إجراءات التحكيم في العقود الإدارية: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون في الإمارات والتشريعات العربية

إبتسام جمعة سعيد الشامسي

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

إجراءات التحكيم في العقود الإدارية: دراسة مقارنة بين الشريعة والقانون في الإمارات والتشريعات العربية

بحث مقدم لنيل درجة دكتورة الفلسفة في الشريعة والقضاء

إبتسام جمعة سعيد الشامسي

جامعة العلوم الإسلامية الماليزية

سبتمبر ٢٠٢٢ م

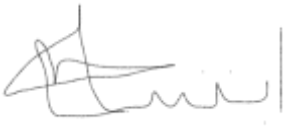
UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الإقرار

بسم الله الرحمن الرحيم

إني أُقر وأعترف بأن هذا البحث من عملي وجهدي الشخصي، أما المقتطفات والاقتباسات، فقد أشرت إلى مصادرها في هامش البحث.

التاريخ: ٢٠٢٢/٠٩/٢١

التوقيع: 

الاسم: أبتسام جمعة سعيد الشامسي

الرقم الدراسي: ٤١٧٢٦٣٠

العنوان: الإمارات

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
جامعة العلوم الإسلامية الماليزية
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

الشكر والتقدير

يطيب لي أن أتقدم بوافر الشكر والتقدير لدكتور بيء رحيم بن بيء واجيس والدكتورة روزيانا بنت محمد رزالي وهما المشرفان على رسالتي، والذين تفضلا بإشرافهما على البحث ومنحه بعضاً من وقتهما الثمين على المراجعة وأمداني فرصة الاستفادة من علمهم الفياض، أسأل الله أن يجازيهم عني كل خير، كما أتوجه بالشكر والعرفان للأساتذة الذين تفضلوا بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة، والحكم على هذه الرسالة، وإنها لفرصة عظيمة كي أستفيد من توجيهاتهم ونصائحهم القيمة.

والشكر موصول أيضا إلى كل مَنْ مَدَّ لي يد العون والمساعدة في فترة إعداد هذا البحث، وأخص منهم بالذكر عائلتي وزملائي بالدراسة، وعميد كلية الشريعة والقانون، والأعضاء القائمين على إدارة المكتبة المركزية بجامعة العلوم الإسلامية الماليزية، وإلى كل الموظفين بمكتبة إدارة الشريعة والقانون وإدارة الدراسات العليا بجامعة العلوم الإسلامية والماليزية.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ABSTRAK

Objektif penyelidikan ini adalah untuk membincangkan isu berhubung timbang tara (arbitration) dari sudut perundangan, sejarah perkembangan, ciri-ciri serta aplikasinya dalam perundangan. Penyelidikan ini juga akan menjelaskan prinsip timbang tara dalam menyelesaikan pertikaian dalam kontrak pentadbiran, serta menjelaskan perbezaan antara kontrak undang-undang pentadbiran dengan kontrak undang-undang persendirian. Ini bertujuan untuk mengelakkan sebarang kekeliruan berkaitan timbang tara dalam kontrak pentadbiran. Kajian ini juga bertujuan untuk melihat kemungkinan menggunakan timbang tara dalam pertikaian kontrak pentadbiran serta kedudukannya dari sudut perundangan dan badan pentadbiran kehakiman. Di samping itu juga, kajian ini akan menjelaskan kedudukan perundangan UAE serta perundangan-perundangan lain mengenai timbang tara dalam pertikaian kontrak pentadbiran dan hubungannya dengan prinsip perundangan. Kajian ini turut menjelaskan tentang prosedur timbang tara dalam pertikaian kontrak pentadbiran berhubung kedaulatan negara dan undang-undang awam serta kesan prosedur timbang tara terhadap undang-undang kontrak pentadbiran. Methodologi yang digunakan dalam kajian ini adalah methodologi perbandingan di samping methodologi deskriptif dan analitikal. Terdapat beberapa permasalahan yang ditonjolkan dalam kajian ini antaranya; apakah halangan yang mungkin akan timbul dalam proses timbang tara berhubung kes pentadbiran? Apakah kesan halangan ini terhadap proses timbang tara? Melalui penyelidikan ini, terdapat beberapa keputusan yang telah dicapai antara yang paling penting ialah; Penggubal undang-undang Mesir, Jordan, Libya dan Emirate telah meluluskan penggunaan timbang tara dalam pertikaian pentadbiran kontrak. Walau bagaimanapun, penggubal undang-undang Mesir telah berhadapan dengan pelbagai kontroversi berkaitan kemungkinan menggunakan timbang tara dalam perundangan. Kajian itu juga menunjukkan bahawa salah satu kesan undang-undang timbang tara dalam pertikaian kontrak pentadbiran adalah mengeluarkan isu pertikaian dalam pentadbiran kontrak yang menjadi kandungan perjanjian timbang tara dan tempatnya dari skop dan rangka kerja undang-undang yang ditentukan untuknya di bawah undang-undang yang mengawal perjalanan prosedur pertikaian kontrak pentadbiran oleh badan timbang tara yang berwibawa. Penyelidik mengesyorkan agar satu undang-undang yang berasingan diwujudkan bagi mengatur, menyusun dan menilai prosedur timbang tara dan prosesnya dalam pertikaian kontrak pentadbiran. Dengan syarat bahawa ianya bukan berbentuk peribadi atau individu. Ianya mestilah dibentuk secara kolektif oleh tribunal timbang tara. Begitu juga terdapat keperluan untuk menambah beberapa artikel yang berkaitan dengan semua prosedur secara umum, prosedur tindakan oleh penimbang tara serta prosedur yang diikuti oleh tribunal timbang tara untuk menyelesaikan pertikaian seperti yang dilakukan di beberapa negara.

