LIBRARY
INTERNATIONAL ISLAMIC UNIVERSITY MALAYSIA

الإطار النظري والعملي ووسائل الإصلاح لقانون محكمة الأسرة الكويتي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥: دراسة تحليلية نقدية

إعداد

عبد الله خلف رشدان العازمي

بحث مقدم لنيل درجة الماجستير في كلية أحمد إبراهيم للحقوق
الجامعة الإسلاميّة العالميّة ماليزيا

يونيو 2021م

ملخص البحث

اهتم المشرع الكويتي في قضايا الأسرة الكويتية من خلال قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984م، والقانون رقم 12 لسنة 2015م، كما راع المشرع الكويتي خصوصية قضايا الأحوال الشخصية وما تتصف به من حساسية تتعلق بالمسائل الخاصة بالأولاد والزوجين، ومن ثم فصل تلك القضايا عن نظيرتها الجنائية، حيث طبيعتها لا تنظر جميعها في مكان واحد حسب بدور العدالة المقرر. وقد منح المشرع الكويتي لنيابة شؤون الأسرة المهام الموكلة للنيابة العامة في قضايا الأحوال الشخصية، ومع ذلك فإن للنيابة العامة أن تتدخل في الدعوى من تلقاء نفسها إذا كان الأمر يمس النظام العام. يقصد بالنظام العام في هذا الخصوص أحكام الشريعة الإسلامية، وعلى وجه الخصوص الحالات التي بينتها المادة (338) من قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984م. والواقع أن بعض نصوص قانون محكمة الأسرة الكويتي يثير عدد من الإشكاليات القانونية مثل نظام الأوامر على عرائض بالنسبة لقاضي الأمور الوقتية، وتدخل نيابة شؤون الأسرة في بعض قضايا الأحوال الشخصية، وحق النائب العام في الطعن بالتمييز في الأحكام الاستئنافية الصادرة من محكمة الأسرة، إضافة إلى فكرة تنفيذ الأحكام الصادرة بالفُرقة بين الزوجين، أو باعتبار المفقود ميتاً، فضلاً عن منع طريق التمييز في الأحكام الصادرة بالاستئناف وفق قيوداً محددة. وتوصلت الدراسة إلى أن قانون محكمة الأسرة الكويتي لم يتطرق إلى المسائل المتعلقة بإحالة استئناف الأحكام المستعجلة الوقتية، مما يجعل المتقاضين يخرجون عن النطاق المحلي لمحكمة الأسرة للطعن على الحكم المستعجل أمام دوائر الاستئناف خارج نطاق محكمة الأسرة بحكم القانون. أوصت الدراسة بإرجاع حق التمييز للمتقاضين، حيث إنه ضمانة من ضمانات حق الدفاع، ولا يوقف التنفيذ ويرفع مستوى جودة الأحكام من حيث تطبيق القانون لمحكمة التمييز من سلطة رقابية، ولما بين الواقع العملي من وجود أحكام استئنافية فيها أخطاء في تطبيق القانون، أو قصور تسبب في الحكم أو مخالفة الثابت في الأوراق.

ABSTRACT

The Kuwaiti legislator has given concern to Kuwaiti Family issues through the provision of Kuwaiti Personal Status Law No. 51 of 1984, and Law No. 12 of 2015. The Kuwaiti legislator has also taken into account of the nature and the charistirstic of Personal Status and its issues, and their sensitivity related children and spouses, and taken into consideration in separating matrimonial causes issues and their cases from the criminal cases and counterparts since their nature does not consider as has the same nature and to be in one place. The Kuwaiti legislator has confereted the "Family Prosecution Affairs" responsibility on Personal Status cases which has been under the power of the Public Prosecution. Meanwhile, the Public Prosecution has the right to intervene in the case on its own discretion if the matter affects negatively public order. Public order in this regard means the provision of Islamic Sharia Law, and in particular the cases indicated in Article (338) of the Personal Status Law No. (51) of 1984. In fact, some of the provisions of the Kuwaiti Family Court Law raise a number of legal problems, such as the system of orders on petitions for the judge of temporary matters, the interference of the "Family Affairs Prosecution in some Personal Status cases, the right of the Public Prosecution to appeal by cassation in the appeals rulings by the Personal Statuts Court, and the issues of implementation of judgments issued to separate the spouses, or to consider the missing person dead, as well as prohibiting the way of cassation in the judgments issued by the appeal Court according to specific restrictions. The study found that the Kuwaiti Family Court Law did not address the issues related to referring the appeal of summary judgments, which that makes litigants to be outside the jurisdiction of the Family Court, and to appeal the summary judgment before the Court of Appeal outside the jurisdiction of the Family Court. The study recommends restoring and keeping the right of cassation to the litigants, as it is one of the rights of defense, and the execution shall not be stoped and raises the power of judgments in terms of the application of the law to the court of cassation from a supervisory authority, where in practice shows that there are appellate rules that contain errors in the application of the law, or deficiencies that caused Judgment or hard violation in judicial papers.

APPROVAL PAGE

I certify that I have supervised and read this study and that in my opinion, it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a thesis for the degree of Master of Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws.

.....
Zainudin Bin Ismail
Supervisor

I certify that I have read this study and that in my opinion it conforms to acceptable standards of scholarly presentation and is fully adequate, in scope and quality, as a dissertation for the degree of Master of Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws.

.....
Mohammad Deen Mohd. Napiah
Internal Examiner
Department of Islamic Law

.....
Raihanah Binti Hj Azahari
External Examiner
Department of Fiqh and Usul Al Fiqh

This dissertation was submitted to the Department of Islamic Law and is accepted as a fulfilment of the requirements for the degree of Master of Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws.

.....
Roslina Che Soh Yusoff
Head, Department of Islamic Law

This dissertation was submitted to Ahmad Ibrahim Kulliyah of Laws and and is accepted as a fulfilment of the requirements for the degree of Master of Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws.

