

جامعة أبو بكر بلقايد – تلمسان
كلية الحقوق والعلوم السياسية
قسم القانون العام
مخبر حقوق الإنسان والحريات الأساسية



النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني – دراسة مقارنة
أطروحة مقدمة لنيل شهادة دكتوراه علوم في القانون
تخصص القانون العام

تحت إشراف:
● أ. د. مراد بدران

إعداد الطالب:
● حمزة بن عزة

لجنة المناقشة

- | | | |
|----------------------------------|-----------------|--------------------|
| جامعة تلمسان..... رئيسا | أستاذ | أ. د. بلقاسم دايم |
| جامعة تلمسان..... مشرفا ومقررا | أستاذ | أ. د. مراد بدران |
| المركز الجامعي مغنية..... مناقشا | أستاذ | أ. د. محمد هاملي |
| جامعة مستغانم..... مناقشا | أستاذ محاضر "أ" | د. جواد عبد اللاوي |

السنة الجامعية 2020 - 2021

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

« نَزَّاعٌ وَمَرَّاتٍ مِّنْ نَّشَاءٍ ۖ وَفَوْقَ كُلِّ ذِي عِلْمٍ عَلِيمٌ »

صدق الله
العظيم

الآية (76) سورة يوسف.

إهداء

بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ

سبحان الذي أنار سبيلنا بنور العلم ومهد لنا طريق النجاح

بكل عرفان وتقدير أهدي هذه الدراسة

إلى مثلي الأعلى في الحياة، إلى من أرادت لي الأفضل على الدوام، إلى العيون الساهرة أُمي

إلى روح والدي الذي غاب جسدا وظل في القلب رحمه الله

إلى أُمي الثانية " حورية " أطال الله عمرها

إلى زوجتي التي وجدت فيها العون والسند... إلى إبنتي وإبني قرتا عيني " أسيل " و " إياد "

إلى أخواتي الغاليات " فتيحة " و " جميلة " و " إكرام "

إلى كل زملائي، وكل من يعرفني أهدي ثمرة جهدي المتواضع.

عمزة...



شكر وتقدير

لايسعني وقد انتهيت من إعداد هذه الرسالة إلا أن أشكر الله سبحانه وتعالى الذي هداني لهذا وما كنت لأهتدي لولا أن هداني الله، والصلاة والسلام على أشرف المرسلين وإمام المتقين سيدنا محمد وعلى آله وصحبه أجمعين.

شكري وتقديري لأستاذي الفاضل " بدران مراد " الذي تكرم علي بقبوله الإشراف على هذه الرسالة، وخصني ببعض وقته وأفادني بنصحه وتوجيهاته.

كما أتقدم بخالص الشكر والتقدير إلى أساتذتي الذين أعتز بقبولهم مناقشة وتقييم هذه الرسالة الدكتور " دايم بلقاسم "، والدكتور " هاملي محمد "، والدكتور " عبد اللاوي جواد ".

عمزة...

قائمة بأهم المختصرات

أولاً: باللغة العربية

- 1- ج. : الجزء.
- 2- ج.ج.ج.ج. : الجريدة الرسمية للجمهورية الجزائرية.
- 3- د.د.ن. : دون دار نشر.
- 4- د.س.ن. : دون سنة نشر.
- 5- ق.إ.م.إ. : قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

ثانياً: باللغة الفرنسية

- 1- o p. cit.: Ouvrage précédemment cité.
- 2- p. : Page.
- 3- n° : Numéro.
- 4- J. O. R. F. : Journal officiel de la République française.
- 5- D.E.A.: Diplôme des études approfondies.
- 6- G.A.J.A.: Les grands arrêts de la jurisprudence administrative.
- 7- P.U.F.: Presses universitaires de France.

مقدمة

مقدمة

تسعى الإدارة العامة في إطار وظيفتها المتمثلة في إدارة المرافق العامة في الدولة، وتنفيذ القوانين والمحافظة على النظام العام في جميع جوانبه، إلى تحقيق المصلحة العامة، وتنظيم المرافق العامة داخل المجتمع الإنساني، وتستند في القيام بهذه المهمة على ما هو مادي أو قانوني. وتمثل الأعمال القانونية الجانب الأهم في الوظيفة الإدارة العامة، نظرا للآثار القانونية التي تترتب عنها، وبالنظر إلى السلطات الأمرة التي تتمتع بها، والتي تنفرد بها دون غيرها من الأفراد العاديين، وتباشرها في مواجهتهم بما لا يشكل خروجا عن إعتبارات المشروعية بطبيعة الحال.

على أن هذه الأعمال القانونية قد تتخذ إما شكل قرار إفرادي، يلزم الأفراد ويحدد مراكزهم القانونية، دون اشتراكهم مع الإدارة في إصداره، تجسيدا لفكرة دولة القانون، وإما تكون في شكل عقود إدارية ناتجة عن اتفاقاتها مع الأفراد، حيث يكون لها مركز سيادي يعلو مركز التعاقد معها، ولها من الحقوق والسلطات ما لا يملكه هذا الأخير¹.

ويشكل الوجه الثاني -العقود الإدارية- من نشاط الإدارة نظرية مستقلة بذاتها، رغم عدم اختلافه من حيث الطبيعة مع القرار الإداري، ذلك أن كلا النظريتين - القرار والعقد الإداريين- تطورتا بشكل مضطرب بتطور وإتساع النشاط الإداري، وتأثرتا بكل ما يستجد بداخله، إنطلاقا من دورهما في تحقيق العمل الإداري وإنجازه.

ولا يمكن لأحد في مجال القانون الإداري أن ينكر دور الفقه وما قدمه القضاء من اجتهادات في سبيل إرساء نظرية العقد الإداري، باعتباره أهم موضوعات القانون الإداري على الإطلاق، ذلك أن تطور نظرية العقد الإداري في ساحات القضاء الإداري والتشريع المقارن - خاصة فرنسا- ما يؤكد على الوظيفة التنظيمية لنشاط الإدارة العامة، ونتيجة منطقية لارتباط العقد بالمرفق العام، واستهدافه المصلحة العامة التي تقتضي سيره بانتظام واضطراب. كل هذا يؤسس إلى وجود نظام مستقل لإبرام العقود الإدارية، يتميز عن نظام التعاقد في القانون المدني.

إن وجود نظام مستقل لإبرام العقود في القانون العام على النحو المتقدم، كان بفضل جهود مجلس الدولة الفرنسي، الذي استطاع في زمن وجيز من صياغة قواعد إستثنائية لا مثيل لها في نطاق القانون الخاص في مجال العقود، وحدد مضمون الحقوق والإلتزامات فيها.

¹ - أنس جعفر العقود الإدارية، دراسة مقارنة لنظم المناقصات والمزايدات وتطبيقه للقانون 89 لسنة 1998 والخاص بالمناقصات والمزايدات في مصر ولائحته التنفيذية وفقا لأخر تعديلات 2006 مع دراسة لعقود BOT، ط. 4، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2007، ص. 10.

مقدمة

ونشير إلى أن هذا الزمن هو زمن قياسي جدا بالنظر إلى التحولات التي يمر بها القضاء في العادة، والتي تستغرق عشرات السنين حتى يعيد القضاء النظر في اتجاهاته، فالعلوم الإنسانية بطيئة التطور، وعلم القانون من أكثرها محافظة وأعصاها على التغيير السريع¹.

ومع تغلغل قطاع التكنولوجيا الحديثة بأثره الإيجابي إلى كافة جوانب الحياة الإنسانية، سواء الإجتماعية أو الإقتصادية أو السياسية أو الإدارية وكذا القانونية، تأسيسا على أن القانون يمثل الإطار الناظم لمختلف جوانب الحياة، ويتطور بما يطرأ عليها من مستجدات، أصبحت التقنيات التكنولوجية الحديثة هي المعيار الذي يقاس به مدى التطور، والفاصل في ترتيب الدول عالميا، وهذا ما ترتب عليه ظهور ثورة وواقع جديد هو الواقع الإلكتروني إلى جانب الواقع التقليدي للمجتمعات²، وأصبح الواقع الإلكتروني مكانا جديدا يلجأ إليه الأفراد والمؤسسات والمنظمات على اختلاف أنواعها وطبيعتها لتنفيذ أنشطتها، ونمت معه علاقات جديدة لم تكن معروفة من قبل، مما نتج عنه وجود رغبة لدى الإدارة العامة في نقل العمل الإداري من واقعه التقليدي إلى الواقع الإلكتروني، وبالتالي إحلال العمل الإلكتروني محل العمل الورقي، لإدراكها لأهمية هذا التطور في القيام بالعمل الإداري بصورة أفضل مما كان عليه من قبل في ظل الواقع التقليدي. وهو ما شكل إعلانا بميلاد نظام الإدارة الإلكترونية³، التي تعتمد على الوسائل الإلكترونية وإجراءاتها الدقيقة

¹ - على سليمان الطماوي، مدى تأثير نظرية العقد الإداري بالتوسع في اللجوء إلى التحكيم - دراسة مقارنة -، رسالة دكتوراه، جامعة القاهرة، مصر، سنة 2012، ص. 09.

² - تجدر الإشارة أن النشاط التجاري كان أسبق مجال من حيث تأثره بالتطور الإلكتروني، وحظي بإهتمام تشريعي كبير، وبذلك فإن المعاملات الإلكترونية كانت تقتصر في بادئ الأمر على المعاملات التجارية المعروفة في نطاق الواقع التقليدي، إلا أنها أصبحت في أوسع نطاق لها في وقتنا الحالي، حيث تشمل على كافة العلاقات الناشئة عن استخدام الإنترنت. للمزيد من المعلومات، أنظر: عمر محمد بن يونس، العقد الرقمي مفهومه-خصائصه- مشكلاته-، بحث منشور ضمن الكتاب الخاص بمؤتمر المعاملات الرقمية وقانون الإنترنت، المنظمة العربية للتنمية الإدارية، جامعة الدول العربية، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، 2006، ص. 99.

³ - ثار جدل حول الفرق بين مصطلحي الحكومة الإلكترونية والإدارة الإلكترونية، حيث يرى البعض أن الحكومة الإلكترونية تقوم بإنجاز خدمات المواطنين اليومية التي تتطلب مراجعة الجهات الحكومية بالإعتماد على الوسائل الإلكترونية، وهو ما يعني إرتباط هذا النظام بالمعاملات الإدارية، ويتسع مدلول هذا النظام ليشمل تقديم الخدمات التشريعية والقضائية، وأن السلطات التشريعية والقضائية إلى جانب التنفيذية تطبقان هذا النظام في مراقبتها العامة وفي علاقتها مع الموظفين التابعين لها. أشار إلى ذلك: عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني، الكتاب الأول، دار الفكر الجامعي، مصر - الإسكندرية، 2006، ص. 24.

لكن في الحقيقة أن الحكومة الإلكترونية وإن كانت تعنى بتقديم المعاملات الإدارية من خلال وسائل التقنية الحديثة، إلا أنه مطلوب منا أن ندقق في هذا الأمر حتى لا يتم الخلط بين المفهومين، الحكومة والإدارة، فالأولى لها علاقاتها الدستورية وأعمالها السياسية إلى جانب نشاطها التنفيذي، والتي من متصور أن ينتقل بعضها إلى الواقع الإلكتروني، ومن ثم تعد تجربتها أو سع من الإدارة الإلكترونية، وهو ما ثبت فعلا من خلال بعض المواقع الخاصة ببعض الحكومات الإلكترونية التي تتضمن تقديم العديد من الخدمات للجمهور على صعيد العمل الإداري والتشريعي والقضائي. لهذا نفضل إستعمال مصطلح الإدارة الإلكترونية بدلا من الحكومة الإلكترونية، وهو ما سنتبعه في دراستنا.

مقدمة

والمنتظمة في عملية إصدار القرارات، وإبرام العقود الإدارية، وإدارة المرافق العامة، وتأدية النشاط الإداري بشكل عام من خلال جهاز الحاسوب، وشبكة الإنترنت، والهاتف المحمول، وغيرها من الوسائل الأخرى في التعبير عن إرادتها المنفردة، أو الإتفاق مع غيرها في سبيل تأدية نشاطها. وعليه فإن هذا التطور في ميدان العمل الإداري، أدى إلى إرساء الإجراءات الإلكترونية في عملية إبرام العقود الإدارية، وصولاً إلى إستحداث نوع جديد من عقود القانون العام، سمي بالعقد الإداري الإلكتروني، والذي سيكون محور دراستنا.

ونؤكد في هذا الصدد أن العقد الإداري هو وسيلة الإدارة المثلى لتحقيق أغراضها والقيام بمشروعاتها، وبالتالي فهي ليست ملزمة فيما تبرمه من عقود أن تكون عقوداً إدارية، ذلك أن الإدارة وهي تفصح عن إرادتها في التعاقد، لها أن تختار من تصرفاتها بين أسلوب القانون الخاص والقانون العام¹، وعليه فالتمييز بين الأسلوبين من الأهمية بمكان في مجال دراستنا كون أن دراستنا تتصرف على وجه التحديد لعقود القانون العام فقط، وهو ما نقصده بالعقد الإداري الإلكتروني في مضمون دراستنا.

وسمي هذا العقد بالعقد الإداري الإلكتروني لأنه يعتمد في إبرامه على وجه التحديد على وسيط إلكتروني يوفر للأطراف إمكانية الحوار وتبادل الوثائق والبيانات عبر شبكة المعلومات الدولية من خلال شاشة الحاسوب الآلي، في واقع غير ملموس، ليس له أدنى مرتكزات جغرافية، تمهيدا لإبرام العقد.

وقد أدى لجوء الإدارة إلى الواقع الإلكتروني للقيام بالعمل الإداري، إلى جدل بخصوص مشروعية نظام الإدارة الإلكترونية، ترتب عنه عدم الاعتراف بأعمال الإدارة الإلكترونية تأسيساً على أن مبادئ القانون الإداري لا تتفق مع ذلك، وأن المشرع يخاطب الإدارة ذاتها لا الحاسوب، وبالتالي فإن مثل هذه العقود التي تبرم في ظل نظام الإدارة الإلكترونية تشكل خروجاً عن المؤلف.

وما تجدر الإشارة إليه أن الحاسوب لا يحل محل الإدارة في تأدية النشاط بقدر ما يمكن إعتباره وسيلة جديدة تستعملها لإتمام ذلك، فوجود الحاسوب وغيره من الوسائل الإلكترونية الأخرى

وتجدر الإشارة أن مدلول الإدارة الإلكترونية ينصرف في الأصل إلى الإدارة العامة التي تتولى تأدية النشاط الإداري داخل الدولة بما يحقق المصلحة العامة من خلال الإعتماد على وسائل التكنولوجيا، وتستبعد من ذلك الإدارات الخاصة التي لجأت لهذه الوسائل كذلك، كالشركات والمتاجر الإلكترونية، وهذا أمر مفترض في دراستنا المتعلقة بالعقد الإداري في صورته المتطورة.

¹ - رياض إلياس عيسى الجريسات، نظرية التوازن المالي للعقد الإداري - دراسة مقارنة - رسالة الدكتوراه في القانون العام، جامعة عين شمس، كلية الحقوق، 2007، ص. 14.

مقدمة

لا يعني غياب الإدارة كلياً، بل تبقى حاضرة دائماً من خلال عنصرها البشري، الذي يتولى القيام بكافة الأعمال الفنية اللازمة لتحقيق العمل الإداري بالوسائل الإلكترونية.

فالإدارة وفق هذا النظام تبقى هي المتعاقدة، لكن بأساليب وأدوات جديدة فرضتها معطيات الثورة الإلكترونية التي مست كل جوانب الحياة، بما فيها النشاط الإداري، الذي لا يمكن أن يبقى في منأى عن هذا التطور، وإلا أصبح عقبة في وجه تطلعات العصر الراهن التي تقتضي تسخير التكنولوجيا لتسيير الحياة اليومية للأفراد والمؤسسات.

ولعل الوضع الحالي الذي يعيشه العالم في ظل تفشي وباء كوفيد 19 المعروف بـ كورونا أكد على دور الوسائل الإلكترونية وأهميتها في القيام بالنشاط الإداري، باعتبارها الإطار الضامن لتجسيد إجراءات التباعد الاجتماعي في إطار مكافحة هذا الوباء، التي أقرتها العديد من الدول ومنها الجزائر، من تقليص العمل بنظام التعليم الحضوري، والدعوة إلى تبنى نظم التعليم عن بعد من خلال وسائل الاتصال الحديثة، كما لجأت العديد من الإدارات إلى تقديم بعض من خدماتها عبر مواقعها الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت، دون حاجة الحضور المادي للأفراد أمامها.

وعلى هذا الحال لا يجب المغالاة في رفض هذا النظام الجديد، ولا بد من العمل على تطبيقه للاستفادة منه، مثلما هو واقع الحال في الكثير من الدول أهمها فرنسا التي حققت نهضة فعالة في هذا المقام، ووصلت إلى التطبيق الكامل لنظام الإدارة الإلكترونية، والقيام بإصدار القرارات الإلكترونية، وإبرام العقود الإدارية إلكترونياً¹، وذلك بتوفير بيئة قانونية جديدة تتقبل هذا النظام وتعمل على ترسيخه.

ونشير إلى أن لجوء الإدارة إلى الواقع الإلكتروني بوسائله لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية لا يقتصر على مرحلة واحدة من مراحل إبرام العقود الإدارية المعروفة، بل يمتد إلى جميع مراحل إبرام العقد من لحظة الإعلان، مروراً بمرحلة تقديم العروض وتقييمها، وصولاً إلى مرحلة اعتماد العقد، بحيث يكون جاهزاً لترتيب آثاره في مواجهة أطرافه، ومن ثم البدء في تنفيذه. والعلة من ذلك تكمن في ارتباط العمليات الملائمة لإبرام العقد الإداري من لحظة الإعلان عنه إلى تمام تنفيذه ببعضها البعض، وبالتالي فإن أي تطور يلحق بإحداها يؤدي إلى تطور مماثل في الأخرى.

¹ - من أهم التجارب الدولية في مجال التطبيق الكامل لنظام الإدارة الإلكترونية، التجربة الفريدة لحكومة إمارة دبي الإلكترونية، فرنسا التي تعتبر الدولة الرائدة في مجال إبرام العقود الإدارية إلكترونياً، إيطاليا، وهولندا، للمزيد حول هذا الموضوع حمزة محمد ناجي خالد، المفهوم الشامل لتطبيق الإدارة الإلكترونية، بحث منشور على الموقع الإلكتروني: www.ar.wikibooks.org تاريخ زيارة الموقع: الثلاثاء 18 أوت 2020، وحيسن بن سعيد بن سيف الغافري، السياسة الجنائية في مواجهة جرائم الإنترنت، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2007.

مقدمة

وبناء على ما سبق، فإنه يمكن للإدارة أن تقوم بالإعلان عن تعاقداتها من خلال اللجوء إلى الواقع الإلكتروني، بما يوفره من وسائل وإجراءات، حيث تلجأ للنشر الإلكتروني من خلال الوسائل التي لها القدرة على إتاحة دعوات التعاقد للجميع عبر صفحات الويب، والمواقع الإلكترونية المخصصة لهذا الغرض، والتي تتوفر على خاصية التصفح الجماعي. كما أن هذا التطور لا يقف عند هذا الحد، فمن الممكن أن يشكل الواقع الإلكتروني موطنًا جديدًا لعملية تقديم العروض بكل ما تتضمنه من وثائق وعطاءات مالية، مما يسهل عملية تقييمها بشكل دقيق يراعي الإحترام المطلق لمبادئ إبرام العقود المعروفة، وإن كنا لا ننكر تعقيدات هذه العملية، وهو أمر مفترض في كل جديد داخل العمل الإداري.

ولقد كان للتوجيهات الأوربية الفضل الكبير في صياغة قواعد متميزة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية تختلف تماما عن قواعد إبرام العقود الإدارية التقليدية، ومنها إستنبط المشرع الفرنسي قواعد إبرام العقود الإدارية الإلكترونية التي جاءت بها القوانين المتعاقبة لتنظيم العقود الإدارية ابتداء من المرسوم رقم 2001-210 المتضمن قانون العقود العامة الفرنسي¹، والمعدل بالمرسوم رقم 2004-15² والنصوص التطبيقية له التي نصت على إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية³، مرورًا بالمرسوم رقم 2006-975 المعدل والمتمم⁴، وصولًا إلى المرسوم الحالي رقم 2016-360⁵.

أما في مصر والجزائر فقد ظهر على القوانين الناظمة لقواعد إبرام العقود الإدارية في هذه الدول⁶، بعض التأثير بالتوجه المشرع الفرنسي في مجال إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، من خلال

¹ - Décret n° 2001-210, du 7 mars 2001, portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°57, du 8 mars 2001.

² - Décret n° 2004-15, du 7 janvier 2004, portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°6, du 8 janvier 2004.

³ - Décret n° 2001-846, du 18 septembre 2001, pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques, J.O.R.F. n°217, du 19 septembre 2001.

- Décret n° 2002-692, du 30 avril 2002, pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, J.O.R.F. n°103, du 3 mai 2002.

⁴ - Décret n° 2006-975 du 1^{er} août 2006 portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°179 du 4 août 2006.

⁵ - Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, J.O.R.F. n°0074, du 27 mars 2016.

