ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

التنظيم القانوني للعقد الإداري الإلكتروني (دراسة مقارنة)

الأستاذ المساعد الدكتور سامر حميد سفر
المعهد التقني الناصرية، الجامعة التقنية الجنوبية، العراق

الملخص

يشهد عالم اليوم ثورة كبيرة في الاتصال، أو ما يسمى بثورة المعلومات، والتي امتدت إلى مختلف جوانب الحياة، السياسية والاقتصادية والاجتماعية وغيرها.

وقد ساعدت ثورة المعلومات سرعة إنجاز المعاملات مقارنة بوسائل الاتصال الأخرى المعروفة مما جعلها ملتقى للأفراد والشركات التجارية.

أن مواكبة التطور والتقدم العلمي تتطلب وجود التفاعل الاكاديمي والفقهي في التخصصات كافة والتي منها التخصص الإداري وذلك يتطلب التنظير القانوني للمسائل من الجانب الالكتروني لذا تم تناول العقد الإداري الالكتروني وبالأخص ذلك الذي يتم من قبل دوائر الدولة ومؤسساتها والتي من خلاله تهدف الى اشباع الحاجات العامة لأفراد المجتمع كافة على أننا تناولنا أهمية العقد الإداري الالكتروني بالتعريف به وبعناصره الأساسية واهم المعايير التي قيلت بهذا الصدد من خلال المقارنة بالدول العربية التي تبنت هذا الموضوع والدول الاوربية بهذا الصدد والتي منها فرنسا .

الكلمات المفتاحية: التنظيم القانوني، العقد الإداري، العقد الإلكتروني.

DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

Legal Regulation of the Electronic Administrative Contract (A comparative study)

Asst. Prof. Dr. Samer Hameed Safer
Nasiriyah Technical Institute, Southern Technical University, Iraq

ABSTRACT

Keeping up with scientific development and progress requires the existence of academic and jurisprudential interaction in all disciplines, including administrative specialization, and that requires legal theorizing of issues from the electronic side. Therefore, the electronic administrative contract was dealt with, especially that which is carried out by state departments and institutions, through which it aims to satisfy the general needs of all members of society However, we dealt with the importance of the electronic administrative contract by introducing it and its basic elements and the most important standards that were said in this regard through comparison with the Arab countries that have adopted this issue and the European countries in this regard, including France.

Keywords: legal regulation, administrative contract, electronic contract.

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

مقدمة

يشهد عالم اليوم ثورة كبيرة في الاتصال أو ما يسمى بثورة المعلومات والتي امتدت إلى مختلف جوانب الحياة اقتصاديا اجتماعيا سياسياً فقد ساعد التطور المستمر لوسائل نقل المعلومات إلى ظهور الإنترنت وارتباطه بالحوسبة الآلية التي نمت بسرعة وفي وقت قصير بسبب انخفاض تكاليف الاستخدام وسهولة الاستخدام والراحة في سرعة إنجاز المعاملات مقارنة بوسائل الاتصال الأخرى المعروفة مما جعلها ملتقى للأفراد والشركات التجارية.

حيث بدأ الانسان يخطو خطوات متسارعة باتجاه ابرام المعاملات والتصرفات القانونية بالاعتماد على الوسائل الالكترونية لما توفره من ظروف تتيح تبادل الارادات بصورة فورية دون ان يقف في وجهها الحدود والعوائق المادية ذلك ان سرعة انتقال المعلومات وإمكانية الاتصال والتعامل المباشر أدت الى التحول من دول متباعدة الى قرى صغيرة.

لذلك دعت الحاجة لمحاولة البحث من اجل التوصل الى قانون او تنظيم اداري معين يتولى مهمة ابرام ونفاذ العقود الإدارية الحكومية، كون النظام القانوني للعقود التقليدية لا يمكنه استيعاب هذا النوع الحديث والمبتكر من العقود في ظل التحول الى الحكومة الالكترونية لضمان تعاملاتها الإلكترونية، كون الإدارة العامة تسعى جاهدة لتحقيق المصلحة العامة بتحري الدقة والموضوعية في عملها، لهذا اتجهت العديد من الدول إلى النظر في إمكانية إبرام العقود عبر الوسائط الإلكترونية. ويرجع هذا التأثير إلى تبني العديد من الدول الأوربية وحتى العربية مشاريع الحكومة الالكترونية والتي تعتبر حقيقة واقعية أكثر منها قانونية، وعلى هذا الأساس يمكننا دراسة موضوع العقد الإداري الإلكتروني، لمعرفة مدى تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لتوقيع العقد الإداري ، وعلى قواعد التصديق على هذا النوع من العقود.

أهمية الدراسة:

يكتسي هذا البحث أهمية كبيرة لكون الانترنت اصبح مجال خصب لإبرام العقود والتصرفات القانونية وبالأخص في المجال الإداري الامر الذي انعكس على الجانب التجاري الذي أدى الى تطور الحركة التجارية بين دول العالم ؛ المترامية الأطراف رغم بعد المسافات إلا ان ذلك لم يقف حائلاً في ابرام عقودها سواء اكانت العامة أو الخاصة من قبل الدولة او الجهات الخاصة في تلك الدول وان كان التعاقد بين غائبين ، كما ان الجهات الإدارية في كل دول العالم تسعى الى ابرام عقودها الإدارية بدقة وموضوعية وبنفس الوقت اتباع الوسائل الحديثة في ابرام تلك العقود الأمر الذي يلقي عليها عبء يتمثل في تحري اقصى درجات الدقة والموضوعية لما لهذه العقود من اثار تنعكس على المجتمعات في تلك الدول .

إشكالية الموضوع:

في ظل التطورات التي شهدها العالم والتحول الى التعامل الالكتروني كان لابد لنا من محاولة فهم ماهية العقد الالكتروني والخصوصية التي يتمتع بها وهل ان التشريعات والتعليمات كانت قادرة على الالمام بهذا الموضوع من خلال تحديده بطريقة تضمن تطبيقه ام ان الاعتماد كان على القواعد العامة المتعارف عليها سابقا.

منهج الدراسة:

في دراستنا لهذا الموضوع، نعتمد المنهج الوصفي والتحليلي من خلال مراقبة ما يتعلق بالعمل التعاقدي الذي يتم إلكترونياً، ومراقبة القواعد التي تواجهها بالمنهج المقارن عند الحاجة.

خطة البحث:

المبحث الأول: ماهية العقد الإداري الالكتروني
المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري الالكتروني
المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري الالكتروني
المبحث الثاني: اركان العقد الإداري ومعايير تمييزه
المطلب الأول: اركان العقد الإداري الالكتروني
المطلب الثاني: معايير تمييز العقد الإداري الالكتروني

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

المبحث الأول
ماهية العقد الإداري الالكتروني

من نتاجات التطور والتقدم الذي شهده العالم ظهور طرق ووسائل جديدة لم تكن تعرف سابقاً بشكل عام وبشكل خاص في مجال العقود الإدارية ففي الأصل كان التعاقد وإبرام العقود على اختلاف أنواعها التي يعرفها القانون ، سواء كانت عقودا مسماة أو غير مسماة، تتم تلك من خلال الوجود المادي للمتعاقد في إطار ما عرف تسميته بمجلس العقد، إلا أن الأمر لا يتم كذلك في شتى الأحوال، ولا سيما في ظل هذا التطور الذي استطاع أن يربط الأشخاص فيما بينهم وهم في بقاع مختلفة من الأرض في ثوان معدودة، يمكن من خلالها أن يتم تبادل ألفاظ العرض والقبول لكي يبرم العقد في نهاية المطاف دون أي حضور مادي لأطرافه[1]، وهو ما يسمى بالعقد المبرم بالشكل الالكتروني[2]

