جامعـــــة القاهـــــرة
كليـــــة الحقـــــوق
قسم القانون العـــام

التحكيم في العقود الإدارية في الكويت

دراسـة مقارنـة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من

الباحث / خالد فلاح عواد العنزي

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ أنـور أحمـد رسـلان — **مشرفاً ورئيساً**
أستاذ القانون العام – العميد الأسبق لكلية الحقوق – جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر — **عضـواً**
أستاذ القانون العام بحقوق بنـى سويف والنائب الأسبق لرئيس جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ جابـر جـاد نصـار — **عضـواً**
أستاذ القانون العـام بكليـة الحقوق – جامعـة القاهرة

٢٠٠٧

بسم الله الرحمن الرحيم

[وَقُلِ اعْمَلُوا فَسَيَرَى اللَّهُ عَمَلَكُمْ وَرَسُولُهُ وَالْمُؤْمِنُونَ]

سورة التوبة: من الآية ١٠٥

[وَلِكُلٍّ دَرَجَاتٌ مِمَّا عَمِلُوا وَلِيُوَفِّيَهُمْ أَعْمَالَهُمْ وَهُمْ لا يُظْلَمُونَ]

سورة الاحقاف: الآية ١٩

صدق الله العظيم

الإهـــداء

إلى والدتى الغالية.....

إلى والدى العزيز.....

وإن توارى أمام عظيم عطاءهم كل إهداء

إلى زوجتى التى قاسمتنى عناء هذا العمل.....

إلى أولادى قرة عينى

ريان - فلاح

الذين آتى هذا العمل على حساب جانب كبير من وقتهم.....

إلى الأحبة والرفاق .....

إليهم جميعاً أهدى أغلى ما أمتلكت، بعضًا من العلم

شكر وتقدير

الحمد لله وحده, والصلاة على من لا نبي بعده, أما وقد فرغت من إنجاز هذا العمل بتوفيقٍ من الله وحده, فما توفيقي إلا بالله, ومن لا يشكر الناس لا يشكر الله، فإنه لمن دواعي سروري أن أرفع أسمى آيات الشكر للسادة أعضاء لجنة الحكم على أطروحتنا هذه – وهم صفوةُ الصَّفوة من فقهاء القانون العام في مصر – فأتقدم بجزيل الشكر وكبير الامتنان لأستاذي – أستاذ الأجيال– الأستاذ الدكتور/ **أنور أحمد رسلان الذي شمل هذا العمل بالرعاية والسُّقيا مُذْ كان بذرةً في عالم الخيال, إلى أنْ صار شجرةً وارفةَ الظِّلال, فقد كان لتوجيهات ونصائح سيادته الدور الأكبر في إثراء وإغناء هذه الدراسة, بالإضافة للدعم المعنوي غير المحدود الذي ذلَّل لنا الجسيم من الصعاب التي كابدناها, وصوَّبَ الخَاطِئ من خُطَانا على طريق إعداد هذا العمل, فجزاه الله عني خير ما جازى معلماً عن تلميذه, ومتَّعَه بموفور الصحة والعافية.**

كما أتقدم بشكري الخالص, وامتناني الكبير للأستاذ الدكتور/ **محمد أنس جعفر الذي أثرى – ولمَّا يزل – المكتبة القانونية العربية بالأعمال العلمية القيِّمة, لتفضله بقبول الاشتراك في مناقشة وتقييم هذه الدراسة التي ستثرى بنفحات علمه الزاخر, فجزاه الله خير الجزاء, ومتَّعَه بموفور الصحة والعافية.**

كما أتقدم بخالص الشكر ووافر الامتنان لأستاذي, الأستاذ الدكتور/ **جابر جاد نصار، الذي شرفت لتفضله بقبول الاشتراك في مناقشة هذه الدراسة والحكم عليها, وتصويب ما بها من أخطاء, وتقويمها لتظهر بأفضل شكل, فجزاه اللهِ خير الجزاء, ومتَّعَه بموفور الصحة والعافية.**

التحكيم في العقود الإداريــة في الكويـت
« دراســة مقـارنــة»

المقدمــة :

الفصـل التمهيدي : التحكيم كوسيلة لحل المنازعات .