⁶ - نظم المشرع المصري العقود الإدارية بموجب القانون رقم 182 لسنة 2018، الخاص بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر د، الصادرة في 3 أكتوبر 2018، والذي ألغى القانون رقم 89 لسنة 1998، ولائحته التنفيذية الصادرة

مقدمة

بعض النصوص التي تضمنتها هذه التشريعات، وكان ذلك كحتمية لتبني هذه الدول مشاريع الحكومة الإلكترونية، بسبب استعمال الإنترنت في تسيير المرافق العامة وإدارتها، واستجابة لدعوة منظمة التجارة العالمية الدول الأعضاء إلى توحيد قوانينها في مجال العقود الإدارية.

ففي الجزائر عرفت السنوات الأخيرة محاولات عديدة من طرف الحكومة من أجل إنجاز عملية التحول إلى الإدارة الإلكترونية في إطار تبني مشروع الحكومة الإلكترونية، هذا من جهة، وسعياً إلى تحسين وإصلاح الخدمة العمومية، في محاولة لإعادة ثقة المواطن في الإدارة من جهة أخرى، وذلك من خلال إتخاذ مجموعة من التدابير والإجراءات التشريعية والتنظيمية التي ترمي إلى الإستعانة بتكنولوجيا المعلومات في تعاملاتها الإدارية والاجتماعية والاقتصادية وكافة المجالات في سبيل تحسين الخدمات العمومية المقدمة للمواطنين والمتعاملين الإقتصاديين. وفي هذا السياق كانت وزارة الداخلية قد إتخذت العديد من الإجراءات التي تهدف لتقديم خدمات عمومية نوعية للمواطنين الذين أصبح بإمكانهم إستخراج بطاقات التعريف وجوزات السفر البيومترية الإلكترونية، والتي تعتبر من أهم الخدمات التي خففت معاناة المواطنين وتبسيط الإجراءات الإدارية، بالإضافة إلى مشروع رقمنة إمضاءات الجزائريين المقرر من طرف وزارة العدل بالإشتراك مع أحد المتعاملين العموميين، والذي يهدف إلى تسهيل عملية استخراج مختلف الوثائق الإدارية، والتمكين من التعريف بالممضي، وكذلك التعبير عن موافقته بخصوص محتوى النص الممضى عليه، كذلك مشروع الدفع الإلكتروني باستعمال الهواتف النقالة والإنترنت، الذي أطلق من طرف بريد الجزائر بالإشتراك مع إتصالات الجزائر، حيث تم منح 1,3 مليون بطاقة بنكية إلكترونية في غضون أسابيع فقط، وخصت العملية في البداية عشرة بنوك وعشرة شركات.

ولم يكن مجال الصفقات العمومية في الجزائر بمنأى عن محاولات تطوير الإدارة في شكلها الإلكتروني، حيث قامت الحكومة بإصدار القرار المنشئ للبوابة الإلكترونية الخاصة بالصفقات العمومية، تطبيقاً لنص المادتين 173 و 174 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية¹، وذلك من أجل عصنة قطاع الصفقات العمومية، وإدخال المعلوماتية في أدام مهام الإدارة في مجال التعاقد، وتقريب الإدارة من المتعاملين الإقتصاديين. وهذا

بموجب قرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، الخاص باصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الصادر بالقانون رقم 182، لسنة 2018.

- أما في الجزائر فيحكم النظام قانوني للعقود الإدارية، المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقيضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج.، العدد 50، لسنة 2015.

¹ - المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 7 أكتوبر 2010، يتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 58، لسنة 2010، المعدل والمتمم بموجب المرسوم الرئاسي رقم 13-03 المؤرخ في 13 جانفي 2013، ج.ر.ج.ج.، العدد 02، لسنة 2013.

مقدمة

ماحاول المشرع الجزائري تكريسه بصدور المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي تم تضمينه بعض المواد التي تمكن الإدارة من إستعمال الوسائط الإلكترونية في عمليات التعاقد التي تتم في إطار هذا القانون.

وينبغي أن نؤكد على أمر في غاية الأهمية، هو أنه إذا كان الإعتراف بأن نظام الإدارة الإلكترونية الذي يشكل أرضا خصبة لهذا التطور وقائم على فكرة هجر المحررات الورقية في العمل الإداري بشكل عام، وفي إبرام العقد الإداري الإلكتروني بشكل خاص، وإخراج كافة الأعمال في صورة محررات إلكترونية على خلاف ما استقر عليه العمل في زمن مضى، والسماح للإدارة بأن تمارس إمتيازاتها وسلطاتها الآمرة في مواجهة الأفراد من وراء شاشة الحاسوب وباستعمال سائر الوسائل الإلكترونية، فإن هذا التطور الذي تمليه فكرة التحديث في العمل الإداري لا يجب أن يكون على حساب المبادئ العامة للقانون الإداري، والتي حرص القضاء دائما على إرسائها موازنا بين حق الإدارة في ممارسة مظاهر السلطة العامة، وحق الأفراد في صيانة حقوقهم ومراكزهم القانونية في ذات الوقت.

ومن هذا المنطلق يتوضح لنا مايفسر لنا أهمية إبرام العقود الإدارية عامة، والعقود الإدارية بالشكل الإلكتروني خاصة، وهو مايمكن إجماله فيما يلي:

- إن المبادئ والقواعد التي تمثل أساس العقود الإدارية يمكن أن تنطبق على النظام التقليدي والإلكتروني، لكن لا بد من معرفة ما إذا كان النظام الإلكتروني يتطلب قواعد خاصة ومحددة تتفق مع وسيلة إبرامه.
- إن دراسة العمليات المرتبطة بإبرام العقد الإداري الإلكتروني لها أهمية متعددة الجوانب، فمن حيث الأصل تعتبر ظاهرة مستحدثة أرساها التطور في مجال العمل الإداري، وتطبيق نظام الإدارة الإلكترونية، وجاءت نتيجة تطلع الإدارة إلى تحديث وظائفها على ضوء المستجدات الراهنة والقائمة من حولها بما يجعل نشاطها منسجما مع التطور السائد في المجتمع على نحو تصبح معه الإدارة أداة إيجابية بالنسبة لموقعها داخل المجتمع تدفعه إلى الأمام وليس العكس.
- إن مراحل إبرام العقد الإداري في صورتها الجديدة لا تأتي من عدم، ولا تقوم مجردة من إرتباطها بالأعمال القانونية التي تهدف إلى ترتيب آثارها في مواجهة أطرافها، لذلك تتمثل خطواتها الأولى في طرق باب النظام القانوني للعقود الإدارية القائم حاليا في صورته التقليدية، الأمر الذي يجعلنا أمام واقع وعمليات لم تكن في حسابان المشرع

مقدمة

أو القضاء، وأنا مكلفين بالإنابة إليها وتسليط الضوء عليها لإبراز علاقتها بهذا النظام، وبيان الحد الذي يمكن أن تستفيد من مرونته وتطوره المستمر للإعلان عن ميلادها، وإمكانية تطبيقها من جانب الإدارة في الوقت الراهن. وفي المقابل بيان ماهو مطلوب كخطوات تشريعية جديدة للوصول إلى إرساء وجودها وصحتها بصورة سليمة وبشكل واضح لا يثير فرضية عدم مشروعيتها، على إعتبار أن هذه المشروعية تعد عنوانا لازما لكل جديد داخل العمل الإداري.

- كما أن الدراسة ستسلط الضوء على تطور جديد داخل نظام العقود الإدارية، وبما أنه يتصل بأحد أهم جوانب العقد، هو أساليب الإبرام، فإنه يكشف عن قدرة هذا النظام في استيعاب التطور الحاصل من عدمه، مع التأكيد أن الهدف الرئيس من وراء هذا كله يتمثل في وضع كل ما من شأنه أن يؤدي لقبول هذا التطور، لا رفضه تماشيا مع حقيقة قواعد وأحكام القانون الإداري التي تعرف بقدرتها على مسايرة تطورات العمل الإداري حتى لا نكون أمام فراغ قانوني للتنظيم فرض نفسه في الواقع.

- كما تبرز أهمية الدراسة في إبراز الأساس القانوني للتطور الحاصل في نظرية الإثبات في القانون الإداري الناتج عن نقل الأعمال والسلطات الإدارية إلى داخل الواقع الإلكتروني، وخروجها إلى حيز الوجود في صورة محررات قائمة على دعائم إلكترونية، وبشكل خاص التطرق إلى تطورات الإثبات المتعلقة بالعقد الإداري الإلكتروني، وإستظهار الأحكام المتعلقة بهذا الشأن، سواء في إطار القوانين التقليدية، أو تلك المنظمة للإثبات الإلكتروني، بالنظر إلى أهمية موضوع إثبات العقد الإداري الإلكتروني في مجال المنازعات التي تثور بشأن إبرامه وتنفيذه الذي يفترق إلى الدعائم المادية المعروفة في العقد التقليدي.

ولعل من أهم الأسباب التي دفعتنا للكتابة في هذا الموضوع، تزايد فرضية لجوء الإدارة إلى الإستفادة من التكنولوجيا المتاحة لديها ولدى الأفراد معا لتحقيق أحسن صورة للتعاقد بواسطتها، وهو ما يشكل نقلة نوعية في العمل الإداري تستدعي البحث فيها، وهذا الأمر يكشف في نفس الوقت عن تحول ملموس في سلوك الإدارة قائم بالأساس نحو تقبل نتائج الثورة الإلكترونية فيما يتصل بنشاطها، وهو ما يؤدي إلى إثارة مشروعيتها، ومدى إنسجامه مع قواعد القانون الإداري.

والواقع الحالي يكشف بوضوح أن الإدارة - ليس في الجزائر فقط بل في العديد من الدول - تسعى إلى إستثمار الخدمات التي يوفرها الواقع الإلكتروني في تطوير علاقاتها بالأفراد، وخلق

صورة جديدة في نظام التواصل بينها وبينهم، قائمة على الإستغناء عن الإلتقاء المادي بين موظفيها وجمهور المواطنين، وإحلال فكرة التواصل الإلكتروني بينهم دون التقيد بزمان معين، ولعل الظروف التي يعيشها العالم حاليا من تفشي وباء كورونا، والتي فرضت إتباع إجراءات تهدف إلى التباعد الإجتماعي كما أشرنا من قبل خير دليل على ذلك.

كما أن هذه الدراسة تأتي في محاولة لإقامة نظرية عامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني، تتواءم مع ثورة تكنولوجيا الإتصالات والمعلومات، وذلك من خلال المقاربة القانونية بين إبرام العقد الإداري عبر الوسائط الإلكترونية، والنظرية العامة للعقود الإدارية، هذا من جهة. ومن جهة ثانية، التأكيد على أن القانون الإداري فيه من المرونة ماتجعله قادرا على مد نطاق أحكامه إلى مستجدات العمل الإداري، وتفريغها في تنظيم قانوني جديد يضاف إلى ماسبقه.

إن مجال الدراسة سيشمل جميع الوسائل الإلكترونية الحديثة التي يمكن أن يبرم من خلالها العقد الإداري وليس الإنترنت فقط، رغم أن هذه الأخيرة تعتبر أهم هذه الوسائل مما يستدعي التركيز عليها. كما أن نطاق الدراسة سيمتد لدراسة النظرية العامة للعقد الإداري، ومعرفة مدى صلاحية قواعدها لأن تحكم العقد الإداري الذي يتم من خلال الوسائط الإلكترونية، حيث يتم القيام بجميع إجراءات الإبرام عبر الواقع الإلكتروني، مما يخلق صعوبة في إثباته، وظهور نزاعات قد تنشأ قبل وبعد تنفيذه، لا تعرفها العقود الإدارية التقليدية. وتجدر الإشارة أننا لسنا بصدد دراسة نظام إبرام العقود الإدارية التقليدية، ومن ثم فإن التعرض لضوابط وإجراءات إبرام هذا الأخير، لن يكون إلا بالقدر الذي تقتضيه الدراسة، وإسقاطها على العقد الإداري الإلكتروني، والتركيز على الإجراءات والمراحل التي يتميز بها العقد الإداري الإلكتروني عن العقد الإداري التقليدي فقط، وهذا ما يستدعي ضرورة تقصي أثر هذا التقدم في نظرية العقد الإداري، وتأثير الوسائط الإلكترونية في إنعقاده، وإثباته، وتسوية منازعاته خاصة في مرحلة الإبرام، ذلك أن خصوصية العقد الإداري الإلكتروني تنصرف إلى مرحلة الإبرام على وجه التحديد، أما تنفيذه فلا يخرج عن القواعد العامة في إبرام العقود الإدارية التقليدية، ذلك أن العقد الذي يتم إبرامه بالطرق والوسائل الإلكترونية، يبقى عقدا إلكترونيا حتى ولو تم تنفيذه بطريق مادي، بينما العقد الإداري الذي تم إبرامه وفق الطرق التقليدية، لا يمكن إعتباره عقدا إلكترونيا حتى ولو تم تنفيذه إلكترونيا.

وينطلق البحث في موضوع التعاقد الإداري الإلكتروني من تساؤل رئيس وأساسي هو: إلى أي حد أثر التحول نحو نظام الإدارة العامة الإلكترونية على العقد الإداري؟.

مقدمة

وينبثق عن هذا التساؤل التساؤلات فرعية التالية:

- ما المقصود بالعقد الإداري الإلكتروني؟.
- مامدى إمكانية لجوء جهة الإدارة إلى الوسائط الإلكترونية لإبرام تعاقداتها؟.
- ماهو تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقد الإداري؟.
- كيف يمكن لأطراف العقد الإداري الإلكتروني- الإدارة، والمتعاقد معها- إثبات عمليات التعاقد في ظل الشكليات التي يتميز بها العقد الإداري من جهة، والواقع الغير ملموس الذي تتميز به الوسائط الإلكترونية من جهة أخرى؟، وما تأثير هذا الواقع على المنازعات المتعلقة بالعقد الإداري وآليات تسويتها؟.
- مامدى إستجابة منظومة الصفقات العمومية في الجزائر ومصر لمتطلبات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية؟.

والحقيقة أن البحث في موضوع يتسم بالحدثة خاصة في الجزائر خلق أماننا بعض الصعوبات، ذلك أنه يفنقر إلى المصادر العلمية القانونية الدقيقة التي تعالج الموضوع من منظور القانون العام، باعتبار الموضوع يحتاج البحث فيه إلى الجمع بين التطور التكنولوجي والعمل الإداري، ومحاولة التقريب بينهما في حدود معينة بما لا يشكل خروجاً على أحكام القانون الإداري، ومع ذلك يجب أن نشير إلى قيمة المراجع التقليدية في العقود الإدارية، التي استقدنا منها إلى حد كبير في إرساء أفكار جديدة، وهذا ما دفعنا إلى الرجوع إلى مؤلفات فقهاء القانون المدني والتجاري والدولي، ومحاولة تطبيق ما توصلوا إليه عن موضوع البحث، واضعين نصب أعيننا الطبيعة الخاصة للعقد الإداري، محاولين أخذ مايتفق معه وإيجاد حلول لما يثيره من مشكلات، كما أن شبكة المعلومات الدولية -الإنترنت- كان لها فضل في الحصول على عدد كبير من المراجع الأجنبية الحديثة ذات الصلة بالواقع الإلكتروني بصفة عامة، حيث سمح لنا ذلك بتطويع مضمونها بما يخدم مجال الإدارة الإلكترونية من المنظور القانوني.

ومن بين الصعوبات التي واجهتنا ضرورة الإلمام بالجوانب التقنية الفنية لشبكة الإنترنت نظراً لما يتسم به الموضوع من صبغة فنية، وذلك لإيجاد بعض الحلول للمشكلات القانونية التي تثيرها هذه التقنيات في مجال تعاقد جهة الإدارة إلكترونياً.

وللإجابة على الإشكالات السابقة سيتم الاعتماد في الدراسة على المنهج الإستنباطي، ويظهر ذلك في إبراز التطبيقات العملية لنظام الإدارة الإلكترونية ككل، وتلك المتعلقة بالعقد الإداري الإلكتروني، وإستعراض النصوص القانونية المختلفة المتعلقة بموضوع النظام القانوني

مقدمة

للعقد الإداري الإلكتروني، والبحث في مدى ملاءمة النصوص القانونية الواردة في قوانين العقود الإدارية التقليدية لتحكم هذا النوع الجديد من العقود.

كما ستعتمد الدراسة على المنهج المقارن، حيث سيتم المقارنة بين بعض القوانين النموذجية الصادرة عن الأمم المتحدة، والتوجيهات الأوروبية التي نظمت موضوع التعاقد الإداري الإلكتروني، والتشريع الفرنسي الذي تميز في مجال تنظيم إبرام العقود الإدارية إلكترونياً، وبين ما جاءت به تشريعات الناظمة لإبرام العقود الإدارية في مصر والجزائر، محاولين وضع حلول فقهية وتشريعية في هذا الشأن أمام المشرع الجزائري للاستفادة منها إذا إهتدى إلى وضع تنظيم قانوني شامل للعقود الإدارية الإلكترونية. كما سيتم الإشارة ولو بصفة موجزة إلى بعض القوانين الأخرى المنظمة للنشاط الإلكتروني في بعض الدول الأخرى حيثما إقتضت الدراسة الرجوع إليها في بعض المواضع.

وترتيباً على ذلك سيتم تقسيم خطة الدراسة إلى بابين:

يخصص الباب الأول التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية، في حين

سيخصص الباب الثاني إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإشكالات إنعقاده.

الباب الأول: التطورات

التكنولوجية وأثرها على

أعمال الإدارة التعاقدية

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

يشهد العالم حالياً تطورات كبيرة في مجال نظم المعلومات وتكنولوجيا الاتصال، ويرجع الفضل في ذلك إلى التقدم المذهل لوسائل الاتصالات الحديثة خاصة الحاسب الآلي¹ (computer)، وشبكة الاتصالات الدولية أو ما يعرف بالإنترنت² (internet). هذا أمر أثر على كافة مجالات الدراسات الإنسانية والاجتماعية والاقتصادية وخاصة القانونية، وأدى في الآونة الأخيرة إلى بروز مصطلحات جديدة تعد شاهدة على إنجازات هذا التقدم والتطور التكنولوجي كمصطلح الحكومة الإلكترونية، ومصطلح الإدارة العامة الإلكترونية رغم أن استعمال الأجهزة الإلكترونية في بعض الأعمال الإدارية سبق ظهور هذه المصطلحات بوقت طويل.

ونتيجة لهذه البيئة الرقمية كان من الطبيعي أن يطال التغيير أعمال الإدارة والمرافق العامة خاصة الأعمال القانونية التي اكتسبت أهمية كبيرة نتيجة شيوع تكنولوجيا المعلومات. فقد بادرت العديد من الدول إلى الاستفادة منها للارتقاء بأداء الخدمات المقدمة من طرف مرافقها، والقضاء على الروتين الإداري والفساد الإداري. ويخفى على أحد ما يعانيه المتعامل

¹ - الكمبيوتر أو الحاسوب (computer) : هو آلة إلكترونية لها قابلية استقبال البيانات ومعالجتها إلى معلومات ذات قيمة يخزنها في وسائط تخزين مختلفة، وفي الغالب يكون قادراً على تبادل هذه النتائج والمعلومات مع أجهزة أخرى متوافقة. وتشغل الحواسيب برمجيات خاصة تسمى أنظمة التشغيل، فمن دونها يكون الحاسوب قطعة جامدة، وتبين أنظمة التشغيل للحاسوب كيفية تنفيذ المهام كما أنها في الغالب توفر بيئة للمبرمجين ليطوروا عليه تطبيقاتهم.

² - كلمة إنترنت (Internet) إنجليزية الأصل، مكونة من كلمتين هما: كلمة (interconnections) وتعني ربط أكثر من شيئين بعضه البعض، وكلمة (network) وتعني شبكة، ليصبح معنى الكلمة هو الشبكات المترابطة مع بعضها البعض في العديد من دول العالم، ويطلق عليها عدة تسميات منها الشبكة العالمية (world net) أو الشبكة العنكبوتية (the web). وتعود الفكرة الأولى للإنترنت إلى سنة 1948، عندما طرح "فانيفار بوش" آلة اسمها (memx machine) لتنظيم المعارف الإنسانية والربط بينها وتمكين الباحثين من استعادة المعلومات بطريقة إلكترونية. وفي سنة 1948 طورت شركة ATT الأمريكية المتخصصة في مجال الاتصالات جهاز الترانزستور (Transistor)، الذي يعد أهم التكنولوجيات التي تعتمد عليها الإنترنت، ودون هذا الجهاز لم يكن من الممكن قيام شبكة الإنترنت، وكان الدافع إلى إنشاء الإنترنت عسكرياً لخوف الولايات المتحدة الأمريكية من هجوم قد يؤثر على النظام الاتصالي، حيث تمكنت في سنة 1969 وكالة المشروعات البحثية بوزارة الدفاع الأمريكية من وضع الأساس لقيام أول شبكة إلكترونية تربط بين عدد من أجهزة الكمبيوتر، سميت بـ: شبكة الأرينت (A.R.P.A) (NET) وهي شبكة وطنية تعتمد على تحويل الرسائل إلى حزم، وهو مبدأ يقوم على تقسيم الرسائل الإلكترونية إلى وحدات تدعى الحزم يمكن للمرسل إرسالها عبر مجموعة من العقد، ثم تجتمع هذه الحزم لدى المستقبل لتشكل الرسالة، وبدأ مشروع الربط بين مجموعة قليلة من الحواسيب. وفي سنة 1973 قامت وكالة الأبحاث الفضائية الأمريكية بوضع برنامج للبحوث يهدف لإيجاد تقنيات ووسائل حديثة بإمكانها التعامل مع حزم المنتجات التي تتبادلها الشبكات، ليتمكن الباحثان "فينتون سيرف" و "بوب خان" سنة 1974 من إعداد بروتوكول لنقل المعلومات، حيث يسمح لأجهزة الحواسيب في مواقع الشبكة من الاتصال والتخاطب مع بعضها البعض، وتم إطلاق تسمية الإنترنت على هذا الاختراع لأول مرة. أما الجزائر فقد عرفت أول ربط بشبكة الإنترنت الدولية في مارس 1994 عبر مركز الدراسات والبحث في الإعلام العلمي والتقني (CERIST)، وذلك في إطار مشروع التعاون الذي مولته اليونيسكو بالتعاون مع الحكومة الإيطالية، والذي يهدف إلى إنشاء شبكة اتصال دولية في إفريقيا (RINAF). لمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع راجع: حسني محمد نصر، الإعلام والإنترنت والصحافة الإلكترونية، ط.1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، بيروت - لبنان، 2003، محمد لعقاب، الإنترنت وعصر ثورة المعلومات، ط.1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1990.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

في الدول المختلفة مع الإدارة من عراقيل إدارية وبطء في تنفيذ الإجراءات وتراخي في تقديم الخدمات العامة وهو ما يعرف بالبيروقراطية الإدارية.