على ان التغير الذي حدث في العقود و المعاملات الإدارية الالكترونية أدى إلى حدوث تعارض تشريعي واختلاف فقهي حول ماهية هذا العقد من جهة، و تكوينه من جهة أخرى، وفي ضوء تلك التساؤلات سوف نحاول ان نفهم ماهية ذلك وعلى النحو التالي :-

المطلب الأول: التعريف بالعقد الإداري الالكتروني:

أن شبكة الأنترنت تعتبر من أهم الوسائل لإتاحة المعرفة الواسعة والاتصال المكثف بأقل تكلفة ممكنة وبأسرع وقت مستطاع، وبانتشار هذه الوسيلة أصبح لكل شركة تجارية تريد النجاح وان صغر حجمها أن تنشئ موقع لها عن طريق الأنترنت، فلم تعد الوسيلة الوحيدة لتبادل المعلومات والحصول عليها من شتى أنحاء العالم، بل إنها أصبحت أيضا وسيلة يتم من خلالها إبرام العقود بمختلف أنواعها، لذلك وجب علينا محاوله فهم ماهية العقد الالكتروني كونه يعد من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت لتواكب التطور التكنولوجي الذي اثار تساؤلات قانونية وفقهية نظراً لما تتميز به البيئة الالكترونية من طابع افتراضي محظ ويعد العقد الالكتروني من بين المصطلحات الجديدة الدخيلة على الفقه الإداري فكان من الضروري محاولة تعريفه وإبراز أهم ما يتميز به من خصائص ثم من جهة أخرى تحديد الطبيعة القانونية لهذا العقد وتمييزه عن باقي العقود المحيطة به في البيئة الالكترونية [3] من افرازات الثورة المعلوماتية في مجال المعرفة هو ظهور نوع جديد من العقود يصطلح عليه اسم العقد الالكتروني والذي تباين الفقه القانوني بخصوص اتفاقه من عدمه مع أنواع العقود الأخرى التقليدية المتعارف عليها إلا أن هذا العقد في مجمله لا يختلف من حيث أركانه عن الأركان العامة للعقد، إنما ما يميزه عن غيره من العقود هو أن إبرامه يتم بواسطة وسائل إلكترونية حديثة لذلك يقتضي منا الحديث عن مفهوم العقد الالكتروني، التطرق إلى التعريف الذي أعطته له المنظمات الدولية وكذلك التعريف الذي أعطاه له المشرع إلى جانب التشريعات المقارنة كما يجب الوقوف على أهم الخصائص التي يتميز بها العقد المبرم بالشكل الالكتروني.

أولا: مفهوم العقد الاداري الالكتروني [4]

لابد لنا منذ البداية تناول التعريف من الناحية الدولية للعقد الالكتروني بالمعنى العام ثم بعد ذلك نبحث في مدى تبني الدول لما تم الاتفاق عليه دوليا لمفهوم العقد الالكتروني في المعاملات التجارية إضافة الى العقد الإداري الالكتروني وذلك على النحو التالي :

مما لاشك فيه حاولت المنظمات الدولية التأكيد على أهمية العقود الالكترونية من خلال تبينها في الاتفاقيات المنظمة لها والتي ابرمت فيما بينها او بعضها البعض حيث تناولت المادة الثانية من التوجه الأوربي[5] الصادر بتاريخ 20 مايو 1997 التعاقد عن بعد بتعريفه على أنه " أي عقد العقود المتعلقة بالسلعة والخدمة التي تتم بين مورد و مستهلك، بوساطة اطار تنظيمي خاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، والذي يتم باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الالكترونية حتى إتمام العقد، "كما تم بيان ما المقصود بتقنية

(1) د. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي 1984. ص ٧٦
(2) د. عادل السعيد ابو الخير : القانون الاداري ، بدون دار نشر ، 2001 . ص ٣٠
(3) د. عبد المجيد الفياض : العقد الاداري في مجال التطبيق ، المكتبة القانونية ، 1983 .ص ٢٥
(4) د. ثروت بدوي : مبادئ القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، 1968.ص ١٦
(5) د. عصمت عبد الله الشيخ : مبادئ اساسية في العقود الادارية ، بدون دار نشر ، 1997. ص ٣٤

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

الاتصال بكونها " كل وسيلة تتيح إمكانية ابرام العقد دون وجود مادي ولحظي للمورد و المستهلك يمكن أن تستخدم لإبرام العقد بين الطرفين .[6] أما بخصوص تعريف العقد الالكتروني في العراق نرى ان قانون المعاملات الالكترونية العراقي المرقم 78 لسنة 2012 قد تناول العقد الالكتروني على أنه " ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية " فضلا عن ان شروط صحة الرضا والمحل والسبب هي ذاتها في العقود المدنية والالكترونية . وبهذا فان العقود الالكترونية لا تعتبر صورة جديدة من العقود وانما هي ذات العقود التقليدية المعروفة مع اختلاف وسيلة التعاقد بينهما ؛ كما تم تناول مجلس العقد الإلكتروني بأنَّه: انشغال راغبي التعاقد بإبرام العقد، والذي خلاله يكون الإيجاب صالحاً لاقتران القبول به.

ويختلف المجلس المذكور آنفاً، باختلاف حالة المتعاقدين، فإذا اجتمعاً حقيقةً كان المجلس حينها حقيقيّاً، وإذا لم يجتمعا بالصوُّرة آنفة الذكر (كأن يكون اجتماع المتعاقدين عن طريق الوسائل الإلكترونيَّة) كان حينها هذا المجلس، حكميّاً.

وعلى ذلك، إذا اجتمعا المتعاقدين في مجلس واحد، بحيث لم يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل زمني، كان التعاقد تعاقد ما بين حاضرين، أما إذا لم يجتمعا في ذات المجلس، وفصل بين إرادتهما نحو التعاقد فاصل زمني، كان التعاقد حينها تعاقد بين غائبين.

ويثار السؤال في هذا الموضوع، عن طبيعة التعاقد الذي يكون عن طريق الشبكة المعلوماتية الدوليَّة (الإنترنت)، فهل هو تعاقد ما بين حاضرين أم غائبين؟

أشارت المادة (88) من القانون المدني العراقي إلى أنَّه: "يعتبر التعاقد (بالتليفون) أو بأية طريقة مماثلة كأنَّه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان، وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان".

من خلال النص السابق يمكننا فهم قصد المشرع العراقي في وضع قاعدة عامَّة لطبيعة التعاقد عن طريق الوسائل اللاسلكيَّة، حيث أشار إلى أنَّ التعاقد عن طريق (التلفون) أو أيّ وسيلة أخرى مماثلة، هو تعاقد ما بين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين من حيث المكان، ما يعني أنَّ الحكم ذاته يسري على التعاقد الذي يجري عن طريق المراسلة الصوتيَّة (Voice Call)، والمراسلة المصورة بوساطة تطبيقات منها (ZOOM) والمراسلة الكتابيَّة عن طريق (Chat)، وغيرها من الوسائل التي تحصل في إطار المستوعبات الإلكترونيَّة، والتي – من خلالها - لا يفصل بين الإيجاب والقبول فاصل زمني[7]

غير أنَّ ما تجب الإشارة إليه في هذا المجال، أنَّ التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني الذي يستغرق الإيجاب حيناً من الزمن للوصل إلى الطرف الأخر، والحال نفسه بالنسبة للقبول، لا تنطبق عليه القاعدة السابقة، إنما يعتبر تعاقد ما بين غائبين؛ نظراً لوجود فاصل زمني بين الإيجاب والقبول.[8]

أما بالنسبة للقوانين المقارنة نرى ان الدول العربية التي وضعت تنظيما تشريعيا للمعاملات الالكترونية هي كلاً من الامارات و تونس والأردن ومصر وفرنسا قد اعترفت بذلك حيث ان قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية للعقد الإلكتروني بمشروعيته إذ نصت المادة السابعة منه على أن الرسالة الإلكترونية لا تفقد أثرها القانوني أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل إلكتروني، ومن المعلوم أن الرسالة الإلكترونية هي وسيلة التعبير عن الإرادة.