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

ملخص

تهدف الباحثة من هذه الدراسة الى بيان التطور التاريخي للتحكيم وطبيعته القانونية ومجالات تطبيقه، وكذلك بيان ماهية التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية وتوضيح العقد الإداري المستهدف في هذه الدراسة وتمييزه عن عقود القانون الخاص حتى يتمكن من إزالة الغموض الذي قد يقع فيه البعض حول التحكيم الإداري. كما تهدف الدراسة إلى معرفة موقف الفقه والقضاء الإداريين من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في مجال منازعات العقود الإدارية على وجه الخصوص، وتوضيح موقف التشريع الإماراتي والتشريعات المقارنة من التحكيم في منازعات العقود الإدارية وعلاقته بمبدأ المشروعية، وبيان إجراءات التحكيم في منازعات العقود الإدارية على سيادة الدولة وعلى قواعد القانون العام فيها، وبيان أثر إجراءات التحكيم على الخصائص والطبيعة القانونية للعقد الإداري. وقد استخدمت الباحثة المنهج المقارن مقروناً بالمنهجين الوصفي والتحليلي وذلك للإجابة على إشكالية البحث المتمثلة في السؤال التالي: ما هي العوارض التي يمكن ان تظهر وتعتري العملية التحكيمية في القضايا الإدارية؟ وما هو تأثير هذه العوارض على عملية التحكيم؟ وقد توصلت الدراسة إلى جملة من النتائج أهمها: توصلت الدراسة إلى أنّ المشرع المصري والأردني والليبي والإماراتي أقر اللجوء إلى التحكيم في المنازعات الإدارية العقدية، إلاّ أنّ المشرع المصري قد حسم الجدل الواسع والخلاف الدائر حول مدى إمكانية اللجوء إلى التحكيم في هذا المجال، وكما بينت الدراسة ايضاً أنّ من الآثار القانونية للتحكيم في منازعات العقود الإدارية إخراج النزاعات الإدارية العقدية موضوع اتفاق التحكيم ومحله عن نطاق وإطار القانوني المعين والمحدد لها بموجب القوانين المنظمة لسير إجراءات منازعات العقود الإدارية أمام هيئات التحكيم المختصة بهذا، وتوصي الباحثة في هذه الدراسة ضرورة إصدار تشريع مستقل يرتب ويقيم وينظم اجراء التحكيم وعمليته في منازعات العقود الإدارية بشرط أن يراعي في ذلك استبعاد التشكيل الشخصي أو الفردي والاعتماد بالتشكيل الجماعي لهيئة التحكيم، وايضاً ضرورة إضافة بعض المواد التي تخص كافة الاجراءات على وجه العموم واجراءات رد المحكمين واجراءات التي تتبعها الهيئة التحكيمية لتسوية الخلافات أو النزاعات كما فعل بعض التشريعات الوطنية.