ومن ثم وجدت حكومات الدول نفسها أمام حتمية السعي لتسهيل معاملات الأفراد وانجازها بقدر عال في الكفاءة، من خلال تبني مشاريع الحكومة الإلكترونية، هذه الأخيرة تعد ثورة في مجال تنفيذ الأعمال الإدارية القانونية خاصة أعمال الإدارة التعاقدية - العقود الإدارية - والتي ينظمها قانون مرن ومتطور هو القانون الإداري.

إن هذا التحول من الأساليب الإدارية التقليدية في إنجاز أعمال الإدارة إلى الأساليب الإدارة العامة الإلكترونية التي تمتاز بتقديم خدمات ذات كفاءة عالية، وبأسرع وقت وأقل تكلفة، أدى إلى ظهور أعمال الإدارة القانونية الإلكترونية تحت اسم القرار الإداري الإلكتروني¹، كما فتح الإمكانية في تعاقد جهة الإدارة إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت ضمن ما يعرف بالعقد الإداري الإلكتروني.

وتأسيساً على ما سبق سيتم التعرض بداية في هذا الباب إلى الإطار النظري لعملية التعاقد الإداري في ظل التطور التكنولوجي (فصل أول)، ثم التطرق بعد ذلك إلى الإطار القانوني والتنظيمي لإبرام العقود الإدارية إلكترونياً (فصل ثاني).

الفصل الأول: الإطار النظري لعملية التعاقد الإداري في ظل التطور التكنولوجي.

من المعلوم أن وسائل التي تتمتع بها الإدارة من أجل تحقيق أهدافها ومباشرة نشاطها تتمثل في القرارات الإدارية التي تصدرها بإرادتها المنفردة، والعقود الإدارية التي تتحد إرادة

¹ - تعددت التعريفات التي قبلت في القرار الإداري التقليدي، إلا أن هذه التعريفات تتفق كلها على أنه " عمل قانوني من جانب واحد يتضمن إعلان من طرف السلطة الإدارية عن إرادتها في إحداث أثر قانوني في مواجهة الأفراد بصورة تنفيذية، أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر".
أنظر:

Jean RIVERO, Droit administratif, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1987, p. 110.

أما إذا كنا أمام نظام الإدارة العامة الإلكترونية فهذا يعني أن الإدارة ستجري تصرفاتها القانونية بشكل كلي أو جزئي عبر شبكة الإنترنت الأمر الذي أدى إلى بروز مصطلحات قانونية جديدة في هذا الميدان كالعقد الإداري الإلكتروني والقرار الإداري الإلكتروني والذي يكمن تعريفه بأنه: تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإرادتها المنفردة بإصدار القرار، رداً على الطلب والتوقيع عليه إلكترونياً، والإعلان صاحب الشأن إلكترونياً. " للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر: علاء محي الدين مصطفى، القرار الإداري الإلكتروني، مداخلة في المؤتمر العلمي السابع عشر للمعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص. 106.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإدارة مع إرادة أخرى أو عدة إرادات لتحقيق المصلحة العامة، لينتج عن ذلك عقد بين الإدارة وغيرها.

غير أن ثورة المعلومات والتقدم التكنولوجي الحاصل كما أسلفنا قد ساهما في تغير النمط الخاص بالإدارة التقليدية، وما تقوم به من خدمات وأعمال نظرا للسرعة والفعالية التي تتميز بها هذه الوسائط الإلكترونية، واقتصادها للوقت والجهد. فظهرت الإدارة الإلكترونية وظهر معها نوع جديد من أعمال الإدارة التعاقدية هو العقد الإداري الإلكتروني. هذا الأخير جاء جراء تأثر النشاط الإداري بظهور العقود الإلكترونية في القانون الخاص، والتي كان لها دورا بارزا في تطوير النشاط الإداري¹.

على أن العقد الإداري الذي تبرمه الإدارة لا يختلف في مفهومه العام عن العقد المدني الذي يبرمه الأفراد فيما بينهم، إذ أن كلا منها يقوم على أساس توافق الإرادتين بقصد القيام بالتزامات متقابلة. بالإضافة إلى الدور الذي لعبته المعاملات التجارية الإلكترونية - التجارة الإلكترونية² - التي أصبحت واقعا علميا فرض نفسه بقوة على الدول والحكومات الداخلية، نظرا لما تمتاز به التجارة الإلكترونية من إبرام عقود عن بعد دون النقاء مادي من طرف المتعاقدين، وعدم وجود أي وثائق ورقية.

إن هذا الوضع طرح مشكل مدى كفاية وصلاحيه النظام القانوني الذي يحكم العقود الإدارية التقليدية ليسري على هذا النوع الجديد من العقود الإدارية - العقد الإداري الإلكتروني-، أم أنه لابد من تحين النظام الحالي الذي يحكم العقود الإدارية التقليدية، أو وضع تشريعات جديدة تحكم العقود الإدارية الإلكترونية.

ولأن توضيح مفهوم التعاقد الإداري الإلكتروني لا يكتمل دون التمكن وفهم أحكام النظرية العامة للعقد الإداري (التقليدي)، ذلك أن العقد الإداري الإلكتروني ليس صورة جديدة من صور العقود الإدارية، وإنما هو نفس العقد الإداري التقليدي، ولكن يبرم بوسائل تقنية

¹ - حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الأنترنت - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013، ص. 12.

² - التجارة الإلكترونية في مفهومها العام هي طلبات بضائع أو خدمات يكون فيها الطالب في مكان غير المكان الموجود فيه البضاعة أو الخدمة، ويتم الإجابة بشأن توفر البضاعة أو خدمة على الموقع الإلكتروني، وبالتالي يمثل الموقع المعلوماتي على شبكة الأنترنت وسيلة عرض -مجلس العقد الإلكتروني- و محدد لمحل التعاقد وثمانه. راشدي صابر، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني، مجلة المعارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 9، 2010، ص. 12، للمزيد حول التجارة الإلكترونية أنظر، عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، ط.1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2002.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

حديثه غير تقليدية كما سنوضح لاحقاً. وعليه سيتم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين يتعرض المبحث الأول لمدخل إلى نظام التعاقد الإداري التقليدي، بينما يتناول المبحث الثاني: تأثير التحول نحو الإدارة العامة الإلكترونية على العقد الإداري.

المبحث الأول: مدخل إلى نظام التعاقد الإداري التقليدي.

تعتمد الإدارة على وسيلة التعاون الودي مع الأشخاص، سواء الأشخاص المعنوية أو الأشخاص الطبيعية، العامة أو الخاصة، وذلك عند طريق التعاقد. على أن العقود التي تبرمها الإدارة تخضع لأنظمة قانونية مختلفة، وهي تدور على العموم بين نوعين من التعاقدات¹. النوع الأول تتمسك فيه الإدارة بامتيازات السلطة العامة، ويتضمن شروطاً لا نظير لها في مجال عقود علاقات القانون الخاص، مما يجعل إرادتها أعلى من إرادة المتعاقد معها. وبالتالي من المنطقي أن يكون لهذا النوع من عقود الإدارة نظاماً قانونياً متميزاً وخاصاً، ويسمى هذا النوع بالعقود الإدارية، وهو محور دراستنا. أما النوع الثاني فعقده الإدارة متخلفة فيه عن سلطاتها وامتيازاتها، فتكون في وضع مساو لوضع المتعاقد معها، وإرادتها مساوية لإرادته، وكنتيجة لذلك يخضع هذا نوع الثاني لقواعد القانون الخاص، ويسمى بالعقود الخاصة للإدارة.

على أن تصرف الإدارة بحرية في التعاقد نابع من مبدأ حرية التعاقد، غير أن هذه الحرية مقيدة بمجموعة من الضوابط تتطلب أن تكون هذه العقود في إطار النظام العام، ووفق ما حدده القانون، وفي نفس الوقت تراعي بدرجة كبيرة التوازن العقدي.

وانطلاقاً من هذا سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين نتطرق في المطلب الأول إلى: مفهوم العقد الإداري، أما المطلب الثاني فنتعرض فيه إلى ضوابط إبرام العقد الإداري.

¹ -André DE LAUBADERE , Jean-Claude VENEZIA , Yves GAUDEMET, Droit Administratif, 17^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2002, p. 248.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري.

تقوم نظرية العقد الإداري أساسا على تمكين الإدارة من تحقيق الصالح العام بواسطة التقاهم و الرضا بينها و بين المتعاقد الآخر، على اعتبار أن هذا الأسلوب هو أنجح وأجدي من القرار الإداري في كثير من الحالات¹.

والجدير بالذكر أن العقود الإدارية التي هي موضوع دراستنا، هي النوع الأول الذي تمتع فيه الإدارة بامتيازات استثنائية تساعدها على رعاية المصلحة العامة. ولكن باعتبار أن هذا العقد هو عبارة عن توافق إرادات، فإنه يخضع في تكوينه للقواعد العامة في العقود حسب النظرية العامة للعقود في القانون الخاص، والتي تقرر أن أركان العقد تنحصر في ثلاث هي الرضا والسبب والمحل، ومن ثم فإن الأركان الأساسية في كلا العقدين واحدة، ولا يمكن أن تخرج عن الأركان السابقة بوجه عام، مع بعض العناصر الخاصة والتي يتميز بها العقد الإداري.

وبمأن العقد الإداري هو توافق إرادات، فهو لا يخرج عن مفهومين أساسيان أولهما: أنه عقد - طبقا لنص المادة 54 من القانون المدني²، والعقد يعرف عموما بأنه: "اتفاق إرادتين على ترتيب أثر قانوني، إما بإنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو زواله"³، وهذا بمجرد ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بقبول آخر وتوافقهما في شكل يثبت أثره على المعقود عليه.

ويشترط لقيامه -العقد- صحيا ومنتجا لآثاره القانونية، سلامة الرضا وخلوه من العيوب، المتمثلة في الغلط والتدليس والإكراه والغبن⁴، وهو ما ينطبق على العقد الإداري. لذا فهو لا ينعقد إلا بتوافق إرادتين وتطابقها بقصد إحداث أثر قانوني معين، مع خلو ركن الرضا من العيوب سابقة الذكر.

أما المفهوم الثاني: فإنه عمل من أعمال الإدارة القانونية، تعتبر الإدارة طرفا فيه، ويتصل بنشاط المرفق العام، أو يتضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في عقود القانون

¹ - كنعان نواف، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر و التوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 315 .

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، العدد 78، لسنة 1975.

³ - عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام-، ج1، دار إحياء التراث العربي، بيروت- لبنان، 1998، ص. 137.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 246 ومايليها.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الخاص. ومن هنا فإن البحث في مفهوم العقد الإداري يقتضي أولاً التعرض لتعريف العقد الإداري (فرع أول)، ثم تحليل مختلف التعريفات التي قيلت في هذا الشأن من أجل الوصول إلى تحديد دقيق لمعنى العقد الإداري، ثم الخوض في معايير تمييز العقد الإداري (فرع ثاني).

الفرع الأول: تعريف العقد الإداري.

ليس من اليسير التوصل إلى تعريف دقيق ومحدد للعقد الإداري، وهذا لسبب سبق وأن ذكرناه، هو أن الإدارة العامة لا تبرم عقوداً إدارية تخضع لقواعد القانون العام فقط، وإنما تعقد كذلك عقوداً مدنية تخضع لأحكام القانون الخاص هذا من جهة، ومن جهة ثانية فإن فكرة العقود الإدارية هي فكرة حديثة نسبياً، لم تظهر إلا عندما ظهر القضاء الإداري -مجلس الدولة- في فرنسا وبدأ بالتعرض لمنازعات عقود الإدارة. مع الإشارة أنه لم تكن أمامه قواعد ضمن القانون الإداري تكفي لحل مشكلات ومنازعات العقود الإدارية، لأن القانون الإداري كان قانوناً حديث النشأة لم تستقر مبادئه وأحكامه بعد. وبالتالي كان على القضاء الإداري في تلك الفترة ممثلاً في مجلس الدولة حتمية اللجوء إلى قواعد القانون المدني ومبادئه في بعض الحالات لتساعده على الفصل في ما هو معروض عليه.

ومن ثم فالعقد الإداري هو عقد تبرمه الإدارة مع الغير ويتعلق بالمرفق العام أو تستعمل فيه وسائل القانون العام، من أجل تحقيق الصالح العام¹.

وقد اختلف الفقه والقضاء في إيجاد تعريف محدد للعقد الإداري. فعرفه الأستاذ سليمان الطماوي بأنه "العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام، وآية ذلك أن يتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، أو أن يخول المتعاقد مع الإدارة الاشتراك مباشرة في تسيير مرفق عام".²

على أن فكرة العقد الإداري لم تنشأ في فرنسا إلا في زمن متأخر لا يتجاوز مطلع القرن الماضي. وكمرحلة أولى كان معيار السلطة هو المعيار المتبع قضاء ووفقها في تحديد

¹ - نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 317.

² - سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية -دراسة مقارنة-، ط. 5، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 2008، ص. 50.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الاختصاصات بين القضاء العادي والقضاء الإداري¹، فأعمال الإدارة القانونية التي تحمل طابع السلطة العامة (كالقرار الإداري) هي وحدها الخاضعة للقضاء الإداري في حين كانت العقود التي تبرمها الإدارة مع الأفراد تخضع للقضاء العادي.

وقد أدى الأخذ بمعيار السلطة العامة إلى تضييق نطاق إختصاص القضاء الإداري مما دفع المشرع الفرنسي إلى توسيعه من خلال إصدار قوانين تدرج بعض العقود الإدارية ضمن إختصاص القضاء الإداري، وهو ما سمي بالعقود الإدارية بتحديد القانون.

وكمرحلة ثانية قام الاجتهاد القضائي الإداري -خاصة القضاء الفرنسي- باعتماد نظرية المرفق العام في تعريفه للعقد الإداري. فيعتبر كل عقد تبرمه الإدارات العامة والأجهزة الإدارية التابعة لها لغرض تسيير وتنظيم المرافق العامة تحقيقاً لديمومة سيرها عقداً إدارياً، وكان هذا ابتداء من سنة 1903 في حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 6 فيفري 1903 في قضية تيرييه Terrier²، وهو القرار الذي يعتبر الأساس الذي بنيت عليه فكرة تحديد العقود الإدارية بطبيعتها بعدما كانت إرادة المشرع هي القاعدة العامة في تحديد العقود الإدارية -العقود الإدارية بتحديد القانون-.

وبعد ذلك تم الإعتماد على طبيعة الشروط الخاصة التي تضعها الإدارة العامة قصد تسيير المرافق العامة والتي توضح نية الإدارة في إبرام عقود إدارية، وهذا ابتداء من سنة 1950³. وعلى ضوء ما سبق نستنتج أن القضاء الإداري الفرنسي إتجه إلى تعريف العقد الإداري بأنه ذلك العقد الذي يبرمه شخص معنوي عام بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه

¹ سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 32 .

² - وتتلخص وقائع القضية في أن مجلسا بلديا أعلن عن مكافأة تمنح لكل شخص يشترك في الحملة التي ستقوم بها المدينة من أجل القضاء على الأفاعي الخطرة التي تهدد السكان وصحتهم، ولتحقيق هذه الغاية قام المجلس البلدي برصد مبلغ من المال للإنفاق منه على المكافآت المطلوبة. وعندما تقدم السيد تيرييه Terrier مطالبا بتسليمه المكافأة المقررة له، تفاجأ بنفاذ الاعتماد المخصص لها، فتقدم برفع دعوى أمام القضاء الإداري، وقد إنتهى مجلس الدولة الفرنسي إلى تقرير اختصاصه بالنظر في النزاع، على أساس أن الوعد بالجائزة قد تضمن إيجابا من المجلس البلدي، وأن قيام السيد المذكور باصطياد الأفاعي التي كانت تشكل خطرا على الصحة العامة يعد قبولا، ومن ثم يكون بينهما عقد يستهدف التخلص من الأفاعي. وهذا العقد يتعلق بمرفق عام، لذا يكون إختصاص النظر في المنازعات التي يثيرها هذا العقد للقضاء الإداري. أنظر:

Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLE et Bruno GENEVOIS, G.A.J.A., 16^{ème} éd., Dalloz, 2007, p. 90.

³ - C. E., du 31 juillet 1912, n° 30701, recueil Lebon, p. 19.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أو تظهر فيه نية الإدارة في الأخذ بأحكام القانون العام، وذلك بتضمين العقد شروطا أساسية غير مألوفة في القانون الخاص¹.

وعلى ذات النمط استقر قضاء مجلس الدولة المصري في الكثير من أحكامه، وعلى رأسها قضاء المحكمة الإدارية العليا²، ونفس الشيء أخذ به المشرع الجزائري في مختلف القوانين التي تناول أحكام إبرام العقود الإدارية، وهذا ما سنوضحه فيما يلي.

الفرع الثاني: معايير تمييز العقد الإداري.

لم يكن من السهل التوصل إلى معيار محدد يمكن من خلاله تمييز العقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، فلقد مرت عملية التمييز بين العقد الإداري بمراحل زمنية متعاقبة، بدأت بمحاولات المشرع الفرنسي تحديد طائفة من العقود - العقود الإدارية بتحديد القانون، إذا أبرمت الإدارة واحدا منها كنا أمام عقد إداري³، وكان ذلك سنة 1790. غير أن الإشكال في ذلك أن المشرع قد ينص على إدارية عقد ما، وهو بطبيعته مدني، بحيث يتوجب على المشرع عندما يكيف عقدا من عقود الإدارة الأخذ بعين الاعتبار طبيعة وأهداف ذلك العقد وطريقة إبرامه.

وإزاء قصور المشرع في وضع معايير محددة لتمييز العقود الإدارية، جاء القضاء الإداري -الفرنسي- ليضع مجموعة من المعايير محاولا من خلالها الوصول إلى تمييز دقيق

¹ - نفس المفهوم أكده القضاء الإداري المصري في حكمه الصادر عن محكمة القضاء الإداري بتاريخ 30-08-1998 بقولها " ليس بكاف أبدا مجرد أن يكون أحد طرفي العقد شخصا إداريا عاما للقول بأن هذا التصرف إنما هو عقد إداري يخضع لأحكام القانون العام، ويختص حتما بالفصل في منازعاته هذه المحكمة، فالشخص الإداري العام قد يبرم عقدا مدنيا كما قد يبرم عقدا إداريا سواء بسواء، وإنما تمييز العقود الإدارية عن العقود المدنية بطابع معين مناطه احتياجات المرفق العام الذي يستهدف العقد تسييره، غير أنه مجرد صلة العقد بالمرفق العام وإن كان شرطا لازما فإنها ليست بكافية، فالعبرة بما قد تأخذ به جهة الإدارة في عقدها من أسلوب القانون العام ليأخذ الطابع المميز للعقد الإداري وما قد ينطوي عليه من شروط استثنائية غير مألوفة بالقياس إلى متوسط العقود الخاصة بين الأفراد". حكم محكمة القضاء الإداري الطعن رقم 669 ق 51 جلسة 30-8-1998 دائرة العقود الإدارية.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا المصرية، الصادر في 16 ديسمبر 1956، القضية رقم 223، لسنة 10 قضائية.

³ - في نهاية القرن الثامن عشر صدرت في فرنسا مجموعة من النصوص حدد بموجبها المشرع أنواع من العقود وأخضعت لولاية قضائية خاصة - ولاية القضاء الإداري-، ففلا صدر قانون 28 بليفيوز للسنة الثامنة للثورة الفرنسية -1796-، والذي جعل المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة من اختصاص القضاء الإداري وذلك بموجب المادة الرابعة منه، فعقود الأشغال العامة من أوائل العقود الإدارية بتحديد القانون. وقبله قانون 26 سبتمبر 1793 المتعلق بعقود القروض العامة. بإضافة إلى المرسوم الصادر في 11 جوان 1806 المتعلق بعقود التوريد، والرسوم بقانون الصادر في 17 جوان 1938 والذي عد كل عقد يتضمن شغلا للمال العام عقدا إداريا وفي كل الحالات وأيما كان شكله أو تسميته، وسواء أبرمته إدارة مركزية أو جهاز لا مركزي إقليمي أو مرفقي. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر :

Jean RIVERO, o p. cit., p. 100.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

للعقد الإداري عن غيره من عقود القانون الخاص، وكان ذلك ابتداء من سنة 1903 كما أشرنا سابقاً¹، فمنذ هذا التاريخ لم تعد العقود الإدارية تكتسب صفتها الإدارية بناء على إرادة المشرع، وإنما استناداً على خصائصها الذاتية، وبناء على معايير وضعها القضاء، وهو ما عرف بالمعيار القضائي في تمييز العقود الإدارية. الأمر الذي أدى إلى توسيع نطاق اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية، إذ لم يعد محصوراً في تلك العقود المنصوص صراحة على اختصاصه بها، بل امتد إلى كل العقود التي تتوفر فيها المعايير أو الضوابط التي وضعها.

