**مدى تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة
ضمن ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي:
دراسة لحالة انتهاء الزواج**

**The Implementation of the Principle
of Gender Equality within the Context
of Jurisdictional and Legislative
Connecting Factor: Marriage
Dissolved Case Study**

إعداد

د / بشائر صلاح عبد الله

أستاذ القانون الدولي الخاص المشارك - قسم القانون الدولي

كلية الحقوق - جامعة الكويت

Ms. Dr. Bashair Salah Abdullah - Associate

***Professor of Private International Law - Department of International
Law - Faculty of Law - Kuwait University.***

مدى تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ضمن ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي: دراسة لحالة انتهاء الزواج

الملخص:

تستهدف هذه الدراسة بيان مدى تكريس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة ومنع التمييز القانوني بينهما في مجال ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي، في دعوى انتهاء الزواج ذات العنصر الأجنبي. اتبعت الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، المستند إلى المقارنة؛ للوصول إلى نتائج، تسهم في تطوير قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي في مسألة انتهاء الزواج بما يتلاءم مع التطورات الدولية التي تنادي بالمساواة بين المرأة والرجل في صياغة القوانين. وخلصت إلى نتائج، أهمها: أن المشرع الكويتي هدف من قاعدة الاختصاص القضائي إلى حماية المرأة؛ باعتبارها الطرف الضعيف والطرف المراد حمايته، في حين جعل تطبيق القانون في قاعدة الإسناد للطرف الأقوى في العلاقة، وهو الرجل، واتخذت قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي في اتفاقيات الاتحاد الأوروبي موقف المساواة في ذلك، وهو الأخذ بضوابط الجنسية أو الإقامة المشتركة أو السابقة. والقانون الكويتي تبنى فكرة الجنسية كضابط للاختصاص القضائي والتشريعي، في حين تنوعت اتفاقيات الاتحاد الأوروبي بين الجنسية والإقامة كضابطين للاختصاص. وبناء على النتائج السابقة قدمت الدراسة العديد من التوصيات، منها تعديل نص المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ لِيُضْمَن النص المساواة بين أطراف دعوى انتهاء الزواج، وخصوصاً في فرض اختلاف الجنسية؛ ليكون قانون بلد الإقامة المشتركة أو قانون بلد آخر إقامة مشتركة للزوجين.

الكلمات المفتاحية: الزواج، الطلاق، التطلق، الانفصال، انتهاء الزواج، مبدأ المساواة بين الزوجين، ضوابط الاختصاص التشريعي، ضوابط الاختصاص القضائي، نظام بروكسل.

Abstract

This study aims at showing the degree of consecration of the gender equality, as well as at prohibiting the legal gender discrimination in the jurisdictional and legislative connecting factor in the lawsuits of marriage dissolved that include a foreign element. The study adopts the analytical descriptive methodology relying on comparison to come up with some results. The most important of its outcomes is that the Kuwaiti legislator sought to protect the woman, through the rule of jurisdiction for being the weaker party. On the other hand, the law attributed the law of the man, as the strongest party, as a connecting factor in choice of law. Also, rules of jurisdictional and legislative connecting factor in the EU Treaties adopted equality stand by considering the regulations of nationality, and joint or previous residence. And Kuwaiti law adopted nationality as a connecting factor in the jurisdiction and legislative connecting factor, while EU treaties set out nationality and residence in this regard. Based on the previous outcomes, the study presents numerous recommendations among which is to amend the text of Article No 40 of Law No 5 of 1961 to guarantee gender equality marriage dissolved lawsuits especially when the couple are of different nationalities, so to attribute the issue to the law of the

country of the residence, or the country of the last couple's residence.

Keywords: Marriage, divorce, separation, marriage dissolved, principle of gender equality, legislative jurisdiction connecting factor, judicial jurisdiction connecting factor, Brussels Regime.

المقدمة

الزواج تصرف قانوني إن انعقد صحيحاً، يترتب آثاره المتمثلة في الحقوق والالتزامات، وقد ينتهي الزواج طبيعياً؛ كالوفاة أو قانوناً بصور عدة؛ كالطلاق والتطليق والانفصال. ومسألة انتهاء الزواج من المسائل الاجتماعية الصعبة على مستوى القانون الدولي الخاص لوجود الزواج المختلط أو الزواج ذي العنصر الأجنبي، الذي يكون أطرافه أجنبياً أو أحدهم أجنبياً عن دولة القاضي. في دولة الكويت، صدر عن الإدارة المركزية للإحصاء تقرير شمل حالات الطلاق لغير الكويتي، وبلغت في عام ٢٠١٦ نحو ١٩٦٤ حالة، وفي عام ٢٠١٧ نحو ٢٠٣١ حالة، وفي عام ٢٠١٨ نحو ٢١٠٥ حالة، وفي عام ٢٠١٩ نحو ٢٠٣١ حالة، وفي عام ٢٠٢٠ نحو ١٢٧١ حالة^(١). وانتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي قد يكون اتفاقاً أو قضاء، وإذا عرض على القضاء الكويتي، فسيبت في مسألة انعقاد اختصاص المحكمة، ويتبع ذلك أعمال قواعد الاختصاص التشريعي (قواعد الإسناد) لتعيين القانون الواجب التطبيق.

ومن المستقر عليه أن قواعد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي (قواعد الإسناد) قواعد وطنية^(٢)، تضم في صياغتها في مسألة انتهاء

(١) الإدارة المركزية للإحصاء، الكويت الإحصاءات السكانية، الإحصاءات الحيوية، تقرير الزواج والطلاق،

%D8%A7%D9%84%D8%A5%D8%AD%D8%B5%D8%A7%D8%A1%D8%A7%D8%AA_%D8%A7%D9%84%D8%AD%D9%8A%D9%88%D9%8A%D8%A9%D8%A7%D9%84%D8%B2%D9%88%D8%A7%D8%A_C_%D9%88%D8%A7%D9%84%D8%B7%D9%84%D8%A7%D9%82_2020

(٢) حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي: الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣، ص ٢٠-٢٢.

الزواج^(١) ضوابط تميل إلى أحد أطراف العلاقة الزوجية، يعتد بها زمانياً من خلال تعيين الضابط الشخصي؛ كالجنسية أو الموطن، دون الاعتداد بالطرف الآخر إلا نادراً في ظرف اشتراك الجنسية، وهو ما يمكن أن نصفه بالنهج التمييزي؛ أي التمييز بين أطراف العلاقة وعدم المساواة؛ تمييزاً إيجابياً أو سلبياً^(٢). من هذا المنطلق يأتي التوجه الدولي بضرورة احترام المساواة بين الرجل والمرأة، وأكدت المادة الثانية من اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة – أن تتعهد الدول بتجسيد مبدأ المساواة في تشريعاتها واتخاذ ما يناسب من التدابير التشريعية لحظر التمييز ضد المرأة وضمان حمايتها عن طريق المحاكم^(٣). هذه التوصية جاءت بصيغة عامة تدعو الدول إلى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في تشريعاتها، ولأن موضوعات القانون الدولي الخاص، ومنها موضوع دراستنا، تعتبر قواعدا وطنية، فإن التوصية تمتد لتضمن استيفاءه. وبالنظر إلى موضوعات القانون الدولي الخاص فإنها تهدف – بشكل أساسي – الوصول إلى العدالة في تنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي؛ ومن ثم من الضرورة بحث مدى تجسيد مبدأ المساواة بين الجنسين في صياغة أحكامه.

(١) من نقاط التشابه أو الالتقاء بين قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي وجود الفكرة المسندة في صياغة النص، حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢٠.

(٢) إلهام عثمان محمد، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في الاتفاقيات الدولية وقوانين العمل والتشريعات الوطنية، مجلة العدل، س١٢، ع٣١٤، ٢٠١٠، ٣١٩-٣٤٠. ص٣٢٢-٣٢٣. خديجة عمير، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، دفاثر السياسة والقانون، ع١٩٤، ٢٠١٨، ٦٩٥-٧٠٨، ص٦٩٨. العيد موقفي ورابي لخضر، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في أحكام القانون الدولي والتشريع الداخلي، مجلة الاجتهاد القضائي، مج ١٢، ع ٢، ٦٨١-٦٩٦. ص ٦٨٤-٦٨٥.

(٣) اتفاقية القضاء على جميع أشكال التمييز ضد المرأة،

<https://www.ohchr.org/ar/instruments-mechanisms/instruments/convention-elimination-all-forms-discrimination-against-women>

أهمية الدراسة:

الزواج المختلط صورة تكشف عن تجاوز العلاقات الاجتماعية الحدود؛ وهو ما نشأت معه علاقة دولية خاصة، ينجم عنها مسائل ذات بعد دولي خاص. وعليه؛ من الممكن أن تتبع قواعد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي فكرياً يكرّس التمييز بين الطرفين ولا يحقق المساواة بينهما. ولأن القضاء في دعوى انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي يمارس ولايته وفق قواعد القانون الوطنية؛ لعدم وجود قضاء دولي ينظر الدعاوى ذات العنصر الأجنبي- فإن هذه القواعد ذات طبيعة مجردة تبنى على ضوابط محددة تربط النزاع بالمحكمة، ونجد بعض التشريعات ترأف بحال المرأة، وترجمت ذلك في صياغة قواعد الاختصاص المحكمة تحتوي على ضابط يخص المرأة ويميزها في دعوى انتهاء الزواج. وفي المقابل نجد أن صياغة قواعد الاختصاص التشريعي (قواعد الإسناد) التي تطبق على انتهاء الزواج تميل إلى الأخذ بالضابط الشخصي؛ كالجنسية، مفضلة جنسية أحد الطرفين على جنسية الآخر، وعلى وجه الخصوص جنسية الزوج، في افتراض غياب الجنسية المشتركة للطرفين. ومن ثم تأتي هذه الدراسة لتبين ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي بشأن انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي، وتقدم المقترحات بشأنها؛ بما يعزز المساواة بين الطرفين.

نطاق الدراسة:

تتخصر الدراسة في تسليط الضوء على قواعد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي (قاعدة الإسناد) في مسألة انتهاء الزواج القانوني؛ مستبعدين: (١) مسألة انتهاء الزواج الطبيعي بالوفاة. (٢) ما يترتب على موضوع الدراسة من آثار عائلية؛ كالحضانة مثلاً.

الدراسات السابقة:

أعدّ الدكتور حسام أسامة شعبان، دراسة تحت عنوان "المساواة بين الرجل والمرأة في إطار قواعد الإسناد المتعلقة بمسائل الطلاق والتطليق: دراسة مقارنة في إطار القانون الدولي الخاص البحريني ونظيره الأوروبي"، نشرت في مجلة القانونية، العدد ٦، ص ١٠٤-٧٧. وقد حاول فيها تأكيد حيادية قاعدة الإسناد عامة، وبيان مدى إسهام قاعدة الإسناد البحرينية في تحقيق المساواة بين الرجل والمرأة في مسائل الطلاق والتطليق مقارنة بالوضع المتبع في الاتفاقية الأوروبية روما ٣. ودراستنا هذه تختلف عن الدراسة السابقة في أنها أوسع نطاقاً؛ من حيث بيان مدى تحقق المساواة في ضوابط الاختصاص القضائي والتشريعي، فضلاً عن دراسة ذلك من واقع القانون الكويتي والاتفاقيات الأوروبية مع بيان للموقف القضائي.

المقصود بـ "انتهاء الزواج القانوني":

تتناول القوانين مصطلحات مختلفة في إشارتها إلى انتهاء الزواج، منها الطلاق والتطليق والفسخ والانفصال الجسماني، وتختلف هذه المصطلحات من حيث المعنى والآثار.

ولعل من المناسب أن نتوقف - بإيجاز - عند كل من هذه المصطلحات؛ فالطلاق لغة بالنسبة إلى النساء- على وجه العموم - له معنيان: التخلية والإرسال، أو حل عقدة النكاح^(١). والطلاق لدى المسلمين هو إنهاء العلاقة الزوجية بإرادة الزوج ولا يحتاج إلى تدخل أية سلطة رسمية ما لم يشترط القانون توثيق الطلاق وإثباته في محرر

(١) لسان العرب: ابن منظور ٦٠٦/٢.

رسمي^(١). وبهذا الصدد تنص المادة ٩٧ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي^(٢) على أن الطلاق هو حل عقدة الزواج الصحيح بإرادة الزوج، أو من يقوم مقامه، بلفظ مخصوص.

أما التطلاق؛ فيقصد به لغة تطلاق الزوجة؛ أي تحريرها من قيد الزواج، وإخراجها من عصمة الزوج^(٣). ويقصد به اصطلاحاً إنهاء الزواج من القاضي -أي القضاء- ولا يوقعه على الزوجة إلا إذا طلبت ذلك^(٤). وقد نظم المشرع الكويتي صور التطلاق، ومنها: لعدم الإنفاق، للإيلاء، للضرر، للغيبة أو الحبس^(٥). وتجزئ بعض القوانين إجراء التطلاق اتفاقاً أو رضاء^(٦).

أما فسخ الزواج؛ فهو لغة فسخ الشيء؛ أي نقضه^(٧)، ويقصد به اصطلاحاً نقضه وإزالة ما يترتب عليه من أحكام^(٨). وبهذا الصدد تنص المادة ٩٩ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي على أنه نقض العقد، عند عدم لزومه، أو حيث يمتنع بقاءه شرعاً، وهو لا ينقص عدد الطلاقات. وفسخ الزواج يترتب على تخلف شرط من شروط

(١) أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨، ص ٨٣٠. جمال الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩، ص ٢٠.