.....
Farid Sufian Bin Shuaib
Dean, Ahmad Ibrahim Kulliyyah of Laws

DECLARATION

I hereby declare that this dissertation is the result of my own investigations, except where otherwise stated. I also declare that is has not been previously or concurrently submitted as a whole for any other degrees at IIUM or other institutions.

Abdullah Khalaf Rashdan Alazemi

Signature: . ..... Date: 1/11/2021

الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا

إقرار بحقوق الطبع وإثبات مشروعية استخدام الأبحاث غير المنشورة

حقوق الطبع 2021م محفوظة لـ: عبد الله خلف رشدان العازمي

الإطار النظري والعملي ووسائل الإصلاح لقانون محكمة الأسرة الكويتي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٥م: دراسة تحليلية نقدية

لا يجوز إعادة إنتاج أو استخدام هذا البحث غير المنشور في أي شكل وبأي صورة (آلية كانت أو إلكترونية أو غيرها) بما في ذلك الاستنساخ أو التسجيل، من دون إذن مكتوب من الباحث إلا في الحالات الآتية:

1- يمكن للآخرين اقتباس أية مادة من هذا البحث غير المنشور في كتابتهم بشرط الاعتراف بفضل صاحب النص المقتبس وتوثيق النص بصورة مناسبة.
2- يكون للجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا ومكتبتها حق الاستنساخ (بشكل الطبع أو بصورة آلية) لأغراض مؤسساتية وتعليمية، ولكن ليس لأغراض البيع العام.
3- يكون لمكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا حق استخراج نسخ من هذا البحث غير المنشور إذا طلبتها مكتبات الجامعات ومراكز البحوث الأخرى.
4- سيزود الباحث مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا بعنوانه مع إعلامها عند تغير العنوان.
5- سيتم الاتصال بالباحث لغرض الحصول على موافقته على استنساخ هذا البحث غير المنشور للأفراد من خلال عنوانه البريدي أو الإلكتروني المتوفر في المكتبة. وإذا لم يجب الباحث خلال عشرة أسابيع من تاريخ الرسالة الموجهة إليه، ستقوم مكتبة الجامعة الإسلامية العالمية بماليزيا باستخدام حقها في تزويد المطالبين به.

أكد هذا الإقرار: عبد الله خلف رشدان العازمي

التوقيع: .

التاريخ: 2021/11/1

أهدي **الجهد المبذول في هذه الدراسة إلى:**

ديرتي الحبيبة ... الكويت

والدي و والدتي

أسرتي الغالية

وكل من أكرمني بجزء من وقته أو علمه

الشكر والتقدير

أتقدم بعظيم الشكر والامتنان إلى عميد وأعضاء هيئة التدريس كلية أحمد إبراهيم للحقوق الجامعة الإسلامية العالمية ماليزيا، وأخص بالذكر الأستاذ الدكتور/ **زين الدين إسماعيل** على العطاء غير المحدود والنصح والإرشاد والتوجيه نحو إثراء معلوماتي لإتمام هذه الرسالة.

فهرس محتويات البحث

ملخص البحث ..... ب

ملخص البحث باللغة الإنجليزية ..... ج

صفحة القبول ..... د

صفحة الإقرار ..... و

صفحة الطبع والنشر ..... و

الإهداء ..... ز

شكر وتقدير ..... ح

فهرس المحتويات ..... ط

الفصل الأول: خطة البحث وهيكله العام ١

المقدمة ١

إشكالية الدراسة ٢

فرضية البحث ٣

أسئلة البحث ٣

أهداف البحث ٣

حدود البحث ٥

منهجية البحث ٥

أهمية البحث ٥

النتائج المتوقعة ٦

الدراسات السابقة .....

الفصل الثاني: أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي ٨

المبحث الأول: تطور أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي ٨

المبحث الثاني: الزواج والطلاق ١٣
المطلب الأول: الزواج ١٣
المطلب الثاني: التطليق والفسخ والخلع والإبراء..... ١٧
المطلب الثالث: النفقات وما في حكمها من الأجور والمصروفات..... ٢٥
المبحث الثالث: الحضانة ورؤية الصغير (الصغيرة) ٢٧
المطلب الأول: الحضانة وما يتعلق بها ٢٧
المطلب الثاني: أحكام رؤية الصغير (الصغيرة) ٢٩

الفصل الثالث: تطور أحكام الأسرة في ضوء القانون ٢٠١٥/١٢ ..... ٣٣
المبحث الأول: محكمة الأسرة في ضوء التنظيم القضائي الكويتي..... ٣٤
المطلب الأول: محكمة الأسرة من قبيل المحاكم المتخصصة ٣٦
المطلب الثاني: التمييز بين محكمة الأسرة ودائرة الأحوال الشخصية ٣٧
المطلب الثالث: الاختصاص ورفع الدعوى أمام محكمة الأسرة..... ٣٩
المبحث الثاني: مركز تسوية النزاعات الأسرية ٤٠
المطلب الأول: ماهية مركز تسوية النزاعات الأسرية ٤١
المطلب الثاني: اختصاصات مركز تسوية النزاعات الأسرية ٤٣

الفصل الرابع: تقييم محكمة الأسرة في القانون الكويتي..... ٤٨
المبحث الأول: تقييم محكمة الأسرة في ضوء التوجهات الدستورية وتيسير إجراءات التقاضي ٤٩
المطلب الأول: تقييم محكمة الأسرة في ضوء أحكام الدستور ٤٩
المطلب الثاني: تقييم محكمة الأسرة في ضوء تيسير إجراءات التقاضي..... ٥١
المبحث الثاني: محكمة الأسرة في ضوء مبدأ التقاضي على درجتين ٥٣
المطلب الأول: مبدأ التقاضي على درجتين ٥٤
المطلب الثاني: دراسة المادة ١٣ من القانون ٢٠١٥/١٢ ..... ٥٧

بسم الله الرحمن الرحيم

الفصل الأول

خطة البحث وهيكله العام

المقدمة

اهتم المشرع الدستوري الكويتي بشؤون الأسرة اهتماما ملحوظا وأفرد لذلك عدة نصوص وردت في دستور عام 1962، فالعدل والحرية والمساواة دعامات المجتمع، والتعاون والتراحم صلة وثقى بين المواطنين (المادة 7)، وتصون الدولة دعامات المجتمع وتكفل الأمن والطمأنينة وتكافؤ الفرص للمواطنين (المادة 8)، ذلك أن الأسرة هي أساس المجتمع، قوامها الدين والأخلاق وحب الوطن، يحفظ القانون كيانها، ويقوي أواصرها، ويحمي في ظلها الأمومة والطفولة (المادة 9).

