقارن والتي تدور حول اجابة السؤال عن طبيعة القانون الاجنبي أمام القضاء الوطني . كما تطرقنا بالتفصيل الى الاتجاهات التي ظهرت في القضاء الكويتي حول الموضوع . وسنحاول في هذا الفصل الوصول الى ما يجب ان يكون عليه الوضع تحت ظل نصوص التشريع الكويتي .

وقبل ان نستطرد في استخلاص موقف المشرع الكويتي نود توجيه النظر الى مسألة تسبق النقطة محور النقاش في هذا القسم ـ أي طبيعة القانون الأجنبي ـ وهي مسألة معاملة قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها من قبل القضاء . فمن الامور الهامة التي لاحظناها حين استعراض أحكام القضاء الكويتي أن خلطا وقع بين مسألة إلزامية قاعدة الإسناد وتطبيقها من قبل القضاء من تلقاء نفسه وبين طبيعة القانون الأجنبي .

وعليه فسنحاول التفرقة بين الامرين في المبحث الأول ثم نتناول مسألة طبيعة القانون الأجنبي تحت ظل نصوص التشريع الكويتي في المبحث الثاني .

المبحث الأول

طبيعة قاعدة الاسناد

ان الأخذ بأحد الرأيين بالنسبة لطبيعة القانون الأجنبي ـ أي هل هو قانون أم واقع ـ مع ما يترتب عليه من نتائج لن يعطينا جوابا على تساؤلنا عن طبيعة قاعدة الإسناد وكيفية معاملتها من قبل القضاء الوطني . وكل منهما يدور حول معاملة القانون الأجنبي بعد تحديده وفقا لقاعدة الاسناد وهو موضوع

المبحث القادم . أما كيفية معاملة قاعدة الإسناد الوطنية ذاتها فهو أمر لم يوجه له أكثر الباحثين اهتمامهم . كما ان القضاء في الكويت يقفز على هذه النقطة دون معالجتها .

فمعظم فقهاء القانون الدولي الخاص يتجهون رأسا الى كيفية معاملة القانون الأجنبي ذاته ـ وهي أمر اجرائي ـ دون مرور على هذا الأمر . فهم يبدأون كلامهم بالقول «اذا أشارت قاعدة الإسناد» أو «اذا ثبت أن القانون الواجب التطبيق هو قانون أجنبي» الخ . . . ثم يتساءلون عن كيفية معاملة ذلك القانون . وينطلقون في معالجة هذه النقطة دون التساؤل عن مدى التزام القاضي بإثارة مسألة تنازع القوانين كموضوع أولي يسبق البحث عن معاملة القانون الأجنبي نفسه حين يكون واجب التطبيق وفق قاعدة الإسناد[41] .

أما الأحكام القضائية الكويتية فإن المتتبع لها سينتهي الى أن القضاء الكويتي قد تتبع ضمنيا ما انتهى اليه القضاء المصري الذي سار بدوره على نفس الطريق الذي شقه القضاء في فرنسا في اعتبار أن تطبيق قواعد الإسناد الوطنية هو أمر جوازي للقاضي . والقضاء الاخير وقف عند هذا الحد ولم يزد مثلما فعل القضاء الكويتي بأن جعل أمر تطبيق قواعد الإسناد بيد الخصوم كما سنرى .

أولا ـ الاتجاه في القضاء الفرنسي :

وصل القضاء الفرنسي في الموضوع الى نتيجة ان تطبيق قاعدة الإسناد هو أمر جوازي للقاضي . أي أن للقاضي أن يطبقها من تلقاء نفسه كما أن له

---

٤١ ـ انظر : جابر جاد عبد الرحمن ، المرجع السابق ص ٦٠٤ .
ماجد الحلواني ، القانون الدولي الخاص واحكامه في القانون الكويتي ، الكويت (٧٣ ـ ١٩٧٤) ص ٣٤٥ حسن الهداوي ، القانون الدولي الخاص القسم الثاني (بغداد ١٩٨٢) ص ٢٠٥ فؤاد رياض المرجع السابق .
وايضا Morris المرجع السابق ص ٣٦ ,Battifol المرجع السابق فقرة ٣٢٨ . Cheshire and North : "Private International Law", London 1974. P. 8.

أن لا يطبقها إلا اذا طالب الخصوم بتطبيقها ، ولا ملامة عليه في هذا السلوك . وكان استناد القضاء الفرنسي في ذلك على أن قواعد تنازع القوانين بمقدار ما تقضي بتطبيق قانون أجنبي لا تعتبر من النظام العام[٤٢] .