(٢) قانون رقم ٥١ لسنة ١٩٨٤ في شأن الأحوال الشخصية، (الكويت اليوم)، العدد ١٥٧٠، بتاريخ ١٩٨٤/٧/٢٣.

(٣) المعجم الغني.

(٤) أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١، ص ٤٩٣.

(٥) المواد من ١٢٠ - ١٣٨.

(٦) جمال الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥، ص ٣٠٦.

(٧) المعجم الوسيط.

(٨) أحمد الغندور، مرجع سابق، ص ٥٣٣.

انعقاد الزواج الصحيح أو لزمه أو أي شرط يوجب إنهاءه^(١). ومن حالات فسخ الزواج في قانون الأحوال الشخصية الكويتي: الفسخ للعيب، والفسخ لاختلاف الدين^(٢). ويتطلب فسخ الزواج استصدار حكم قضائي، وتعتبر الفترة السابقة على الحكم بالفسخ استمراراً في الزواج^(٣).

أما الانفصال الجسماني؛ فهو "نظام غربي، كما هو الحال في فرنسا وألمانيا وأمريكا، وهو لا ينهي حالة الزواج، بل يوقف بعض أحكامه"^(٤). ومن ثم؛ فهو مبادعة مادية بين الزوجين دون حل الرابطة الزوجية^(٥). ويعرّف بأنه "انقضاء جزئي للزواج، وصورته التفريق في المعيشة بين الزوجين وانفصال حياتهما المشتركة، دون أن يترتب على ذلك انقضاء رابطة الزوجية"^(٦). ويعرّفه آخرون بأنه "نظام يترتب عليه انقطاع المعيشة المشتركة بين الزوجين دون حل عقدة النكاح في الحال، ولكنه قد يكون سبباً للطلاق إذا استمر مدة معينة، تختلف من قانون إلى آخر"^(٧). ويقصد به أيضاً "وقف المعيشة المشتركة بين الزوجين وتعليق الالتزامات المتبادلة، مع بقاء الرابطة الزوجية

(١) جمال الكردي، مصير الطلاق، مرجع سابق، ص ٦٨.

(٢) المواد من ١٣٩ إلى ١٤٥.

(٣) جمال الكردي، مصير الطلاق مرجع سابق، ص ٦٨.

(٤) أحمد عبدالكريم سلامة، مرجع سابق، ص ٨٣١. صاحب الفتاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني: "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الإنسانية) المجلد ١٩ (٤)، ٢٠٠٥، ١٢٧٨-١٣٤٢، ص ١٢٨٩.

(٥) دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاثر السياسة والقانون، العدد الرابع/ جانفي ٢٠١١، ٢٣٦-٢٥٤. ص ٢٤٤.

(٦) محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع، ص ٣٢٠.

(٧) الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨، ص ١٧٨.

قائمة^(١). ومن ثم؛ فالانفصال الجسماني هو صورة من صور إنهاء الزواج حكماً باستصدار حكم قضائي أو بالتراضي المصدق عليه من القاضي، يتحلل خلاله الزوجان من الالتزام بالمعيشة المشتركة مدة معينة مع بقاء الرابطة الزوجية^(٢). وهو صورة لا ينظمها المشرع الكويتي ضمن قانون الأحوال الشخصية؛ باعتباره مفهوماً لا يعرفه النظام الإسلامي.

ومن ثم؛ يعدّ كل من الطلاق والتطليق طريقاً لانتهاه الزواج، في حين لا يؤدي الانفصال الجسماني إلى إنهاء الزواج؛ إذ يعود الزوجان إلى ما كانا عليه من قبل بعد انتهاء فترة التفريق الجسماني. ولا يفوتنا أن نذكر أن الطلاق يقع بالإرادة المنفردة للزوج، في حين يتطلب كل من التطليق والانفصال الجسماني رفع دعوى أمام القضاء ليصدر حكم قضائي يقضي بانتهاء الزواج، وفي بعض القوانين الأجنبية يقع كل من التطليق والانفصال قضاءً أو اتفاقاً.

أسئلة الدراسة:

على الرغم من الجهود المبذولة من مشرعي الدول للوصول إلى العدالة في وضع قواعد للاختصاص القضائي والتشريعي، تطبق على مسألة انتهاء الزواج فإن ضوابطها لا ترسخ - أحياناً - المساواة بين طرفي العلاقة الزوجية. وبهذا الصدد يثار سؤال جوهري، مفاده: إلى أي مدى كفل المشرع الكويتي في نصوصه القانونية لضوابط الاختصاصين القضائي والتشريعي والمشرع الأوروبي في اتفاقياته محل هذه الدراسة.

(١) نصيرة تواتي، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية، يومي ٢٣ و٢٤ أبريل ٢٠١٤، ص ١٦١.

(٢) جمال الكردي، تنازع القوانين، مرجع سابق، ص ٣٠٧.

حق المساواة بين الزوج والزوجة في مسألة انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي؟ ويتفرع عن هذا السؤال الأسئلة الآتية:

- ما أسس اختصاص المحكمة في مسألة انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي؟
- هل من ضوابط لاختصاص المحكمة في مسألة انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي إذا ما كان المدعي أحد الزوجين (الزوجة أو الزوج) من مواطني دولة القاضي أو أجنبياً مقيماً فيها؟
- ما القانون الواجب التطبيق على انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي؟
- هل راعى المشرع المساواة بين الزوج والزوجة عند تحديد ضوابط الاختصاص التشريعي في مسألة انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي؟

منهجية الدراسة:

يُتبع في هذه الدراسة المنهج الوصفي التحليلي، المستند إلى المقارنة؛ للوصول إلى نتائج، تسهم في تطوير قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي في مسألة انتهاء الزواج بما يتلاءم مع التطورات الدولية التي تنادي بالمساواة بين المرأة والرجل في صياغة القوانين، وتجنب التمييز بينهما من واقع قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي في مسألة انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي.

وعليه؛ نقسم الدراسة إلى مبحثين:

المبحث الأول: تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ضوابط الاختصاص القضائي في دعاوى انتهاء الزواج.

المبحث الثاني: تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ضوابط الاختصاص التشريعي بشأن انتهاء الزواج.

المبحث الأول

تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ضوابط الاختصاص القضائي في دعاوى انتهاء الزواج

تعتبر قواعد الاختصاص القضائي في دعوى ذات عنصر أجنبي - اختصاص المحكمة- قواعد وطنية، تصدر عن المشرع الوطني لبيين من خلالها ولاية السلطة القضائية التابعة له في نظر هذه الدعوى^(١). وقد استقر القول على أنها قواعد مفردة الجانب^(٢)، تهدف إلى ضمان حق الفرد في اللجوء إلى القضاء وتمكينه من حماية حقه من أي انتهاك بشكل عام، وفي دعوى انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي تكون أكثر إلحاحاً. والسؤال الذي يثار هو: هل كفلت صياغة ضوابط الاختصاص القضائي المساواة بين الرجل والمرأة، ولا سيما في دعوى انتهاء الزواج؟ ولتعدد ضوابط الاختصاص وبناء بعضه على ضابط شخصي (شخص المدعى عليه) وبعضه الآخر على ضابط موضوعي (موضوع الدعوى)، وأخيراً ضابط يتعلق لظروف تتصل بالمدعي؛ فقد أثرنا أن نخصص هذا المبحث لضوابط الاختصاص القضائي التي تتصل مباشرة بدعوى انتهاء الزواج، التي تندرج ضمن ضابط يتعلق لظروف المدعي. ومن ثم؛ نجعل المبحث في مطلبين، نتناول في المطلب الأول تكريس مبدأ المساواة من واقع ضوابط اختصاص المحكمة الكويتية في دعوى انتهاء الزواج، في حين نتناول في المطلب الثاني تكريس مبدأ المساواة من واقع ضوابط اختصاص المحكمة وفق نظام بروكسل ٢ مكرر الأوروبي في دعوى انتهاء الزواج.

(١) أحمد السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي، دون ناشر، الطبعة الرابعة، 2017، ص ٢٩٨.

(٢) حفيظة السيد الحداد، مرجع سابق، ص ٢٤.

المطلب الأول

تكريس مبدأ المساواة من واقع اختصاص المحكمة الكويتية
في دعوى انتهاء الزواج

تنص المواد ٢٣-٢٨ من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي على قواعد الاختصاص القضائي الدولي^(١)، وتتنوع ضوابط الاختصاص بين ضابط شخصي قائم على المدعى عليه^(٢)، وضابط موضوعي^(٣)، وضابط يتعلق بالمدعي^(٤)، وضوابط تتصل بالعدالة^(٥). ولتنوع ضوابط الاختصاص نرى من المهم تناول مدى كفاية الحالة الواردة في المادة ٢٤ لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دعاوى انتهاء الزواج كضابط للاختصاص يتعلق بالمدعي. وجاء المشرع في الضابط المتعلق بالمدعي؛ ليسهل اختصاص المحكمة إذا كان المدعي في دعوى انتهاء الزواج هو المرأة، كما سيأتي شرحه.

تنص المادة ٢٤، البند (د) بشأن دعوى انتهاء الزواج على الآتي: "تختص المحاكم الكويتية بنظر الدعاوى التي ترفع على الأجنبي الذي ليس له موطن أو محل إقامة في الكويت، وذلك في الأحوال الآتية: ... -د- إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ

(١) مرسوم بالقانون رقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠ بإصدار قانون المرافعات المدنية والتجارية.

(٢) المدعى عليه الوارد في المادة ٢٣ لفظ عام يطبق على المرأة أو الرجل.

(٣) المادتان ٢٤ و ٢٥ تتعلقان بموضوع النزاع وصلته بإقليم الدولة دون تمييز بين الجنس.

(٤) بعض بنود المادة ٢٤.

(٥) لمزيد من الشرح انظر أحمد السمدان، مرجع سابق، ص ٣٢٩-٣٦٥. صباح اليوسف و محمد الجارالله و فاطمة الحويل و بشائر الغانم وحسن الرشيد، القانون الدولي الخاص، دار العلم، الطبعة الثانية، ٢٠٢٣. ص ٣٩-١٠٨.

الزواج أو التطلق 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 التطلق أو الانفصال، أو كان قد أبعده من الكويت". يبدو من هذا النص أنه يضم حالتين لاختصاص المحكمة، وهو ما سنشرحه بشكل مستقل، ويؤكد الفقه الكويتي أن هذا البند يجمع بين الضابط الشخصي لتعلق الدعوى بظروف المدعي من جهة، والضابط الموضوعي؛ إذ إن موضوع الدعوى هو عامل الاختصاص من جهة أخرى^(١).

الحالة الأولى: دعوى مرفوعة من زوجة فقدت جنسيتها الكويتية:

ينبغي اختصاص المحكمة وفق الحالة الأولى الواردة في المادة ٢٤، البند (د) على أنه "إذا كانت الدعوى متعلقة بطلب فسخ الزواج أو التطلق أو الانفصال، وكانت مرفوعة من الزوجة التي فقدت الجنسية الكويتية بالزواج متى كان لها موطن في الكويت". ووفق هذا البند؛ يشترط، لكي تختص المحكمة الكويتية، توافر ما يأتي:

الشرط الأول: أن دعوى انتهاء الزواج "مرفوعة من زوجة" أمام القضاء الكويتي؛ وهو ما يعني أن الزوجة هي المدعية. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع لم يستخدم لفظ المرأة عامة، بل خصه بلفظ "الزوجة"؛ ومن ثم يخرج عن النص كل من الدعوى المرفوعة من المدعية الأرملة أو المطلقة؛ والسبب أن الأرملة هي المرأة التي توفي زوجها ومعه يكون الزواج قد انتهى انتهاء طبيعياً، والمطلقة هي المرأة التي انتهت رابطة الزوجية من زوجها وتصبح أجنبية عنه.

(١) أحمد السمدان، مرجع سابق، ص ٣٤٧.

كما أن المشرع عبّر عن المدعية بألفاظ دقيقة، وهي: "الزوجة التي فقدت الجنسية الكويتية بالزواج". والسؤال الذي يثار هنا هو: متى تفقد المرأة جنسيتها الكويتية بالزواج؟

تنظم المادة ١٠ من المرسوم الأميري رقم ١٥ لسنة ١٩٥٩^(١) بشأن الجنسية الكويتية مسألة فقد المرأة الكويتية جنسيتها الكويتية بالزواج من أجنبي، وقد عدل المرسوم لمرّة واحدة بموجب المرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠^(٢)؛ إذ كانت المادة ١٠ قبل التعديل (الملغاة حالياً) تبين أن "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي تدخل في جنسية زوجها إذا كان قانون هذا الزوج يقضي بذلك، وإلا لها أن تحتفظ بجنسيتها الكويتية في خلال سنة من تاريخ الزواج". وهذا يعني أن المرأة الكويتية "التي تتزوج من أجنبي تفقد جنسيتها الكويتية، سواء أدخلها قانون جنسية زوجها في جنسيته أم لم يفعل. وذلك أنه إذا أدخلها قانون جنسية زوجها في جنسيته تفقد جنسيتها الكويتية من تاريخ إدخالها في جنسية زوجها وفقاً لقانون جنسية الزوج، حتى لو أرادت الاحتفاظ بجنسيتها الكويتية. أما إذا لم يدخلها قانون جنسية زوجها في جنسيته؛ فإنها تفقد الجنسية الكويتية أيضاً بمضي سنة من تاريخ زواجها وعدم إعلانها اختيارها الاحتفاظ بجنسيتها الكويتية"^(٣)؛ إذ إن القانون - آنذاك - كان يأخذ بمبدأ وحدة الجنسية في العائلة^(٤)؛ ومن

(١) تنص المادة ١٠ (الملغاة) من المرسوم بقانون ١٥ لسنة ١٩٥٩ على ما يأتي: "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي تدخل في جنسية زوجها إذا كان قانون هذا الزوج يقضي بذلك، وإلا جاز لها أن تحتفظ بجنسيتها الكويتية في خلال سنة من تاريخ الزواج".