كما اهتم المشرع الدستوري الكويتي برعاية النشء وحمايته من الاستغلال ووقايته من الإهمال الأدبي والجسماني والروحي (المادة 10)، وكفل حق التقاضي للناس، ليبين القانون الإجراءات والأوضاع اللازمة لممارسة هذا الحق (المادة 166).

وفي عام 2015 استصدر المشرع الكويتي قانون محكمة الأسرة، وجعل دخول حيز تنفيذ هذا القانون بعد مرور عام من نشره ليمنح السلطة التنفيذية الوقت الكافي لتنفيذه.

وبالرغم من أن هذا القانون قليل في مواده إلا أنه في الواقع العملي يصطدم بقوانين أخرى، وحسب علم الباحث أن المشرع الكويتي لم يوفق، بسبب الاستعجال في استصدار هذا القانون، على الرغم من توافر الإحصائيات اللازمة، والمستشارين المختصين من قانونيين واجتماعيين ونفسيين وكل ما من شأنه المعاونة في اتخاذ مثل تلك الخطوة بشكل سليم.

وترتيبا على ذلك فإن الباحث حريص على ألا يقتصر البحث على فئة بعينها من فئات المجتمع، إنما يتصدى ليشمل القارئ العادي حتى يساهم في تكوين ثقافة قانونية لأجزاء الأسرة بوجه عام. وسيحاول الباحث شرح نصوص قانون محكمة الأسرة من حيث مفهومها وكيفية تطبيق القانون على منازعات وقضايا الأسرة (الأحوال الشخصية) المرفوعة إلى المحاكم وبيان مواطن الخلل والقصور في هذا القانون وسبل حلها وإيضاح الإبهام بحيث يتسنى لجميع أطراف

الدعوى فهم مراكزهم القانونية وبما يسهم معه رفع مستوى الثقافة القانونية فيما يخص قضايا (الأسرة في المجتمع).

وسوف يرجع الباحث في هذا البحث إلى مبادئ وأحكام محكمة التمييز الكويتية السابقة لما لها من أهمية عظيمة بالنسبة للمشتغلين بالحقل القانوني بوجه عام ومنازعات الأحوال الشخصية بوجه خاص، ذلك أن أحكام ومبادئ محكمة التمييز تعد مثل المنارة للأحكام الأدنى منها درجة وسبيل من سبل استهداء القاضي في إصدار أحكامه ولما لها من وظائف أخرى من أهمها توحيد التفسير القانوني بين مختلف المحاكم. ولما هو معلوم من ندرة وصعوبة أن تحيد محكمة التمييز، وهي على قمة التنظيم، القضائي عما تكون قد سبق وأصدرته من أحكام تعد مبادئ قانونية تلتزم بها أدبيا باقي درجات التقاضي.

إشكالية الدراسة

لعل ما يثير استغراب الباحث أن قانون محكمة الأسرة الكويتي رقم 12 لسنة 2015 قد قصر حق الطعن في نطاق ضيق جدا وهي حالات التفريق بين الزوجين وجعل للنائب العام حق الطعن في التمييز في حالة إذا كان الحكم مخالف للنظام العام والتشريع الإسلامي، والأعجب من ذلك كيف يعلم النائب العام في هذه المخالفة وهو غير مختصم في الدعوى ووجوده في الدعوى غير ملزم وليس وجوبي فكيف يتسنى للنائب العام حق الطعن.

ويرى الباحث أن تفويت فرصة الطعن في التمييز على قضايا الأحوال الشخصية في قانون محكمة الأسرة خلل تشريعي يجب تداركه والمشرع عندما نص على ذلك رأى أن في الأحكام ومبادئ التمييز السابقة ما يسد النقص وحاجة المتقاضين والقضاة وتناسى ما يعتري بعض الأحكام الاستئنافية من عوار ونقص في التسبيب وخطأ في تطبيق القانونية مفوتا على المتقاضين حقوقهم في الطعن المحصن لتلك الأحكام المعيبة بحيث تكون واجبة النفاذ رغم الأخطاء التي تعتريها في مواجهة المتقاضين.

إن قانون محكمة الأسرة الكويتي يرتبط بعدة قوانين لاحقة وسابقة عليه وتوجد هناك عدة تناقضات بين هذه القوانين أو شبهات عدم دستورية لبعض مواده بالرغم أنه لا يزال مطبقا في ساحة القضاء الكويتي ومن هذه القوانين:

1. قانون المرافعات المدنية والتجارية رقم 38 لسنة 1980
2. قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1948
3. قانون الأحداث رقم 111 لسنة 2015
4. قانون الطفل رقم 21 لسنة 2015.

حيث أن مشكلة البحث تكمن في أن المشرع عندما شرع مثل هذا القانون لم يراع مشكلة القصور في عدد القضاة والموظفين والأماكن وتباعدها من الناحية المادية.

ومن الناحية التشريعية لم يراع حق الدفاع ولا مبدأ المواجهة والتناقضات في التشريعات اللاحقة والسابقة مما يجعل المهمة صعبة على القاضي والمحامي والمتقاضين بشكل عام.

ولم يراع أيضا مسألة تعارض الأحكام حيث أن لكل قاض فكرا مستقلا ورأيا خاصا به وحيث نص القانون على عدم جواز التمييز إلا في نطاق ضيق جدا أو من خلال النائب العام إذا كان الحكم مخالفا للنظام العام وكيف يطعن النائب العام على حكم لم يختصم به حيث أنه لا يعلم لأنه غير مختصم في الدعوى.

