الإشكالات الناشئة عن إبرام العقد الإداري الإلكتروني

م.م.كوثر صادق موسى

الملخص:
تخضع العقود بمختلف اشكالها لقواعد محددة ، وهي ترتب مجموعة من الاثار القانونية ذات الصلة بموضوعها ، وقد برزت في الاونة الاخيرة صيغ جديدة من العقود الادارية متمثلة بأشكال العقد الاداري الالكتروني الذي سينصب بحثنا عليه بصورة مباشرة حيث سنعرف اولاً بما هية هذا العقد فضلاً عن وسائل التعبير عن الارادة في ابرامه وكيفية انعقاده ، والحقيقة ان اغلب الدول العربية قد عمدت الى اصدار تشريعات خاصة بالتوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية وهي تطبق على انواع العقود التي تتم باللجوء الى وسائل الكترونية.

الكلمات المفتاحية: العقود الالكترونية – العقد الاداري الالكتروني – المناقصة – المزايدة – مبدأ السرية والشفافية.

Problems Resulting from Entering Electacts Administrative Contracts

Kawther sadeq mousa

Abstract
This article aims at solving same problem related with the state contract which is concluded via electronic means ,and the capability of this modern means in creating these types of contracts by virtue of the fact that these kinds of contract are distinct by complicated nature in relation with the procedures of its conclusion.

Keywords: public tender -public bidding - contract - administrative - Electronics

المقدمة:

ظلت العقود بوجه عام، سواء أكانت مدنية أم إدارية تخضع إلى قواعد معينة من حيث التعبير عن الإرادة وكيفية إبرام العقد، ففيما يتعلق بالعقود المدنية، فقد قررت القواعد العامة في القانون المدني[١] الأحكام المتعلقة بكيفية التعبير عن الإرادة، أي وسائل التعبير عنها، والأثر المترتب على ذلك[٢].

أما في نطاق العقود الإدارية، فالأصل فيها ـ كما يرى بعض الفقه وبعض أحكام القضاء ـ أن المشرّع لم يحدد شكلاً أو وسيلة محددة في التعبير عن الإرادة عند إنشاءها، فهي تخضع لقاعدة التحرر من الشكلية، ومن ثمَّ فإنه يكفي توافق الإدارة ومَنْ يتعاقد معها على إنشاء العقد[٣] . وهذا ما ذهبت إليه بعض أحكام القضاء المصري، إذ أجازت التعبير عن الإرادة بغير الكتابة " إذ لا يشترط في العقد الإداري أن يكون مكتوباً "[٤].

وكان من آثار التطور الكبير في المجتمعات المعاصرة في الجانب العلمي والتقني، والمتمثل بظهور الحاسب الآلي (الكومبيوتر) وتنوع استعمالاته في شتى ميادين الحياة، وكذلك التطور الذي شهده ميدان الاتصالات. أن ظهرت طائفة من العقود أطلق عليها العقود الإلكترونية (E-electronic) . أو العقود المبرمة عن بُعد. وقد رافق ظهور هذه الوسائل بروز العديد من الإشكالات والتساؤلات[٥].

---

(١) أو قانون الموجبات والعقود كما يطلق عليه في لبنان، وهو قانون الموجبات والعقود الصادر بتاريخ ١٩٣٢/٣/٩، المنشور في الجريدة الرسمية بتاريخ ١٩٣٤/٤/١١، والنافذ في ١٩٣٤/١٠/١١.

(٢) إذ نصت المادة (٧٩) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ على أن " كما يكون الإيجاب والقبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الأخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ مسلك آخر لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على التعاقد ". أما قانون الموجبات والعقود اللبناني فلم يحدد صراحةً وسائل التعبير عن الإرادة (المشيئة) وإنما أشار إليها بشكل ضمني ضمن الأحكام المتعلقة بالعرض أو الإيجاب والقبول الواردة في المادتين (١٧٩-١٨٠) من قانون الموجبات.

(٣) في تفصيل هذا الرأي يُراجع: الدكتور سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٧، ص ٣٥٤. وكذلك الدكتورة سعاد الشرقاوي، إذ ترى أن المبدأ هو أن العقود الإدارية لا يشترط لسلامتها شكل معين، فتلاقي الإرادتين هو كافٍ لسلامة العقد ما لم يفرض القانون وجوب اتخاذ أشكال وإجراءات معينة لإبرام العقد الإداري. العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص ٢٥٧.

(٤) محكمة القضاء الإداري المصرية، تاريخ ١٩٥٩/٤/٤. وكذلك قضت المحكمة الإدارية العليا في حكمها الصادر في ١٩٦٨/٥/١٨ بأنه " ومن حيث المبدأ فإنَّ العقد غير المكتوب... ولئن كان غير مألوف في المجال الإداري بسبب جنوح الإدارة عادةً إلى إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة، إلاَّ أنه لا زال يؤدي دوراً مكملاً لبعض أنواع العقود الإدارية، فقد تركن إليه مع بعض المتعاقدين إذا اتفقت معهم على تكميل أغراض التعاقد من ناحية من النواحي التي انصب عليها ". أشار إلى هذه القرارات الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣٥٥.

(٥) للتفصيل في هذا الموضوع يُراجع: بحث الأستاذ الدكتور سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني، معاناة قاضٍ، مجلة العدل ـ نقابة محامي بيروت، ٢٠٠١، ص ١٥٠ وما بعدها. ولم تقف المسألة عن حدود جانبها النظري، إذ ذهبت محكمة التمييز اللبنانية في قرار لها بتاريخ ٢٠٠١/٢/٦ إلى عدم الاعتداد بالدفاتر التجارية المنظمة على دعامة الإلكترونية، إذ أشارت بأن " دفاتر السيد التجارية الإلزامية ناقصة وغير ممسوكة أصلاً وفق القواعد القانونية المفروضة التي لا يمكن الاستعاضة عنها في ظل التشريع المرعي بأي عُرف مخالف قائم على البرمجة الإلكترونية " أشار إليه الدكتور سامي منصور في بحثه المتقدم ذكره. كما ذهب مجلس شورى الدولة في العراق في القرار بعدد ٢٠٠٨/٥٧تاريخ ٢٠٠٨/٥/٨ بشأن حجية المراسلات والسندات الإلكترونية إلى عدم الاعتداد بها كوسيلة معتمدة من وسائل الإثبات التي قررها قانون الإثبات رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩، إذ ذهب إلى أن " وحيث أن التشريع العراقي قد خلا من نص يعالج حجية المحرر الإلكتروني على خلاف حجية السند الرسمي وصورته التي عالجها في المادتين (٢٣-٢٤) من قانون الإثبات، ومن ثمَّ فإنَّ المجلس يرى " بالنسبة للمحرر الإلكتروني، لا حجية قانونية له وفق التشريع العراقي النافذ وإن معالجتها يتطلب مداخلة تشريعية " القرار منشور في كتاب قرارات وفتاوى مجلس شورى الدولة لعام ٢٠٠٨ ـ وزارة العدل ـ بغداد، مجلس شورى الدولة، ص ١٥٩-١٦١. وقد تحقق الأمر المشار إليه في القرار المذكور بصدور قانون التوقيع الإلكتروني رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ الذي أضفى على السندات والمحررات الإلكترونية حجية في الإثبات معادلة لنظيرتها الورقية وذلك في المادة (١٢).

ومن أهم هذه الإشكالات مسألة كيفية التوقيع على المحررات الإلكترونية ومدى حجيتها في الإثبات، إذ إنَّ القواعد التقليدية في الإثبات تقوم على أسس مختلفة عن تلك التي بها إثبات السندات والمحررات الإلكترونية، فهذه الأخيرة هي " وسائل مجردة عن أي مرتكز ورقي ولا تقترن بالتوقيع الخطي، ويعوزها تبادل النسخ. فالأطراف عند إبرامهم للعقود، عبر الأنترنت لا يتبادلون أي وثيقة بمعنى السند الورقي المكتوب بخط اليد أو الموقع باليد " فضلاً عن أن الوسائل الحديثة في الإثبات الإلكتروني تبدو متعارضة مع القاعدة المعروفة بعدم جواز اصطناع الشخص الدليل لنفسه. فالحاسب الآلي يؤدي مهامه وفقاً للتعليمات والايعازات التي يخزنها، والتي يتحكم بها مستعمله، ومن ثمَّ فإنَّ البيانات الناتجة ـ أي المخرجات ـ هي من صنع مستعمله، وصادرة عنه، ومن ثمَّ فلا يجوز الاحتجاج بها كدليل للإثبات. وقد حاول المجتمع الدولي ممثلاً بالجمعية العامة للأُمم المتحدة، وكذلك المشرّع الوطني في العديد من الدول التصدي لها من خلال إقرار القوانين التي تتضمن الحلول الكفيلة بحل هذه الإشكالات والإجابة على هذه التساؤلات. ومن هذه القوانين القانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية والذي أعدته لجنة الأُمم المتحدة لقانون التجارة الدولية والتي تعرف اختصاراً بالأونسترال الذي اعتمد في ١٩٩٦/٦/١٢ والذي تضمن على بعض الأحكام والمبادئ التوجيهية بشأن إنشاء وصحة العقود المبرمة بوسائل إلكترونية. وعلى أثر ذلك سارعت الكثير من الدول، وبضمنها الدول العربية إلى إصدار القوانين المنظمة للمعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وأولى هذه القوانين هو قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية التونسي بالرقم ٨٣ لسنة ٢٠٠٠. وقانون المعاملات الإلكترونية الأُردني المؤقت رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١. وقانون إمارة دبي للمعاملات والتجارة الإلكترونية رقم ٢ لسنة ٢٠٠٢. وقانون المعاملات الإلكترونية البحريني بالمرسوم بقانون بالعدد رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢. وقانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ إلى غير ذلك من قوانين صدرت في العديد من الدول العربية كان آخرها قانون التجارة الإلكترونية الجزائري لعام ٢٠١٨[١].