(٢) تنص المادة ١٠ بموجب التعديل القانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ على ما يأتي: "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي لا تفقد جنسيتها الكويتية إلا إذا دخلت في جنسية زوجها بناء على طلبها".

(٣) صباح اليوسف، فاطمة الحويل، محمد الجارالله، الجنسية في القانون الكويتي، دار العلم، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠، ص ٨٩.

(٤) صباح اليوسف، فاطمة الحويل، أثر اختيار الأولاد القصر للمتجنس لجنسيتهم السابقة وفقاً للمادة ٧ من قانون الجنسية الكويتي، المجلة الدولية للقانون، المجلد الثاني عشر، العدد المنتظم الثاني، ٢٠٢٣، ١٤١-١٧٣، ص ١٥٣.

ثم، فإن الكويتية التي كانت تتزوج من أجنبي تفقد جنسيتها الكويتية بقوة القانون كأثر مباشر للزواج.

غير أن المشرع الكويتي عدل عن هذا الاتجاه، وجاء تعديل المادة ١٠ بموجب المرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠؛ لتكون مغايرة من حيث شروطها وأثارها، وتصبح على النحو الآتي: "المرأة الكويتية التي تتزوج من أجنبي لا تفقد جنسيتها الكويتية إلا إذا دخلت في جنسية زوجها بناء على طلبها". وعليه، لا تفقد الكويتية جنسيتها بزواجها من أجنبي مالم تعبر عن رغبتها الصريحة في الدخول في جنسية زوجها وتدخل فعلياً في هذه الجنسية باختيار وإرادة منها. وبمفهوم المخالفة، إذا تزوجت الكويتية بأجنبي ولم تتجنس بجنسية زوجها أو أدخلها قانون جنسية زوجها بقوة القانون بجنسيته دون رغبة منها، فإنها تبقى محتفظة بجنسيتها الكويتية ولا تفقدها. وأمام هذا التعديل يمكننا القول: إن واقعة زواج المرأة الكويتية بزواج أجنبي- منذ تعديل عام ١٩٨٠- لا يفقدها جنسيتها الكويتية، وليس للزواج أثر مباشر لفقد الجنسية، وهو ما يترتب عليه ملاحظتان:

الملاحظة الأولى: أن الشرط الذي تطلبه المشرع الكويتي في المادة ٢٤ بند (د) بشأن اختصاص المحكمة في دعوى انتهاء الزواج لا يمكن إعماله ما لم تكن المدعية رافعة الدعوى كويتية تزوجت من أجنبي وفقدت جنسيتها الكويتية كأثر مباشر لزواجها منه في ظل سريان نص المادة ١٠ الملغى من قانون الجنسية؛ أي (قبل التعديل).

الملاحظة الثانية: تعاقب صدور القوانين؛ ونعني بذلك أن المادة ٢٤ بند (د) من قانون المرافعات الكويتي الذي صدر برقم ٣٨ لسنة ١٩٨٠، جاءت لتضع اختصاصاً للمحكمة، يتفق مع أحكام قانون الجنسية الساري وقت صدوره آنذاك، وفي العام نفسه وفي وقت لاحق عدلت بعض نصوص قانون الجنسية الكويتية، ومنها نص المادة ١٠

بالمرسوم بالقانون رقم ١٠٠ لسنة ١٩٨٠ بشأن فقد المرأة الكويتية لجنسيتها بزواجها من أجنبي ليتغير الوضع من فقد بالزواج إلى فقد بالتغيير الإرادي. ونعتقد أن المشرع لم ينتبه إلى ضرورة إعادة صياغة المادة ٢٤ بند (د) من قانون المرافعات لينسجم اختصاص المحكمة مع تعديل أحكام قانون الجنسية.

الشرط الثاني: أن يكون موضوع الدعوى طلب فسخ عقد الزواج أو التطليق أو الانفصال. ولهذا يبدو أن نطاق أعمال هذا البند محدد لفظاً ببعض فرق انتهاء الزواج، وهذا يجزئنا إلى أن نلاحظ أن دعوى طلب بطلان الزواج لا تندرج ضمن الدعوى التي حددتها المادة ٢٤ بند (د)، والسبب أن الزواج الباطل يعني أنه حصل خلل في ركن من أركانه، أو في أهلية عاقده، أو فقد شرطاً من شروط انعقاده، ويعتبر وجوده كعدمه؛ ومن ثم يلزم للزوجين أن يفترقا في الحال، فإن لم يفعلا وجب على كل من يعلم بأمرهما أن يرفع الأمر للقاضي ليفرق بينهما^(١). فإذا رفعت دعوى لطلب بطلان الزواج استناداً إلى هذه الحالة فسيكون حرياً برفض الاختصاص.

الشرط الثالث: أن يكون للمدعية موطن في الكويت. وقد عبر عنه د. السمدان بأن الموطن يتوافر "إما بكونها لم تغادر الكويت أصلاً وعندها نية الاستقرار فيها وإما بمجرد رجوعها للعيش بين أهلها بنية الإقامة الدائمة في الكويت"^(٢). وهذا التفسير - مع وجاهته واتفاقي معه - أرى أنه مقابل للنص المصري في المادة ٣٠ من قانون المرافعات المصري، ويتفق مع الفقه المصري في أن غرض الاختصاص هو مراعاة حالة الزوجة المدعية وتمكينها من استرداد جنسيتها المصرية؛ استناداً إلى أن وجود موطن للزوجة في

(١) أحمد الغندور، المرجع السابق، ص ١٠١.

(٢) أحمد السمدان، مرجع سابق، ص ٣٤٨.

الدولة بعد انحلال الرابطة الزوجية يشكل عنصراً مهماً في استرداد الجنسية^(١). ويرى الفقه المصري أن مجرد الإقامة في الدولة ليس كافياً، وأن تشدد المشرع بتطلبه الموطن يفيد بالرابطة المادية بين المدعية والدولة^(٢). ونعتقد أن الوضع مختلف في دولة الكويت؛ إذ إن المشرع الكويتي يستلزم في كل من المادة ١١ والمادة ١٢ من قانون الجنسية الكويتية بشأن العودة إلى الجنسية الإقامة في الكويت وليس الموطن^(٣). بالإضافة إلى أن المشرع الكويتي منذ عام ١٩٨٠ ألغى حالة استرداد الجنسية بانتهاج الزوجية الوارد في نص المادة ١٢ ليطبق النص على المرأة عامة دون تخصيص لوضع معين^(٤).

الشرط الرابع: أن الزوج (المدعى عليه) أجنبي، وليس له موطن أو محل إقامة في دولة الكويت. ويظهر من النص أن المشرع راعى الزوجة كي لا تتحمل مشقة ملاحقة الزوج ومقاضاته أمام القضاء الأجنبي.

ومن الملاحظات التي نود أن نسوقها بشأن هذه الحالة ما يأتي:

- ينحصر اختصاص المحكمة الكويتية في بعض فرق انتهاء الزواج القضائي فقط وليس اتفاقياً.
- يبني اختصاص المحكمة الكويتية على أن يكون المدعي هو "الزوجة" وليس "الزوج"، وهو تمييز إيجابي ليحمي الزوجة المدعية باعتبارها الطرف الضعيف.

(١) هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ١٤٩.
 (٢) هشام صادق وعكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧، ص ٨٤.
 (٣) بشائر الغانم، وبدر المسكري، تأملات في "بعض" أحكام العودة إلى الجنسية: دراسة مقارنة، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، مجلد ٤٩، العدد ١٩١، ٢٠٢٣.
 (٤) بشائر الغانم، وبدر المسكري، مرجع سابق.

- اختصاص المحكمة القائم على ضابط المدعي، "وهو الزوجة التي فقدت جنسيتها الكويتية بالزواج" - يراد به متى كان الزواج بزواج أجنبي له أثر مباشر في فقد الجنسية الكويتية، وليس مراد النص واقعة تقديمها طلب التجنس بجنسية زوجها الأجنبي بإرادة منها (التغيير الإرادي) أو متى كانت زوجه لكويتي إلا أنه بعد الزواج تجنس بجنسية جديدة وتجنست بإرادة واختيار بجنسيته.
- اختصاص المحكمة الكويتية القائم على ضابط المدعي "وهو الزوجة التي فقدت جنسيتها الكويتية بالزواج" يعتبر سبباً محدداً وواضحاً ولا ينطبق على الحالة التي تفقد فيها الكويتية جنسيتها الكويتية؛ تطبيقاً لحالات السحب أو الإسقاط أو بقوة القانون.
- وأخيراً، ينظر المشرع دائماً للرجل على أنه رب الأسرة وله الحق بالطلاق، لكن في ظروف معينة له حق رفع دعوى لإنهاء الزواج قضائياً؛ فلماذا يحرم من التمتع بضابط الاختصاص؟ ليكون إذا كان المدعي كويتيً وفقد جنسيته لأحد أسباب الفقد الواردة في قانون الجنسية، مما يضمن المساواة وتحقيق العدالة.

الحالة الثانية: دعوى مرفوعة من زوجة أجنبية:

إضافة إلى ذلك، يظهر جلياً من نص المادة ٢٤ البند (د) تضمنها حالة أخرى للاختصاص، وهي متى 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 التطلق أو الانفصال، أو كان قد أبعده من الكويت"؛ ومن ثم يشترط؛ لكي تختص المحكمة الكويتية وفق هذا البند، توافر ما يأتي:

الشرط الأول: أن تكون المدعية رافعة الدعوى هي الزوجة، ومفاد هذا الشرط وجوب أن تكون المدعية زوجة وليس أرملة أو مطلقة. ولعل البند (د) يتطلب أن تكون

الزوجة أجنبية، ويتحقق ذلك إذا كانت أجنبية تحمل جنسية دولة أجنبية، أو أجنبية لا تحمل جنسية دولة ما، أو كانت كويتية إلا أنها فقدت جنسيتها الكويتية لأي سبب من أسباب فقد الجنسية الكويتية، ليس من بينها الفقد بالزواج، الذي سبق شرحه ضمن حديثنا في الحالة الأولى السابقة.

الشرط الثاني: أن يكون نطاق الدعوى مسألة فسخ الزواج أو التطلاق أو الانفصال، ونحيل ذلك على ما سبق ذكره؛ منعاً للتكرار.

الشرط الثالث: أن يكون للمدعية الزوجة موطن^(١) في الكويت، وهذا الشرط يجب أن تكون الزوجة مستوفية له عند رفع الدعوى؛ ومن ثم لا يكفي الإقامة في الكويت^(٢).

الشرط الرابع: أن ترفع الدعوى على زوجها الأجنبي الذي كان له موطن في الكويت. والبين من صياغة البند أن المشرع يشمل نوعين من أنواع فقد الزوج لموطنه في الكويت، وهما:

النوع الأول: إن شطر البند "على زوجها الذي كان له موطن فيها متى كان الزوج قد هجر زوجته وجعل موطنه في الخارج بعد قيام سبب الفسخ أو التطلاق أو الانفصال" يعبر عن الفقد الاختياري للموطن، ويراد به اكتساب الشخص موطناً جديداً غير الذي كان يستقر فيه^(٣)؛ أي أن زوج الأجنبية المدعية أجنبي لا موطن ولا إقامة له في الكويت وقت رفع الدعوى عليه، وهجر زوجته وتوطن في الخارج بعد قيام سبب

(١) صباح اليوسف وآخرون، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٧٩.

(٢) عوض الله شبيبة، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الثالثة، ٢٠١٧، ص ٤٢٢.

(٣) أحمد قسمت الجداوي وآخرون، القانون الدولي الخاص (الجنسية والموطن ومركز الأجانب)، حقوق عين شمس، الجزء الأول، ٢٠٠٥، ص ٦٦.

انتهاء الزواج. والسؤال الذي يطرح هو: كيف يتحقق الفقد الاختياري للموطن؟ يرى الفقه أن الفقد الاختياري يقوم على أربعة مقومات أساسية، هي: أولاً- الإقامة في الموطن الجديد. ثانياً- نية الاستقرار في الموطن الجديد. ثالثاً- اكتمال أهلية المتوطن. رابعاً- إقرار قانون الموطن للفقد.^(١) ونعتقد أنه من الصعب استيفاء المقومات الأربعة في حالتين، الأولى: إذا أنهى الزوج موطنه في الكويت وبدأ بالتجوال حول العالم للاستكشاف، وهنا يصعب تحديد موطنه في الخارج. والثانية: إذا أنهى الزوج موطنه في الكويت وأقام في دولة ما دون أن تكون له نية التوطن فيها؛ أي نية الاستقرار.