وقد استحدث المشرع الكويتي طريقا آخر غير طريق الدعوى المعتاد وهو طريق الأوامر على عرائض حيث يستطيع الشخص المدعي رفع الدعوى على المدعى عليه دون إعلان ولا مواجهة وأن يستحصل على حكم ضده ولا يضره أن يرفض الأمر على عريضة حيث يستطيع رفعه مرارا وتكرارا وأمام محاكم مختلفة، لأن الأمر على عريضة في القانون الكويتي لا يكون له حجية الأمر المقضي به ولا يستنفد القاضي ولايته فيه ولا يتحصن بمضي المدة.

إن عدم فهم المتقاضين لهذا القانون أيضا بسبب أن القانون جاء متسرعا ودون نشر أهدافه ومبرراته وأنه لم يخدم المتقاضين ولا المحامي ولا القاضي حيث عقد الإجراءات وأطال أمد التقاضي

وأن مبدأ الاقتصاد في إجراءات التقاضي مبدأ قانوني يخفف كاهل الحكومة من حيث الإنفاق على السلطة القضائية والمرافق الأخرى ويسهل على المتقاضي اقتضاء حقه بالسرعة المطلوبة والعادلة المشمولة بحق الدفاع، إلا أن هذا القانون غير واضح المعالم في مسألة الوقت ويطيل الإجراءات غير الضرورية. فمثلا في قضايا الطلاق زادت إجراءات غير إلزامية للدعوى من الناحية الفنية ومكررة من الناحية العملية.

فيجب تقديم طلب إلى مركز تسوية النزاعات الأسرية وينظر الطلب في أقصر الأجلين إما أن يبت في الطلب أو تمضي مدة ستين يوما وبعدها تستحصل على شهادة منهم وترفع الدعوى التي سوف يتم التحقيق فيها ويحيلها القاضي للاستشارات الأسرية للتحقيق مرة ثانية في تحقيق سبق التحقيق فيه.

فرضية البحث

1. تعارض القانون مع القوانين الأخرى في تحديد المفاهيم والأوصاف.
2. انعدام حق الدفاع ومبدأ المواجهة وهي حقوق دستورية.
3. حرمان المتقاضين من درجة من درجات التقاضي وهي التمييز إلا في نطاق الطلاق للضرر وحصر الطعن في التمييز للنائب العام من دون أن يكون مختصم في الدعوى وفي نطاق ضيق وهي مخالفة النظام العام والشريعة الإسلامية.

أسئلة البحث

1. ما أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي؟
2. ما هو موقع محكمة الأسرة في ضوء التنظيم القضائي الكويتي؟
3. هل لمركز تسوية النزاعات الأسرية دور مؤثر في قضايا الأسرة؟
4. ما تقييم الطعن بالتمييز في ضوء قانون محكمة الأسرة؟

أهداف البحث

1. دراسة نصوص قانون محكمة الأسرة الكويتي وتعريف مفاهيمه ومحاولة عرض قضية الأسرة بما يتعلق بها من قضايا الزواج والطلاق والحضانة ورؤية الصغير ومدى تناقضه مع قوانين أخرى متعلقة مع هذا القانون وتوضيح طرق حل تعارض الأحكام وتقديم الاقتراحات من الناحية القانونية والشرعية.
2. التعرف على موقع محكمة الأسرة في ضوء التنظيم القضائي الكويتي.

٣. دارسة هدف المشرع من إنشاء مركز تسوية النزاعات الأسرية ومدى تأثير الدور المنوط به في قضايا الاسرة.

٤. توضيح الشبهات الدستورية من حيث انعدام حق الدفاع وإنكار مبدأ المواجهة في القضايا الأسرية وهي حقوق دستورية لأي شخص مقيم في دولة الكويت كي يتم الطعن على عدم دستورية بعض مواد القانون.

حدود البحث

1. الناحية الموضوعية: يتناول هذا البحث التناقضات القانونية والدستورية وانعدام حق الدفاع وحق المواجهة وتفويت حق من حقوق التقاضي وهي التمييز.
2. الناحية المكانية: محاكم الأسرة الكويتية.
3. الناحية الزمنية: مجموعة من أحكام القضاء على مستوى المحاكم الأسرية والقوانين المتعلقة بقانون إنشاء محكمة الأسرة الصادرة من تاريخ سريان هذا القانون إلى شهر مايو لسنة 2017.

منهجية البح

إن طبيعة البحث عملية سوف تعتمد أداة الدراسة ومنهجها تحليليا نقديا حيث أن قانون محكمة الأسرة يهم جميع المواطنين والمنهج التحليلي النقدي سيعطي مساحة لبحث القضايا الإنسانية والقانونية وجمع المعلومات وأخذ رأي المختصين من القضاة والمحامين والاطلاع على الأحكام الصادرة والآراء والمقالات المنشورة.

أهمية البحث

تكمن أهمية البحث في أنه:

1. مقدم لجمهور المتقاضين والمختصين على حد سواء لاستيضاح مكامن العلل والنقص الحاصلة.

2. تعريفهم بالمفاهيم المطروحة بلغة سهلة ميسرة على أساس علمي من أجل رفع مستوى الثقافة القانونية المختصة بالأسرة وتسهيل فهم الإجراءات القانونية لدى كل من المتقاضين والمختصين كالقضاة والمحامين والموظفين.
3. سيكون البحث على حسب علم الباحث هو الأول من نوعه على إقليم دولة الكويت ويبحث مواضيع تهم كل من المتقاضين والمختصين.

النتائج المتوقعة

توضيح القصور ومكامن الخلل مما سيؤدي إلى تعديل تشريعي لتلك النصوص المعيبة وتعريف المتقاضين والمحامين لمكامن أو شبهات عدم الدستورية للطعن عليها مستقبلا لكي يتم إبطالها ونشر هذا القصور لكي يتحاشاها القضاة في إصدار أحكامهم بما يجعلها متوافقة مع صحيح القانون.