إشكالية البحث:

يعالج هذا البحث بعض الإشكالات المتعلقة بإبرام العقد الإداري الإلكتروني، ومن ذلك التعبير عن الإرادة في إنشائه، ومدى جواز اللجوء إلى وسائل التعبير عن الإرادة التقليدية المقررة بمقتضى القواعد العامة في إنشاء العقد الإداري الإلكتروني. وكذلك مدى قدرة الوسائل التقنية الحديثة في التعبير عن الإرادة في إنشاء العقود المتقدم ذكرها، سيّما أن هذه العقود ـ أي العقود الإدارية ـ تتسم ـ وخلافاً للعقود المدنية ـ بالتعقيد والتشعب في إجراءات إبرامها. فضلاً عن إشكالات أُخرى، كتلك المتعلقة بالتوقيع عليها، وكذلك تنفيذها.

---

[١] أما في لبنان فلم يصدر قانون بتنظيم المعاملات الإلكترونية على الرغم من الحكومة اللبنانية قد أقرت في عام ٢٠٠٠ مشروع قانون للمعاملات الإلكترونية هو الأول من نوعه بين الدول العربية، إلاّ أنه لم يتم تشريعه لحد الآن. في نقد هذا الموقف يُراجع: الدكتور بول مرقص، التشريعات العربية اللازمة للتجارة الإلكترونية اليوم، المجلة العربية للفقه والقضاء، القاهرة، العدد ٢٤، ٢٠٠٠، ص ١٨٤ وما بعدها. إلاّ أن العمل يجري حالياً على إكمال تشريع هذا القانون.

أهمية موضوع البحث:

مما لا شكَّ فيه ـ وكما يدلُّ الواقع ـ أن العقود الإلكترونية ـ وبضمنها العقود التي تبرمها الإدارة ـ أصبحت من العقود الشائعة في التعامل اليومي[1]. يقابله في الجانب الآخر، أما وجود تنظيم قانوني غير متكامل يعالج الأحكام المتعلقة بإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، وهو ما نجده في القانون العراقي. أو غياب مثل هذا التنظيم أصلاً في بعض القوانين، كالقانون اللبناني.

تقسيم البحث:

سوف يقسم البحث على ثلاثة مباحث وبالشكل الآتي:

المبحث الأول: ماهية العقود الإدارية الإلكترونية.

المبحث الثاني: وسائل التعبير عن الإرادة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

المبحث الثالث : انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

[1] إذ شهدت العقود الإلكترونية على مختلف أنواعها نمواً متزايداً في السنوات الأخيرة حتى أصبحت تمثل نسبة لا يُستهان بها من حجم المعاملات الدولية والداخلية على السواء. يُراجع في ذلك: الدكتور ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦، ص ١٥٣.

المبحث الأول

ماهية العقود الإدارية الإلكترونية

إنَّ تحديد ماهية العقد الإداري الإلكتروني يتطلب أولاً أن نحدد المقصود بالعقد الإلكتروني وبيان ما يتمتع به من خصائص. ثم نبين ذلك المقصود بالعقد الإداري الإلكتروني وخصائصه. ولذا سيقسم المبحث الأول على مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وخصائصه.

المطلب الثاني: التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني وخصائصه.

المطلب الأول

التعريف بالعقد الإلكتروني وخصائصه

نبين أولاً التعريف بالعقد الإلكتروني وذلك في فرع أول. ثم نبين خصائص هذا العقد وذلك في الفرع الثاني.

الفرع الأول

التعريف بالعقد الإلكتروني

وردت الكثير من التعاريف بقصد بيان المقصود بالعقد الإلكتروني، ومن ذلك ما قررته بعض القوانين المتعلقة بالتجارة أو المعاملات الإلكترونية. كذلك أشار بعض المؤلفين والباحثين في الفقه القانوني إلى تعاريف عدّة للعقد الإلكتروني وهذا ما سنبينه تباعاً:

أولاً: التعريف التشريعي للعقد الإلكتروني

تبنت غالبية القوانين العربية تعريفاً للعقد الإلكتروني[1] وذلك بقصد ضبط المعنى المقصود به، وتمييزه عن العقد التقليدي. إذ أشارت المادة (١ ف٣) من اتفاقية تنظيم أحكام التوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية الموقعة في القاهرة بتاريخ ٢٠٠٨/١٢/٣ إلى أن " العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً ". وهذا التعريف قد أخذت به الاتفاقية المذكورة عن تعريف المادة (١) من قانون المعاملات الإلكترونية الأُردني رقم ٨٥ لسنة ٢٠٠١ التي عرّفت العقد الإلكتروني " بأنه الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل إلكترونية، كلياً أم جزئياً ".

وكذلك عرّف قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ١٢ لسنة ٢٠١٢ في المادة (١ ف١٠) العقد الإلكتروني بأنه " ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة إلكترونية "[2] .

---

[1] بينما لم تعرّف بعض القوانين العربية العقد الإلكتروني، وإنما عرّفت المعاملة الإلكترونية، ومثال ذلك قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ الذي عرّف في المادة (١) المعاملة الإلكترونية بأنها " أي تعامل أو اتفاق يتم إبرامه وتنفيذه كلياً أو جزئياً بواسطة وسائل ومراسلات إلكترونية ".
ويبدو بأن تعبير المعاملة الإلكترونية الوارد في هذا النص هو أعم من لفظ العقد الإلكتروني، ذلك لأنَّ لفظ المعاملة يتضمن أية معاملة إلكترونية بغض النظر عن طبيعتها سواء كانت اتفاقاً (عقداً) أم غير ذلك. وقد أخذ بهذا الاتجاه قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية الإماراتي رقم (١) لسنة ٢٠٠٦.

[2] وقد عرّفت المادة (١ ف ٤) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ الوسائل الإلكترونية بأنها " أجهزة أو معدات أو أدوات كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو كهرومغناطيسية أو أية وسائل أُخرى مشابهة تستخدم في إنشاء المعلومات وتبادلها وتخوينها ".

ويرى البعض من شراح هذا القانون أن التعريف المتقدم ذكره هو ذاته الذي قررته المادة(٧٣) من القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت على أن " العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه " ومن ثمَّ فإنَّ تعريف العقد الإلكتروني الوارد في المادة (١- ف١٠) من قانون التوقيع الإلكتروني يُعدُّ تعريفاً معيباً لأن يتضمن تزييداً في الألفاظ تتمثل بالعبارات الواردة في الشق الأول من النص. وكان بالإمكان تعريفه بأنه " العقد الذي يتم بوسيلة إلكترونية، من دون الحاجة إلى تكرار تعريف المادة (٧٣) من القانون المدني الذي قررته بشأن التعريف بالعقد[١].

ثانياً: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني

قدّم الباحثون في الفقه القانوني العديد من الآراء في تعريف العقد الإلكتروني. إذ ذهب البعض من هؤلاء إلى أن العقد الإلكتروني " هو العقد الذي يبرم في البيئة التجارية، والذي يتم فيه التعبير عن الإيجاب والقبول كلياً أو جزئياً من خلال أجهزة إلكترونية قابلة للبرمجة تربط بينهما شبكة اتصالات متعددة الوسائط قد تكون مفتوحة أو مغلقة "[٢]، وهذا التعريف لا يتسم بالدقة لأنَّ العقد الإلكتروني قد لا يبرم في (بيئة تجارية) ـ أي بين التجار فقط ـ، بل يمكن إبرامه من أشخاص كثيرين، كأشخاص القانون العام ممثلة بالدولة أو الأشخاص المعنوية العامة. وكذلك أشخاص القانون الخاص كالأفراد أو الشركات أو المؤسسات التجارية، ولا يشترط أن يقع بين التجار فحسب. فالعقود التي تبرمها الإدارة يتوافر فيها وصف العقد الإلكتروني إذا ما تم إبرامها بوسائل إلكترونية. وسنعود إلى بحث هذه المسألة مجدداً في صفحات قادمة عند البحث في تعريف العقد الإداري الإلكتروني.

وكذلك عرّف البعض من المؤلفين العقد الإلكتروني بأنه " اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة الاتصال عن بُعد وذلك بوسيلة إلكترونية مسموعة مرئية بفعل التفاعل بين الموجب والقابل "[٣]. وهذا التعريف كذلك غير دقيق لأنَّ العقد الإلكتروني لا يشترك فيه صدور الإيجاب والقبول على شبكة دولية ـ أي شبكة الأنترنيت ـ بل من الممكن أن يقع بوسائل أُخرى، وأبسط مثال على ذلك عقد شراء بطاقات الاشتراك في خدمة الهاتف المحمول أو الخلوي، فهذا العقد يتم بوسيلة إلكترونية باستعمال خاصية الرسائل النصية التي يقدّمها مزود الخدمة من دون أن يشترط لذلك أن يتم عبر الشبكة الدولية للمعلومات ـ أي الأنترنيت ـ.

كما ذكر بعض المؤلفين من الفقه القانوني بأن العقد الإلكتروني هو " اتفاق بين طرفي العقد من خلال تلاقي الإيجاب والقبول عن طريق استعمال شبكة المعلومات " Online " سواء في تلاقي الإرادتين أو في المفاوضات العقدية أو التوقيع أو أية جزئية من جزئيات إبرامه سواء أكان هذا التصرف في حضور طرفي العقد في مجلس العقد أو من خلال التلاقي عبر شاشات الحاسب الآلي أو أية وسيلة إلكترونية سمعية أو بصرية "[٤] .

ويبدو بأن هذا التعريف أفضل التعاريف التي قدّمت للتعريف بالعقد الإلكتروني لسببين أولهما أن هذا التعريف يَعدُّ العقد إلكترونياً إذا ما تم بوسيلة إلكترونية . وثانيهما أن هذا التعريف لا يقصر مفهوم العقد الإلكتروني على مرحلة تبادل الإيجاب والقبول وانعقاد العقد فحسب، بل

---

[١] يُراجع أستاذنا الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، مكتبة السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٦، ص ٣١.

[٣] يُراجع: الدكتور هادي مسلم يونس، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية ـ دار شتات للبرمجيات، المحلة الكبرى، مصر، ٢٠٠٩، ص ١٤٧.

[٣] يُراجع: الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، ص٣٩.

[٤] يُراجع: الدكتور محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط٣، ٢٠١١، ص ٢٨.