النوع الثاني: وهو ما جاء في عبارة "أو كان قد أبعده من الكويت"، ويراد بذلك الفقد غير الإرادي لموطنه؛ أي الفقد الذي لا يكون لإرادة المتوطن دخل فيه، ويتحقق دون إرادة الشخص ورغماً عنه^(٢). والإبعاد لا يتصور أن يطبق إلا على الأجانب الذين لهم موطن في الكويت؛ وبناء على قوانين دولة الكويت؛ فإن الإبعاد إما أن يكون إدارياً وإما أن يكون قضائياً.

وتجدر الإشارة إلى وجود فرضيات تخرج عن حدود النص، ولا تختص فيها المحكمة، ومن ذلك: الموطن المشترك للزوجين في الخارج بعد قيام سبب النزاع والفسخ أو التطلق أو الانفصال في الكويت، وكذلك موطن الزوجة في الكويت وموطن الزوج الاختياري في الخارج وسبب النزاع ثار في أثناء اختلاف موطنهما.

(١) أحمد قسمت الجداوي وآخرون، المرجع السابق، ص ٦٨-٧٠، ويقصد بالشرط الأخير أن دولة الموطن تقضي وفق قانونها أن إقامة الشخص في دولة ما يعتبر فقداً لإقامته فيها؛ فإذا كان قانونها يعتبر أن إقامته في دولة أخرى ليس من شأنه فقد الإقامة فيها، فإن الشخص يحتفظ بإقامته فيها وإن أقام في الخارج.

(٢) أحمد قسمت الجداوي وآخرون، المرجع السابق، ص ٧١.

ومن ثم؛ فإن التحقق من توافر توطن الزوج الأجنبي السابق في الكويت يخضع للمحكمة، وقد قضت محكمة التمييز الكويتية باختصاص المحكمة في دعوى تطبيق رفعتها زوجة أمريكية لها موطن في الكويت على زوجها الأمريكي؛ استناداً إلى الفقرة (د) من المادة ٢٤، وأكدت المحكمة أن "التحقق من الموطن من إطلاقات محكمة الموضوع متى أقامت قضاها على أسباب سائغة، لها أصلها الثابت بالأوراق"^(١).

ولعل من المناسب أن نشير إلى ملاحظتنا على النص بشأن تنظيم الحالة الثانية، وهي تتمثل فيما يأتي:

- أن المشرع قدر ظروف المرأة الأجنبية الزوجة المدعية، وهو تمييز إيجابي؛ كونها الطرف الضعيف في العلاقة؛ لتكون هي معياراً في انعقاد الاختصاص، وهذا يجرنا إلى القول: إن اختصاص المحكمة الكويتية ينبنى إذا كان المدعي "الزوجة" وليس "الزوج".

- المرأة الأجنبية هي كل امرأة لا تحمل الجنسية الكويتية، ومن الممكن أن تكون كويتية الجنسية سابقاً، إلا أن فقدانها للجنسية كان لسبب السحب أو الإسقاط أو لأي سبب آخر غير فقد الجنسية بالزواج.

- تشدد المشرع الكويتي في طلب أن يكون للزوج الأجنبي موطن في الخارج؛ وهو ما يعني أن الإقامة كعنصر مادي دون أن يتحد بالعنصر المعنوي - وهو نية الاستقرار - لا يمكن اعتبار وجوده في الخارج موطناً.

(١) طعن رقم ١٦٨ / ٢٠٠٤، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١٣ / ١٢ / ٢٠٠٤.

- فكرة التمييز الإيجابي متبعة قانوناً؛ كون المساواة المطلقة صعباً تحقيقها إلا أن من الممكن تحقيق مساواة لو أعاد المشرع النظر في الحالة ومنح الرجل المدعي أسوة بالمرأة المدعية حق اللجوء إلى القضاء؛ استناداً إلى هذه الحالة؛ لأن دعوى إنهاء الزواج تعني وجود طرف متضرر، وهو متحقق في المرأة أو الرجل، ولكل حالة ظروفها.

المطلب الثاني

تكريس مبدأ المساواة من واقع اختصاص المحكمة وفق نظام بروكسل ٢ مكرر بشأن دعوى انتهاء الزواج

سعى الاتحاد الأوروبي إلى بلوغ طموحه في التوحيد القانوني بين الدول الأوروبية؛ ليشمل ضمن ذلك مسألة الأحوال الشخصية والقانون الدولي الخاص، وما يرتبط بهذا المبحث هو نظام بروكسل بشأن الاختصاص القضائي والاعتراف وتنفيذ الأحكام في مسائل الممتلكات الزوجية ومسؤولية الآباء عن الأبناء، الذي عدل مرتين^(١). في عام ١٩٩٨، بدأت المحاولة بإصدار نظام أوروبي موحد، وعنوانه باللغة الإنجليزية Brussels Convention of 28 May 1998 on Jurisdiction and the Recognition and Enforcement of Judgments in Matrimonial Matters ولم يدخل حيز التنفيذ^(٢). وفي عام ٢٠٠٠، أيرم نظام بروكسل ٢، وعنوانه باللغة الإنجليزية Council Regulation (EC) No 1347/2000 of 29 May 2000 on

(١) موقع قاعدة بيانات التشريعات الأوروبية - <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?uri=celex%3A32003R2201>

(2) Alegria Borra, Brussels II, <https://eu.vlex.com/vid/brussels-ii-454846>

jurisdiction and recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and in matters parental responsibility for children of both spouses (Brussels II) ونفذت أحكامه لفترة وجيزة. وفي عام ٢٠٠٣، ألغي النظام السابق بمجرد دخول النظام الجديد المعروف اختصاراً بنظام بروكسل ٢ مكرر، وعنوانه باللغة الإنجليزية، Council Regulation (EC) No 2201/2003 of 27 November 2003 concerning jurisdiction and the recognition and enforcement of judgments in matrimonial matters and matters of parental responsibility (Brussels II bis). ولعل من المناسب أن نتطرق لبعض أحكام نظام بروكسل ٢ مكرر، ونشير إليه في بعض الأحيان اختصاراً بلفظ النظام.

ينظم نظام بروكسل ٢ مكرر، أولاً: الاختصاص القضائي، وثانياً: الاعتراف وتنفيذ الأحكام في نطاق موضوع matrimonial matters؛ أي المسائل الزوجية، التي تشمل كلاً من انتهاء الزواج، والملكية الزوجية، وموضوع parental matter؛ أي المسؤولية الأبوية؛ كالحضانة. ولأجل ذلك، وانسجاماً مع إشكالية الدراسة نخصص هذا المطلب لقواعد الاختصاص القضائي بشأن انتهاء الزواج، الواردة في نظام بروكسل ٢ مكرر، وبحث مدى كفاءة ضوابط الاختصاص لمبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في دعاوى انتهاء الزواج. وانتهاء الزواج الذي يخضع لنظام بروكسل ٢ يكون بالصور الآتية: "التطليق divorce، والانفصال legal separation، وبطلان الزواج marriage annulment^(١)."

(١) تنص المادة ٣ (١).

"1. In matters relating to divorce, legal separation or marriage annulment, jurisdiction shall lie with the courts of the Member State"

وتنظم المادة ٣(١) من النظام ضابط الاختصاص العام في دعوى انتهاء الزواج لمحكمة الدولة العضو، وتضم ضابطين أساسيين، هما: (أ) الإقامة العادية habitual residence و(ب) الجنسية Nationality، وكلا الضابطين يعد ضابطاً شخصياً وسيرد شرحهما على النحو التالي.

الحالة الأولى: ضابط اختصاص المحكمة المبني على الإقامة:

تقضي المادة ٣(١)، البند (أ) بأن ستة بنود تشترك في تطلب ضابط الإقامة العادية في الدولة التي تقام فيها الدعوى، إلا أن هذه البنود تختلف في مداها ومعناها، وهو ما سنتطرق له تباعاً. وعلى ذلك؛ تختص محكمة الدولة العضو في دعوى انتهاء الزواج بموجب المادة ٣(١)، البند (أ) من النظام بما يأتي:

- إقامة الزوجين العادية في دولة المحكمة؛ أي الدولة التي تقام فيها الدعوى؛ وهو ما يعني أن اختصاص محكمة الدولة العضو تنعقد متى كان للزوجين إقامة مشتركة في هذه الدولة.
- لأن ظروف الإقامة قد تتغير ولا تتحقق الإقامة المشتركة للزوجين في دولة واحدة، فإنه تجنباً لما قد يثار في هذا الفرض في الواقع العملي جاء النظام ليقرر اختصاص محكمة الدولة التي ترفع فيها الدعوى إذا كانت آخر دولة لإقامة الزوجين فيها إقامة عادية ومازال أحدهما يقيم فيها. وعليه؛ يفترض الآتي: أن للزوجين إقامة مشتركة في الدولة إلا أن أحدهما استمر في الإقامة فيها، في حين غادرها الآخر ليقيم في دولة أخرى. ونعتقد أن لفظ دولة أخرى أتى عاماً، ومن الممكن أن ينصرف ليعبر عن دولة عضو أو غير عضو.
- قرر النظام ظرفاً آخر لانعقاد الاختصاص للمحكمة التي ترفع فيها الدعوى، وهو إذا كان للمدعى عليه إقامة عادية فيها. ويتبنى هذا البند المبدأ الأصولي في

التقاضي، وهو أن المدعي يسعى لمحكمة المدعى عليه. وهنا يمكن أن نقول: إن هذا البند يجعل من محكمة الدولة التي يوجد للمدعى عليه إقامة فيها، وهو الشخص المرفوع ضده الدعوى، محكمة مختصة لنظر الدعوى.

- أو تختص المحكمة بنظر دعوى إنهاء الزواج إذا تقدم بالطلب الزوجان معاً Joint Application، متى كان لأحدهما إقامة في الدولة التي ترفع فيها الدعوى. بناء على هذا الفرض لا يشترط الإقامة المشتركة للزوجين بل يكفي بأن التقدم بطلب إنهاء الزواج كان مشتركاً وإقامة أحدهما في الدولة التي ترفع فيها الدعوى.

- أو تختص المحكمة متى كان لمقدم طلب إنهاء الزواج إقامة عادية في هذه الدولة، على الأقل سنة سابقة على تقديم طلب إنهاء الزواج. وهنا يكون مقدم الطلب هو المدعي ولا يشترط إقامة المدعى عليه في دولة القاضي؛ مما يعني أنه لا يشترط صلة المدعى عليه بالدولة التي تقام فيها الدعوى؛ ومن ثم رفض هذا الفرض فترة إعداد مسودة النظام^(١)؛ وتجنباً لذلك تم إيراد شرط يضيق من تطبيقه، وهو أن يكون لمقدم الطلب -المدعي- إقامة خلال مدة زمنية معينة، كتلك الواردة في النص المعمول به الآن.

- أو تختص المحكمة إذا كان للطالب إقامة عادية في إقليم دولة المحكمة -سواء الزوج أو الزوجة- شريطة أن تكون هذه الإقامة ستة أشهر -على الأقل- سابقة على تقديم الطلب، وكان من مواطني دولة المحكمة التي تقام فيها الدعوى، وإذا ما كانت الدعوى مرفوعة في المملكة المتحدة، فإنه يجب أن يكون للطالب موطن فيها.

(1) Vesna Lazić et al, Regulation Brussels IIBis Guide for Application, July 2018, p 53.

<https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>

وتفترض هذه الحالة أنه إذا رفعت الدعوى لدى محكمة في أي دولة أوروبية عضو في النظام غير المملكة المتحدة، فإن الطالب يجب أن يقيم إقامة عادية فيها، وهذه الإقامة يجب أن تستوفي شرط المدة، وهي ستة أشهر سابقة على تقديم الطلب، وأن يكون من مواطني دولة المحكمة التي ترفع فيها الدعوى. أما إذا رفعت الدعوى أمام محاكم المملكة المتحدة، فإن الطالب يجب أن يكون له موطن فيها وأن يكون من مواطني دولة المحكمة التي ترفع فيها الدعوى.

وهنا يثار السؤال الآتي: هل تعدد ضوابط الاختصاص الواردة في نص المادة

٣ بشأن الإقامة يدعو للاعتقاد بأولوية تطبيقها فيما بينها؟

وفق الوارد في النظام، فإن ضوابط الاختصاص تكون على قدم المساواة، وأن بنود الاختصاص القضائي الستة صيغت بشكل تخييري، ويستدل على ذلك من استخدام "أو" بعد كل بند للاختصاص وباللغة الإنجليزية "or". وتجدر الإشارة إلى أن لهذا الرأي تطبيقات قضائية؛ فقد أكدت محكمة العدل الأوروبية في قضية تتلخص وقائعها في أن زوجين رومانيين الجنسية، تزوجا وأنجبا ابنتهما في رومانيا، ثم انتقلا للإقامة في إيطاليا. تساءلت المحكمة الإيطالية المحيلة أن رفع الزوجة الدعوى أمام المحكمة الإيطالية، وهي محكمة الإقامة المشتركة للزوجين، في ظل وجود محكمة أخرى مختصة، وهي المحكمة الرومانية، يجعلها مختصة ضمناً بسبب غياب موافقة الزوج. وردت محكمة العدل الأوروبية أن ضوابط الاختصاص المنصوص عليها في النظام تدعو إلى التعايش بين عدة محاكم ذات اختصاص قضائي دون أي تسلسل للأولوية بينها^(١). ونتيجة لذلك يمكن

(1) Case C-759/18, OF v PG, 3 October 2019, para 28.

