



وزارة التعليم العالي والبحث العلمي  
المركز الجامعي أحمد بن يحيى الونشريسي - تيسمسيلت  
معهد العلوم القانونية والإدارية  
قسم القانون العام



## العقد الإداري الإلكتروني

مذكرة تخرج ضمن متطلبات نيل شهادة الماستر  
- تخصص دولة ومؤسسات -

إشراف الأستاذ:

أ. عليليش الطاهر

من إعداد الطلبة:

— ميصايبس وسيلة

— طراري سامية

السنة الجامعية: 2019/2018

# شكر وتقدير

الحمد لله الذي علم بالقلم، علم الإنسان ما لم يعلم، الصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

يسعدني أن نتقدم بالشكر، ووافر التقدير وعظيم والامتنان إلى الأستاذ عليليش الطاهر الذي أشرف على هذه المذكرة فكان خير معين وخير مرشد، فجزاه الله كل خير، ومتعته بالصحة والعافية.

وأن نتقدم بالشكر والتقدير إلى قسم الحقوق لمعهد الحقوق والعلوم السياسية. وإلى الأساتذة الكرام في هذا القسم، لما قدموه من علم ومعرفة وعون ومساعدة ونصح وإرشاد وكل من كان له دور في إنجاز هذه المذكرة.

ولا يفوتنا أن نتوجه بالشكر والامتنان لمن أعاننا ولو بكلمة أو نصيحة أو تشجيع حتى أو دعاء شد من عزيمتنا من قريب أو من بعيد.

نسأل الله أن يتقبل هذا العمل خاصا لوجهه، وأن ينفعنا به، وآخر دعوانا أن الحمد لله رب العالمين، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين.

# إهداء

الحمد لله على نعمه التي بها أتمننا هذا العمل، وبهذا الإنجاز  
أتقدم إلى من لا يمكن للكلمات أن توفي حقهما  
إلى من لا يمكن للأرقام أن تحصي فضائلهما  
إلى والدي الغالية التي لم تأل جهدا في تربيتي وتوجيهي  
إلى والدي الحبيب سبب وجودي في هذه الحياة أدامهما الله لي  
وإلى ابنتي قرّة عيني ميليسا  
إلى كل الأقارب من بعيد أو قريب  
إلى كل الأصدقاء الأعزاء  
إلى كل من تذكره قلبي ولم يكتبه قلبي.  
أهدي ثمرة جهدي.  
أهدي هذا الإنجاز عربون محبة ووفاء

ميصايبس وسيلة

# إهداء

الحمد لله الذي فطرني على طاعته وشكره.

إلى نبع الحب والحنان، إلى من قال فيهما الرحمان ﴿ولا تقل لهما أف ولا تنهرهما وقل لهما قولاً

كرماً﴾.

والديّ العزيزين.

إلى أغلى وأعز إنسان على قلبي أبي العزيز والذي أحمل اسمه بكل افتخار.

إلى التي جعلت الحياة حلوة في عيوني، عزيزتي ورفيقة دربي، طريقي وسبيلي إلى الجنة غاليتي الفريدة

أمي الحبيبة.

إلى من شاركوني رحم أمي إخوتي

إلى أعز الأصدقاء والزملاء

إلى كل من تذكره قلبي ولم يكتبه قلمي.

أهدي ثمرة جهدي.

طراري سامية

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ  
الْحَمْدُ لِلَّهِ الَّذِي  
خَلَقَ السَّمَوَاتِ وَالْأَرْضَ  
وَالَّذِي يُضَوِّبُ الْمَوْتَى  
إِنَّ رَبَّهُ لَسَدِيدٌ  
إِلَىٰ عَرْشِهِ الرَّحِيمُ  
الَّذِي يُرْسِلُ الرِّيَّاحَ  
تُحْمَلُهُ السَّحَابُ فَتَنزِلُ  
مِنْهُمُ الْمَاءَ فَيُخْرِجُ  
بِهِمُ النَّوْءَ وَاللَّهُ  
بِشَيْءٍ قَدِيرٌ

الصفحة	الفهرس
.I	الشكر
.II	الإهداء
أ-ج	المقدمة
	<b>الفصل الأول : الإطار المفاهيمي للعقد الإداري الإلكتروني</b>
8	تمهيد
9	المبحث الأول: مفهوم العقد الإلكتروني وطبيعته
9	المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني
9	الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني
10	الفرع الثاني : التعريف القانوني للعقد الإلكتروني
12	المطلب الثاني: الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني
12	الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان
14	الفرع الثاني: العقود الإلكترونية عقود تفاوضية
18	<b>المبحث الثاني: خصائص العقد الإلكتروني وتمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية</b>
18	المطلب الأول: خصائص العقد الإلكتروني
18	الفرع الأول: العقد الإلكتروني عقد مبرر بوسيلة إلكترونية
21	الفرع الثاني: العقد الإلكتروني عقد مبرم عن بعد
22	الفرع الثالث: العقود الإلكترونية بين الطابع التجاري والمدني
22	الفرع الرابع: العقود الإلكترونية عقود دولية
23	المطلب الثاني: معايير العقد الإداري الإلكتروني
24	الفرع الأول: المعيار العضوي(الشكلي) للعقد الإداري الإلكتروني
26	الفرع الثاني : المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني
	<b>الفصل الثاني: القواعد العامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني</b>
32	تمهيد
33	المبحث الأول: تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية
34	المطلب الأول: مبادئ العقود الإدارية الإلكترونية
34	الفرع الأول: مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة

36	الفرع الثاني: مبدأ السرية والشفافية
38	المطلب الثاني: المناقصة كأسلوب لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية
38	الفرع الأول: مفهوم المناقصة الإلكترونية
40	الفرع الثاني: إجراءات المناقصة الإلكترونية
44	المبحث الثاني: وسائل توثيق العقود الإدارية الإلكترونية
45	المطلب الأول: تشكيلات العقد الإداري الإلكتروني
45	الفرع الأول: الكتابة الإلكترونية
48	الفرع الثاني: التمييز بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية
48	المطلب الثاني: توثيق العقد الإداري الإلكتروني
48	الفرع الأول: مفهوم التوثيق في المعاملات الإلكترونية
54	الفرع الثاني: جهات التوثيق الإلكتروني
59	الخاتمة
62	المصادر والمراجع
73	الفهرس

### مقدمة :

شهدت العقود الأخيرة من القرن الماضي ثورة في مجال المعلومات والاتصالات، والتي كان لها الفضل في تبادل المعلومات والبيانات في مختلف أنحاء العالم، حيث أدت هذه الأخيرة إلى إحداث تغييرات أساسية في المجتمع ومن جميع النواحي وخاصة الناحية القانونية.

حيث قد ترتب على ظهور الحاسب الإلكتروني وانتشاره في مجالات الحياة المختلفة إلى ظهور دعامة جديدة للمعلومات تختلف جذريا عن الدعامة الورقية التقليدية وبدأت المستندات الورقية التقليدية تختفي ليحل محلها تدريجيا دعومات جديدة كنتيجة طبيعية لتوسيع استخدام الحاسب الإلكتروني في الكثير من النشاطات ومنها النشاط الإداري.

وفي ظل الحديث عن مجتمع المعلومات والمعلوماتية والتجارة الإلكترونية وغيرها من المصطلحات الجديدة، كان لا بد من تحويل البيانات أو معالجة ونقل المعطيات من أسلوبها التقليدي في مجال التعاقد إلى أساليب حديثة تستطيع أن تؤدي ذات الوظيفة من جهة وتتكيف مع الوسائل الحديثة من جهة ثانية وكذا تعزيز الثقة في سلامة وصحة الاجراءات و المراسلات من جهة ثالثة، وتسهيل نقل البيانات والمعلومات والسجلات بكفاءة عن طريق مراسلات إلكترونية تعتمد عليها و اخيرا التقليل من حالات الاحتكاك المباشر للموظف مع المتعاقدين مما يولد مساوئ قد تؤدي إلى الإخلال بالالتزامات لتتحرف عن تحقيق المصلحة العامة.

ولهذا أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذا النوع من العقود واثباتها وتنفيذها كون النظام القانوني للعقود التقليدية لا يسع هذا النوع الحديث والمبتكر من العقود، كما أن انتشار الحكومة الإلكترونية من جهة وكذا المعاملات الإلكترونية من جهة أخرى قد كان له الدور البارز في تطوير النشاط الإداري، حيث أتجهت العديد من الدول إلى النص على إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية، ويرجع هذا التأثير إلى تبني العديد من الدول

الأوربية وحتى العربية مشاريع الحكومة الإلكترونية والتي تعتبر حقيقة واقعية أكثر منها قانونية؛ وعلى هذا الأساس يمكننا دراسة موضوع العقد الإداري الإلكتروني، لمعرفة مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني من جهة وعلى قواعد إثبات هذا النوع من العقود من جهة أخرى.



## مقدمة

إن مجال الدراسة لا يشمل جميع وسائل الاتصال الحديثة التي يمكن أن يبرم من خلالها العقد الإداري، بل نخص بالدراسة فقط العقد الإداري الذي يتم إبرامه عبر شبكة الأنترنت وخدماتها كالبريد الإلكتروني وشبكة الويب، و لهذا يطلق عليه بالعقد الإداري الإلكتروني كونه يعتمد على وسيط إلكتروني ، كما يوحي عنوان البحث أن نطاق الدراسة هودراسة النظرية العامة للعقد الإداري الذي يتم بالوسائط وهذه الخاصية التي تميزه عن باقي العقود حيث يتم إبرامه واثباته بوسائل إلكترونية ، ولهذا تم التركيز على المبادئ العامة لإبرام هذا العقد و توثيقه دون اللجوء الى كيفية تنفيذه والمنازعات التي قد تنشأ قبل وبعد التنفيذ وكذلك طرق الدفع وتجدد الإشارة هنا إلى أن دراستنا للعقد الإداري الإلكتروني تتخذ من المناقصة الإلكترونية " نموذجاً "، وفي هذا الإطار سنحاول الإجابة عن الإشكالية الرئيسية: ما هي خصوصية العقد الإداري الإلكتروني وما مدى تأثيره على المبادئ العامة لإبرام العقد؟

وهذه الإشكالية الرئيسية تنقسم إلى إشكاليات فرعية:

- 1- ما هي طبيعة العقد الإداري الإلكتروني؟
- 2- كيف يكون توثيق العقد الإداري الإلكتروني؟

نظرا لانتشار العقود المبرمة عبر شبكة الانترنت، وقيام الكثير من المتعاملين بإبرام العقود عبر هذه الشبكة، كان من الضروري القيام بهذه الدراسة للتعرف على التنظيم القانوني لهذه العقود أو الخروج ببحث متخصص في هذا المجال من جهة، وكذا إيجاد التنظيم المناسب لبيان كيفية إبرام هذه العقود الحديثة النشأة من جهة أخرى.

وتكمن الأهمية العملية للبحث في أن شبكة الانترنت أصبحت مجالا خصبا لإبرام العقود فضلا على أن انتشار هذا النوع من العقود أدى إلى تطوير النشاط الإداري، الأمر الذي أدى إلى قيام المشرع الفرنسي بالنص على إمكانية إبرام كما أن هذا الاهتمام يعكس أهمية البحث العملية كون العقود الإدارية الإلكترونية وسيلة اقتصادية تستعملها الدول لتطوير الاستثمار وبناء الاقتصاد الوطني سواء على المستوى الداخلي أو الخارجي.

وتكمن الأهمية العلمية والقانونية للبحث في أن هذا الموضوع يهدف إلى دعوة كل من المشرعين العرب إلى تبني طرق إبرام العقود الإدارية بالوسائط الإلكترونية وتعديل قوانين الدول بما يتماشى والتطورات الحاصلة في مجال إجراءات إبرام العقود الإدارية المنصوص عليها في التوجيهات الأوروبية والقوانين الفرنسية خاصة ما يتعلق منها بالعقود الإدارية، كل هذا من أجل

## مقدمة

صياغة قوانين جديدة للعقود الإدارية في مصر والجزائر والإمارات العربية والعراق وتونس... في الواقع هنالك جملة من الصعوبات التي واجهتني خلال هذه الدراسة لحدثة موضوع وندرة المراجع القانونية والدراسات الفقهية ، " «النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني المتخصصة من جهة، كذلك قلة الأحكام والاجتهادات القضائية التي يمكن الاستشهاد أو الاستعانة بها من جهة ثانية.

يعتمد اختيار منهج البحث على نوعية البحث وعلى مدى ملائمة المادة العلمية المراد دراستها، باعتبار أن موضوع العقد الإداري الإلكتروني " هو موضوع حديث على الساحة العلمية وهو نتاج التطور التقني الهائل في مجال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات، والمنهج المتبع في هذه الدراسة هو المنهج التحليلي المقارن.

المنهج التحليلي: من خلال تحليل النصوص القانونية المتعلقة بموضوع الدراسة على اختلافها، سواء كانت نصوص قانونية أو توجيهات أوروبية أو آراء فقهية.

من خلال دراسة إجراءات إبرام العقود الإدارية وتوثيقها في القانون الفرنسي ومقارنتها بإجراءات إبرام العقود الإدارية وفي القانون المصري أو القانون الجزائري وقانون الإمارات العربية والتوجيهات الأوروبية.

نستخدم هذه الدراسة بقائمة فيها أهم النتائج المتوصل إليها والإجابة على الإشكاليات السابقة .

الفصل الاول

الإطار المفاهيمي للعقد الإداري

الإلكتروني

**تمهيد**

يشهد العالم وبشكل كبير تطورا هائلا ومتسارعا في مجال تكنولوجيا الإتصال الحديثة وعلى رأسها الأنترنت باعتبارها الوسيلة التي لا يمكن الاستغناء عنها، بعد أن كانت الإتصالات تعتمد على وسائل تقليدية كرسائل ثم الهاتف وبعدها الفاكس و التليكس، ظهرت الأنترنت وأصبحت الوسيلة المثلى في الاتصال ونقل المعلومات وتقديمها ، ويرجع ذلك للتقدم العلمي الهائل في شبكات الاتصالات الرقمية وبفضل هذه الأخيرة أصبح العالم وكأنه قرية صغيرة أو كما يطلق عليها البعض قرية واحدة كما شمل التطور جميع المجالات الاقتصادية و الاجتماعية والسياسية وامتد ليشمل العلوم الاجتماعية والسياسية والقانونية خاصة ما تعلق منها بالعقود .

كما أن هذه التطورات الطارئة في الساحة العلمية قد أثرت على جانب هام في مجال التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية، وفي ظل هذه التطورات في مجال النظرية العامة للعقد لم تبقى المعاملات الإدارية في منأى عن التغيير والتطور خاصة وأنه من خصائص القانون الإداري أنه قانون مرن وسريع التطور يتأثر بالمتغيرات الاقتصادية والسياسية وفي خضم هذه الظروف أصبحت دراسة أسباب ظهور العقد الإداري الإلكتروني ومعايير تمييزه عن العقود الأخرى ذات أهمية .

ولهذا حاولنا تقسم هذا الفصل إلى مبحثين :

المبحث الأول : مفهوم العقد الإداري الإلكتروني وطبيعته .

المبحث الثاني : خصائص ومعايير العقد الإداري الإلكتروني .

**المبحث الأول : مفهوم العقد الإلكتروني وطبيعته:**

نظرا لخصوصية العقد الإلكتروني من حيث أنه عبارة عن عقد يبرم بين متبايعين باستخدام وسائط إلكترونية، فقد اختلفت التعاريف المقترحة له في المواثيق الدولية و القوانين المقارنة و الفقه و بناءا عليه سوف نتعرض لأهم التعاريف بنوع من الإيجاز ثم نتطرق لدراسة طبيعته القانونية.

**المطلب الأول: تعريف العقد الإلكتروني .**

إن ارتباط العقد الإلكتروني بالتجارة الإلكترونية أدى إلى تنظيمه على المستوى الدولي قبل أن يتم ذلك على المستوى الداخلي، وعلى هذا الأساس سوف نتناول التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني ثم التعريف القانوني له.

**الفرع الأول: التعريف الفقهي للعقد الإلكتروني.**

نظرا للتطور السريع الذي طرأ على مفهوم العقد الإلكتروني فقد ظهرت العديد من التعريفات للعقد الإلكتروني تختلف باختلاف وجهة النظر إلى التجارة الإلكترونية فهناك من يعرفها بأنها عمليات الإعلان والتعريف للبضائع و الخدمات، ثم تنفيذ<sup>1</sup> عمليات إبرام العقود للشراء و البيع لتلك البضائع والخدمات، ثم سداد القيم الشرائية عبر شبكات الاتصال المختلفة سواء كانت الانترنت أو غيرها من الشبكات التي تربط بين البائع و المشتري.

وما يعاب عن هذا التعريف هو حصر العقود الإلكترونية في تلك التي تتم عبر الشبكات رغم أنها أوسع من ذلك إذ تشمل العقود المبرمة عبر باقي الوسائل الأخرى كالهاتف والتلكس.<sup>2</sup>

هذا وقد ذهب جانب من الفقه إلى تعريف العقد الإلكتروني بأنه اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد، وذلك بوسيلة مسموعة مرئية، وبفضل التفاعل بين الموجب والقابل، إلا أن هذا التعريف ناقص إذ لم يبين النتيجة المترتبة عن التقاء الإيجاب بالقبول وهي إحداث الأثر القانوني.

كما عرفه جانب من الفقه الأمريكي بأنه العقد الذي ينطوي على تبادل للرسائل بين البائع

والمشتري والتي تكون قائمة على صيغ معدة سلفا معالجة إلكترونيا وتنشئ التزامات تعاقدية<sup>3</sup>

1- أمانح رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى 2006، دار وائل للنشر والتوزيع ص43.

2- أمانح رحيم أحمد، المرجع نفسه، ص43.

3- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، طبعة 2008، الدار الجامعية - الإسكندرية، ص15.

ومما سبق يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات ويقصد إنشاء التزامات تعاقدية. ويدخل في نطاق العقد الإلكتروني الاتصالات والرسائل والبيانات الإلكترونية المتبادلة بين المتعاملين الإقتصاديين<sup>1</sup>

وبصفة عامة يمكن القول بأن التعريف الشامل للعقد الإلكتروني هو ذلك الذي يعرفه على أساس خصوصيته المتمثلة بصفة أساسية في الطريقة التي ينعقد بها، دون إغفال أهم صفة فيه بإعتباره من العقود التي تبرم عن بعد.

فالعقد الإلكتروني هو التقاء إيجاب صادر من الموجب بشأن عرض مطروح بطريقة إلكترونية سمعية أو مرئية أو كليهما على شبكة الاتصالات و المعلومات بقبول مطابق له صادر من الطرف القابل بذات الطريق بهدف تحقيق عملية أو صفقة معينة يرغب الطرفان في إنجازها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التعريف القانوني للعقد الإلكتروني.

إن دراسة تعريف العقد الإلكتروني من الناحية القانونية تقتضي منا التطرق إلى المفهوم الذي قدمه له المشرع الدولي ثم دراسة ما كرسته الدول في أنظمتها القانونية الداخلية من تعاريف للعقد الإلكتروني.

#### أولاً: التعريف الوارد في المواثيق الدولية:

يعتبر القانون النموذجي للأمم المتحدة حول التجارة الإلكترونية أهم وثيقة دولية عرفت العقد الإلكتروني، هذا بالإضافة إلى التعاريف الواردة في المواثيق الأوربية وهو ما سوف نتعرض له فيما يلي:

#### 1. التعريف الوارد في القانون النموذجي<sup>3</sup>:

<sup>1</sup> خالد ممدوح إبراهيم المرجع السابق ، ص 16 .

<sup>2</sup> جبار جميلة، الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني، أشغال الملتقى الوطني الأول : القانون و قضايا الساعة، النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني، المركز الجامعي خميس مليانة عين الدفلى، أيام 09 و 10 و 11 مارس 2008 ، ص 4

<sup>3</sup> - لقد إعتمدت لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قانوناً نموذجياً ذا طبيعة موضوعية و ذاتية خاصة بالعمليات الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية عام 1996 ، و هذا القانون يحتوي على 17 مادة تناولت كافة الجوانب القانونية لتلك المعاملات بدءاً من تحديد المصطلحات و مروراً بشروط و ضوابط الإستخدام و إنتهاءً بنموذج للتطبيقات في بعض المجالات، و يهدف هذا القانون إلى إيجاد مجموعة من القواعد الموحدة المقبولة دولياً تكون مرشداً للدول عند إصدارها القوانين أو إعادة النظر فيها، بغية تذليل الصعوبات القانونية التي تحول دون إستعمال وسائل الإتصالات الإلكترونية في التجارة الدولية، ويتضمن هذا القانون أيضاً مبادئ توجيهية للمتعاملين عند إبرام إتفاقاتهم و يتضح من ذلك أن هذا القانون ينطوي على نوعين من النصوص القانونية، الأولى نصوص إلزامية تتعلق بالتطبيق العام للقانون و الثانية نصوص تكميلية لا تنطبق على معاملات الأفراد إلا في حالة عدم وجود إتفاق مخالف، لمزيد من التفصيل أنظر في هذا الصدد أمير فرج يوسف، عالمية التجارة الإلكترونية، عقودها وأساليب مكافحة الغش الإلكتروني ، المكتب الجامعي الحديث 2009 ، ص 164.