وكان لهذا الموقف الذي أعلنته محكمة النقض الفرنسية في قضية Bisbal الشهيرة صدى لدى الفقه حيث كان محل انتقاده الشديد ، وقد اقترح بعض الفقهاء الحد منه بقدر ما تتطلبه القواعد الآمره في القانون الداخلي الفرنسي التي لا يملك الأفراد استبعادها ، حيث أوجبوا على القاضي أن يثير مسألة تطبيق القانون الأجنبي من تلقاء نفسه وأن يقوم بتطبيقه دون خيار عندما يكون الموضوع المطروح عليه متعلقاً بأحد المسائل التي يعد تنظيمها من النظام العام في القانون الداخلي الفرنسي مثل الطلاق والنسب . وكان لهذا الاقتراح صدى لدى القضاء حيث قررت محكمة استئناف باريس في ٦ أبريل ١٩٦٢ في قضية (allemes) أن «القانون الفرنسي يمكن تطبيقه عند سكوت الأطراف عن موضوع اختصاص القانون الأجنبي ، ذلك أن تطبيق هذا القانون ، في غير حالة الغش نحو القانون . . . مؤهل لحكم كل علاقات القانون الخاص التي لم ينتزعها القانون الفرنسي من ارادة الأطراف»[٤٣] .

وقد استنتج الفقه ، بمفهوم المخالفة لمضمون هذا الحكم ، أن حرية القاضي الفرنسي في اللجوء الى تطبيق القانون الفرنسي ، غير المختص وفقا لقاعدة الاسناد ، تنعدم عندما يكون في القضية غش نحو القانون أو عندما تكون العلاقات القانونية موضوع القضية من النظام العام في القانون الداخلي الفرنسي[٤٤] .

---

٤٢ ـ هشام صادق ، مركز القانون الاجنبي ، ص ١٢٨ ـ ١٢٩ فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٩٩ . عز الدين عبدالله ص ٥٧٥ .

كذلك انظر محكمة النقض الفرنسية في قضية Bisbal, الصادر بتاريخ ١٢ مايو ١٩٥٩ والمنشور في Rev. Critique, ص ٦٢ وما بعدها .

٤٣ ـ راجع الاحكام في Rev. Critique سنة ١٩٦٠ ص ٩٧ ، سنة ١٩٦٣ ص ٣٦٤ .

٤٤ ـ تعليق لباتيفول على القرار المشار اليه سابقا في Rev. Critique سنة ١٩٦٣ ص ٣٥٤ .

أما محكمة النقض فلم تقرر الى الآن الأخذ بهذا الاتجاه بل هي تؤكد موقفها السابق الذي طرحته في قضية Bisbal ولم تقرر واجب القاضي في أن يثير مسألة تطبيق القانون الاجنبي من تلقاء نفسه عندما يكون موضوع القضية متعلقا بالنظام العام الداخلي الفرنسي .

ثانيا : الاتجاه في القضاء الكويتي :

إذا تتبعنا أحكام القضاء الكويتي التي أشرنا لها في الفصل السابق نجد أنها لا تتطرق لقواعد الإسناد طالما لم يقم الخصوم بإثارة مسألة القانون الواجب التطبيق ، فالقضاء يطبق القانون الكويتي وكأن العلاقة القانونية محل النزاع علاقة وطنية بحتة . ويندر ان نجد احكاما تصدى فيها هذا القضاء ـ ومن تلقاء نفسه ـ لمسألة تنازع القوانين وتطبيق قواعد الإسناد على الموضوعات المعروضة عليه .

صحيح ان تطبيق بعض الاحكام للقانون الكويتي كان تطبيقا للقانون المختص المشار اليه في قاعدة الإسناد ، ولكن هذا لا ينفي وجود كثير من الاحكام التي طبق فيها القانون الكويتي ، وهو غير مختص وفقا لقاعدة الإسناد ، دون القانون الاجنبي المختص وذلك بسبب عدم اثارة الخصوم لهذا الموضوع ابتداء .

وهذا الوضع يجعلنا نقف موقفا متحفظا في مواجهة المبدأ الذي أقرته محكمة التمييز الكويتية في حكمها رقم ٣ / ١٩٧٤ الصادر بتاريخ ٤ / ١١ / ١٩٧٤ والذي سبقت الاشارة اليه آنفاً[٤٥] ، فالمحكمة أقرت في ذلك المبدأ صحة الحكم المطعون فيه «متى صدر موافقاً لنص القانون (أي القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن قواعد الإسناد) حتى ولو لم يشر الى قاعدة

---

٤٥ ـ انظر ما سبق ص ٢٢ .