يشمل كذلك مرحلة من مراحل العقد، كالمفاوضات التي تتم بين الطرفين سواء في أية مرحلة منها أو فقط بمجرد التوقيع عليه بوسيلة إلكترونية، ومن ثمَّ فإذا كانت المفاوضات السابقة على إبرام العقد قد تمت بوسيلة إلكترونية، لكن التوقيع عليه جرى بحضور طرفيه أو ممثليهما بشمل مادي فهذا العقد يُعدُّ إلكترونياً أو تم عن بُعد[١].

الفرع الثاني

خصائص العقد الإلكتروني

سبق إن ذكرنا بأنَّ العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي سوى بوسيلة إبرامهِ، ومن ثمَّ يوجد تشابه كبير بينهما، ومن ذلك وجوب مراعاة أحكام القانون المقررة بصدد العقد، كقواعد إنشاءه التي تتطلب توافر أركان العقد المقررة بمقتضى القواعد العامة في القانون المدني أو قانون الموجبات والعقود. فضلاً عن أحكام أُخرى كإبطال العقد أو فسخه أو تحديد المسؤولية الناشئة عن الإخلال به. ومع ذلك فإنَّ العقد الإلكتروني له خصائص ينفرد بها عن العقد التقليدي تتمثل بالآتي:

أولاً: من حيث الركيزة أو الدعامة المستعملة في إنشاء العقد

تطلبت القواعد العامة التقليدية بوجوب كتابة العقود على دعامة أو ركيزة تتوافر فيها خاصية الثبات، وبغض النظر عن الدعامة المستعملة في تحريره، إلاّ أن العرف جرى على تحرير العقد على الورق، وذلك لما تتسم به هذه المادة من مزايا مهمة معروفة.

أما العقود الإلكترونية فهي تبرم على ركيزة أو دعامة إلكترونية وذلك بتدوينها مثلاً على شاشة الحاسوب، وخزنها فيه أو نقلها على قرص مدمج أو أية وسيلة أُخرى.

ثانياً: من حيث التوقيع على العقد

تطلبت القواعد العامة وجوب تحرير العقد وتوقيعه بوسائل محددة تتمثل بالإمضاء الكتابي أو بصمة الإبهام[٢]. بينما لا يمكن التوقيع على العقود الإلكترونية بهذه الأساليب، وإنما يجري التوقيع عليها بما يُعرف بالتوقيع الإلكتروني[٣].

ثالثاً: عدم الحاجة إلى التواجد المادي لطرفي العقد

تطلبت القواعد العامة المقررة في القانون المدني بوجوب انعقاد العقد في مجلس يطلق عليه مجلس العقد[٤] ، سواء أكان حضورهم مادياً أو باستعمال وسائل الاتصال التقليدية كالهاتف. أما فيما يتعلق بالعقود الإلكترونية فإنها تتم بين أشخاص لا يجمع بينهم مكان واحد، وإنما تفصل بينهم مسافات قد تكون بعيدة جداً. وقد أمّنت وسائل الاتصال الحديثة إمكانية التفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه على الرغم من بُعد المسافات بحيث يشاهد ويسمع كل طرف الطرف الآخر.

---

(١) يطلق الكثير من الباحثين والمؤلفين اصطلاح العقود المبرمة عن بُعد أو عقود المسافات Distance Contracts على العقود الإلكترونية وهي العقود التي تتم بين طرفين لا يجمعهما مكان واحد. يُراجع الدكتور محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر التوزيع، عمّان، ط٢، ٢٠١١، ص ٧٨.

(٢) يُراجع على سبيل المثال: (٣٤) من قانون الإثبات العراقي رقم ١٠٧ لسنة ١٩٧٩.

(٣) عرّف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم ١٥ لسنة ٢٠٠٤ في المادة (١- ف ج) هذا التوقيع بأنه " ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص المَوَقع عليه ويميزه عن غيره " كما عرّفه بعض المؤلفين بأنه " كل كتابة مدرجة في شكل إلكتروني وتتخذ هيأة حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها ويمكن عن طريقها إثبات نسبة الكتابة إلى موقّعها ". ذكر هذا التعريف: الدكتور عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢، مكتبة السيسبان، بغداد، ط١، ٢٠١٥، ص ١٠٧.

(٤) المادة (٨٢) من القانون المدني العراقي. ومجلس العقد هو مكان يجمع بين المتعاقدين.

رابعاً: من حيث الإثبات: يتم إثبات العقود الإلكترونية بالمحررات الإلكترونية، بينما يتم إثبات العقود غير الإلكترونية ـ مدنية أم إدارية ـ إما بالمحررات الكتابية، أم بأي وسيلة من وسائل الإثبات التي حددها القانون، كالشهادة. وقد ساوت قوانين التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العربية من حيث الحجية بين المحررات الإلكترونية والمحررات الورقية[١].

خامساً: من حيث التنفيذ

أفرزت معطيات التقدم التقني في ميدان الحاسب الآلي والاتصالات إمكانية تنفيذ بعض العقود إلكترونياً، أي بالتسليم المعنوي للمنتجات أو الخدمات المتعاقد عليها كما في برامج الكومبيوتر ونتائج الأبحاث العلمية والأفلام أو الفيدوهات[٢].

المطلب الثاني

التعريف بالعقد الإداري والإلكتروني وخصائصه

ذكرنا فيما تقدم، أن العقود الإلكترونية لم تعد قاصرة على تلك التي يبرمها أشخاص القانون الخاص، سواء أكانوا أفراداً أم شركات أم مؤسسات خاصة، وبإتباع القواعد العامة للقانون الخاص، سواء تلك الواردة في القانون المدني، أو التي تقررها القوانين الخاصة المتعلقة بالتجارة أو الوكالة التجارية أو التأمين أو النقل وغير ذلك.

وإنما امتدت العقود الإلكترونية لتشمل العقود التي تبرمها الإدارة مع الغير، وبغض النظر عن كونه من أشخاص القانون الخاص أم من أشخاص القانون العام.

ومن ثمَّ فلا بُدَّ من الوقوف على المعني المقصود بالقواعد الإداري الإلكتروني، وما هي الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود. إلاّ أنه قبل ذلك من الضروري أن نبين بأن العقود الإدارية الإلكترونية تخضع سواء من حيث إنشاءها أو بعض أحكامها إلى القواعد المقررة في قوانين المعاملات الإلكترونية، وهذا ما قررته بعض القوانين العربية [٣]. فضلاً عن خضوعها لبعض القواعد المقررة بشأن العقود الإدارية بوجه عام[٤] أو قواعد خاصة ببعض العقود الإدارية[٥] ونبين تباعاً المقصود بالعقد الإداري الإلكتروني وذلك في الفرع الأول، ثم نبين في الفرع الثاني خصائص العقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول

التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني

يبدو من الضروري قبل بيان التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني أن نبين أولاً المقصود بالعقد الإداري بوجه عام، ثم نبين ذلك التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني وهو ما نبينه تباعاً:

---

(٢) على سبيل المثال: المادة (١٢) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

(٣) يُراجع: الدكتور ماجد راغب الحلو، مصدر سابق، ص ١٥٥.

(٣) ومن ذلك ما قرره قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢ الذي قرر في المادة (٣) بسريان أحكامه على " المعاملات الإلكترونية التي ينفذها الأشخاص الطبيعيون أو المعنويون " وكذلك " المعاملات التي يتفق أطرافها على تنفيذها بوسائل إلكترونية " وكذلك ما قررته المادة (٢) من قانون المعاملات الإلكترونية الكويتي رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ التي نصت على أن " تسري أحكام هذا القانون على السجلات والرسائل والمعلومات والمستندات والتوقيعات الإلكترونية ذات العلاقة بالمعاملات المدنية والتجارية والإدارية .. ".

(٤) ومثال ذلك: قانون العقود الإدارية الفرنسي بالمرسوم (15-2004) تاريخ ٢٠٠٤/١/٨ .

(٥) ومثال ذلك: التوجيه الأوربي رقم (18-2004) تاريخ ٢٠٠٤/٣/٣١ بشأن التحقيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريدات.

أولاً: تحديد المقصود بالعقد الإداري

قدّمت آراء الفقه وأحكام القضاء تعاريف عدّة لتحديد المقصود بالعقد الإداري. ومن هذه التعاريف أنه عقد يمنح الإدارة صلاحيات استثنائية في مواجهة المتعاقد الآخر ولا يخضع للأحكام العامة المقررة بمقتضى قواعد القانون الخاص، وإنما إلى القواعد المقررة بمقتضى قواعد القانون العام[١]. وقد يحدد القانون بعض أنواع هذه العقود كعقود إدارية بنص صريح، كما هو الحال في عقود الأشغال العامة أو استغلال المرافق العامة أو الشراكة بين القطاعين العام والخاص وقد يحدد العقد الإداري بمقتضى استنبطها الفقه. كما أشار البعض إلى أن العقد الإداري هو " العقد الذي يبرمه شخص معنوي من أشخاص القانون العام، بقصد إدارة مرفق عام، أو بمناسبة تسييره، وأن تظهر نيته في الأخذ بأساليب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شرطاً أو شروطاً استثنائية غير معروفة في عقود القانون الخاص "[٢].

أما القضاء فقد عرّف العقد الإداري بأنه " العقد الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر فيه النية في الأخذ بأسلوب القانون العام وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في تعاملات الأفراد، سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير، لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد، كأن يكون صاحب احتكار فعلي، أو يمنحه الحق في الاستيلاء على بعض العقارات المملوكة للغير مدة مؤقتة[٣].

وقد ذهبت آراء الفقه وأحكام القضاء إلى وجوب توافر ثلاثة شروط لكي يُعدُّ العقد الذي تبرمه الإدارة عقداً إدارياً وتتمثل بما يأتي:

أولاً: أن تكون الإدارة طرفاً فيه.

ثانياً: أن يتعلق العقد بنشاط مرفق عام من حيث تنظيمه وتسييره بقصد تحقيق أغراضه.

ثالثاً: أن تأخذ الإدارة بأساليب القانون العام عند إبرامه، وما ينطوي ذلك على تضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في نطاق عقود القانون الخاص سواء تضمن العقد هذه الشروط، أو كانت مقررة بمقتضى القانون أو اللوائح أو الأنظمة[٤].