الدراسات السابقة

توجد دراسات سابقة، تناولت أجزاء من موضوع البحث، ومن أبرزها:

رسالة دكتوراه للباحث الشيعاني، محمد بن حسين(2015) بعنوان "**ظاهرة الطلاق البائن في المملكة العربية السعودية، دراسة ميدانية في مكة المكرمة**، بين الباحث خلالها ظاهرة الطلاق البائن من واقع بيانات إحصائية مع تسليط الضوء على العوامل التي أدت إلى ازديادها في المجتمع السعودي لا سيما في مدينة مكة المكرمة، وحاول الباحث وضع مجموعة من الحلول المناسبة كنتائج للدراسة من شأنها الحد من الظاهرة، ولم يحدد الباحث الاساليب التي من شأنها أن يكون لها دور مؤثر كمركز تسوية النزاعات الاسرية، وهو ما ستتطرق له دراستنا الحالية في دولة الكويت.

رسالة دكتوراه من جامعة العلوم الإسلامية العالمية، الأردن، للباحثة الدغمي، كارولينا خالد (2018) بعنوان "**وسائل تسوية الخلافات الاسرية، دراسة فقهية مقارنة**"، توصلت من خلالها الباحثة إلى أن القضاء لم يعد الطريق الوحيد لفض النزاعات الأسرية، بل وجدت الوسائل البديلة أيضا من أجل حلها، وأن الوسائل البديلة عن الدعوى قد أثبتت أهميتها للتقليل

من القضايا المعروضة على المحكمة، وعلى الرغم من أن الباحث أوصت بالاستفادة من النظم المقارنة، إلا أنها لم تتوسع في موقف المشرع الكويتي، وهو ما تهتم به دراستنا الحالية.

من الدراسات المتعلقة بالموضوع دراسة للباحث سيد، منال فاروق (أكتوبر 2010)، بعنوان "دراسة تقويمية لدور مكاتب تسوية النزاعات الأسرية من منظور إسلامي"، منشور في مجلة دراسات في الخدمة الاجتماعية والعلوم الإنسانية التي تصدر عن جامعة حلوان بجمهورية مصر العربية، أظهر فيها الباحث الصعوبات المهمة التي تواجه مكاتب تسوية النزاعات الأسرية في تحقيق أهدافها ومنها صعوبة متابعة الحالات للتأكد من الالتزام ببنود الصلح والاتفاق لنقص عدد المتخصصين بالمكتب، كما أوضح الباحث عدم أداء مكاتب تسوية النزاعات الاسرية للدور الفعلي الذي يجب أن تؤديه من وجهة نظر الأسر المترددة على المكتب، إلا أن الباحث لم يتطرق لذات الدور في الكويت، **وهو** ما ستتناوله بالبحث والمتابعة الدراسة الحالية.

دراسة الباحثة الرفاعي، جميلة عبد القادر(2015) بعنوان "التدابير الإصلاحية قبل التحكيم لحل المنازعات الأسرية"، أشارت فيها الباحثة إلى تتعدد الأسباب المؤدية إلى النزاعات الأسرية من حيث الأطراف المسئولين عنها مثل الزوجة و الزوج والأسباب الخارجية التي تحيط بالعائلة والأقارب فضلا إلى الأسباب التربوية والأخلاقية والاجتماعية والمالية، كما تطرقت الباحثة إلى نجاح العديد من التجارب العربية التي تسعى إلى الحد من النزاعات الأسرية من خلال مكاتب وهيئات حكومية وخيرية من أجل إصلاح الخلافات الاسرية، إلا أنها لم تتعرض لقانون محكمة الاسرة الكويتي، وهو ما تتصدى له دراستنا الحالية.

الفصل الثاني
أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

المدخل:

كانت مجلة الأحكام العدلية العثمانية هي المطبقة في الكويت قديما فكان المجلس التشريعي الكويتي في عام 1938 يلزم القضاة بالمحكمة الشرعية باستنباط جميع الفتاوى والأحكام التي يصدرونها من مجلة الأحكام العدلية وحدها دون سواها من مصادر.[1]

كانت المجلة بمثابة قانون شامل لكل مسائل الأحوال الشخصية، وفقا لأحكام المذهب الحنفي وهو المذهب الرسمي للدولة العثمانية آنذاك، فكانت المجلة تناولت قضايا الزواج وشروطه وموانعه والكفاءة والمهر والنفقة، وقضايا الطلاق وأنواعه وآثاره والخلع والتفريق بحكم القاضي وأحكام العدة الشرعية، فضلا عن نسب الأولاد والرضاعة والحضانة والنفقة وغيرها. وقد استهدى المشرع الكويتي تطبيق الأحكام العامة في الزواج والطلاق والحضانة ورؤية الصغير وغيرها بما جاء في القرآن الكريم والسنة النبوية الشريفة، وما حرص عليه الإسلام من مقاصد سامية في بناء المجتمع الصالح، وتأسيس الأسرة التي قوامها السكينة والمودة والرحمة، مما يقتضي مناقشة أحكام الأسرة من قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 في ثلاثة مباحث:

المبحث الاول: تطور أحكام الأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي.

المبحث الثاني: الزواج والطلاق والنفقات.

المبحث الثالث: الحضانة ورؤية الصغير(الصغيرة).

المبحث الأول: تطور أحكام الاسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي

ولما كانت الأحوال الشخصية هي مجموع ما يتميز به الإنسان عن غيره من الصفات الطبيعية أو العائلية التي رتب القانون عليها أثرا قانونيا في حياته الاجتماعية، فقد اهتم المشرع الكويتي

1بدر جاسم اليعقوب، **القانون المدني الكويتي: ماضية وحاضره**. (الكويت: مطبوعات معهد البحوث والدراسات العربية،ط1، 1998م)، ص 24.

بتنظيم منازعات الأحوال الشخصية – في قانون رئيسي مستقل ينظم علاقات الأسرة وهو القانون رقم 51 الصادر سنة 1984 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996.