وبصريح العبارة أقرت المادة 13 من نفس القانون بمشروعية التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية إذ جاء فيها:" لأغراض التعاقد يجوز التعبير عن الإيجاب والقبول جزئيا أو كليا بواسطة المراسلة الإلكتروني".

وأضافت الفقرة الثانية من نفس المادة:" لا يفقد العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد أنه تم بواسطة مراسلة إلكترونية واحدة أو أكثر".

ولإيراده هذه التفصيلات، يرى بعض الفقه أن قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية يعد أكثر القوانين في العالم انسجاما مع قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية

(6) د. ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1994. ص ١٧٦
(7) د . محمد عبد الواحد الجميلي : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، 1997 .ص ٧٦
(8) د. محمود حلمي : العقد الاداري ، دار الفكر العربي ، 1977 .ص ٥٤

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

فالعقد الالكتروني في التشريع التونسي قد وضعه المشرع في بعض المفاهيم المتعلقة بالتعاقد الالكتروني، فعرف المبادلات الالكترونية بأنها " المبادلات التي تتم باستعمال الوثائق الالكترونية [9] وأن التجارة الالكترونية هي عبارة عن العمليات التجارية التي تتم عبر المبادلات الالكترونية"

وفي القانون المدني الأردني، وتحت عنوان مصادر الحقوق الشخصية في الباب الأول منه، ورد نص المادة الثانية منه على أنه عقد مبرم بشكل الكتروني وهو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كليا أو جزئيا[10]

و المشرع المصري تناول العقد الالكتروني في المادة 89 بأنه يتم عقد بمجرد أن يتبادل طرفان التعبير عن إرادتين متطابقين مع مراعاة ما يقرره القانون فوق ذلك من أوضاع معينة لانعقاد العقد[11]

كما وقد عرف المشرع الفرنسي العقد المبرم بالشكل الكتروني، بكونه عبارة عن العقد الذي ينطوي على تبادل وتقديم السلع والخدمات باستعمال وسائل الكترونية .

وعلى صعيد آخر نرى ان المشرع الفرنسي قد تناول العقد الاداري الالكتروني بالقانون الصادر بمرسوم رقم (٢١٠) لسنة ٢٠٠١ معدل بمرسوم (١٥) لسنة ٢٠٠٤ والتي نص بها في المادة (٥٦) على إمكانية ابرام العقود الإدارية عن طريق وسائل الكترونية بالنص على ان العقد الإداري الالكتروني هو " ذلك العقد المبرم بدون استخدام وسائل مادية في تحرير العقود ويتم الاعتماد على الوسائل والتقنيات الحديثة في العالم الافتراضي " اما التقنين المدني الفرنسي قد تناول العقد الالكتروني بالتعديل الخاص بالامر الرئاسي رقم 674/2005 الصادر بتاريخ 16/06/2005 الذي أدرج نصوصا في التقنين المدني تتعلق بجواز التعبير عن الإرادة بالطرق الإلكترونية حيث نصت المادة 1369-1 من التقنين المدني بعد تعديلها: يمكن استخدام الطرق الإلكترونية لوضع شروط العقد وتبادل المعلومات حول السلع والخدمات.

كما أصبحت المادة 1369-2 تنص على ما يلي: "المعلومات المطلوبة لإبرام عقد معين أوتنفيذه يمكن تبادلها بالطرق الإلكترونية إذا وافق الطرف المستقبل على ذلك"

ويلاحظ أن هذه النصوص قد أدخلت على التقنين المدني الفرنسي انسجاما واتساقا مع ما تضمنه التوجيه الأوروبي في مجال التجارة الإلكترونية.

لهذا نرى ان القانون الفرنسي اشترط للاعتداد بالوسائل الإلكترونية في التعبير عن الإرادة اتفاق الطرفين، وهذه الملاحظة يمكن تعميمها على كل التشريعات بما فيها قانون الأونسترال النموذجي، إذ لم تجز كل تلك التشريعات استخدام الوسائل الإلكترونية إلا إذا تم الاتفاق على ذلك.

3- مفهوم العقد الإداري الالكتروني الفقه

عرفه بعض الفقه العقد الالكتروني بصفة عامة على أنه " اتفاق – يتلاقى به الايجاب بالقبول عبر شبكة الاتصال الدولية وذلك بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل " [12]

او هو ذلك العقد الذي يتم فيه تسخير التكنولوجية الحديثة لإبرام الصفقات والعقود نحو أسرع و أضمن لمصالح الأطراف المستعملة لهذه التقنية الحديثة لتبادل المعطيات بشكل إلكتروني[13]

او هو ذلك الاتفاق الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول بشأن الأحوال والخدمات عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة ومرئية تتيح التفاعل الحراري بين الموجب والقابل."[14]

والمجمل من هذه التعاريف نستطيع ان نقول ان العقد الالكتروني على وجه العموم هو ذلك الذي يتم بتوافق إرادتين باستعمال أجهزة إلكترونية لغرض إحداث أثار قانوني أي انشاء التزامات تعاقدية.

اما العقد الالكتروني الإداري محل البحث نرى ان الفقه العربي حاول تعريف العقد الإداري الالكتروني على انه ذلك العقد الذي يتم ابرامه من خلال وسائل الاتصال الالكتروني حيث يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي

(9) د. محمود حلمي : العقد الاداري ، دار الفكر العربي ، 1977، ص ٧٦

(10) د. قيدار عبد القادر صالح ، ابرام العقد الإداري الالكتروني واثباته ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلد (١٠) العدد (٣٧) لسنة ٢٠٠٨ ، ص ٦٥

(11) د.ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007، ص ٥٤

(12) د.محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003، ص ٤٥

(13) د.محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري – العقد الإداري)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989، ص ٥٦

(14) د.ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، 1996، ص ٣٤

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

متزامن لطرفي العقد بالاعتماد على شبكة الانترنت بأي وسيلة كانت؛ او هو ذلك العقد الذي تكون الإدارة العامة طرفاً فيه ويتعلق بمرفق عام ويتصف بشروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.
كما يوصف بأنه تعهد ملزم يبرم وينفذ جزئياً وكلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الالكتروني للبيانات، ويهدف الى إنشاء التزامات تعاقدية ، وذلك بإيجاب وقبول يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسيط [15]

وقد حاول بعض الفقهاء الالمام بموضوع العقد الإداري الالكتروني على انه العقد الذي يتم ابرامه من خلال وسائل الاتصال الالكتروني ويتم فيه التعاقد عن بعد دون تواجد مادي أي تواجد افتراضي .
وخلاصة القول، إن ظهور العقود المبرمة بشكل إلكتروني، كتصنيف جديد للعقود المتداولة بصفة عامة، لابد أن يثير خصوصيات يحظى بها بصفة خاصة وهذا ما سنتناوله في النقطة التالية. على ان ما يؤخذ على الفقه العراقي هو عدم التطرق لهذا الموضوع لحداثته ولقلة التشريعات المنظمه له .