لقد إكتفى القانون النموذجي حول التجارة الإلكترونية بتعريف تبادل البيانات الإلكترونية ، إذ نص في المادة 2- الفقرة 2 على أنه يراد بمصطلح تبادل البيانات الإلكترونية نقل المعلومات من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات.

والملاحظ في هذا المجال بأن لجنة الأمم المتحدة للقانون التجاري الدولي قد حددت الأنشطة التجارية التي يجب أن ينطبق عليها هذا القانون تحديداً واسعاً بحيث يشمل جميع المسائل الناشئة عن العلاقات التجارية<sup>1</sup> ، وتضم العلاقات التعاقدية ذات الطابع التجاري عدة معاملات من بينها المعاملة التجارية لتوريد أو تبادل السلع ، إتفاق التوزيع، الإستثمار، الأعمال المصرفية...<sup>2</sup>

وطبقاً لهذه المادة فإنه لا تعتبر الأنترنت الوسيلة الوحيدة لإتمام عملية التعاقد ، بل بالإضافة إلى ذلك فقد أضاف هذا القانون التلكس و الفاكس على سبيل المثال لا الحصر، وذلك في تعريفه لرسالة البيانات إذ نص في الفقرة 2 من المادة 2 منه على أنه يراد بمصطلح رسالة بيانات المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي.

## 2- التعريف الصادر عن البرلمان الأوروبي:

لقد تطرق البرلمان الأوروبي إلى تعريف التعاقد عن بعد في المادة 2 من التوجيه الأوروبي رقم 97-07 والمتعلق بالتعاقد عن بعد وحماية المستهلكين إذ عرفه بأنه:" كل عقد يتعلق بالبضائع أو الخدمات أبرم بين مورد و مستهلك في نطاق نظام بيع أو تقديم الخدمات عن بعد ، نظمه المورد الذي يستخدم لهذا العقد تقنية أو أكثر للإتصال عن بعد لإبرام العقد أو تنفيذه"، و قد تم تعريف تقنية الإتصال عن بعد في نفس النص على أنها كل وسيلة يمكن أن تسد تخم لإبرام العقد بدون وجود مادي للمورد أو للمستهلك.<sup>3</sup>

من خلال هذا التعريف يتضح لنا بأن العقود الإلكترونية بحكم أنها عبارة عن تعاقد عن بعد بين شخصين دون تزامن وجودهما المادي في نفس المكان و الزمان فإنها تدخل ضمن التعريف الذي تبناه البرلمان الأوروبي في التوجيه المذكور أعلاه.

<sup>1</sup> - إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية ، طبعة 2001 ، المكتبة الأكاديمية ، القاهرة، ص12.

<sup>2</sup> - محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، الطبعة الأولى 2006، منشورات الحلبي للحقوق، بيروت، لبنان، ص300.

<sup>3</sup> - برني نذير ، العقد الإلكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري ، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء ، دفعة 2006 ص 6 .

## ثانيا: التعاريف الواردة في القوانين الداخلية:

لم يبادر المشرع الجزائري و إلى حد الساعة ورغم التطور التكنولوجي الحاصل و سياسة العولمة المنتهجة إلى وضع قانون ينظم مسألة التعاقد الإلكتروني والأحكام المطبقة عليه بخلاف بعض الدول العربية ومثالها تونس والأردن، وبناء عليه فإنه وفي غياب قانون خاص يتعين الرجوع للقانون المدني<sup>1</sup> بإعتباره الشريعة العامة، وفي هذا الصدد فقد عرف المشرع الجزائري العقد في المادة 54 من القانون المدني بأنه "إتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص آخريين بمنح أو فعل أو عدم فعل شيء ما" وبالتالي فإن العقد وفقا للقانون الجزائري هو توافق إرادتين أو أكثر لإحداث أثر قانوني معين<sup>2</sup>.

وعلى خلاف المشرع الجزائري فقد عرف المشرع الأردني في قانون المعاملات الإلكترونية العقد الإلكتروني في المادة 2 من قانون المعاملات الإلكترونية بأنه الإتفاق الذي يتم إنعقاده بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً. أما المشرع المصري فقد عرفه في المادة الأولى من قانون التجارة الإلكترونية بأنه كل عقد تصدر فيه إرادة أحد الطرفين أو كليهما أو يتم التفاوض بشأنه أو تبادل وثائقه كلياً أو جزئياً عبر وسيط إلكتروني. وما تجدر الإشارة إليه هو أن المشرع التونسي لم يعرف العقد الإلكتروني في قانون المبادلات و التجارة الإلكترونية التونسي، إلا أنه نص على أن المبادلات الإلكترونية هي التي تتم باستعمال الوسائل الإلكترونية<sup>3</sup>. وفي هذا السياق يمكن القول بأن التعريف الذي أورده المشرع الأردني قابل للتطبيق على المدى البعيد و يتماشى مع التطور الإلكتروني واكتشاف وسائل أخرى للإتصال ، ذلك أنه عرف العقد الإلكتروني في المادة 2 من قانون المعاملات الأردني رقم 85 لسنة 2001 المؤرخ في 2001/12/11 بأنه العقد الذي ينعقد باستعمال الوسائط الإلكترونية و ذكر بأن الوسائل الإلكترونية هي كل تقنية لإستخدام وسائل كهربائية أو مغناطيسية أو ضوئية أو أية وسائل مشابهة في تبادل المعلومات و تخزينها<sup>4</sup> وبالتالي فإنه لم يحصر الوسائط الإلكترونية في تلك الموجودة في الوقت الراهن وإنما ترك المجال مفتوحاً لإعتبار كل وسيلة تتوفر على الخصائص الواردة في التعريف كوسيط إلكتروني.

<sup>1</sup> - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 و المتضمن القانون المدني المعدل و المتمم بالقانون رقم 05-10 المؤرخ في : 20 جويلية

2005 ج ر ، عدد 44 الصادرة بتاريخ : 26 جويلية 2005.

<sup>2</sup> - محمد صبري السعدي، النظرية العامة للالتزامات، دار الكتاب الحديث، طبعة 2003، ص38.

<sup>3</sup> - أمانج رحيم أحمد ، المرجع السابق ، ص28.

<sup>4</sup> - أنظر محمد خالد جمال رستم ، المرجع السابق ، ص181.



**المطلب الثاني : الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني.**

إختلفت آراء الفقهاء بين مؤيد ومعارض لوصف العقد الإلكتروني بصفة عقود الإذعانويمكن جمع هذه الآراء في إجماعين:

**الفرع الأول: العقود الإلكترونية عقود إذعان.****أولاً: تعريف عقد الإذعان:**

عقد الإذعان هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري يكون محل إحتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها وهو التعريف الذي إستقر عليه الفقه الفرنسي.

ومقتضى هذا التعريف أن عقد الإذعان يستلزم أن تتوافر فيه ثلاثة شروط مجتمعة و هي أن يتعلق العقد بسلعة ضرورية تمس مصلحة حقيقية، وتكون خدمة لا يستطيع المستهلك أن يستغني عنها بسهولة، وأن تكون محل إحتكار سواء من محتكر وحيد أو من عدد قليل من المحتكرين لهذه السلعة الذين يقومون بتحديد سعر بيعها بالإضافة إلى شرط أن يسلم أحد الطرفين بشروط الآخر دون مناقشته.<sup>1</sup>

وهذا العقد جاء نتيجة التطور في الحياة الإقتصادية المدنية، فالنشاط المتزايد في الحياة الإقتصادية أدى إلى زيادة هائلة في العقود التي يجب أن تبرم في أقصر وقت وبأقل جهد مما يترتب على ذلك وجود عدد كبير من العقود إنفرد الموجب بتحديد شروطها وإستحال النقاش فيها عند إبرامها.

وبالنظر إلى المفهوم الحديث لعقد الإذعان فإنه يميل إلى عدم التشدد في تحديد فكرة عقود الإذعان إذ لا يشترط تعلق العقد بالسلع و الخدمات الضرورية أو أن تكون هذه السلع أو الخدمات محل إحتكار فعلي أو قانوني بل يكفي أن يكون العقد قد تم تجهيزه مسبقا بواسطة أحد المتعاقدين بحيث لا تقبل أي مناقشة للشروط الواردة به، أو أن يوجد أحد طرفي العقد في موقع يتفوق فيه على الطرف الآخر من حيث المقدرة الإقتصادية أو الخبرة المهنية، وقد تطور هذا المفهوم ليستوعب ضرورات حماية المستهلك من أجل مواجهة المجمعات الإنتاجية الضخمة.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية ، دار المناهج ، عدم وجود سنة النشر ، ص 41.

<sup>2</sup> - لما عبد الله صادق سلهب ، مجلس العقد الإلكتروني ، رسالة ماستر في القانون تحت إشراف د/ أكرم داود ، جامعة النجاح الوطنية ، كلية

الدراسات العليا فلسطين 2008، www.Forum.palmoon.net، ص56.

## ثانيا: أسباب اعتبار العقد الإلكتروني عقد إذعان:

يذهب جانب من الفقه إلى القول بأن العقود الإلكترونية هي عقود إذعان استنادا إلى كون هذه العقود تعد سلفا و يستقل بفرض شروطها و إملاء بنودها طرف واحد ، و هو الموجب دون تفاوض أو مشاركة من الطرف الآخر بحيث لا يكون أمام هذا الأخير سوى قبول هذه الشروط كلية دون تعديل أو مساومة.<sup>1</sup>

وفي هذا الصدد فإن المشرع الجزائري لم يعرف عقود الإذعان بذاتها و إنما عرفها بألية انعقادها إذ نص على أنه يحصل القبول في عقد الإذعان بمجرد التسليم لشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل مناقشة فيها.<sup>2</sup>

ويبرر هذا الاتجاه رؤيته بالنسبة للعقد الإلكتروني المبرم عبر الانترنت لاعتباره عقد إذعان بكون أن القابل " الموجب له" لا يملك إلا الضغط على عدد من الخانات المتاحة أمامه و الخاصة بموقع الموجب على الأنترنت، موافقا على المواصفات التي يرغب بها و الخاصة بالسلعة و الثمن المحدد سلفا ، فهنا القابل لا يملك خيار الموافقة أو الرفض ولا حتى مناقشة الموجب أو طلب تعديل أي من المواصفات المذكورة أو حتى المفاوضة عليها ، فالمتاح له هو قبول الأمر برمته أو رفضه كليا.<sup>3</sup>

وترتيبا عليه فإن العقود الإلكترونية حسب هذا الرأي تشكل دائما عقود إذعان، حتى في حال إبرامها بين مهنيين محترفين فالزبون لا يملك إلا الإذعان للعقد المفروض فيما أن يقبله أو أن يرفضه مع احتمال خطر ما سيكون.<sup>4</sup>

ولكن ما يؤخذ على هذا الرأي أنه تجاهل أمرا هاما و هو التفاوض القائم خاصة في حالة التعاقد عبر البريد الإلكتروني، فيمكن للموجب أن يرسل عرضه عبر البريد الإلكتروني فيرد عليه القابل بريد إلكتروني آخر يرفض العرض أو يفوضه على ثمن السلعة، و من هنا يبدأ التفاوض بين الطرفين.<sup>5</sup>

<sup>1</sup> - صالح المنزلاوي ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية ، طبعة 2006 ، دار الجامعة الجديدة للنشر الإسكندرية.، ص 25.

<sup>2</sup> - إرجع للمادة 10 من القانون المدني الجزائري.

<sup>3</sup> - لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق ، ص59.

<sup>4</sup> . Philippe Le Tourneau , contrats informatiques et électroniques, cinquième édition , dallozparis2008, p296

<sup>5</sup> - إرجع للمادة 70 من القانون المدني الجزائري.

## الفرع الثاني: العقود الإلكترونية عقود تفاوضية:

قبل دراسة أسانيد الرأي الذي إعتبر أن العقود الإلكترونية هي عقوداً تفاوضيةاً يتعين علينا التطرق لتعريف التفاوض الإلكتروني وتحديد طبيعة المسؤولية أثناء هذه الفترة.

## أولاً: تعريف التفاوض :

يعرف التفاوض بأنه تبادل الإقتراحات والمساومات والمكاتبات والتقارير والدراسات الفنية والإستشارات القانونية التي يتبادلها الطرفين ليكون كل منهما على بينة من أمره وهي من أفضل الأشكال التي تحقق مصلحة الأطراف وتبين ما قد يسفر عنه الإتفاق من حقوق وإلتزامات<sup>1</sup>.  
فالمفاوضات قبل العقدية مرحلة تحضيرية تسبق الإيجاب النهائي للعقد وتكون عبارة عن مجرد عروض، إذ أن المفاوضات تنتهي بمجرد صدور الإيجاب على إعتبار أن التفاوض على العقد مقدمة للإيجاب، وتتميز مرحلة التفاوض بوجود عنصر الإحتمال، فلا يشترط وصول طرفي العقد إلى إتفاق فإما أن تصل هذه المفاوضات إلى إبرام العقد وبالتالي تنتهي الفترة قبل العقدية وإما أن تصل إلى طريق مسدود تنتهي عندها المفاوضات<sup>2</sup>.

## ثانياً: خصائص التفاوض للعقد:

يمتاز التفاوض على العقد بعدة خصائص يمكن إجمالها في النقاط التالية:

- التفاوض على العقد يكون ثنائي الجانب على الأقل ، و هذا أمر مسلم به ، ذلك أنه يتم بين شخصين أو أكثر إما بالنقاش و الحوار وجها لوجه وإما بطريق المراسلة ، وفي هذا المجال فإنه تجدر الإشارة إلى أنه لا يتصور التفاوض في حال التعاقد مع النفس ، و ذلك لأن التفاوض يقوم بالأساس على تقريب وجهات النظر المختلفة و المصالح المتضاربة<sup>3</sup>.
- التفاوض على العقد تصرف إرادي، ذلك أن إرادة الأطراف المتفاوضة تبقى حرة طيلة مرحلة المفاوضات، فلكل طرف الحرية في الاستمرار أو الانسحاب، ومرد ذلك هو انطباق مبدأ حرية التعاقد على العملية التفاوضية.

<sup>1</sup> - لما عبد الله صادق سلهب، المرجع السابق، ص 49.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص 50.

<sup>3</sup> - بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى 2006، دار الثقافة للنشر و التوزيع عمان، ص 90.

- يقوم التفاوض على التبادل والأخذ والعطاء، حيث يتعاون الأطراف فيما بينهم على تقريب وجهات النظر، ويتم ذلك عن طريق تبادل العروض والمقترحات بحيث يقوم كل طرف بتقديم تنازلات من جانبه من خلال إجراء التعديل في الشروط والمطالب التي جاء بها، و ذلك حتى يتم التوصل إلى نوع من التوازن بين مصالح الطرفين المتعاضدة، فإذا لم يكن هناك مجال أو قابلية للنقاش أو التنازل فليس هناك أية عملية تفاوض.<sup>1</sup>

- التفاوض على العقد ذو نتيجة احتمالية، ذلك أن النتيجة الطبيعية للتفاوض على العقد هي أن يتم إبرام العقد المتفاوض عليه، وذلك بأن ينجح الطرفان في التوصل إلى إتفاق نهائي بشأن جميع الشروط الجوهرية في العقد، ثم يقومان بإبرام العقد بشكل نهائي عن طريق تبادل الإيجاب والقبول المتطابقين بالتوقيع على وثيقة العقد، ومع ذلك تعتبر هذه النتيجة احتمالية قد تتحقق وقد لا تتحقق، فليس كل تفاوض على العقد يؤدي بالضرورة إلى إبرام ذلك العقد فعلاً، وإنما قد ينتهي التفاوض إلى لا شيء.<sup>2</sup>

### ثالثاً: طبيعة المسؤولية أثناء مرحلة التفاوض:

لقد ثار خلاف كبير حول طبيعة المسؤولية التي تنشأ عن الإخلال بأي إلتزام في مرحلة التفاوض لإبرام العقد ، حيث ذهب الرأي الأول إلى أنها مسؤولية عقدية، وصاحب هذا الرأي هو الفقيه الألماني أهرنج والذي أسس رأيه على أساس " نظرية الخطأ عند تكوين العقد" على إعتبار أن الخطأ في مرحلة التفاوض هو خطأ عقدي، وبالتالي فإن أحكام المسؤولية العقدية تطبق على مرتكبه سواء ترتب على هذا الخطأ عدم إنعقاد العقد أو أدى إلى بطلانه، مما يترتب الحق في طلب التعويض إذ افترض الفقيه أهرنج وجود عقد ضمان لكل محاولة لإبرام العقد أين يتعهد كل طرف أثناء المحاولة بأن لا يأتي من جانبه ما يؤدي إلى إعاقة التعاقد أو بطلان العقد.<sup>3</sup>

أما الرأي الثاني فذهب إلى إعتبار أن المفاوضات أعمال مادية غير ملزمة و لا يترتب عليها في ذاتها أثر قانوني ، فكل متفاوض حر في قطع المفاوضات دون أية مسؤولية ، و هو غير مطالب بتقديم مبرر لإنسحابه و بالتالي لا يترتب على الطرفين أي إلتزام، فالعدول عن التفاوض لا يكون سبباً للمسؤولية إلا إذا كان متعسفاً

<sup>1</sup> - بشار محمود دودين، المرجع، ص91.

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص92.

<sup>3</sup> - لما عبد الله صادق سلهب ، المرجع السابق، ص52.

في الإنسحاب أو صدرت منه أفعالا تتنافى مع الأمانة و حسن النية أو تشكل سلوكا خاطئا، ففي هذه الحالة تعتبر المسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت و يقع على المتضرر عبئ إثبات الخطأ.<sup>1</sup>

وبدراسة هذه الآراء يتضح لنا أن الرأي الأرجح هو الذي إعتبر المفاوضات أعمالا مادية غير ملزمة و لا مرتبة لأي أثر قانوني، و بالتالي فإن العدول عنها لا يرتب أية مسؤولية إلا إذا كان مصحوبا بتعسف أو سوء نية، فعندها تترتب مسؤولية تقصيرية على أساس الخطأ الثابت و يكون عبئ إثباته على المتضرر، كما أنه من الصعوبة بمكان الأخذ بالرأي الأول الذي رتب على الإخلال بأي إلتزام في المرحلة التفاوضية مسؤولية عقدية و ذلك لأن عقد الضمان الذي إفترض إهرنج وجوده والذي رتب على أساسه الخطأ العقدي هو إفتراضي ضمني وغير ملموس، وبالتالي لا يمكن الإعتماد عليه لتحديد طبيعة المسؤولية.<sup>2</sup>

#### رابعا: أسباب إعتبار العقد الإلكتروني عقدا تفاوضيا:

يتجه أنصاره إلى القول أن العقود الإلكترونية ليست عقود إذعان لكون أن عملية المساومة تسود هذا العقد على إختلاف أنواعه، حيث أن الموجب له لا يقتصر دوره على مجرد الموافقة على الشروط المعدة سلفا بل له كمستهلك مطلق الحرية في التعاقد مع أي منتج أو مورد آخر إذا لم تعجبه الشروط المعروضة، فإذا كان إبرام العقد عن طريق الأنترنت فإنه يمكن للموجب له الإنتقال من موقع إلى آخر و إختيار ما يشاء و ترك ما يشاء مما يعني أن الرضائية تسود هذا العقد<sup>3</sup>، ذلك أن الفقه إستقر على تعريف عقد الإذعان بأنه العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين و هو المذعن بشروط يملئها الطرف الآخر و لا يسمح بمناقشتها فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل إحتكار

قانوني أو فعلي وتكون المنافسة فيها محدودة النطاق و أن يكون العرض موجها للكافة وبشروط واحدة ولمدة غير محدودة.<sup>4</sup>

وبإعمال هذه الشروط على العقود الإلكترونية يتضح لنا عدم توافرها للأسباب التالية:

بالنسبة لشروط أن يسلم فيه أحد الطرفين بشروط الطرف الآخر فإن العقد الإلكتروني يماثل العقد التقليدي و أن الإختلاف الوحيد يكمن في وسيلة إبرامه و التي من نتائجه عدم الإلتقاء المادي للطرفين

<sup>1</sup> - لما عبد الله صادق سلهب، نفس المرجع السابق، ص53

<sup>2</sup> - نفس المرجع السابق، ص54 .

<sup>3</sup> - نفس المرجع السابق، ص60.

<sup>4</sup> - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، نظرية الإلتزام بوجه عام، مصادر الإلتزام، طبعة 1952، دار النشر

للجامعات المصرية بالقاهرة، ص229.

وبالتالي عدم قدرة المستهلك على معاينة المنتج معاينة دقيقة بصورة مادية، إلا أن مسألة المعاينة قد تتحقق في العقود الإلكترونية حيث يمكن للمستهلك أن يطلب من المورد تصوير المنتج تصويراً ثلاثي الأبعاد و من خلاله تتضح مواصفات المنتج و أبعاده، كما يمكن للمستهلك اللجوء إلى وسيط لمراقبته و التأكد من جودته.