هذه المعايير يمكن توزيعها بين معيارين أساسيين هما المعيار العضوي (البند الأول)، والمعيار الموضوعي (البند الثاني).

البند الأول: المعيار العضوي في تمييز العقود الإدارية.

يقصد بالمعيار العضوي النظر إلى الطبيعة القانونية من خلال طرفي العقد، فإذا كان أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً أعتبر العقد مبدئياً عقداً إدارياً، تحكمه قواعد القانون العام، ويختص القضاء الإداري بالفصل في المنازعات التي تثور بشأنه. ويعتبر هذا الأمر طبيعياً، فمن البديهي أن العقد لا يكتسب السمة الإدارية إذا كان طرفاه من أشخاص القانون الخاص، إذ لا بد على الأقل أن يكون أحد طرفي العقد شخصاً من أشخاص القانون العام، فوجود الشخص المعنوي العام شرط ضروري لا غنى عنه هنا.

وإن كان وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد شرطاً لاعتبار العقد ذو صبغة إدارية، فمن باب أولى أن نضفي عليه الصبغة الإدارية إذا كان طرفاً العقد كلاهما من الأشخاص المعنوية العامة.

ويترتب على ذلك استبعاد العقود الأخرى التي تبرم بين الأفراد حتى لو كان هذا العقد يستهدف تحقيق المصلحة العامة²، وهذه هي القاعدة العامة.

غير أن اعتبار وجود الشخص المعنوي العام كطرف في العقد كشرط لاكتسابه الصبغة الإدارية أثار مشكل تحديد مفهوم الشخص المعنوي العام، فما مفهوم هذا الأخير؟.

¹ - أنظر الهامش رقم 2 من الصفحة 20 من هذه الأطروحة.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص. 788.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

يقصد بالشخص المعنوي مجموعة من الأشخاص أو الأموال يعترف لها القانون بالشخصية القانونية، من أجل تحقيق غرض معين أنشئت من أجله، بحيث يكون لهذا الشخص المعنوي الأهلية القانونية تمكنه من تحمل الالتزامات والتمتع بالحقوق بشكل مستقل عن الأفراد والعناصر المالية المكونة له¹.

على أن نظرية الشخصية المعنوية نشأت في البداية في مجال القانون الخاص، لتنتقل بعد ذلك إلى مجال القانون العام نظراً لأهميتها كبرى في هذا الأخير بالمقارنة مع مجال القانون الخاص.

وانطلاقاً من هنا يمكن تقسيم الأشخاص المعنوية إلى نوعين، أشخاص معنوية خاصة، وأشخاص معنوية عامة، الأولى تخضع لأحكام القانون الخاص، والثانية تخضع لأحكام القانون العام.

ومن ثم يمكن تعريف الأشخاص المعنوية العامة بأنها أجهزة إدارية بواسطتها تمارس السلطة التنفيذية في الدولة سلطتها في تنظيم وتسيير المرافق العامة للدولة². وبناء على هذا يتضح لنا مفهوم الشخص المعنوي العام الذي يشترط وجوده كطرف في العقد لاكتسابه الصبغة الإدارية³.

وتجدر الإشارة أن تحول طبيعة الشخص المعنوي العام بعد إبرام العقد إلى أحد أشخاص القانون الخاص، لا يغير من طبيعة العقد، إذ العبرة هي وقت إبرام العقد. وعلى ذلك إذا توافرت عناصر العقد الإداري الأخرى، فإنه يحتفظ بطبيعته هذه، ويظل القضاء الإداري

¹ - هاني على الطهراوي، القانون الإداري، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2006، ص. 122.

² - مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، ط.1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2007، ص. 56.

³ - بالرجوع إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه، نجده قد حدد الأشخاص المعنوية العامة التي تخضع صفقاتها العمومية لأحكام هذا المرسوم في المادة 6 التي تنص على مايلي : " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات :
- الدولة،

- الجماعات الإقليمية،

- المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

- المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بانجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من الدولة أو الجماعات الإقليمية،

وتدعي في صلب النص المصلحة المتعاقدة.".

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

محتفظ باختصاصه في نظر المنازعات الناشئة عنه حتى ولو تحول هذا الشخص لشركة من شركات القانون الخاص بعد ذلك¹.

وإن كانت القاعدة العامة أن العقود الإدارية لا بد أن يكون أحد أطرافها شخص معنوي عام، وأن العقود المبرمة بين أشخاص القانون الخاص تعتبر عقوداً مدنية، فإن القضاء الإداري الفرنسي قد أورد استثناءين عن هذه القاعدة، الأول استثناء ظاهري يعد صورة من صور تطبيق نظام الوكالة، والثاني يعد استثناء حقيقياً.

بالنسبة للاستثناء الظاهري فيمكن للشخص الخاص أن يبرم عقود إدارية بالنيابة عن شخص معنوي عام. فعملية التعاقد في هذه الحالة تكون باسم الشخص المعنوي العام ولحسابه، وتتصرف آثار العقد إلى هذا الأخير، أما الشخص الخاص فلا يعتبر طرفاً في العقد، وإنما مجرد وكيل.

وقد قضى مجلس الدولة الفرنسي في قضيتي (Artaud و Sté prosette) باعتبار العقود المبرمة معهما عقوداً إدارية على أساس أنهما وكيلين عن جهة إدارية². أما بالنسبة للاستثناء الحقيقي فهو متعلق بنوع من العقود هي عقود الأشغال العامة، والتي كانت من أوائل العقود الإدارية بتحديد القانون. حيث كانت تقضي القاعدة العامة قبل سنة 1963 أن العقود التي تبرم بين أشخاص القانون الخاص تعتبر عقوداً مدنية، حتى وإن كان موضوعها يتعلق بتنفيذ أشغال عامة، غير أنه ابتداءً من 1963 صدر عن محكمة التنازع الفرنسية قرار تضمن في حثياته خروجاً عن القاعدة العامة³، إذ اعتبر أن إنشاء الطرق العامة له صفة الأشغال العامة التي تؤول بطبيعتها للدولة، وأن تنفيذها يكون من طرف الإدارة مباشرة، وعليه فإن العقود التي تنفذ بواسطتها هذه الأشغال هي عقود إدارية تخضع للقانون العام حتى وإن كان أطرافها من أشخاص القانون الخاص⁴.

¹ - حكم محكمة القضاء الإداري المصرية رقم 287 الصادر في 16 مارس 1969 (قضية مؤسسة الأبنية العامة)، أنظر كذلك علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 1976، ص. 14.

² - يتعلق العقد الأول بخصوص عقود مبرمة باسم الدولة بواسطة مؤسسة خاصة لمصلحة مرفق التموين، أما العقد الثاني فيتعلق بعقد مبرم من طرف مؤسسة خاصة لحساب وزارة الدفاع. أشار إلى ذلك: عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الكتاب الحديث، القاهرة - مصر، 1994، ص. 63.

³ - في 08 جويلية 1963 صدر عن محكمة التنازع الفرنسية حكم شهير سمي بـ " بيروت "، أنظر: André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, 6 éd., L.G.D.J, Paris, 1973, p. 667.

⁴ - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص. 64.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعليه يترتب على ذلك أن العقود التي يبرمها المقاول أو صاحب عقد الامتياز ويكون مضمونها تنفيذ أشغال عامة تعتبر عقودا إدارية، ويؤول الاختصاص بالفصل في المنازعات المتعلقة بتنفيذ هذه العقود إلى القضاء الإداري.

وقد يتساءل البعض عن الأساس القانوني لهذا الاستثناء. فيبدو من خلال أحكام مجلس الدولة الفرنسي أنه أسس على فكرة الوكالة الضمنية، رغم أنه يختلف اختلافا جوهريا عن مفهوم الوكالة أو النيابة¹. فنجد تارة يستعمل عبارة "باسم ولحساب شخص عام"، وهذه العبارة مرادفة للنيابة الاتفاقية وهي وكالة صريحة، ولا يثار بخصوصها أي إشكال أثناء تحديد العلاقة بين الشخص الخاص والشخص العام.

وتارة أخرى يستعمل عبارة "لحساب الشخص العام" وهنا يثار الإشكال لأن هذه العبارة غامضة وتحتمل التأويل، ولا يترتب عليها قيام علاقة قانونية محددة كما هو حال الوكالة الصريحة².

وعليه فإن المخرج من هذا الإشكال هو اللجوء إلى بعض الدلائل مثلما ذهب إليه القضاء الإداري في قضية " *crédit foncier de France*"³، إذ استعان مجلس الدولة الفرنسي بثلاث دلائل لاعتبار العقد عقدا إداريا، الأول تمثل في الناحية المالية، حيث أن تمويل العقد كان من طرف الدولة، والثاني يتعلق بالمسؤولية حيث أنها كلها تعود على الدولة ما عدا الالتزامات المحددة في العقد، والثالث يتعلق بشرط الإذن، حيث أن شرط منح القرض كان متوقفا على موافقة لجنة برئاسة سفير فرنسا.

وعليه فإن فكرة الوكالة الضمنية لا تصلح لتكون كأساس لهذا الاستثناء، وأن الضرورات العملية هي التي تجعل من القضاء الإداري يخضع بعض عقود الأشغال العامة لقواعد القانون العام، ويستثنى أخرى في بعض الأحيان، رغم تأكيدنا على أن وجود علاقة خاصة بين الشخص العام والشخص الخاص في هذا النوع من العقود أمر بديهي ولا جدال فيه.

¹ - الوكالة: عمل يلتزم بمقتضاه شخص يسمى الوكيل بأن يقوم بعمل لحساب شخص آخر يسمى الموكل، أما النيابة: هي حلول إرادة النائب محل إرادة الأصيل، وهي إما قانونية أو إتفاقية.، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط.2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.

² - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص. 78.

³ - C. E., Section du 11 décembre 1970, n° 78880, recueil Lebon, p. 20.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وتأسيسا على ما تقدم نقول أن وجود الشخص العام في العقد لا يكفي لتمييزه ضمن العقود الإدارية، بل لا بد من البحث عن معايير أخرى نظرا لما نال الدولة وهياتها من تطور، مع التأكيد على بقاء هذا المعيار العضوي قائما، واعتباره الركيزة الأساسية لأي معيار آخر.

البند الثاني: المعيار الموضوعي في تمييز العقود الإدارية.

يقصد بالمعيار الموضوعي أثناء تمييز العقد الإداري النظر إلى موضوع العقد ومحلّه، بحيث يشترط لكي يكون العقد إداريا أن ينصب موضوع العقد على المرفق العام سواء من حيث تنظيمه أو تسييره أو مساهمة في أعماله.

ولعل اشتراط اتصال موضوع العقد الإداري بإدارة أو تسيير ومرفق عام مرده إلى النظام المتميز للعقود الإدارية الذي يسمح للإدارة بتضمين هذه العقود شروطا غير مألوفة في القانون الخاص¹، وهذا مراعاة لمقتضيات سير المرافق العامة بانتظام واضطراد.

فإتباع وسائل وأساليب القانون العام في العقد هو جوهر الصفة الإدارية للعقد، وهو معيار ضابط في تحديد العقود الإدارية بطبيعتها، وذلك لما يتضمنه هذا العقد من شروط استثنائية لا مكان لها في قواعد القانون الخاص. وبمفهوم المخالفة فإن عدم وجود وذكر هذه الشروط الاستثنائية في العقود الإدارية يجعل من هذه العقود عقودا مدنية تخضع للقانون الخاص.

وعليه فإنه لا يجوز الاتفاق على مخالفة هذه الشروط أو الاستبعادها من العقود الإدارية لأنها من النظام العام².

وبناء على ما تقدم فإن المعيار الموضوعي ينقسم إلى عنصرين، العنصر الأول يتعلق باتصال العقد الإداري بالمرفق العام³، أما العنصر الثاني مرتبط بفكرة الشروط الاستثنائية، وهو ماسنوضحه وذلك على الشكل التالي:

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري (تنظيم الإدارة-نشاط الإدارة-وسائل الإدارة)، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن، ص. 791.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 797.

³ - يعتبر المرفق العام أكثر المفاهيم القانونية غموضا وإثارة للجدل، فقد لاحظ الفقيه "Truchet" أن: "غياب تعريف دقيق لمفهوم ما يكون عادة بمثابة دليل على أنه محل تطور مستمر"، ولعل الباحث الذي وجد التعابير اللانقة لوصف مدى صعوبة تعريف مفهوم المرفق العام هو الفقيه "Waline" الذي يقول: "قد يسهل جمع الزئبق السائل من المحرار القديم المكسر في حين يصعب إعطاء تعريف واضح ودقيق لمفهوم المرفق العام"، ويعرفه الفقيه "duguít" على أنه كل نشاط يجب أن يتولاه الحكام"، كما يعرفه الفقيه "Hauriou" على أنه منظمة عامة تملك من السلطات

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أولاً: اتصال العقد الإداري بالمرفق العام:

لما كانت العقود في إطار القانون الخاص منسوبة على المصالح الخاصة لأطرافها، فإن العقود الإدارية تستهدف غرضاً آخر هو المصلحة العامة، لذلك كانت صفة اتصال العقد بالمرفق العام أهم ما يلزم لإلحاق الصبغة الإدارية به¹.

على أن إتصال المرفق العام بالعقد الإداري يأخذ عدة صور، فقد يتعلق بتنظيم المرفق العام أو استغلاله أو المساعدة في تسييره عن طريق توريد موارده أو تقديم خدمات أو عن طريق استخدام المرفق العام ذاته.

وقد بدأ القضاء الإداري في تكريس هذا المعيار في مجال العقود الإدارية منذ صدور حكم " Terrier " الصادر في 06 فيفري 1903²، حيث أكد مفوض الحكومة على مبدأ، هو أن كل ما يتعلق بتنظيم وتسيير المرفق العام يعتبر عمل إدارياً وهو بطبيعته من اختصاص القضاء الإداري.

وقد توالى الأحكام التي كرست هذا المبدأ بعد ذلك³. وتجدر الإشارة أن موقف القضاء الفرنسي ممثلاً في مجلس الدولة⁴ في هذا الشأن قد استقر على أنه يكفي توافر شرط اتصال

والإختصاصات ما يكفل القيام بخدمة معنية تسديدها للجمهور على نحو منتظم". وقد عرفه الدكتور سليمان الطماوي بأنه: "مشروع يعمل باضطراد وانتظام تحت إشراف رجال الحكومة بقصد خدمة عامة للجمهور، مع خضوعه لنظام معين". أنظر كذلك

- M. Hauriou, Précis de droit administratif et de droit public, Dalloz, Paris, 2002, p. 1013.

- Jean François Tribillon, Gestion des services publics en France, les différentes modalités juridiques, 2005, www.base.citego.info, 12 / 05 / 2019.

- سليمان الطماوي، المرجع السابق، ص. 25.

¹ - كنعان محمد محمود المرفجي، الإعتبار الشخصي في العقد الإداري (دراسة مقارنة)، ط1، دار الفكر العربي، مصر، 2014، ص. 26.

² - حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر 6 فبراير 1903 في القضية Terrier المعروفة باسم قضية قتل الثعابين المشار إليها سابقاً، هذا العقد في نظر مجلس الدولة تعلق بمرفق عام.

³ - كرس مجلس الدولة ومحكمة التنازع في فرنسا هذا المبدأ في العديد من أحكامها:

- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Hertz الصادر في 6 ماي 1931،

- حكم مجلس الدولة الفرنسي في قضية Duckéné الصادر في 25 أكتوبر 1935،

- حكم محكمة التنازع في قضية Chélaifa Hassen الصادر في 22 نوفمبر 1951. للمزيد من التفصيل أنظر: سليمان محمد

الطماوي، المرجع السابق، ص. 77.

⁴ - C. E., Section du 20 avril 1956, n° 98637, recueil Lebon, p. 500.

حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 20 أبريل 1956 في قضية époux bertin، وتتلخص وقائع القضية في أن وزير قدام المحاربين أنشأ مركز لاستضافة رعايا الحلفاء بعد الحرب تمهيداً لترحيلهم إلى بلادهم، حيث كان يستطيع أن يحتفظ لنفسه بالإدارة الكاملة للمركز، وأن يتعاقد مع الموردين لإرسال الأغذية إلى المركز، ومع بعض المستخدمين لتقديمه للرعايا، وفي تلك الأثناء كانت تلك العقود تعتبر من عقود القانون الخاص. ولكن الوزير فضل أن يتخلى عن هذه المهمة لصالح السيد bertin وزوجته في مقابل مبلغ مالي. وهنا ذهب مجلس الدولة إلى أن العقد

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

العقد بالمرفق العام على نحو ما بيناه سابقا لتكييف هذه العقود على أنها عقود إدارية، دون أن يلازمه بالضرورة عنصر الشروط الغير مألوفة في القانون الخاص. فهو كأصل عام يستلزم أن يكون اتصال العقد بالمرفق العام على درجة كبيرة من الارتباط، فإن لم يكن اتصال العقد بالمرفق على هذه الدرجة الكبيرة من الارتباط، أو لم يتصل به على الإطلاق، فهنا لا بد من توافر عنصر الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص، وهو ما عبر عنه القضاء الفرنسي بفكرة التنفيذ المباشر (L'exécution directe de l'Object même du service). أي أن يكون موضوع العقد ذا صلة فورية ومباشرة مع المرفق العام، واشترك المتعاقد مع الإدارة مباشرة في تسيير المرفق العام². وعليه يستبعد من نطاقه العقود التي يكون موضوعها توريد الوسائل المادية اللازمة لسير المرفق العام، كعقد توريد المواد اللازمة لقيام المرفق العام بمهامه.

أما في مصر فإن القضاء الإداري يستلزم اقتران شرط اتصال العقد بالمرفق العام بشرط تضمينه لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، على درجة من التساوي³، وهو ما أقرته محكمة القضاء الإداري المصرية بقولها: " المعيار المميز للعقود الإدارية عما عداها من عقود القانون الخاص التي تبرمها الإدارة هو موضوع العقد نفسه متى اتصل بالمرفق العام...مشاركا في ذلك وعلى درجات متساوية مع الشروط الاستثنائية غير المألوفة المضمنة في العقد"⁴.

بحسب موضوعه هو اشترك المتعاقدين في إدارة مرفق عام بما يعني تكليفهم بضمان إعادة اللاجئين إلى بلادهم، مما يعني انه قد عهد إليهم مهمة تنظيم وتسيير المرفق، وهذه الظروف كافية لإسباغ الصفة الإدارية على هذا العقد دون الحاجة للبحث عن مدى إحتوائه لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

¹ - M. Long - D. Weil - G. Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7^{eme} éd., Paris, 1974, pp. 442 et s.

² - في بعض الأحيان تكون مساهمة المتعاقد مع الإدارة بسيطة وهو ما لا يجعل منه مساهما في إدارة المرفق العام، وهذا ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في المنازعة التي جرت بين (Dame Mazerand) وإحدى الإدارات بخصوص عقد العمل الذي بينهما في أكتوبر 1946، بموجب أسندت إليها مهمة نظافة إحدى المدارس والعناية بأجهزة التدفئة أثناء فصل الشتاء، وفي سنة 1952 أسندت إليها مهمة حراسة الأطفال. وقد إعتبرت محكمة التنازع أن العقد المبرم في هذه المنازعة عن الفترة التي تسبق 1952 هو عقد خاص يتعلق بمجرد أجير مع الإدارة لا يشترك مباشرة في إدارة المرفق العام، في حين أنه منذ سنة 1952 وبعد تكليفها بحراسة الأطفال أثناء السنة الدراسية أصبح العقد إداريا على أساس أن المتعاقد تشترك مباشرة في إدارة المرفق العام. لمزيد من التفاصيل أنظر:

Jean- François AURY ; Olivier RAYMUNDIE, Le service public, Le moniteur, Paris, 2003, p. 22 et s.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 792.

⁴ - حكم المحكمة الإدارية الصادر في 25 جويلية 1976، في قضية رقم 1184 لسنة 14 قضائية.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعليه نستنتج أنه رغم أهمية عنصر اتصال العقد بالمرفق العام في تحديد الطبيعة الإدارية للعقد الإداري، إلا أنه يبقى عاجزا لوحده أمام تحديد هذه الطبيعة في بعض الحالات، وهنا تظهر الحاجة إلى عنصر آخر بجانبه ألا وهو عنصر الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص.

ثانيا: تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص:

تطبيقا لهذا العنصر، فإن العقد يكتسب الصفة الإدارية إذا تضمن شروطا استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص¹. فنتيجة للتطور الذي حدث في الوقت الحاضر، والذي ظهرت معه أنواع جديدة من المرافق العامة، لم يعد بالإمكان أن تخضع خضوعا تاما لقواعد القانون العام، وأصبح عنصر اتصال العقد بالمرفق العام غير كاف لتحديد الطبيعة الإدارية للعقد، لاحتمال أن تكون الإدارة قد اختارت وسيلة القانون الخاص، فظهرت عنصر تضمين العقد لشروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص.