الإسناد التي طبقها» وكان الحكم المطعون فيه قد طبق ما تشير اليه قاعدة الإسناد بالفعل . ولكن إذا صدر الحكم مخالفا لنص القانون ، أي مخالفا لما تشير قاعدة الإسناد به ، فما هو موقف محكمة التمييز حينئذ؟ هل ستقوم بالنقض وفق مفهوم المخالفة للقاعدة التي وضعتها ام ستعتبر القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع التي يستقل قاضي الموضوع في معالجتها وبالتالي لا يجوز عرض الموضوع لأول مرة أمامها كما درجت عليها في كثير من قراراتها التي تطرقت فيها لمسألة تطبيق القانون الاجنبي ؟

وبناء على هذه النتائج في أحكام القضاء الكويتي ، فانه يمكن استقراء موقف هذا القضاء من قواعد الإسناد . فهو يجعل تطبيق هذه القواعد من عدمه بيد الخصوم انفسهم ، دون تفريق بين القواعد التي تتعلق بالنظام العام وبين القواعد التي لا تتعلق بالنظام العام في القانون الداخلي كما استنتج الفقه الفرنسي من موقف محكمة استئناف باريس في قضية (allemes)، ودون تحديد الجواز للقاضي دون الخصوم . فهؤلاء الاخيرون لهم ان يثيروا مسألة تطبيق قاعدة الإسناد بتمسكهم بتطبيق القانون الاجنبي المختص وفقا لها ، كما ان لهم السكوت عن الموضوع ، إن جهلا كما هو واقع الحال ، أو تجاهلا للاستفادة من تطبيق نصوص قانون القاضي الذي فيه مصلحة لهم . وهذا الوضع الذي درج عليه القضاء الكويتي يجعل أمر تطبيق قواعد الإسناد وكأنه منوط بإرادة الخصوم دون إرادة المشرع .

ثالثا : مركز قواعد الإسناد في النظام القانوني .

قد يثار في معرض الدفاع عن موقف القضاء الكويتي من قواعد الإسناد ما ذهب اليه القضاء الفرنسي من أن الأصل هو تطبيق القضاء لقانونه . وأن القانون الاجنبي لا يطبق الا على سبيل الاستثناء[٤٦] ، استنادا الى مبدأ

٤٦ ـ هذه هي النظرية السائدة في القضاء الفرنسي . حيث قالت محكمة النقض في قضية Bisbal المشار اليها آنفا أن للقانون الفرنسي «الصلاحية بحكم كافة علاقات القانون الدولي الخاص» وفي حكم اخر لها قالت ان للقانون الفرنسي «اختصاص عام احتياطي "Competence subsidiaire generale".

انظر حكم النقض الصادر في ٦ مارس ١٩٦٦ في Rev. Critique سنة ١٩٦٦ ص ٦٣٦ .

التسامح التشريعي أو التنازل عن السيادة في أحوال استثنائية تتمثل في وجود عنصر أجنبي في العلاقة القانونية محل النزاع[٤٧] .

والرد على ذلك أن المشرع الوطني حين يسمح بتطبيق قانون أجنبي لا يرتكز على مبدأ السيادة والتنازل كما يرى بعض الفقهاء ، بل إن ميزانه هو تحقيق العدالة في العلاقات القانونية الخاصة[٤٨] ، فهو حين يقدر أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق وفق ضابط الإسناد الذي وضعه ، فهو في نظره القانون الأعدل للتطبيق على تلك العلاقة القانونية من قانونه .

وتحقيق العدالة هو أحد الاعتبارات التي تدخل في صميم فكرة النظام العام للدولة[٤٩] . فالأصل اذا ليس هو تطبيق القانون الوطني أو تطبيق القانون الاجنبي بل الأصل هو تطبيق العدالة كما يراها المشرع . الذي يقدر حين المفاضلة بين قانونه والقوانين الاخرى أن من الأعدل تطبيق أحد تلك القوانين الأخرى .

يضاف الى ذلك أن قواعد الإسناد تعتبر جزء من قواعد القانون الوطني ، ووظيفتها تحديد متى والى أي مدى يمكن أن يكون هناك أثر للعنصر الاجنبي في القضايا التي تعرض على القضاء[٥٠] . وبناء على ذلك فالقضاء يقف في ذلك[٥١] .

---

٤٧ ـ انظر مثلا ـ Pillet: "Principes de droit International Prive. (Paris, 1905) P. 55, pp. 101.

٤٨ ـ هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي ، ص ١٤٠ . عز الدين عبدالله ص ٧ ، ٧٠ ٧١ .
حسن الهداوى، تنازع القوانين واحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي ، الكويت ١٩٧٤ ، ص ١٠ . ماجد الحلواني المرجع السابق ص ٢٥١ .
وانظر ايضا Arminjon: "Precis de droit international Prive, (Paris 1947). T.I, Par II.

٤٩ ـ هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي ، ص ١٤١ . وايضا عبدالحي حجازي المدخل لدراسة العلوم القانونية (القانون) وفقا للقانون الكويتي ، (الكويت ١٩٧٢) ، ص ٢٤٦ .