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?jsessionid=26A3C5AA79CE33CF101D742A75D25292?text=&docid=219211&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=4675691>

إقامة الدعوى أمام محكمة الدولة العضو من الجنسية المشتركة للزوجين، على الرغم من أن إقامتهما المعتادة في دولة عضو أخرى؛ ومن ثم، فإن لهذه المحكمة اختصاصاً وفق المادة ٣ ولا يوجد أي مكنة قانونية لاعتراض المدعى عليه.

ومن ثم يثار هنا سؤال، مفاده: هل يمكن لمن يقيم في دولة عضو أن يرفع دعواه بشأن انتهاء الزواج في دولة عضو لا يوجد له فيها إقامة؟

قد يحدث أن تكون محكمة دولة عضو مختصة وفق ضابط الاختصاص الوارد في النظام إلا أن المدعي يرفع دعواه أمام محكمة دولة أخرى عضو غير مختصة لعدم توافر ضابط الاختصاص؛ كذلك التي سبقت الإشارة إليها، وعندئذ تحكم المحكمة بعدم اختصاصها. ولهذا الرأي تطبيق قضائي؛ إذ أجابت محكمة العدل الأوروبية عن ذلك بموجب سؤال أحالته عليها المحكمة السويدية، وتتلخص الوقائع في أن الزوجين - المدعية الزوجة سويدية الجنسية والمدعى عليه الزوج كوبي الجنسية - كانا يقيمان في فرنسا، ثم غادرها الزوج ليقوم في كوبا- دولة غير عضو في النظام - في حين استمرت الزوجة في الإقامة في فرنسا، وهي دولة عضو في النظام. قامت الزوجة المدعية برفع دعوى التظليل أمام المحكمة السويدية، فثار السؤال بشأن مدى اختصاص محكمة الدولة العضو متى لم يكن للمدعى عليه إقامة معتادة فيها ولا ينتمي لها بجنسيتها، فهل يجوز للمحكمة العضو أن تؤسس اختصاصها في هذا الفرض على قانونها الوطني بدلاً من نظام بروكسل ٢ مكرر، على الرغم من توافر ضابط الاختصاص لمحكمة عضو أخرى استناداً إلى المادة ٣ من نظام بروكسل ٢ مكرر^(١). في هذا الفرض المثار في القضية أبدت المحكمة عدم اختصاص المحكمة السويدية لعدم انطباق ضوابط الاختصاص

(1) Case C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez V Miguel Enrique Lopez Lizazo, 29 November 2007.

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0068>

الواردة في نظام بروكسل ٢ مكرر، وأكدت أن المحكمة المختصة هي المحكمة الفرنسية؛ تأسيساً على أنها محكمة الدولة التي كان للزوجين آخر إقامة معتادة فيها، ومازال أحدهما يقيم فيها وفق المادة ٣. وهذا يقودنا إلى إثارة سؤال آخر، وهو: هل إقامة أحد الأطراف خارج الدول الأعضاء يجعل من محكمة الدولة العضو غير مختصة؟ أكدت المحكمة في القضية ذاتها أنه في ظل عدم إقامة المدعى عليه في الدول الأعضاء فإن ذلك لا ينفى الاختصاص ما دامت محكمة إحدى الدول الأعضاء مختصة وفق ضوابط الاختصاص الواردة في النظام.

يظهر جلياً أن المشرع الأوروبي حاول التصدي للتمييز القانوني، ولم يمنح أيّاً من الجنسين مكانة تفضيلية في حالة الاختصاص، بل ضمّن الضوابط قدرّاً من الحياد لتبني على الإقامة بشكلها المشترك أو المنفرد مع وجود صلة بالمحكمة التي تقام فيها الدعوى.

الحالة الثانية: ضابط اختصاص المحكمة المبني على الجنسية:

في المقابل تنص المادة ٣(١)، البند (ب) من النظام على ضابط آخر للاختصاص، وهو ضابط الجنسية؛ حيث ينعقد الاختصاص لمحكمة الدولة العضو التي يتمتع الزوجان بجنسيتها. وهنا تُشترط الجنسية المشتركة للزوجين وليس جنسية أحدهما. وتجدر الإشارة إلى أنه لا يستلزم إقامة الزوجين أو أحدهما في دولة المحكمة؛ وهذا يعني أنه من الممكن أن يتمتع الزوجان بجنسية دولة المحكمة على أن إقامتهما في دولة عضو أو دولة غير عضو. في حين أن ضابط الجنسية لا يطبق على الزوجين بريطاني الجنسية، والسبب أن المادة ذكرت أن ضابط الجنسية المشتركة لا يطبق على الزوجين بريطاني الجنسية، بل تختص المحكمة البريطانية بسبب أنها محكمة موطنهما المشترك، وتختص محاكم المملكة المتحدة على زوجين بريطاني الجنسية، بتوطنهما معاً في بريطانيا؛ ومن ثم لا ينعقد الاختصاص بسبب الجنسية بل بسبب الموطن المشترك.

تجدر الإشارة إلى أن الجنسية أُنْتُ أحياناً شرطاً في بعض فروض ضابط الإقامة، وأحياناً ضابطاً مستقلاً للاختصاص. ومن أهم مرتكزات التوحيد القانوني في أوروبا القضاء على التمييز القائم على الجنسية، فهل إيراد ضابط الجنسية أو اشتراطه مع الإقامة أساساً للاختصاص، من شأنه القول بمخالفة النظام لما هو مستقر عليه في المادة ١٨ من TFEU^(١). أجابت محكمة العدل الأوروبية في قضية، تتلخص وقائعها في أنه في عام ٢٠١١ تزوج إيطالي من ألمانية الجنسية في إيرلندا، وفي عام ٢٠١٨ ترك الزوج إيرلندا ليستقر في الإقامة في النمسا^(٢). قام الزوج بعد مرور ٦ أشهر على إقامته في النمسا بالتقدم بطلب التطليق، وقضت المحكمة بعدم الاختصاص، ثم دفع الزوج بأن شرط الجنسية الوارد في النظام يشكل مخالفة للاتفاقية التي سبقت الإشارة إليها. أثار الدفع المقدم من الزوج ما يأتي: إن نظام بروكسل ٢ مكرر يقيم عدة فروض للاختصاص القائم على ضابط الإقامة، بعض هذه الفروض تمنح الاختصاص لمحكمة الدولة التي يتبعها المدعي بجنسيته متى أقام فيها ٦ أشهر - على الأقل - قبل التقدم بالطلب، ومن شأن ذلك تمييز مبني على الجنسية، في حين إذا كان الطالب لا يتمتع بجنسية دولة المحكمة، فعليه أن يقيم سنة قبل التقدم بطلب إنهاء الزواج؛ وهو ما يجعل الأول في مكانة متميزة؛ كونه متمتعاً بجنسية دولة المحكمة. وأكدت المحكمة أن إيراد شرط الجنسية في النظام هو ضمان لوجود صلة حقيقية مع الدولة التي تختص محاكمها ومقدم الطلب الذي يتمتع بجنسيتها؛ ومن ثم، فإن اشتراط الجنسية في طالب التطليق يبين أن له صلة بتلك الدولة العضو؛ بسبب حقيقة أن الطالب، سواء هو أو هي، من مواطني تلك الدولة العضو، وأن لديه بالضرورة روابط مؤسسية وقانونية مع هذه الدولة العضو. لذلك، قد

(١) تسمى بالاتفاقية Treaty on the Functioning of the European Union

(2) C-522/20, OE V VY, 10 February 2022

<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=253726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=451495>

يسهم هذا الارتباط -بحد ذاته - في إنشاء الصلة الحقيقية المطلوبة بين مقدم الطلب والدولة العضو التي تمارس محاكمها هذه الولاية القضائية. ولا يعتبر في هذه الحالة تعدياً على المادة ١٨ .

وهذا يقودنا إلى سؤال آخر، وهو: هل وجود نظام بروكسل ٢ مكرر ألغى قواعد الاختصاص القضائي الوطنية؟

بهذا الصدد تؤكد المادة ٧ من النظام اختصاص محكمة الدولة العضو بناء على قانونها الوطني المنظم لقواعد اختصاصها القضائي في حالة عدم انطباق ضوابط الاختصاص الواردة في النظام؛ وهو ما يعني أن رفع دعوى أمام محكمة دولة عضو في النظام وهي غير مختصة وفق أحكام النظام، وفي ظل وجود محكمة دولة عضو مختصة وفق النظام - لا يمنح المحكمة الأولى الحق في تطبيق قانونها الوطني بشأن قواعد الاختصاص.

ومن الملاحظات التي يمكن استخلاصها من البنود المشار إليها ما يأتي:

- راعى النظام المساواة بين الزوج والزوجة دون تفضيل لأي منهما على الآخر لقيام الاختصاص بتطلب الإقامة أو الجنسية المشتركة أو عقد الاختصاص لإقامة المدعي أو المدعى عليه دون تفضيل لجنس على آخر.
- اختيار ضابط الإقامة أو الجنسية سبباً للاختصاص، يبين أن المراد هو الرابطة الشخصية بين الأطراف مع الدولة التي ترفع فيها الدعوى.
- الإقامة التي يتطلبها النص هي الإقامة في الدول الأعضاء في نظام بروكسل ٢ وليس خارجها.
- تجنّب المشرع الأوروبي التمييز بشقيه الإيجابي والسلبي في دعوى انتهاء الزواج، وضمن حيادية ضوابط الاختصاص.

المبحث الثاني

تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين في ضوابط الاختصاص التشريعي بشأن انتهاء الزواج

تتضمن قواعد الاختصاص التشريعي - قاعدة الإسناد- بشكل عام على ضوابط الإسناد، وهي تعد محل الثقل في العلاقة، وبموجبها يُعَيَّن القانون الواجب التطبيق، وهو التصور ذاته المتبع في دعاوى انتهاء الزواج ذي العنصر الأجنبي. ولأن قواعد الإسناد قواعد وطنية تختلف في صياغتها من قانون إلى آخر، فإن مسألة انتهاء الزواج تسند إلى أحد أطراف العلاقة في ظرف معين؛ ومن ثم، فالسؤال الذي يطرح هو: ما مدى كفاية قاعدة الإسناد للمساواة بين أطراف العلاقة القانونية؟ ومن ثم؛ نجد من المناسب أن نبني هذا المبحث على مطلبين، نخصص الأول منهما لموقف القانون الكويتي في تكريس مبدأ المساواة في قاعدة الإسناد بشأن انتهاء الزواج، في حين نخصص الثاني لموقف نظام روما ٣ في تكريس مبدأ المساواة في قاعدة الإسناد بشأن انتهاء الزواج.

المطلب الأول

موقف القانون الكويتي في تكريس مبدأ المساواة في قاعدة الإسناد بشأن انتهاء الزواج

ينظم المشرع الكويتي مسألة انتهاء الزواج في المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١، التي تقضي بأنه "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".

من النص السابق يتبين أن المشرع حدد الفكرة المسندة، وهي الطلاق والتطليق والانفصال؛ باعتبارها من الأسباب الإرادية لانتهاه الزواج. وما نلاحظه أن المشرع الكويتي أورد الانفصال كفئة قانونية لانتهاه الزواج ذي العنصر الأجنبي ضمن الفكرة المسندة للمادة ٤٠، في حين أنها غير معروفة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي عامة.

ويدخل في مضمون الفكرة المسندة لهذه القاعدة ليحكم لأي من الزوجين إذا ما كان من حقه أن يطلق من عدمه والأسباب التي تبرر ذلك^(١)، والقواعد الموضوعية للإثبات^(٢)، وأثار انتهاء الزواج، التي تترتب على الطلاق والتطليق والانفصال. وتجدر الإشارة إلى تمييز المذكرة الإيضاحية للقانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بين نوعين من الآثار؛

(١) طعن رقم ١٨ / ٢٠٠٢، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ٢٤ نوفمبر ٢٠٠٢، أقامت زوجة أردنية الجنسية دعوى للتطليق لعدم الإنفاق ضد زوجها، أردني الجنسية، وطعن أمام محكمة التمييز أن الحكم انتهى إلى أن التطليق بين الطرفين بائن، في حين أن الزوجة طلبت التطليق لعدم الاتفاق وهو يقع رجعيًا وفق قانون الأحوال الشخصية الأردني. وردت محكمة التمييز على هذا النعي بقولها: "وإذا كان التطليق لعدم الإنفاق يقع رجعيًا إذا كان بعد الدخول عملاً بنص المادة ١٢٩ من قانون الأحوال الشخصية الأردني، إلا أن التطليق للشقاق يقع بائنًا وفقاً لنص المادة ١٣٣ من ذات القانون، وكان الطلاق الرجعي لا يزيل الملك ولا الحل مادامت العدة قائمة طبقاً لنص المادة ٩٧ من القانون المذكور، وللزوج مراجعة زوجته أثناء العدة، بينما يرفع الطلاق البائن ببوننة صغرى أحكام الزواج بالحال ولا يبقى منها إلا العدة وما يتبعها، ويزيل الطلاق البائن ببوننة كبرى الملك والحل معاً في الحال؛ وعلى هذا فإن التطليق البائن للشقاق يكون أبعد أثراً من التطليق الرجعي لعدم الإنفاق؛ إذ إن الطلاق الرجعي يبقى الزوجية حكماً بينما البائن يفصم عراها، والقاعدة الأصولية أنه إذا قام الدافع والمانع قدم المانع". وأيد قضاء الحكم الابتدائي ما انتهى إليه من تطليقها من زوجها طلاقاً بائنًا.

(٢) طعن رقم ٢ / ١٩٨٥، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١٥ أبريل ١٩٨٥؛ حيث طبقت المحكمة الكويتية القانون المصري في إثبات الضرر في دعوى تطليق مصرية من زوجها المصري.