المبحث الأول : مفهـوم التحكيم وطبيعته القانونيـة .

المطلب الأول : ماهية التحكيم وتميزه عن النظم الأخرى المشابهة.

الفرع الأول : ماهيـة التحكيم .

الفرع الثاني: تميز نظام التحكيم عن النظم الأخرى المشابهة.

المطلب الثاني : طبيعة نظام التحكيم.

المبحث الثاني : نظـام التحكيم في دولة الكويت .

المطلب الأول : تطور نظام التحكيم في التشريع الكويتي .

المطلب الثاني : أشكال التحكيم في التشريع الكويـتي .

البـاب الأول
التحكيم في العقود الإدارية في التشريع الكويتي والأنظمة القانونية المقارنــة

الفصـل الأول : التحكيم في العقود الإدارية في النظم القانونية المقارنة.

المبحث الأول : التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي.

المطلب الأول : الخطر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

المطلب الثاني : الاستثناءات التشريعية على مبدأ خطر التحكيم في العقود الإداريـة.

المطلب الثالث : التحكيم في العقود الإدارية الدولية .

المبحث الثاني : التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصـري .

المطلب الأول : الوضع التشريعي قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المطلب الثاني : صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن

التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

الفرع الأول : صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية .

الفرع الثاني: جواز التحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

الفرع الثالث: التحكيم الدولي في العقود الإدارية في القانون المصري.

الفصل الثاني : موقف المشرع الكويتي من التحكيم في العقود الإدارية .

المبحث الأول : التحكيم الداخلي في العقود الإدارية في القانون الكويتي.

المطلب الأول : الوضع التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥.

الفرع الأول : جواز التحكيم في العقود الإدارية حتى صدور قانون الدائرة الإدارية.

الفرع الثاني: الاختصاص الحصري للدائرة الإدارية في منازعات العقود الإدارية.

المطلب الثاني: صدور قانون التحكيم القضائي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥.

المبحث الثاني : التحكيم الأجنبي في العقود الإدارية في القانون الكويتي .

المطلب الأول : التحكيم الأجنبي في العقود الإدارية في قانون المرافعات الكويتي.

المطلب الثاني: قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٨٨/١١ الخاص بالعقود المبرمة بين الجهات الحكومية والمقاولين الأجانب .

الباب الثاني
موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في الكويت والأنظمة القانونية المقارنة

الفصل الأول : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في الأنظمة القانونية

المقارنة .

المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي.

المطلب الأول: موقف الفقه في التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي.

المطلب الثاني: موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا .

الفرع الأول : موقف مجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية.

الفرع الثاني: موقف القضاء العادي في فرنسا من التحكيم في العقود الإدارية.

المبحث الثاني : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري.

المطلب الأول : الْخِلاَفُ بِشَأْنِ التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

الفرع الأول : موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

الفرع الثاني : موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤.

المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

الفرع الأول : استمرار الخلاف الفقهي والقضائي بشأن التحكيم في العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩.

الفرع الثاني : موقف الفقه والقضاء من إقرار المشرع للتحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧.

الفصل الثاني : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الكويتي .
المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من التحكيم العادي في العقود الإدارية في القانون الكويتي .
المطلب الأول : موقف الفقه والإفتاء من التحكيم العادي في العقود الإدارية في القانون الكويتي .
الفرع الأول : موقف الفقه من التحكيم العادي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي.
الفرع الثاني : موقف إدارة الفتوى والتشريع من التحكيم العادي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي.
المطلب الثاني : موقف القضاء الكويتي من التحكيم العادي في العقود الإدارية .
الفرع الأول : موقف القضاء الكويتي من التحكيم العادي في العقود الإدارية قبل صدور قانون إنشاء الدائرة الإدارية في المحكمة الكلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١.
الفرع الثاني : موقف القضاء الكويتي من التحكيم العادي في العقود الإدارية بعد صدور قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١.
المبحث الثاني : موقف الفقه والقضاء من التحكيم القضائي في العقود الإدارية في القانون الكويتي.
المطلب الأول : موقف الفقه والإفتاء من التحكيم القضائي في العقود الإدارية فى القانون الكويتي.
الفرع الأول : موقف الفقه من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي.
الفرع الثاني: موقف إدارة الفتوى والتشريع من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي .

المطلب الثاني : موقف القضاء الكويتي من التحكيم القضائي في العقود الإدارية.

الفرع الأول : موقف هيئات التحكيم القضائي من منازعات العقود الإدارية.

الفرع الثاني : موقف محكمة التمييز الكويتية من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية.

مقدمــة

سيقوم الدارس ببيان المقصود بالعقود الإدارية، وأهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عنها، وأهمية الدراسة، ثم خطة الدراسة.

وذلك كما يلى :

أولاً: المقصود بالعقود الإداريـة:

تلجـأ الإدارة بمناسـبة ممارسـتها لنشـاطها فـي إدارة المرافـق العامـة وتسييرها إلى إبرام العقود.

ومــن المســلم بــه أن عقــود الإدارة ليســت مــن طبيعــة واحــدة، فهـي تخضـع لأنظمـة قانونيـة مختلفـة، فقد تخضـع لنظـام القـانون الخـاص ويسري عليها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، وتدخل في اختصاص القضاء العادي، فتسمى عقود الإدارة المدنيـة. وقد تخضـع لنظـام القانون العام عندما تبرم العقود باعتبارها صاحبة سلطة عامـة، فتكون من اختصاص القضاء الإداري، فهذه تسمى العقود الإداريـة.

وقد أرسى القضاء الإداري – سواء الفرنسـي أو المصري أو الـدائرة الإداريـة فـي الكويـت – قواعد مستقلة وقائمـة بـذاتها تحكم العقـود الإداريـة، وتتفق مع طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامـة ومقتضيات سـيرها بانتظـام وإضـطراد، عـاملاً فـي الوقـت نُفْسِـه علـى تحقيـق التـوازن والمواءمة بين ذلك الهدف والمصالح الفردية.

فمـن المقـرر لاعتبـار العقـد عقـدًا إداريًـا، هـو أن يكـون أحـد طرفيـه شخصًـا معنويًـا عامًـا يتعاقد بوصفه سلطة عامـة، وأن يتصـل العقـد بنشـاط مرفـق عـام بقصـد تسـييره أو تنظيمـه، وأن يتسـم بالطـابع المميـز للعقـود الإداريـة، وهـو انتهـاج أسـلوب القـانون العـام فيمـا تتضـمنه هـذه العقـود مـن

شروط استثنائية بالنسبة إلى روابط القانون الخاص[١].

ومن أمثلة الشروط الاستثنائية، أن يتضمن العقد شروطًا تعطي الإدارة الحق في تعديل التزامات المتعاقد معها ، وسلطتها في إنهاء التعاقد بإرادتها المنفردة دون حاجة لرضاء المتعاقد معها، وكذلك حق الإدارة في تغيير طريقة التنفيذ، وحقها في توقيع الجزاءات على المتعاقد معها دون حاجة إلى وقوع أضرار أو الالتجاء إلى القضاء.

ثانيًا :- أهمية التحكيم كوسيلة لفض المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية :

يُعتبر القضاءُ الطريقَ الطبيعي لفض المنازعات، ووسيلة لإحلال العدل في المجتمع، ولكن مع تطور ظروف التجارة والاستثمار الداخلي والدولي، والتغيير في أنماط العلاقات التجارية – نتيجة للتحولات الاقتصادية التي يشهدها هذا العصر – أخذت تنشأ إلى جانب هذا القضاء وسائل أخرى اختياريه يلجأ الخصوم إليها باختيارهم لفض المنازعات التي تنشأ بينهم بدلاً من اللجوء إلى القضاء، كالتحكيم، والمصالحة، والتوفيق، والوساطة.