ثانيا: خصائص العقد الإداري الالكتروني [16]

من خلال التعريفات السابقة للعقد الالكتروني بالمعنى العام والعقد الإداري الالكتروني بالمعنى الخاص، يتبين أن هذا التعاقد له خصوصية معينة تميزه عن غيره، فهو يتم عن بعد وبين حاضرين من حيث الزمان، وغائبين ومن حيث المكان، كما أن الوسيلة التي استعملت في إبرامه ليست تقليدية بل الكترونية عن طريق الانترنيت، وهو غالبا ما يتعلق بالطابع التجاري أو الاستهلاكي كما لا يتسم بالطابع الدولي دائما وهو ذات الحال ينطبق على العقود الإدارية.

1- ابرام العقد بوساطة الانترنت

إن ما يميز العقد المبرم بالشكل الالكتروني هي وسيلة إبرامه، حيث يتم استخدام الطرق الالكترونية في ابرام العقد ويعد ذلك من أهم مظاهر الخصوصية في الاتفاقات التي تتم بالوسائل الالكترونية بل انها الأساس كونها تتم عبر شبكات الانترنت، وهو نوع جديد، يتم فيه استغلال التقنيات الحديثة، لأجل تسريع وتيرة أنظمة التعاقد التي تساهم فيها الجهات التي تقدم خدمات المصادقة الإلكترونية، وكون العقد يرتبط بالوسائل الالكترونية يحقق للأطراف المتعاقدة العديد من المزايا، من بينها سهولة الاتصال وسرعته ودراسة البنود والشروط الموضوعية بحرية وبهدوء دون ضغط او تأثير من الطرف الآخر. [17] مع الاشارة أن هذه العقود يتم إبرامها عن طريق الانترنيت، إما بشكل كلي أو جزئي، فالعقد الكلي هو الذي يتم فيه التفاوض وتلقي الايجاب والقبول، وأداء الثمن وحتى التسليم من خلال شبكة الانترنيت، كالكتب وغيرها من السلع التي يمكن تداولها ونقلها من خلال شبكة الانترنت. [18] أما العقود التي يتم تنفيذها بشكل جزئي من خلال شبكة الانترنت، فتقتصر على التفاوض والتعاقد، أما التسليم فيتم في مكان معين وبصورة مادية. [19]

2- انعدام الوجود المادي

العقد المبرم بالشكل الالكتروني من العقود المبرمة عن بعد أي دون التواجد المادي فالتعاقد الالكتروني من العقود التي تتم دون أي تواجد للأطراف المتعاقدة، فاطراف العقد من الناحية المادية غائبون، ليس لهم وجود مادي ملموس بل وجودهم افتراضي كونهم حاضرين من حيث الزمان وغائبين من حيث المكان، وهو ما يجعله يدخل ضمن العقود التي تتم عن بعد لعدم وجود مجلس عقد حقيقي كون الايجاب والقبول يتم الكترونياً عبر الانترنت وهو بذلك يتميز عن غيره من العقود، بأنه يتم عن بعد بتواصل الأطراف بصورة مسموعة مرئية عبر الشبكة، ويسمح ذلك بالتفاعل بينهم، ولا يكون فارق زمني بين الايجاب والقبول مبدئيا.

(15) د. ماجد راغب الحلو ، مرجع سابق ، ص ٤٥
(16) د. ماهر صالح علاوي ، مرجع سابق ، ص ٣٤
(17) د. محمد الشافعي أبو رأس . العقود الإدارية ، بنها ، مصر. ، بدون سنة نشر ، ص ٥٦
(18) د. محمد عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2012، ص ٥٦
(19) بلال أمين زين الدين ، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية ، دار الفكر العربي ، سنة 2012. ص 465

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

3- الطابع الدولي للعقد

يتسم العقد المبرم بالشكل الإلكتروني بالطابع الدولي ذلك لأن الطابع العالمي لشبكة الانترنت وما يترتبه من جعل معظم دول العالم في حالة اتصال دائم الامر الذي من شأنه ان يسهل العقد بين طرف في دولة وطرف في دولة أخرى، يكون دوليا عند ما يكون أطراف المعاملة ينتمون إلى دول ومناطق مختلفة، على ان ذلك لا يمنع من وجود العقد الالكتروني داخليا اذا ما انعقد في دولة واحدة وداخلها[20]

٤- الوفاء الالكتروني

العقد المبرم بالشكل الالكتروني يتميز بطريقة الوفاء الالكتروني وما تعنيه من استبدال النقود العادية بالنقود الالكترونية، أو عن طريق البطاقات البنكية او الأوراق التجارية او التحويلات البنكية ذلك أنه مع تطور التكنولوجيا وازدياد التعامل بأسلوب التجارة الالكترونية ظهرت تلك الوسائل كأسلوب مبتكر للأداء في مثل هذه المعاملات.[21]

٥- التنفيذ الالكتروني

ما يميز العقود الالكترونية على وجه العموم او الإدارية على وجه الخصوص هو انها تنفذ عبر شبكة الانترنت من خلال التسليم المعنوي او التسليم الالكتروني لها على ان ذلك لا ينفي الأثر الذي تتركة اذا ماكانت تهدف الى إدارة مرفق عام او تنظيمه طالما انها كانت تتعلق بمرفق عام لأن التعاقد الالكتروني من شأنه تسهيل العمل الإداري ولما يتضمنه من مرونه وتطور في صعيد التنفيذ .

المبحث الثاني
اركان العقد الإداري الالكتروني ومعايير تمييزه

نحاول في هذا المبحث بيان اركان العقد الإداري الالكتروني والتي تتشابه الى حد كبير مع اركان العقد الإداري التقليدي رغم بعض المميزات الخاصة التي تنطلق من الخصوصية التي يتمتع بها العقد كونه من العقود الحديثة التي تعتمد على الوسيط الالكتروني وذلك على النحو التالي :-

المطلب الأول : اركان العقد الإداري الالكتروني :

فان العقد الإداري يقوم على اركان ثلاث وهي ذاتها التي تنطبق على العقود الإدارية الاعتيادية

1 - الرضا :

لا يمكن أن يكون ثمة عقد إلا إذا تلاقى إيجاب وقبول من الإدارة والمتعاقد معها ، فذلك جوهر الرابطة التعاقدية وهو المميز عن تصرفات الإدارة الأخرى والتي منها القرارات الإدارية التي تعبر بها الإدارة عن ارادتها لوحدها عندما يلتقي الايجاب والقبول بين الإدارة والمتعاقد معها تلك الساعة يعتبر العقد قد انعقد كون ذلك يدل على ان هناك تفاهم بين الطرفين وان التعبير عن الإرادة قد تم بمراعاة القواعد القانونية المنظمة وعلى ان يكون هناك تقيد من قبل كل من الطرفين بالنصوص القانونية ناهيك عن التعليمات ويعد الرضا الركن الأول من اركان العقد الإداري الالكتروني[22] والذي يجب ان يكون صادراً من الجهة المختصة ذلك وفقاً لما هو متعارف عليه من الاختصاص والشكل والرضا المفترض به ان يكون صادراً من الشخص نفسه الامر الذي يعني بمفهوم المخالفة انه لا يجوز ان يكون هناك تفويض او توكيل وهذا هو القيد العام على جهة الإدارة إلا ان تطور الحياة الإدارية والعمل لم يمنع من التفويض في نطاق ضيق ، كون الرضا يستلزم ان يكون صريحاً وسليماً وخالياً من العيوب كالغلط او التغرير او الاكراه او الغبن ناهيك عن تمتع جهة الإدارة او الشخص المتعاقد او المتعاقد معه بالاهلية