٥٠ ـ انظر جابر جاد ، المرجع السابق ص ٢٩ ، فؤاد رياض ، المرجع السابق ص ٥٩ هشام صادق ، مركز القانون الأجنبي ص ١٤٥ عزالدين عبدالله ، المرجع السابق ص ٥٧٨ .
وايضا H. Goodrich: "Conflict of Laws", (Minn. 1949), pp. 12-14.

في مواجهتها نفس الموقف الذي يكون فيه في مواجهة قواعد قانونه الأخرى وعليه أن يعاملها نفس المعاملة . والفرق الوحيد هنا أن القاضي حين تطبيقه لقاعدة الإسناد لا يطبق قواعد موضوعية تحكم النزاع مباشرة باعطاء الحل كما هو الحال في القواعد الأخرى بل يستدل بواسطتها على تلك القواعد الموضوعية التي تحكم النزاع سواء كانت هذه القواعد هي قواعد القانون الوطني أم قواعد قانون أجنبي . فهو حين تعرض عليه قضية تتعلق بالزواج مثلا ، وحين تكون هذه القضية مشوبة بعنصر اجنبي ، ككون الزوج من جنسية اجنبية ، يقوم باسترشاد قاعدة الاسناد الخاصة بالزواج ويتعرف على ضابط الإسناد فيها ليسترشد عن أية قواعد موضوعية تتعلق بالزواج سيطبقها ، هل هي قواعد الزواج في قانونه أم قواعد الزواج في قانون اجنبي .

وحين تحديد القاضي لقواعد القانون الاجنبي الواجبة التطبيق وفقا لقاعدة الاسناد نكون أمام تطبيق لقواعد الإسناد الوطنية . ولا يهم بعد ذلك إن قام القاضي بالبحث عن القانون الاجنبي وتطبيقه من تلقاء نفسه أو بواسطة الخصوم فهذه مسألة تالية تتعلق بالموضوع الرئيسي لهذا البحث الا وهو طبيعة القانون الاجنبي نفسه .

وبما أن قواعد الإسناد تعد من قواعد القانون الوطني وتحمل نفس صفاتها فهي تتمتع دائماً بالإلزامية سواء أكانت قواعد آمره أم قواعد اختيارية ، بمعنى أن القضاء ملزم بتطبيقها مثلها مثل بقية القواعد في قانونه وهو معنى بهذا التطبيق من تلقاء نفسه دون ارتكان على ارادة الخصوم في ذلك[٥١].

---

٥١ ـ عبد الحي حجازي المرجع السابق ص ٢٤٦ .
حسن كيره المدخل الى القانون، (الاسكندرية ١٩٧٤) ص ٤٤ ـ ٤٥ .
عبد المنعم فرج الصده ، اصول القانون ، (القاهرة ١٩٦٥) ص ٦٩ .
شمس الدين الوكيل ، الموجز في المدخل لدراسة القانون (اسكندرية ١٩٦٥) ص ٩١ .

ومن صفات قواعد الإسناد انها تخضع لنفس الصياغة كالقواعد القانونية الاخرى في القانون الوطني . فقد تكون آمرة وقد تكون اختيارية ، ولكن يجب عدم الخلط هنا بين الزامية القاعدة القانونية وكونها قاعدة آمره . فالقاعدة القانونية الزامية التطبيق من قبل القضاء سواء أكانت آمرة أم اختيارية فالأمر والاختيار يتعلق بتطبيق الافراد لها لا بتطبيقها من قبل القضاء . وصياغة القاعدة القانونية هي التي تحدد كونها آمرة بمعنى أنه لا يجوز للافراد الاتفاق على مخالفتها ، أو اختيارية بمعنى أنه يجوز للافراد الاتفاق على خلافها . فان كانت القاعدة تحمل الصيغة الاخيرة ولم يتفق الافراد على خلافها أو اتفق الافراد صراحة على خلافها . كان القاضي ملزماً بتطبيقها أو بتطبيق ما اتفق عليه الافراد استنادا الى ارادة المشرع في القاعدة القانونية . فهو يطبق القاعدة في هذه الحالة بصفتها الالزامية[٥٢] .

وامر تطبيق قواعد الإسناد ، كما هو الحال في القواعد القانونية الوطنية الأخرى ، يجب ألا يترك لارادة الافراد كما جرى عليه العمل ، بل يجب ان يبقى دائما بيد القاضي وعليه ان يطبقها من تلقاء نفسه . فان كنا بصدد قاعدة اسناد آمرة لم يكن هناك خيار لا للافراد ولا للقضاء في مخالفة مضمونها . أما اذا كانت القاعدة قاعدة إسناد اختيارية أي أن المشرع أجاز الاتفاق على خلاف مضمونها ، فإن وجد اتفاق للافراد على خلاف مضمونها طبقه القاضي بناء على اجازة القاعدة نفسها وان لم يكن اتفاق طبق القاضي ما ورد فيها دون تجاهل لها . لانه في هذه الحالة يبحث عن حكم من أحكام قانونه الذي يجب أن يجريه من تلقاء نفسه[٥٣] .

