جامعـــة القاهـــرة
كليـــة الحقـــوق
قسم القانون العـــام

التحكيم في العقود الإدارية في الكويت

دراسة مقارنة

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 عضـــواً

أستاذ القانون العام بحقوق بنى سويف والنائب الأسبق لرئيس جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ جابـر جـاد نصـار عضـــواً

أستاذ القانون العـام بكليـة الحقـوق – جامعـة القاهـرة

٢٠٠٧

جامعـــة القاهـــرة
كليـــة الحقـــوق
قسم القانون العـــام

التحكيم في العقود الإدارية في الكويت

دراسة مقارنة

رسالة لنيل درجة الدكتوراه فى الحقوق

مقدمة من

الباحث / **خالد فلاح عواد العنزي**

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة :

الأستاذ الدكتور/ أنـور أحـمـد رسـلان مشرفاً ورئيساً

أستاذ القانون العام – العميد الأسبق لكلية الحقوق – جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ محمد أنس قاسم جعفر عضـــواً

أستاذ القانون العام بحقوق بنى سويف والنائب الأسبق لرئيس جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور/ جابـر جـاد نصـار عضـــواً

أستاذ القانون العـــام بكليـة الحقـوق – جامعـــة القاهـرة

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

الإهـــــداء

إلى والدتي الغالية.....

إلى والدي العزيز.....

وإلى توأمي أمام عظيم عطائهم كل إهداء

إلى زوجتي التي ساعدتني على هذا العمل.....

إلى أولادي قرة عيني

رياض- فلاح

الذين أتى هذا العمل على حساب جانب

كبير من وقتهم.....

إلى الأحبة والرفاق.....

إليهم جميعاً أهدي أقل ما أمتلكت، بعضاً من

العلم

شكـــر وتقديـــر

الحمد لله وحده، والصلاة على من لا نبي بعده، أما وقد فرغت من إنجـــاز هذا العمل بتوفيقٍ من الله وحده، فما توفيقي إلا بالله، ومن لا يشكر الـــناس لا يشكر الله، فإنه لمن دواعي سروري أن أرفع أسمى آيات الشكر للســـادة أعضاء لجنة الحكم على أطروحتنا هذه - وهم صفوةُ الصَّفوة من فقهـــاء القـــانون العـــام فـــي مصر - فأتقدم بجزيل الشكر وكبير الامتنان لأســـتاذي - أســـتاذ الأجيال- **الأستاذ الدكتور/ أنور أحمد رسلان** الذي شمل هـــذا العمـــل بالرعاية والسُّقيا مُذْ كان بذرةً في عالم الخيال، إلى أنْ صار شـــجرةً وارفةَ الظِّلال، فقد كان لتوجيهات ونصائح سيادته الدور الأكبر في إثراء وإغناء هذه الدراسة، بالإضافة للدعم المعنوي غير المحدود الذي ذلّل لـــنا الجســـيم مـــن الصعاب التي كابدناها، وصوَّبَ الخَاطِئ من خُطَانا على طـــريق إعداد هذا العمل، فجزاه الله عني خير ما جازى معلماً عن تلميذه، ومتَّعه بموفور الصحة والعافية.

كمـــا أتقدم بشكري الخالص، وامتناني الكبير **للأستاذ الدكتور/ محمد أنس جعفر** الذي أثرى - ولمَّا يزل - المكتبة القانونية العربية بالأعمال العلمـــية القـــيِّمة، لتفضله بقبول الاشتراك في مناقشة وتقييم هذه الدراسة التـــي ستثرى بنفحات علمه الزاخر، فجزاه الله خير الجزاء، ومتَّعه بموفور الصحة والعافية.

كمـــا أتقدم بخالص الشكر ووافر الامتنان لأستاذي، **الأستاذ الدكتور/ جابر جاد نصار**، الـــذي شـــرفت لتفضله بقبول الاشتراك في مناقشة هذه الدراســـة والحكـــم عليها، وتصويب ما بها من أخطاء، وتقويمها لتظهر بأفضل شكل، فجزاه الله خير الجزاء، ومتَّعه بموفور الصحة والعافية.

مقدمة

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

أولاً: المقصود بالعقود الإدارية:

تلجأ الإدارة بمناسبة ممارستها لنشاطها في إدارة المرافق العامة وتسييرها إلى إبرام العقود.