ABSTRACT

The researcher expects to demonstrate the historical development of arbitration, its legal nature, and its fields of application through this study. Clarifying the nature of arbitration in the context of administrative contract disputes, as well as clarifying and distinguishing the administrative contract from private law contracts. In order for the researcher to be able to remove any ambiguity regarding arbitration in the administrative contract. The study also seeks to ascertain the position of jurisprudence and the administrative judiciary on the use of arbitration in the context of administrative contract disputes. In addition to explaining and clarifying the position of UAE legislation and comparative legislation on administrative contract arbitration and its relationship to the legality principle. And clarifying arbitration procedures in administrative contract disputes involving state sovereignty and public law rules. This is in addition to explaining and clarifying the impact of arbitration procedures on the administrative contract's characteristics and legal nature. The researcher used the comparative approach in conjunction with the descriptive and analytical approaches. To address the study's problem, what are the symptoms that may appear during the arbitral process in administrative cases? What effect do these symptoms have on the arbitration process? The researcher arrived at a number of conclusions, the most important of which are: The Egyptian, Jordanian, Libyan, and Emirati legislators approved the use of arbitration in contractual administrative disputes, but the Egyptian legislator has resolved the wide controversy and controversy surrounding the possibility of using arbitration in this field. The study also revealed that one of the legal effects of arbitration in administrative contract disputes is that it removes the contractual administrative disputes, the subject of the arbitration agreement, and its location from the scope and legal framework specified for it under the laws governing the conduct of administrative contract dispute procedures before competent arbitration institutions. The researcher suggests that an independent legislation be enacted that arranges, evaluates, and organizes the arbitration procedure and its process in administrative contract disputes. Provided, however, that consideration is given to excluding the personal or individual formation and relying on the arbitral tribunal's collective composition. Also, as some national legislation has done, there is a need to add some articles that pertain to all procedures in general, procedures for responding to arbitrators, and procedures followed by the arbitral tribunal to settle disputes or conflicts

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA

فهرس المحتويات

الإقرار ب
الشكر والتقدير ج
ABSTRAK د
ملخص هـ
ABSTRACT و
فهرس المحتويات ز

الفصل الأول: الفصل التمهيدي

تمهيد ١
مشكلة الدراسة ٤
أسئلة الدراسة ٤
أهداف الدراسة ٥
أهمية الدراسة ٦
حدود الدراسة ٧
منهج الدراسة ٧
الدراسات السابقة ٨
هيكل الدراسة ١٦

الفصل الثاني: مدى مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية

المقدمة ٢١
المبحث الأول: موقف التشريع من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٢٣
المطلب الأول: موقف التشريعات الوطنية المصرية من اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٢٣
الفرع الأول: موقف التشريع المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٢٤
الفرع الثاني: موقف التشريع المصري من التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٢٦
المطلب الثاني: موقف التشريعات الأردنية والليبية والإماراتي من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٢٩

الفرع الأول: موقف المشرع الليبي و الأردني من إمكانية اللجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٣٠
الفرع الثاني: موقف المشرع الإماراتي من إمكانية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية. ٤١
المبحث الثاني: موقف الفقه والقضاء من مشروعية اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥٠
المطلب الأول: الإتجاه الفقهي القضائي المعارض للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥١
الفرع الأول: موقف الفقه المعارض لفكرة اللجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥١
الفرع الثاني: موقف القضاء المعارض للجوء للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥٤
المطلب الثاني: الإتجاه المؤيد للجوء إلى التحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥٦
الفرع الأول: موقف الفقه المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥٦
الفرع الثاني: موقف القضاء المؤيد للتحكيم في منازعات العقود الإدارية ٥٩

الفصل الثالث: الآثار المترتبة على اتفاق التحكيم

المقدمة ٦٣
المبحث الأول: أثر التحكيم على الطبيعة القانونية للعقد ٦٤
المطلب الأول: أثر التحكيم على خصائص العقد الإداري ٦٤
الفرع الأول: المنازعات في العقود الادارية ٦٨
الفرع الثاني: نظام التحكيم في المنازعات الإدارية ٧٠
المطلب الثاني: أثر التحكيم على منازعات العقود الإدارية ٧٣
الفرع الأول: القانون المصري ٧٦
الفرع الثاني: القانون الأردني ٧٧
المبحث الثاني: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية والتنفيذية ٧٨
المطلب الأول: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على حصانة الدولة القضائية ٧٩
الفرع الأول: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة عند التمسك بها امام هيئة التحكيم ٧٩
الفرع الثاني: أثر التحكيم على الحصانة القضائية للدولة حالة التمسك بها أمام المحاكم القضائية الأجنبية ٨٤
المطلب الثاني: أثر التحكيم على الحصانة التنفيذية للدولة ٨٧