وفيما يتعلق بتحديد مضمون الشروط غير المألوفة في القانون الخاص، فإن هذا الأمر لا يخلو من الصعوبات لأنه لا يمكن وضع قائمة جامعة مانعة لما يعتبر من الشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص.

ولكن دأب القضاء سواء في مصر أو فرنسا على استعمال صيغ عامة لدلالة على وجود هذه الشروط في العقد مصحوبة في بعض الأحيان ببعض صورها فقط².

وقد حاول القضاء الفرنسي ممثلا في مجلس الدولة الفرنسي في القليل من أحكامه وضع تعريف للشروط الاستثنائية الغير مألوفة في القانون الخاص، ومنها ما جاء في قراره الصادر في 20 أكتوبر 1950 في قضية stein حيث عرفها " تلك التي تمنح أحد الطرفين المتعاقدين حقوقا أو تحمله التزامات غريبة في طبيعتها عن تلك التي يمكن أن يوافق عليها من يتعاقد في نطاق القانون المدني أو التجاري"³.

¹- Mohamed KOBTAN , Le régime juridique des contrats du secteur public, Thèse de doctorat d'Etat, université alger, 23 janvier 1982, p. 47.

²- سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 88.

³- C. E., Section 20 octobre 1950, Stein, n° 98459, recueil Lebon, p. 505.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي حكم آخر صادر عن محكمة النزاع الفرنسية في تاريخ 27 جويلية 1950 في قضية Paulabeuf حاول القضاء أن يبرز الشروط التي إستند إليها لإضفاء الصفة الإدارية للعقد الإداري حيث يقول " وحيث أن الإتفاق المبرم بين الدولة والسيد Paulabeuf يحتوي شروط تخرج عن المألوف في القانون الخاص، فالمادة 5 منه تخضع المقاول لرقابة الإدارة وتوجيهها سواء فيما يتعلق بتنفيذ الأعمال التي كلف بها أو استغلال المحجر، كما أن المادة 6 تخول الدولة في حالة النقصير أن تتولى التنفيذ بنفسها، وأن تسترد بمقتضى أوامر بالدفع المبالغ التي تنفقها في هذا الخصوص دون اتخاذ أي إجراءات سوى إندار المقاول ..."¹.

وتجد الإشارة أنه ينبغي التمييز بين العقد الإداري المبرم وفقا لنظام الاستثنائي، والعقد الإداري المتضمن لشروط الاستثنائية غير مألوفة في القانون الخاص. فالواقع أن نطاق كل منهما مختلف عن الآخر، فإذا كانت العقود المتضمنة لشروط استثنائية تعتبر إدارية بسبب هذه الشروط التي تم نص عليها بإرادة المتعاقدين، فإنه فيما يتعلق بالعقود التي تبرم وفقا لنظام استثنائي فإن هذه الشروط منظمة طبقا للقوانين واللوائح التي تحدد إطارها القانوني وليس لإرادة الطرفين دخل فيها².

وقد توسع مجلس الدولة الفرنسي كثيرا في هذا الشأن وقضى باعتبار العقد عقدا إداريا رغم انه لم يتضمن شروطا استثنائية، لكن النظام القانوني الذي تولد عن تطبيقه هو نظام استثنائي ولا يوجد في مجال القانون الخاص، وذلك في قراره الصادر في 19 جانفي 1973 في قضية Société d'exploitation Electrique de la Rivier de saint³، والذي اعتبر العقود المبرم بين مؤسسة الكهرباء والمنتجي الطاقة الكهربائية، عقودا إدارية على أساس أنه وفقا للمرسوم الصادر في 20 ماي 1955 الذي ألزم مؤسسة الكهرباء بشراء الطاقة الكهربائية من منتجي الطاقة، وما تضمنته المادة 27 من دفتر الشروط الملحق بالاتفاقية المبرمة بين الدولة ومؤسسة الكهرباء، أنه في حالة الاختلاف على الشروط بين المؤسسة والمنتجين فإن وزير الكهرباء يسوي هذه الخلافات بعد اخذ رأي المجلس الأعلى للكهرباء

¹ - M. Long - D. Weil - G. Braibant, o p. cit., pp. 445 et s.

² - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص. 106.

³ - Conseil d'Etat, Section du 19 janvier 1973, n° 82338, recueil Lebon, p. 48.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

والغاز، وقرر مجلس الدولة أن العقود تخضع لنظام قانوني استثنائي مختلف عن ما هو مقرر في القانون الخاص مما يطبعه بطابع القانون العام¹.

على أن هذه الشروط الاستثنائية منها ما يتقرر لمصلحة الإدارة²، مثل حقها في الاستقلال بوضع شروط العقد أو تعديله أو تنفيذه أو إلغائه بإرادتها المنفردة في أي وقت وبدون إنذار، والرقابة على تنفيذ الالتزامات التي تضمنها العقد، وتنفيذ العقد بنفسها أو بواسطة الغير وعلى حساب المتعاقد معها عند إخلاله بالتزاماته.

ومنها ما يتقرر لمصلحة المتعاقد معها في مواجهة الغير³، مثل حقه في تحصيل بعض الرسوم من المنفعين، والاستفادة من نزع الملكية للمنفعة العامة، على أن منح المتعاقد مع الإدارة، هذه الامتيازات لا يكون إلا بالقدر الذي يستلزمه تنفيذ العقد.

وفي الأخير فإن الإنتهاء من استعراض المعايير التي قيلت بخصوص تمييز العقود الإدارية يجعلنا نتساءل عن موقف النصوص الجزائية من هذه المعايير؟.

بالعودة إلى تنظيمات الصفقات العمومية في الجزائر وفي مختلف المراحل نجد تذبذبا كبيرا وقعت فيه تلك النصوص بين كل مرحلة وأخرى فيما يخص مجال تطبيق قانون الصفقات العمومية، والأشخاص المعنوية المعنية بتطبيق قانون الصفقات، فأحيان توسع وأحيانا تضيق، ويرجع ذلك حتما لطبيعة كل مرحلة التي سن فيها النص القانوني.

وعلى العموم فإن موقف المشرع الجزائري يمكن توضيحه من خلال مرحلتين المرحلة السابقة على 2002 أي قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250⁴، حيث عرفت هذه المرحلة صدور ثلاث نصوص تعنى بتنظيم الصفقات العمومية، ابتداء من الأمر رقم 67-90⁵، ثم المرسوم رقم 82-145⁶، ثم المرسوم التنفيذي رقم 91-434⁷، والشيء المشترك المشترك بين هذه النصوص خاصة أمر 1967 ومرسوم 1982، أنها تميز بشمول أحكامها

¹ - Ahmed MAHIOU, Cours d'institution administrative, 3^{ème} éd., O.P.U., Algerie, 1981, p. 226.

² - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 797.

³ - محمد فضاء عبد الباسط، نفس المرجع، ص. 797.

⁴ - المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 52، لسنة 2002.

⁵ - الأمر رقم 67-145 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 52، لسنة 1967.

⁶ - المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أفريل 1980، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ج.، العدد 15، لسنة 1982.

⁷ - المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 أفريل 1991، المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 57، لسنة 1991.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لأشخاص القانون الإداري كالدولة والولاية والبلدية وجميع المؤسسات الاشتراكية سواء كان نشاطها تجاريا أو صناعيا¹، أما مرسوم 1991 فقد ضيق من مجال تطبيقه وهذا مانستشفه من نص المادة 2 التي حصرت مجال تطبيق هذا المرسوم على الإدارات العمومية، والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وبالتالي تم استبعاد المؤسسات ذات الطابع الصناعي والتجاري.

أما مرحلة مابعد 2002 وصدور المرسوم الرئاسي رقم 02-250، كان النصوص أكثر وضوحا، حيث نصت المادة 2 من ذات المرسوم على " لا تطبق أحكام هذا المرسوم إلا على الصفقات محل مصاريف الإدارات العمومية والهيئات الوطنية المستقلة والولايات والبلديات والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، بالإضافة إلى مراكز البحث والتنمية والمؤسسات العمومية الخصوصية ذات الطابع العلمي والتكنولوجي، والمؤسسات العمومية ذات الطابع العلمي والثقافي والمهني والمؤسسات ذات الطابع التجاري والصناعي عندما تكلف هذه الأخيرة بإنجاز مشاريع استثمارية عمومية بمساهمة نهائية لميزانية الدولة..."

وبالرجوع إلى المرسوم الرئاسي 15-247 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا، نجده ينص على الهيئات التي تخضع في تعاقدها لهذا المرسوم بقوله " لا تطبق أحكام هذا الباب إلا على الصفقات العمومية محل نفقات:

الدولة،

الجماعات الإقليمية،

المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري،

المؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري، عندما تكلف بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا، بمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو من الجماعات الإقليمية.

وتدعي في صلب الموضوع المصلحة المتعاقدة².

¹ - أنظر المادة 2 من الأمر رقم 67-145 المتضمن قانون الصفقات العمومية المشار إليه سابقا .، والمادة 5 من المرسوم رقم 82-145 المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، سابق الإشارة إليه.

² - المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ومن هنا نلاحظ أن النصوص الجزائرية أخذت بالمعيار العضوي والمعيار الموضوعي معاً، فالمعيار العضوي يظهر عندما قام المشرع بتحديد الأشخاص المعنوية العامة التي يسري على العقود التي تبرمها أحكام قانون الصفقات العمومية وهي الدولة، والجماعات الإقليمية، والمؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، والمؤسسات العمومية الخاضعة للتشريع الذي يحكم النشاط التجاري عندما تتكفل بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً وبمساهمة مؤقتة أو نهائية من طرف الدولة أو الجماعات الإقليمية، وفي هذه الفقرة الأخيرة يتجلى المعيار الموضوعي أي أن وجود الشخص المعنوي في العقد لا يكفي ليعتبر صفقة عمومية، بل لا بد من أن يتصل اتصالاً مباشراً بالمرفق العام ويتضمن شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، وهو ما عبر عنه المشرع الجزائري بقوله "...عندما تتكفل بإنجاز عملية ممولة كلياً أو جزئياً، وبمساهمة مؤقتة أو نهائية...".

المطلب الثاني: صور عن بعض أساليب إبرام العقود الإدارية.

تخضع الإدارة عند إبرامها للعقود الإدارية لعدة قيود لا يقابل مثلها الأفراد في عقودهم الخاصة، حيث يفرض عليها المشرع جملة من الإجراءات تلتزم الإدارة بإتباعها حفاظاً على المصلحة العامة والمال العام.

فجهة الإدارة ليست حرة تماماً في اختيار المتعاقد معها، إذ عليها في ذلك أن تسلك سبلاً محددة، وإجراءات نظمها القانون لضمان اختيار المتعاقد الذي يقدم أفضل الشروط من الناحيتين المالية والفنية. على أن يكون اختيارها للمتعاقد معها قائماً لأسباب موضوعية لا شخصية، دون محاباة لمتعاقد وتفضيله على آخر، وهذا كفالة لمبدأ المساواة بين المتعاقدين¹. وتجدر الإشارة أن عملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها لم تعد مسألة داخلية تهتم بها الدولة بمعزل عن غيرها من الدول، فلقد أصبح هذا الموضوع من أهم موضوعات العلوم القانونية والإدارية، وكان محل دراسة في المؤتمر العاشر للعلوم الإدارية الذي انعقد في مدريد في إسبانيا سنة 1956².

¹ عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002، ص. 191.

² إنقسم الرأي في هذا المؤتمر بين الدول في موضوع كيفية اختيار المتعاقد مع الإدارة إلى فريقين:

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وقد رسمت التشريعات المقارنة الإطار القانوني لعملية اختيار الإدارة للمتعاقد معها، وبينت أساليب هذا الاختيار، ولكل من هذه الأساليب حالاته ومجاله الذي لا يجوز أن يختلط من خلاله مع غيره من الأساليب.

على أن هذه أساليب قد مرت بمراحل مختلفة، بدأت بصورة واحد وهي المناقصة العامة كوسيلة وحيدة في تعاقدات الإدارة، لتظهر بعد ذلك صور أخرى لها كالمناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة، ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل ظهرت وسائل جديدة كالممارسة والاتفاق المباشر، على أن كل هذه الوسائل تصب في خانة منح الإدارة حرية أكبر في اختيار المتعاقد معها.

وقد بدأت أساليب التعاقد الإداري في فرنسا بالبداية باعتبارها مهد القانون الإداري بأسلوب المناقصة العامة، لتظهر بعد ذلك صور جديدة لها كالمناقصة المفتوحة والمناقصة المحدودة، وأعقب ذلك ظهور أساليب جديدة بجوار المناقصة كأسلوب الممارسة والاتفاق المباشر. وعلى كل حال تعد المناقصة هي الأسلوب العام للتعاقد، أما الممارسة والاتفاق المباشر فيكون اللجوء إليهما في حالات محددة وعلى سبيل الحصر¹، ليتطور بعد ذلك مفهوم المناقصة ويحل محله أسلوب طلب العروض الذي أصبح القاعدة العامة في تعاقدات الإدارة. أما في مصر والجزائر فإن الأمر لا يختلف كثيرا عن ما هو موجود في فرنسا فيما يخص أساليب التعاقد الإداري، وهو ما سنوضحه في هذا المطلب الذي سنتناول فيه أساليب إبرام العقود الإدارية بدء بأسلوب المناقصة (فرع أول)، ثم نتطرق بعد ذلك على أسلوب طلب العروض (فرع ثاني)، لنختم في الأخير بأسلوب التراضي (فرع ثالث)، مع توضيح أوجه الاختلاف بين المطبق في فرنسا ومصر والجزائر.

الفريق الأول: يضم مجموعة من الدول التي لا يوجد بها إجراءات محددة للتعاقد مسبقا، إنما تتميز بوجود موظفين مختصين ذوي خبرة يتمتعون بحرية اختيار الطرف الذي يتعاقدون معه، ولهم حق إبداء التوجيهات اللازمة للمتعهدين أثناء التنفيذ، ويخضعون في أداء واجباتهم للسلطة الرئاسية وهذا شأن الدول الأنجلوسكسونية.

الفريق الثاني: يجمع دول بها تشريعات تنظم الإجراءات الواجب اتباعها وينقسم هذا الفريق بدوره إلى قسمين: القسم الأول: يجعل للإدارة حرية كبيرة في اختيار طريقة التعاقد، على أن تلتزم بالقواعد المقررة، ومن هذه الدول اليونان وهولندا وألمانيا وسويسرا.

القسم الثاني: يجعل إلتحاق التنظيم إجباريا، بحيث تلتزم الإدارة باتباع الوسيلة المقررة قانونا، ومن هذه الدول من تجعل القيد عاما على جميع العقود مثل بلجيكا والنرويج، ومنها ما يأخذ بنظام مزدوج، فيفرض القيد في حالات ويسمح بالتححر منه في حالات أخرى، مثل اليابان والسويد وتركيا، للزميد حول هذا الموضوع أنظر عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، المرجع السابق، ص. 190 وما بعدها.

¹ - أس جعفر، العقود الإدارية، ط. 3، دار النهضة العربية، مصر، 2003، ص. 32.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الفرع الأول: المناقصة أسلوب التعاقد التقليدي والرئيسي.

تعرف المناقصة "بأنها مجموعة الإجراءات التي تتخذها الإدارة وفقا لأحكام القانون وبهدف التعاقد مع صاحب العطاء الأقل من حيث القيمة في إطار من العلانية، والمنافسة الحرة والمساواة¹".

على أن المناقصة تختلف عن المزايدة، حيث تستخدم المناقصة في حالة ما أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة عن طريق الغير، أما المزايدة فتستخدم في حالة ما أرادت الإدارة القيام بأعمال معينة لفائدة الغير أو التصرف في بعض أملاكها عن طريق البيع أو الإيجار، فالمناقصة تستهدف التعاقد مع من يقدم أقل عطاء أما المزايدة فتستهدف التعاقد مع من يقدم أكبر عطاء.

وتجد الإشارة أن كلا المفهومين يخضعان لنفس الإجراءات والأحكام القانونية، وإن كان اصطلاح المناقصة العامة هو الأكثر شيوعا في الحياة العملية.

ولقد كانت المناقصة هي الأسلوب الأوحد لإبرام العقود الإدارية في فرنسا، ويعتبر القانون الصادر في 31 يناير 1823 من أولى التشريعات التي نظمت المناقصات في فرنسا، والذي نص في المادة 12 على أنه: " تصدر أوامر ملكية لتنظيم أساليب العقود التي تبرمها الدولة."، ليصدر بناء على ذلك الأمر الصادر 4 ديسمبر 1836 محدد لطرق إبرام عقود الإدارة الذي حل محله مرسوم 18 نوفمبر 1882²، والذي عدل بعدد من المراسيم كذلك إلى أن صدر مرسوم 6 أبريل 1942³.

¹ -ANDRE de Laubadère, Traité élémentaire de droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1984, p. 425.

² - Décret du 18 novembre 1882, REGLES ET FORMALITES DES ADJUDICATIONS ET MARCHES PASSES AU NOM DE L'ETAT, J.O.R.F. n° 252, du 15 septembre 1882.

³ - Décret n° 1052, du 6 avril 1942, ACTION DE LA FORME DES MARCHES, J.O.R.F. n° 87, du 11 avril 1942.

ينبغي الملاحظة أن المشرع الفرنسي لم يقف عند هذا الحل، بل طور من النظام الذي يحكم طرق إبرام عقود الإدارة، حيث أنه في 17 جويلية 1964 صدر المرسوم رقم 729-64 الذي يطبق على جميع أنواع عقود الإدارة (Le code des marchés publics) وهو يحكم عقود الإدارة سواء خضعت للقانون العام أو القانون الخاص، مع التأكيد ان هذا المرسوم حدد طرق إبرام عقود الإدارة فقط دون الأحكام الموضوعية للتعاقد.

وقد ميز هذا المرسوم بين نوعين من العقود العقود قليلة الأهمية (Les petits contrats courants) والتي لا تزيد قيمتها عن 180 ألف فرنك، هذه العقود تبرم بلا شكليات محددة كما يجوز أن تبرم شفاهة. أما العقود كبيرة الأهمية (marchés publics) فيخضع إبرامها لنظام محدد سلفا تلتزم الإدارة باحترامه تحت طائلة بطلان تصرفاتها.، أنظر أنس جعفر العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 22.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي كل تلك المراسيم كانت المناقصة هي أسلوب الأساسي لاختيار المتعاقدين. غير أنه في سنة 1964 حصل تطور في طرق إبرام عقود الإدارة¹، أدخله المشرع الفرنسي بموجب المرسوم رقم 64-729² والذي حدد ثلاث طرق لإبرام العقود الإدارية وهي: أسلوب المناقصة بصورها المختلفة هي الطريقة الرئيسية في التعاقد، أسلوب الدعوة إلى التعاقد L appel d offres، وأسلوب الإتفاق المباشر.

ونظرا لأن إجراء المناقصة بصورته التقليدية قد تعرض لنقد واسع، حاول المشرع في المرسوم السابق إدخال تعديلات عليه، حيث أصبح للمناقصة نمطان أساسيان وفقا للتقنين الفرنسي هما:

- **المناقصة المفتوحة:** أي إتاحة الفرصة للكافة والسماح بالاشتراك فيها لمن يشاء، وقد يقتصر نطاقها داخل الدولة، وقد يمتد إلى الخارج.

- **المناقصة المحدودة أو المقيدة:** حيث يتم تحديد من يسمح لهم بالاشتراك فيها، فيقتصر حق الاشتراك في هذا النوع على أشخاص معينين يختارون وفق معايير فنية مسجلين في قوائم لدى السلطة الإدارية³.

والجدير بالذكر أن أسلوب المناقصة بصوره التقليدية قد تراجع في فرنسا، واتسع مجال استعمال الأسلوبين الآخرين (طلب العروض - التفاوض)، وذلك في خضم التعديلات التي جاءت بها القوانين المنظمة للصفقات العمومية لا سيما أسلوب طلب العروض لما يكفله للإدارة من حرية في اختيار المتعاقد معها⁴.

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 244.

² - Décret n° 64-729, du 17 juillet 1964, PORTANT CODIFICATION DES TEXTES REGLEMENTAIRES RELATIFS AUX MARCHES PUBLICS, J.O.R.F. n° 168, du 21 juillet 1964.

³ - Voir Art. n° 20 du Décret n° 64-729, du 17 juillet 1964, Précité.

⁴ - Les Articles n° 83 - 103 -104 du décret n° 2001 - 210 du 7 Mars 2001 Portant code des marchés Publics, modifié et complété par le décret n° 2004 - 15 du 07 janvier 2004, J.O.R.F. n° 06, du 8 janvier 2004.

وتجدر الإشارة أن هذا المرسوم خضع لعدة تعديلات منذ صدوره في 2001 كان آخرها:

- L'ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F. n°0169, du 24 juillet 2015.

- Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

فبصدور قانون العقود العامة الصادر بالمرسوم رقم 2001-210 المعدل بالمرسوم رقم 2004-15 في فرنسا المشار إليهما سابقاً، أصبح أسلوب طلب العروض هو الأسلوب الرئيسي لإبرام الصفقات طبقاً لنص المادة 26¹ منه التي نصت على أساليب إبرام العقود وهي :

- طلب العروض المفتوح،
- طلب العروض المحدود²،
- الإجراءات التفاوضية Procédures négociées³،
- إجراء الحوار التنافسي Procédure de dialogue compétitif⁴

¹ - Art. n° 26 " Les.marchés sont passés sur appel d'offres.