الفرع الثاني

التعريف بالعقد الإداري الإلكتروني

تقدّم الكلام بأن العقود الإلكترونية بوجه عام، وأياً كان موضوع أو محل الالتزامات الناشئة عنها تخضع من حيث الأصل إلى الأحكام العامة للعقود التقليدية مع وجود فوارق تحتمها طبيعة هذه العقود تتمثل في طريقة إنشاء أو إبرام العقد الإلكتروني، فضلاً عن كيفية تنفيذه في بعض أنواع العقود[٥].

---

(١) يُراجع في هذا التعريف: مقالة متاحة على الموقع الإلكتروني:

www. Cours-de – droit. net

بعنوان: Les Contr Administrates. 22 Mars 2012.

(٢) الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٥.

(٣) المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم ٣١٢٨، تاريخ ١٩٩٥/١/٢٤، ذكره الدكتور عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٦-١٧.

(٤) الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٨. وبالمعنى نفسه: الدكتور مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، O.P.P.L.C ، أربيل، ط١، ٢٠١٤، ص ٢١. الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ط١، ١٩٩٢، ص ٢٦.

(٥) فعلى سبيل المثال، فإنَّ بعض العقود الإلكترونية يتم تنفيذها ليس وفقاً للطرق التقليدية، أي التسليم المادي أو نقل حيازة المال أو الشيء موضوع أو محل العقد، وإنما يتم تنفيذها كذلك باستعمال الوسائل الإلكترونية، ومثالها عقود

وبناءً على ما تقدم، يمكن القول: بأن العقد الإداري الإلكتروني هو العقد الذي تبرمه الإدارة وذلك باستعمال أساليب القانون العام بما تقرره من صلاحيات استثنائية غير معهودة في العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص، ويكون متعلقاً أو منصباً على إنشاء مرفق عام أو تسييره ويتم بوسيلة إلكترونية[١]. ويثير هذا العقد ذات الإشكالية القديمة التي أثيرت بشأن معايير تمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية، وما طرحه الفقه من معايير للتمييز بينهما ـ وذلك في الدول التي لا تحدد العقود الإدارية بنص قانوني، كما هو الحال في القانون الفرنسي بشأن عقود الشغال العامة وأشغال (شغل) المال العام والتوريد ـ هذه المعايير المتمثلة بمدى جواز لجوء الإدارة إلى استعمال أساليب قواعد القانون العام في إبرامه بما تتضمنه من شروط استثنائية لا تقررها قواعد القانون الخاص في نطاق العقود التي تخضع لها. وكذلك في مدى تعلق العقد بتسيير مرفق عام. وعلى أية حال فإنَّ البعض لا يرى وجود مانع يمنع من انعقاد العقد بوسائل إلكترونية، وهذا ما قرره قانون العقود الإدارية الفرنسي والتوجيه الأوربي، ولا يمنع كذلك من تضمينه شروطاً وأحكاماً استثنائية، الأمر الذي يعطي إمكانية قيام الإدارة بوضع الشروط المتعلقة بالعقد على موقعها الإلكتروني بما يتيح للغير إمكانية التعاقد معها[٢].

وأخيراً لا بُدَّ من الإشارة بأن بعض المؤلفين من الفقه القانوني يرى بأنَّ العقود الإلكترونية التي تبرمها الإدارة أو الجهات الحكومية تمكّنها من إنجاز الكثير من أعمالها وذلك في ظل عدم قدرتها على القيام ببعض الأعمال فتلجأ إلى عرض تفاصيل العروض بما تتضمنه من بيانات أو إجراءات أو نماذج على شبكة الأنترنيت، وتدعو الأفراد أو الجهات الأُخرى إلى التعاقد بشأنها[٣].

شراء المؤلفات أو البرامجيات التي يتم بيعها على الشبكة الدولية للمعلومات (الأنترنيت). فضلاً عن عقود أُخرى يكون موضوعها أو محلها خدمات، ومثالها ما يطلق عليه(بعقد الدخول إلى الشبكة)، أي الشبكة الدولية للمعلومات، والذي يتيح للمتعاقد (الزبون أو العميل) الدخول على هذه الشبكة والإفادة من الخدمات التي تقدمها. وكذلك ما يطلق عليه (بعقد الإيجار المعلوماتي) وهو عقد يلتزم فيه مزود الخدمة بتقديم ما لديه من أجهزة أو معدات ووضعها تحت تصرف العميل أو الزبون لكي يتمكن من مزاولة بعض الأنشطة، ومنها الحق في إنشاء بريد إلكتروني على أحد المواقع المتاحة على الشبكة، وحجز مساحة على سعة الموقع. للتفصيل في هذه العقود، فضلاً عن عقود أُخرى، يُراجع الدكتور سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٧، ص ٧٩. وكذلك الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص ٥٥-٥٦. الدكتور فواز المطالقة، مصدر سابق، ص ٣٧. أستاذنا الدكتور فاروق إبراهيم جاسم، مصدر سابق، ص ٣٦-٣٧.

[١] يرى البعض من الفقه الفرنسي بأنَّ العقد الإداري الإلكتروني Le Contract administrative eletronique - والذي نظم المشرّع الفرنسي بعض صوره في قوانين ومراسيم عدّة، كقانون ٢٠٠٤/٦/٢١ ومرسوم ٨/ ٥ /٢٠٠٥ ومرسوم ٢٠٠٦/٨/١ لا يزال يثير الكثير من التساؤلات التي لم تتبلور إجابات نهائية محددة بشأنها ومثالها، تلك المتعلقة بالتوقيع وكيفية إبرامه وحماية الخصوصية والبيانات الشخصية. والإجابة على هذه التساؤلات تقتضي إعادة النظر بالمسائل المتعلقة بإبرامه، وما يتصل بذلك من إشكالات وفقاً لمنهج جديد. للتفصيل يُراجع: مقالة للتعريف بكتاب:
Droit a l information et a la communication, للمؤلف Nicolas Fouilleul . متاحة على الموقع الإلكتروني لجامعة Aix Marseille universite Presses. Universitaires. Unv. Amu.Fr.

[٢] يُراجع: الدكتور قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١٠، العدد ٣٧، سنة ٢٠٠٨، ص ١٥٧.

[٣] يُراجع: الدكتور خالد ممدوح إبراهيم، لوجستيات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨، ص ١٦٠.

المطلب الثاني

خصائص العقد الإداري الإلكتروني

للعقد الإداري الإلكتروني خصائص معينة تجمع ما بين خصائص العقد الإلكتروني التي تقدّم ذكرها فيما سبق. وما بين خصائص العقد الإداري التقليدي. ونبين ذاك في فرعين وكالآتي:

الفرع الأول

خصائص العقد الإداري الإلكتروني بوصفه عقداً إلكترونياً

للعقد الإداري الإلكتروني الخصائص الآتية بوصفه عقداً إلكترونياً:

أولاً: من حيث إبرامه

يتم إبرام العقد الإداري الإلكتروني، شأنه شأن باقي العقود الإلكترونية، بوسائل إلكترونية، وبغض النظر عن طبيعة الوسيلة سواء أكانت مرئية أو مسموعة أو غير ذلك. وقد جرى التعامل على اللجوء إلى الشبكة الدولية للمعلومات (الأنترنيت) لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية للمزايا المهمة التي توفرها، ومنها السرعة في تبادل الوثائق أو المستندات أو الصور أو غير ذلك، فضلاً عن تحقيق مقتضيات الأمان بنسبة كبيرة.

ثانياً: عدم الحاجة إلى تبادل الوثائق أو المستندات بشكلها المادي

إذا كان الطابع العام الذي يغلب على إنشاء العقود الإدارية التقليدية هو وجوب قيام أطراف العقد بتقديم وثائق أو مستندات معينة أو تقديم العطاءات، ففي العقد الإداري الإلكتروني - وإنْ كان انعقاده يتطلب كذلك وجوب تقديم وثائق ما - فإنَّ هذه الوثائق لا تقدّم على دعامة ورقية، وإنما تقدّم على دعامة أو ركيزة إلكترونية.

ثالثاً: انتفاء الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف العقد

لما كانت العقود الإلكترونية تبرم عادةً بوسيلة إلكترونية بين أطراف أو أشخاص لا يجمع بينهم مكان واحد. لذا فلا حاجة إلى الحضور المادي لأطراف العقد، سواء عند تقديم العروض وأثناء المفاوضات، وإنما يتم ذلك عن بُعد.

ولهذه الميزة اثر إيجابي كبير، إذ إنها تقلل أو تحد من حالات الفساد التي ترافق إبرام بعض العقود الإدارية، إذ ليس هناك مواجهة مباشرة ما بين الطرفين، كما هو الحال في العقود التقليدية، ومن ثم فإنَّ العقد الإداري الإلكتروني يمكن أن يبرم من دون رؤية أحد الطرفين للآخر. وهذا يسهم في تعزيز مبدأ الشفافية في إبرام هذه العقود[1].

الفرع الثاني

خصائص العقد الإداري الإلكتروني بوصفه عقداً إدارياً

يتميز العقد الإداري الإلكتروني ببعض الخصائص التي يتميز بها العقد الإداري التقليدي ومن ذلك:

أولاً: غلبة الطابع النظامي على الطابع العقدي

تميز العقد الإداري التقليدي بخضوعه إلى نظام قانوني خاص يشكل في مجموعه، مجموعة من القواعد النظامية وتستبعد فيه القواعد ذات الطبيعة العقدية، وذلك لتعلق العقود

---

[1] سنبين لاحقاً أن مبدأ الشفافية يُعدُّ من المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

الإدارية بالمرافق العامة وضرورة سيرها بانتظام واطراد[1]. ومن ثمَّ فلا وجود لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين في نطاق العقود الإدارية، كما هو الحال بالنسبة للعقود المدنية ولا قيمة للشروط التي يحاول المتعاقد مع الإدارة تضمينها في العقد خلافاً لما تقرره القوانين والأنظمة.

ثانياً: يتميز العقد الإداري بكون الإدارة طرفاً فيه

ويتميز العقد الإداري كذلك بأنَّ الإدارة هي طرف أساس فيه، ذلك لأنَّ قواعد القانون الإداري وضعت لتحكم النشاط الإداري من دون غيره من الأنشطة، ومن ثمَّ فإنَّ العقد الذي يكون أحد أطرافه مؤسسة أو هيأة أو منظمة ذات نفع عام أو غرضاً من أغراض النفع العام لا يُعدُّ عقداً إدارياً، ولا يُعدُّ عقداً إدارياً العقد المبرم بين ملتزمي المرافق العامة وبين الجمهور، وذلك لأنَّ الإدارة ليست طرفاً فيه[2].