إلا أن نظام التحكيم هو الذي يحظى باهتمام بالغ على كافة المستويات، فَأُبْرِمَتْ بشأنه العديد من الاتفاقيات الدولية، وأُنْشِئَتْ له مراكز تحكيم دائمة، محليه أو إقليمية أو دولية، بالإضافة لاهتمام المشرع في مختلف الدول بنظام التحكيم، فعمل على تنظيمه، وبيان قواعده وتيسير أحكامه.

ويرجع السبب في الاتجاه المطرد إلى التحكيم لحسم المنازعات التى تثور بين أطراف العلاقات القانونية المختلفة، إلى المزايا التي يمتاز بها هذا

---

(١) الطعن رقم ٨٨/١٢٢ تجاري، جلسة ١٩٨٩/١/٢٣، مجموعة القواعد القانونية التى قررتها محكمة التمييز في المواد المدنية والتجارية، القسم الثاني، المجلد الثالث، يونيو ١٩٩٦، ص ٣٠٥ . الطعن رقم ٩٩/٣٦٨ تجاري، جلسة ١٩٩٩/١٢/١٩، مجلة القضاء والقانون، السنة ٢٧، الجزء الثاني، ص ٢٥٧.

النظام، وأهمها : البساطة والمرونة، وقيامه على رضاء أطراف النزاع مقدمًا بالحكم الذي سيصدر من هيئة التحكيم، وسرعة الفصل في المنازعات، وغيرها من المزايا التى يتمتع بها هذا النظام كما سنرى لاحقًا في هذه الدراسة.

ولعلَّ من أهم النتائج الإيجابية التى تترتب على اللجوء للتحكيم لحسم المنازعات تخفيفَ العبء عن قضاء الدولة الذي يُرْفَعُ أمامه كل عام عددٌ هائلٌ من الدعاوى، مما يؤدي إلى تأخير الفصل فيها.

وقد تضمنت قوانين المرافعات المدنية والتجارية في كلٍّ من فرنسا ومصر والكويت، نصوصًا خاصة بالتحكيم، بالإضافة إلى صدور قوانين في هذه الدول تنظم اللجوء إلى التحكيم لفض المنازعات: ففي فرنسا أصدر المشرع الفرنسي العديد من التشريعات الخاصة بتنظيم التحكيم في بعض المنازعات، أبرزها القانون الصادر بتاريخ ١٩ أغسطس ١٩٨٦ بشأن التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية التى تبرمها الدولة والأشخاص القانونية العامة مع الشركات الأجنبية. وكذلك أصدر المشرع المصري قانونًا شاملاً لتنظيم التحكيم في المسائل المدنية والتجارية، وهو القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ الذي حل محل القواعد التى كان ينص عليها قانون المرافعات بشأن التحكيم، كما أصدر القانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ أجاز فيه التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وذلك لحسم الخلاف الذي ثار في القضاء والفقه حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في هذه المنازعات.

أما المشرع الكويتي فقد اصدر تشريعًا خاصًّا ابتكر فيه نظامًا فريدًا للتحكيم أطلق عليه مصطلح "قانون التحكيم القضائي"، جمع فيه بين صورة من صور التحكيم الاختياري في المنازعات بين الأفراد وصورة من صور

التحكيم الإجباري في المنازعات التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص القانونية العامة طرفًا فيها .

وفي ظل عمليةِ الانفتاح الاقتصادي ورغبة الدولة في تحقيق التنمية الاقتصادية والاجتماعية الشاملة، اضْطُرت الدولة وسائرُ أشخاص القانون العام الأخرى إلى التدخل في إبرام أو الإشراف والرقابة على عقود هذه التنمية، والتي تُعْتَبَرُ في الغالب عقودًا إداريةً، ويكون التحكيم هو الوسيلة الملائمة أو المفروضة من قبل المتعاقد الآخر لفض الخلافات التي تثور بمناسبة تنفيذ هذه العقود.

فكثير من المستثمرين يميلون عند إبرام العقود مع الدولة أو أحد الأشخاص العامة الأخرى إلى اللجوء إلى التحكيم لتسوية أى نزاع ينشأ من تنفيذ هذه العقود، وقد تضطر الدول أو أشخاص القانون العام إلى قبول التحكيم في العقود التي تتصل بتنظيم أو سير المرافق الأساسية في الدولة .