(20) محمد عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2012 ص 553.
(21) بلال أمين زين الدين ، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية ، دار الفكر العربي ، سنة 2012.
(22) د. محمد الشافعي أبو رأس ، مرجع سابق ، ص ٤٦

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

القانونية كونهما يتمتعان بالشخصية المعنوية الكاملة وهذا ما نستطيع ان نعكسه على العقد الإداري الالكتروني الذي يكون الرضا به من خلال او بوساطه التعبير الالكتروني عن طريق الايميل او المحادثه بأي وسيلة كانت والتي تدل بطريق المباشر [23]على النية في ابرام العقد دون حاجة للتفسير بالرغم من ذلك نرى ضرورة ان يكون هناك عقد ورقي يتم اعتمادة ونقله الكترونيا الى الجهة الأخرى لغرض الاحتفاظ بالاصل كما انه يكون لغرض التوثيق والمحادثات ان كانت لغرض العقد إلا انه يجب عدم الركون اليها وحدها واعتمادها دون وجود التوقيع عن طريق الايميل حيث ان القضاء

الإداري الفرنسي اعتمد هذه الطريقة في ابرام العقود الإدارية وبالوقت نفسه نص على ضرورة التعبير عن الإرادة يكون واعياً ومبصراً ولا يحتمل أي نوع من أنواع التدليس لأن ذلك يجيز لإدارة ابطال العقد وفقاً للقواعد العامة المتعارف عليها .

2 - المحل : وهو مضمون العقد وفحواه ، فهنا نجد تطبيق المبادئ المدنية عدا ما تستلزم طبيعة العقود الإدارية أي تلك العملية القانونية التي يراد تحقيقها من لأجل إنشاء حقوق والتزامات متقابلة للمتعاقدين فيشترط به أن يكون موجودا أو ممكنا ، معينا أو قابلاً للتعين ومما يجوز التعامل به [24]. فمحل العقد يحدد من قبل طرفا العقد غير أن الإدارة قد تعدله بإرادتها المنفردة استنادا إلى الامتيازات التي تتمتع بها في مواجهة المتعاقد [25]. ومن أهم شروط صحة المحل شرط المشروعية وذلك بان يكون محل العقد مما يجوز التعامل به، فأذا منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص امر معين ، سواء اكان شيئاً يراد شراؤه أو عملاً يراد تنفيذه ، فأن الإدارة ملزمة باحترام إرادة المشرع وكل مخالفة لهذا الحظر تؤدي الى بطلان التعاقد منها على سبيل المثال ما ذهب اليه القانون رقم ٩ لسنة ١٩٨٣ والذي نص في مادته (٣٨) على " أن يحظر على العاملين بوحدات الجهاز الإداري للدولة ، ووحدات الحكم المحلي الإدارة المحلية والهيئات العامة التقدم بعطاءات آو عروض لتلك الجهات ، كما لا يجوز شراء أصناف منهم أو تكليفهم بتنفيذ أعمال . ولا يسري ذلك على شراء الكتب من تأليفهم ، أو تكليفهم بالقيام بأعمال فنية كالرسم والتصوير وما يماثلها أو شراء هذه الاعمال الفنية منهم إذ كانت ذات صلة بالاعمال المصلحية ، وعلى ان يتم الشراء والتكليف في الحدود ، ووفقاً للقواعد والإجراءات التي تبينها اللائحة التنفيذية . كما يحظر على العاملين بتلك الجهات الدخول في المزايدات والممارسات بأنواعها ، إلا اذا كانت الأشياء المشتراة لاستعمالهم الخاص ، وكانت مطروحة للبيع عن طريق جهات غير التي يعملون بها ، ولا تخضع لإشراف الجهة التي يعملون بها [26]

3 - الشكل : ويقصد به المظهر الخارجي الذي يتخذه العقد والذي يتخذ شكل خاص محدد و الأصل في العقود أنها تتم بالتراضي و لا يشترط أن يفرغ العقد في شكل معين إلا إذا نص عليه القانون و العقود الإدارية تخضع للقواعد العامة في القانون المدني بهذا الصدد فلو وهب شخص قطعة ارض إلى جهة إدارية معينة وجب اتباع الشكلية المقررة لعقود بيع العقار التي تتمثل بالتسجيل لدى دائرة التسجيل العقاري ،ولكن الملاحظ أن العقود الإدارية تمر بمراحل متعددة كإجراءات المزايدة و المناقصة و قرار الإرساء و تقتضي أن يكون العقد المبرم مكتوبا [27]. وقد كان للمشرع الفرنسي قصد السبق في مهمة تقنين العقود الإدارية الالكترونية ولبيان التطور الهائل في مجال ابرام العقود الإدارية الالكترونية نرى ان المشرع قد التزم بكافة الإجراءات التي نص عليها التوجيه الأوربي على أن العقد الإداري [28] كالعقد المدني من حيث وجوب توافر أركان العقد جميعا حتى يمكن أن ينتج أثرا قانونيا و رأينا أن قواعد القانون المدني هو المرجع في ذلك و هذا يعود إلى الأحكام الضابطة للعقد التي تستلزمها العدالة ولا يختلف في تطبيقها بين روابط القانون الخاص و العام، ومن جانب آخر فان بطلا العقود الإدارية أوسع نطاقا من العقود المدنية و ذلك لتعلق العقود الإدارية بالصالح العام.

(23) د. محمد عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2012، ص ٥٦
(24) .محمود حلمي ،العقد الإداري ،دار الفكر العربي، الطبعة الثانية ، 1977، مصر ، ص ٧
(25) د. عزيزة الشريف ، دراسات في نظرية العقد الإداري، دار النهضة العربية، مصر، ص ١٧
(26) سليمان محمد الطماوي ، الأسس العامة للعقود الادارية ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ٢٠٠٨ ، ص ٣٧٧
(27) حمدي سليمان القبيلات ، النظام القانوني لأبرام العقود الإدارية الالكترونية ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٤ ، ٢٠٠٧ ، ص ٣٢
(28) د.محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق ، ص ٦٧

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

4 - السبب : إذا ما وجد الرضا كركن في العقد و كان صحيحا سالما من العيوب وانصب هذا العقد على محل جائز و ممكن فانه لا يكفي لتمام العقد ما لم يكن له سبب مشروع، والسبب سواء أكان مباشراً أم غير مباشر يفترض وجوده في كل عقد، إداريا كان أم مدنيا و إذا خلا العقد منه اعتبر باطلا لتخلف ركن من أركان العقد .
والواقع انه من النادر أن يرد انعدام السبب في تصرفات الإدارة ، كما يندر أن تتعاقد الإدارة دون سبب أو بسبب باطل وذلك لان الدوافع التي تبعث الإدارة على التعاقد تتمثل دائما بتحقيق المصلحة العامة و في ضرورات سير المرافق العامة[29] وأحكام القضاء الإداري الخاصة بركن السبب في العقد الإداري قليلة جدا و أول حكم يشير بصراحة إلى ركن السبب هو حكم مجلس الدولة الفرنسي في 29 يناير سنة 1947 في قضية (Michaux) وتتعلق هذه القضية بعقد تطوع ابرمه احد الفرنسيين بقصد القتال في جبهة معينة ولكنه جند في وحدة عسكرية غير مقاتلة و عندما طالب الشخص بإلغاء عقد التطوع لفقدان ركن السبب رفض المجلس الدعوى و اعتبر أن إلحاقه في وحدة عسكرية غير مقاتلة أمر لاحق لإبرام العقد [30] و بطلان السبب في العقود الإدارية يمكن أن يتمسك به الطرفان في أية مرحلة من مراحل الدعوى و لمحكمة الموضوع إبطال العقد من تلقاء نفسها متى ما وجدت أن للعقد سببا غير مشروع و ذلك لمخالفته للنظام العام .