ومن المسلم به أن عقود الإدارة ليست من طبيعة واحدة، فهي تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، فقد تخضع لنظام القانون الخاص ويسري عليها ما يسري على العقود التي يبرمها الأفراد فيما بينهم، وتدخل في اختصاص القضاء العادي، فتسمى عقود الإدارة المدنية. وقد تخضع لنظام القانون العام عندما تبرم العقود باعتبارها صاحبة سلطة عامة، فتكون من اختصاص القضاء الإداري، فهذه تسمى العقود الإدارية.

وقد أرسى القضاء الإداري – سواء الفرنسي أو المصري أو الدائرة الإدارية في الكويت – قواعد مستقلة وقائمة بذاتها تحكم العقود الإدارية، وتتفق مع طبيعة روابط القانون العام واحتياجات المرافق العامة ومقتضيات سيرها بانتظام وإضطراد، عاملاً في الوقت نفسه على تحقيق التوازن والمواءمة بين ذلك الهدف والمصالح الفردية.

فمن المقرر لاعتبار العقد عقدًا إداريًا، هو أن يكون أحد طرفيه شخصًا معنويًا عامًا يتعاقد بوصفه سلطة عامة، وأن يتصل العقد بنشاط مرفق عام بقصد تسييره أو تنظيمه، وأن يتسم بالطابع المميز للعقود

الفهـــرس

الموضـــوع	الصفحة
مقدمـــــة	١
الفصل التمهيدي	
التحكيم كوسيلة لحل المنازعات	
تمهيد وتقسيم :	٧
المبحث الأول : مفهوم التحكيم وطبيعته القانونية	٩
المطلب الأول : ماهية التحكيم وتميزه عن النظم الأخرى المشابهة	٩
الفرع الأول : ماهية التحكيم	٩
الفرع الثاني : تمييز نظام التحكيم عن النظم الأخرى المشابهة.	٢٧
المطلب الثاني : طبيعة نظام التحكيم	٣٤
المبحث الثاني : نظام التحكيم في دولة الكويت	٥٨
المطلب الأول : تطور نظام التحكيم في التشريع الكويتي	٥٩
المطلب الثاني : أشكال التحكيم في التشريع الكويتي	٦٣
الباب الأول	
التحكيم في العقود الإدارية في التشريع الكويتي والأنظمة القانونية المقارنة	
تمهيد وتقسيم:	٧٣
الفصل الأول	
التحكيم في العقود الإدارية في النظم القانونية المقارنة	
تمهيد وتقسيم:	٧٥

المبحث الأول : التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي. ٧٥
تمهيد وتقسيم: ٧٥
المطلب الأول : الحظر التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية الداخلية..... ٧٦
المطلب الثاني : الاستثناءات التشريعية على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية..... ٨٠
المطلب الثالث : التحكيم في العقود الإدارية الدولية..... ٨٧
المبحث الثاني : التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري. ٩١
تمهيد وتقسم: ٩١
المطلب الأول : الوضعُ التشريعيُّ قبل صدورِ قانونِ التحكيمِ رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ..... ٩٢
المطلب الثاني : صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ..... ١٠١
الفرع الأول : صدور القانون رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤في شأن التحكيم في المواد المدنية والتجارية ١٠٢
الفرع الثاني : جواز التحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ..... ١٠٥
الفرع الثالث : التحكيم الدولي في العقود الإدارية في القانون المصري ١١٠

الفصل الثاني

موقف المشرع الكويتي من التحكيم في العقود الإدارية

تمهيد وتقسيم..... ١١٧
المبحث الأول : التحكيم الداخلي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ١١٨

تمهيد وتقسيم ١١٨
المطلب الأول : الوضع التشريعي للتحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم القضائي رقم ١١ لسنة ١٩٩٥ ..... ١١٩
الفرع الأول : جواز التحكيم في العقود الإدارية حتى صدور قانون الدائرة الإدارية ١١٩
الفرع الثاني : الاختصاص الحصري للدائرة الإدارية في منازعات العقود الإدارية ١٢٥
المطلب الثاني : صدور قانون التحكيم القضائي رقم (١١) لسنة ١٩٩٥ ..... ١٢٨
المبحث الثاني : التحكيم الأجنبي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ١٣٤
تمهيد وتقسيم ١٣٤
المطلب الأول : التحكيم الأجنبي في العقود الإدارية في قانون المرافعات الكويتي ١٣٦
المطلب الثاني : قرار مجلس الوزراء رقم ١٩٨٨/١١ الخاص بالعقود المبرمة بين الجهات الحكومية والمقاولين الأجانب ١٤٠

الباب الثاني

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

تمهيد وتقسيم ١٤٥

الفصل الأول

موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في الأنظمة القانونية المقارنة