ثالثاً: استعمال أساليب القانون العام في إبرامه

لكي يُعدُّ عقداً إدارياً فلا يكفي أن تكون الإدارة طرفاً فيه، وإنما يجب عليها اللجوء إلى استعمال أساليب القانون العام بما تتضمنه من صلاحيات استثنائية بوسع الإدارة اللجوء إليها ضماناً لحماية المصالح العامة .

---

(1) الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله، مصدر سابق، ص ٢١.

(2) المصدر نفسه، ص ٢٧.

المبحث الثاني

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني

قررت قواعد القانون الإداري أحكاماً خاصة لإبرام العقد الإداري تختلف عن تلك المعروفة في نطاق العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص، ومن هذه الأحكام ما يتعلق بأساليب إبرام العقد المذكور، إذ يلحظ أن العقود الخاصة لقواعد القانون الخاص ـ على الرغم من سعتها وتنوعها ـ فإنَّ أساليب إبرامها تكاد تكون محددة بأسلوبين هما: أسلوب التفاوض المباشر ما بين الأشخاص الذين يسعون إلى إبرام العقد، إذ يتم تبادل العروض والإيجاب والقبول بين طرفيه وصولاً إلى إبرام العقد، وبغض النظر عن المدة السابقة لإبرام العقد، والتي قد لا تتجاوز لحظات، وتمتد أحياناً إلى شهور في بعض العقود المهمة. أما الأسلوب الثاني فهو أسلوب التعاقد بطريق المزايدة، وقد أفردت القواعد العامة أحكاماً خاصة لهذا الأسلوب من التعاقد[1]. ويكون للمتعاقد في إطار العقود الخاضعة لقواعد القانون الخاص من حيث الأصل الحرية في اختيار الأسلوب الذي يتعاقد به والشخص الذي يتم التعاقد معه.

أما في العقد الإداري، فقد حدد القانون بوجه عام أسلوبين لإبرام العقد الإداري هما: التعاقد عن طريق المناقصة والمزايدة. والتعاقد بأسلوب الممارسة. ولم يترك للإدارة حرية اختيار الأسلوب الذي تتعاقد به، وإنما ألزمها بإتباع الأساليب التي حددها. وكذلك حددها بوجوب اختيار المتعاقد معها وفقاً لضوابط معينة. فهل يجوز اللجوء إلى هذه الأساليب في إبرام العقد الإداري الإلكتروني؟ أم أن طبيعة هذا العقد تحتم اللجوء إلى أساليب أُخرى؟ تتطلب الإجابة على هذا التساؤل أن نبين بإيجاز شديد أساليب التعاقد التقليدية لإبرام العقد الإداري وفقاً لما تقرره قواعد القانون الإداري. ثم أساليب التعاقد بشأن إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

وبناءً على ما تقدّم، سيقسم المبحث الثاني على مطلبين وكالآتي:

المطلب الأول: الأساليب التقليدية لإبرام العقد الإداري.

المطلب الثاني: أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول

أساليب التعاقد التقليدية لإبرام العقد الإداري

تقدّم القول بأنَّ أساليب التعاقد التقليدية لإبرام العقد الإداري تتمثل بوجه عام بأسلوب المناقصة والمزايدة. والتعاقد بأسلوب الممارسة[2]. ونظراً لسعة التفاصيل التي يثيرها التعاقد بهذه الأساليب، وبقدر تعلق الأمر بإبرام العقد الإداري الإلكتروني، ولذا سنشير بإيجاز شديد إلى بعض المبادئ التي تحكم التعاقد بأسلوب المناقصة والمزايدة وذلك في الفرع الأول. ثم أسلوب التعاقد بطريق الممارسة وذلك في الفرع الثاني.

---

(1) ومن ذلك على سبيل المثال المادة (٨٩) من القانون المدني العراقي.

(2) وكان المشرّع الفرنسي ـ وحتى سبعينيات القرن الماضي ـ يحدد ثلاثة أساليب لإبرام العقد الإداري هي:
١- أسلوب المناقصة والمزايدة بصورها المتنوعة.
٢- أسلوب الدعوة إلى التعاقد.
٣- أسلوب الاتفاق المباشر. ويؤمن الأسلوبين الأخيرين للإدارة قدر أكبر من الحرية في اختيار المتعاقد معها.
يُراجع: الدكتور سليمان الطماوي مصدر سابق، ص ٢٢٤-٢٢٥.

الفرع الأول

التعاقد بطريق المناقصة والمزايدة

يهدف التعاقد بطريق المناقصة والمزايدة إلى ضمان اختيار المتعاقد الذي يقدّم أفضل العروض من الناحية الفنية والمالية[١]. إذ تحكم حرية الإدارة في اختيار المتعاقد معها اعتباران أساسيان هما:

أولاً: ضرورة المحافظة على المال العام وتوفير أكبر وفر مالي للخزينة العامة.

ثانياً: ضرورة اختيار أكفأ المتقدمين لأداء العقد المزمع إبرامه[٢].

ففي التعاقد بطريق المناقصة ينبغي على الإدارة اختيار الشخص الذي يقدّم أقل العروض من حيث السعر، ويؤمن في الوقت ذاته تنفيذ العمل المكلف به وفقاً للمواصفات المحددة.

ويتحدد نطاق العقود التي يتم التعاقد بشأنها بأسلوب المناقصة عند رغبة الإدارة في تنفيذ بعض الأعمال، كتشييد المباني على اختلاف أنواعها والغرض المخصص لها. أو شراء بعض الأموال والأشياء.

أما في التعاقد بطريق المزايدة، فإنَّ الإدارة تسعى إلى اختيار أكبر العروض سعراً من بين العروس المقدمة، ومثال ذلك عند رغبة الدولة في بيع أو إيجار بعض أموالها[٣].

الفرع الثاني

التعاقد بأسلوب الممارسة (التعاقد المباشر)

قد تلجأ الإدارة في ظروف أو أحوال معينة إلى التعاقد بشكل مباشر مع الأشخاص الذين لديهم الرغبة والكفاءة في تنفيذ العقود التي تعلن عن القيام بها. وتكفل هذه الطريقة للإدارة قدر من الحرية أوسع من ذلك الذي تتمتع به في حال التعاقد بأسلوب المناقصة والمزايدة.

وللتعاقد بطريق الممارسة أنواع عدّة منها يكون إلزامي في أحوال معينة، واختيارياً في أحوال أُخرى. وكذلك حالة التعاقد المباشر والتعاقد بنظام أوامر التكليف[٤].

المطلب الثاني

أساليب التعاقد بشأن إبرام العقد الإداري الإلكتروني والمبادئ التي تحكمه

الأصل أن وسائل إبرام العقد الإداري الإلكتروني تبدو متماثلة بوجه عام مع أساليب إبرام العقد الإداري التقليدي، مع وجود فارق كبير تحتمه الوسيلة المعتمدة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني وهي ـ كما سبقت الإشارة ـ وسيلة أو وسائل إلكترونية، إذ حتمت هذه الوسيلة إلى تميّز العقد الإداري الإلكتروني بأحكام خاصة من حيث إبرامه تختلف عن الأحكام المقررة بشأن وسائل وأساليب إبرام العقد الإداري التقليدي، هذا من جهة، ومن جهة أُخرى فإنَّ العقد الإداري الإلكتروني تحكمه مبادئ عامة قررتها القوانين المعاصرة، وهذه المبادئ لا تُعدُّ بمثابة مبادئ إرشادية فحسب، بل إنها ترقى إلى مرتبة المبادئ الملزمة في إبرام العقد المذكور. ولذلك سنبين

---

(١) ويتم ذلك وفقاً لمعايير معينة تتعلق بأهلية المتعاقد وحسن سمعته وكفاءته المالية والفنية. يُراجع: الدكتور أحمد محمود جمعة، مصدر سابق، ص ٣٠٧.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي مصدر سابق، ص ٢٢٣.

(٣) الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله، مصدر سابق، ص ٧٨.

(٤) للتفصيل يُراجع: الدكتور عمر حلمي، الدكتور عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية ـ الأحكام العامة والاختصاص القضائي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨، ص ٢٧١.

أولاً هذه المبادئ في فرع أول، ثم نبين بعد ذلك بإيجاز أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني في فرعٍ ثانٍ.

الفرع الأول

المبادئ العامة التي تحكم العقد الإداري الإلكتروني

يحكم العقد الإداري الإلكتروني مبدأين عامين قررتها القوانين المعاصرة. وتتمثل هذه المبادئ أولاً بمبدأ السرية والشفافية. ومبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، ونبين هذه المبادئ تباعاً.

أولاً: مبدأ السرية والشفافية

يقصد بمبدأ السرية ـ وفقاً لما ذهب إليه البعض ـ وضع العطاءات الخاصة بالمناقصة أو المزايدة في ظروف مغلقة يجهل العلم بمضمونها بالنسبة لطرفي العقد ـ الإدارة والمتعاقد معها ـ والمتقدمين حتى فتح الظروف من الجهة المختصة بفتح العطاءات[١].

أما الشفافية فهي احترام شروط العقد ومواعيد المناقصة أو المزايدة بالنسبة للمتقدمين كافة من دون تفرقة. ومن دون أن يكون للإدارة إمكانية التفاوض مع أحد المتقدمين في تعديل عطاءه خارج الاستثناءات التي يقررها المشرّع[٢].

وقد حظي مبدأ السرية والشفافية باهتمام واضح من القانون الفرنسي والتوجيه الأوربي وبعض القوانين العربية.

إذ نصت المادة (1) من قانون العقود الإدارية الفرنسي بالمرسوم رقم (15-2005) تاريخ ٢٠٠٤/١/٨ على أنه " في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة والمساواة بين المتعاقدين والشفافية في الإجراءات... " كما قررت المادة (٧) من هذا القانون بأنَّ " الشخص المعنوي العام يستطيع أن يطلب من المترشحين وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص بحيث لا يمكن الاطلاع عليها إلاّ بمعرفته ". كما أشار التوجيه الأوربي رقم (18-2004) بشأن التنسيق في إجراءات العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريدات في المادة (٢) إلى ضرورة احترام " المساواة وعدم التمييز والتناسب والشفافية " بشأن إبرام العقود المتقدم ذكرها.