---

٥٢ ـ عبدالحي حجازي ، المرجع السابق ص ٢٤٦ وانظر كذلك تأييدا لهذا الرأي في القانون الدولي الخاص ما ذهب اليه Henri Motulski الذي طبعت كتاباته (Ecrits) بعد وفاته من قبل (Dalloz) ١٩٧٨ بمقدمة باتيفول وفرانسسكاكسي بعنوان (Etudes et notes de Droit International Prive) ص ١٢٥ وما بعدها .

٥٣ ـ عزالدين عبدالله ص ٥٧٨ .

ومعاملة قواعد الاسناد بهذه الصفة هو ما يجري عليه العمل في القضاء الالماني والايطالي والهولندي . حيث يعتبر القضاء في تلك الدول أن القانون الاجنبي قانون بمعنى الكلمة ، ويرى انه ملزم بإثارة تطبيقه والبحث عن مضمونه واثباته دون ركون إلى إرادة الخصوم . كما أن قضاء النقض هناك يراقب صحة تطبيق القانون الاجنبي والخطأ في تفسيره[٥٤] . وبناء على ذلك ومن باب أولى فإن القضاء في تلك الدول يعامل قواعد الاسناد في قانونه معاملته لبقية القواعد القانونية الاخرى .

وفي الولايات المتحدة ، وبالرغم من أن القضاء هناك يعامل القانون الاجنبي في غالب الاحوال معاملته للوقائع من حيث وجوب التمسك به والبحث عنه واثبات مضمونه من قبل الخصوم انفسهم ، إلا أنه يعامل قاعدة الاسناد نفسها ومن حيث الزاميتها معاملته للقواعد القانونية الأخرى في قانونه . فحين استظهار القاضي للعنصر الاجنبي في القضية يقوم ومن تلقاء نفسه بالبحث عن قاعدة الإسناد الوطنية الملائمة واثارة مضمونها بالاشارة الى القانون الواجب التطبيق وفقا لها . ودوره ينتهي عند الطلب من الخصوم انفسهم ـ ان رغبوا التمسك به بالبحث عن مضمونه واثباته ان شاؤوا ذلك ، باعتبار أن القانون الاجنبي نفسه ـ لا قاعدة الإسناد ـ مسألة من مسائل الواقع . فالقاضي الاميركي يثير بذلك مسألة تنازع القوانين من تلقاء نفسه ، وهي مسألة تتعلق بقواعد الاسناد ومعاملتها . ولكن حين يثبت له أن قانونا أجنبيا هو الواجب التطبيق وفقا لها يطلب من الخصوم القيام بالخطوات التالية على اعتبار أنها خطوات اجرائية تتعلق بالواقع لا بالقانون[٥٥] .

---

٥٤ ـ انظر Ehrenzweig المرجع السابق ص ١٨٠ وكذلك عزالدين عبدالله ص ٥٧٦ وايضا في Rabel: "Conflict of Laws", Part 4, P. 481.

Ri Ago: "Regles generales de conflits de lois". Recueil Des Cours, T. 58, Part. II P. 302.

٥٥ ـ Ehrenzweig المرجع السابق ص ١٨٠ وما بعدها . "Sass" المرجع السابق ص ٩٧ وما بعدها . وراجع نماذج من القضايا في القضاء الاميركي في Cramton المرجع السابق وكذلك .

E. Scoles & R. Weintruaub: "Cases and Materials on Conflict of Laws", (Minn. 1972).

وبناء على ما سبق ، وبناء على الطريقة التي صاغ المشرع الكويتي قواعد الاسناد بها ، نجد أن القضاء الكويتي قد جانبه التوفيق في تبني بعض ما ذهب اليه القضاء في فرنسا مع اختلاف الظروف التشريعية والقضائية بينهما[٥٦] . مما أدى به الى المغالاة في تجاهل قواعد الاسناد وهو مـا جعل تطبيقها فعلا بيد الخصوم دونه وهو المكلف بذلك . فتبنيه مبدأ أن القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع أدى به إلى السكوت عن تطبيق قواعد الإسناد حتى اثارة الخصوم لها وتمسكهم بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير اليه ، وهو ما لم يصل اليه القضاء في فرنسا ولم يقل به[٥٧] .

المبحث الثانـــي

القانون الاجنبي والتشريع الكويتي

إتضح لنا مما سبق أن القضاء الكويتي يعتبر أن القانون الأجنبي مسألة من مسائل الواقع وذلك كقاعدة عامة ، كما أنه يتعامل مع قواعد الاسناد وكأنها قواعد غير ملزمه بقدر ما هي اختيارية للخصوم بمعنى أنهم إن أرادوا إعمالها طالبوا بتطبيق القانون الأجنبي الذي تشير إليه وإن لم يرغبوا في إعمالها سكتوا عن مسألة تنازع القوانين . وحان لنا الان أن نتساءل عن موقف المشرع الكويتي من ذلك .