حيث يدخل في مضمون القاعدة الآثار التي تمس "العلاقات الشخصية ما بين الطرفين؛ كالنفقة الواجبة للزوجة المطلقة^(١)، والتعويض الواجب على الزوج المخطئ لمصلحة الزوج الآخر، وحق الزوجة في أن تحتفظ باسم زوجها بعد حل رابطة الزوجية، والنفقة فيما بين المنفصلين، ومدة الانفصال، وتحويل الانفصال إلى تطليق وشروط هذا التحويل". بينما يترتب على انتهاء الزواج في غير هذه العلاقات الشخصية - كجواز الزواج بعد الطلاق والعدة- أن يخضع كل من الطرفين لقانون جنسيته؛ بمعنى عدم سريان قاعدة انتهاء الزواج على هذه الآثار^(٢). ويخرج عن نطاق تطبيق القاعدة الموضوعات الخاصة بإجراءات^(٣) التطلاق والانفصال والإجراءات التحفظية؛ حيث تكون خاضعة للقانون الكويتي؛ باعتباره قانون البلد الذي تقام فيه الدعوى أو تباشر فيه الإجراءات.

يتضح من نص المادة ٤٠ أن المشرع الكويتي قرر إخضاع انتهاء الزواج بشكل أساسي لضابط الإسناد، وهو الجنسية، ويختلف تطبيق ذلك في فرضين:

الفرض الأول: إن وجدت الجنسية المشتركة للزوجين، طبق على انتهاء الزواج بالطلاق أو التطلاق أو الانفصال ذي العنصر الأجنبي المعروض على القضاء الكويتي -

(١) طعن رقم ٤٦٣ / ٢٠٠٥، محكمة التمييز الكويتية، تاريخ ٢٤ سبتمبر ٢٠٠٦. أقامت المطلقة، سعودية الجنسية، دعوى ضد طليقها السعودي مطالبة أن يؤدي لها نفقة عدة. رفضت محكمة أول درجة ذلك بينما أيدت طلبها في ذلك محكمة الاستئناف، فطعن طليقها على حكم الاستئناف بطريق التمييز.

(٢) طعن رقم ٢٣٨ / ٢٠٠٢، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١٨ مايو ٢٠٠٣. في قضية أقامتها الزوجة فلسطينية الجنسية ضد زوجها أردني الجنسية بأن يؤدي لها نفقه عدة ومؤخر الصداق، حيث أدرجت المحكمة عدة الطلاق ضمن آثار انتهاء الزوجية وطبقت عليها قانون جنسية الزوج لاختلاف الجنسية.

(٣) طعن رقم ١٠٧ / ١٩٩٧، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ٧ مارس ١٩٩٨؛ حيث أكدت المحكمة "الأحكام التي يتعين الرجوع في شأنها إلى قانون جنسية الزوج وقت انعقاد عقد الزواج هي تلك الأحكام الموضوعية التي تحدد ما يترتب الزواج من آثار بالنسبة لكل من الزوجين دون ما يتعلق منها بالمسائل الإجرائية".

قانون آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان في أثناء الزواج. وعن الوقت الذي يعتد به في قانون الجنسية المشتركة في تحديد هذا الاشتراك في الجنسية، فهو أن تكون "آخر جنسية مشتركة كسبها الزوجان أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع دعوى التطلق أو الانفصال"؛ وهذا يعني أن المشرع الكويتي حل مشكلة التنازع المتغير. وتجدر الإشارة إلى أن المشرع الكويتي فرق بين الطلاق من ناحية وكل من التطلق والانفصال من ناحية أخرى، وتكمن التفرقة في وقت الاعتراف بضابط الإسناد^(١). أضف إلى ذلك أن الطلاق يتم بالإرادة المنفردة، في حين يتطلب التطلق والانفصال التدخل القضائي باستصدار حكم^(٢). وأكدت المذكرة الإيضاحية أن هذا التفريق "فيه تبصرة كافية لكل من الطرفين بالقانون الذي يحل هذه الرابطة". وشدد الفقه الكويتي على أن الاشتراك في الجنسية هو الاشتراك الواقع خلال الزواج؛ استناداً إلى تعبير المشرع الكويتي "أثناء الزواج"^(٣)؛ فإذا تزوج مصري - على سبيل المثال - من تونسية، ثم تجنسا بالجنسية الأمريكية، ثم طلق الزوج زوجته أو رفعت دعوى التطلق أو الانفصال، فإن القانون الذي يطبق هو القانون الأمريكي؛ كونه قانون الجنسية المشتركة التي كسبها الزوجان في أثناء الزواج وقبل الطلاق أو قبل رفع دعوى التطلق أو الانفصال. لكن إذا ما تزوج مشتركا الجنسية وبقياً متمتعين، فإن ذلك لا يعتبر حالة اشتراك في الجنسية، بل تخضع للفرض التالي، كما سيرد شرحه.

(١) صباح اليوسف وآخرون، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٨٨. أحمد السمدان، مرجع سابق، ص ١٩١.

(٢) أحمد السمدان، المرجع السابق، ص ١٩١.

(٣) صباح اليوسف وآخرون، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٨٨ - ٢٨٩.

الفرض الثاني: "فإن لم توجد" الجنسية المشتركة يطبق قانون جنسية الزوج^(١). والوقت الذي يعتد به في قانون جنسية الزوج هو قانون الجنسية وقت انعقاد الزواج؛ وهو ما يعني أن أي تغيير لجنسية الزوج بعد الزواج والطلاق أو قبل رفع الدعوى، فإن القاضي - في ظل اختلاف الجنسيات - سيطبق قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج؛ وهذا يعني أنه إذا ما تزوج مشتركا الجنسية وهما متمتعان بالجنسية المشتركة وقت انعقاد عقد الزواج إلى وقت الطلاق أو قبل رفع دعوى التطلق أو الانفصال، فإن قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الواجب التطبيق^(٢)؛ والسبب هو انتفاء الضابط الزمني المطلوب من قبل المشرع الكويتي في الفرض الأول بشأن الجنسية المشتركة. وإذا ما تزوج مختلفا الجنسية وظلا على هذا الاختلاف في الجنسية إلى وقت الطلاق وقبل رفع دعوى التطلق أو الانفصال، أو تجنس كل منهما بجنسية مختلفة فإن ضابط الإسناد قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج هو الواجب التطبيق^(٣).

ومن تطبيقات القضاء الكويتي، تواتر تطبيق ضابط قانون الجنسية المشتركة دون بيان إذا ما كان هذا الاشتراك يتوافق مع متطلبات إعماله في الوقت الوارد في نص المادة ٤٠ من عدمه.

(١) صياغة المشرع الكويتي لقاعدة الإسناد **تختلف** عن صياغة القاعدة في القانون المصري المادة ١٣ من القانون المدني "أما الطلاق؛ فيسري عليه قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت الطلاق، ويسري على التطلق والانفصال قانون الدولة التي ينتمي إليها الزوج وقت رفع الدعوى". بينما تنص المادة ١٧ من القانون المدني القطري " المادة 17 على أنه: يسري على الطلاق والتطلق والانفصال قانون الجنسية المشتركة للزوجين وقت الطلاق أو وقت رفع دعوى التطلق أو الانفصال. فإن اختلفا جنسية، سري قانون جنسية الزوج وقت انعقاد الزواج".

(٢) صباح اليوسف وآخرون، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٨٨-٢٨٩.

(٣) صباح اليوسف وآخرون، القانون الدولي الخاص، مرجع سابق، ص ٢٨٨-٢٨٩.

قضت محكمة التمييز الكويتية بتطبيق الزوجة الأردنية من زوجها الأردني بناء على طلبها بسبب الحكم على الزوج بالحبس ثلاث سنوات ونصف السنة مع الغرامة^(١). وبتطبيق المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ يطبق قانون الأحوال الشخصية الأردني الذي يجيز للزوجة طلب التطلق من زوجها بصور حكم نهائي بالحبس مدة ثلاث سنوات فأكثر. طعن الزوج على ذلك استناداً إلى أنه من المحتمل أن تخفض العقوبة إلى أقل من ثلاث سنوات ويمكنه مراجعة زوجته في فترة عدتها منه عند الإفراج عنه تحت شرط، وردت المحكمة على ذلك بقولها: إن الأحكام لا تبني على الاحتمال والافتراض، وبالنسبة لحكم التطلق للحبس الوارد في قانون الأحوال الشخصية الأردني يقع بائناً؛ مما لا يكون معه للمطلق مراجعة مطلقته في أثناء عدتها منه.

وقضت محكمة التمييز الكويتية برفض تطلق الزوج من زوجته تطبيقاً للقانون المصري^(٢)؛ إذ أقام الزوج، مصري الجنسية، دعوى لتطبيقه من زوجته المصرية وإنهاء جميع الالتزامات المترتبة على التطلق؛ كونها أساءت إليه وأخلت بواجباتها إخلالاً جسيماً؛ مما أدى إلى استحكام النفور بينهما وافتراقهما لمدة تزيد على خمس سنوات. وللرد على هذا الادعاء قضت المحكمة الكويتية وفق ما جاء في المادة ٥٧ من مجموعة الأحوال الشخصية للأقباط الأرثوذكس التي أقرها المجلس المحلي في مصر، وتجزير طلب التطلق إذا أساء أحد الزوجين معاشرته الآخر وأخل بواجباته إخلالاً جسيماً أدى إلى استحكام النفور بينهما، وانتهى الأمر بافتراقهما مدة لا تقل عن ثلاث سنوات متتالية، وألا يكون ذلك بخطأ من جانب طالب التطلق، ويشترط في الفرقة الواجبة للتطلق ابتعاد كل من الزوجين عن الآخر في الفراش والمائدة والمسكن؛ فإذا كانت الفرقة في واحد أو اثنين

(١) طعن رقم ٨ / ١٩٨٨، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١٧ أكتوبر ١٩٨٨.
(٢) طعن رقم ١٠٠ / ٢٠٠٥، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١١ يونيو ٢٠٠٦.

فلا تعتبر سبباً للتطليق؛ لأنها تدل على أن الحياة بينهما قائمة. وكان سبب رفض التطليق هو عدم انطباق نص المادة ٥٧ من القانون المصري؛ كون الإساءة من جهة الزوج برفضه مساعي الصلح وأن الفرقة بينهما لا تتجاوز سنتين.

وقضت محكمة التمييز الكويتية بعدم قبول دعوى الزوج بطلب الحكم بتطليق زوجته منه للضرر وحرمانها من حقوقها المترتبة على الزواج والتطليق^(١)، "بأن الطرفين مصريان، فيكون القانون المصري هو الواجب التطبيق وفقاً لنص المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١، وعملاً بنص المادة السادسة من القانون المصري رقم ٢٥ لسنة ١٩٢٩، فإن الضرر الذي يعتد به في التطليق للضرر هو الذي يقع من الزوج على زوجته ويستحيل معه دوام العشرة بين أمثالهما، دون الذي يقع منها عليه؛ إذ قدر المشرع المصري أن الزوج بيده شرعاً حل عقدة النكاح بإرادته المنفردة، بينما لا تملك الزوجة ذلك، وقد أشارت المذكرة الإيضاحية لذلك القانون إلى هذه التفرقة بقولها إنه رُئيَ الأخذ بمذهب مالك في أحكام الشقاق بين الزوجين عدا الحالة التي يتبين فيها أن الإساءة من الزوجة دون الزوج؛ ومن ثم فإنه لا تقبل دعوى الزوج بطلب التطليق للضرر؛ إذ إن هذه الدعوى مقصورة في القانون المصري على الزوجة وحدها دونه".

وإلى جانب ذلك، فإن تطبيق ضابط الإسناد الوارد في النص من الممكن أن يشير إلى قانون أجنبي واجب التطبيق ومعه يتقيد إعماله متى تعارضت أحكامه مع النظام العام في دولة الكويت. ويترتب على تعارضه مع قواعد النظام العام في الكويت استبعاد تطبيقه وتطبيق قانون القاضي؛ أي القانون الكويتي. ويؤكد الفقه الكويتي ضرورة مراعاة النظام العام في الكويت، الذي يتعلق بالشرعية الإسلامية إذا كان أحد الزوجين أو

(١) طعن رقم ٢٠٠٤/٤٠٨، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٥.

كلاهما مسلماً؛ حيث يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الواجب التطبيق، الذي تخالف أحكامه الشريعة الإسلامية، أو تتضمن مساساً بمصلحة المسلم^(١).

ومن التطبيقات القضائية للمحاكم الكويتية في هذا الصدد، أن محكمة التمييز الكويتية قضت باستبعاد تطبيق القانون اللبناني الواجب التطبيق على مسألة تطلق الزوجة من زوجها؛ إذ إن تطبيق القواعد الخاصة بالأرمن اللبنانيين الكاثوليك يتمثل في بقاء الزوجية قائمة بين الطرفين على الرغم من إشهار الزوجة لإسلامها وإبائه الزوج الدخول في الإسلام^(٢). ولكن يتعطل هنا إعمال القانون اللبناني الواجب التطبيق مراعاة للنظام العام في الكويت؛ حيث يحرم القانون اللبناني الزوجة المسلمة من تطبيقها من زوجها غير المسلم. في حين يوجب نص المادة ١٤٣ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي^(٣) فسخ عقد الزواج لاختلاف الدين؛ إذ إن الشريعة الإسلامية لا تجيز زواج المسلمة بغير المسلم، ولا يجوز خضوع المسلمة لغير أحكام الإسلام، وانتهى الحكم إلى فسخ عقد الزواج لاختلاف الدين بين الطرفين باعتناق الزوجة الدين الإسلامي إعمالاً للقانون الكويتي.