وكذلك أشارت إليه بعض القوانين العربية، إذ قرره قانون الصفقات العمومية الجزائري بالرقم (10-236) الصادر في ٢٠١٠/٩/٧ في المادة (٣) التي نصت على العمل (لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا القانون ".

ثانياً: مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة

يُعدُّ مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة من المبادئ التي يقدم عليها العقد الإداري التقليدي والعقد الإداري الإلكتروني، إلاّ أن أهمية هذا المبدأ لا تتجلى بوضوح إلاّ في العقد الإداري الإلكتروني، إذ يجب أن تضمن الإجراءات المتخذة من الإدارة بشأن التعاقد إلكترونياً لإنجاز عقد ما مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة، وعدم وضع القيود أو العراقيل التي تمنع الشخص من الدخول في العقود التي تعلن الإدارة عن عزمها لتنفيذها. وإذا كانت القوانين المعاصرة ، كما سنبين ذلك، قد كفلت لجميع المتقدمين للمناقصة أو المزايدة بحرية المشاركة فيها وتقديم عروضهم، إلاّ أن ذلك لا يمنع من فروض شروط معينة للدخول في المنافسة، وقصرها على من

---

(١) الدكتور محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري والعقد الإداري)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩، ص ٣١٩.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣١٨.

تتوافر فيهم شروط محددة تعلن عنها الإدارة سلفاً[١]. وقد أكدت بعض القوانين المعاصرة على هذا المبدأ إذ أشارت المادة (1-2) من قانون العقود الإدارية الفرنسي بوجوب احترام التزامات الإعلان وحرية المنافسة واختيار أفضل العروض من الناحية الاقتصادية. كما أشار التوجيه الأوربي رقم(18-2004) في المادة (٣٦) منه إلى ضرورة العمل على تطوير المنافسة في مجال العقود الإدارية، وذلك يستوجب الإعلان عن المناقصات من السلطات المتعاقدة في الدول الأعضاء. كما قرر قانون الصفقات العمومية الجزائري بالرقم(10-236) في المادة (٤٥) عن وجوب أن يكون اللجوء للإشهار الصرفي إلزامياً في حالات محددة.

الفرع الثاني

أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني

يتم إبرام العقد الإداري الإلكتروني إما باللجوء إلى أسلوب المناقصة والمزايدة الإلكترونية، أو بطريق التفاوض مباشرة مع أحد الأشخاص أو مجموعة ما لإبرام العقد المذكور.

أولاً: المناقصة والمزايدة الإلكترونية

ففيما يتعلق بالمناقصة الإلكترونية فيه تُعدُّ أكثر الوسائل التي تلجأ إليها الإدارة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، ويقصد بها مجموعة من الإجراءات التي حددها القانون بقصد اختيار أفضل المتقدمين سعراً وشروطاً[٢]. أو هي تمثل إجراءً يتم بوسيلة إلكترونية تعلن فيه الإدارة عن رغبتها في إبرام عقد من العقود الإدارية. وتتلخص إجراءات المناقصة الإلكترونية بوجوب الإعلان عنها عبر الموقع الإلكتروني للجهة الإدارية المعلنة عن المناقصة[٣]، ودعوة المتقدمين لتقديم عروضهم على الموقع الإلكتروني ذاته أو أي موقع آخر، ودراسة العروض المقدمة واختيار أفضلها[٤].

وكذلك من الممكن أن تلجأ الإدارة إلى أسلوب المزايدة الإلكترونية[٥] في أحوال معينة كرغبتها في بيع أو تأجير بعض الأموال العامة.

ثانياً: طريق الممارسة (التعاقد المباشر)

يُعدُّ طريق التعاقد بأسلوب الممارسة استثناءً على القاعدة التي تلزم الإدارة باللجوء إلى أسلوب المناقصة والمزايدة في إبرام عقودها. وتتمتع الإدارة وفقاً لهذا الأسلوب بحرية كبيرة في اختيار من ترغب التعاقد معه من الأشخاص أو الشركات لكي تتمكن من اختيار أفضل العروض. والممارسة تكون إما عامة موجهة إلى عدد غير محدود من الأشخاص أو الشركات. وقد تكون محدودة قاصرة على عدد محدود منهم[٦].

ويتم الإعلان عن الممارسة بطريقة الإعلان ذاتها عن المناقصة أو المزايدة. وقد حدد المرسوم الفرنسي بالرقم (692-2002) في المادة (2) بأن نشر الإعلان عن الممارسة يكون في موقع النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية، وكذلك في الموقع الإلكتروني للجهة المعلنة.

---

[١] رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ص ١٢٩.

[٢] رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مصدر سابق، ص ١٢٩.

[٣] فعلى سبيل المثال: تقرر المادة (40-2004) من قانون العقود الإدارية الفرنسي بأن الشخص المعنوي العام (الإدارة) هو حر في اختيار طريقة الإعلان إذا كانت قيمة العقد أقل من (٩٠) ألف يورو وذلك بالإعلان عنها على الموقع الإلكتروني أو الإعلان في النشرات الرسمية الخاصة بإعلانات العقود الإدارية.

[٤] ولا يُعدُّ الإعلان من الناحية القانونية سوى دعوة للتعاقد، وليس إيجاباً، إذ إنَّ الإيجاب يصدر من مقدم العطاء .

[٥] ويكثر اللجوء إلى هذه الطريقة في العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص ويدلُّ على ذلك العدد الكبير من المزادات الإلكترونية المتوافرة حالياً.

[٦] محمد فؤاد عبد الباسط، مصدر سابق، ص ٣٧٩.

المبحث الثالث

انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

سبق إن ذكرنا بأنَّ العقد الإداري الإلكتروني تطبق بشأنه مزيج من الأحكام المطبقة بشأن العقد الإداري التقليدي والعقد الإلكتروني. ومن ثمَّ فلا بُدَّ عند إبرامه (إنشاءه) من مراعاة الأحكام المقررة بشأن العقد الإداري التقليدي، والأحكام المقررة بشأن إبرام العقد الإلكتروني. ففيما يتعلق بالأحكام التي قررتها قواعد القانون الإداري بشأن إبرام العقد الإداري التقليدي، فقد أشار البعض بأنَّ العقد الإداري (التقليدي) يتسم بتعقد وتشعب إجراءات إبرامه بالمقارنة مع العقود المبرمة بين الأفراد، ويتجلى هذا التعقيد على وجه الخصوص في الشق المتعلق بالتعبير عن الإرادة[١].

إذ لا بُدَّ قبل إبرام العقد الإداري من القيام بمجموعة من الإجراءات التي تستغرق وقتاً طويلاً. كما يكون إبرام العقد مسبوقاً بمرحلة يتم فيها التفاوض بشأن العقد وتبادل وجهات النظر بشأنه[٢].

أما فيما يتعلق بالعقد الإلكتروني، فقد حددت القوانين المتعلقة الخاصة بالمعاملات الإلكترونية كيفية انعقاد العقد الإداري الإلكتروني. ونبحث أولاً في كيفية التعبير عن الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني. ثم نبحث في تطابق الإرادتين. ولذا سيقسم المبحث الثالث على مطلبين وبالشكل الآتي:

المطلب الأول: وسائل التعبير عن الإرادة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الثاني: التراضي في العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول

وسائل التعبير عن الإرادة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني

لا بُدَّ لصحة إبرام العقد الإداري الإلكتروني ، بوصفه عقداً كباقي العقود، أن يتم التعبير عن الإرادة بالرغبة في إبرامه. وهذا التعبير عن الإرادة ينبغي أن يكون بوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة التي حددها القانون، وأن تتجه إرادة الطرفين إلى إحداث أثر قانوني، وهذا ما تقرره القواعد العامة. ونبحث أولاً في كيفية التعبير عن الإرادة وفقاً لما قررته قواعد القانون الإداري بشأن العقد الإداري التقليدي وذلك في الفرع الأول. ثم نبين في الفرع الثاني وسائل التعبير عن الإرادة لإنشاء العقد الإلكتروني بوجه عام، لنرى مدى جواز اللجوء إلى هذه الوسائل في إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول

وسائل التعبير عن الإرادة بإنشاء أو إبرام العقد الإداري التقليدي

تخضع العقود الإدارية من حيث إبرامها إلى بعض القواعد العامة المقررة في القانون المدني. إلاّ أنه نظراً للطبيعة الخاصة للعقد الإداري[٣] التي تتمثل بتشعب إجراءات إبرامه[١]

---

[١] الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣١٧.

[٢] المصدر نفسه، ص ٣١٧. ويبدو بأنَّ الحكمة من تشعب الإجراءات الخاصة بالعقد الإداري والحصول على العديد من الموافقات والتراخيص قبل صيرورته نهائياً هو لأنَّ هذا العقد يتصل في الغالب برفق عام، فضلاً عن دواعي المحافظة على المال العام.

[٣] وقد أكدت محكمة القضاء الإداري المصرية على الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، إذ قضت بأنَّ " للعقد الإداري خصائص في إبرامه تختلف عن أحكام القانون الخاص، إذ ترد فيه على حرية الأشخاص المعنوية قيود منها ما يتعلق

واتصال هذا العقد بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو إدارته أو استغلاله أو المعاونة أو المساهمة فيه[٢]. لذا عدّت الكتابة الوسيلة الأساس للتعبير عن الإرادة في نطاق إنشاء العقد الإداري. إذ إنها تهيمن على كل مراحل إبرام العقد الإداري، سواء في مرحلة الإعلان عن المناقصة أو المزايدة أو أي أسلوب آخر تسلكه الإدارة في الإعلان عن رغبتها، ويتم تبادل العروض بين الطرفين كتابةً في مرحلة التفاوض على العقد، كما أن الإيجاب والقبول لا بُدَّ أن يصدر وفقاً لشكل محدد.

وقد تقدّم الإدارة مع العرض الذي تعلن عنه دفتر أو كراسة بالشروط العامة لتنفيذ العقد، وهذا ما يتم عادةً في عقود المقاولات. إذ يُعدُّ تقديم هذا الدفتر أو الكراسة أمراً إلزامياً يرد عادةً في القوانين أو اللوائح أو الأنظمة[٣]. وتتضمن هذه الكراسة بوجه عام نوعين من الشروط هما: الشروط المتعلقة بشروط وإجراءات إبرام العقد. وشروط تتعلق بتنفيذ العقد[٤].