Toutefois, ils peuvent être passés selon une procédure négociée dans les cas prévus aux articles 35 et 84, selon la procédure de dialogue compétitif dans les cas prévus à l'article 36, selon la procédure de conception-réalisation dans les cas prévus à l'article 37, selon la procédure du concours dans les cas prévus à l'article 38, selon la procédure des marchés de définition dans les cas prévus aux articles 73 et 74 ou encore selon les procédures particulières prévues aux articles 30, 31, 68 et 74.

Les marchés peuvent aussi être passés selon une procédure adaptée lorsque le montant estimé du besoin est inférieur aux seuils fixés au II, au premier alinéa du III et au IV de l'article 28."

² - Art. n° 33 du Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, Précité. " L'appel d'offres est la procédure par laquelle la personne publique choisit l'offre économiquement la plus avantageuse, sans négociations, sur la base de critères objectifs préalablement portés à la connaissance des candidats.

L'appel d'offres peut être ouvert ou restreint.

L'appel d'offres est dit ouvert lorsque tout candidat peut remettre une offre. L'appel d'offres est dit restreint lorsque seuls peuvent remettre des offres les candidats qui y ont été autorisés après sélection..."

³ - Art. n° 34 du Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, Précité. " Une procédure négociée est une procédure par laquelle la personne publique choisit le titulaire du marché après consultation de candidats et négociation des conditions du marché avec un ou plusieurs d'entre eux.

Les marchés négociés sont passés avec ou sans publicité préalable permettant la présentation d'offres concurrentes. En l'absence de publicité préalable, ils sont passés soit après mise en concurrence, soit sans mise en concurrence."

⁴ - Art. n° 36 du Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, Précité. " La procédure de dialogue compétitif est une procédure à laquelle la personne publique peut recourir:

- a) Lorsqu'elle n'est pas en mesure de définir les moyens techniques pouvant répondre à ses besoins, ou,
- b) Lorsqu'elle n'est pas en mesure d'établir le montage juridique ou financier d'un projet.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

- المسابقة¹ Concours،

أما قانون العقود العامة الحالي صادر بموجب المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقاً، فقد كرس أسلوب طلب العروض بنوعيه المفتوح والمحدود كأسلوب رئيسي في إبرام صفقات الإدارة²، بالإضافة إلى تبنيه أساليب أخرى لم تنص عليها المراسيم السابقة، وهي الإجراءات التنافسي مع التفاوض³ Procédure concurrentielle avec négociation، الإجراءات التفاوضي مع الدعوة المسبقة للمنافسة Procédure négociée avec mise en concurrence préalable⁴، الحوار التنافسي Dialogue compétitif⁵، نظام الإقتناء الديناميكي⁶ Système d'acquisition dynamique، المزاد الإلكتروني Enchères électroniques⁷، المسابقة⁸ Concours.

Les conditions de recours à la procédure de dialogue compétitif mentionnées ci-dessus ne sont pas exigées pour les marchés de travaux dont le montant est compris entre 230 000 EUR HT et 5900000.EUR.HT.

Pour la mise en oeuvre de cette procédure, la personne publique définit un programme fonctionnel qui comporte des résultats vérifiables à atteindre ou qui précise les besoins à satisfaire. Les moyens de parvenir à ces résultats ou de répondre à ces besoins font l'objet de la part de chaque candidat d'une proposition.

La procédure de dialogue compétitif peut porter à la fois sur la définition d'un projet et son exécution, sauf pour la réalisation des ouvrages pour laquelle sont applicables les dispositions de la loi n° 85-704 du 12 juillet 1985 relative à la maîtrise d'ouvrage publique et à ses rapports avec la maîtrise d'oeuvre privée."

¹ - Art. n° 38 du Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, Précité., " Le concours est la procédure par laquelle la personne publique choisit, après mise en concurrence et avis du jury mentionné à l'article 25, un plan ou un projet, notamment dans le domaine de l'aménagement du territoire, de l'urbanisme, de l'architecture et de l'ingénierie ou des traitements de données, avant d'attribuer, à l'un des lauréats du concours, un marché. Le concours peut être ouvert ou restreint.

Le règlement du concours peut prévoir que les concurrents bénéficient du versement de primes."

² - Les Art. n° 26- 66- 67- 69 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

³ -Art. n° 71 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

⁴ -Art. n° 74 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

⁵ -Art. n° 75 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

⁶ -Art. n° 81 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

⁷ -Art. n° 84 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

⁸ -Art. n° 88 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما في مصر فقد نظم المشرع أساليب اختيار الإدارة للمتعاقد من خلال القانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية رقم 692 لسنة 2019 المشار إليهما سابقا، وقد أوردت المادة 7 منه وسائل التعاقد الإداري بقولها "1- يكون التعاقد على شراء أو إستئجار المنقولات، أو العقارات أو على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات والأعمال الفنية، بطريق المناقصة العامة، ويجوز إستثناء بقرار مسبب من السلطة المختصة، بناء على عرض إدارة التعاقدات إجراء هذا التعاقد بإحدى الطرق الآتية:

الممارسة العامة.

الممارسة المحدودة.

المناقصة المحدودة

المناقصة ذات مرحلتين.

المناقصة المحلية.

الاتفاق المباشر.

2- يكون التعاقد على بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، والترخيص بالإنتفاع أو إستغلال العقارات والمشروعات ومن ذلك المنشآت السياحية والمقاصف عن طريق مزيدة علنية عامة أو مزيدة بالمظاريف المغلقة...". وما يلاحظ على المشرع المصري أنه حدد نطاق تطبيق قانون المناقصات والمزيادات، بالنسبة لتعاقدات الإدارة في شراء المنقولات أو عقارات، ومقاولات الأعمال، وتلقي الخدمات، أو الأعمال الفنية، أو إستئجار المنقولات أو العقارات.

ومن ثم يمكن القول أن المشرع المصري الحالي حدد أساليب تعاقد الإدارة في نوعين:

الأساليب الأصلية: وهي المناقصة العامة.

الأساليب الاستثنائية: وتأخذ صورة الممارسة العامة والمحدودة المناقصة المحدودة والمحلية وذات مرحلتين، والاتفاق المباشر.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وقد عرف المشرع المصري المناقصة في المادة الثانية من لائحة المناقصات والمزايدات الصادرة بقرار وزاري رقم 542 لسنة 1957 بأنها " مجموعة الإجراءات المعن عنها وفقا للأوضاع المبينة بهذه اللائحة بقصد الوصول إلى المتناقص الذي يتقدم بأصلح عطاء.¹ وفي الجزائر فملاحظ أن التشريعات المنظمة للصفقات العمومية ابتداء من الأمر رقم 67 - 90 المشار إليه سابقا إلى غاية المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23² قد اعتمدت أسلوب المناقصة العامة في كل القوانين المتعاقبة لإبرام الصفقات العمومية، لكن على درجات متفاوتة، فمرة يعتبرها القاعدة العامة في إبرام الصفقات العمومية، ومرة كاستثناء، ما عدا المرسوم رقم 82-145 المشار إليه سابقا، فإنه تبنى أسلوب الدعوة إلى المنافسة كقاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية. في حين أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 الحالي المشار إليه سابقا الحالي قد اعتمد مصطلحا جديدا، وهو طلب العروض.

وقد عرف المشرع الجزائري المناقصة في المرسوم رقم 02-250 المشار إليه سابقا في المادة 21 بقوله " المناقصة هي إجراء يستهدف الحصول على عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة للعارض الذي يقدم أفضل عرض".³ كما حدد على سبيل الحصر أشكال المناقصة التي يمكن أن تلجأ إليها الإدارة المتعاقدة في التعاقد، وهي:

- المناقصة المفتوحة
- المناقصة المحدودة
- الاستشارة الانتقائية
- المزايدة
- المسابقة³.

والحقيقة أن معيار السعر الأقل هو الأصل في تحديد مفهوم المناقصة حسب المعنى المتعارف عليه في جميع التشريعات العالمية التي تعنى بموضوع التعاقد الإداري⁴.

¹ - أشار إلى ذلك مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، رسالة دكتوراه في القانون تخصص القانون العام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، مصر، 1979، ص. 264.

² - المرسوم الرئاسي رقم 12 - 23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج. العدد 04، لسنة 2012.

³ - أنظر المادة 23 من المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، سابق الإشارة إليه.

⁴ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 226.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

غير أنه بإستقراء التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري، فإنه لم يعتمد على معيار السعر الأقل في اختيار التعاقد، وإنما ارتكز على معيار الأفضلية، أي أفضل عرض من الناحية المالية والتقنية، وهو ما ذهب بالفقه إلى القول أن المشرع يخلط بين مفهوم إجراء المناقصة ومفهوم إجراء الدعوة إلى التعاقد أو طلب العروض، ولذلك كان عليه تبني مصطلح طلب العروض على أساس انه هو الأفضل والأنسب وهو ما سنوضحه في العنصر الموالي. وعليه يمكن القول أنه على الرغم من العمل بأسلوب المناقصة العامة بصورتها التقليدية لأمد طويل، إلا أن هذا الأسلوب قد تطور تحت تأثير العديد من الأفكار، فقد تبثت من الناحية العملية أن أسلوب المناقصة لم يحقق للإدارة ما كانت ترجوه من مزايا مالية، لأن جودة المنتج تتعارض مع رخص الثمن، ومن ناحية أخرى فإن الاعتبارات الفنية التي كانت تبدو في زمن ليس ببعيد ذات أهمية محدودة، أصبحت اليوم مع تقدم وسائل الإنتاج وظهور المرافق الصناعية والتجارية ذات أهمية كبيرة. كل هذا جعل من الاعتماد على أسلوب المناقصة لوحده غير كاف وعجل في ظهور أساليب أخرى كأسلوب الدعوة إلى التعاقد وأسلوب التراضي.

الفرع الثاني: أسلوب طلب العروض L appel d offres .

يقوم هذا الأسلوب على التخلص من الآلية التي يتسم بها أسلوب المناقصة العامة، ومن ثم تمنح للإدارة قدرا كبيرا من الحرية في اختيار المتعاقد معها ولكن في حدود معينة، وقد تم الاعتماد على هذا الأسلوب لأول مرة في التقنين الفرنسي الخاص بالعقود العامة بمقتضى المرسوم رقم 64-229 المشار إليه سابقا، ليصبح هذا الأسلوب في الوقت الراهن أسلوبا عالميا نظرا للميزات التي يتمتع بها بالمقارنة مع أسلوب المناقصة.

وقد عرف المشرع الفرنسي L appel d offres بأنه " الإجراء الذي من خلاله يستطيع الشخص المعنوي العام اختيار العطاء الأفضل من الناحية الاقتصادية، دون اللجوء إلى المفاوضات على أساس معايير موضوعية ومعروفة من قبل المترشحين¹ ".

¹ - Art. n° 33 du décret n° 2004-15, relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

في حين أن تبني المشرع الجزائري لهذا الأسلوب كقاعدة عامة في اختيار المتعاقد مع الإدارة جاء متأخراً، فبعد أن أخذ به في أول قانون لصفقات العمومية في سنة 1967 بموجب الأمر رقم 67-90 بجانب أسلوب المناقصة¹، وواصل اعتماده في المرسوم رقم 82-145 تحت مسمى الدعوى للمنافسة²، تخلى عليه في المرسوم رقم 91-434 المشار إليه سابقاً. أما بالنسبة للمرسوم الرئاسي رقم 02-250 فقد اعتمد مصطلح المناقصة، والذي عرفها في المادة 21 على نحو ما بيناه سابقاً، والذي قلنا أنه اعتمد فيه على معيار الأفضلية وليس معيار السعر الأقل في اختيار المتعاقد مع الإدارة، هذا من جهة، ومن جهة ثانية، فإنه باستقراء نص المادة 23 من نفس المرسوم نجدنا تنص على أشكال المناقصة وهي: المناقصة المفتوحة، المناقصة المحدودة، الاستشارة الانتقائية، المزيدة، المسابقة، لتأتي المادة 27 وتعرف المزيدة على أنها " إجراء يسمح بتخصيص الصفقة للمتعهد الذي يقترح أحسن عرض...". إن هذا التضارب في المصطلحات والمفاهيم أدى بالفقه في الجزائر إلى إنتقاد المشرع، والقول أنه قد خلط بين مفهوم إجراء المناقصة، ومفهوم إجراء طلب العروض الذي ورد في النص الفرنسي.

ونحن نقول حسب رأينا أن المشرع لم يخلط بين إجراء المناقصة وإجراء طلب العروض، وإنما هناك خطأ في الترجمة من النص الفرنسي إلى النص العربي، وأن المشرع عندما نص على المناقصة وعرفها في نص المادة 21 ثم عدد أشكالها في نص المادة 23، لم يكن يقصد المناقصة بمفهومها التقليدي، وإنما كان يقصد إجراء طلب العروض الذي لا يعتمد على المعيار المالي فقط في اختيار المتعاقد، بل يعتمد على معيار الأفضلية الذي يأخذ بعين الاعتبار الجوانب المالية والفنية للعقد.

وتجدر الإشارة أن هذه الأحكام هي نفس الأحكام التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236، المشار إليه سابقاً، والمراسيم المعدلة له فيما بعد.

¹- أنظر المادتين 32 و42 من الأمر رقم 67-90، المتضمن قانون الصفقات العمومية سابق الإشارة إليه.

²- أنظر المادة 26 من المرسوم رقم 82-145، المتضمن صفقات المتعامل العمومي سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ونتيجة للانتقادات السابقة صدر المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا في سنة 2015، والذي تخلي عن مصطلح المناقصة وتبنى مصطلح طلب العروض وأصبح هذا الأسلوب هو القاعدة عامة في إبرام الصفقات العمومية¹.

ويعرف أسلوب طلب العروض في المادة 40 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 بأنه " إجراء يستهدف الحصول على عدة عروض من عدة متعهدين متنافسين مع تخصيص الصفقة دون مفاوضات، للمتعهد الذي يقدم أحسن عرض من حيث المزايا الاقتصادية، استنادا إلى معايير اختيار موضوعية، تعد قبل إطلاق الإجراء...".
كما نصت المادة 42 من نفس المرسوم على أشكال طلب العروض الذي يمكن أن يكون وطنيا أو دوليا وفق الأشكال التالية:

- **طلب العروض المفتوح:** وهو إجراء يسمح من خلاله لأي مترشح مؤهل أن يقدم تعهدا من أجل التعاقد مع الإدارة².

- **طلب العروض المفتوح مع اشتراط قدرات دنيا:** وهو إجراء يسمح فيه لكل المترشحين الذين تتوافر فيهم بعض الشروط الدنيا المؤهلة التي تحددها المصلحة المتعاقدة مسبقا بتقديم تعهد من أجل التعاقد مع الإدارة.

ويتمثل مضمون الشروط المؤهلة في توافر القدرات التقنية والمالية والمهنية اللازمة لتنفيذ الصفقة محل التعاقد نتيجة لطبيعتها المعقدة، وأهميتها³.

- **طلب العروض المحدود:** وهو إجراء في شكل استشارة انتقائية، بحيث تقوم المصلحة المتعاقدة بانتقاء أولي للمترشحين الذين يمكنه فيما بعد تقديم تعهد من أجل التعاقد مع الإدارة، أو يمكن للإدارة أن تعد قائمة مفتوحة للمترشحين المؤهلين على أساس انتقاء أولي وتلجأ إليها مباشرة. وفي هذه الحالة يشترط تجديد الانتقاء كل 3 سنوات، وهذا إجراء خاص بالصفقات الخاصة بالدراسات أو العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة.

ويمكن للمصلحة المتعاقدة أن تقوم بهذا الإجراء على مرحلة واحدة عندما تتوفر لديها المواصفات التقنية المفصلة للصفقة محل التعاقد، والتي تعدها بناء على مقاييس ومتطلبات

¹ - أنظر المادة 39 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

² - أنظر المادة 43 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ - أنظر المادة 44 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وظيفية. وهذه هي القاعدة العامة، واستثناء يمكن أن يتم هذا الإجراء على مرحلتين في حالة عدم قدرة الإدارة على تحديد الوسائل التقنية اللازمة لتغطية حاجاتها¹.

على أنه في حالة اللجوء إلى إجراء طلب العروض المحدود على مرحلتين يتم دعوة المترشحين المؤهلين الذين جرى انتقاؤهم بصفة أولية في مرحلة أولى لتقديم عرض تقني دون العرض المالي، وبعد الفصل في مدى مطابقة هذه العروض التقنية الأولية لدفتر الشروط من طرف لجنة فتح الأظرفة وفق الإجراءات التي حددها القانون، يستدعى المترشحون الذين تم إعلان مطابقة عروضهم التقنية الأولية لدفتر الشروط للقيام بالمرحلة الثانية، وذلك بتقديم عرض تقني نهائي وعرض مالي².

- **المسابقة:** هي إجراء يضع رجال الفن في منافسة لاختيار مخطط أو تصميم قصد إنجاز عملية تتضمن جوانب تقنية أو اقتصادية أو جمالية أو فنية، على أن تمنح الصفقة بعد المفاوضات للمتسابق الفائز الذي يقدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية. وهذا الإجراء يتم اللجوء إليه في غالب الأحوال في مجال تهيئة الإقليم والهندسة المعمارية ومعالجة المعلومات. وقد استثنى المشرع صفقة الإشراف على إنجاز أشغال من طريق المسابقة إلا إذا تجاوز مبلغها اثني عشر مليون دينار (12.000.000)، ولم يتعلق موضوعها بالتدخل في مبنى قائم أو أشغال لا تحتوي على مهام التصميم³.

فيما نصت المادة 48 على أشكال المسابقة وهي المسابقة المحدودة، المسابقة المفتوحة مع اشتراط قدرات دنيا.

ويتبين من خلال تحليل المواد المنظمة لهذا الإجراء أنه إجراء مخصص للأشخاص الطبيعيين دون المعنويين، لأنه يركز على الجانب الفني، كما نلاحظ أن المشرع جانب الصواب عند استعمال مصطلح رجال الفن وجعلهم هم المعنيين فقط بهذا الإجراء، في حين أن إجراء المسابقة قد يخص رجال الاقتصاد وغيرهم من المختصين في شتى العلوم حسب مصلحة الإدارة.

¹ - أنظر المادة 45 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

² - أنظر المادة 46 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ - أنظر المادة 47 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول أنه رغم أهمية أسلوب طلب العروض، غير أن هناك حالات محددة تتطلب الاستعجال في إبرام العقود الإدارية مما يجعل اللجوء إلى طلب العروض غير ممكن، وهنا ظهرت الحاجة إلى أسلوب التراضي نظرا لما يكفله من حرية واسعة وسرعة للإدارة في التعاقد، فما مفهومه، وما هي حالاته؟.

الفرع الثالث: أسلوب التراضي كاستثناء.

يعرف هذا الأسلوب كذلك باسم الاتفاق المباشر، وتمنح من خلاله للإدارة حرية أكبر في اختيار المتعاقد معها، وتحرر فيه من كل القيود والآلية التي تتسم بها الأساليب الأخرى مع الاحتفاظ بمبدأي المنافسة والمساواة.

وقد أورده المشرع الفرنسي في قانون العقود العامة لسنة 1964 المشار إليه سابقا في نص المادة 103، بقوله هو الاتفاق الذي يبرم بين الإدارة وأحد المقاولين أو المتعهدين بعد المناقشة معه، ويتم التعاقد دون إتباع أي إجراءات كالمناقصة أو الممارسة.

وتم تحديد حالاته كآتي:

- العقود التي تبرم مع الجمعيات التعاونية الإنتاجية أو الجمعيات الحرفية أو الفنانين.
- العقود التي يكون موضوعها القيام بأبحاث ودراسات.
- حالة التجاء الإدارة للمناقصة أو الممارسة، ولم تصل الإدارة لنتيجة مرضية، أو كانت العطاءات المقدمة من الأفراد مقرونة بتحفظات غير مقبولة.
- حالة الإستعجال.
- حالة إفلاس المقاول أو المتعهد.
- الصفقات السرية.
- الأشياء المحتكرة.

وتجدر الإشارة أن إجراء الاتفاق المباشر أو التراضي قد تم التخلي عنه في قانون الصفقات الحالي في فرنسا¹، ويكمن القول أنه قد عوضه بأسلوب الإجراء التفاوضي مع الدعوة المسبقة للمنافسة، والإجراء التنافسي مع التفاوض².

¹- Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, Précité.

²- Voir les Art. n° 74 et 71, de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وقد عرفته المحكمة الإدارية العليا المصرية بأنه " تعاقّد الإدارة مباشرة مع المتعاقد الذي وقع اختيارها عليه دونما مناقصة أو مزايمة أو ممارسة، وتسلك جهة الإدارة سبيل التعاقد مباشرة متحللة من ضوابط وأحكام وقواعد المناقصة بصورها العامة..."¹.

وبالرجوع إلى نص المادة 7 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقاً، نجد أنها حددت نطاق تطبيق أسلوب الإتفاق المباشر على عقود شراء أو إستئجار المنقولات أو العقارات أو تعاقد على مقاولات الأعمال أو تلقي الخدمات أو الأعمال الفنية أو الدراسات الإستشارية، فيما حددت المادة 62 حالات التعاقد بطريق الإتفاق المباشر، وحدوده القصوى بقولها " ...- الحالات طارئة الناجمة عن الظروف الفجائية التي لم يكن في الإمكان توقعها أو التنبؤ بها، أو التي تتطلب الضرورة التعامل معها بشكل فوري، ولا تحتمل إتباع إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيتها.