وتجدر الإشارة إلى أن ضابط الإسناد في المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ أقام المساواة بين الطرفين في تطبيق قانونها المشترك في ظل اشتراك الجنسية، في حين لم يكفل هذه المساواة في حال اختلفت الجنسيات، وجعل الأفضلية لضابط قانون جنسية الزوج.

(١) أحمد السمدان، مرجع سابق، ص ١٩٢-١٩٣.
 (٢) طعن رقم ٢٠٠٥/٣١٥، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة ٤ مارس ٢٠٠٧.
 (٣) المادة ١٤٣ "أ- إذا كان الزوجان غير مسلمين، وأسلمت معها، فزواجهما باق. - وإذا أسلم الزوج وحده وزوجته كتابية، فالزواج باق، وإن كانت غير كتابية، عرض عليها الإسلام، فإن أسلمت أو صارت كتابية، بقي الزواج، وإن أبت فسخ الزواج. وإذا أسلمت الزوجة وحدها يعرض الإسلام على الزوج، إن كان أهلاً للعرض؛ فإن أسلم بقي الزواج، وإن أبت فسخ الزواج. إن لم يكن أهلاً للعرض فسخ الزواج في الحال، إن كان إسلامها قبل الدخول، وبعد انقضاء العدة إن أسلمت بعد الدخول".

المطلب الثاني

موقف نظام روما ٣ في تكريس مبدأ المساواة بين الزوجين
في قاعدة الإسناد بشأن انتهاء الزواج

أفرد المشرع الأوروبي نظاماً قانونياً مستقلاً لتعيين القانون الواجب التطبيق على انتهاء الزواج، يطلق عليه النظام الأوروبي رقم ٢٠١٠/١٢٥٩ الصادر بتاريخ ٢٠ ديسمبر ٢٠١٠ لتعزيز التعاون في مسائل القانون الواجب التطبيق على الطلاق والانفصال القانوني^(١)، ويعرف اختصاراً بنظام روما ٣ أو النظام، ويعرف باللغة الإنجليزية

Council Regulation (EU) No 1259/2010 of 20 December 2010 implementing enhanced cooperation in the area of the law applicable to divorce and legal separation, namely Rome III Regulation.

يمكن القول بصفة عامة: يرد نطاق تطبيق هذا النظام في المادة ١ لمسائل الطلاق والانفصال القانوني وتستثني المادة ذاتها مجموعة من المسائل، تخرج عن نطاق النظام، سواء أثيرت أمام القاضي بشكل مستقل أم كمسألة أولية في نزاع الطلاق والانفصال القانوني، وعددها ٨، وردت على سبيل الحصر، وهي: الأهلية، قيام أو صحة

(١) الاتفاقية باللغة الإنجليزية منشورة على موقع المفوضية الأوروبية،

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/HTML/?uri=CELEX:32010R1259&from=en>

أو نفاذ الزواج، بطلان الزواج، اسم الزوجين، الممتلكات الزوجية، المسؤولية الزوجية، الالتزام بالنفقة، الوقف والميراث.

ويحكم مسألة الطلاق والانفصال ضابط قانون الإرادة – القانون المختار- بدلالة ما نصت عليه المادة ٥، وفي حالة غيابه تطبق ضوابط الإسناد الواردة في المادة ٨؛ ففي ما يخص ضابط قانون الإرادة، نصت المادة ٥ على الأوضاع الواجبة الاتباع لإعمال هذا الضابط؛ ومن ثم يكون اختيار الأطراف لأحد القوانين الآتية:

أ- قانون الدولة التي للزوجين إقامة فيها وقت إبرام الاتفاق. أو يجوز أن يخضع.

ب- لقانون الدولة التي كان للزوجين آخر إقامة فيها، وما زال أحدهما يقيم فيها وقت إبرام الاتفاق. أو يجوز أن يخضع.

ج- لقانون جنسية أحد الزوجين وقت إبرام الاتفاق. أو يجوز أن يخضع.

د- لقانون بلد القاضي.

ويتضح من ذلك، أن النظام سلك مسلكاً وسطاً؛ إذ لم يستبعد دور الإرادة ولم يطلق له يد العنان، بل وضع قيداً، يتمثل في أن يكون القانون المختار أحد القوانين التي ذكرت على سبيل الحصر في المادة ٥^(١). وكان انتهاج ذلك أعمال التوازن بين مواقف قوانين الدول الأعضاء المتباينة في صياغة قاعدة الإسناد في انتهاء الزواج؛ إذ إن منها ما يقبل مبدأ سلطان الإرادة في الطلاق والانفصال القانوني، في حين ترفضه قوانين دول

(1) Cristina Gonzalez Beilfuss, Choice Of Applicable Law By the Parties, in Sabine Corneloup The Rome III Regulation. Para 5.01

Dieter Martiny, The impact of the EU private international law instruments on European family law, in European Family Law by Jens M. Scherpe p 261-293. See p270

أخرى^(١). وتجدر الإشارة إلى أن إخضاع مسألة انتهاء الزواج لقانون الإرادة المختار يرفع مصالح الزوجين، ويزيد الأمان واليقين القانونيين^(٢). ومن أدق المسائل أن النظام قيد هذا الاختيار بقانون الإقامة أو قانون الجنسية، كضابطين شخصيين بفروض عديدة، وعليه؛ نجد أن المشرع الأوروبي يستلزم صلة أو رابطة بالقانون المختار^(٣).

على نحو ما أشرنا، فإن قانون الإرادة يكون مقيداً باختيار فروض معينة، ترتبط بضابط الجنسية والإقامة، وهي ضوابط تتغير، وتجنباً لهذه المشكلة العملية أوقف التنازع المتغير من خلال تحديد الوقت الذي يعتد به في هذا القانون، وهو "وقت إبرام الاتفاق". وهذا يقودنا إلى سؤال، مفاده: إذا ما تغيرت الجنسية أو الإقامة بعد اختيار القانون، فهل يستمر في تطبيق القانون المختار قانوناً واجباً للتطبيق؟ يؤكد الفقه الأجنبي أن تعيين الطرفين لقانون محل إقامتهما أو جنسيتهما ليكون قانوناً واجب التطبيق وقت إبرام الاتفاق - سيكون هو القانون المختص، حتى لو تغير محل إقامتهما أو جنسيتهما لاحقاً، وهذا يعني استمرار سريان القانون المختار، ما لم يستخدم الطرفان المكنة الواردة في نص المادة ٥، الفقرة ٢^(٤)، ولا سيما أن هذه الفقرة تجيز للأطراف تعديل الاتفاق

(1) Graf-Peter Calliess, Moritz Renner, Rome Regulations: Commentary, 3rd ed, Kluwer, 2020.

(٢) يؤكد البند التوضيحي رقم ١٥ من نظام روما ٣ " Increasing the mobility of citizens " calls for more flexibility and greater legal certainty. In order to achieve that objective, this Regulation should enhance the parties' autonomy in the areas of divorce and legal separation by giving them a limited possibility to choose the law applicable to their divorce or legal separation."

(٣) يؤكد البند التوضيحي رقم ١٦ من نظام روما ٣ " Spouses should be able to choose the law of a country with which they have a special connection or the law of the *forum* as the law applicable to divorce and legal separation. The law chosen by the spouses must be consonant with the fundamental rights recognised by the Treaties and the Charter of Fundamental Rights of the European Union."

(4) Cristina Gonzalez Beilfuss, *ibid*, para 5.27

وتغيير القانون الذي اختير سابقاً، على أن يكون التعديل لتعيين القانون الآخر في موعد أقصاه وقت رفع الدعوى، مع ضرورة خضوع الاختيار لتلك الضوابط الواردة في المادة ٥، الفقرة ١ سالف الإشارة.

وهنا يثار تساؤل بشأن ضابط الجنسية، مفاده: ماذا لو تبين أن الطرف الذي اختير تطبيق قانون جنسيته يتمتع بجنسيتين أو أكثر في وقت واحد؟

نعتقد أن هذه المشكلة تتضاءل أو يصعب إثارتها أمام القاضي، والسبب أن تعيين قانون جنسية أحد الأطراف وقت الاتفاق سيكون واضحاً؛ بمعنى أنه إذا كان الزوج -على سبيل المثال - يتمتع بالجنسيتين الألمانية والسورية، وتتمتع الزوجة بالجنسية الهندية، فسيتم تعيين قانون الزوج أو قانون الزوجة؛ فإن اختير تطبيق قانون جنسية الزوج فإن التعيين واضح بتطبيق القانون الألماني أو القانون السوري، أما إذا اختير تطبيق قانون جنسية الزوجة، فسيتم تعيين تطبيق القانون الهندي وقت إبرام الاتفاق؛ ومن ثم نعتقد أن مشكلة التنازع لوجود تعدد في الجنسيات لا تظهر؛ بسبب تمكين الأطراف من اختيار تطبيق قانون جنسية أحدهم وقت إبرام الاتفاق على الطلاق والانفصال القانوني بتعيينه التعيين الواضح.

وفي ظل غياب اختيار الأطراف الصريح لقانون، يطبق على الطلاق والانفصال القانوني الضوابط الواردة في المادة ٨، وجاء ترتيبها على النحو الآتي يطبق قانون:

- أ- الدولة التي للزوجين إقامة عادية فيها وقت رفع الدعوى، إذا لم يتحقق ذلك يطبق
- ب- قانون الدولة التي كان للزوجين آخر إقامة فيها، شريطة ألا تكون فترة الإقامة قد انتهت منذ أكثر من عام واحد قبل رفع الدعوى أمام المحكمة، ما دام أن أحد

الزوجين لا يزال مقيماً في تلك الدولة وقت رفع الدعوى أمام المحكمة، إذا لم يتحقق ذلك يطبق

ج- قانون الدولة التي ينتمي لها الزوجان بجنسيتها وقت رفع الدعوى، إذا لم يتحقق يطبق

د- قانون دولة القاضي.

ومن ثم نجد أن النظام يكرس فكرة الارتباط بين أطراف العلاقة بضابط شخصي؛ كالإقامة أو الجنسية، وبين الدولة المراد تطبيق قانونها على الطلاق أو الانفصال القانوني.

ومن الممكن أن يثار سؤال، مفاده: أيستبعد القانون المختار بموجب المادة ٥ أو القانون الذي عينه ضابط الإسناد في حال غياب الاختيار بموجب المادة ٨؛ لمخالفة النظام العام؟

هناك نصان في النظام يعالجان هذه المسألة، أولهما: المادة ١٢ منه، وترفض تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق الذي تم تعيينه بموجب النظام، إذا كان تطبيقه يعد خرقاً جوهرياً للنظام العام المتبع في دولة القاضي^(١). وثانيهما: المادة ١٠ من النظام، ولم تستخدم حرفية لفظ النظام العام، إلا أنها حددت بوضوح متى يستبعد تطبيق القانون الأجنبي الذي عينته المادة ٥ أو المادة ٨ بقولها: إن قانون دولة القاضي هو الواجب التطبيق "عندما لا ينص القانون المعمول به وفقاً للمادة ٥ أو المادة ٨ على أي حكم

(١) تنص المادة ١٢ من النظام، يرفض تطبيق أحكام القانون الواجب التطبيق الذي تم تعيينه بموجب النظام إذا كان تطبيقه يعد خرقاً جوهرياً للنظام العام المتبع في دولة القاضي.

"Application of a provision of the law designated by virtue of this Regulation may be refused only if such application is manifestly incompatible with the public policy of the forum."

للطلاق أو لا يمنح أحد الزوجين حقاً متساوياً في الطلاق أو الانفصال القانوني على أساس جنسهما، فسيتم تطبيق قانون القاضي". بمعنى أن القانون الأجنبي يستبعد في حالتين: (أ) إذا كان هذا القانون لا ينص على الطلاق؛ أي لا ينظم الطلاق، ونعتمد أن القانون الأجنبي إذا كان يعتبر العلاقة الزوجية أبدية؛ فإنه بذلك لا ينظم الطلاق لينهيه أو (ب) إذا كان ينص عليه إلا أن أحكامه تتضمن أحكاماً تمييزية؛ أي لا تمنح أحد الزوجين حقاً متساوياً مع الطرف الآخر في الطلاق أو الانفصال، ويكون ذلك قائماً على سبب الجنس.