ويمكن القول ابتداء أن المشرع الكويتي لم يتعامل مع الموضوع مباشرة بصورة صريحة ولكن إفراده قانونا خاصا لمعالجة العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي ، واسلوبه في صياغة قواعده ، ومعالجته لمسألة اثبات القانون الأجنبي أمام القضاء عند الكلام عن طرق الإثبات في قانون المرافعات ، كل

---

٥٦ ـ بعكس الوضع التشريعي في الكويت ، يكاد التشريع الفرنسي يخلو من قواعد الاسناد ، مما يؤدي إلى معالجة مسألة تنازع القوانين معالجة قضائية ، وبالتالي فإن مطالبة القضاء للخصوم بالمبادرة باثارة مسألة تنازع القوانين تصبح منطقية انظر في ذلك Ehrenzweig ص ١٨٠ .

٥٧ ـ انظر ما سبق ص ٣٨ ـ ٤٠

هذه الامور تدل على أنه يعامل القانون الأجنبي معاملة خاصة لا تساويه تماما بالقانون الوطني بالنسبه لعلم القاضي به ولكن لا تؤدي إلى اعتباره مسألة من مسائل الواقع كما ذهب اليه القضاء .

وسنتكلم في الفرعين التاليين عن حجج اعتبار القانون الأجنبي قانونا تحت ظل التشريع الكويتي في الأول ، وعما يجب أن يكون عليه الوضع في القضاء الكويتي تبعا لذلك في الثاني .

أولا : الحجج لاعتبار القانون الاجنبي قانونا تحت ظل التشريع الكويتي :

من الحجج التي يمكن ان تساق للتدليل على الطبيعة القانونية للقانون الأجنبي في ظل التشريع الكويتي ما يلي :

أ ـ معالجة مسائل تنازع القوانين بقانون خاص .

أفرد المشرع الكويتي قانونا خاصا لمعالجة تنازع القوانين والعلاقات القانونية ذات العنصر الاجنبي وهو القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

فإذا عرفنا أن المشرعين في الدول المختلفة عادة ما يضمنون تنازع القوانين في مدونات القانون المدني فيمكن أن نستخلص رغبة تشريعية في الإشارة إلى أهمية هذه المسائل ومعالجتها خصوصا إذا عرفنا أن القانون المدني المطبق حينئذ كان مجلة الاحكام العدلية التي لم تعالج تلك المسائل . والاصرار على ابقاء تلك القواعد في منأى عن القانون المدني الجديد حين صدوره وهو ما يدل على استمرارية تلك الرغبة التشريعية ، حيث تضمنت المادة السابعة منه ما يشير إلى ذلك بقولها «يعين بقانون خاص القانون الواجب التطبيق على المسائل التي تتضمن عنصرا اجنبيا» .

ولعل أهم ما ورد في المذكرة التفسيرية للقانون المدني الجديد حين تطرقه هذه المادة ما يوحي باعتبار القانون الاجنبي قانونا وذلك حين قال «فتنظيم تنازع القوانين بين قوانين الدول المختلفة يتكفل به فرع مستقل من فروع القانون وهو القانون الدولي الخاص» . وفي هذا دلالة على أن المشرع الكويتي

حين صياغته لقواعد تنازع القوانين انطلق من فكرة العدالة وتحقيقها عن طريق المفاضلة بين قانونه والقوانين الأجنبية . فوجد أن تطبيق القانون الأجنبي يحقق تلك العدالة . وهو حين قام بهذه المفاضلة وضع قانونه في مواجهة القوانين الأخرى وليس في مواجهة وقائع .

ب ـ طريقة صياغة قواعد الاسناد :

خلصنا في المبحث الاول من هذا القسم إلى أن قواعد الإسناد هي قواعد قانونية وطنية ، وهي بذلك تتصف بصفة الإلزام دائما سواء أكانت قواعد امرة أم قواعد اختيارية .

وإذا راجعنا نصوص القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ لوجدنا أن أغلبها صيغت بعبارات لا تشعر بأن تطبيق القوانين التي تعنيها يتوقف على أحد فالمشرع استعمل كلمات مثل «يسرى» أو «يطبق» و «يرجع» الخ وكلها عبارات تستعمل في القواعد الآمره ولا توحي إلى أن تطبيق القانون الأجنبي يتوقف على إرادة الخصوم أو حتى على إرادة القاضي[٥٨] .