ومع تطور الحياة الاجتماعية في الكويت رأى المشرع أن الحاجة ملحة لإصدار قانون مستقل بالنظر في المنازعات الأسرية، فأصدر القانون رقم (12) لسنة (2015) بشأن محكمة الأسرة.

قسم المشرع الكويتي القانون رقم 51 الصادر سنة 1984 المعدل بالقانون رقم 61 لسنة 1996 بشأن الأحوال الشخصية إلى ثلاثة أقسام: يتناول القسم الأول منه الزواج وما يرتبط به من علاقات حيث يضم هذا القسم ثلاثة كتب، يتعرض الكتاب الأول منها لأحكام إنشاء الزواج من عقد وولاية ومهر ومحرمات.

ويتناول الكتاب الثاني من القسم الأول من ذات القانون أحكام فرق الزواج من طلاق وتطليق، ويختص الكتاب الثالث بأحكام الولادة وآثارها من نسب ورضاع وحضانة وغيرها، أما القسم الثاني من القانون المذكور فيتناول أحكام الوصية بينما اختص القسم الثالث بتناول أحكام المواريث.

وينوه الباحث إلى أنه بجانب قانون الأحوال الشخصية رقم 51 لسنة 1984 تحكم منازعات الأحوال الشخصية المتعلقة بالولاية على المال نصوص الفصل الأول من الباب الأول من القانون المدني الكويتي رقم 67 لسنة 1980 المعدل بالقانون رقم 15 لسنة 1996 في المواد من 84 إلى 146 منه، أما الأحكام المتعلقة بالولاية على النفس فتنظمها نصوص الباب السابع من الكتاب الثالث من القانون رقم 51 لسنة 1984 في المواد من 208 إلى 212 منه.[2]

والبين من نصوص قانون الأحوال الشخصية الكويتي ومذكرته الإيضاحية تطبيق أحكام مذهب الإمام مالك على قضايا الأحوال الشخصية خاصة فيما يتعلق بالمنازعات، والأخذ

---

[2] للتفاصيل حول أحكام الولاية على المال وعلى النفس في القانون المدني الكويتي انظر: عبد الحي حجازي، **المدخل لدراسة العلوم القانونية: الجزء الثاني. الحق وفقا للقانون الكويتي** (الكويت: جامعة الكويت، ط2، 1970م)، ص 33. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، **أصول القانون (الجزء الثاني) نظرية الحق مع دراسة موسعة لحق المؤلف وإثبات الحق ودراسة معمقة للإثبات الإلكتروني** (الكويت: مؤسسة دار الكتب،ط1، 2006م)، ص66 وما بعدها.

بمذهب أبي حنيفة والشافعي وابن حنبل بما يحقق مصلحة الأفراد، والأخذ بمذاهب الأئمة الأربعة فيما يحقق المصلحة العامة والتيسير على الناس.[3]

ومقتضى ذلك أنه إذا كانت الوقائع سابقة على صدور قانون الأحوال الشخصية كان القانون واجب التطبيق هو المشهور في مذهب الإمام مالك فإن لم يوجد المشهور طبق قول أئمة المذهب فان لم يكن طبقت المبادئ العامة فيه.

أما إذا كانت الوقائع تالية لتاريخ العمل بنصوص قانون الأحوال الشخصية وجب تطبيق نصوص القانون ذاته دون أحكام فقه مذهب الإمام مالك إلا حال خلو القانون من نص يحكم المسألة وجب في هذه الحالة استخراج القول المشهور في مذهب الإمام مالك وتطبيقه على النزاع المطروح فإن لم يوجد طبق غيره من المذهب فإن لم يوجد حكم للمسألة في المذهب أصلا وجب تطبيق المبادئ العامة في المذهب. ولا يفوتنا أن تطبيق نصوص قانون الأحوال الشخصية الكويتي أو تطبيق القول الراجح من مذهب الإمام مالك في حالة كون طرفي الدعوى سني المذهب أو أحداهما سني والآخر جعفري إنما يقتصر على القواعد الموضوعية في هذا القانون أو ذلك المذهب دون القواعد الإجرائية.

ولما كانت الكويت من الدول التي يقيم على أرضها عدد من الجنسيات العربية والأجنبية الأخرى وهم فئة المقيمين بصورة مؤقتة إلى جانب الكويتيين أصحاب الأرض والجنسية الوطنية، فإن تطبيق قانون الأحوال الشخصية فيما يختص بالمنازعات الأسرية بالنسبة للمقيمين يحكمه معيار الديانة، والجنسية الأجنبية، فالمسائل الخاصة بالمقيمين من المسلمين تخضع لأحكام العلاقات ذات العنصر الأجنبي فيما يتعلق بالنزاعات الأسرية،[4] واستقرت أحكام القضاء الكويتي في هذا الخصوص على سريان قانون الزوج وقت انعقاد الزواج بالنسبة للطلاق والتطليق والانفصال إن لم تكن للزوجين جنسية مشتركة، وأن يسري قانون جنسية الأب في الولاية على النفس وفي الحضانة،[5] والخطبة ذات العنصر الأجنبي يسري عليها قانون جنسية الخاطب وقت

---

[3] المادة (343) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984 وتعديلاته.

[4] راجع: المادتين40، 43 من القانون الكويتي رقم 5 لسنة 1961 بتنظيم العلاقات ذات العنصر الأجنبي.

[5] على سبيل المثال حكم محكمة التمييز الكويتية، جلسة 14 فبراير سنة 2008، طعن رقم 168 لسنة 2007 (أحوال شخصية).

الخطبة ووقت الفسخ وذلك بالنسبة للقواعد الموضوعية، أما إجراءات الدليل وغيرها من الإجراءات الشكلية فتخضع لقانون القاضي الذي يحكم القواعد المنظمة لرفع الدعوى وإجراءاتها.