-فيما يتعلق بقبول العقد الإلكتروني دون مناقشته فإنه لا يوجد ما يمنع إجراء مفاوضات بين المستهلك و المورد ، مع إحتفاظه بحقه في الرفض أو القبول كما في العقد التقليدي، و له كل الحرية في ذلك.

-فيما يخص شرط الضرورة فإنه لا يمكن توافره في جميع أو معظم عقود المستهلك الإلكترونية، ذلك أن التعاقد يتم عادة عبر الأنترنت و أن هذه الأخيرة تعتبر بوابة يدخل من خلالها المستهلك إلى أسواق العالم إضافة إلى أن حالة الضرورة تختلف من شخص إلى آخر فما يراه الأول ضرورة لا يراه الثاني كذلك، إضافة إلى أن التجارة الإلكترونية توفر البدائل اللازمة حيث تجد نفس السلع معروضة في أكثر من محل تجاري إفتراضي.

-أما شرط الإحتكار على شبكة الأنترنت فهو أمر نادر، ذلك أن شبكة الأنترنت هي شبكة عالمية لا تعترف بالحدود الجغرافية و تتيح لكل مورد عرض خدماته و سلعه، و بالتالي فإن فرض توافر الإحتكار لسلعة ما على مستوى العالم نادر، و في حالة توافره فإنه يلزم معه توافر باقي شروط عقد الإذعان.

و لما كان الثابت أن المستهلك يكون دائماً هو الطرف الضعيف في عقود التجارة الإلكترونية و أن المورد أو الشركة هي الطرف الأقوى، فإن هذه المسألة يمكن معالجتها تشريعياً لحماية المستهلك.<sup>1</sup>

وفي رأينا أنه لا يمكن إضفاء صفة الإذعان على العقود الإلكترونية ، ذلك أنه أحيانا تكون الشروط الموضوعية من طرف الموجب قابلة للنقاش و التفاوض و أحيانا أخرى لا تكون كذلك، و بالتالي فإن إضفاء إحدى هاتين الصفتين يختلف من عقد لآخر حسب الأحوال. وإذا كان تعريف العقد الإلكتروني محل آراء مختلفة للفقهاء و دارسي القانون فإن ذلك مرده أساساً لخصائصه التي يتميز بها عن باقي العقود و هو ما سوف نتعرض له في المبحث الثاني .

<sup>1</sup> - لزهري بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار المناهج ، ص42 و43.

**المبحث الثاني : خصائص العقد الإلكتروني و تمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية.**

إنطلاقاً من التعريفات التي أعطيت للعقد الإلكتروني نجد أنه يتميز عن العقود الكلاسيكية بمجموعة من الخصائص تمنحه طابعاً خاصاً، إلا أنه وبالرغم من ذلك فإنه قد يختلط مفهوم العقد الإلكتروني مع بعض العقود المبرمة في البيئة الإلكترونية و هو ما يقتضي منا تمييزه عن هذه العقود. وعلى هذا الأساس سوف نتناول في المطلب الأول خصائص العقد الإلكتروني لنخصص المطلب الثاني لتمييزه عن عقود البيئة الإلكترونية.

**المطلب الأول : خصائص العقد الإلكتروني :**

يتميز العقد الإلكتروني بأنه عقد مبرم بوسيلة إلكترونية، و يتم إبرامه بين متعاقدين متباعدين، كما يغلب عليه الطابع التجاري و هي الخصائص<sup>1</sup> التي سوف نتناولها فيما يلي:

**الفرع الأول: العقد الإلكتروني هو لعقد مبرم بوسيلة إلكترونية.**

إن أهم ما يميز العقد الإلكتروني عن غيره من العقود هو إبرامه بوسيلة إلكترونية، و التي يعتبر جهاز الحاسوب المتصل بشبكات الإتصال المختلفة السلكية و اللاسلكية من أهمها، و لما كان من الصعب حصر جميع وسائل الإتصال خاصة مع التقدم العلمي فإنه يتعين علينا أن نتعرض بالدراسة لأهمها و ذلك بدراسة التعاقد عن طريق الأنترنت في النقطة الأولى بإعتبارها من أهم وسائل إبرام العقد الإلكتروني و أكثرها شيوعاً ثم نتطرق إلى دراسة التعاقد بوسائل الإتصال الأخرى.

**أولاً: التعاقد لن طريق شبكة الأنترنت:****1- تعريف الأنترنت:**

كلمة أنترنت (Internet) هي كلمة إنجليزية تتكون من مقطعين : الأول (Inter) وهو إختصار لكلمة (Inteconnection) ومعناه التواصل و الترابط أما الثاني (net) وهو إختصار لكلمة (network) ومعناه الشبكة وبالتالي فإن الترجمة الحرفية للأنترنت هي الشبكة البينية فالأنترنت إذا تعني

<sup>1</sup> - لا تنحصر خصائص العقد الإلكتروني في الخصائص التي سوف يتم دراستها في هذا المجال فقط ، بل إن له خصائص أخرى تتعلق أساساً بطريقة تحريره بإعتباره يتم على دعامة إلكترونية و كيفية التوقيع عليه .

ترابطا بين شبكات، حيث تتكون من عدد كبير من شبكات الحاسب الآلي المترابطة والمتناثرة في أنحاء العالم و يحكم ترابط تلك الأجهزة و تحادتها بروتوكول موحد يسمى (بروتوكول ترانسل الأنترنت). وعلى ذلك فإن شبكة الأنترنت في حقيقتها ماهي إلا مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي التي تتحاور مع بعضها البعض من خلال إتصالها معا عبر كوابل الألياف الضوئية و الخطوط التليفونية والأقمار الصناعية وغيرها من وسائل الإتصال الشبكي، ومن ثم يمكن تعريف الأنترنت بأنها عبارة عن شبكة إتصالات دولية متصلة بشبكات المعلومات الدولية في شتى بقاع الأرض وبنوك المعلومات ومراكز البحث العلمي و المكتبات العلمية والشركات الكبرى و غيرها في عالم متشابك و متداخل لا تعرف له نهاية و لا بداية، فهي عبارة عن كم هائل من المستندات المحفوظة في شبكة الحاسوب تتيح لأي شخص و لأية جهة الإطلاع على معلومات تخص جهات أخرى أو أشخاص آخرين وقد وضعت بأسلوب تكنولوجي يطلق عليه النص المحوري(hypertext)والذي يقوم بدوره بتنظيم البيانات والمعلومات تلقائيا مما يساعد على إستعادتها بيسر و سهولة.<sup>1</sup>

وقد بدأ إستخدام هذه الشبكة في المعاملات التجارية سنة 1992 عندما ظهرت شبكة الإتصالات العالمية (wide webworld) ويرمز لها إختصارا بـwww، أين كانت هذه المعاملات تجري عن طريق المراسلات عبر البريد الإلكتروني ثم تطورت ليصبح عرض السلع والخدمات يتم من خلال شبكة المواقع web ويجب التفرقة بين التعاقد عبر الأنترنت والتعاقد عبر شبكة الأنترانيت intranet و الإكسترانيت extranet، ذلك أن شبكة الأنترانيت هي عبارة عن سلسلة من شبكات المعلومات يمتلكها مشروع مؤسسة واحدة، والتي تكون داخلية محدودة النطاق تتصل ببعضها البعض داخل نفس المكان أو تكون شبكات واسعة النطاق تتصل ببعضها البعض بأماكن مختلفة، أما شبكة الإكسترانيت فهي جزء من شبكة الأنترانيت الداخلية إلا أنه تم إتاحة إستخدامها لأشخاص خارج المؤسسة و فروعها.<sup>2</sup>

وإذا كانت شبكة الأنترنت على هذا القدر من الأهمية فإنه لا يمكن إستعمالها إلا بالدخول إليها بأحد الأجهزة المخصصة لذلك و المتمثلة أساسا في جهاز الكمبيوتر و الهاتف المحمول.

<sup>1</sup> - مندى عبد الله حجازي، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني وفقا لقواعد الفقه الإسلامي والقانون المدني، دار المناهج للنشر والتوزيع، طبعة 2010، ص5.

<sup>2</sup> - محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الأنترنت، طبعة 2004، دار المطبوعات الجامعية الإسكندرية، ص26.



ثانيا: التعاقد بوسائل الإتصال الأخرى:

### 1- التعاقد بواسطة جهاز المينيتل minitel:

ظهر جهاز المينيتل في فرنسا في بداية الثمانينات و هو جهاز قريب الشبه بجهاز الكمبيوتر و لكنه صغير الحجم نسبيا و يتكون من شاشة صغيرة و لوحة مفاتيح تشتمل على حروف و أرقام قريبة الشبه بلوحة مفاتيح الكمبيوتر.

ويعتبر جهاز المينيتل وسيلة إتصال مرئية حيث تنقل الكتابة من جهاز لآخر على الشاشة دون الصور، ويلزم لتشغيله أن يوصل بخط الهاتف.<sup>1</sup>

### 2- التعاقد بالتلكس telex:

التركس هو جهاز لإرسال المعلومات عن طريق طباعتها و إرسالها مباشرة ، و ذلك دون أن يكون هناك فاصل زمني ملحوظ بين إرسال المعلومات و إستقبالها.<sup>2</sup>

ويوجه التركس من المرسل إلى المستقبل على شبكة خاصة مراقبة من مركز رئيسي للإتصالات وسيط و محايد يحدد هوية المتراسلين و يكفل إستعداد الجهاز المستقبل للإستقبال، ويؤرخ العملية.<sup>3</sup>

ويحتفظ المركز بما يدل على تبادل الرسائل لمدة سنة، وهذا ما يوفر الأمان لكونه يوفر عناصر الإثبات عند وجود النزاع عن طريق مركز الإتصالات، والذي يقدم خدمة مشاهجة لخدمة البريد الموصى عليه، بالإضافة إلى قيامه بالحفظ لمدة معينة.

وإذا كانت الرسالة التلكسية غير موقعة من العميل مما قد يؤدي إلى الغش فإن رقم التركس الذي يظهر على رأس الرسالة وفي نهايتها يؤكد مصدرها، وقد أقر القضاء الفرنسي بحجيتها في الإثبات وفي رأينا أن التركس له حجيته في الإثبات ذلك أن ظهور الرقم على الرسالة قرينة على أنها صادرة من صاحب الرقم إلا أنها قرينة بسيطة يجوز إثبات عكسها.

<sup>1</sup> - إيمان مأمون أحمد سليمان ، إبرام العقد الإلكتروني و إثباته، طبعة 2008 ، دار الجامعة الجديدة للنشر، ص84.

<sup>2</sup> - أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الأنترنت ، دراسة مقارنة، طبعة 2002 ، المكتبة القانونية عمان ،الأردن، ص 59 .

<sup>3</sup> - إيمان مأمون أحمد سليمان، نفس المرجع السابق ، ص84-85.

**3- التعاقد بجهاز الفاكس:**

يعد جهاز الفاكس جهازا للإستنساخ، إذ ينقل الرسائل بطريقة إلكترونية إلى المرسل إليه طبقا لأصلها الموجود لدى المرسل<sup>1</sup>، ويلاحظ هنا أن هناك فاصلا زمنيا للرد على المرسل، وقد أقرت الغرفة التجارية لمحكمة النقض الفرنسية بالفاكس كدليل إثبات مادام محتوى الوثيقة يمكن نسبته إلى من أنشأه مع إمكانية التحقق منه، وقد إشتطت محكمة النقض الفرنسية لقبول الفاكس في الإثبات أن يحتوي على توقيع المرسل أو نائبه، وقد صدرت هذه الأحكام قبل صدور القانون الفرنسي الخاص بالتوقيع الإلكتروني، والذي ساوى بين جميع أنواع الكتابة بإختلاف الوسائط المدونة عليها مادامت مقروءة ومفهومة و يمكن نسبتها لمن صدرت عنه.<sup>2</sup>

**4- التعاقد بالهاتف:**

يتميز جهاز الهاتف بسرعة الإتصال و سهولة الإستخدام، و يكون التعاقد عن طريقه فوريا و مباشرة<sup>3</sup>، لقد تطور الهاتف العادي و أدخلت عليه تعديلات فظهر ما يعرف بالهاتف المرئي، والذي يمكن صاحبه من الكلام مع شخص آخر و مشاهدته في نفس الوقت، ويعد من أكثر وسائل الإتصال الفورية فاعلية و إنتشارا في العالم المتطور.<sup>4</sup>

**الفرع الثاني: العقد الإلكتروني هو لقد مبرم عن بعد:**

إن إعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلا في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سهلا بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف، إذ يسمح ذلك بالتحقق من تطابق الإرادتين و سلامة الرضاء و تحديد تاريخ التصرف و مكانه و أدلة الإثبات و التوقيع هذا بخلاف التعاقد عن بعد<sup>5</sup>، وفي هذا الصدد فقد قرر مجمع الفقه الإسلامي في دورته السادسة بجدة في مارس 1990 ما يلي: " إذا تم التعاقد بين غائبين لا يجمعهما مكان واحد و لا يرى أحدهما الآخر ولا يسمع كلامه، و كانت وسيلة الإتصال بينهما الكتابة أو الرسالة ، وينطبق ذلك على

1- أمانح رحيم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الأنترنت، الطبعة الأولى 2006، دار وائل للنشر والتوزيع، ص 77 .

2- إيمان مأمون أحمد سليمان ، المرجع السابق ، ص 86.

3- نفس المرجع السابق ، ص 87.

4- محمد أمين الرومي ، المرجع السابق ، ص 14.

5- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الأنترنت، طبعة 2002، دار الكتب القانونية، مصر، ص 41.

البرق و التلكس و الفاكس و شاشات الحاسب الآلي، ففي هذه الحالة ينعقد العقد عند وصول الإيجاب إلى الموجه إليه وقبوله.<sup>1</sup>

وفي رأينا أنه و رغم التباعد المكاني للطرفين إلا أن ذلك لا ينفي الوجاهية في العقد خاصة عند إستعمال الوسائل السمعية البصرية، و بالتالي فإن الإشكال الذي يطرح نفسه يتعلق أساسا بمكان إنعقاد العقد ومدى إمكانية التحقق من أهلية الطرف الآخر ووثائقه وأسانيده.

وقد جرى الفقه على التمييز بين الإتصالات المتبادلة بين الأطراف الحاضرة في نفس المكان والزمانوإتصالات المتبادلة عن بعد، وإستقر على أن عقود التجارة الإلكترونية تنتمي إلى عقود التفاوض عن بعد، ويقصد بالعقود التي تبرم عن بعد كل عقد يتم دون حضور مادي متزامن للمتعاقدين بإستخدام تقنية الإتصال عن بعد.<sup>2</sup>

### الفرع الثالث:العقود الإلكترونية بين الطابع التجاري و المدني:

قبل تحديد فيما إذا كان العقد الإلكتروني ينتمي إلى طائفة العقود التجارية أو المدنية ينبغي أولا التمييز بين العقود التجارية و العقود المدنية، خاصة و أن كلا منهما يخضع لأحكام خاصة به سواء من حيث الإبرام أو الشكل أو الإثبات .

ويعرف العمل التجاري بأنه ذلك العمل الذي يتعلق بالوساطة في تداول الثروات و يهدف إلى المضاربة وتحقيق الربح شريطة صدوره في شكل مقاوله في الحالات التي ينص فيها القانون على ذلك<sup>3</sup>.

وفي هذا الصدد نجد أن المشرع الجزائري لم يعرف العمل التجاري بذاته و إنما عرفه بأنواعه، و حدد مجموعة الأعمال التي تدخل تحت كل صنف، إذ صنفها إلى الأعمال التجارية حسب موضوعها و الأعمال التجارية حسب شكلها و الأعمال التجارية بالتبعية.<sup>4</sup>

و أما الفقه فإنه يميز بين الأعمال التجارية المنفردة و الأعمال التجارية بطريق الإحتراف و الأعمال التجارية بالتبعية والأعمال التجارية المختلطة.

فأما الأعمال التجارية المنفردة فإنها تلك الأعمال التي تعتبر تجارية بمجرد ممارستها بغض النظر عن صفة القائم بها، حتى لو باشرها مرة واحدة، وأما الأعمال التجارية بطريق الإحتراف فإنها تلك الأعمال التي لا تعتبر

<sup>1</sup> - إبراهيم رفعت الجمال ، إنعقاد البيع بوسائل الإتصال الحديثة ، طبعة 2007، دار الفكر الجامعي الإسكندرية ، ص113.

<sup>2</sup> - صالح المنزلاوي، المرجع السابق، ص21.

<sup>3</sup> - علي البارودي، محمد السيد الفقهي ، القانون التجاري، طبعة 2006 ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية، ص49.

<sup>4</sup> - أنظر المواد 2،3،4 من الأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 والمتضمن القانون التجاري المعدل والمتمم.

كذلك إلا إذا مورست من قبل تاجر على وجه الإحتراف، في حين نجد أن الأعمال المختلطة لا تشكل نوعا جديدا من الأعمال التجارية وإنما هي أحد الأعمال السابق ذكرها، إلا أنه تعتبر تجارية لطرف ومدنية لطرف آخر، ويترتب على ذلك إزدواجية القواعد القانونية التي يخضع لها العمل المختلط، حيث تطبق القواعد المدنية على من يعتبر العمل مدنيا بالنسبة له وتطبق القواعد التجارية على من يعد العمل تجاريا بالنسبة له.<sup>1</sup>

و بمطابقة العقد الإلكتروني على مختلف أنواع الأعمال التجارية يتضح لنا بأن العقد الإلكتروني قد يكون تجاريا بحسب موضوعه و أطرافه و الهدف منه كما قد يكون مدنيا.

#### الفرع الرابع: العقود الإلكترونية عقودا دولية:

اختلفت آراء الفقهاء حول مفهوم الصفة الدولية للعقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة العالمية للإتصالات، ولعل مرد ذلك هو إختلافهم حول مدى إمكانية توطين العلاقات القانونية التي تتم عبر الشبكة الإلكترونية و التي تتخطى الحدود الجغرافية للدول، ويمكن جمع هذه الآراء في إجتاهين:

**-الإتجاه الأول** يفرق بين نوعين من العقود التي تتم عبر شبكة الأنترنت:

أ-العقود التي يكون أحد أطرافها مقيما في دولة و مورد خدمات الإشتراك في الشبكة مقيما في دولة أخرى و شركة تكنولوجيا معالجة البيانات و إدخالها و تحميلها عبر الشبكة مقيما في دولة ثالثة، فهذه العقود هي عقود دولية.

ب-العقود التي تتركز فيها جميع العناصر السابقة في دولة واحدة، فهذه العقود لا تثير إشكالية الطابع الدولي من عدمه.

**-الإتجاه الثاني** : يرى هذا الإتجاه بأن الطابع الدولي هو الغالب في العقود الإلكترونية أيا كان نوعها تأسيسا على أن الشبكة الإلكترونية تعد تجسيدا حقيقيا لفكرة العولمة، و من ثمة يصعب توطين المعاملات القانونية التي تجري في إطارها، إذ لا خلاف حول دولية تلك العلاقات لتوافر المعايير التي تستخدم في تحديد دولية العقود .

وفي الحقيقة فقد أثبت الواقع العملي أن الحدود الفاصلة بين العقد الدولي و العقد الداخلي على شبكة الأنترنت قد سقطت، فكل العقود التي تبرم على الشبكة هي عقودا دولية، إذ لا يمكن إعمال التفرقة

<sup>1</sup> - صالح المنزلاوي، المرجع السابق ، ص28،29،30.

بين هذه العقود إلى عقود دولية وعقود داخلية خاصة في حالة إبرامها أثناء التنقل من دولة إلى أخرى، أو التواجد في مكان لا يخضع لسيطرة دولة ما كأعالي البحار مثلاً.<sup>1</sup>

و خلاصة القول أن العقود الإلكترونية التي تتم عبر الشبكة الدولية هي عقود تتمتع بعد دون الحضور المادي لأطراف العقد، إلا أنها و مع ذلك فإنها تتميز بإمكانية تبادل الحوار بين أطراف العقد، إضافة إلى أنها قد تكون تجارية أو مدنية، و أنه و مع ذلك فإنه يصعب إعمال معيار التمييز بين العقود الدولية و الداخلية على هذه العقود.

### المطلب الثاني: معايير العقد الإداري الإلكتروني

يحظى العقد الإداري الإلكتروني باهتمام تشريعي خاص لأهميته العلمية من جانب، ولأنه أحد الأساليب لممارسة النشاط الإداري من جانب آخر، فقد صدر عن لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الأمم المتحدة القانون النموذجي لشراء السلع والخدمات، كما عقدت العديد من المؤتمرات الدولية كان آخرها مؤتمر القاهرة الدولي لإصلاح وتحديث قواعد المناقصات والمزايدات في الدول السائرة في طريق النمو في الفترة من 21 إلى 31 يناير 1994<sup>2</sup>

ولهذا فإن الاهتمام الدولي بالعقود الإدارية من جهة، وانتشار العقود الإلكترونية من جهة أخرى، دفع بفقهاء القانون العام في فرنسا إلى البحث عن مد بإمكانية وجود العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية وماهي معايير تمييزه عن باقي أنواع العقود الأخرى.