وحتى بالنسبة للقواعد التي صاغها المشرع بعبارات اختيارية أعطى فيها الحرية للأفراد في اختيار القانون الواجب التطبيق وذلك في المسائل التي تعتمد على إرادة الأفراد ، نجد أن الأمر ينصب على «اختيار» القانون الواجب التطبيق وقت التعاقد أو وقت انشاء التصرف دون تطبيقه أو البحث عن مضمونه وإثباته بعد عرض النزاع على المحاكم . فإرادة المتعاقدين مثلا تحدد أو تختار القانون الواجب التطبيق ابتداء عند التعاقد وقبل حصول النزاع ، وهذه الإرادة ـ وهي إرادة حقيقية ـ قد تكون صريحة أو ضمنية يمكن استقاؤها من الظروف المحيطة بالتعاقد . أما إذا لم تقم الإرادة الحقيقية باختيار القانون الواجب التطبيق فعلى القاضي أن يطبق قانون الموطن المشترك إن كان هناك موطن مشترك للمتعاقدين وإلا طبق قانون الدولة التي تم فيها العقد ، وذلك وفقا لنص المادة ٥٩ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ .

---

٥٨ ـ حسن الهداوى ، تنازع القوانين ، المرجع السابق ، ص ١٢٠ .

هذا ولا يوجد في نصوص ذلك القانون ما يشعر بأن المشرع الكويتي يشبه القانون الأجنبي بالوقائع أو أنه يلقى العبء في إثارة تنازع القوانين وتطبيق القانون الأجنبي على عاتق الخصوم .

جـ ـ نص المادة ٧٤ من قانون المرافعات :

تنص المادة ٧٤ من قانون المرافعات المدنية والتجارية على ما يلي :

«في احوال تطبيق قانون أجنبي يجوز للمحكمة أن تكلف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون اليها مشفوعة بترجمة رسمية من وزارة العدل أو بترجمة من الجهة التي تحددها المحكمة» .

وفي هذا النص دلالة واضحة على أن المكلف بالبحث عن القانون الأجنبي والتحقق من مضمونه هو المحكمة بصفة أصلية ، ولكن نظرا للصعوبات التي قد تواجهها في العثور عليه اجاز لها المشرع ـ استثناء ـ أن تطلب من الخصم المستفيد تقديم النصوص التي يستند اليها .

وهنا يمكن القول بأن المشرع الكويتي دلل بشكل واضح على أنه يعتبر القانون الأجنبي قانونا وذلك من عبارة النص . فالمكلف اصلا بتطبيق القانون والبحث عن مضمونه هو المحكمة وليس الخصوم ، ولكن وتقديرا منه للصعوبات التي قد تواجه القاضي في ذلك ، حيث لا يفترض فيه العلم بالقوانين الأجنبية وقد لا تتيسر له الطرق الاخرى في الوصول اليه ، فتح له باب تكليف الخصوم بتقديم النصوص التي يستندون عليها جوازاً وتسهيلا ، حيث أن صاحب المصلحة سيسعى إلى الحصول على كل ما يؤيد دعواه ويسهل للقاضي مهمته .

والمشرع حين فتح هذا الباب جوازا لم يعف المحكمة من البحث عن القانون الأجنبي ، حيث لم ينص على ذلك ، أي أنه لم ينص على صرف النظر عن سريان القانون الأجنبي في حالة عدم تقديم نصوصه من الخصوم الذين يستندون عليه .

كما أنه لم يلق بعبء الاثبات على الخصوم ، حيث أن المطلوب منهم هو فقط تقديم النصوص التي يستندون عليها وليس التحقق من مضمونها ، فتبقى المحكمة مكلفة بذلك . فالنص يطلب تقديم نصوص القانون الأجنبي مشفوعة بترجمة رسمية ليس من دولة القانون بل من وزارة العدل الكويتية . فالرسمية تنصرف الى الترجمة دون النصوص . وهذا يؤيد ما ذهبنا اليه من أن القضاء الكويتي يتهرب من تطبيق القوانين الاجنبية غير العربية بصفة أساسية للصعوبات التي يواجهها لجهله اياها أو اللغة المكتوبة بها وذلك حين تكلمنا عن تبرير تصرف القضاء الكويتي بالنسبة للمبدأ الذي سار عليه والاستثناء الذي وضعه له[٥٩] . فالمشرع الكويتي بهذا النص قدر تلك الصعوبة وفتح باباً للقضاء للتغلب عليها دون تفريط بطبيعة القانون الأجنبي .

بناء على ذلك فالنص الوارد في المادة ٧٤ يؤيد الرأي الفقهي القائل بأن القانون الأجنبي قانون ولكنه ليس قانونا وطنيا يفترض علم القاضي فيه بل يبقى أجنبيا يحتاج إلى نوع من المعاملة الخاصة .

ثانيا ـ ما يجب أن يكون في ظل التشريع الكويتي

بعد أن تبيّن لنا بوضوح موقف المشرع الكويتي من القانون الأجنبي ، لم يبق مجال للقول بأن القانون الأجنبي يعتبر مسألة من مسائل الواقع كما جرى عليه العمل في القضاء الكويتي .