- وجود مصدر واحد فقط لديه القدرة الفنية أو القدرة على تلبية متطلبات التعاقد أو لديه الحق الحصري أو الإحتكاري لموضوع التعاقد.
- تحقيق أغراض التكامل مع ما هو موجود، ولا يوجد له سوى مصدر واحد.
- عندما يكون موضوع التعاقد غير مشمول في عقد قائم، وتقضي الضرورة الفنية تنفيذه بمعرفة المتعاقد القائم بالتنفيذ.
- الحالات العاجلة التي يكون التعاقد فيها خلال مدة زمنية لا تسمح بإتخاذ إجراءات المناقصة أو الممارسة بنوعيتها، وذلك لضمان سلامة وكفالة سير العمل بالجهات الإدارية، وألا يكون ذلك ناجماً عن سوء التقدير أو التأخر في الإتيان بالإجراءات
- في حالة التوحيد القياسي مع ما هو قائم.
- في حالات تعزيز السياسات الإجتماعية أو الإقتصادية التي تتبناها الدولة...".

فيما نصت المادة 63 على أنه " يتم التعاقد بطريق الإتفاق المباشر بناء على ترخيص من: أ_ رئيس الهيئة، أو رئيس المصلحة ومن له سلطاته في جهات الأخرى، وذلك فيما لا يتجاوز قيمته خمسين ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 1654، لسنة 6 ق، بجلاسة 22 ديسمبر 1962، مجموعة السنة 8، ص. 299، أنظر كذلك فؤاد العطار، وسائل تعاقد الإدارة، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير 1954، ص. 260.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ب- الوزير المختص ومن له سلطاته، أو المحافظ فيما لا يتجاوز قيمته مائة ألف جنيه بالنسبة لشراء المنقولات أو تلقي الخدمات أو الدراسات الاستشارية أو الأعمال الفنية أو مقاولات النقل، ومائة ألف جنيه بالنسبة لمقاولات الأعمال.

ولرئيس مجلس الوزراء في حالة الضرورة القصوى، أن يأذن بالتعاقد بالطريق المباشر فيما يتجاوز الحدود المنصوص عليها في البند (2).

والملاحظ أن المشرع المصري في النص السابق قد قيد اللجوء إلى الاتفاق المباشر بضرورة أن تكون هناك حالات عاجلة تدفع الإدارة إلى التعاقد عن طريق الاتفاق المباشر، كما أنه قد حدد الجهات المختصة بالترخيص بالاتفاق المباشر.

أما في الجزائر فقد إهتم المشرع بتعريف التراضي عبر المراحل المختلفة للصفقات العمومية، فكان أول اعتماد لهذا الأسلوب في المادة 60 من الأمر رقم 67-90، والتي نصت على: " تسمى صفقات بالتراضي تلك التي تتفاوض فيها الإدارة بحرية مع المقاولين والموردين الذين تقرر التشاور معهم، وتمنح الصفقة لمن تختار منهم."، أما المرسوم التنفيذي رقم 91-434 فقد عرف إجراء التراضي في المادة 23 منه بقوله " هو إجراء تخصيص صفقة لمتعامل متعاقد واحد دون الدعوة الشكلية للمنافسة،

ويمكن أن يكتسي التراضي شكل التراضي البسيط أو شكل التراضي بعد الاستشارة، وتنظم هذه الاستشارة بكل الوسائل المكتوبة الملائمة دون أية شكليات أخرى..".، ليأتي نفس المرسوم وينص على أن اللجوء إلى التراضي لا يعفي المصلحة المتعاقدة من القيام بشكليات الاستشارة مسبقاً¹، ومن خلال هذه المواد يمكن أن نستنتج أن مبدأ المنافسة هو إلزامي حتى في إجراء التراضي بشكله معاً، وهذا ما تأكده المادة 39 التي لم تحدد الشكل المقصود بالاستشارة، مما يعني أنه يشمل الشكلين معاً، ما يجعلنا نتساءل عن الفرق بين التراضي البسيط والتراضي بعد الاستشارة في ظل هذا المرسوم؟.

وبصدور المرسوم الرئاسي 02-250 المعدل والمتمم المشار إليه سابقاً، حاول المشرع تقادي الانتقادات التي وجهت له، وكان أكثر وضوحاً بخصوص إجراء التراضي، وأزال كل الغموض الذي شاب هذا الأسلوب، حيث ميز بين نوعي التراضي ولم يخلط بينهما كما في القوانين السابقة، وجعل مبدأ المنافسة مرتبط بالتراضي بعد الاستشارة فقط، وذلك ما تأكد من

¹ - أنظر المادة 39 من المرسوم رقم 91-434، المشار إليه سابقاً.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

خلال المادة 3/22 بقولها " ... إن إجراء التراضي البسيط قاعدة استثنائية لإبرام العقود لا يمكن اعتمادها إلا في الحالات الواردة في المادة 37 من هذا المرسوم."، وتأتي المادة 38 وتنص على حالات التراضي بعد الاستشارة. مع التأكيد أن هذه الأحكام هي نفسها الأحكام التي جاء بها المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم المشار إليه.

وفي السياق ذاته ذهبت أحكام المرسوم الرئاسي الحالي رقم 15-247 المشار إليه سابقاً، حيث عرفت المادة 41 منه التراضي وأكدت على طابع الاستثنائي له، مما ينتج عنه أن المصلحة المتعاقدة ليس لها الحق في اللجوء إلى أسلوب التراضي إلا في حالات محددة بموجب القانون، فرغم أن هذا الأسلوب جاء للتخفيف من تقييد حرية الإدارة في التعاقد، غير أن الإدارة وجدت نفسها أكثر تقييداً بتحديد المشرع للحالات تحديداً دقيقاً.

وهذا التقييد راجع لخطورة هذا الإجراء وما قد يترتب عنه من نتائج سلبية تؤثر على المال العام، وتمس بحقوق المتعاملين الاقتصاديين الآخرين¹.

وباستقراء المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 نجدها تحدد حالات الشكل الأول من أشكال التراضي بقولها " تلجأ المصلحة المتعاقدة إلى التراضي البسيط في الحالات الآتية فقط..."، وقد حددتها كآتي:

الوضعية الاحتكارية للمتعامل الاقتصادي:

قد يحدث في بعض الأحيان أن لا يمكن تنفيذ الخدمات موضوع الصفقة إلا على يد متعامل متعاقد واحد يحتل وضعية احتكارية²، أو لاعتبارات فنية وثقافية تحتم اللجوء للتعاقد مع متعاقد معين، على أن توضح الخدمات المعنية بهذه الاعتبارات بقرار مشترك بين الوزير المكلف بالثقافة والوزير المكلف بالمالية. كمن ينفرد بامتلاك تقنية تكنولوجية اختارتها المصلحة المتعاقدة، وبالتالي يصبح القيام بإجراءات طلب العروض غير مجدي مادام أن هناك متعامل وحيد يستجيب لشروط التعاقد.

¹- BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie, Revue d'études et de critique social, n° 25, Alger, 2008, p. 114.

²- المقصود بالاحتكار حسب نص المادة 03 من الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، يتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج. العدد 43، لسنة 2003، التي عبرت عنه بوضعية الهيمنة بأنه " الوضعية التي تمكن مؤسسة ما من الحصول على مركز قوة اقتصادية في السوق المعنية من شأنها عرقلة قيام منافسة فعلية فيه وتعطيها إمكانية القيام بتصرفات منفردة إلى حد معتبر إزاء منافسيها أو زبائنها أو مموليها. "

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

حالات الاستعجال الملح:

- رغم أن المشرع لم يحدد ويضبط حالات الاستعجال الملح التي إذا توافرت يمكن للإدارة أن تلجأ إلى أسلوب التراضي، إلا أنه أحاطه مجموعة من الشروط:
- وجوب أن يتعلق الاستعجال بخطر داهم يمس ملك أو استثمار للمصلحة المتعاقدة أو الأمن العمومي، مع إلزامها تبيان عنصر الضرورة والاستعجال وتبريره تبريرا كافيا وهو ما عبر عنه المشرع بالاستعجال الملح أي المعلن.
 - يتجسد ذلك الخطر في الميدان مما يجعل إجراءات طلب العروض الشكلية وآجالها الطويلة لا تناسب للوقاية من ذلك الخطر.
 - عدم إمكانية توقع الظروف المسببة لحالة الاستعجال من طرف المصلحة المتعاقدة، لأنه لو حدث العكس لكان لازما على المصلحة المتعاقدة أن تتخذ الاحتياطات اللازمة للتقليل من آثارها للمحافظة على سلامة العين المهددة.
 - ألا يكون نتيجة مناورات للمماطلة، أي تماطل الإدارة في التدخل لحماية العين المهددة إلى أن تتعرض لخطر داهم للجوء إلى المتعاقد الذي ترغب فيه.

حالة التموين المستعجل:

- وتشبه هذه الحالة إلى حد بعيد الحالة السابقة ما عدا تخصيصها للتموين.
- وفي هذه الحالة تكون الإدارة في حاجة وفي ظرف وجيز لخدمة يتوقف عليها نشاطها، ولو أخضعتها لإجراءات التعاقد وفق أسلوب طلب العروض بما يتضمنه من إجراءات شكلية وآجال طويلة للحقت بها وبالاقتصاد أضرار¹، كحالة الكوارث الطبيعية التي تستدعي السرعة في اتخاذ القرارات وتحتم على الإدارة اللجوء مباشرة لممون أو مجموعة ممونين لتزويدها بالمواد محل التعاقد تغطية لحاجات المنكوبين.

وقد أخضع المشرع هذه الحالة بشروط هي :

- عدم توقع الظروف المسببة لهذه الحالة.
- ألا تكون نتيجة مناورات من طرف المصلحة المتعاقدة من اجل المماطلة في التدخل.

¹ - عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007، ص. 113.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

حالة مشروع ذي أهمية وطنية:

يمكن القول أن هذه الحالة قد فرضها الواقع العملي في مجال الصفقات العمومية، فقد كانت ولا تزال بعض الصفقات يستمر تنفيذها أكثر من 10 سنوات وربما لا يكتمل تنفيذها وهو ما أثر على الاقتصاد الوطني، مما جعل المشرع ينص على إمكانية إبرام الصفقات التي لها أهمية بالغة على المستوى الوطني، وتتفق عليها بمبالغ ضخمة عن طريق التراضي، بشرط خضوع قرار إبرامها لموافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج. أما إذا كان مبلغها يقل عن عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج فيخضع قرار إبرامها لموافقة مجلس الحكومة.

حالة دعم الإنتاج الوطني:

وهذه الحالة جاءت دعماً وتشجيعاً للإنتاج الوطني¹، بحيث يمكن للمصلحة المتعاقدة اللجوء إلى إجراء التراض إذا تعلق الأمر بدعم منتج وطني بشرط خضوع قرار إبرام الصفقة إلى موافقة مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج، أما إذا كان مبلغها يقل عن عشرة ملايين دينار 10.000.000.000 دج فيخضع قرار إبرامها لموافقة مجلس الحكومة.

عندما يمنح نص تشريعي أو تنظيمي مؤسسة عمومية حقاً حصرياً للقيام بمهمة الخدمة

العمومية:

قد يتدخل النص القانوني أحياناً ويخص مؤسسة عمومية وحدها بامتياز للقيام بخدمة عمومية معينة، وفي هذه الحالة فإن المصلحة المتعاقدة نفسها تكون مضطرة للتعاقد مع هذه المؤسسة صاحب الامتياز للحصول على حاجياتها من الخدمة.

أما عن حالات الشكل الثاني من أشكال التراضي فقد نصت عليها المادة 51 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 وتمثل في :

عند عدم جدوى الدعوة إلى المنافسة للمرة الثانية:

قد يتضح في بعض الأحيان أن القيام بإجراء الدعوة إلى المنافسة (طلب العروض) غير مجدي، كحالة عدم تسلّم أي عرض أو عرض واحد فقط، أو كانت العروض التي تم تقديمها غير مطابقة للشروط الواردة في دفتر الشروط، أو لعدم بلوغ أي من العروض التأهيل التقني

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 114.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الأولي أو تأهيل عرض واحد فقط¹، فيتحم على الإدارة إعادة القيام بإجراءات الدعوة إلى المنافسة للمرة الثانية، وإذا تكررت حالة عدم الجدوى للمرة الثانية، فهنا يمكن للمصلحة المتعاقد أن تنتقل من القاعدة العامة (طلب العروض)، إلى الاستثناء (التراضي) طبعا دون إعفائها من إجراء الاستشارة.

حالة صفقات الدراسات واللوازم والخدمات الخاصة:

لم يبين المشرع طبيعة هذا النوع من صفقات الدراسات واللوازم والخدمات، حيث وصفها بمصطلح " الخاصة " فقط، وهو ما أضفى عليها نوعا من الغموض، وبالتالي فإن الطبيعة الخاصة لهذه الصفقات هي التي تحتم على المصلحة المتعاقدة إتباع أسلوب التراضي بعد الاستشارة، كصفقات الدولة التي تكتسي طابعا سريا في إبرامها وتنفيذها، مثل صفقات وزارة الدفاع الوطني والأمن التي لا تتوافق وطبيعتها أسلوب طلب العروض.

على أن تحدد قائمة الخدمات واللوازم بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية في الدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة².

حالة صفقات الأشغال التابعة مباشرة للمؤسسات العمومية السيادية في الدولة:

يمكن القول أن هذه الحالة تخص نوعا معينا من صفقات الدولة التي تتعلق بعمليات متميزة بالدقة والسرية مثل الأمن والدفاع الوطني³، فهذا النوع يكتنفه الطابع السري الذي يتنافى مع الإعلان والنشر المعروف في طلب العروض، وهو ما جعل المشرع يعتبر هذه الحالة من حالات التراضي بعد الاستشارة.

على أن تحدد طبيعتها بموجب مقرر من سلطة الهيئة العمومية السيادية في الدولة أو مسؤول الهيئة العمومية أو الوزير المعني، بعد أخذ رأي لجنة الصفقات للهيئة العمومية أو اللجنة القطاعية للصفقات حسب الحالة⁴.

¹ - عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط.1، دار الهدى، الجزائر، 2010، ص. 105.

² - المادة 4/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

³ - الكاهنة زاوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 15-247، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة- الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر 2017، ص. 21.

⁴ - أنظر المادة 4/52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

حالة فسخ الصفقات التي تم منحها:

من المتفق عليه أن الإدارة تتمتع بسلطات واسعة تجاه المتعاقد معها بعد منح الصفقة وأثناء عملية التنفيذ، ومن أهم هذه السلطات سلطة فسخ العقد في حالة إخلال المتعاقد بالتزاماته، وفي هذه الحالة منح المشرع للمصلحة المتعاقدة إمكانية اللجوء إلى أسلوب التراضي بعد الاستشارة في حالة ما كانت طبيعتها لا تتلاءم مع آجال طلب عروض جديد.

حالة العمليات المنجزة في إطار إستراتيجية تعاون للحكومة:

وتخص هذه الحالة العمليات المنجزة في إطار تعاون حكومي، أو في إطار الاتفاقيات الثنائية المتعلقة بالتمويلات الامتيازية أو حالة تحويل الديون إلى مشاريع تنمية أو هبات. ويمكن القول أن هذه الحالة قد استحدثت كسبيل لتخليص الدولة من ديونها وذلك بتحويل تلك الديون إلى مشاريع تنمية¹.

وفي الأخير نقول أنه على الرغم من أن القانون حدد ضوابط مشددة عند اللجوء لأسلوب التراضي، إلا أن الممارسة العملية أكدت أنه تتم إساءة استغلال هذا الأسلوب، أنه أصبح بوابة للفساد من خلال إسناد الكثير من العمليات التعاقدية سواء كانت قيمتها المالية محدودة أو كانت بملايير، وهذا ما أكدته الكثير من التقارير الاقتصادية اليوم².

المبحث الثاني: تأثير التحول نحو الإدارة العامة الإلكترونية على مفهوم العقد

الإداري.

أصبح العالم اليوم يعيش تطورا كبيرا وملموسا في ميدان الاتصالات، وثورة هائلة في مجال تكنولوجيا المعلومات، وأصبحت هذه الأخير عنصرا جوهريا في جميع الأنشطة الحياتية، وكان ذلك انطلاقا بعقد القمة العالمية الأولى لمجتمع المعلومات في جنيف بسويسرا في مرحلتها الأولى بتاريخ 10 ديسمبر 2003 تحت رعاية الأمم المتحدة، والإتحاد الدولي

¹ - أنظر المرسوم الرئاسي رقم 11-427 المؤرخ في 11 ديسمبر، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلق بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع بالجزائر بتاريخ 12 جويلية 2011، ج.ر.ج.ج، العدد 68، لسنة 2011.

² - أنظر التقرير السنوي 2017، التطور الاقتصادي والنقدي للجزائر، بنك الجزائر، جويلية 2018.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

للإتصالات، وفي مرحلتها الثانية بتونس في نوفمبر 2005 سعياً لتحقيق أقصى استفادة من ثورة المعلومات والاتصالات¹.

وتجسيدا لذلك استجابت العديد من الدول وبادرت للاستفادة من تكنولوجيا المعلومات وخاصة في المجال الإداري ارتقاء بالمرافق العامة، وهذا راجع لتبنى العديد من الدول كفرنسا وإيطاليا والولايات المتحدة الأمريكية والإمارات العربية المتحدة ومصر والجزائر مشاريع الحكومة الإلكترونية²، وهو ما أدى إلى بروز نمط جديد من الإدارة العامة في ظل التحدي

¹ - للمزيد حول هذا الموضوع أنظر داوود عبد الرزاق الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، ط. 1، منشأة المعارف، مصر، 2007، ص. 6.

² - لقد بدأ مفهوم الحكومة الإلكترونية في الظهور على المستوى العالمي تدريجياً وكبادرة أولى أواخر سنة 1995، فقد بدأت هيئة البريد المركزي في ولاية فلوريدا الأمريكية تطبيقه على إدارتها، لكن الميلاد الرسمي والسياسي لهذا المفهوم، كان في مؤتمر نابولي بإيطاليا في شهر مارس سنة 2001، وقد أدى ذلك إلى تبني العديد من الدول لمشاريع الحكومة الإلكترونية كفرنسا والولايات المتحدة الأمريكية والإمارات العربية المتحدة ومصر والجزائر وغيرها من دول العالم.

ومن أبرز تطبيقات الحكومة الإلكترونية، القانون الفرنسي الذي يعد من أكثر القوانين في العالم اهتماماً بالحكومة الإلكترونية، حيث

صدر:

المرسوم الخاص بمواقع الإدارات العمومية على الإنترنت في 16 septembre 1997:

- Décret n° 97-851, du 16 septembre 1997, modifiant le décret n° 53-914 du 26 septembre 1953, portant simplifications de formalités administratives, J.O.R.F. n°0217, du 18 septembre 1997.

وفي 26 ديسمبر 2000 المرسوم الخاص المتعلقة بتبسيط الشكليات الإدارية:

- Décret n° 2000-1277, du 26 décembre 2000, portant simplification de formalités administratives et suppression de la fiche d'état civil, J.O.R.F. n°0300, du 28 décembre 2000.

وتعد هذه النصوص تحضيراً لدخول فرنسا إلى المجتمع المعلوماتي، حيث أعلنت برنامجها الخاص بمجتمع المعلومات (PAGST)

والمسمى برنامج العمل الحكومي للدخول إلى المجتمع المعلوماتي.

وما يلاحظ على مشروع الحكومة الإلكترونية في فرنسا أن هدفه هو تحسين العلاقة بين الإدارة والمواطن، على عكس مشروع الحكومة

الإلكترونية في الولايات المتحدة الأمريكية، حيث كانت البداية من تطوير إجراءات إبرام العقود الإدارية، أي تطوير العمل الإداري، ثم تطوير العلاقة بين المواطن و الإدارة.

وعلى المستوى العربي تعد دولة الإمارات العربية المتحدة من الدول الرائدة في مجال الحكومة الإلكترونية والإدارة العامة الإلكترونية، مما جعلها نموذجاً يحتذى به نحو الاقتصاد الرقمي، ومن أبرز تطبيقات الحكومة الإلكترونية ما ذهبت إليه الوزارات والمؤسسات الاتحادية الإماراتية في مجال منح التراخيص الصناعية، حيث تم توفير إمكانية استقبال طلبات الرخص من العملاء والجمهور الراغبين في التسجيل في الخدمة، وذلك بعد إدخال العميل كافة البيانات اللازمة والموافقات المطلوبة مباشرة في قاعدة البيانات دون عناء الحضور شخصياً إلى مقر الوزارات، ويسمح النظام للعاملين بمراجعة البيانات والتدقيق فيها، وهذا كله تشجيعاً للمستثمرين الأجانب على إقامة المشاريع.

ولم يقف الأمر عند هذا الحد، بل تعداه إلى تطبيقات أخرى في مجال الحكومة الإلكترونية، وأبرز مثال معروف عالمياً موقع بلدية أو حكومة دبي dm.gov.ae كأول دائرة حكومية تطلق خدماتها عبر الإنترنت، وتطلق إمكانية تسديد قسيمة مخالفة المرور إلكترونياً عن بعد دون الحاجة للذهاب إلى مقر الإدارة العامة للمرور لتسديدها. للمزيد حول موضوع الحكومة الإلكترونية أنظر: عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المتزايد أمام الإدارات التقليدية البيروقراطية، ونتج عنه تحولا جوهريا في طرق قيام الإدارة بأعمالها القانونية وأداء الخدمات العامة للمواطنين.