وترتباً على ذلك فإن البحث في معايير العقد الإداري الإلكتروني، يستوجب دراسة مدى توافر معايير العقد الإداري في العقد الإداري الإلكتروني كالمعيار العضوي والموضوعي.

وعليه فإن دراسة معايير العقد الإداري الإلكتروني ويستوجب تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نخصص الفرع الأول للمعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني والفرع الثاني للمعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني.

<sup>1</sup> - صالح المنزلاوي ، المرجع السابق ، ص 35-36-37.

<sup>2</sup> - أنس جعفر، العقود الإدارية ( دراسة مقارنة ) لتنظيم المناقصات والمزايدات في القانون 89 لسنة 1998، دار النهضة العربية ، ط 3 ، القاهرة 2003 ، ص 07 .

**الفرع الأول: المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني :**

استقر كل من الفقه والقضاء في فرنسا ومصر على تعريف العقد الإداري بأنه: ذلك الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصا معنويا عاما بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها، وتظهر النية في الأخذ بأسلوب القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا استثنائية<sup>1</sup> غير مألوفة في القانون الخاص.<sup>2</sup>

كما يمكن للشخص المعنوي العام أن يستعمل شبكة الأنترنت لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، كذلك يمكنه استعمال التوقيع الإلكتروني، والمحركات الإلكترونية لإثبات هذا العقد.<sup>3</sup>

أما بالنسبة للجزائر فالبرغم من تأصيل المشرع الجزائري لمعايير تحديد العقد الإداري وهو ما يتضح من مختلف قوانين الصفقات العمومية<sup>4</sup>

إلا أن هذا لا يمنع من القول بأن هذه المعايير هي معايير قضائية النشأة ولعب الفقه دورا كبيرا في تحليلها وتأصيلها.

كما أن القول بأن العقود الإدارية في الجزائر هي دائما بتحديد القانون يضعنا أمام إشكالية كبيرة، فالمعيار العضوي وحده لا يكفي للقول بالطبيعة الإدارية للعقد.

<sup>1</sup>- الشروط الاستثنائية "Les clases esorbitantes" قد يكون العقد إداريا إذا ضمنها لإدارة شروطا استثنائية لا يمكن أن نجد لها مثيلا في عقود القانون الخاص بحيث من شأن هذه الشروط أن تخل بمبدأ المساواة بين طرفي العقد فتخول للإدارة بعض الامتيازات والسلطات في مواجهة المتعاقد معها مما يجعلها في وضع متميز عن وضعه .

<sup>2</sup>- ماجد ارغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004 ، ص 15

<sup>3</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 51

<sup>4</sup>- رجع في ذلك : قوانين الصفقات العمومية بداية بالمرسوم الرئاسي (02 - 250) الملغى والمرسوم الرئاسي (10 - 236) المعدل والمتمم بالمرسوم الرئاسي (12 - 23) .

كما أن تحديد طرفي العقد في شخص معنوي عام وشخص معنوي خاص، هذا ما يجعلنا نتساءل عن باقي العقود التي تبرمها الإدارة العامة<sup>1</sup>، كذلك التي يكون طرفيها الاثنان شخصين من أشخاص القانون العام.<sup>2</sup>

وعليه فإن المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري عن العقد المدني لا يشكل صعوبة في تحديد طبيعة هذا العقد، كون التوجيهات الأوربية الخاصة بإبرام العقود الإدارية الصادرة في 2004

قد أعطت مفهوما آخر للشخص المسؤول عن العقد وأطلقت عليه مصطلحا لسلطات المتعاقدة "Les pouvoirs adjudicateurs" ليشمل الدولة ومؤسساتها، ووكيل الشخص المعنوي العام.<sup>3</sup>

كما تأثر قانون العقود الإدارية في فرنسا والصادر بموجب المرسوم (2004-15) في 2004/01/08 بأحكام التوجيهات الأوربية، حيث نص في المادة 02 منه على إمكانية إبرام الدولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات.

لذلك فإنه لا توجد صعوبة في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المعيار العضوي حيث يمكن للدول وأشخاص القانون العام والخاص إبرام عقد إداري إلكتروني.

وما تجدر الإشارة إليه أن العقود الإدارية في فرنسا تختلف عن العقود الإدارية في مصر حيث أن هذه العقود محددة بنص القانون، بينما في مصر تعتبر العقود إدارية بطبيعتها وفقا لخصائصها الذاتية لا بتحديد القانون، عليه فإن إمكانية وجود عقد إداري إلكتروني عن طريق المعيار العضوي في مصر توجب صدور حكم قضائي من القضاء الإداري يحدد خصائص هذا العقد من جهة وتميزه عن باقي العقود من جهة أخرى.

<sup>1</sup> - هيبه سردوك، مرجع سابق، ص 29.

<sup>4</sup> - كما انه قد ثار خلاف فقهي حول الطبيعة القانون للعقود التي تبرم فيما بين إدارتين أو بين الإدارة واحد شركات القطاع العام، فذهب فريق إلى اعتباره عقدا إداريا كمبدأ عام إلا إذا انتفت عنه هذه الصفة بالنظر إلى موضوعه أو خصائصه الذاتية وبالمقابل ارتأى فريق آخر في أعقاب حركة التأميم في الستينيات انه :لم تعد هنا كحاجة لتطبيق نظرية العقد الإداري بعد أن اتسع لدينا مجال القطاع العام، وأصبحت معظم العقود التي تبرمها الإدارة تتم بين وحدات أي بين أجهزة إدارية، ذلك أن أحكام العقد الإداري تقررت لتحقيق المصلحة العامة التي تمثلها الإدارة في تعاقدتها مع احد أشخاص القانون الخاص الذين يسعون بتحقيق مصالحهم الشخصية، فلم يعد دافع لإجراء طريقة المناقصة أو المزايدة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، في حين يذهب البعض للرد على ذلك بالقول بان العقد الإداري قد يعقد بين سلطة إدارية وأحد أشخاص القانون الخاص كما قد يعقد بين سلطة إدارية وأخرى أو بين سلطة إدارية ومشروع عام، وليست نظرية العقد الإداري حكرا على الحالة الأولى دون الثانية، ارجع في ذلك :ماجد ارغب الحلو، العقود الادارية والتحكيم، مرجع سابق، ص 26 .

<sup>3</sup> - voir l'article 02 du décret(2004-15) portant code de marchés publique (JO N°06 du 08-01-2004 Article Français.

## الفرع الثاني: المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني:

إن العقد الإلكتروني هو العقد الذي يمكن إبرامه كليا أو جزئيا عن طريق شبكة الأنترنت وبهذا فإنه لا يختلف عن العقد التقليدي من حيث الأركان، بل يختلف في طريقة الإبرام، لذا فإن الوسائط الإلكترونية لا تؤثر في مضمون العقد و جوهره.

وعليه فإن العقد الإلكتروني في فرنسا هو قبل كل شيء عقد يتم إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا الوسيط لا يتدخل في مضمون العقد الإداري مما لا يمنع إمكانية وجود عقد إداري يحتوي على شروط استثنائية أو يخضع لنظام استثنائي خاص، يميزه عن العقود المدنية، حيث يمكن الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني للسماح للمتعاقد بمعرفة شروط التعاقد.

أما بالنسبة لضابط اتصال العقد بتسيير أو تنظيم مرفق عام لتحديد العقد الإداري فيمكن القول بأن التوجيهات الأوروبية الخاصة بإبرام العقود الإدارية، خاصة التوجيه الأوربي رقم (18-2004) قد خص عقود الأشغال وعقود الخدمات والتوريدات بالإبرام عن طريق الوسائط الإلكترونية<sup>1</sup>.

كما جاء في قانون العقود الإدارية في فرنسا<sup>2</sup>، وكذلك قانون الصفقات العمومية الجزائري.

كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن الأعمال التي يكون موضوعها تنظيم مرفق عام هي أعمال إدارية سواء كانت انفرادية أو تعاقدية.

وما يلاحظ أن هذه العقود تتعلق بتنظيم وتسيير وإدارة مرفق عام، دون تنفيذها لذا فإن مفهوم المرفق العام في العقد الإداري الإلكتروني لا يمكن أن يشمل تنفيذ المرفق نفسه، عكس ما أكدته المحكمة الفرنسية في حكمها الصادر في: 2001/01/28 "بقولها العقد الذي يبرم من طرف شخص من أشخاص القانون الخاص، دون مساهمته في تنفيذ المرفق العام هو بالتأكيد ينتمي إلى العقود الخاصة"<sup>3</sup>.

لكن ذلك لا يشكل عائقا في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق ضابط المرفق العام لأن القضاء الإداري في فرنسا على عكس القضاء الإداري في مصر، يكتفي بوجود تضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص لاعتباره إداريا.

<sup>1</sup> - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإلكتروني (دراسة تحليلية)، دار الجامعة، الإسكندرية، 2007، ص 53 .

<sup>2</sup> - فقد أكد مجلس الدولة الفرنسي الصفة الإدارية للعقد إذا كان موضوعه تنفيذ أو تنظيم أو تسيير مرفق عام في قضية السيد " M. Théron " ومدينة مونبلييه، Montpellier" في سنة 1910 حيث جاء في هذا الحكم بان المتعاقد بممارسة نشاط جمع الحيوانات والكلاب الضالة من الأماكن العمومية إنما هو يساهم في تأمين الصحة العامة لذلك فمهمته التي يقوم بها بمقتضى العقد المبرم بين هو بين المدينة إنما تكيف بأنها مهمة مرفق عام، حيث أن العقد المبرم أحد أطرافه شخص عام فإنه يعتبر إذا عقد إداريا.

<sup>3</sup> - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، نفس المرجع، ص 54 .



ولهذا يمكن الاعتراف بوجود العقد الإداري الذي يبرم بوسائل إلكترونية، طبقاً لأحكام التوجيه الأوربي والقضاء الإداري الفرنسي.

وبعد دراستنا لمعايير العقد الإداري ومدى تطبيقها على العقد الإداري الإلكتروني يمكن إعطاء تعريف للعقد الإداري الإلكتروني يمكن إعطاء تعريف للعقد الإداري الإلكتروني بأنه " العقد الذي تبرمه الدولة مع دولة أخرى أو شخص معنوي عام أو مع شخص من أشخاص القانون الخاص أصالة أو عن طريق تفويض صريحاً كان أو ضمني، بقصد تسيير أو تنظيم مرفق عام، عن طريق شبكة الأنترنت وذلك بتضمين العقد شروطاً استثنائية غير مألوفة في المعاملات الإلكترونية في مجال القانون الخاص."

ومع ذلك يبقى النص على إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية في التوجيهات الأوربية و كذا قوانين العقود الإدارية في فرنسا أو مصر غير كاف بل يجب صدور أحكام مجلس الدولة ترسي وتؤكد وجود هذا العقد وتبين خصائصه.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> رحيمة الصغير ساعد تمديلي، مرجع سابق، ص 54

الفصل الثاني  
القواعد العامة  
لإبرام العقد الإلكتروني

### تمهيد:

إن من أهم خصائص العقد الإلكتروني أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه بواسطة الوسائط الإلكترونية وخاصة الأنترنت، لذا فإن دراسة العقد الإداري الإلكتروني يعد من الأهمية بما كان، لأن الهدف هو معرفة مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على أساليب إبرام العقد الإداري من جهة، وعلى المبادئ والقيود الواردة على حرية التعاقد من جهة أخرى، غير ان إبرام العقود الإدارية الإلكترونية تعد أهم الأهداف المسطرة في برنامج الإدارة الإلكترونية الحكومية في فرنسا سنة 2004 حتى سنة 2007 والمعد من طرف وكالة تطوير الإدارة الإلكترونية (A.D.A.E).

أما على المستوى التشريعي فقد نص القانون الأوروبي الخاص بالعقود الإدارية على إجراءات إبرام العقود الإدارية بوسائط إلكترونية، وذلك في التوجه الأوروبي رقم 18/2004 الصادر في 2004/03/08 والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود التوريد والخدمات وكذا التوجه الأوروبي رقم 17/2004 الصادر بتاريخ 2004/04/31 والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية في مجال قطاع المياه والطاقة والنقل والخدمات البرية.

ولما كانت الإدارة تعمل من أجل المصلحة العامة، فقد وضع القانون الإداري من القواعد ما يحاول به ضمان سلوكها في تعاقدتها عن طريق تحقيق هذه المصلحة، فقد جاءت قواعد القانون الإداري مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد من نواح متعددة، وذلك على خلاف القواعد العامة في القانون الخاص وما يسودها من حرية في التعاقد في حدود النظام العام والآداب العامة.

ومن هذه التشكيلات التي تقيد الإدارة في تعاقدتها، احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها طرق إبرام العقود، كما أن على الإدارة قبل إبرامها العقد الإداري مراعاة بعض الشكليات وكذا وجوب احترام جملة من الإجراءات الضرورية لإبرام مثل هكذا عقود.

ولأكثر تفصيل نتناول في المبحث الأول تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإلكترونية، أما المبحث الثاني وسائل توثيق العقد الإداري.

### المبحث الأول: تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية

لقد ساهم التطور التكنولوجي وادخال الوسائل الإلكترونية في التعاقد الإداري كالأنترنيت وأدواتها مثل البريد الإلكتروني وغرف المحادثة... بشكل فعال في تطوير المبادئ العامة لإجراءات إبرام العقود الإدارية التي وضعها المشرع لحماية المتعاقد مع الإدارة ولتحقيق المصلحة العامة.

وقبل اللجوء لدراسة مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية، يجب التأكيد أن هذه المبادئ قد نصت عليها قوانين غالبية الدول، حيث أن التوجيه (18-2004) الصادر في 31 مارس 2004 والخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام العقود الإدارية الخاصة بالأشغال والخدمات والتوريدات، قد نص في المادة الثانية منه على أنه: « في إبرام العقود في الدول الأعضاء بين الدول والجماعات الإقليمية ومنظمات أخرى للقانون العام ، يجب إحترام سرية وحركية البضائع، وشرعية المعاملات والشفافية .... ». كما أضافت المادة 12 من نفس المصدر : "أن السلطات المتعاقدة يمكن أن تستعمل هذه التقنيات من أجل إحترام القواعد المنصوص عليها في التوجيه الحالي ومبادئ الشرعية وعدم التمييز والشفافية"<sup>1</sup>

كما أكدت المادة 01 من قانون العقود الإدارية في فرنسا على أنه في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب إحترام مبادئ حرية الدخول للمنافسة والمساواة بين المتنافسين والشفافية في الإجراءات.<sup>2</sup>

<sup>1</sup> - قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، رقم 89 لسنة 1998، ج ر، عدد 19، مكرر الصادرة في : 1998/05/08 حيث نصت في المادة الثانية منه : " تخضع كل المناقصات العامة والممارسة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة، وكلتاها إما داخلية يعلن عنها في مصر أو خارجية يعلن عنها في مصر وفي الخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار "

<sup>2</sup> - **La article 1 : du décret N° 2004 -15 du 7 Janvier 2004 portant code des marchés publics**

: «I- Les marchés publics sont les contrats conclus à titre onéreux avec des personnes publiques ou privées par les personnes morales de droit public mentionnées à l'article 2 pour répondre à leurs besoins en matière de travaux. De fournitures ou de services.

Quel que soit leur montant les marchés publics respectent les principes de liberté d'accès à la commande publique. D'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures, ces principes permettent d'assurer l'efficacité de la commande publique et la bonne utilisation des deniers publics, Ils exigent une définition réaliste des besoins de l'acheteur public. Le respect des obligations de publicité et de mise en concurrence et la ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code...».

كذلك الأمر بالنسبة للمادة 21 من قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89 لسنة 1998) حيث تنص على أنه : "يجب أن تخضع كل من المناقصة العامة والممارسة العامة لمبادئ العلانية وتكافؤ الفرص والمساواة وحرية المنافسة"<sup>1</sup>. وبناء عليه يجب علينا أولاً معرفة المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية بصفة عامة، ثم نحاول إسقاط ذلك على العقود الإدارية الإلكترونية.

حيث سنتناول بالدراسة في المطلب الأول مبدأ حرية الدخول للمنافسة في العقد الإداري الإلكتروني وفي المطلب الثاني مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني.

### المطلب الأول : مبادئ العقود الإدارية الإلكترونية:

إن اللجوء إلى دراسة مدى تأثير الوسائل الإلكترونية على المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية، يفوض علينا التأكد أن هذه المبادئ قد تم الاجتماع على اعتمادها من طرف غالبية الدول، حيث أن التوجه الأوروبي رقم 18-2004 السالف الإشارة إليه فقد نص في المادة الثانية منه على : "إبرام العقود في الدول الأعضاء بين الدول والجماعات الإقليمية ومنظمات أخرى للقانون العام ، يجب احترام سرية وحركية البضائع وشرعية المعاملات والشفافية." للتفصيل أكثر في هذه المبادئ يتم تناول الفرع التالية .

### الفرع الأول :مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة

يعتبر مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة من أهم المبادئ لإبرام العقود الإدارية، وهي دعوة للجمهور للاشتراك في العملية التي تطرحها المصلحة المتعاقدة قصد الوصول للمتعهد الذي يقدم أفضل عرض سواء من الناحية المالية أو الفنية، وإذا كان المشرع الجزائري وغيره من التشريعات المقارنة قد كفلت لجميع المترشحين حق المشاركة في المناقصة وتقديم عروضهم تطبيقاً لمبدأ المساواة بين العارضين فإن ذلك لا يمنع من فرض شروط معينة ، وقصرها فقط على من تتوفر فيهم شروط محددة تعلن عنها الإدارة سلفاً، كأن يتعلق الأمر بمناقصة

<sup>1</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، مرجع سابق، ص 60-61.

محدودة، فلا يجوز المشاركة فيها إلا للأشخاص الذين تتوفر فيهم الشروط المعلن عنها<sup>1</sup> عموماً يعتبر حق المشاركة مكفولاً لكل عارض توفرت فيه الشروط المعلن عنها، ما لم يحرم ويبيد بموجب نص خاص، قانوناً كان أو تنظيمياً، أو بمقتضى قرار قضائي نهائي، ويعتبر مبدأ الدخول إلى المنافسة شديد الارتباط بمبدأ العلانية<sup>2</sup> في إبرام العقود الإدارية<sup>3</sup>

وهذا الأخير يبين الإجراءات والشروط التي تمكن المتنافسين من التعاقد مع الإدارة على أساسها، كما أن هذا المبدأ يحقق الهدف الذي تسعى الإدارة لتحقيقه من جراء الأخذ بأسلوب المناقصات والممارسات لإبرام العقود الإدارية، حيث توفر أفضل العروض شروطاً وسعراً، ونظراً لأهمية مبدأ العلانية؛ فقد نصت عليه غالبية القوانين، إذ نص التوجيه الأوروبي رقم (18-2004) في المادة 36 منه على أن: تطوير المنافسة في مجال العقود الإدارية يستوجب الإعلان الأوروبي عن المناقصات من السلطات المتعاقدة في الدول الأعضاء<sup>4</sup>

<sup>1</sup> - محمود فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية (القرار الإداري والعقد الإداري)، كلية الحقوق، جامعة الإسكندرية، 1989، ص 313-315

في نفس الصدد: نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، كلية الحقوق، الجامعة الأردنية، 2001، ص 334.

<sup>2</sup> - وهو أول خطوة في عملية التعاقد بالمناقصة أو المزايدة وقد نظمت القوانين كيفية الإعلان وما يجب أن يتضمنه، وهذا ما يؤكد نص المادة (04) من تعليمات تنفيذ ومتابعة مشاريع أو خطط التنمية القومية العراقي وأيضاً المادة (09) من قانون بيع وإيجار أحوال الدولة رقم 32 15 لسنة 1982، وكذلك الحال بالنسبة للمادة (32) من التوجيه الأوروبي رقم (18-2004) والمادة (01) من قانون العقود الإدارية في فرنسا، والمادة (02) من تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89-1998).

<sup>3</sup> - المقصود بمبدأ العلانية هو إعلام كل من تنطبق عليه الشروط للتقدم لغرض التعاقد مع الإدارة إن أراد ذلك، والسماح له بالتعاقد مع الإدارة متى أبدى رغبته، وتوفرت كل الشروط فيه، كما يجب أن يكون الإعلان صحيح كون هذا الأخير يوفر إمكانية المنافسة بين عدد كبير من المتعهدين وبالتالي تحقيق المصلحة العامة التي تسعى الإدارة لتحقيقها من خلال اختيار، أفضل المتعهدين. راجع في ذلك: محمد بكر حسين، الوسيط في القانون الإداري، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، 2006، 292.