وتوضيحاً لذلك قضت المحكمة الأوروبية في دعوى طلاق روماني الجنسية، المرفوعة أمام المحكمة الرومانية باختصاص القانون الإيطالي عملاً بنص المادة ٨(أ) من النظام؛ لأن للطرفين إقامة معتادة في إيطاليا وقت التقدم بطلب الطلاق للمحكمة الرومانية^(١). ثار النزاع حول اختلاف تنظيم مسألة الطلاق في القانون الإيطالي عنه في القانون الروماني؛ حيث يستلزم القانون الإيطالي لقبول طلب الطلاق قضاءً أن يسبقه التقدم بطلب من الزوجين للانفصال ويمضي ٣ سنوات بين تاريخ طلب الانفصال القانوني وطلب الطلاق، في حين أن القانون الروماني لا يتطلب ذلك الشرط بل ترفع الدعوى مباشرة إلى المحكمة للفصل فيها؛ ومن ثم طالب الزوج بتطبيق القانون الروماني؛ كونه قانون القاضي. بسبب خلوّ ما يثبت أن الزوجين قاما بذلك وفق القانون الإيطالي، قضت المحكمة برفض الدعوى مع العلم أن القانون الروماني لا ينظم إجراءات الانفصال كإجراء سابق على الطلاق. استأنف الزوج الدعوى تأسيساً على ضرورة تطبيق نص المادة ١٠ من النظام، الذي ينتهي إلى تطبيق القانون الروماني كقانون

(1) C-249/19, JE v K, 16 July 2020

<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0249>

القاضي. استجابة لذلك، قامت محكمة الاستئناف في رومانيا بإحالة سؤال أولي على محكمة العدل الأوروبية بغية تفسير شطر المادة ١٠ "عندما لا ينص القانون المعمول به وفقاً للمادة ٥ أو المادة ٨ على أي حكم للطلاق": أيشمل هذا الشطر الحالات التي لا ينص فيها القانون الأجنبي المعمول به على الطلاق بأي شكل فقط؟ أم يشمل أيضاً الحالات التي يسمح فيها هذا القانون بالطلاق، ولكنها تجعله خاضعاً لشروط تعتبرها المحكمة أكثر تقييداً من تلك المنصوص عليها في قانون القاض؟ بينت المحكمة في البند ٣٥ أن القانون الإيطالي الواجب التطبيق ينص على الطلاق، ويتطلب لبلوغ الطلاق إتمام إجراء سابق، وهو التقدم بطلب الانفصال القانوني كإجراء غير معروف في قانون القاضي- القانون الروماني، فعدم معرفة هذا الإجراء في قانون القاضي لا يعني خلو القانون الواجب التطبيق من تنظيم للطلاق. وأكدت أيضاً في البند ٣٦ من الحكم أن المادة ١٠ لا تنطبق على النزاع؛ كون القانون الإيطالي يجعل الطلاق خاضعاً للامتثال للشروط التي تعتبر أكثر تقييداً من تلك المنصوص عليها في قانون المحكمة، وهو القانون الروماني؛ مثل الانفصال القانوني السابق.

على الرغم من أن النظام يمثل تشريعاً معاصراً يكرس مبدأ المساواة بين الرجل والمرأة في تحديد ضوابط الإسناد في انتهاء الزواج ويعزز المقومات الأساسية في تأمين اليقين القانوني لدى الزوجين في تطبيق تنظيم قانوني ملائم ومناسب يضع القواعد المنظمة لمختلف جوانبها – فإننا نجد أن المشرع الأوروبي قد امتاز بالشمول والدقة في حرصه على تطبيق ضابط إسناد يكرس مبدأ المساواة بين طرفي الزواج عند حسم مسألة انتهاء الزواج. وبالنسبة لتطبيق قانون أحد الزوجين فهو قائم على اختيار الأطراف وإرادتهم وفي حالة عدم وجود الاختيار فإن الضوابط تقوم على الاشتراك إما بالإقامة وإما بالجنسية.

الخاتمة

تناولنا في هذه الدراسة فكرة معاصرة، تميل نحو المساواة بين المرأة والرجل من خلال منع التمييز القانوني في القانون الدولي الخاص، في نطاق قواعد الاختصاص القضائي والاختصاص التشريعي، في مسألة انتهاء الزواج كمسألة أحوال شخصية. ولأن مجال القانون الدولي الخاص لا ينظم المسائل بقواعد موضوعية وإنما بقواعد تحتوي على ضوابط تسهم في اختصاص المحكمة أو تعيين قانون، فالتمييز قد يكون نتيجة صياغة قاعدة الاختصاص القضائي أو قاعدة الإسناد.

ومن النتائج التي توصلت إليها الدراسة في نطاق انتهاء الزواج، أن المشرع الكويتي هدف من قاعدة الاختصاص القضائي إلى حماية المرأة؛ باعتبارها الطرف الضعيف والطرف المراد حمايته كنوع من التمييز الإيجابي، في حين جعل تطبيق القانون في قاعدة الإسناد للطرف الأقوى في العلاقة، وهو الرجل.

لم يوفق المشرع الكويتي في حصر سبب فقد جنسية المرأة بالزواج كحالة وحيدة للاختصاص القضائي؛ لأن المرأة تفقد جنسيتها الكويتية بفرض أن تجنس زوجها إرادياً بجنسية أجنبية بعد الزواج وتجنست بالتبعية له اختياريًا وحالة سحب الجنسية بالتبعية له أو فقدها للجنسية تجريباً بالسحب أو الإسقاط أو بقوة القانون.

واتخذت قواعد الاختصاص القضائي والتشريعي في اتفاقيات الاتحاد الأوروبي موقف المساواة في ذلك، وهو الأخذ بضوابط الجنسية أو الإقامة المشتركة أو السابقة. وعليه؛ في الاختصاص القضائي لو رفعت الدعوى أمام محكمة عضو لا يتوافر فيها ضابط الاختصاص فإن المحكمة تقضي بعدم الاختصاص. وفي الاختصاص التشريعي لا يمكن للقاضي اختيار أو تعيين القانون بل في ظرف ضيق أتاح المشرع الأوروبي

تطبيق قانون أحد الزوجين باتفاقهما واختيارهما وفي حالة غياب الاختيار يطبق أحد الضوابط التي تكفل المساواة الواردة في الاتفاقية.

وأخيراً، تبنى القانون الكويتي فكرة الجنسية كضابط للاختصاص القضائي والتشريعي، في حين تنوعت اتفاقيات الاتحاد الأوروبي بين الجنسية والإقامة كضابطين للاختصاص. ومن التوصيات:

لضمان المساواة بين الجنسين ومنع التمييز القانوني نوصي بالآتي:

- تعديل نص المادة ٢٤ من قانون المرافعات الكويتي لتختص المحكمة الكويتية في دعوى انتهاء الزواج متى كان المدعي فقد جنسيته الكويتية المقيم في الكويت على المدعى عليه الأجنبي في دعوى التطلق أو الانفصال أو الفسخ، فهذه التوصية تتوسع في اختصاص المحكمة بغض النظر عن المدعي الرجل أو المرأة، مع ضرورة جعل حالة الفقد عامة تنسجم مع مصطلحات قانون الجنسية؛ إذ إن مصطلح فقد الجنسية يشمل حالة التجريد بالسحب أو الإسقاط أو حالة الفقد بقوة القانون.

- تعديل نص المادة ٤٠ من القانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ ليطبق ضابط الإسناد قانون جنسيتها المشتركة وقت انعقاد الزواج أو في أثنائه، وفي فرض اختلاف الجنسية ليكون قانون بلد الإقامة المشتركة أو قانون بلد آخر إقامة مشتركة للزوجين، وفي حال عدم تحققه يترك تقديره للقاضي.

المراجع

١. أحمد السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي، بدون ناشر، ٢٠١٧، الطبعة الرابعة.
٢. أحمد الغندور، الأحوال الشخصية في التشريع الإسلامي مع بيان قانون الأحوال الشخصية للقضاء في محاكم الكويت، مكتبة الفلاح، الطبعة الرابعة، ٢٠٠١.
٣. أحمد عبدالكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية، ٢٠٠٨.
٤. أحمد قسمت الجداوي، إبراهيم أحمد إبراهيم وأبو العلا علي أبو العلا، القانون الدولي الخاص (الجنسية والمواطن ومركز الأجانب)، حقوق عين شمس، الجزء الأول، ٢٠٠٥.
٥. إلهام عثمان محمد، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في الاتفاقيات الدولية وقوانين العمل والتشريعات الوطنية، مجلة العدل، س١٢، ٣١٤، ٢٠١٠، ٣١٩-٣٤٠. ص ٣٢٢-٣٢٣.
٦. بشائر الغانم، بدر المسكري، تأملات في "بعض" أحكام العودة إلى الجنسية: دراسة مقارنة، مجلة دراسات الخليج والجزيرة العربية، مجلد ٤٩، العدد ١٩١، ٢٠٢٣.
٧. جمال الكردي، مصير الطلاق الإسلامي لدى الاحتجاج به في الدول غير الإسلامية، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٩٩.
٨. جمال الكردي، تنازع القوانين، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٥.

٩. حفيظة السيد الحداد، النظرية العامة في القانون القضائي الخاص الدولي: الكتاب الثاني، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٣.
١٠. خديجة عميور، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في المواثيق الدولية والقانون الجزائري، دفاتر السياسة والقانون، ع ١٩٤، ٢٠١٨، ٦٩٥-٧٠٨، ص ٦٩٨.
١١. دربة أمين، تنازع القوانين في مجال الزواج وانحلاله بين القانون الجزائري والقوانين المقارنة، دفاتر السياسة والقانون، العدد الرابع/ جانفي ٢٠١١، ٢٣٦-٢٥٤.
١٢. رشا علي الدين، القانون الواجب التطبيق على عقد الزواج دراسة في إطار التشريعات العربية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
١٣. صاحب الفتاوي، قراءة جديدة لقواعد تنازع القوانين المتعلقة بالزواج والأموال في القانون المدني الأردني "دراسة تحليلية مقارنة"، مجلة جامعة النجاح للأبحاث (العلوم الانسانية) المجلد ١٩ (٤)، ٢٠٠٥، ١٢٧٨-١٣٤٢.
١٤. صباح اليوسف، فاطمة الحويل، محمد الجار الله، الجنسية في القانون الكويتي، دار العلم، الطبعة الأولى، ٢٠٢٠.
١٥. صباح اليوسف، محمد الجار الله، فاطمة الحويل، بشائر الغانم، حسن الرشيد، القانون الدولي الخاص، دار العلم، ٢٠٢٣، الطبعة الثانية.
١٦. صباح اليوسف، فاطمة الحويل، أثر اختيار الأولاد القصر للمتجنس لجنسيتهم السابقة وفقاً للمادة ٧ من قانون الجنسية الكويتي، المجلة الدولية للقانون، المجلد الثاني عشر، العدد المنتظم الثاني، ٢٠٢٣، ١٤١-١٧٣.

١٧. الطيب زروتي، القانون الدولي الخاص الجزائري، الجزء الأول: تنازع القوانين، الطبعة الثانية، ٢٠٠٨.
١٨. عوض الله شيبية، شرح القانون الدولي الخاص البحريني، جامعة البحرين، الطبعة الثالثة، ٢٠١٧.
١٩. العيد موقفي ورابيحي لخضر، التمييز الإيجابي لصالح المرأة في أحكام القانون الدولي والتشريع الداخلي، مجلة الاجتهاد القضائي، مج ١٢، ع ٢، ٦٨١-٦٩٦.
٢٠. محمد البكري، موسوعة الفقه والقضاء والتشريع في القانون المدني الجديد- المجلد الأول، دار محمود للنشر والتوزيع.
٢١. نصيرة تواتي، إشكالات خضوع الانفصال الجسماني لضابط الجنسية، أعمال الملتقى الوطني حول تنازع القوانين في الأحوال الشخصية، المنعقد بكلية الحقوق والعلوم السياسية- جامعة عبدالرحمن ميرة بجاية، يومي ٢٣ و ٢٤ ابريل ٢٠١٤.
٢٢. هشام صادق، تنازع الاختصاص القضائي الدولي، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.
٢٣. هشام صادق وعكاشة عبدالعال، القانون الدولي الخاص، دار المطبوعات الجامعية، ٢٠٠٧.

المراجع الأجنبية:

- Alegria Borra, Brussels II, <https://eu.vlex.com/vid/brussels-ii-454846>

- Cristina Gonzalez Beilfuss, Choice Of Applicable Law By the Parties, in Sabine Corneloup The Rome III Regulation. Para 5.01.
- Dieter Martiny, The impact of the EU private international law instruments on European family law, in European Family Law by Jens M. Scherpe p 261-293.
- Graf-Peter Calliess, Moritz Renner, Rome Regulations: Commentary, 3rd ed, Kluwer, 2020.
- Vesna Lazić et al, Regulation Brussels IIBis Guide for Application, July 2018, p 53.
<https://www.asser.nl/media/5260/cross-border-proceedings-guide-for-application.pdf>

الأحكام القضائية:

دولة الكويت:

- طعن رقم ٣٤٤ / ٢٠٠٦، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ ٢٦ نوفمبر ٢٠٠٧.
- طعن رقم ٣١٥ / ٢٠٠٥، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، جلسة ٤ مارس ٢٠٠٧.
- طعن رقم ١٠٠ / ٢٠٠٥، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، تاريخ ١١ يونيو ٢٠٠٦.

- طعن رقم ٤٠٨ / ٢٠٠٤ ، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ ٣٠ أكتوبر ٢٠٠٥ .
- طعن رقم ٢٣٨ / ٢٠٠٢ ، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ ١٨ مايو ٢٠٠٣ .
- طعن رقم ١٠٧ / ١٩٩٧ ، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ ٧ مارس ١٩٩٨ .
- طعن رقم ٢ / ١٩٨٥ ، محكمة التمييز الكويتية، دائرة الأحوال الشخصية، بتاريخ ١٥ أبريل ١٩٨٥ .

محكمة العدل الأوروبية:

- C-249/19, JE v K, 16 July 2020 <https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62019CJ0249>
- C 522/20, OE V VY, 10 February 2022
<https://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?text=&docid=253726&pageIndex=0&doclang=EN&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=451495>
- C-68/07, Kerstin Sundelind Lopez V Miguel Enrique Lopez Lizazo, 29 November 2007.
<https://eur-lex.europa.eu/legal-content/en/TXT/?uri=CELEX:62007CJ0068>