تمهيد وتقسيم ١٤٧

المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي ١٤٨

المطلب الأول : موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الفرنسي ١٤٩

المطلب الثاني : موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية في فرنسا ١٥٦

الفرع الأول : موقف مجلس الدولة الفرنسي من التحكيم في العقود الإدارية ١٥٧

الفرع الثاني : موقف القضاء العادي في فرنسا من التحكيم في العقود الإدارية ١٦٦

المبحث الثاني : موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون المصري ١٧٥

المطلب الأول : الخلاف بشأن التحكيم في منازعات العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ..... ١٧٦

الفرع الأول : موقف الفقه من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ... ١٧٧

الفرع الثاني : موقف القضاء من التحكيم في العقود الإدارية قبل صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ... ١٨٨

المطلب الثاني : موقف الفقه والقضاء بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧لسنة ١٩٩٤ وتعديله بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ..... ٢٠٢

الفـــرع الأول : استمرار الخلاف الفقهي والقضائي بشأن التحكيم في العقود الإدارية بعد صدور قانون التحكيم رقم ٢٧ لسنة ١٩٩٤ ..... ٢٠٣

الفـــرع الثاني : موقف الفقه والقضاء من إقرار المشرع للتحكيم في العقود الإدارية بالقانون رقم ٩ لسنة ١٩٩٧ ٢٢٦

الفصل الثاني

موقف الفقه والقضاء من التحكيم في العقود الإدارية في القانون الكويتي

تمهيد وتقسيم ٢٥٣

المبحث الأول : موقف الفقه والقضاء من التحكيم العادي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٥٣

المطلـــب الأول : موقـــف الفقـــه والإفتاء من التحكيم العادي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٥٤

الفـــرع الأول : موقـــف الفقـــه من التحكيم العادي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٥٥

الفـــرع الثاني : موقف إدارة الفتوى والتشريع من التحكيم العادي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٦١

المطلـــب الثانـــي : موقف القضاء الكويتي من التحكيم العادي في العقود الإدارية ٢٧١

الفـــرع الأول : موقـــف القضـــاء الكويتي من التحكيم العادي في العقـــود الإدارية قبل صدور قانون إنشاء الدائرة الإداريـــة فـــي المحكمـــة الكلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ ..... ٢٧٣

الفـــرع الثانـــي : موقـــف القضاء الكويتي من التحكيم العادي في العقـــود الإداريـــة بعد صدور قانون إنشاء الدائرة الإدارية بالمحكمة الكلية رقم ٢٠ لسنة ١٩٨١ . ٢٧٦

المبحث الثاني : موقف الفقه والقضاء من التحكيم القضائي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٨١

المطلب الأول : موقف الفقه والإفتاء من التحكيم القضائي في العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٨٢

الفرع الأول : موقف الفقه من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي ٢٨٣

الفرع الثاني : موقف إدارة الفتوى والتشريع من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية في القانون الكويتي..... ٢٩١

المطلب الثاني : موقف القضاء الكويتي من التحكيم القضائي في العقود الإدارية..... ٢٩٦

الفرع الأول : موقف هيئات التحكيم القضائي من منازعات العقود الإدارية..... ٢٩٦

الفرع الثاني : موقف محكمة التمييز الكويتية من التحكيم القضائي في منازعات العقود الإدارية..... ٣١٤

الخاتمة..... ٣٢٣

قائمة المراجع..... ٣٢٧

أولاً باللغة العربية..... ٣٢٧

ثانياً باللغة الفرنسية..... ٣٤٥

الفهرس..... ٣٤٩

مستخلص الرسالة

تناولت الرسالة موضوع التحكيم فى العقود الإدارية فى الكويت «دراسة مقارنة» مع النظام الفرنسى والمصرى، نظرًا لأهمية هذا الموضوع على المستويين الوطنى والدولى، وما أثاره من مسائل قانونية جديرة بالبحث.

لذلك قسمت الرسالة إلى فصل تمهيدى نبين فيه نظام التحكيم كوسيلة غير قضائية لحل المنازعات، وإلى بابين، الأول : وضحت فيه موقف كل من القانون الفرنسى والقانون المصرى والقانون الكويتى من التحكيم فى العقود الإدارية، أما الباب الثانى من الرسالة فتطرقت فيه إلى موقف الفقه – سواء المؤيد أو المعارض – من مسألة التحكيم فى العقود الإدارية فى كل من الأنظمة القانونية السابقة، وكذلك بينت فى هذا الباب موقف القضاء – سواء القضاء الإدارى أو القضاء العادى – الكويتى والمقارن من تلك المسألة.