<sup>4</sup> - Article 36: >> le développement d'une concurrence effective dans le domaine des marchés publics nécessite une publicité communautaire des avis de marchés établis par les pouvoirs adjudicateurs des états membres les informations contenues dans ces avis doivent permettre aux opérateurs économiques de la communauté d'apprécier si les marchés proposés les intéressent. << (JOCEL 134 : 30/04/2004) .

كما أكدت المادة (2/1) من قانون العقود الإدارية في فرنسا نفس المعنى، حيث نصت على أنه: (... يتطلب ذلك معرفة سابقة للإحتياجات المشتري العمومي واحترام التزامات الإعلان وحرية المنافسة ، واختيار أفضل العروض من الناحية الإقتصادية....)<sup>1</sup>.

كذلك الحال في الجزائر فقد نصت المادة 45 من القانون الصفقات العمومية رقم (10-236) أنه : يكون اللجوء للإشهار الصحفي إلزاميا في الحالات الآتية ....<sup>2</sup>.

فكل النصوص السابقة تؤكد إلزامية الإشهار من أجل إتاحة الفرصة أمام جميع المتنافسين تجسيدا لمبدأ علانية الصفقة وكذا مبدأ المساواة بين المتنافسين<sup>3</sup>

وكما بينا من قبل فإن من خصائص العقد الإلكتروني أنه ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن طريق الوسائط الإلكترونية، خصوصا عبر شبكة الأنترنت، تلك الشبكة التي تتصف بالبعد الدولي<sup>4</sup>، هذا ما يؤدي إلى فعالية وحرية المنافسة، حيث أصبحت أوسع مما كانت من قبل .

<sup>1</sup> - Article (1-2): "...Ils exigent une définition préalable des besoins de l'acheteur public. Le respect des obligations de publicité et de mises en concurrence et le choix de l'offre économiquement la plus avantageuse, ces obligations sont mises en œuvre conformément aux règles fixées par le présent code ". (JO : No. 6 du 08/01/2004).

<sup>2</sup> - أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية ، الجريدة الرسمية الجزائرية ، ع58 ، الصادر في 07 أكتوبر 2010 ، المعدل والمتم بالمرسوم الرئاسي رقم (12-32)، المؤرخ في (18-01-2012) ، ج ر 04.

<sup>3</sup> - بحيث لا تمييز بين راعب في التعاقد وآخر إلا على أساس الكفاءة المالية أو الفنية وامكانية تنفيذ العقد ويعتبر حسن سمعة المتعاقد مع الإدارة من موجبات التعاقد معها، ولا تتحقق المنافسة الفعلية إلا بالمساواة بين الأشخاص الراغبين في التعاقد ، واستنادا على ذلك لا يجوز للإدارة منع شروط على متنافس دون غيره ، أو إسقاط بعض المتطلبات عن البعض دون الآخرين أو زيادة في عدد الشروط المطلوبة من بعض الأفراد، كما أن تنفيذ العقد الإداري يتطلب درجة من الأخلاق المهنية، إذ يترتب عن العقد التزامات ، لا بد من التقيد بها، ولهذا ينبغي أن لا يكون المتعاقد مع الإدارة من أصحاب السوابق أو ممن عرفوا تأخرهم في أداء الأعمال الإدارية السابقة حيث أن تقديم مثل هكذا شخص ، للتعاقد مع الإدارة ربما يؤدي الأضرار بها، وبالتزاماتها. راجع في ذلك :حسن عثمان محمد عثمان، أصول القانون الإداري ، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2006، ص 610.

<sup>4</sup> - فشبكة الأنترنت هي مجال إفتراضي يجهل مفهوم الإقليمية فلها طابع دولي ،عالمي عابر للحدود وهو ما يظهر من مسمها كما أن الطابع الدولي، بل العالمي لشبكة الأنترنت يضع ما يقارب مئتي دولة في حالة اتصال دائم، بحيث تنشر البيانات والمعلومات التي يتم إدخالها وتحميلها على الشبكة في ثوان في كل الدول المرتبطة بها فتكون متاحة لأي مستخدم في تلك الدولة، حول الطابع الدولي لشبكة الأنترنت، راجع في ذلك :أحمد عبد الكريم سلامة، الأنترنت والقانون الدولي الخاص، فراق

أو تلاق بحث مقدم لمؤتمر الكمبيوتر والقانون كلية الشريعة والقانون الإمام رات العربية منشور على الموقع:

وهذا المعنى أكدته المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم (18-2004) الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال العامة والخدمات والتوريدات، بقولها: "هذه التقنيات تسمح بتوسيع المنافسة وتطوير فعالية الطلبات العمومية..."<sup>1</sup>، كما أضفت المادة 29 منه على أن "خصوصية التقنيات الحديثة المعتمدة من طرف المتعاقد الإداري تسمح بفتح مجال المنافسة في العقود الإدارية"<sup>2</sup>

في حين أن المشرع الجزائري قد نص على القواعد المنظمة للإعلان في المادة 43 من المرسوم الرئاسي (02-250) المتعلق بالصفقات العمومية (الملغى) إلا أنه تعرض لنقد شديد لإغفاله النشر الإلكتروني رغم أهميته من الناحية العملية، مما دفع إلى النص عليه في قانون الصفقات العمومية الجديد رقم (10-236)، وخصص له الباب السادس تحت عنوان الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، قسم هذا الباب إلى قسمين، جاء القسم الأول بعنوان تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، وقد جاء في المادة 1/174: أنه "يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية"<sup>3</sup>.

هذا ما دعم حرية المنافسة في العقد الإداري المبرم عبر شبكة الأنترنت، وحقوق مبدأ العلانية في هذا العقد، بالإضافة إلى النشر في الجرائد اليومية، والنشرة الرسمية للصفقات المتعامل العمومي، وجاء الإعلان على شبكة الأنترنت من خلال مواقع الهيئات الحكومية على الشبكة مما سيؤدي إلى فتح باب حرية التقدم إلى المنافسة.<sup>4</sup> في سبيل ذلك دعت منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء إلى تعديل قوانينها لتتلاءم، والتقنيات الحديثة في إبرام العقود الإدارية، كما حث مجلس

<sup>1</sup> - Article 12:>>... certaines nouvelles techniques d'achat électroniques sont en développement constatant , ces techniques permettent d'élargir la concurrence et d'améliorer l'efficacité de la commande publique , notamment par les gains de temps et les économies . Que l'utilisation de telles techniques". (JOCEL 134 : 30-04-2004).<<

<sup>2</sup> - Article 29:>> Les spécifications technique établies par les acheteurs publics devraient permettre l'ouverture des marches publics à la concurrence a cet effet. La présentation d'offres reflètent le divers site des solutions techniques doit être possible pour ce faire d'une part, les spécifique". (JOCEL 134 : 30-04-2004).<<

<sup>3</sup> - أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المتضمن قانون الصفقات العمومية ، مرجع سابق .

<sup>4</sup> - لقد اتخذت العديد من الحكومات والمنظمات والجامعات والمعاهد العلمية والمكتبات الدولية والمستشفيات والمراكز الطبية .

والشركات والمؤسسات التجارية مواقع وعناوين الإلكترونية لخطا على شبكة الانترنت للوصول إلى العملاء المتعاملين معها من مختلف أنحاء العالم ومثال ذلك:

- www.egypt.com موقع جمهورية مصر العربية على الأنترنت

- www.un.org موقع منظمة الأمم المتحدة على الأنترنت

- www.nyu.edu موقع جامعة نيويورك بأمریکا على الأنترنت

- www.loc.com موقع مكتبة الكونجرس على شبكة الأنترنت



## الفصل الثاني: القواعد العامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني

الاتحاد الأوروبي الدول الأعضاء على تغيير قوانينها (القوانين المتعلقة بالعقود الإدارية) بما يتلاءم والطرق الحديثة في

الإبرام<sup>1</sup>

### الفرع الثاني : مبدأ السرية والشفافية<sup>2</sup>

يعتبر مبدأ الشفافية من أهم المبادئ العامة في إبرام العقود الإدارية، وقد نصت عليه مختلف القوانين المتعلقة بالعقود الإدارية.

فقد نصت المادة 02 من التوجيه الأوروبي (18-2004) الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريدات على أنه : "... كذلك المبادئ التي ترتبط بها مثل المساواة وعدم التمييز والتناسب والشفافية ..."<sup>3</sup> كما نصت المادة 01 من قانون العقود الإدارية في فرنسا رقم (15-2004) على أنه :  
في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة والمساواة بين المتعاقدين والشفافية في الإجراءات ...<sup>4</sup>

كذلك نص المشرع الجزائري في المادة 03 من قانون الصفقات العمومية رقم (10-236) لضمان نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام، يجب أن تراعي في الصفقات العمومية مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم<sup>(5)</sup>.

<sup>1</sup> - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 68.

<sup>2</sup> - يقصد بمبدأ السرية أن توضع العطاءات في أظرفة مغلقة مجهول الحلم بمضمونها بالنسبة لطرفي العقد، المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد، وكذلك بالنسبة

للمتنافسين فيمطا بينهم حتى وقت فتح الأظرفة من طرف اللجنة المختصة بالفتح، راجع في ذلك : محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 316.

<sup>3</sup> - قصد بمبدأ الشفافية احترام شروط المناقصة بالنسبة لكافة المتنافسين، دون تفرقة كما لا يجوز للإدارة كقاعدة عامة أن تتفاوض مع أحد المتعهدين في شأن تعديل عطاءه خارج الاستثناءات التي يقرها المشرع على هذه القاعدة راجع في ذلك : محمد فؤاد عبد الباسط، مرجع سابق، ص 318.

<sup>4</sup> - L'article 1: du décret N° 2004 -15( du 7 Janvier 2004 portant code des marchés publics ,op cit .

<sup>5</sup> - أنظر المادة 03 من المرسوم الرئاسي، رقم (10-236) المتضمن قانون الصفقات العمومية ، مرجع سابق.

أما عن تجسيد هذين المبدأين في العقود الإدارية الإلكترونية، نجد أن المصلحة المتعاقدة توفر الحماية للمعلومات أو البيانات وذلك عن طريق ما يسمى بالتوقيع الإلكتروني<sup>1</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة 37 من التوجيه الأوروبي رقم (93-1999) الخاص بالتوقيع الإلكتروني وكذا التوجيه الأوروبي رقم (31-2000) الخاص بالتجارة الإلكترونية، - حيث جاء في نص المادة 178 أن : التوقيع الإلكتروني عبارة عن حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات لها طابع منفرد تسمح بتحديد الشخص صاحب التوقيع وتمييزه عن غيره ويتم اعتماده من الجهة المختصة.

كما أن القانون الفرنسي الخاص بالعقود الإدارية قد أكد مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية إذ نصت المادة 07 منه: على أن الشخص المعنوي العام يستطيع أن يطلب من المترشحين وضع طلباتهم وعروضهم تحت نظام حماية خاص ، حيث لا يمكن الإطلاع عليها إلا بعد معرفتهم<sup>2</sup>.

ومن أجل ذلك قامت الحكومة الفرنسية بإعداد برنامج عام لضمان أمن المعلومات بين المواطنين والسلطات الإدارية<sup>3</sup>، تم تنفيذه من طرف وكالة تطوير الإدارة الإلكترونية، وبغض النظر عن ما سقناه للمشروع في هذا المجال، فإنه عموماً يمكننا القول بأن "مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني قد تدعم أكثر سواء على المستوى الأوروبي من خلال التوجيه الأوروبي رقم (93-1999) المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، أو في فرنسا من خلال قانون العقود الإدارية ونصوصه التطبيقية، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم (31-2000) بالتجارة الإلكترونية.

<sup>1</sup> - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 70

<sup>2</sup> - L'article 7 du décret(2002-692) : >> La personne publique assure la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire . Les frais d'accès au réseau et de recours à la signature électronique sont à la charge de chaque candidat<< (JO du :01 /05/2002).

<sup>3</sup> - حيث تم تنفيذه من طرف وكالة تطوير الإدارة الإلكترونية .

Agence pour développement de l'administration électronique (A D A E).

### المطلب الثاني: الأساليب الحديثة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية

وعلى هذا الأساس قسمنا هذا المطلب إلى فرعين نتناول في الفرع الأول: المناقصة الإلكترونية وفي الفرع الثاني: إجراءات المناقصة الإلكترونية.

#### الفرع الأول: المناقصة الإلكترونية

تعتبر المناقصة الإلكترونية الأسلوب الأكثر استخداماً في التعاقد الإداري وهي مجموعة الإجراءات التي رسمها القانون بقصد الوصول إلى أفضل المتناقصين سعراً وشروطاً توطئة للتعاقد معه<sup>1</sup> وتعد المناقصة في النظام القانوني الإمبراطوري الطريق الأمثل للتعاقد الإداري، كما أجاز المشرع إتباع طرق استثنائية للتعاقد.<sup>2</sup> وتعرف المناقصة حسب المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المتعلق بالصفقات العمومية في المادة 26 بأنها: « هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين» متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض.<sup>3</sup>

وعلى هذا الأساس فإن المناقصة الإلكترونية هي إجراء يتم عن طريق استعمال الشبكة الإلكترونية أو شبكة الأنترنت، أين تفصح الإدارة عن إرادتها لإبرام العقود الإدارية عن طريق المناقصة الإلكترونية.

فالإدارة هنا طرف أساسي من خلال الإفصاح عن إرادتها وذلك بالدعوة للتعاقد، تحدد فيها نوع العقد المراد إبرامه، ووجود الإعلان الذي يظهر النية الصريحة في التعاقد ويتعين من هنا الإشارة إلى أنه لا

<sup>1</sup> - أنظر المادة 05، من نظام عقود الإدارة الإماراتي رقم 20 لسنة 2000، المؤرخ في 10 شوال 1411، الموافق لـ 28 أكتوبر 2000.

<sup>2</sup> - تعتبر المناقصة الأسلوب الأكثر استخداماً في التعاقد الإداري كما أجاز المشرع إتباع طرق استثنائية، فبالنسبة للتشريع - الجزائري فالقاعدة العامة هي المناقصة والاستثناء هو التراضي بصوره وهذا ما جاء في نص المادة 25-26-27 من المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المعدل والمتمم، أما بالنسبة للتشريع الإماراتي فالطرق الاستثنائية تتمثل في المناقصة المحدودة والممارسة والأمر المباشر، حيث تلجأ الغدارة إلى أسلوب المناقصة المحدودة، بقصد دعوة بعض المتعاقدين من مقاولين وموردين لكفاءتهم المالية والفنية، كما تلجأ الإدارة إلى المناقصة المحدودة عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة أو ذات أهمية كغشاء ميناء جوي أو بحري أو توريد أجهزة أو خدمات ذات كفاءة، وهذا ما أكدته المادة 22،23 من نظام عقود الإدارة الإماراتي (20-2000)

مقاولين وموردين لكفاءتهم المالية والفنية، كما تلجأ الإدارة إلى المناقصة المحدودة عندما تريد القيام بمشروعات ضخمة أو ذات أهمية كإنشاء ميناء جوي أو بحري أو توريد أجهزة أو خدمات ذات كفاءة، وهذا ما أكدته المادة 22،23 من نظام عقود الإدارة الإماراتي (20 - 2000).

<sup>3</sup> - أنظر المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المتضمن أنون الصفقات العمومية، مرجع سابق.

يوجد نموذج وحيد لعقد الدخول<sup>1</sup>، وإنما توجد صور عديدة للعقود مثلما يوجد أنواع مختلفة من متعهدي الدخول، حيث تتطلب المشاركة في هذا العقد (المناقصة) الإلكتروني، عن طريق شبكة الاتصال التي تبين الخدمات في الشبكة العالمية (الإنترنت)<sup>2</sup>.

هذا من خلال نوع المناقصة التي ستبرم سواء كانت مناقصة وطنية أو أجنبية أو معاً<sup>3</sup>

فالتعاقد الإلكتروني من المفترض فيه وجود المتعاقدين في مكانين منفصلين قد يفصل بينهما مسافات كبيرة تصل إلى مئات أو آلاف الأميال<sup>4</sup>، مما يجعلها ذو طبيعة خاصة بالنسبة للتعاقد التقليدي<sup>5</sup>. ولقد تطور أسلوب التعاقد، ومن بينها المناقصة في فرنسا، حيث أصبح للإدارة قدر من السلطة التقديرية وحرية المناورة وتقليب الأمور مع المترشحين للتعاقد مع أصحاب العروض المقبولة فنيا حتى تصل إلى أفضل الشروط وأقل الأسعار، دون التقييد بالأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف المالية وهذا ما يطلق عليه في القانون الفرنسي ب: L'appel d'offre<sup>6</sup>.

<sup>1</sup> عقد الدخول هو العقد الذي ترد فيه نية المترشح للدخول في التعاقد مع الإدارة من خلال ما تحدده الإدارة من شروط، التي تعلن عنها سواء كانت مناقصة محدودة أو مفتوحة أو مازيدة أو غيرها من العقود التي يمكن إبرامها .  
كما يعرف عقد الدخول إلى الشبكة أو عقد النفاذ بأنه العقد الذي يبرم بين العميل الذي يريد إنشاء موقع على الشبكة وبين موردي خدمات الدخول إلى الشبكة، بحيث يحقق الدخول إلى شبكة الإنترنت من الناحية الفنية، وذلك فان الإلتزام الرئيسي، لمتعهد خدمة الدخول هو إتاحة الاتصال بشبكة الإنترنت وذلك لقاء اجر 1. ارجع في ذلك :محمد حسن منصور، مرجع سابق، ص 26.

<sup>2</sup> - إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 80 .

<sup>3</sup> - أنظر المادة (22) من المرسوم الرئاسي (10-236) المتضمن قانون الصفقات العمومية : يمكن للمصلحة المتعاقدة من أجل تحقيق أهدافها أن تلجأ بغية تنفيذ خدماتها إلى إبرام صفقات تعقد مع المؤسسات الخاضعة للقانون الجزائري أو المؤسسات الأجنبية ، أي هناك صفقات قد تستدعي فيها الإدارة العنصر الأجنبي وفقا لإجراءات يحددها القانون المعمول به .

<sup>4</sup> - إن عدم وجود المتعاقدين في مجلس واحد ليس هو الذي يميز التعاقد بين غائبين، وإنما الذي يميز هو أن تفصل فترة من الزمن بين صدور القبول وعلم الموجب به. كما يذهب اتجاه سخر إلى اعتبار أن التعاقد الذي يتم من خلال شبكة الإنترنت هو تعاقد بين حاضرين، لأن أطراف التعاقد على اتصال مباشر في نفس التوقيت وعلى نفس المكان الذي هو شبكة الإنترنت، ففكرة الفروق الزمنية والمكانية التي تفرضها عملية التعاقد بين غائبين، كما أن الالتقاء المادي للطرفين وان لم يتحقق فعليا إلا انه يتحقق عبر الإنترنت ( الالتقاء الافتراضي ) لسهولة حدوث مفاوضات قبل التعاقد بين الأطراف بيد أن هذا الاتجاه ضعيف، والراجح انه تعاقد بين غائبين، فالعامل الزمني يمكن ألا يكون مباشرا ففي وقت إرسال القبول قد لا يكون الموجب متواجدا على الجهاز، كما أن التلاقي الافتراضي لا يمكن مساواته بالتلاقي الحقيقي الذي يثير الكثير من المسائل وعلى رأسها مسألة التحقق من الأهلية والقدرة . والكفاءة على إنجاز موضوع العقد . راجع في ذلك : أحمد شرف الدين، مرجع سابق، ص 155.

<sup>5</sup> - خالد ممدو إبراهيم، مرجع سابق، ص 92

<sup>6</sup> - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، مرجع سابق، ص 86.

وبما أن المشرع الجزائري لم يزل له دور محتشم في إطار العقود الإلكترونية، خاصة أنه لم ينظم التعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني إلا بعد سنة 2004؛ أي بعد تعديل القانون المدني، كما أدخل المشرع الجزائري تعديلا على قانون الصفقات العمومية (10-236) لسنة 2010 في بابه السادس.

### الفرع الثاني: إجراءات المناقصة الإلكترونية

حيث أنه بات من اللازم على الإدارة أن تهجر الأسلوب الورقي التقليدي للتعاقد الإداري، ليحل محله أسلوب التعاقد الإلكتروني، كنتيجة طبيعية للتوسع في استخدام الحاسب الآلي في الكثير من نشاطات الإدارة الحديثة ( الإدارة الإلكترونية) بما فيها أساليب التعاقد الإداري، وفي ظل ذلك لا بد من تحويل م ا رحل وأساليب التعاقد الإداري من شكلها الورقي التقليدي إلى شكلها الإلكتروني الحديث، وهذا يتطلب مناقشة الم ا رحل التقليدية للمناقصة العامة كأسلوب تعاقد، وعرض المراحل التي تمر بها المناقصة بقصد التأكد من مدى إمكانية استخدام الحاسب الإلكتروني كوسيلة في تسهيل إجراءات المناقصة وتقليص مراحلها التقليدية<sup>1</sup>

### أولا :الإعلان الإلكتروني عن المناقصة

الإعلان هو الدعوة إلى طلب الخدمات وغيرها من القيم المالية، التي يدعون فيها المستهلكين أو المتعاقدين من خلال العقود الإلكترونية التي تنفذ عبر الأنترنت. وقد عرف الإعلان عبر التوجيه الأوروبي لسنة 1984، بقصد تقريب تشريعات دول الجماعة الأوروبية المشتركة، بأنه : شكل من أشكال الاتصالات تتم في مجال الأنشطة» التجارية أو الصناعية أو الحرفية أو المهنية، وتهدف إلى تشجيع الإقبال على السلع والخدمات بما في ذلك العقارات والحقوق والالتزامات المرتبطة بها<sup>2</sup>. وتتفق الممارسة العامة مع المناقصة العامة في القانون المصري في إجراءات الإعلان، حيث يجب

<sup>1</sup> - إعاد حمود القيسي، نحو ترسيخ دور الحاسب الإلكتروني في أساليب التعاقد الإداري، معهد التدريب القضائي، مقال) منشور عن الموقع :

www.itjs.ae.com

<sup>2</sup> - خالد ممدوح إبراهيم، مرجع سابق، ص 113، 114.