أما غير المسلمين من المقيمين فإن أحكام العلاقات ذات العنصر الأجنبي تطبق فيما يتعلق بالنفقة والحضانة والولاية على النفس، مع مراعاة أن الأحكام والأوامر الصادرة في بلد أجنبي لا يجوز الأمر بتنفيذها في دولة الكويت إلا بنفس الشروط المقررة في قانون ذلك البلد لتنفيذ الأحكام الصادرة في الكويت أي بشرط المعاملة بالمثل، وأن يكون الحكم أو الأمر المطلوب تنفيذه صادرا من محكمة مختصة وفقا لقانون البلد الذي صدر فيه، وأن يكون الخصوم في الدعوى التي صدر فيها الحكم الأجنبي قد كلفوا بالحضور ومثلوا تمثيلا صحيحا، ويكون الحكم أو الأمر حائزا لقوة الأمر المقضي طبقا لقانون البلد الذي أصدرته، وغير متعارض مع حكم آخر أو أمر سبق صدوره من محكمة في الكويت، وغير مخالف للنظام العام أو الآداب بالكويت.[6] تطبيقا على ذلك انتهت محكمة التمييز رفض إسقاط حضانة الأم بسبب إسلامها لأن في ذلك مخالفة للنظام العام.[7]

وفي عام 2015 أنشأ المشرع الكويتي بموجب القانون رقم (12) لسنة (2015) بشأن محكمة الأسرة، بكل محافظة محكمة أطلق عليها "محكمة الأسرة" بحيث تتمتع بمقر مستقل وتتألف من دوائر تابعة للمحكمة الكلية، ودوائر أخرى تابعة لمحكمة الاستئناف.[8] ويتولى الإشراف على عمل تلك الدوائر مستشار يندبه لذلك المجلس الأعلى للقضاء، وللمجلس بناء على طلب رئيس المحكمة الكلية، أن يعهد برئاسة كل أو بعض دوائر الأحوال الشخصية الكلية، بمحكمة الأسرة إلى مستشارين من محكمة الاستئناف لمدة ثلاث سنوات قابلة للتجديد، وذلك طبقا للقواعد والضوابط التي يصدر بها قرار المجلس. و تشكل دوائر الأحوال الشخصية بمحكمة الأسرة من قاض واحد، بينما تشكل دائرة الاستئناف من ثلاثة مستشارين من محكمة الاستئناف، وتختص محكمة الأسرة دون غيرها بالفصل في كافة منازعات الأحوال الشخصية،

---

[6] المادة 199 من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي رقم 38 لسنة 1980 الصادر في 4 / 6 / 1980.

[7] محكمة التمييز الكويتية، جلسة 10 ديسمبر سنة 2007، طعن رقم 181 لسنة 2006 (أحوال شخصية).

[8] الكويت اليوم، الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، وبالعدد رقم 1228 بتاريخ 22 مارس 2015.

فإذا كان أطراف النزاع من المسلمين يتم تطبيق أحكام قانون الأحوال الشخصية رقم (51) لسنة 1984 على من كان يطبق عليهم مذهب الإمام مالك، وفيما عدا ذلك فيطبق عليهم أحكامهم الخاصة بهم، أما إذا كان أطراف النزاع من غير المسلمين وكانوا مختلفين دينا أو مذهبا سرت عليهم أحكام هذا القانون.

كما تختص محكمة الأسرة بالحكم ابتدائيا في جميع المنازعات المتعلقة بالأحوال الشخصية من زواج وطلاق ونسب ونفقة مقررة شرعا وولاية على المال والنفس ووصاية وقوامة وحجر وغيبة واعتبار المفقود ميتا وميراث ووصية ووقف وغيرها من مسائل الأحوال الشخصية، وخص المشرع هذه المحكمة دون غيرها بطعون الاستئناف التي يجيزها القانون عن الأحكام الصادرة من دوائر المحكمة الكلية التي أنشأها القانون بكل محافظة.

واستجابة لنص المادة الأولى من القانون رقم (12) لسنة (2015) بإصدار قانون محكمة الأسرة، صدر قرار وزير العدل رقم (115) لسنة 2016 في 20 مارس 2016 بشأن تنظيم مراكز تسوية النزاعات الأسرية من العنف وتحديد مهامها والإجراءات التي تتبع أمامها، والقرار الوزاري رقم (118) لسنة 2016 بتحديد مواقع محكمة الأسرة في كل محافظة بصفة مؤقتة اعتبارا من 22 مارس 2016 لحين تدبير مواقع بديلة. وتختص محكمة الأسرة محليا دون غيرها بنظر أول دعوى ترفع إليها من أحد الزوجين و بنظر جميع دعاوى الأحوال الشخصية التي ترفع بعد ذلك من أيهما على الآخر، بما في ذلك دعاوى النفقات والأجور وما في حكمها سواء للزوجة أو الأولاد أو الأقارب، ودعاوى حضانة الصغير ورؤيته وضمه ومسكن حضانته.

وتنص المادة (13) من القانون رقم (12) لسنة (2015) بإصدار قانون محكمة الأسرة على أنه: (تكون الأحكام الصادرة في مسائل الأحوال الشخصية من الدوائر الاستئنافية بمحكمة الأسرة غير قابلة للطعن فيها بطريق التمييز، واستثناء من ذلك يجوز للنائب العام الطعن بطريق التمييز في تلك الأحكام إذا كانت تتضمن مساسا بأحكام الشريعة الإسلامية المتعلقة بالنظام العام والمبينة بالمادة (338) من قانون الأحوال الشخصية. ولا يجوز تنفيذ الأحكام الصادرة بالفرقة بين الزوجين أو باعتبار المفقود ميتا إلا بعد استنفاد طريق الطعن بالتمييز أو بفوات ميعاد الطعن دون حصوله، وتفصل محكمة التمييز على وجه السرعة في الطعون المرفوعة إليها عن تلك الأحكام). وتثير هذه المادة عدد من الإشكاليات القانونية لعل

أهمها: تدخل نيابة شؤون الأسرة في بعض قضايا الأحوال الشخصية، وحق النائب العام في الطعن بالتمييز في الأحكام الاستئنافية الصادرة من محكمة الأسرة، إضافة إلى فكرة تنفيذ الأحكام الصادرة بالفرقة بين الزوجين أو باعتبار المفقود ميتا، وهذا ما سيأتي شرحه لاحقا.