وفضلاً عن ذلك، يلحظ شيوع ظاهرة العقد النموذجي Contract type في إبرام بعض العقود الإدارية، كعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية المعروفة اختصاراً بعقود البوت (B.O.T)[٥]. وتحقق فكرة العقد النموذجي فوائد عدّة، من أهمها: تلافي حالات بطلان العقد.

أما باقي وسائل التعبير عن الإرادة، كالمشافهة ـ أي انعقاد لعقد بتبادل الألفاظ ـ أو الإشارة، فمن النادر اللجوء إليها بسبب الطبيعة الخاصة للعقد الإداري التي سبق بيانها.

الفرع الثاني

وسائل التعبير عن الإرادة بإنشاء العقد الإلكتروني

سبق إن ذكرنا أن التطور الحاصل في ميدان الحاسب الآلي وميدان الاتصالات أدى إلى إمكانية إبرام العقد إلكترونياً. إذ يتم التعبير عن الإرادة بوسيلة إلكترونية[٦]. وقد أفرز التطور العلمي وسائل عدّة للتعبير عن الإرادة في إطار إبرام العقد الإلكتروني ومنها:

بشكل العقد وموضوعه، والنصوص التي تتضمنه. ومنها ما يتعلق بحرية اختيار الشخص الذي تريد جهة الإدارة التعاقد معه، ذلك بأنه يشترط لإبرام بعض العقود استفتاء هيئات نص عليها القانون. ويشترط بعضها عرضها على الهيأة التشريعية، وصدور قانون بشأنها، يضاف إلى هذا أنَّ الأشخاص المعنوية تتقيد بنصوص معينة تفرضها القوانين واللوائح. وكذلك عليها أن تسلك سبلاً معينة للتعاقد. وتتبع إجراءات خاصة من شأنها ضمان اختيار المتعاقد. كما أن من العقود الإدارية ما يجب ـ من حيث الشكل ـ أن يكون مكتوباً حتى يتيسر تضمينه الشروط الاستثنائية التي تميزه عن عقود المقاولة الخاص " . الطعن رقم ٣٤٨٠ سنة ٩ قضائية. أشار إليه الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣١٨.

(١) وتتلخص هذه الإجراءات بوجوب الحصول على ترخيص مالي بإبرامه من الجهة المختصة. والحصول كذلك على ترخيص من الجهة المختصة قانوناً بإبرام العقد، وسواء أكانت هذه الجهة إدارية أو غير ذلك. كالبرلمان. وضرورة صدور قرار من المجالس الإدارية بالتعاقد في بعض الأحوال. ووجوب الحصول على استشارات من جهات ما قبل التعاقد. وتنظيم دراسة بالجدوى الاقتصادية، إلى غير ذلك من إجراءات. يُراجع في هذه الإجراءات: الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله، مصدر سابق، ص ٧٣ وما بعدها. الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢١٩ وما بعدها. الدكتور مازن ليلو راضي، مصدر سابق، ص ٩٣ وما بعدها.

(٢) الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٨١.

(٣) الدكتورة سعاد الشرقاوي، مصدر سابق، ص ٢٥٢.

(٤) المصدر نفسه، ص ٢٥٢-٢٥٣.

(٥) يُراجع: الدكتور كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر، ص ١٦٦.

(٦) وقد سبقت الإشارة فيما تقدم المقصود بالوسيلة الإلكترونية وفقاً لما حددته (م١ ف٧) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢.

أولاً: البريد الإلكتروني

عدّت الرسالة الورقية ـ أي المعدة على دعامة ورقية ـ ولمدة طويلة وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة. إلاّ بعد ظهور الحاسب الآلي وتنوع استعمالاته، فقد ظهر البريد الإلكتروني (Emial) كوسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة التي بواسطتها تبادل العروض والمفاوضات. وللبريد الإلكتروني مزايا يتفوق بها على البريد التقليدي ومن أهمها: زهد تكلفته بالمقارنة مع كلفة نقل الرسائل العادية سواء بالبريد العادي أو البريد الجوي. وكذلك سرعته الفائقة في نقل الرسالة التي لا تتجاوز لحظات، وبغض النظر عن بُعد مكان المرسل إليه.

ثانياً: الوسيط الإلكتروني

يقصد بالوسيط الإلكتروني: استعمال وسائط إلكترونية معدّة على أنظمة معلومات إلكترونية تعمل بشكل تلقائي، وتكون معدّة لإبرام العقد من دون الحاجة إلى تدخل أي شخص في إبرامه. وهذه الطريقة شائعة اليوم في إبرام بعض العقود، كعقد شراء بطاقات الاشتراك في خدمات الهاتف المحمول أو الأنترنيت[١].

ثالثاً: خدمة المحادثة Chating

مثل ظهور المحادثة في وسائل الاتصال الحديثة إمكانية إبرام العقد وذلك بفعل التواصل ما بين شخصين يرى ويسمع كل منهما الآخر[٢].

هذه هي بعض وسائل التعبير عن الإرادة في إنشاء العقد الإلكتروني، فهل تصلح هذه الوسائل كوسيلة للتعبير عن الإرادة بإنشاء العقد الإداري الإلكتروني؟ جرى العمل على قيام جهات الإدارة بالإعلان عن المشروعات أو العقود التي تزمع تنفيذها بالإعلان عن ذلك في موقعها الإلكتروني. فضلاً عن النشر بالوسائل التقليدية، كالصحف. ومما لا شكَّ فيه أن هذا الأمر يمثل وسيلة من وسائل التعبير عن الإرادة، ودعوة للتفاوض بشأن العقد المزمع إبرامه، ويكون بإمكان الجهة المعلنة تلقي العروض من قبل من يرغب بتنفيذ العقد باستعمال البريد الإلكتروني كذلك.

أما استعمال الوسيط الإلكتروني كوسيلة في التعبير عن الإرادة فهو أمر غير ملحوظ عملاً في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، ذلك لأنَّ هذه العقود تتطلب إجراء مفاوضات وتبادل عروض ليس بإمكان الوسيط الإلكتروني القيام بها.

المطلب الثاني

التراضي في العقد الإداري الإلكتروني

يُعدُّ التراضي أو الرضا ـ كما هو معروف ـ الركن الجوهري لإنشاء أي عقد، وبغض النظر عن طبيعته. والعقد الإداري الإلكتروني لا ينعقد إلاّ برضا طرفيه على إبرامه، وانصراف إرادتهما على إحداث الأثر أو الآثار القانونية الناشئة عنه. ويتطلب التراضي ـ كما هو مقرر ـ صدور إرادة من أحد الطرفين بالرغبة في إبرام العقد، يقابلها في الجانب الآخر قبول من الطرف الآخر بالموافقة على إبرام العقد. وهذا ما يعرف بالإيجاب والقبول اللذان يمثلان قوام الرضا.

فما هو المقصود بالإيجاب والقبول في إطار إبرام العقد الإداري الإلكتروني؟ وما هو الأثر المترتب على صدورهما؟

---

(١) الدكتور محمد فواز المطالقة، مصدر سابق، ص ٦٨.

(٢) يُراجع في هذا الموضوع:

Robert.W. Emrson, Business Law, BARRONS educational series, New York, Fifth edition, 2009, P. 88.

نُجيب على هذا التساؤل في فرعين نبين في أولهما الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني. ثم نبين في الفرع الثاني الأثر المترتب على صدورهما؟ وهل تلزم الإدارة بمجرد صدورهما بإبرام العقد أم من الجائز لها أن تعدل عن ذلك؟ وهو ما نبينه تباعاً:

الفرع الأول

الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني

لا يخرج مفهوم الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني عن مفهومهما العام المقرر بمقتضى القواعد العامة مع ملاحظة الخصوصية التي يصدر بها الإيجاب والقبول في العقد الإلكتروني، وهي الوسيلة الإلكترونية التي يتم التعبير بها عن الإيجاب والقبول بواسطتها.

إذ عرّف البعض الإيجاب الإلكتروني بأنه تعبير جازم عن الإرادة يتم عن بُعد عبر تقنيات الاتصال، سواء أكانت مسموعة أم مرئية أم كلتيهما، ويتضمن كافة الشروط والعناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه بحيث ينعقد به العقد إذا ما تلاقى معه القبول "[١]، كما عرّف التوجيه الأوربي رقم ٧ لسنة ١٩٩٧ الإيجاب الإلكتروني بأنه كل اتصال عن بُعد يتضمن كافة العناصر الضرورية اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان ".

وبتطبيق هذا المفهوم على العقد الإداري الإلكتروني، فإنَّ العرض الذي تقدّمه الإدارة عن تنفيذ عمل ما، وبغض النظر عن الجهة الموجه إليها، لا يُعدُّ إيجاباً، بل دعوة إلى التفاوض بشأن العقد. أما الإيجاب فهو ما يقدّمه الطرف الآخر. وينبغي أن يقع الإيجاب بوسيلة إلكترونية بوصف العقد المذكور من قبيل العقود الإلكترونية.

وفضلاً عما تقدم، فإنه ينبغي أن يكون الإيجاب متضمناً على تعبير جازم في الرغبة في التعاقد، ومن ثمَّ فإذا خلا من ذلك فلا يُعدُّ إيجاباً وإنما مجرد عرض[٢]. أما القبول الإلكتروني، فهو كالإيجاب الإلكتروني، تعبير عن الإرادة بالموافقة على الإيجاب، وهذا القبول ينبغي أن يتم بوسيلة إلكترونية. وفي إطار العقد الإداري الإلكتروني فإنَّ القبول يصدر من قبل الإدارة أو الشخص المعنوي العام الذي قدّم العرض أو الدعوة إلى التفاوض بشأن إبرام عقد ما. وهذا القبول يستغرق مراحل كثيرة لا تعرفها العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص، بسبب تشعب إجراءات إبرام العقد الإداري، وكما سبق ذكر ذلك في صفحات سابقة.