الإعلان عن الممارسة العامة في الوقت المناسب طبقاً لإجراءات النشر عن المناقصة العامة، على أنه يجوز في حالة الاستعجال وبموافقة السلطة المختصة تقصير المدة المحددة لتقديم العروض، على ألا تقل المدة عن (10 أيام) من أول تاريخ للإعلان عن الممارسة<sup>1</sup>.

وهذا ما نصت عليه المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات، والمزايدات في مصر رقم (89-1998) ويكون الإعلان عن الممارسة في صحيفة أو صحيفتين يوميتين واسعتي الانتشار. كما يجوز أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلان واسعة الانتشار وذلك بعد (أخذ الموافقة من السلطة المختصة، بحسب أهمية وطبيعة التعاقد<sup>2</sup>.

بينما في المناقصة المحدودة تقدم العروض بموجب خطابات موصى عليها، تتضمن كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصات العامة، ويراعى توجيه الدعوة إلى أكبر عدد من المستقلين بنوع النشاط موضوع الممارسة، الذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة<sup>3</sup>.

### ثانياً : مرحلة تقديم العطاءات إلكترونياً :

إن تقديم العطاء أو إيداعه يكون له شكل معين يظهر من خلال محتويات العطاء، من إسم الشركة أو الهيئة أو إسم الشخص الطبيعي الذي يمثلها، أو البريد الإلكتروني للهيئة، حتى يعد من أهم مزايا الأنترنت،

<sup>1</sup>- الممارسة مصطلح تعرض إلى انتقادات كبيرة وذلك يرجع إلى ترجمة المصطلح الفرنسي (Appel d'offres) بينما المناقصة حسب الترجمة الفرنسية adjudication وهي الترجمة الحرفية للإرساء بحيث تسند فيها الصفقة للمتعامل الذي يقدم أقل الأثمان وأحسن العروض (سلبية الإرساء)، أما طلب العروض تستطيع الإدارة أن تختار العطاء الأفضل دون التقييد بألية الإرساء على مقدم العطاء الأقل سعراً إلا أنا مصطلح الممارسة سيعتمد على أساس أنه كلمة مرادفة لمصطلح المناقصة.

<sup>2</sup>- المادة 12 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر رقم (89-1998) يتم الاعلان عن المناقصة العامة في الوقت المناسب على مرتين في صحيفة يومية واسعة الانتشار، ويجب أن يبين في الإعلان الجهة التي تقدم إليها العطاءات وسخر موعد لتقديمها والصف والعميل المطلوب، ومبلغ التأمين المؤقت، ونسبة التأمين النهائي وثمن نسخة كراسة الشروط وملحقاتها، وموعد انعقاد جلسة الاستفسارات وأية بيانات أخرى تارها الجهة الإدارية ضرورة لصالح العمل. ويتم الإعلان عن المناقصة الخارجية في مصر والخارج باللغتين العربية والإنجليزية، كما يطلب إلى سفارات الدول الأجنبية بمصر أو قنصلياتها بحسب الأحوال إخطار المشتغلين بنوع النشاط موضوع التعاقد لتلك الدول بصيغة الإعلان عن المناقصة.

ويجوز بالإضافة إلى ما تقدم أن يتم الإعلان في غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار بما فيها الوسائل الإلكترونية، وذلك بموافقة السلطة المختصة بحسب أهمية وقيمة التعاقد.

وفي حالة ما إذا قررت الجهة الإدارية تأجيل موعد فتح المظاريف، فيجب أن يتم الإعلان عن الموعد الجديد بذات طريقة «الإعلان عن المناقصة

<sup>3</sup>- جاء في نص المادة (35) من قانون المناقصات والمزايدات في مصر (89-1998) توجه الدعوة لتقديم العطاءات في المناقصة المحدودة لأكثر عدد من المشتغلين بنوع النشاط الخاص بموضوع المناقصة، والذين تعتمد أسماءهم السلطة المختصة من بين المقدمين بسجلات الجهة الإدارية أو غيرهم وذلك بموجب كتب موصى عليها قبل الموعد المحدد لفتح المظاريف الفنية بسبعة أيام على الأقل، ويجوز بالإضافة إلى ذلك تسليمهم الدعوة، بأية طريقة أخرى مناسبة مع إثبات موعد تسليمها لأصحاب الشأن ويجب أن تتضمن الدعوة كافة البيانات الواجب ذكرها في الإعلان عن المناقصة العامة وفق أحكام «هذه اللائحة

الذي يستخدم (E-Mail) يتسنى التراسل معها، فالبريد الإلكتروني من أجل المراسلات الإلكترونية، والمكاتبات عبر شبكة الاتصالات، ويستخدم أيضا بالنسبة للعقود التجارية في التفاوض على العقود، وإبرامها وهذا لقلّة التكلفة وسرية المراسلات وتبادل البيانات.

وبالنسبة للقانون الفرنسي فقد منح الحرية للموردين لإرسال عطاءاتهم سواء عن طريق البريد العادي أو البريد الإلكتروني، أو الوسائط الإلكترونية، وعليهم حفظ بياناتهم المتعلقة بكل من دفتر الشروط أو الوثائق التكميلية، وذلك لاستعمالها كوسيلة إثبات من خلال حفظها في جهازهم الآلي، والتي تتضمن توقيع صاحبها أو الممثل القانوني وذلك من خلال التوقيع الإلكتروني.

بالنسبة للمشرع الجزائري فإن إيداع العروض أو العطاءات يكون من خلال الموافقة التي تكون بالطريقة الإلكترونية . جاء بالمادة 2/174 من قانون الصفقات العمومية 10-236 « يمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية...<sup>1</sup>

### 01: العرض التقني

يشمل العرض أو الملف التقني كما يطلق عليه في التنظيم الجزائري على بيانات ومستندات يمكن لجهة الإدارة من خلالها التأكد من مطابقة هذا العرض للشروط التي طرحت بها المناقصة<sup>2</sup>، واطمئنانها لتوفر الخبرة الفنية المناسبة لموضوع وطبيعة التعاقد لدى مقدم العطاء، إضافة إلى وجوب تضمين العرض الفني كفالة التعهد أو التأمين المؤقت كما يطلق عليه

<sup>1</sup>- أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم ( : 10-236 ) المتضمن انون الصفقات العمومية يمكن للمصالح المتعاقدة أن تضع وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية.

يمكن أن يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة إلى المنافسة بالطريقة الإلكترونية.

تحدد كفاءات تطبيق هذه المادة بقرار من الوزير المكلف بالمالية.

<sup>2</sup>- أنظر في نفس الصدد، عمار بوضياف، مرجع سابق، ص117.

في التشريع المصري<sup>1</sup> الذي يؤكد المقدرة المالية لمقدم العطاء<sup>2</sup>.

وتجدر الإشارة إلى أنه يجب أن لا يحتوي العرض التقني بجميع وثائقه على مبلغ العرض المالي وذلك لأن نظام المناقصة العامة بالأساس يقوم على التعاقد مع صاحب أقل الأسعار مع عدم إهمال جودة الخدمات أو السلع المراد التعاقد عليها، لذلك نجد أن العرض الفني من الأهمية بمكان، حيث أن العرض الغير مقبول فنيا، لا تفتح مظاريفه المالية، إذ يجوز للإدارة استبعاد العطاء الذي لا ترى في صاحبه مقدرة فنية لمزاولة العمل موضوع المناقصة<sup>3</sup>. كما أن العرض التقني لا يطر إشكالية بالنسبة لإرساله إلكترونياً، فما هو إلا عرض لقدرة مقدم العطاء ومدى مستواه في المساهمة لإنجاز العقد بشكل أفضل وأسرع.

### 2- العرض المالي

هناك عناصر أساسية يجب أن يتضمنها العرض المالي وذلك لتأثيره على القيمة المالية للعرض، حسب ما تقضي به شروط المناقصة، حيث يتضمن العرض المالي قوائم الأسعار، ( وطريقة السداد وقيمة الصيانة وقطع الغيار إضافة إلى مستلزمات التشغيل<sup>4</sup>. كما تتكفل مصلحة المتعاقد بأن تصنع تحت تصرف المترشحين نماذج كشف أسعار ( الوحدة ونماذج الكشف الكمي والتقديري الذي يحدد فيه مقدم العطاء سعره<sup>5</sup>.

<sup>1</sup> - كما أكد المشرع الإماراتي على إلزامية أن يصاحب العطاء الإلكتروني تأمين ابتدائي لا تقل قيمته على 5% من قيمة العطاء، كما يكون التأمين بموجب خطاب ضمان صادر عن أحد البنوك العاملة في دولة الإمارات وهذا ما أكدته المادة (32) من نظام عقود الإدارة الإماراتي رقم 20 لسنة 2000، مرجع سابق، ص 56.

<sup>2</sup> - الوثائق المكونة للعرض التقني):

\* التصريح بالاكتتاب محتوم ومعد حسب النموذج الموحد في الملف.

\* وثيقة تعليمات للعارض مصادق عليها تحمل ختم العارض على كافة الصفحات.

\* دفتر الشروط التقنية مع عبارة ق أ ر وقبل تحمل ختم العارض.

\* كفالة التعهد تقدر 8% على الأقل بمبلغ العرض.

بالإضافة إلى جملة من الشهادات والوثائق؛ شهادة السوابق العدلية وشهادة أداء المستحقات وشهادة الحصائل المالية إلى غير ذلك من المرفقات.

<sup>3</sup> - هيئة سردوك، مرجع سابق، ص 150

<sup>4</sup> - يتكون العرض المالي من:

\* رسالة العرض المالي ضمن دفتر الشروط موقعة من طرف العارض " نسخة أصلية ."

\* كشف أسعار الوحدة موقع ومؤشر " نسخة مسلمة من طرف صاحب المشروع "

\* الكشف الكمي والتقديري موقع ومؤشر " نسخة مسلمة من طرف صاحب المشروع ."

<sup>5</sup> - هيئة سردوك، مرجع سابق، ص 151 .



وهذا ما جاء به المشرع الجزائري بالنسبة لتقديم العرضين الفني والمالي<sup>1</sup> وهنا الإشكال قد يبدو جليا في حال إرسال العرض المالي، خاصة إمكانية التلاعب بها والتي قد تشكل نقطة تحول لدى عدة مرشحين، الذين قدموا عطاءاتهم عبر الأنترنت والبريد الإلكتروني، الشيء الذي يحتاج دعم تشريعي، واجرائي أكثر للحيلولة دون حدوث التلاعب.

### 3- مرحلة اختيار المتعاقد(إلكترونيا):

باعتبار أن المرحلة السابقة تتم بطريقة إلكترونية إلا أن مرحلة البت أو اختيار المتعاقد تبقى تستعمل الأسلوب الورقي، هذا ما جاء في أحكام قانون العقود الإدارية الفرنسية، بأن لجنة الممارسة بالنسبة للعقود الدولية أو بالنسبة لعقود الجماعات الإقليمية تعقد في جلسة علنية، والتي تكون بحضور مقدمي العروض أو ممثليهم (مندوبيهم)، وذلك في حال وجود شركات الخواص الذين لا ينتمون إلى الدولة التي تطمح إلى التعاقد مع العنصر الأجنبي، حيث تفتح العروض لتحقق مدى مطابقتها للشروط والمواصفات الفنية وتختار أفضل عرض وترفع تقرير إلى الجهة المختصة، أما الذين رفضت عروضهم فيتم إعلامهم عن طريق وسيط إلكتروني أو عبر البريد الإلكتروني وذلك وفقا لنص المادة 06 من المرسوم (2002-692)<sup>2</sup> أما الذين قبلت عروضهم فتنتشر قائمة عبر الأنترنت ثم يتم التفاوض معهم للوصول إلى أفضل عرض مالي وفني، حيث يكون هذا التفاوض بشتى وسائل الاتصال الحديثة (الهاتف، الويب) ... أو أي وسيلة أخرى، مما يؤكد الطابع الإلكتروني للعقد المراد إبرامه<sup>3</sup>

### 4- إرساء المناقصة :

وتعتبر المرحلة التي يختار فيها المتعاقد مع الإدارة خلافا للمرحلة السابقة، والتي تعتبر مجرد تصنيفات للمتعهدين الذين قبلت عروضهم حتى تتأهل فنيا وماليا.

<sup>1</sup>- بالإضافة إلى كل من العرضين التقني والمالي هناك المرفقات والذي يتضمنها تقديم العروض من مرفقات العطاء وفقا لمواصفات الإدارة وشروطها وكفالة التعهد كونها تأمين مؤقت وحسن لنية المترشح للمشاركة في المناقصة.

<sup>2</sup> - l'article 06 du décret: (2002-692): «...en cas d'appel d'offres ouvert, si une candidature n'est pas admise l'offre correspondante est éliminée des fichiers de la personne publique sans avoir être lue, le candidat en est informé..».

<sup>3</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي ، مرجع سابق ، ص 104)

أما بالنسبة للقانون الجزائري في هذا الشأن فنجد أن المشرع الجزائري ترك هذا الباب -مفتوحاً من خلال المادتين 173، 174، من المرسوم الرئاسي رقم ( 10-236 ) المتعلق بالصفقات العمومية، كما يبقى لكل من النصوص الخاصة الحق في العودة إلى هذه المادة في بعض الحالات التي قد يتطلبها استعمال الوسيلة الإلكترونية في التعامل بشتى الأشكال. وفي مجال الإرساء وجب الرجوع للقواعد التي تحكم انعقاد العقد الإداري الإلكتروني، كما أن انعقاد العقد عبر شبكة الأنترنت صعب التحديد كون أن هذه الشبكة عالمية مفتوحة وبالتالي فإن الاتفاق بين طرفي العقد على مكان انعقاد العقد والقانون الواجب التطبيق يعد حلاً مؤقتاً إلى غاية توحيد قواعد انعقاد العقود الإدارية الإلكترونية بين دول العالم.

وفي الواقع تعتبر نظرية الإثبات في مقدمة نظريات القانون التي تلقى تطبيقاً يومياً، حيث تلجأ المحاكم على اختلاف درجاتها في كل ما يعرض عليها من منازعات مدنية كانت أو إدارية لاتصالها الفوري بأصول التقاضي وحقوق ومراكز المتقاضي<sup>1</sup>، لم يكن يثار أي إشكال في إثبات التصرفات القانونية التقليدية التي تقوم على أساس الكتابة والمحركات المكتوبة بخط المتعاقدين، بما أنه كان أمراً سهلاً يتم بمجرد تقديم وسائل الإثبات المعروضة من المحرر المكتوب بخط المتعاقدين أو الموقع من طرف القضاء الذي يسهل له التعرف على نسبه لهم أو شهادة الشهود أو القرائن وغيرها، وفي ظل استخدام هذه التقنيات الحديثة في الاتصال والتعامل بين الأفراد أصبح الإثبات يثير عدة مشاكل لظهور وسائل جديدة من كتابة إلكترونية وتوقيع إلكتروني تختلف في طبيعتها عن الوسائل المألوفة<sup>2</sup>.

<sup>1</sup> - أحمد كمال الدين موسى، فكرة الإثبات أمام القضاء الإداري، مجلة مجلس الدولة، السنة السابعة والعشرون، الهيئة . المصرية للكتاب، القاهرة، 1989، ص 238.

<sup>2</sup> - مانع سلمى، الإثبات الإلكتروني، دراسة مقارنة، رسالة الماجستير، بسكرة، الجزائر، 2005، ص 11 .

### المبحث الثاني : وسائل توثيق العقد الإلكتروني :

إن للتوثيق الإلكتروني أهمية في المجال الإلكتروني وتكنولوجيا المعلومات حيث أنه يعمل على خلق بيئة إلكترونية آمنة للتعامل عبر الأنترنت، فجهات التوثيق الإلكتروني تقوم بدور الوسيط المؤتمن بين المتعاملين في التعاملات الإلكترونية فتؤكد هوية الأطراف، وتحدد أهليته بالتعامل، كما تضمن سلامة محتوى البيانات المتداولة عبر الشبكة وتصدر شهادات إلكترونية معتمدة.

كما أنه لجهات التوثيق الإلكتروني الدور الكبير في بث الثقة والأمان في التعاملات الإلكترونية وبالإطلاع على القانون المقارن نجد أنه قد أولى الأهمية بتوثيق المعاملات الإلكترونية مهما كانت صفة أطرافها، سواء كانت بين الأفراد أو بين جهات حكومية أو إدارات تابعة للدولة، أو بين دول أو مؤسسات وذلك لتحقيق الأمان والشفافية.

### المطلب الأول :شكليات العقد الإداري الإلكتروني.

كانت الكتابة في العقود الإدارية دائما مصدر خلاف فقهي وجدل كبير انتهى الرأي فيه واستقر الفقه والقضاء الفرنسيين على اشتراط أن يكون العقد مكتوبا، وهو شرط متعلق بصحة .العقد وليس خاصا بطبيعته<sup>1</sup> أي أنه لا يجب أن يكون العقد الإداري مكتوبا فالتعبير عن الإرادة يجوز باللفظ أو الكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يجوز باتخاذ أي موقف لاتدع ظروف الحال شكاً في دلالاته على حقيقة المقصود منه، بل يجوز أن يكون التعبير ضمنيا مالم يستلزم المشرع صراحة إجراء شكليات معينة في إبرام عقد معين، لكن من الناحية العملية لتعاملات الإدارة العامة تثبت عكس ذلك، وتكاد تجعل الكتابة هي القاعدة العامة في إثبات العقود الادارية ، إذ غالبا ما تقوم الإدارة بإثبات روابطها التعاقدية كما أن خطوات التعاقد في معظمها تشتمل على وثائق مكتوبة حتى ولو لم يفرغ العقد النهائي في شكل مكتوب<sup>2</sup> غير أنه في حالة نشوب نزاع بين الأطراف المتعاقدة حول العقد، وجب على الأطراف إثبات وجود العقد.

### الفرع الأول :الكتابة الالكترونية

يمكن أن تكون الكتابة عبارة عن رموز تعبر عن الفكر والقول، دون اشتراط استنادها لوسيط معين، فقد يكون ورقا أو خشبا أو جلدا أو أي وسيط آخر قادر على نقل رموزها كما يمكن أن يتم بأي وسيلة وأي لغة سواء كانت محلية أو أجنبية، أو حتى بالرموز المختصرة مادامت مفهومة من الطرفين كما قد تكون بخط الموقع على الورقة أو بخط غيره<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> - هيبه سردوك، مرجع سابق، ص 53

<sup>2</sup> - سليمان الطماوي ، الأسس العامة للعقود الإدارية ، دراسة مقارنة ، دار الفكر العربي ، القاهرة ، ط 4 ، 1984 ، ص 32 .

<sup>3</sup> - أسامة احمد شوقي المليجي، استخدام مخرجات التقنيات العلمية الحديثة وأثرها على قواعد الاثبات المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ط 2000 ، ص 79 .

ولم يتعرض المشرع لتعريف الكتابة بل استقر العمل وجرى القضاء على تعريف المحررات التي يدونها الموظف الرسمي في السجلات وفقا للأوضاع « المحررات الرسمية بأنها المقررة قانوناً<sup>1</sup>.

وعرف قانون الأونسترال النموذجي في المادة 02 رسالة البيانات بأنها المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل شاهدة على سبيل المثال لا الحصر، تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو النسخ البرقي<sup>2</sup>

ووفقا لآخر التعديلات للتقنين المدني الفرنسي، نصت المادة ( 1316 ) في تعريفها للكتابة إن معنى الكتابة يشمل كل تدوين للحروف أو العلامات أو الأرقام أو الإشارات ذات الدلالة التعبيرية الواضحة والمفهومة، أيا كانت الدلالة التي يستخدم في إنشائها أو الوسيط الذي تنتقل عبره<sup>3</sup>.