المطلب الثاني : معايير تمييز العقد الإداري الالكتروني

كان ولا يزال العقد الإداري الالكتروني يشكل نبرة الإيقاع الأقوى في ظل العالم الافتراضي والقرية الواحدة التي تعيشها دول العالم بفضل الانترنت وازدياد التبادل التجاري بين دول العالم المتباعده جغرافياً والمتقاربة الكترونيا الامر الذي دعا الى تبني أهمية البحث عن معيار تمييز العقد الإداري الالكتروني كونه الاتفاق الذي يبرم بين طرفين احدهما شخصاً معنوياً عاماً لغرض إدارة المرافق العامة او تسييرها ومن بين آهم المعايير بهذا الصدد :

أولاً : المعيار العضوي الشكلي للعقد الإداري الإلكتروني

يعتبر العقد الإداري من بين أهم الوسائل التي من خلالها تتمكن الدولة من إدارة المرافق العامة والتي بها تسعً الى اشباع الحاجات العامة لغرض تحقيق المنفعه للجميع وفي ظل المعيار العضوي للعقد الإداري الالكتروني يعتبر الشخص المعنوي هو الأساس في العقد وشرطاً ضرورياً لأتمامه بأي طريقة كانت سواء ورقياً او الكترونياً [31]
على ان ذلك الشرط او الركن الأساس اختلف الفقه العربي فيما بينه بخصوص أساسية هذا الشرط او حتميته كون التطور والتقدم وازدياد تدخل الدولة في مجالات عدة أدى الى إمكانية ابرام هذا العقد من شخص يمثل الدولة ولكن بصفة الوكالة ، وهذا ما اكد عليه القضاء الإداري في عدة مناسبات في فرنسا حيث سمح لأبرام العقود الإدارية التي من الممكن ان يتم توقيعها او عقدها من قبل اشخاص معنوية خاصة تمثل الشخص المعنوي العام او بالإنابة او الوكالة عنه [32].
لهذا وذاك فإنه وفقاً للمعيار العضوي الذي ينص على ان يكون العقد الإداري مبرم من قبل شخص معنوي عام لا ضير من ابرام هذا العقد من قبل شخص معنوي خاص يمثل الشخص العام سواء اكان هذا التمثيل بالوكالة الصريحة او الضمنية على ذلك يعتبر استثناء من القاعدة العامة التي توجب ابرام العقد من قبل الدولة ولكن بفعل التطور الحياتي والعملي المستمر وبالأخص على الصعيد الإداري اضطرت اغلب الدول والتي منها فرنسا الى تبني مثل هذا النهج في البعض من احكامها القضائية ، لكون أن التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الصادرة في 2004[33]، قد أعطت مفهوماً آخر للشخص المسؤول عن العقد وأطلقت عليه تسمية

(29) د. ثروت بدوي ، مرجع سابق ، ص ٧٨
(30) سامي حسن نجم الحمداني ، اثر العقد الإداري بالنسبة للغير ، منشورات المؤسسه الحديثة للكتاب ، مصر , ٢٠١١ ص ١٠ – ١٥ .
(31) د. سامر حميد سفر ، القانون الإداري ، دراسة تحليلية في تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٢٠ ، ص ٦٧
(32) علي جبير عبيد الجنابي ، الطبيعة القانونية للعقد الإداري الالكتروني ، رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، ٢٠١٧ غير منشورة ، ص ٦٧
(33) د. فيصل عبد الحافظ الشوابكه ، النظام القانوني للعقد الإداري الالكتروني ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية ، المجلد الحادي والعشرون العدد الثاني، ص ٣٣٥، ٢٠١٣

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

السلطات المتعاقدة ليشمل على غرار القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية الدولة أو أحد مؤسساتها، فضلاً عن وكيل الشخص المعنوي العام[34].

ونظراً لخصوصية التوجيهات الأوربية لكونها تتسم بالطابع الدولي، وبالتالي إمكانية إبرام العقود الإدارية بين دول العالم وبين الدول الأوربية، فقد كان قانون العقود الإدارية في فرنسا متأثراً إلى حدٍ ما بهذه التوجيهات، وهذا ما يمكن أن نستشفه من خلال نص المادة الثانية إذ أشارت إلى إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات.

هذا الامر أدى الى تبنيه من قبل بعض الفقهاء والذي منهم الأستاذ الدكتور ماجد راغب الحلو الذي اعتمد هذا المعيار في تحديد العقد الإداري الالكتروني بأن الأشخاص الممثلين للشخص العام يمكنهم ابرام مثل هذه العقود استناداً الى نظرية الانابة ، أي بمعنى آخر كان للعولمة والتدويل الدور الكبير في تعزيز ابرام العقود الإدارية الالكترونية عن طريق اشخاص القانون العام اصلاً واستثناء اشخاص القانون الخاص بوكالة صريحة أو ضمنية [35].

وتأسيساً على ذلك فأن المعيار العضوي لتميز العقود الادارية عن العقود المدنية لا يشكل صعوبة في تحديد طبيعة هذا العقد كون التوجيهات الأوروبية الخاصة بآبرام العقود الإدارية الصادرة في ٢٠٠٤ قد منحت مفهوماً آخراً للشخص المسؤول واطلقت عليه السلاطات المتعاقدة ليشمل الدولة ومؤسساتها ووكيل الشخص المعنوي[36] على ان هذا التوجه هو يختلف عن ما ذهب آليه العراق لكونه وعلى غرار ما هو موجود في مصر فإن الاتفاقات الإدارية تعد عقوداً إدارية بطبيعتها الذاتية لا بنص القانون كما هو الحال في فرنسا، الأمر الذي يعني أنه لا يمكن إبرام العقد الإداري الإلكتروني من خلال هذا المعيار إلا بوجوب صدور حكم قضائي من القضاء الإداري يحدد طبيعة هذا العقد كونه إداري وليس عقد مدني[37].

ثانياً : المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني[38]

إن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يمكن إبرامه كليا أو جزئيا بوساطة الأنترنت وبذلك فإنه لا يختلف عن الصورة النمطية التقليدية للعقد من حيث الأركان، بل يختلف في طريقة الابرام، لذا فإن الوسائط الإلكترونية لا تؤثر في مضمون العقد وجوهره بل انها تعتبر من بين متطلبات تطور العمل الإداري الذي يستوجب السرعة والمرونه والتطور .

لذلك فإن هذه الاتفاقات الإدارية الالكترونية تتميز عن الاتفاقات التقليدية بطريقة الابرام لكونها تتم عبر منصات الانترنت، لهذا يعتبر العقد الإلكتروني في فرنسا هو قبل كل شيء تعهد يتم إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا الوسيط لا يتدخل في مضمون هذا التعهد الإداري مما لا يمنع إمكانية وجود عقد إداري يحتوي على شروط استثنائية أو يخضع لنظام استثنائي خاص، وهذا يميزه عن العقود المدنية، حيث يمكن الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني
للسماح للمتعاقد بمعرفة شروط التعاقد .