وتتمثل وسائل التعبير عن القبول بوجه عام بالكتابة، وهذا يتم باستعمال البريد الإلكتروني لإرسال الرسالة التي تتضمن القبول[٣] .

الفرع الثاني

الأثر المترتب على صدور الإيجاب والقبول

يترتب على صدور الإيجاب والقبول وارتباطهما انعقاد العقد، وإلزام كل من طرفيه بتنفيذ الالتزامات الناشئة عنه. وفي هذه الحالة يكون تاريخ صدور قرار الإدارة بالموافقة على العقد هو تاريخ انعقاده[١].

---

[١] الدكتور سمير عبد العزيز الجمال، مصدر سابق، ص ١٠٥.

[٢] الدكتور أسامة أبو الحسن مجاهد، مصدر سابق، ص ٧٣.

[٣] ولا يمكن بتقديرنا أن يصدر القبول في العقد الإداري الإلكتروني بوسائل أُخرى مثل النقر أو الضغط على العلامة الخاصة بذلك ـ أي الأيقونة ـ لمرة واحدة دلالة الموافقة أو لمرتين لغرض تأكيد القبول ذلك لأنَّ طبيعة العقد الإداري الإلكتروني، بما يتضمنه من التزامات مهمة تتطلب صدور التعبير عن القبول صراحةً على وسيلة إلكترونية، وبشكل مكتوب.

أما قبل ذلك، فإنَّ مقدم الإيجاب بإمكانه العدول عن إيجابه إذا لم يتم التعاقد بطريق المناقصة أو المزايدة، أما إذا تم التعاقد بهذه الطرق فلا يكون بإمكان الموجب العدول عن الإيجاب، ويظلُّ ملزماً به حتى تعلن الإدارة عن موقفها منه[٢].

ولكن هل يكون بإمكان الإدارة العدول عن القبول بعد صدوره؟

من المقرر أن للإدارة سلطة تقديرية تمكنها من العدول عن العرض المقدّم من قبلها طالما لم تصدر قراراً بقبول العقد. أما بعد صدور قرار قبول العقد فيبدو من غير الجائز العدول عن العقد؛ لأنه أصبح ملزماً لها، فإذا ما اختارت العدول عن العقد، فيمكن مطالبتها بالتعويض عن الأضرار الناشئة عن العدول وفقاً لأحكام المسؤولية العقدية. ومع ذلك يرى البعض بأنَّ العقود الإدارية تبدو مختلفة عن العقود التي تخضع إلى أحكام القانون الخاص، ومن ثمَّ فلا يمكن إلزام الإدارة بالطريقة ذاتها التي يلزم بها الأفراد في عقودهم الخاصة، ومن ثمَّ فإنَّ الإدارة تملك العدول عن العقد، كما تملك تعديل ما تضمنه العقد الإداري من شروط وفقاً لما تقتضيه المصلحة العامة[٣]، إلاّ أنه للمتعاقد مع الإدارة، ووفقاً لما تقرره القواعد العامة، المطالبة بالتعويض عن ذلك.

---

(١) الدكتور سليمان الطماوي، مصدر سابق، ص ٣٤٩.

(٢) المصدر نفسه، ص ٣٤٩.

(٣) الدكتور فاروق أحمد خماس، الدكتور محمد عبد الله، مصدر سابق، ص ١١٦.

الخاتمة

تناولنا في هذا البحث المتواضع الإشكالاتَ الناشئة عن إبرام العقد الإداري الإلكتروني. وقد أشرنا في البحث إلى اتساع ظاهرة إبرام العقود الإلكترونية بحيث أصبحت أمراً مألوفاً في معاملات الأفراد اليومية، ولم يقتصر الأمر على ذلك ليشمل كذلك العقود التي تبرمها الإدارة سواء مع أشخاص القانون العام أو أشخاص القانون الخاص. وقد وجدنا بأنَّ العقود التي تبرمها الإدارة بوسيلة إلكترونية حظيت باهتمام التوجيهات الأوربية، وتمثل ذلك بالتوجيه رقم (2004-18) وكذلك باهتمام المشرّع الفرنسي الذي أصدر قانون العقود الإدارية بالمرسوم (2004-15) تاريخ ٢٠٠٤/١/٨.

أما فيما يتعلق بالدول العربية، فقد أشرنا إلى أن غالبية الدول العربية التي أصدرت قوانين خاصة بالتوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية تضمنت أحكاماً عامة بشأن العقود والمعاملات الإلكترونية تطبق بشأن التصرفات المذكورة، وبغض النظر عن طبيعتها، سواء أكانت عقود أو معاملات مدنية أم إدارية. وقد أشرنا كذلك إلى الغياب التام للتشريع الذي ينظم المعاملات الإلكترونية في القانون اللبناني على الرغم من مضي مدة تزيد على ثمانية عشر سنة على إعداد مشروع القانون الخاص بهذا الموضوع. على الرغم من أن لبنان هي من أوائل الدول العربية التي أقرت تنظيماً للمعاملات المصرفية الإلكترونية.

وختاماً نوصي بالآتي:

أولاً: وجوب إعداد قوانين أو تعديل القوانين النافذة للإقرار بأحكام تنظم المسائل التي يثيرها العقد الإداري الإلكتروني، إذ مما لا شك فيه أن هذا العقد ـ وإن كان يتفق مع باقي العقود الإلكترونية بأحكام وخصائص مشتركة ـ إلاّ أنه يتسم كذلك بخصوصية تستمد من الخصائص التقليدية للعقد الإداري التقليدي، كتلك المتعلقة بتضمينه شروطاً استثنائية لا تعرفها العقود الخاضعة لأحكام القانون الخاص. وكذلك اتصال هذا العقد غالباً بمرفق عام يهمُّ مصالح جمهور الأفراد. وكذلك اختلاف هذا العقد في وسائل إبرامه.

ثانياً: العمل على أن يتضمن القانون أو التشريع المنشود على بعض المبادئ العامة، ومنها مبدأ الشفافية والسرية وإتاحة الفرصة للكافة في الاشتراك في العقود التي تعلن عنها الإدارة. بما يؤمن ضمان المنافسة العادلة فيما بينهم.

ثالثاً: العمل على أن يتضمن القانون أو التشريع المنشود على الأحكام التفصيلية المتعلقة بإبرام العقد الإداري الإلكتروني، ومن ذلك الأحكام المتعلقة بكيفية التعبير عن الإدارة، ومتى يتم انعقاد العقد. وكذلك الأحكام المتعلقة بالناقصات أو المزايدات الإلكترونية، وطريقة الممارسة ـ أي الاختيار المباشر للمتعاقد من قبل الإدارة ـ وكذلك الإقرار بالأحكام التي تبين المسائل المتعلقة بالتوقيع على العقد المذكور. فضلاً عن المسائل المتعلقة بإثباته وتنفيذه، وكيفية الوفاء بالالتزامات المالية الناشئة عن هذا العقد، ومن ذلك المسائل المتعلقة بالتحويل الإلكتروني والمقاصة الإلكترونية أو وسائل الدفع الإلكترونية التي يمكن اللجوء إليها في الوفاء بالالتزامات المالية الناشئة عن العقد المذكور.

وفي الختام أرجو أن نكون قد وفقنا في عرض بعض الإشكالات التي يثيرها إبرام العقد الإداري الإلكتروني، وطرح بعض الحلول لمعالجتها وأن يتسع صدر القارئ الكريم لما ورد في هذا البحث من أخطاء. وآخر دعوانا أن الحمدُ للهِ ربِّ العالمين.

مصادر البحث

باللغة العربية:

١- د. أحمد محمود جمعة، العقود الإدارية، منشأة المعارف، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر.
٢- د. أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنيت، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٣.
٣- د. بول مرقص، التشريعات العربية اللازمة للتجارة الإلكترونية اليوم، المجلة العربية للفقه والقضاء، القاهرة، العدد ٢٤، ٢٠٠٠.
٤- د. خالد ممدوح إبراهيم، لوجستيات التجارة الإلكترونية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ط١، ٢٠٠٨.
٥- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية.
٦- سامي بديع منصور، الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني، معاناة قاضٍ، مجلة العدل، نقابة محاميّ بيروت، ٢٠٠١.
٧- د. سعاد الشرقاوي، العقود الإدارية، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧.
٨- د. سليمان الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر العربي، القاهرة، ٢٠١٦.
٩- د. سمير عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، دار النهضة العربية، القاهرة، ط٢، ٢٠٠٧.
١٠- د. عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية ـ الأحكام العامة والاختصاص القضائي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨.
١١- د. عباس العبودي، شرح أحكام قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية رقم ٧٨ لسنة ٢٠١٢، مكتبة السيسبان، بغداد، ط١، ٢٠١٥.
١٢- د. عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون ذكر تاريخ النشر.
١٣- د. عمر حلمي، عادل عبد الرحمن خليل، العقود الإدارية ـ الأحكام العامة والاختصاص القضائي، دار الثقافة الجامعية، القاهرة، ١٩٩٨.
١٤- د. فاروق إبراهيم جاسم، الجوانب القانونية للتجارة الإلكترونية، دار السنهوري، بغداد، ط١، ٢٠١٦.
١٥- د. فاروق أحمد خماس، د. محمد عبد الله، الوجيز في النظرية العامة للعقود الإدارية، وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، جامعة الموصل، ط١، ١٩٩٢.
١٦- د. قيدار عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، المجلد ١، العدد ٢٧، ٢٠٠٩.
١٧- د. كمال طلبة المتولي سلامة، النظام القانوني لعقود البناء والتشغيل ونقل الملكية، دار النهضة العربية، القاهرة، دون ذكر تاريخ النشر.
١٨- د. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠١٦.
١٩- د. مازن ليلو راضي، العقود الإدارية، أربيل، ط١، ٢٠١٤.
٢٠- د. محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان، ط٢، ٢٠١١.

٢١- د. محمد فواز المطالقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمّان ، ط٣، ٢٠١١.
٢٢- د. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية(القرار الإداري والعقد الإداري) كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، ١٩٨٩.
٢٣- د. هادي مسلم يونس، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية، دار الكتب القانونية ـ دار شتات للبرمجيات، المحلة الكبرى، ٢٠٠٩.

المصادر الأجنبية:

1- Robert. W. Emrson, Business Law, BARONS educational Series, New York, Fifth edition, 2009.