وبنفس المعنى أكدت المادة الأولى من القانون رقم ( 15-2004 ) المتعلق بتنظيم التوقيع الكتابة : « الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية وصناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر بقولها الكتابة الإلكترونية كل حروف أو أرقام أو رموز أو أي علامات أخرى تثبت على دعامة الكترونية أو رقمية أو ضوئية أو أي وسيلة أخرى مشاهدة، وتعطي دلالة للإدراك. والمحور الإلكتروني: رسالة بيانات تتضمن بيانات تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كلياً أو جزئياً بوسيلة إلكترونية أو رقمية أو بأي وسيلة متشابهة<sup>4</sup>.

وعرف مشروع قانون المبادلات والتجارة الإلكترونية الفلسطيني في المادة 01 منه المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل « رسالة البيانات بأنها إلكترونية أو بوسائل مشاهدة، بما

<sup>1</sup>- عكس المحررات العرفية التي هي أوراق تصدر من الأفراد والتي لا يدخل الموظف العام في تحري هرا، ارجع في ذلك : حسن عبد الباسط جميعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة، العربية القاهرة، 2000، ص 16 .

<sup>2</sup>- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية، مرجع سابق.

<sup>3</sup> - L'article 1316 >>la prévue littérale ,ou prévue par écrit, résulte d'une suite de lettres de caractère, des chiffres ou de tous autres signes ou symboles dotes d'une signification intelligible quel que soient leur supportés leur inodèles de transmission<< (JO: 62 du 14-03-2000( , p391.

<sup>4</sup>- أنظر المادة الأولى من قانون رقم 15-2004 ، والخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني ، وإنشاء هيئة تنمية صناعية التكنولوجيا في مصر ، ج ر ، عدد 17 ، الصادر بتاريخ : 2004/04/22 ، متوفر على الموقع :

<http://www.gn4me.com/etsalat/article/art id =4967>.

في ذلك تبادل البيانات الإلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التليكس أو النسخ البرقي<sup>1</sup>. كما أن مفهوم الكتابة الإلكترونية في القانون الخاص لا يختلف عن مفهومها في القانون العام بصفة عامة والقانون الإداري بصفة خاصة، حيث أن التوجيه الأوربي رقم (2004/18) الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات، قد أسند مفهوم الكتابة الإلكترونية إلى التوجيه الأوربي الصادر سنة 1999 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني. كما أن قانون العقود الإدارية في فرنسا رقم (2004-15)، قد أكد على إمكانية تحويل الكتابة العادية المنصوص عليها في هذا القانون إلى كتابة إلكترونية، حيث نصت عليه المادة 03/56<sup>2</sup>.

ونتيجة لذلك فإن كل المحررات والمستندات الخاصة بإبرام العقود الإدارية يمكن كتابتها عن طريق الأنترنت وكل المبادئ الخاصة بالكتابة في العقد العادي يمكن تطبيقها على العقد الإداري الإلكتروني، وتكون لها نفس القوة والحجية كما أن المادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات، الصادر بقرار من وزير المالية رقم 1367 لسنة 1998 في مصر، تفيد إلى أنه لا يلزم الصورة الكتابية في كل العقود الإدارية، حيث تلزم الكتابة متى بلغت قيمة العقد (خمسين ألف جنيه)، أما إذا قلت فيكفي بإقرار مكتوب من المتعاقد مع الجهة الإدارية شاملاً كافة الضمانات اللازمة لتنفيذه<sup>3</sup>.

لكن في مجال العقود الإدارية وعن طريق الوسائط الإلكترونية، فإن العقود التي يستوجب تحريرها بالكتابة الإلكترونية هي عقود التوريد والأشغال والخدمات، والتي لا تزيد قيمتها عن 13 (الف يورو) بالنسبة للممارسات التي تجرئها الدولة وعن (200 ألف يورو) بالنسبة للممارسات التي تجرئها الجماعات الإقليمية وذلك تطبيقاً لأحكام التوجيه الأوربي (18-2004) وكذا قانون العقود الإدارية في فرنسا.

<sup>1</sup>- تم إعداد هذا المشروع من قبل وزارة الاقتصاد الوطني وأودع في المجلس التشريعي لدى اللجنة الاقتصادية ولم يعرض للقراءة الأولى أمام المجلس التشريعي.

<sup>2</sup> - L'article 56-3 >> les disposition du present code qui font référence à des écrits ne font pas obstacle au remplacement de ceux-ci par support ou un échange électronique ....<<

<sup>3</sup>- انظر المادة 32 من اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، مرجع سابق

ولقد اعترف القضاء الإداري الفرنسي بالكتابة الإلكترونية حيث أن مجلس الدولة الفرنسي، قد أصدر حكما يعطي للكتابة الإلكترونية الحجية القانونية في المعاملات الإدارية وذلك في قراره الصادر في : 2001/12/28<sup>1</sup>.

كما أورد المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر من القانون المدني تعريفا للكتابة بالنص على أنها «ينتج الإثبات بالكتابة من تسلسل حروف أو أوصاف أو أرقام أو أية علامات أو رموز ذات معنى مفهوم مهما كانت الوسيلة التي تتضمنها، وكذا طرق إرسالها<sup>2</sup>.

### الفرع الثاني: التمييز بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية

إن الناظر لمختلف التشريعات يجد أنها تساوي بين الكتابة التقليدية والكتابة الإلكترونية في مجال الإثبات.

فقد ساوى القانون الأونسترال النموذجي بين الكتابة الإلكترونية لرسالة البيانات والكتابة التقليدية متى استوفت الشروط المنصوص عليها قانونا، وكذلك المشرع الفرنسي في المادة 7/1316 على "أن الكتابة الإلكترونية تقبل في الإثبات شأنها شأن الكتابة على دعامة ورقية متى أمكن تحديد مصدرها ومتى صدرت وحفظت في ظروف تضمن سلامتها وأعطتها نفس القوة في الإثبات للكتابة على دعامة ورقية"، وهذا ما سلكه المشرع الجزائري في المادة 323 مكرر 1 حيث اعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق، شرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها وأن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها. " كذلك الأمر بالنسبة للمشرع المصري، حيث نصت المادة 15 من قانون التوقيع الإلكتروني على "أن للكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية

<sup>1</sup> - Caprioli A: Droit Administratif et preuve électronique: مقال منشور على الموقع الرسمي للتشريع الفرنسي.

[www.coprioli.avocat.com](http://www.coprioli.avocat.com)

<sup>2</sup> - استعمل المشرع في تعريفه للكتابة عبارة "أيا كانت الوسيلة التي تتضمنها"، والصحيح أيا كانت الدعامة التي تتضمنها حسب الترجمة الفرنسية للنص "quels que soient leur support" كما استعمل المشرع مصطلح الكتابة في الشكل الإلكتروني كون شكل الكتابة هو الذي تغير وليس طبيعتها وفي هذا الإطار يقول

الأستاذ Caprioli

Nous préférons également «راجع في ذلك: رني نذير، العقد الإداري الإلكتروني على ضوء احكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل اجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة 14، الجزائر، الفترة التكوينية، 2003/2006، ص 45.

ذات الحجية المقررة للكتابة والمحرمات الرسمية والعرفية في أحكام الإثبات في المواد المدنية متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقا للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون<sup>1</sup>.

### المطلب الثاني: توثيق العقد الإداري الإلكتروني.

#### الفرع الأول: مفهوم التوثيق في المعاملات الإلكترونية

يقصد بالتوثيق في المعاملات الإلكترونية أي Authentication أي التحقق من هوية الموقع وأن الرسالة الموقعة منه تنسب إليه، ذلك أن المعاملات الإلكترونية تتم على واقع غير ملموس يصعب فيها التحقق من هوية المتعامل مع الإدارة لذلك وجدت هذه الأساليب للحفاظ على صحة المعاملات الإلكترونية وكذلك للحفاظ على سرية هذه الأخيرة.

كما ظهرت طرق كبيرة للتوثيق وهي أنواع للتوقيع الإلكتروني، الذي يختلف اختلافا جوهريا عن التوقيع العادي، لذلك فإن معرفة التوثيق يجزنا للتعرض بمفهوم التوقيع الإلكتروني وأنواعه<sup>2</sup>.

#### أولا: تعريف التوقيع الإلكتروني.

لا تعد الكتابة سواء كانت في الشكل الإلكتروني أو على دعامة مادية دليلا كاملا في الإثبات إلا إذا كانت موقعة، فالتوقيع الإلكتروني في مجال المعاملات الإلكترونية أهمية بالغة، وقد أوجد كل من الفقه والقانون تعريفات عديدة للتوقيع الإلكتروني:

حيث عرفته المادة (02) من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية بأنه «بيانات في شكل إلكتروني، مدرجة في رسالة بيانات أو مضافة إليها أو مرتبطة بها منطقيا، يجوز أن تستخدم لتعيين هوية الموقع بالنسبة إلى رسالة البيانات، وبيان موافقة الموقع على المعلومات الواردة في رسالة البيانات<sup>3</sup>.

<sup>1</sup>- مانع سلمى ، مرجع سابق ، ص 26 ، 27 .

<sup>2</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 80 .

<sup>3</sup>- فهذا التعريف يركز على ضرورة قيام التوقيع الإلكتروني بالوظائف التقليدية للتوقيع وهي تميز هوية الشخص، والتعبير عن رضائه الارتباط بالعمل القانوني على نحو ما ورد بالفقرة أ، كما ركز أيضا على انه يتعين أن تكون طريقة التوقيع، والواردة بالفقرة (ب) طريقة موثوق بها ولم يحدد تلك الطرق والإجراءات التي يتعين إتباعها وغنما يوكلها لكل دولة تحددها وفقا لسنداتها، راجع في ذلك / إيمان مأمون أحمد، مرجع سابق، ص 249 .

كما عرفت المادة الثانية من التوجيه الأوربي رقم (99-93) الصادر في: 13/01/1999 الخاص بالتوقيع الإلكتروني بأنه: «بيان يأخذ الشكل الإلكتروني، ويرتبط ويتصل بشكل منطقي بمعطيات الإلكترونية أخرى، والذي يمكن أن يخرج في شكل موثق<sup>1</sup>.

وما يلاحظ على هذه التعاريف أنها لم تتعرض للآثار القانونية للتوقيع الإلكتروني.

كما عرفه القانون المدني الفرنسي في المادة (4/1316) أنه «التوقيع الضروري لإكمال التصرف القانوني، والتعريف بهوية صاحبه، والمعبر عن رضا الأطراف بالالتزامات الناشئة عنه...»<sup>2</sup>.

وقد أعطى هذا التعريف للتوقيع الإلكتروني حجية أكبر كما أكد صحة التعاملات وبين وظيفة التوقيع في توثيق المعاملات الإلكترونية.<sup>3</sup>

والجدير بالذكر أن هذه المادة لا تطبق فقط على العقود المدنية الإلكترونية بل يمكن تطبيقها على العقود الإدارية، حيث تؤكد المادة 03 من المرسوم رقم (692/2002) المتعلق بتطبيق الفقرتين 1-2 من قانون العقود الإدارية، «أن التوقيعات والطلبات التي يتم إرسالها عن طريق وسيط إلكتروني، يجب أن يتم توثيقها وفقا لما هو منصوص في المادتين (1316 و 3/1317) من القانون المدني الفرنسي.

وإذا ما انتقلنا إلى قوانين الدول العربية سنجدتها قد سارت على ذات النهج، فقد عرف قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004 والخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني، حيث عرفت المادة الأولى التوقيع

<sup>1</sup> - L'article 2 Directive Européen 99/93 portant sur la signature électronique (JOCE 19-01-1999).

« .. Signatures électronique une donnée sous forme électronique qui est pointée ou liée logiquement à d'autres données électroniques et qui sert de méthode d'authentification»

كما أنه قد ميز بين نوعين من التوقيع وهما التوقيع الإلكتروني البسيط، Les signatures électronique simples والتوقيع الإلكتروني المتقدم Les signatures électronique avancées.

<sup>2</sup> - L'article 1316-4 "L'orqu elle électronique, elle consiste en l'usage d'un procédé fiable d'identification garantissant son lien avec l'acte ou quel elle s'attache la viabilité de ce procédé ... (JO NO : 62 du 14-03-2000) .

<sup>3</sup> - كما اشترط المشرع الفرنسي في التوقيع حتى يعتد به شرطين أساسيين :

❖ أن يحدد هوية صاحبه

❖ أن تنتج ارادته نهائيا الى الالتزام بما وقع عليه

❖ La signature remplit deux fonctions juridiques - Identification de l'auteur Manifestation de sa volonté approbation du l'acte .voir la signature électronique [www.juriscom.net/1hr/fr20000509.htm](http://www.juriscom.net/1hr/fr20000509.htm)



الإلكتروني بأنه: «ما يوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع منفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره.<sup>1</sup>»

وما هو ملاحظ على هذا التعريف انه لم يبين ويوضح وظيفة التوقيع الإلكتروني في توثيق التصرفات القانونية .

كما عرف قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الإماراتي رقم 02 لسنة 2002 التوقيع الالكتروني بأنه: «توقيع مكون من حروف أو أرقام أو رموز أو أصوات أو نظام معالجة ذي شكل إلكتروني وملحق أو مرتبط منطقيا برسالة إلكترونية وممهورة بنية توثيق أو اعتماد تلك الرسالة<sup>2</sup>».

نستنتج في الأخير أن كل التعاريف تتفق على أن التوقيع الإلكتروني هو عبارة عن إشارات أو رموز إلكترونية تسمح بتحديد هوية الشخص الموقع، وصحة المعاملات الإلكترونية التي يقوم بها، هذا من جهة، ومن جهة أخرى لا يمكن أن يعيب على هذه التعاريف قصورها على تحديد وظيفة التوقيع الإلكتروني وذلك راجع لحدثة قوانين التوقيع الإلكتروني وقلة الأحكام القضائية في هذا الشأن.

### ثانيا: أنواع التوقيع الإلكتروني

إن الحديث عن التوقيع الإلكتروني لا يعني الحديث عن توقيع يأخذ صورة واحدة، فكما تختلف أشكال وصور التوقيع التقليدي، فإن للتوقيع الإلكتروني أيضا أشكال مختلفة ومتعددة نذكر منها، التوقيع الرقمي الذي يعتمد على التشفير وربطه بمفاتيح خاصة، والتوقيع الكودي أو السري والتوقيع البيومتري الذي يعتمد على الصفات والخصائص الجنسية والسلوكية للشخص .

#### 1- التوقيع الرقمي **Signature Numérique**: يعتبر التوقيع الرقمي من أهم صور التوقيع الإلكتروني، نظرا

لما يتمتع به من قدرات فائقة على تحديد هوية أطراف العقد تحديدا دقيقا ومميزا، بالإضافة إلى ما يتمتع من درجة عالية من الثقة والأمان في استخدامه وتطبيقه عند إبرام العقود.

<sup>1</sup>- قانون رقم 03-2114 المتعلق بإنشاء هيئة صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، مرجع سابق.

<sup>2</sup>- قانون المعاملات والتجارة الالكترونية الاماراتي، مرجع سابق .

جاء التوقيع الرقمي من خلال فكرة الرموز السرية والمفاتيح المتماثلة وغير المتماثلة، من حيث اعتماده على المعادلات الرياضية المعقدة من الناحية الفنية، وذلك باستخدامه برنامجا محمدا بحيث لا يمكن لأحد كشف الرسالة إلا الشخص الذي يحمل مفتاح فك التشفير والتحقق من أن تحويل الرسالة قد تم باستخدام المفاتيح الخاص إضافة إلى التحقق من أن الرسالة الواردة لم يلحقها أي تغيير أو تعديل<sup>1</sup>

كما أن التوقيع الرسمي هو عبارة عن أرقام "empreint numérique" "محتوى المعاملة التي يتم التوقيع عليها بالطريقة ذاتها أي باستخدام الأرقام".<sup>2</sup>

كما تتم الكتابة الرقمية للتوقيع ومحتوى المعاملة عن طريق التشفير " La cryptographie

الذي يتم باستعمال مفاتيح سرية وطرق حسابية معقدة كما أن التشفير في الماضي يتم باستخدام النظام السميترى Symétrique الذي يعتمد على مفتاح واحد يتم بمقتضاه تشفير المعاملة وكذلك هذا التشفير، لكن لأن مرسل ومستلم الرسالة يملكان المفتاح نفسه فلم يكن هذا النظام يؤمن عملية التوثيق تماما.

لذلك استبدل نظام التشفير الاسميترى Asymétrique الذي يعتمد على مفتاحين، أحدهما للتشفير ويسمى المفتاح الخاص<sup>(3)</sup>، "clé privé"

والثاني لفك التشفير ويسمى المفتاح العام ، clé public حيث يظل المفتاح الخاص سرىا لدى صاحبه، بينما المفتاح العام يبلغ صاحبه إلى المرسل إليه ليتمكن من فك شفرة الرسالة<sup>4</sup>.

<sup>1</sup>- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ط1، 2005 .

<sup>2</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للعمليات الإلكترونية مجلة الحقوق، الكويت، ع خ، ص. 111

<sup>3</sup>- بالإنجليزية : private Key .

<sup>4</sup>- انفراد المشرع التونسي في نصوصه عن باقي التشريعات العربية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية بتعريف التشفير الحال ، حيث عرف المشرع التونسي التشفير بأنه «استعمال رموز أو إشارات غير متداولة تصبح بمقتضاها المعلومات المرغوب تحريرها أو إرسالها غير قابلة للفهم من قبل الغير». كما عرف على انه تحويل البيانات الى رموز لمنع الغير من تعديلها او تغييرها وقد كان يتم في البداية على اساس نظام تماثلي الذي يستخدم مفتاحا واحدا للتشفير وفك التشفير.

كما عرف قانون التجارة والمعاملات الإلكترونية المصري التشفير بأنه «تغيير في شكل البيانات عن طريق تحويلها إلى رموز أو إشارات لحماية هذه البيانات من اطلاع الغير عليها أو تعديلها أو تغييرها»

ليأتي موقف الفقه من خلال تعريف بعض الفقهاء للتشفير بأنه «عملية تحويل النص إلى رموز واشارت غير مفهومة، تبدو غير ذات معنى لمنع الغير من الاطلاع عليها إلا الأشخاص المرخص لهم بالاطلاع على النص المشفر وفهمه. راجع في ذلك: محمد فواز المطالقة، النظام القانوني للعقود الإلكترونية المبرمة على الانترنت، دراسة مقارنة)، رسالة دكتوراه مقدمة لمعهد البحوث والدراسات العربية، القاهرة، (2004) ص 23-24.

وحتى يتسنى للمرسل إليه التأكد من أن المفتاح العام للذي تسلمه يخص فعلا المرسل الذي يرغب في التعامل معه، يستلزم ذلك وجود شخص ثالث، وجهة محايدة تقوم بدور الوسيط في تسليم المفتاح العام من المرسل إلى المرسل إليه كما تقوم بإصدار شهادات إلكترونية تحدد هوية المتعاملين وصحة المعلومات، التي تتضمنها رسائلهم وتسمى هذه الجهات، (جهات التوثيق الإداري).

كما اعترف مجلس الدولة الفرنسي مبكرا بهذه الطريقة من التوقيع كونه يحاط بنفس الضمانات الموجودة في التوقيع اليدوي التقليدي، واستند القضاء في إضفاء الحجية القانونية لهذا التوقيع على الاتفاقيات التي تبرم بين الأطراف والتي تتضمن على ذلك صراحة<sup>1</sup>.

### ثانيا: التوقيع الكودي

يتم توثيق المراسلات والتعاملات الإلكترونية بهذه الطريقة أي بطريقة التوقيع الكودي باستخدام مجموعة من الأرقام والحروف، يختارها صاحب التوقيع، لتحديد شخصيته، ولا تكون معلومة إلا منه أو من يبلغه بها، وينتشر استعمال التوقيع السري أو الكودي في عمليات المصارف والدفع الإلكتروني، حيث تحرص البنوك على تنظيم عملية الإثبات بمقتضى اتفاق من حامل البطاقة<sup>2</sup>.

كما تدرج في الاتفاق شروطا مقتضاها إقرار العميل بصحة المعلومات الواردة في الشريط الورقي الناتج عن عملية السحب<sup>3</sup> كما توجد صور عدة لهذه البطاقات مثل بطاقة "visa" «MasterCard»<sup>4</sup>.

كما تعمل هذه البطاقات بنظامين: نظام offline ونظام online، في الحالة الأولى يتم تسجيل العملية على شريط مغنطيسي ولا يتغير مرفق العميل الحالي في حسابه إلا في آخر اليوم، بعد الانتهاء من ساعات العمل.

<sup>1</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 85.

<sup>2</sup>- إيمان مأمون احمد سليمان، مرجع سابق، ص 260.

<sup>3</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق، بحث مقدم بمؤتمر الأعمال المصرفية الإلكترونية، المنعقد بدولة الامارات العربية المتحدة، دبي من 23-24 أبريل 2003، منشور على الموقع

<http://www.unue.banque.com/imarat/arab/12/3398.pdf>

<sup>4</sup>- كما توجد منظمات علمية مثل الفيزا والماستر كارد والأمريكان إكسبريس وغيرها، حيث تعد هي صاحبة الترخيص والاعتبار للعلامة الموجودة على البطاقات، إلا أنها لا تقوم بإصدار البطاقة، وإنما تمنح ترخيصا للبنوك بإصدار البطاقات المصرفية ملتزمة في ذلك باللوائح والأنظمة المنظمة لذلك. نجوى أبو هيبه، مرجع سابق، ص 67، 68.