على ان ذلك لا يمنع من وجود عقود إدارية تتم من خلال وسيط الكتروني الذي أي الوسيط لا يتدخل في جوهر العقد الإداري، وبالتالي فإنه لا يوجد ما يمنع من إمكانية وجود عقود إدارية تحتوي على شروط استثنائية أو تخضع لنظام قانوني استثنائي خاص يميزها عن العقود التقليدية، الأمر الذي يعني إمكانية التعاقد عن طريق الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الجهة الإدارية على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد الآخر بمعرفة شروط العقد[39].

ومن خلال العرض السابق للمعايير التي قيلت في سبيل تحديد المعيار الراجح في العقد الإداري نرى ان المعيار الشكلي القاعدة العامة والتي تنص على ان يكون العقد اداري وتحدد طبيعة وفقًا للشخص المعنوي العام هو ذلك الأساس فيجب ان تتم ابرام العقود الإدارية عن طريق شخص معنوي عام ممثله بالدولة او احدى مؤسساتها أو

(34) د. سامي حسن نجم الحمداني ، مرجع سابق ، ص ١٧
(35) د. قيدار عبد القادر صالح ، مرجع سابق ، ص ٢٥
(36) د. محمد عبد الواحد صالح ، مرجع سابق ، ص ٥٦
(37) د. عصمت عبد الله الشيخ ، مرجع سابق ، ص ٥٦
(38) د. ثروت بدوي : مبادئ القانون الإداري ، ص ٦٧
(39) د. ماهر صالح علاوي ، مرجع سابق ، ص ٧٨

ISSN Online: 2709-071X
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323 ISSN Print: 2709-0701
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023 العدد (20) فبراير 2023

هيئاتها دون أي تخويل او توكيل من جهة أخرى لأن القاعدة العامة هو الشخص المعنوي العام دائما وابداً يسعى للصالح العام بعكس الشخص المعنوي الخاص الذي يسعى الى تحقيق مصلحته الشخصية وهذا هو ديدن عمله .
لهذا وذاك نستطيع ان نعرف العقد الإداري الاكتروني هو العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام حصراً مع شخص آخر من أشخاص القانون العام، وذلك بهدف تسيير وتنظيم المرفق العام عن طريق شبكة الإنترنت، وذلك من خلال تضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في القانون الخاص.

المعيار الراجح للعقد الإداري

نرى من خلال العرض السابق ان المعيار المعتد للعقد الإداري هو ذلك الذي يتضمن شروطاً ثلاثة يجب توافرها جميعاً، بحيث إذا تخلف واحد منها فقط لا يصبح العقد إدارياً بل عقدا مدنياً من عقود القانون الخاص، وهذه الشروط الثلاثة هي على التوالي، أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً معنوياً عامة وأن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام – وأخيراً أن يتضمن العقد شروطاً غير مألوفة في عقود القانون الخاص ولنتناول بالتفصيل هذه الشروط الثلاثة التي تكون في مجموعها معيار العقد الإداري

نخلص من هذه الأحكام أن القضاء لم يستقر على معيار واحد للتمييز بين العقد الإداري وغيره من عقود القانون الخاص، وإنما استند في ذلك إلى عدد من العناصر، إذا توافرت كان العقد إدارياً وإذا تخلفت كان العقد مدنياً ويمكن القول بأن عناصر التمييز حسبما جاء بأحكام القضاء، **تنحصر في ثلاث أركان**[40]

الركن الأول : أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام :

السلطة المختصة في ابرام العقد هي بطبيعة الحال شخص معنوي عام وهذه بديهية تفرض نفسها حيث لا يجوز وصف عقد على انه عقد اداري اذا كان اطرافه اشخاص معنويه خاصه كون جهة الإدارة العامة هي تلك الجهة الوحيدة التي تسعى الى تحقيق واشباع الحاجات العامة والمخولة بذلك من قبل الدولة.

الركن الثاني: أن يتعلق العقد بإدارة مرفق عام :

يعد من بين آهم العناصر الأساسية هو اتصال العقد بالمرفق العام كون الدولة بمؤسساتها كافه تسعى جاهدة الى اشباع الحاجات العامة من خلال ما تقدمة للمواطنين من خدمات عن طريق او بوساطة مرافقها العامة، وحكمة هذا الشرط أن ضرورات أو ما يقتضيه المرفق العام من حسن سيرها بانتظام وباضطراد هي التي تعلل النظام القانوني الاستثنائي أي أن المتغير للعقود الإدارية ذلك النظام وهو يختلف عن القانون الخاص في كثير من نواحيه سواء في حقوق الإدارة المتعاقدة أم في حقوق والتزامات المتعاقد معها. والمرفق العام الذي يجب أن يتصل به العقد يأخذ التعريف أو المعنى المحدد له في القانون الإداري كنشاط تتولاه الإدارة إدارته ويستهدف تحقيق النفع العام مباشرة [41].

على أن اقتران العقد الإداري بالمرفق العام ليس له صورة بذاتها: فقد يقترن العقد بتنظيم المرفق واستغلاله أو تسييره أو بالتعاون في تسييره وإدارته عن طريق توريد مواد أو خدمات أو غير ذلك من صور الاتصال.

الركن الثالث: أن يتضمن العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص.

القول بأن الدولة هي أحد أطراف العقد هذا غير كافٍ لوحده للقول بأن العقد إداري، وذلك لأن تلك الدول أو الادارات قد تبرم عقودها باستخدام أساليب القانون الخاص تخضع نفسها وعقدها لقواعد وأحكام القانون الخاص على ان اقتران العقد بمرفق عام، لا يصح وحده للقول بأن هذا العقد إداري، وذلك لما تعرضه له القانون الإداري من تطور نتيجة لمستجدات الحياة السياسية التي انعكست على الجانب الإداري في دول العالم ، الامر الذي أدى إلى التراجع عن هذه الفكرة التي اتخذت من المرفق العام، أساساً لكل علاقات ومبادئ وأفكار ونظريات القانون الإداري، وذلك بعد أن دخل في عداد المرافق العامة التقليدية، نوع جديد من المرافق العامة وهي المرافق العامة الاقتصادية، والتي فرضت طبيعتها على الإدارة أن تديرها بأحكام ومبادئ القانون الخاص المدني وهكذا لم يعد عنصر اتصال العقد بمرفق عام عنصراً مميزاً للعقد الإداري. ولهذا استقر القضاء الإداري في كل من مصر

(40) د.ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤ ، ص ٥٦
(41) د.محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥ ، ص ٦٧

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

وفرنسا، واتفق الفقه كذلك، على أن العنصر المميز الرئيسي، من بين العناصر الثلاثة المميزة للعقد الإداري، هو العنصر المتمثل في أخذ الإدارة في العقد بوسائل القانون العام وأساليبه، وهو ما يعني تضمن العقد لشروط استثنائية، غير مألوفة في مجال عقود القانون الخاص(42)

خاتمة

تناولنا في ما سبق العقود الإدارية الالكترونية وكانت الغاية من وراء ذلك بيان أهمية تبني هذا الموضوع من حيث ضرورة الاخذ به من قبل الدول العربية كونه اصبح ضرورة تفرض نفسها في اكثر الدول تقدماً الامر الذي يجب على الدول العربية الاقتداء بتلك التجارب كونها تسعى للتأسي بتلك الدول تحقيقاً للمبادئ المتفق عليها في القانون الإداري وهي كونها ان تكون محققه للسرعة ومواكبة التطور والتغيير في العالم على ان هذا يكون بالتزامن مع ما هو واجب على جهة الإدارة العامة من اشباع الحاجات العامة وتحقيق النفع العام لكافة افراد المجتمع على ان ذلك يقتضي بالوقت نفسه ان يتم تناول هذا الموضوع من قبل الفقه الإداري لغرض سبر اغوار ثنايا هذا الموضوع وابتداع الحلول للمشاكل التي قد تعيق تطبيقه على ارض الواقع ومن خلال هذا العرض نخلص الى **النتائج التالية** وهي :

1 - تبين لنا ان القواعد العامة في العقد الإداري التقليدي هي ذاتها تلك تنطبق على العقد الإداري الكتروني مع الاخذ بضرورة التمييز والتأكيد على الجانب الالكتروني بدلاً من الورقي على ان ذلك يوجب على دول العالم تضمين ذلك في القوانين ذات الشأن الإداري من وجوب ان يكون هناك تقنين ينضم هذه المسأله بطريقة جامعة مانعه تحول دون فهم ماهيته وكيفية تطبيقة على ارض الواقع .