الفرع الأول: الحصانة التنفيذية ضد الدولة ٨٨
الفرع الثاني: وجهات نظر الفقهاء في الحصانة التنفيذية ٨٨
المبحث الثالث: أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري في الدولة ٩١
المطلب الأول: العوامل التي تحد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري ٩٢
الفرع الأول: العوامل التي تحد التحكيم ٩٢
الفرع الثاني: دور المحكمة الرقابي في التحكيم ٩٤
المطلب الثاني: العوامل التي تزيد من أثر التحكيم في منازعات العقود الإدارية على مستقبل القضاء الإداري. ٩٦
الفرع الأول: أثر التحكيم في المنازعات الإدارية ٩٦
الفرع الثاني: التحكيم ومبدأ سلطات الإرادة ٩٨

الفصل الرابع: تطور مفهوم التحكيم في الحضارات الإنسانية

المبحث الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى، في الشريعة، نظام، وفي العصر الحديث. ١٠٤
المطلب الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة والوسطى ١٠٥
الفرع الأول: نظام التحكيم في العصور القديمة ١٠٥
الفرع الثاني نظام التحكيم في العصور الوسطى ١٠٨
المطلب الثاني: نظام التحكيم في الشريعة الإسلامية ١١٠
الفرع الأول: أدلة مشروعية نظام التحكيم في القرآن الكريم ١١٠
الفرع الثاني: موقف السنة النبوية والإجماع من نظام التحكيم ١١٢
المطلب الثالث: نظام التحكيم في العصر الحديث ١١٤
الفرع الأول: نظام التحكيم خلال القرنين الثامن عشر والتاسع عشر ١١٤
الفرع الثاني: نظام التحكيم في عهد عصبة الأمم سنة ١٩١٩م ١١٧
الفرع الثالث: نظام التحكيم في عهد الأمم المتحدة سنة ١٩٤٥م ١١٧
المبحث الثاني: الأحكام العامة للتحكيم (تعريفه، أنواعه، تميزه، طبيعته القانونية) ١١٨
المطلب الأول: التعريف بنظام التحكيم ١١٩
الفرع الأول: التعريف بنظام التحكيم عند الفقه ١١٩
الفرع الثاني: التعريف بنظام التحكيم عند القضاء ١٢١

الفرع الثالث: تعريف التحكيم في القانون المدني ١٢٢
المطلب الثاني: أنواع التحكيم وتميزه عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له ١٢٣
الفرع الأول: أنواع التحكيم ١٢٤
الفرع الثاني: تمييز التحكيم عن غيره من التصرفات القانونية المشابهة له ١٢٦
الفرع الثالث: صور اتفاق التحكيم ١٢٨
المطلب الثالث: الطبيعة القانونية لنظام التحكيم ١٢٩
الفرع الأول: موقف المشرع والقضاء من الطبيعة القانونية للتحكيم ١٢٩
الفرع الثاني: موقف الفقه من الطبيعة القانونية للتحكيم ١٣١
المبحث الثالث: الأحكام العامة للعقود الإدارية ١٣٤
المطلب الأول: المفاهيم العامة للعقود الإدارية ١٣٥
الفرع الأول: التعريف بالعقود الإدارية ١٣٥
الفرع الثاني: أنواع العقود الإدارية ١٣٧
الفرع الثالث: معايير تمييز العقد الإداري عن العقد المدني ١٣٩
المطلب الثاني: تعريف التحكيم بالوصف الإداري والمنازعة الإدارية مع بيان مبررات اللجوء إليه ١٤١
الفرع الأول: تعريف التحكيم الإداري ١٤٣
الفرع الثاني: التعريف بالمنازعات الإدارية ١٤٤ .
الفرع الثالث: مبررات اللجوء إلى التحكيم ١٤٥

الفصل الخامس: الخاتمة والنتائج والتوصيات

الخاتمة ١٤٥
النتائج ١٤٦
التوصيات ١٤٨
المصادر والمراجع ١٥٠

UNIVERSITI SAINS ISLAM MALAYSIA
ISLAMIC SCIENCE UNIVERSITY OF MALAYSIA