### ثالثاً: التوقيع البيومتري<sup>1</sup> Signature Biométrique

يتم التوقيع البيومتري بأحد الخواص المميزة لكل شخص<sup>2</sup>، أي باستخدام الخواص السلوكية والجسدية وذلك لتمييزه وتحديد هويته. لذلك يطلق عليه التوقيع بالخواص الذاتية<sup>3</sup>.

كما تعتمد هذه الصورة من صور التوقيع الإلكتروني على حقيقة علمية هي أن لكل شخص صفات ذاتية خاصة به تختلف من شخص لآخر، تتميز بالثبات النسبي، مما يؤدي إلى توفر الثقة في التوقيع بأحد تلك الخواص، كما قد يتم عن طريق الموقع ذاته مما يحدد هويته وبالتالي منحه الحجية القانونية في الإثبات.

كما يعتمد التوقيع البيومتري على صفات متعددة، من أبرزها البصمة الشخصية، بصمة شبكة العين، بصفة الصوت، بصمة الشفاه، خواص اليد البشرية، والتوقيع الشخصي وغير ذلك من طرق أخرى.

كما يتم التوقيع بالتقاط صورة دقيقة لصفة جسدية للشخص الذي يريد استعمال الإمضاء البيومتري كعين الشخص أو صوته أو يديه أو بصمته، ثم يتم تخزينها بطريقة مشفرة في ذاكر الحاسب الآلي، حيث يتم برمجته على أساس ألا يصدر أوامره بفتح القفل المغلق، إلا بعد أن يطابق هذه البصمة مع البصمة المبرمجة في ذاكرته، وبالتالي لن يتمكن من فتح الحاسب الإلكتروني أي شخص آخر غير المصرح لهم بذلك<sup>4</sup>.

ويؤخذ على هذا التوقيع أنه بالرغم من دقته والأمان والثقة المتوفرة به، إلا أنه ليس بعيداً عن التزوير فيمكن تسجيل بصمة الصوت ثم إعادة بثها، كما يمكن ملء الشفاه بمادة معينة تجعلها مطابقة للبصمة الأصلية، كذلك الحال بالنسبة لبصمة العين فيمكن تقليدها عن طريق بعض أنواع العدسات<sup>5</sup>.

كما تطورت طرق التوقيع البيومتري لأخذ طريقة حديثة يطلق عليها التوقيع بالقلم الإلكتروني "pen-op".

<sup>1</sup>- وباللغة الإنجليزية: "Biometric Signature".

<sup>2</sup>- حسن عبد الباسط جميعي، مرجع سابق، ص 40

<sup>3</sup>- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، توثيق التعاملات الإلكترونية ومسؤولية جهة التوثيق، مرجع سابق، ص 185.

<sup>4</sup>- إيمان مأمون أحمد سليمان، مرجع سابق، ص 252.

<sup>5</sup>- عادل محمود شريف و عبد الله إسماعيل عبد الله، ضمانات الأمن والتأمين في شبكة الانترنت، بحث مقدم لمؤتم القانون

والكمبيوتر، المنعقد بدولة الإمارات العربية المتحدة، في 01-مايو 2000، منشور على الموقع:

حيث يتم هذا الأخير بقيام الشخص بالتوقيع على شاشة الحاسب الآلي باستخدام قلم الكتروني خاص، فهذا النوع يحتاج إلى حاسب إلى ذو مواصفات خاصة تمكنه من أداء مهمته في التقاط التوقيع من شاشة والتحقق من مطابقتها للتوقيع المحفوظ بذاكرته، كما يحتاج إلى جهة توثيق إضافية<sup>1</sup>.

وخلاصة القول إن كل هذه الصور تتباين فيما بينها من حيث درجة الثقة وذلك بحسب الإجراءات المتبعة في إصدارها وتأمينها والتقنيات التي تتيحها، ولا شك أن هذه التقنيات في تطور مستمر بهدف إيجاد نظام آمن يضمن الحفاظ على الحقوق.

### الفرع الثاني: جهات التوثيق الإلكتروني

نصت القوانين المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني على إنشاء هيئات تقوم بالتوقيع الإلكتروني في العقد، وقد اختلفت هذه القوانين عن بعضها البعض فجزء منها عهد للجهات الحكومية بالإشراف على التوقيع الإلكتروني كما فعل المشرع المصري في حين ذهبت طائفة كبيرة التي جعل التصديق على التوقيعات الإلكترونية منوطا بالقطاع الخاص (إمارة دبي، تونس وغيرها).

فقد أزم التوجيه الأوروبي رقم(93-1999) الدول الأعضاء للاتحاد بالتصديق على قيام جهات متخصصة تتولى اعتماد التوقيعات الإلكترونية، وتصدر الشهادات اللازمة لإثبات استيفاء التوقيعات الرقمية شروط اعتمادها واتصالها بالمستندات التي ترد عليها مع اتخاذ الإجراءات اللازمة لتأمينها ضد المساس بها<sup>2</sup>.

وعهد المرسوم الفرنسي رقم(535-2002) إلى مقدم خدمة التوثيق بمنح شهادات التصديق الإلكتروني، وإصدار المفاتيح الإلكترونية الخاصة التي يتم بواسطتها تشفير المعاملات الإلكترونية والمفاتيح العامة التي تستخدم في فك التشفير، وذلك فضلا عن إصدار التوقيعات الرقمية ومسك سجلاتها والإشراف عليها<sup>3</sup>.

وفي مصر نصت المادة (التاسعة عشر) من قانون تنظيم التوقيع الإلكتروني المصري رقم (15-2004) على أنه «لا تجوز مواصلة نشاط إصدار شهادات التصديق الإلكتروني إلا بتصريح من هيئة تنمية

<sup>1</sup> - عايض راشد المري، مرجع سابق، ص 112 .

<sup>2</sup> - وقد عرف هذا التوجيه هذه الجهات بأنها "كل شخص قانوني طبيعي أو اعتباري يقوم بتقديم شهادات إلكترونية للجمهور أو يقدم له خدمات مرتبطة بالتوقعات.

<sup>3</sup> - هيئة سردوك، مرجع سابق، ص 122 .

صناعة تكنولوجيا المعلومات وذلك وفقا للإجراءات والقواعد والضمانات التي تقرها اللائحة التنفيذية لهذا القانون، دون التقيد بأحكام القانون رقم (129-1947) بشأن التزامات المرافق العامة».

وفي الجزائر لم يتكلم النص المعدل عن الجهة المكلفة بالتوثيق واقتصر نص المادة 323 مكرر على القول بأن الكتابة الإلكترونية التي يقتدي بها في مجال الإثبات يجب أن تكون معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها. كما أفاد نص المادة 327 أن المحررات الكتابية «سواء كانت ورقية أو وضعت على محرر إلكتروني تخضع لقواعد الإثبات المعروفة في القانون المدني»، وأكدت الفقرة الثانية من هذه المادة الشرط الذي نصت عليه المادة 323 مكرر .

وهو ما يجعل اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية أمرا صعبا، ولا يتحقق إذا حاولنا تأويل نصوص قانون الصفقات العمومية والتوسع في مدلولها، لغياب الوسائل التشريعية اللازمة لتأمين سرية المعاملات.

وبدراسة أحكام قانون العقود الإدارية الفرنسية وكذا النصوص التطبيقية للمادة 56 منه والخاصة بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسائط الكترونية، يتضح جليا أن التوقيع الإلكتروني المراد به التوقيع الإلكتروني المحمي أو المشفر وهذا ما اتجه إليه غالبية فقهاء القانون العام في فرنسا، لذا يجب معرفة إجراءات إصدار هذا النوع من التوقيع<sup>1</sup>.

حيث تبدأ هذه الإجراءات بتقديم البيانات اللازمة من طالب التوثيق (التوقيع) إلى جهة التصديق مع بيان الأشخاص المخولين بالتوقيع، ليصدر لكل منهم مفتاح خاص، وبعد إصدار المفتاح الخاص يتم تثبيت نصف هذا المفتاح بجهاز الحاسب الآلي لطالب توثيق التوقيع، أما النصف الآخر من المفتاح فتم تثبيته ببطاقة الكترونية ذكية.

لذلك فإن المفتاح الخاص الذي يستخدم في التوقيع لا يمكن استخدامه إلا من جهاز حاسب آلي واحد فقط حتى يمكن التأكد من التوقيع الرقمي صادر بالفعل من صاحبه، ويحتفظ الموقع بالمفتاح الخاص لديه ولا يطلع عليه أحد، بل يكون سريريا، أما المفتاح العام والذي تحتفظ به عادة جهة التوثيق وتقوم بإرساله عن طريق البريد الإلكتروني إلى كل من يرغب في التعامل مع صاحب التوقيع<sup>2</sup>.

<sup>1</sup>- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، مرجع سابق، ص 88.

<sup>2</sup>- ابراهيم الدسوقي أبو الليل، مرجع سابق، ص 178.

ونخلص إلى القول إن لكل من الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني تأثير كبير على شكليات العقد الإداري الإلكتروني، حيث أن جميع المحررات والمستندات والوثائق التي يتبادلها الأطراف عند إبرام العقد الإداري الإلكتروني يمكن تحويلها إلى محررات إلكترونية بعد توثيقها بتوقيع الكتروني محمي من طرف جهات قانونية مختصة باعتماد شهادات التوثيق وصادر

التوقيع الرقمي المشفر وصادر المفاتيح الإلكترونية.

خاتمة



## خاتمة

لقد حاولنا في هذه الدراسة تناول موضوع النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني وذلك بدراسة الجوانب القانونية له من خلال التعرض لعوامل انتشار هذا النوع من العقود باعتبار الأنترنت هي المجال الخصب لإبرام العقد الإداري الإلكتروني هذا من جهة، ومن جهة أخرى دراسة معايير العقد الإداري الإلكتروني باعتبار أن المعايير التقليدية غير كافية لتحديد ماهية وطبيعة العقد الإداري الإلكتروني نظرا للخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد باعتباره عقدا دوليا يبرم عبر شبكة الأنترنت أين يتم تبادل التعبير عن الإرادة بالاستناد إلى عالم افتراضي ولهذا وجب على القضاء الإداري سواء في فرنسا، مصر أو الجزائر تطوير معايير العقد الإداري لتسع هذا النوع الجديد من العقود.

كما أن هدف الإرادة من إبرام العقود عبر شبكة الأنترنت هو تحقيق مبدأ العلانية والشفافية في الإجراءات وفتح باب حرية الدخول إلى المنافسة وتحقيق مبدأ السرية، باعتبار أن جملة الإجراءات المتعلقة بإبرام العقد الإداري الإلكتروني تخضع لنظام حماية خاص، وباعتبار المناقصة الإلكترونية كما جاء في التشريع الإماراتي والجزائري هي القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية، حيث تخضع هذه الأخيرة لجملة من الإجراءات فيما يتعلق بإبرامها.

حيث تبدأ هذه الإجراءات بمرحلة تمهيدية تقوم الإدارة من خلالها بتقدير الاحتياجات الفعلية والموضوعية للمشروع، وتدرس من خلالها جهة الإدارة الاعتماد المالي لمواجهة وتغطية الأعباء التي يتطلبها العقد، وكذا توفر الوعاء العقاري بالإضافة إلى استشارة جهة فنية أو رقابية معينة، بعد الإعلان عن المناقصة إلكترونيا وهذا ما أكدته التوجيه الأوروبي المتعلق بإبرام العقود عبر الوسائط الإلكترونية ومن خلال قانون العقود الإدارية الفرنسي، وفي مرحلة تقديم العطاءات الإلكترونية أين منح القانون الفرنسي الحرية للموردين لإرسال عطاءاتهم سواء عن طريق البريد العادي أو البريد الإلكتروني، أو الوسائط الإلكترونية، وعليهم حفظ بياناتهم المتعلقة بكل من دفتر الشروط أو الوثائق التكميلية، وذلك لاستعمالها كوسيلة إثبات من خلال حفظها في جهازهم الآلي والتي تتضمن توقيع صاحبها أو ممثله القانوني وذلك من خلال التوقيع الإلكتروني، كما أن مرحلة اختيار المتعاقد مع الإدارة تتم بطريقة إلكترونية أين يتم تأكيد الاختيار بموجب كتابة أو بالبريد الإلكتروني، أو ملاحظ هذه الإجراءات يجد أن كلها يستعمل الوسائط الإلكترونية أما الكتابة الإلكترونية أو التوقيع الإلكتروني فهم بمثابة شكلية للعقد الإداري

الإلكتروني في حين لم يشترط القانون في صدور الإيجاب أو القبول شكلية معينة، واعتبار الكتابة الإلكترونية أو المحرر الإلكتروني وسيلة إثبات وذلك لنوح الإدارة في إثبات روابطها التعاقدية بالكتابة الممهورة، مع الأخذ بعين الاعتبار الوسائل الأخرى للإثبات والتي تساعد القاضي الإداري في تحقيق التوازن بين الإدارة والمتعاقد كما تأخذ المحررات الإلكترونية مرتبة المحررات العرفية لكن السلطة التقديرية للقاضي الإداري والتي تخوله اعتبار هذه المحررات قرائن مكتوبة يمكن إثبات حجيتها؛

ولهذا فإن المشرع المصري على غرار المشرع الفرنسي وأحكام التوجيهات الأوروبية والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية، قد ساوى بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية في المعاملات الإدارية، كما ساوى بين التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني وأعطى للمحررات الإلكترونية قوة الدليل الكتابي، دون أن يبين درجة الدليل، كما فعل المشرع الفرنسي حينما أقر بأن للمحررات الإلكترونية لها قوة في الإثبات مساوية للمحررات العرفية، كما يشترط في للمحررات الإلكترونية أن تكون مفهومة و مقروءة وواضحة للآخرين وقابلة للحفظ والاستمرار وعدم التعديل هذا من جهة، ومن جهة أخرى يشترط في للمحررات الإلكترونية أن تكون ممهورة بتوقيع إلكتروني يسيطر عليه الموقع وحده دون غيره ، كما يجب أن يكون التوقيع الإلكتروني قابل للحفظ عبر الزمن، وذلك لدى جهات التصديق الإلكتروني.

أولاً: المصادر والمراجع باللغة العربية:

1. النصوص القانونية:

1. القوانين والأوامر:

1- الأمر رقم (75-58) المؤرخ في 26-سبتمبر 1975 المعدل بالقانون رقم (05-10) المؤرخ في 20 يونيو 2005، المتعلق بالقانون المدني، ج، ر، (عدد 44 الصادرة بتاريخ 26 يونيو 2005)

2- قانون رقم (09-04) مؤرخة في أوت سنة 2009 يتضمن القواعد الخاصة للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، ج، ر، (عدد 47 الصادرة بتاريخ 16 أوت 2009)

2- المراسيم التنظيمية والرئاسية:

1- المرسوم الرئاسي (10-236)، المؤرخ في 07 أكتوبر 2010 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، (عدد 58 الصادرة بتاريخ 07 أكتوبر 2010)

2- المرسوم الرئاسي (12-23) المؤرخ في 18 يناير 2012 يعدل ويتمم المرسوم الرئاسي رقم (10-236) المؤرخ في 7 أكتوبر سنة 2010 والمتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج، ر، (عدد 04 الصادرة بتاريخ 26 يناير 2012)

3- المراسيم التنفيذية:

1- المرسوم التنفيذي رقم (07-162) المؤرخ في 30 مايو 2007 يعدل ويتمم المرسوم التنفيذي رقم (01-123) المؤرخ في 9 مايو 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطلق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية ولاسلكية، ج، ر، (عدد 37 الصادرة بتاريخ 07 يونيو 2007).

4- الوثائق الدولية:

1- قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية مع الدليل التشريعي 1996 مع المادة الإضافية 5 مكرر بصيغتها المعتمدة في عام 1998، منشورات الأمم المتحدة، د س ن منشور على الموقع WWW.unictral.org

2- قانون الأونسترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، المنشور على الموقع

ML-elesing-a.Pdf/WWW.unictral.org.stabl

3- قانون رقم (89-1998) المؤرخ في 05... 1998، المتعلق بتنظيم المناقصات والمزايدات في مصر، منشور على الموقع.

4996=art.id/article /[WWW.gn4me.com](http://WWW.gn4me.com)

3 HGMJF

الكتب المتخصصة:

- 1- إبراهيم العيسوي، التجارة الإلكترونية، طبعة 2001، المكتبة القانونية، عمان، الأردن.
- 2- أحمد خالد العجولي، التعاقد عن طريق الإنترنت، دراسة مقارنة، طبعة 2002، المكتبة القانونية، عمان، الأردن.
- 3- أسامة أبو الحسن مجاهد، التعاقد عبر الإنترنت، طبعة 2002، دار الكتب القانونية، مصر.
- 4- امانج رحم أحمد، التراضي في العقود الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت، الطبعة الأولى 2006، دار وائل للنشر والتوزيع.
- 5- إيمان مأمون سليمان، إبرام العقد الإلكتروني وإثباته، الجوانب القانونية لعقد التجارة الإلكترونية، طبعة 2008، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- 6- بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الإنترنت، طبعة 01، 2006 دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن

- 7- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، دراسة مقارنة، طبعة 2006، دار الفكر الجامعي الإسكندرية.
- 8- خالد ممدوح إبراهيم، التحكم الإلكتروني في عقود التجارة الإلكترونية، طبعة 2009، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية.
- 9- خالد ممدوح إبراهيم، أمن الرسائل البريد الإلكتروني، طبعة 2008، الدار الجامعية الإسكندرية.
- 10- خالد ممدوح إبراهيم، أمن المستندات الإلكترونية، طبعة 08، الدار الجامعية الإسكندرية.
- 11- رحيمة الصغير ساعد النمديلي، العقد الإلكتروني (دراسة تحليلية)، دار الجامعة، الإسكندرية، 2007.
- 12- صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، طبعة 2006، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- 13- عالي البارودي، محمد علي السيد الفقي، القانون التجاري، طبعة 2006، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 14- زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، دار المناهج.
- 15- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، طبعة 01، 2005، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان.
- 16- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، طبعة 2004، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية.
- 17- محمد حسن قاسم، التعاقد عن بعد (قراءة تحليلية في التجربة الفرنسية مع إشارة لقواعد القانون الأوروبي)، طبعة 2005، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية.
- 18- نجوى أبو هبة، التوقيع الإلكتروني، تعريفه ومدى حجتيته في الإثبات، دار النهضة العربية، القاهرة، 2002.

الكتب العامة:

1. عبد الرزاق السنهوري، الوجيز في شرح القانون المدني (نظرية الالتزام بوجه عام)، ج1، تنقيح المستشار مصطفى محمد الفقهى، دار النهضة العربية، القاهرة د س ن.
2. عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني (مصادر الالتزام)، دار النهضة العربية، القاهرة، 1981.
3. عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسر للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
4. ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، 2004.

الرسالات الجامعية:

1. برني نذير، العقد الإلكتروني على ضوء أحكام القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج لنيل إجازة المدرسة العليا للقضاء، دفعة14، الفترة التكوينية2003/2006، غير منشورة.
2. عايض راشد المري، مدى صحة الوسائل الإلكترونية في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، غير منشورة، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 1998، منشور على الموقع [www.library.iugaze.edu.ps/thesis/83339.pdf](http://www.library.iugaze.edu.ps/thesis/83339.pdf)، 2013/01/01، 13:16.

المقالات والأبحاث القانونية:

- 1- جبار جميلة، الصعوبات التي يثيرها العقد الإلكتروني، أشغال الملتقى الوطني الأول، النظام القانوني للمجتمع الإلكتروني، المركز الجامعي خميس مليان، عين الدفلى، أيام 09 و 10 و 11 2008.

المجلات القضائية:

1. إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، الكويت، عدد خاص.
2. محمد حسن قاسم، قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، منشورات الحلبي الحقوقية، المجلة الكبرى، مصر.

التقارير:

1. اللجنة الإلكترونية، الجزائر الإلكترونية، 2008، منشورة على الموقع [www.mptic.dz/ar/pdf](http://www.mptic.dz/ar/pdf)، 2013/01/20، 10:02.

ثانيا: المصادر والمراجع باللغة الأجنبية.

**Les lois :**

1. Les directives Européens :
  - Directives Européen 99/93 partant sur signature électronique (JOCL 134 30/04/2004)
2. Les textes juridiques français :
  - Le direct 2002/692 portant sur dématérialisation des procédures de marches publiques (JO du 03/05/2002).
3. Les livres spécialises :
  - Gérard Marcou **Le Régime De L acte Administratif Face A Electronique** publie sur le site : [www.droi-internet-2002.univ-parusl.fr/pdf/fr/Marcou.pdf](http://www.droi-internet-2002.univ-parusl.fr/pdf/fr/Marcou.pdf), 28/03/2013,01:16.