فالقانون الأجنبي يعتبر قانونا ولكنه قانون أجنبي لا يفترض علم القاضي به كعلمه بالقانون الوطني المبني على قرينة النشر . ولهذا فيمكن معاملة البحث عن مضمونه واثباته معاملة خاصة تختلف عن معاملة القانون الوطني المتمثل بالتشريع واثباته وان كان (القانون الأجنبي) تشريعا . ويمكن تقريب الوضع بوضع العرف في القانون الوطني مع الفارق . فالعرف يعد قانونا ولكنه لا يعامل من حيث العلم به معاملة التشريع ، فيرخص المشرع للقاضي في هذه الحالة أن يتثبت منه باللجوء إلى طرق أخرى كسؤال ذوى الخبرة في المهنة التي

---

٥٩ ـ ما سبق ص ٣٤ ـ ٣٦.

نشأ ذلك العرف بين أفرادها وسؤال ذوى الاختصاص مثلا . ومع وجود الصعوبة في اثبات «القاعدة العرفية» ومع لجوء القاضي إلى وسائل أخرى غير ما يصدر عن المشرع الوطني في هذا الإثبات إلا أن أحدا لم يقل أن العرف مسألة من مسائل الواقع[٦٠] .

وقد رأى المشرع في حالة القانون الأجنبي الترخيص للقاضي (في المادة ٧٤ من قانون المرافعات) في الاعتماد على الخصوم بجلب نصوصه وذلك حين اجاز له تكليفهم بتقديم نصوصه مشفوعة بترجمة رسمية من وزارة العدل أو أية جهة تحددها المحكمة .

فاجرائيا لا يجوز معاملة القانون الأجنبي معاملة الوقائع بأي حال من الأحوال وذلك بالاعتماد تماما على الخصوم في إثارته وفي إثباته . فالإجازة الواردة بالنص تنصرف إلى جلب النصوص دون الاثبات . فالترخيص كان ناتجا عن تقدير المشرع للصعوبة التي قد يواجهها القاضي في الاستحصال على هذه النصوص ، وبما ان الخصم المستفيد سيسعى بكل طاقته للحصول على ما هو لصالحه ، وقد يكون حائزا مسبقا على ذلك ، فلا ضرر سيحصل من تكليفة ـ بل هو المستفيد ـ لتسهيل الطريق على القاضي للوصول إلى القانون الأجنبي الواجب التطبيق اختصارا للجهد والوقت لصالحه .

وكل ذلك لا ينفي أن مسألة التحقق من المضمون يقع أولا وأخيرا على عاتق القاضي وبالتالي فعليه أن يتأكد من أن هذه النصوص هي فعلا القانون المطبق في البلد الواجب تطبيق قانونه ، وأن هذه النصوص تتعلق في موضوع النزاع ، وعليه أن يتحرى الدقة في استخلاص احكامه وذلك كله دون اعتماد على الخصوم .

وللقاضي في هذا السبيل ان يستعين بافادات ذوى الاختصاص الشفهية والتحريرية سواء كانوا خبراء قانونيين أو محامين أجانب ، كما له أن يستعين بالشهود ، وكذلك له أن يطلب وثائق رسمية من الممثلين السياسين أو

---

٦٠ ـ هشام صادق ، تنازع القوانين ، ص ٢٢٠ .

القنصليين للدولة التي يراد تطبيق قانونها كالجرائد الرسمية المنشور فيها القانون أو أحكام القضاء الخ .

وهذه الوسائل وغيرها يمكن أن يلجأ القاضي اليها ابتداء للتثبت من القانون الأجنبي دون حاجه لتكليف الخصوم .

الخلاصـــــة :

مما مضى يكن أن نخلص الى القول أن القضاء الكويتي يجب أن يعامل القانون الأجنبي معاملة القانون وليس باعتباره مسألة من مسائل الواقع كما درج على ذلك في أحكامه .

فالمشرع حين أمر بتطبيق قانون أجنبي لم يقم بذلك الا بعد أن فاضل بين قانونه «وقوانين» أخرى ورأى أن تلك القوانين في مثل تلك المسائل هي الأعدل من حيث التطبيق فالمفاضلة هنا جرت بين قانون وقانون وليس بين قانون وواقع .

ولكن القانون الأجنبي يبقى أجنبيا ، ولا يمكن عمليا مساواته مع القانون الوطني من الناحية الاجرائية وهذا لا يخل بطبيعته كما لا تخل المعاملة الاجرائية المختلفة مقارنة بمعاملة التشريع في القانون الوطني من طبيعته .

فالقاضي هنا مطالب باثارته والتحقق من وجوده ومضمونه وتفسير احكامه كقانون وكقواعد قانونية . كما أنه يجب أن يكون خاضعا في كل ذلك لرقابة محكمة التمييز .