2 - اننا نؤكد بالوقت نفسه انه يجب ان تكون هناك دراسات مستفيضة من قبل الفقه الإداري وكذلك القضاء لغرض سبر غور ثنايا هذه الاشكالية للتعرف على الصعوبات التي تواجهة الإدارة عند التطبيق ولكن بالوقت نفسه لا ننكر دور القضاء الذي يجب ان يرسخ هذا المبدأ وهو إمكانية التعاقد الالكتروني اقلها على الصعيد الإداري وفي المسائل التي تتطلب سرعة الإنجاز ناهيك عن توفير وقت وجهد وأموال تبذل في سبيل ابرام العقود والتي لا تستهلك مبالغ في حالة التوقيع عليها او التفاوض عليها .

3 - حاولنا في هذا البحث بيان أوجه الفقه بخصوص تعريف العقد الإداري الالكتروني الذي وان اختلف في الصياغة إلا انه اتفق في الموضوع او الهدف من ابرام تلك العقود واطرافها الذين يجب ان يكونوا ممثلين للدولة .

4 - تبين لنا وجود النص التشريعي للدول محل البحث والتي اعتمدت من اجل المقارنة كونها اعتمدت على تلك النصوص التي نظمت ذلك وكان لها الدليل الذي تسترشد به تلك الهيئات التابعة لها في سبيل ابرام عقودها .

5 - على اننا بالوقت نفسه وجدنا الدول العربية التي اعتمدت الدول الاوربية كنهج تقتدي به في سبيل المعاملات الالكترونية ومحاولة منها للتأسي بتلك الدول راحت كل من مصر وتونس والأردن والامارات اعتماد ذلك على ان الامارات العربية المتحدة كان لها قصد السبق في التأكيد على التعامل الالكتروني كما أنها سعت من اجل إنجاح تلك الفكرة التي تتخوف منها بعض الدول العربية لعدم وجود التشريعات التي تساعدها على انجاز ذلك .

التوصيات :

1 - التأكيد بوجوب سن القوانين التي تنظم التعامل الالكتروني على الصعيد الإداري تنظيماً يعزز إمكانية التطبيق العملي .

2 - التأكيد على دور القضاء الإداري الذي يجب ان يختص بالعقود الإدارية وتطبيقاتها على الصعيد الالكتروني لكونه يعزز الدور التشريعي .

3 - التثقيف بالصعيد الوظيفي في المجال الاداري من خلال اعداد الدورات والورش التي تمكن الموظف والجهة الإدارية من التعامل الالكتروني وبالأخص في العقود الإدارية .

4 - النهوض بالبنية التحتية الخاصة بالشبكة المعلوماتية من اجل تعزيز التعامل الالكتروني .

5 - التأكيد على دور التوثيق الالكتروني وعلى ان يتم الاعتماد الالكتروني المطلق بدلاً من افراغها ورقياً لأن ذلك سوف يعتبر من بين المصادرة على المطلوب اذا ما تم التوثيق الورقي .

(42) د. محمد رفعت عبد الوهاب ، مرجع سابق ، ص ٧٨

ISSN Online: 2709-071X
ISSN Print: 2709-0701
DOI: https://doi.org/10.33193/JEAHS.20.2023.323
مجلة العلوم التربوية والإنسانية
Journal of Educational and Human Sciences
www.jeahs.com
Volume (20) February 2023
العدد (20) فبراير 2023

المصادر

1. محمود حلمي : العقد الاداري ، دار الفكر العربي ، مصر ، الطبعة الأولى، 1977.
2. محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري – العقد الإداري)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989.
3. محمد عبد الوهاب ، النظرية العامة للقانون الإداري، مصر، دار الجامعة الجديدة ، سنة 2012.
4. محمد عبد الواحد الجميلي : ماهية العقد الإداري في ضوء أحكام القضاء الفرنسي والمصري ، دار النهضة العربية ، 1997 .
5. محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2003.
6. محمد أمين الرومي: النظام القانوني للتوقيع الإلكتروني، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، ٢٠٠٥ .
7. محمد الشافعي أبو رأس . العقود الإدارية ، بنها ، مصر. ، بدون سنة نشر .
8. ماهر صالح علاوي، مبادئ القانون الإداري، دراسة مقارنة، 1996.
9. ماجد راغب الحلو: العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، ٢٠٠٤ .
10. ماجد راغب الحلو، العقد الإداري الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2007.
11. ماجد راغب الحلو : القانون الاداري ، دار المطبوعات الجامعية ، 1994.
12. قيدار عبد القادر صالح ، ابرام العقد الإداري الالكتروني واثباته ، مجلة الرافدين للحقوق ، مجلد (١٠) العدد (٣٧) لسنة ٢٠٠٨ .
13. فيصل عبد الحافظ الشوابكه ، النظام القانوني للعقد الإداري الالكتروني ، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية ، المجلد الحادي والعشرون العدد الثاني ، ٢٠١٣
14. علي جبير عبيد الجنابي ، الطبيعة القانونية للعقد الإداري الالكتروني ، رسالة ماجستير جامعة الشرق الأوسط ، الأردن ، ٢٠١٧ غير منشورة .
15. عصمت عبد الله الشيخ : مبادئ اساسية في العقود الادارية ، بدون دار نشر ، 1997.
16. عبد المجيد الفياض : العقد الاداري في مجال التطبيق ، المكتبة القانونية ، 1983 .
17. عادل السعيد ابو الخير : القانون الاداري ، بدون دار نشر ، 2001 .
18. سليمان الطماوي : الاسس العامة للعقود الادارية ، الطبعة الرابعة ، دار الفكر العربي ٢٠٠٧.
19. سامي حسن نجم الحمداني ، اثر العقد الإداري بالنسبة للغير ، منشورات المؤسسة الحديثة للكتاب ، مصر , ٢٠١١
20. سامر حميد سفر ، القانون الإداري ، دراسة تحليلية في تنظيم الإدارة العامة ونشاطها ، منشورات زين الحقوقية ، ٢٠٢٠ .
21. حمدي سليمان القبيلات ، النظام القانوني لأبرام العقود الإدارية الالكترونية ، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون ، المجلد ٣٤ ، ٢٠٠٧ .
22. ثروت بدوي : مبادئ القانون الاداري ، دار النهضة العربية ، 1968.
23. بلال أمين زين الدين ، الإصلاح الإداري في مصر والدول النامية ، دار الفكر العربي ، سنة 2012.