ومن هنا أصبح التحكيم في منازعات العقود الإدارية ضرورةً مُلِحَّةً، يشترطه المستثمر الأجنبي أو الوطني ضمن بنود العقد حتى يحقق له الطمأنينة في حالة نشوب نزاع مع الدولة المتعاقدة، نظرًا لصعوبة قبول الدولةِ المثولَ أمام قضاء أجنبي، أو قبول تطبيق قانون أجنبي عليها ، أو بُطْء إجراءات التقاضي وعدم تجاوب الأنظمة القانونية الداخلية مع متطلبات التجارة الدولية.

ثالثًا : أهمية موضوع الدراسة :

إذا كان التحكيم لا يثير آية مشكلة بشأن مدى جواز اللجوء إليه لحسم منازعات العقود المدنية والتجارية التي تكون الدولة أو أحد الأشخاص

المعنوية العامة طرفًا فيها، حيث استقر الوضع على جوازِ اللجوءِ إلى التحكيمِ لفضّ منازعات هذه العقود، إلا أن الأمر على خلاف ذلك في العقود الإدارية، لما له من أثر سلبي على خصائصها الذاتية، والتي تميزها عن العقود المدنية، وخصوصًا الامتيازات التي تولدها هذه العقود للإدارة في مواجهة المتعاقد معها، إذ يترتب على تطبيق أسلوب التحكيم لحسم منازعات العقود الإدارية خروج هذه المنازعات عن نطاق ولآية القضاء الإداري صاحب الاختصاص الأصيل في نظر هذه المنازعات.

لهذا اختلفت الاتجاهات في الفقه والقضاء حول مدى جواز اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية بين مؤيد ومعارض، وذلك في ظل وجود نصوص دستورية وقانونية تجعل الاختصاص بنظر منازعات هذه العقود معقودًا للقضاء الإداري.

ونظرًا لأهمية التحكيم في منازعات العقود الإدارية، وكثرة الإشكالات التي أثارها هذا التحكيم، فإنه يحتاج إلى دراسة متأنية دقيقة، بعيدة عن التوسعات التي قد تؤدي إلى عدم الإلمام بهذا الموضوع.

وعلى ضوء ما سبق، سيقوم الباحث بالبحث في مدى جواز التحكيم في العقود الإدارية في دولة الكويت، بالمقارنة مع النظام الفرنسي والمصري، إيمانًا بفائدة الدراسة المقارنة، وذلك باستعراض موقف المشرع الكويتي من هذه المسألة ومقارنته مع موقف المشرع الفرنسي والمصري، وكذلك بيان موقف الفقه والقضاء الكويتي والمقارن من التحكيم في العقود الإدارية، إلا أن منطق البحث يفرض إلقاء نظرة عامة على نظام التحكيم كوسيلة لحل المنازعات، وذلك في فصل تمهيدي يسبق الخوض في موضوع الدراسة.

رابعاً : خطة الدراسة :-

بناءً على ما تقدم، سيتم دراسة هذا الموضوع في ضوء الخطة التالية :

الفصل التمهيدي: التحكيم كوسيلة لحل المنازعات.

الباب الأول: التحكيم في العقود الإدارية في التشريع الكويتي والأنظمة القانونية المقارنة.

الفصل الأول : التحكيم في العقود الإدارية في النظم القانونية المقارنة.

الفصل الثاني : موقف المشرع الكويتي من التحكيم في العقود الإدارية .

الباب الثاني: موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في الكويت والأنظمة القانونية المقارنة .

الفصل الأول: موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في الأنظمة القانونية المقارنة.

الفصل الثاني: موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الكويتي .

وتنتهى الدراسة بخاتمة تتضمن خُلاَصَةَ البحث بشيء من الإيجاز، وبعد ذلك توصيات ومقترحات الدراسة فى هذا الشأن.

الفصل التمهيدي
التحكيم كوسيلة لحل المنازعات

تمهيد وتقسيم :

نظام التحكيم من الأنظمة القديمة والهامة والحيوية التي بدأت تأخذ