ويثار التساؤل عن الأحكام العامة للأسرة في قانون الأحوال الشخصية الكويتي في ضوء الإطار النظري والعملي ووسائل الإصلاح لقانون محكمة الأسرة الكويتي رقم 12 لسنة 2015 وهو ما يتطرق له الفصل التالي من الدراسة.

المبحث الثاني: الزواج والطلاق

تمهيد وتقسيم: خص قانون الأحوال الشخصية الكويتي القسم الأول منه لإنشاء الزواج وفرق الزواج والولادة وآثارها في المواد من (1- 212) منه، ومن ثم نناقش أحكام الزواج والطلاق والنفقات وما في حكمها من مصروفات تأسيسا على أن هذه الأحكام ذات علاقة وثيقة بالمنازعات الأسرية التي أحال المشرع الكويتي مسألة حسم المنازعات الناشئة عنها لأحكام القانون رقم (12) لسنة (2015) بشأن محكمة الأسرة.

ونتناول تلك الأحكام في ثلاثة مطالب على النحو التالي:

المطلب الأول: الزواج.

المطلب الثاني: التطليق والفسخ والخلع والإبراء.

المطلب الثالث: النفقات وما في حكمها من المصروفات.

المطلب الأول: الزواج

أولا: الزواج في اللغة وفي الاصطلاح الشرعي: الزواج في اللغة العربية يعني "الاقتران" فيقال اقترن الزوج بالزوجة فهما زوجان وقد أشار القرآن الكريم إلى ذلك كما ورد في الآيات الكريمات: قال تعالى: ﴿وَمِن كُلِّ شَيْءٍ خَلَقْنَا زَوْجَيْنِ لَعَلَّكُمْ تَذَكَّرُونَ﴾. [الذاريات: ٤٩] ﴿وَمِنْ آيَاتِهِ أَنْ خَلَقَ لَكُمْ مِنْ أَنْفُسِكُمْ أَزْوَاجًا لِتَسْكُنُوا إِلَيْهَا وَجَعَلَ بَيْنَكُمْ مَوَدَّةً وَرَحْمَةً إِنَّ فِي ذَلِكَ لَآيَاتٍ لِقَوْمٍ يَتَفَكَّرُونَ﴾ [الروم: ٢١] ﴿فَجَعَلَ مِنْهُ الزَّوْجَيْنِ الذَّكَرَ وَالْأُنْثَى﴾ [القيامة: ٣٩] ﴿هُوَ

الَّذِي خَلَقَكُم مِّن نَّفْسٍ وَاحِدَةٍ وَجَعَلَ مِنْهَا زَوْجَهَا لِيَسْكُنَ إِلَيْهَا﴾. [الأعراف: ١٨٩] ﴿يا أَيُّهَا النَّاسُ اتَّقُوا رَبَّكُمْ الَّذِي خَلَقَكُمْ مِنْ نَفْسٍ وَاحِدَةٍ وَخَلَقَ مِنْهَا زَوْجَهَا وَبَثَّ مِنْهُمَا رِجَالا كَثِيرًا وَنِسَاءً وَاتَّقُوا اللَّهَ الَّذِي تَسَاءلُونَ بِهِ وَالأَرْحَامَ إِنَّ اللَّهَ كَانَ عَلَيْكُمْ رَقِيبًا﴾ [النساء: ١]

وفي الاصطلاح الشرعي عرف الأحناف الزواج بأنه: عقد يفيد ملك المتعة قصدا بمعنى حل استمتاع من امرأة لم يمنع من نكاحها مانع شرعي، وبيّن ابن عابدين أن العقد في التعريف هو مجموع إيجاب أحد المتكلمين مع قبول الآخر أو كلام الواحد القائم مقامها – أي المتولي عن الطرفين.

وعند المالكية فإن العقد في التعريف قصد به وصل الشيء بالشيء على الالتزام به على سبيل الاستيثاق والإحكام، والعاقدان فيه هما الزوج والولي، والمعقود عليه هما المهر ومتعة التلذذ بالزوجة، والمعقود به هو الصيغة الدالة على الإيجاب والقبول.[9]

ويلاحظ عند الحديث عن المهر أن المرأة تستحق نصف المهر المسمى تسمية صحيحة في العقد.[10] وإذا لم يكن المهر مسمى تسمية صحيحة أو نفي أصلا فإنها تستحق (متعة) وهي المال الذي يدفعه الزوج لمطلقته غير المهر تطييبًا لنفسها وتعويضا عن ألم الفراق، وهذه المتعة يقدرها القاضي بما لا يزيد عن نصف مهر المثل وذلك وفقا لنص المادة (64) من ذات القانون. وهذا كله ما لم تكن الفرقة بسبب من الزوجة فعندها لا تستحق شيئا من المهر المسمى أو المتعة.

كما يلاحظ أن المادة (60) من قانون الأحوال الشخصية الكويتي فرقت في حال اختلف الزوجان في قبض حال المهر فالقول للزوجة قبل الدخول وللزوج بعده، ما لم يكن ثمة دليل أو عرف مخالف ويعني ذلك بأنه قبل الدخول يأخذ القاضي بادعاء الزوجة بعدم قبضها مقدم المهر إلا إذا استطاع الزوج أن يثبت بكافة طرق الإثبات أن العرف يقضي باستلام الزوجة مقدم المهر بمجرد العقد مثلا، وكذلك فإن القاضي يأخذ بقول الزوج بدفعه كامل مقدم المهر في حالة النزاع عليه إلا إذا أثبتت الزوجة أنها لم تستلم مقدم المهر إذ أن العرف يقضي بدخولها

---

[9] عثمان بن المكي التوزي، الزبيدي، **توضيح الأحكام على تحفة الحكام** (بيروت: المكتبة الوقفية الإلكترونية، ط1، د.ت)، ج٢، ص٤.

[10] المادة 63/أ من قانون الأحوال الشخصية الكويتي رقم 51 لسنة 1984.