ونجد في كل دولة عوامل ظهرت في الواقع ودفعت لاعتماد الإدارة الإلكترونية على حسب وضع هذه الدولة الاقتصادي والسياسي أهمها:

- تسارع التقدم التكنولوجي والثورة المعرفية المرتبطة به التي مكنت الأفراد داخل المجتمع من الحصول على مستويات عليا من الخدمات العامة.

- التحولات الديمقراطية وما رافقها من إصلاحات سياسية وإدارية في سبيل الانضمام للهيئات الدولية كمنظمة التجارة العالمية، أو تلبية لمطالب جمعيات ومنظمات حقوق الإنسان المحلية والدولية.

- تزايد الضغط الشعبي على الحكومات وتطلعات المواطنين للحصول على خدمات أفضل وأسرع، والكفاءة في تقديم هذه الخدمات من خلال تخفيض التكاليف والتقليل من البيروقراطية.

- طلب المواطنين وخاصة لدى جيل الشباب الذي تعود على استخدام التكنولوجيا الحديثة والتي أصبحت جزءا مهما من روتين حياتهم.

- تكريس الشفافية والقضاء على الفساد الحكومي والرشوة وتعزيزا لثقة المواطنين بالإدارة.

- مطلب التنمية الاقتصادية، فالدول التي تتطلع إلى التطوير الاقتصادي يكون لديها دافع قوي نحو مشروع الإدارة الإلكتروني، خاصة لجذب الاستثمارات الأجنبية وتحسين صورتها أمام المستثمرين، ودخولا إلى اقتصاد المعرفة.

فالانتقال من مجتمع الصناعة إلى مجتمع المعلومات ترتب عليه تحول تدريجي من الأنشطة العادية إلى الأنشطة الإلكترونية، ولم تبق المعاملات الإدارية في منأى عن التغيير والتطور، خاصة وأنه من خصائص القانون الإداري أنه قانون مرن وسريع التطور يتأثر بالمتغيرات الاقتصادية والسياسية¹، فنشأ ما يعرف باسم الإدارة الرقمية أو الإدارة الإلكترونية التي تتميز بتقليص الإجراءات واختصارها، والسرعة في تنفيذها، وقد أصبح معيار التقدم والغنى، قدرة الدولة على اللحاق بركب الثورة المعلوماتية.

¹ - داوود عبد الرزاق الباز، المرجع السابق، ص. 44.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وبناء على ما سبق فإن مفهوم الإدارة العامة قد تغير في الشكل، ولكن في المضمون فتبقى أعمال الإدارة دائما تهدف إلى تحقيق المصلحة العامة دونما شك، مما يجعلنا نطرح تساؤل حول ما مدى تغير أعمال الإدارة التقليدية في ظل الإدارة الإلكترونية؟.

تملك الإدارة العامة وسائل مختلفة تعتمد عليها لإشباع الحاجات العامة، منها المادية كأموال العامة والموظفين العموميين، ومنها القانونية كالقرارات الإدارية التي يميزها عنصر الإلزام وتصدرها بإرادتها المنفردة. ونظرا لأن هذا الأسلوب وحده لا يحقق بالدرجة الكافية احتياجات المرافق العامة، فهي تلجأ للتعاون مع الأشخاص سواء العامة أو الخاصة وذلك عن طريق التعاقد¹.

وقد ترتب عن هذه الثورة في مجال المعلومات ظهور نوع جديد من العقود الذي تستخدم فيه وسائط الكترونية خاصة (شبكة الإنترنت)، وهو ما سمي بالعقود الإلكترونية، والتي يكون للأطراف بموجبها إمكانية تبادل الحوار عبر شبكة الإنترنت من خلال شاشة الحاسب الآلي، واقتران الإيجاب بالقبول دون أي اجتماع مادي في مجلس العقد.

وبظهور هذه هذا النوع الجديد من العقود ظهرت معه الحاجة إلى إيجاد قانون خاص بإبرامها وإثباتها وتنفيذها، لأن النظام القانوني الذي يحكم العقود التقليدية لم يعد يصلح للتطبيق على هذا النوع الجديد من العقود.

وباعتبار أن العقد يحتل أهمية كبيرة في نشاط الإدارة الذي تطور بانتشار العقود الإلكترونية في القانون الخاص، اتجهت القوانين المقارنة بما فيها التوجيهات الأوروبية وخاصة المشرع الفرنسي في قانون الصفقات العمومية إلى النص على إمكانية إبرام جهة الإدارة لعقود إدارية عبر الوسائط الإلكترونية². وهذا راجع لتبني العديد من الدول مشاريع الحكومة الإلكترونية.

¹ - حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة دراسات (علوم الشريعة والقانون)، المجلد 34، 2007.

² - Art. n° 56 du Décret n° 2004-15 du 7 janvier 2004 portant code des marchés publics, Précité., Les art. n° 40, 41, 42 du Décret n° 2016-360 du 25 mars 2016 relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وترتيباً على ما تقدم سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين يخصص المطلب الأول لإعطاء فكرة حول مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية، أما المطلب الثاني فستم التطرق فيه إلى مفهوم العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول: مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية.

مما سبق يتبين أن الإدارة الإلكترونية كمفهوم حديث هي نتاج تطور أفرزته تقنيات الاتصال الحديثة في ظل ثورة المعلومات، وازدياد الحاجة إلى توظيف التكنولوجيا الحديثة في علاقات المواطن مع المؤسسات الحكومية. فالإدارة الإلكترونية من الكلمات التي لقيت رواجاً في العصر الحالي خاصة في الدول النامية باعتبارها تطبيق رائد يعمل على معالجة المشاكل في تقديم الخدمات للأفراد وقيام الإدارة بأعمالها¹.

ولما كان القانون يعبر عن احتياجات المجتمع، فإنه من الضروري أن يهتم رجاله ببحث الموضوعات الجديدة، بغرض تهيئة المناخ القانوني للتعامل مع هذا الجديد والاستفادة من التطور التقني الحديث دون المساس بالحقوق والحريات العامة التي كرستها الدساتير ونظمتها القوانين، وهذا يعد من أهم واجبات القانون وأخطر مهامه في المجتمع.

والحقيقة أن الفقه القانوني عند قيامه بدوره في بحث وتمحيص هذا التقدم العلمي في مجال المعلومات تحكمه ضوابط لا يملك الخروج عنها، وأول هذه الضوابط الحرص على الدقة وسلامة التحليل للمصطلح القانوني الناشئ عن التقدم التكنولوجي كمصطلح الإدارة الإلكترونية.

وانطلاقاً من هذا، وللوقوف على المعنى الحقيقي للإدارة الإلكترونية في هذا المطلب لا بد من الخوض بداية في تعريف الإدارة الإلكترونية (فرع أول)، ثم تمييز الإدارة الإلكترونية عن الحكومة الإلكترونية (فرع ثاني)، والتطرق في الأخير لخصائص الإدارة الإلكترونية (فرع ثالث).

¹ - داود عبد الرزاق الباز، المرجع السابق، ص. 45.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الفرع الأول: تعريف الإدارة الإلكترونية.

على الرغم من حداثة مصطلح الإدارة الإلكترونية¹، فإن جهودا مهمة بذلت لتطوير هذا الموضوع، باعتبار الإدارة هي وسيلة الدولة في التعامل مع أفرادها من خلال مرافقها التي تقدم خدمات للمرتفقين، وميزة الإدارة الإلكترونية أنها تعتمد على تقديم الخدمات في الشكل الإلكتروني دون الحاجة إلى وجوب الذهاب لتلك المرافق.

فهي تقوم على فكرة تحويل الأعمال الإدارية الورقية إلى أعمال إلكترونية، ويطلق عليها عدة مسميات منها الإدارة عن بعد، الإدارة بلا أوراق، الإدارة بلا مكان²، كما أن هناك من يصفها بنظرية الخدمات العامة عن بعد، أو نظرية الإجراءات الإدارية عن بعد.

وعليه تعددت التعاريف التي قيلت في شأن الإدارة الإلكترونية نذكر منها: أنها "منظومة الأعمال والأنشطة التي يتم تنفيذها الكترونيا وعبر الشبكات"³. كما تعرف بأنها "تحول الحكومة والإدارة العامة وجهات القطاع الخاص نحو قضاء وظائفها ومهامها فيما يتعلق بخدمة الجمهور أو فيما بينها بطريقة إلكترونية عن طريق تسخير تقنية المعلومات ووسائل الاتصالات الحديثة في أداء هذه المهام"⁴.

إن هذا التعريف قد ركز عن الشكل الذي تؤدي فيه الخدمة حيث فرق بين الإدارة التقليدية التي تعتمد على الشكل الورقي في القيام بأعمالها وتعاملاتها المباشرة مع الأفراد المنتفعين، وتحولها إلى الشكل الإلكتروني. ولم يحدد الوسيلة، حيث تركها مفتوحة على أي شكل إلكتروني، كما أنه اشتمل على القطاع العام والقطاع الخاص الشيء الذي يدل على أنه لا فرق بين الإدارة العامة والإدارة الخاصة.

¹ تعود بدايات ظهور الإدارة الإلكترونية لإنتشار استخدام الحاسوب في أنشطة الأعمال في منتصف الثمانينيات حيث بدأت الدول الأسكندنافية بمشروع القرى الريفية تحت مسمى القرى الإلكترونية (villages Electronic)، ويهدف إلى وصول تلك القرى إلى بعض الخدمات التي تلبية احتياجات سكان المناطق البعيدة عن المدن، والحصول على المعلومات بواسطة التقنية الحديثة، وسميت باسم المراكز البعيدة. ويعد الدكتور "الارس" من جامعة أدونيس بالدماركة رائد هذه التجربة تحت رعاية شركة DELL. وفي سنة 1995 تبنت هيئة البريد في الولايات المتحدة الأمريكية في ولاية فلوريدا تطبيق الإدارة الإلكترونية، إلا أن الميلاد الرسمي لها كان في مؤتمر نابولي بإيطاليا في مارس 2001. للمزيد حول نشأة نظام الإدارة الإلكترونية، أنظر علاء عبد الرزاق السالمي، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.

² عبد الله بن يعيد آل دحوان، المرجع السابق، ص. 2.

³ ياسين سعد غالب، الإدارة الإلكترونية وأفاق تطبيقاتها العربية، ط. 1، معهد الإدارة العامة، السعودية، 2005، ص. 22.

⁴ عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2003، ص. 45.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

في حين ركزت تعريفات أخرى على محاولة إظهار مدى إمكانية اختصار الوقت والسرعة في إنجاز المعاملات وتقريب المسافات، فعرفت الإدارة الإلكترونية بأنها "إنجاز المعاملات الإدارية وتقديم الخدمات العامة عبر شبكة الانترنت، دون أن يضطر العملاء للانتقال إلى الإدارات شخصياً لإنجاز معاملاتهم مع ما يترافق من إهدار للوقت والجهد والطاقات".¹

ويعرفها البعض الآخر بأنها " مرادف لعمليات تبسيط الإجراءات الحكومية الإدارية وتيسير النظام البيروقراطي أمام المواطنين من خلال إيصال الخدمات لهم بشكل سريع وعادل، في إطار من النزاهة والشفافية والمساءلة الحكومية"².

ويعرف البنك الدولي الإدارة الإلكترونية بأنها "مصطلح حديث يشير إلى استخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات من أجل زيادة كفاءة وفعالية وشفافية ومساءلة الحكومة فيما تقدمه من خدمات إلى المواطن ومجتمع الأعمال، وتمكينهم من المعلومات، بما يدعم كافة النظم الإجرائية الحكومية ويقضي على الفساد، وإعطاء الفرصة للمواطنين للمشاركة في كافة مراحل العملية السياسية والقرارات المتعلقة بها، والتي تؤثر على مختلف نواحي الحياة"³. ويأتي هذا التعريف في الإطار الإرشادي للبنك الدولي في نشر مبادئ الحكم الراشد باعتبار أن الإدارة الإلكترونية هي إحدى وسائل تطبيقه.

كما تعرف بأنها "إطار يشمل كل الأعمال الإلكترونية (دلالة على الإدارة الإلكترونية للأعمال) للحكومة الإلكترونية والموجهة للمواطنين أو موجهة للأعمال أو الموجهة لمؤسسات

¹ - علي حسن باكير، المفهوم الشامل للإدارة الإلكترونية، مجلة آراء حول الخليج، مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، العدد 23، 2006، ص.8.

² - عبد الفتاح مطر عصام، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. 34.

³ - « EGovernment can be defined as the government's use of information communication technologies to provide citizens and businesses the opportunity to interact and conduct business with government by using different electronic media such as touchpad telephone, fax, smart cards, self-service kiosks, e-mail / Internet and EDI. This is how the government organizes itself: it defines the rules of administration, the rules, the regulations and the communication frameworks to ensure the delivery of services and to coordinate and integrate the processes within it. », <http://www.europa.eu.int>, le 02/ 09/ 2018.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ودوائر الحكومة المختلفة.¹ وقد حاول هذا التعريف التمييز بين الإدارة الإلكترونية وبعض المصطلحات المشابهة لها مثل الحكومة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية. وعرفت أيضا بأنها قدرة القطاعات الحكومية على تبادل المعلومات وتقديم الخدمات فيما بينها وبين المواطن وبين قطاع الأعمال بسرعة ودقة عالية بأقل تكلفة عبر شبكة الإنترنت، مع ضمان سرية وأمن المعلومات المتناقلة (في أي وقت وفي أي مكان) معتمدة على مبدئين هما:

الأول (تقني): يتمثل في إعداد المعلومات إلكترونيا وتناقلها عبر شبكة الإنترنت وضمن دقتها وسريتها من خلال إنشاء بوابة إلكترونية.

الثاني (إجرائي): يتمثل في تنفيذ المعاملات والخدمات عن بعد مع ضمان صحتها ومصادقتها.²

وتجد الإشارة إلى أن الجزائر لم تعرف هكذا نوع من الإدارات العامة إلا حديثا، وهو ما ساهم في ندرة الدراسات التي تناولت مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية باعتبارها من الدول الحديثة التي بدأت في التعامل الإلكتروني تدريجيا، لكن هذا لا يمنع من وجود رؤية مستقبلية للتحول نحو الإدارة الإلكترونية ولو بخطى ثقيلة.

ففي تصريح لوزير الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية³ سنة 2018 بأنها سنة عصرنه بإمتياز، وذلك لما كانت تعكف عليه دائرته الوزارية من مشاريع عدة تخص المضي قدما في استغلال تكنولوجيا الإعلام والاتصال، من خلال العمل على تجسيد البلدية الإلكترونية بعد تجربتها في عدة بلديات بالجزائر العاصمة بالإضافة إلى استكمال مشروع الشباك الموحد عبر كامل بلديات الوطن.⁴

وفي نفس السياق نوه السيد الوزير آنذاك بالتقدم الحاصل في مجال جواز السفر وبطاقة التعريف البيومترين، إضافة إلى ذلك أشار إلى سعي وزارة الداخلية إلى مواصلة عصرنه

¹ - ياسين سعد غالب، المرجع السابق، ص.21.

² - توفيق عبد الرحمن، الإدارة الإلكترونية، مركز الخبرات المهنية للإدارة، القاهرة-مصر، 2003، ص.95.

³ - كان يتولى تلك الوزارة آنذاك السيد نور الدين بدوي.

⁴ - وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، الحصيلة السنوية للدائرة الوزارية:

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مختلفة الوثائق بداية من 2019 في إطار مشروع الجزائر الإلكترونية (رخصة السياقة البيومترية، والبطاقة الرمادية البيومترية)¹.

ومما نلاحظه في تعريفات السابقة تناولها لنظام الإدارة الإلكترونية من منظور علم الإدارة فقط، وافتقارها للبعد القانوني الذي يهمننا في هذا المقام، خصوصاً وأن هذا النظام الجديد لا يخرج عن نطاق منح الإدارة القدرة على تأدية وظيفتها بموجب أحكام القانون الإداري تحقيقاً للمصلحة العامة، وما يترتب على ذلك من استعمالها لامتيازات وسلطات أمر في مواجهة الأفراد في مباشرة أعمالها سواء القانونية أو المادية. وعليه يعرف الباحث الإدارة الإلكترونية بأنها: " بديل جديد يعيد النظر في طبيعة العلاقة بين الدولة والمواطن، انطلاقاً من تغيير حاصل في مفاهيم الإدارة العامة ومضمون الخدمة العمومية، يمكن الإدارة العامة من القيام بكافة المعاملات الإدارية والأعمال القانونية وتلبية حاجات المواطنين من خلال شبكات المعلومات وقواعد البيانات، وباستخدام العنصر البشري وسائل الاتصال الحديثة بسرعة وكفاءة عالية دون التقيد بالزمان والمكان في حدود القانون والتنظيم المعمول به تحقيقاً للمصلحة العامة".

الفرع الثاني: تمييز الإدارة الإلكترونية عن الحكومة الإلكترونية.

تعتبر تكنولوجيا المعلومات الخلفية التي ساعدت في خلق مبادئ اقتصاد جديد فحواه المعرفة سمي باقتصاد المعرفة²، مما أدى إلى ظهور مصطلحات جديدة غامضة قد يختلط مفهومها بمفهوم الإدارة الإلكترونية، كمصطلح الحكومة الإلكترونية والتجارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية.

¹ - وزارة الداخلية والجماعات المحلية والتهيئة العمرانية، الحصيلة السنوية للدائرة الوزارية، المرجع السابق.

² - بالإنجليزية Knowledge Economy : تعني الاقتصاد المعتمد على صناعة وتداول وتقييم المعرفة، حيث تقل فيه الأهمية المترتبة على تكاليف العمالة، كما لا يستخدم المفاهيم التقليدية للاقتصاد، مثل الندرة في الموارد. ويُعرف اقتصاد المعرفة بأنه نوع من أنواع الاقتصاد الذي يعتمد نموه على نوعية وكمية المعلومات المتاحة، والقدرة على الوصول إليها. ومن التعريفات الأخرى لاقتصاد المعرفة أنه نوع من أنواع الأنظمة الاقتصادية، يعتمد الإنتاج والاستهلاك فيه على استخدام رأس مال فكري، وغالباً يحصل اقتصاد المعرفة على حصة كبيرة ضمن النشاطات الاقتصادية الخاصة بالدول ذات النمو الاقتصادي المتقدم. للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر: ربحي مصطفى عليان، إدارة المعرفة، ط. 1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وإزالة للغموض واللبس الذي يكتنف هذه المصطلحات، وحتى يتضح لنا مفهوم الإدارة الإلكترونية جيدا سنحاول فيما يلي تمييز الإدارة الإلكترونية عن هذه المفاهيم المشابهة، خاصة مصطلح الحكومة الإلكترونية الذي سنركز عليه بشكل كبير.

بداية تجدر الإشارة إلى ضرورة التمييز بين مفهوم الإدارة الإلكترونية والأعمال الإلكترونية حتى لا يتم الخلط بينهما، إذ أن هذه الأخيرة تعتبر أوسع نطاقا من نظام الإدارة الإلكترونية، لأن العمل الإلكتروني قد يكون عملا إداريا أو مدنيا أو تجاريا، بل إنه أحيانا يشكل جريمة يعاقب عليها القانون، كأعمال القرصنة الإلكترونية مثلا. أما الإدارة الإلكترونية فينحصر نطاقها في الأعمال ذات الطابع الإداري بهدف تحويلها من شكلها الورقي إلى شكل إلكتروني.

بالإضافة إلى ذلك لا بد من التمييز بين نوعي الإدارة الإلكترونية حيث توجد الإدارة العامة والإدارة الخاصة الإلكترونية، ذلك أن الواقع الإلكتروني مثلما فرض نفسه على الإدارات العامة "الحكومية"، فرض نفسه كذلك على القطاع الخاص "الإدارات الخاصة" كشركات التجارية والبنوك، بل إن القطاع الخاص قد سبق القطاع الحكومي في توظيف الواقع الإلكتروني في أداء أعماله، والإستفادة من وسائله المتعدد في الترويج لمنتجاته وبيعها عبر شبكة الإنترنت "التجارة الإلكترونية"¹.

أما بالنسبة لمصطلح الحكومة الإلكترونية فإنه مازال مفهوما نسبيا غير متبلور في الوقت الحاضر، بسبب أنها مازالت إلى حد الآن في مراحلها الأولى. فيعرفها البعض بأنها "النسخة الافتراضية عن الحكومة الكلاسيكية، مع فارق مفاده أن الحكومة الإلكترونية تعيش في الشبكات وأنظمة المعلومات والتكنولوجيا، وتحاكي وظائف الحكومة الكلاسيكية التي تتواجد بشكل مادي في أجهزة الدولة، حيث تهدف إلى تقديم الخدمات الحكومية على اختلافها عبر الوسائط الإلكترونية وأهمها الإنترنت ووسائل الإعلام والاتصال"².

كما تعرف بأنها "النشاطات الحكومية المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية بين مختلف المستويات الحكومية، المواطنين، مجتمع المعلومات من أجل الإمداد بالمنتجات والخدمات،

¹ - ناجح أحمد عبد الوهاب، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص. 91.

² - عباس بدران، الحكومة الإلكترونية من الإستراتيجية إلى التطبيق، ط. 1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، لبنان، 2004، ص. 46.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وإصدار القرارات، واستقبال الأوامر، مع ضمان حماية ومتابعة المعلومات وإتمام المعاملات المالية¹.

وعرفت أيضا بأنها " أتمتة أو مكننة² التعامل بين الدوائر الحكومية فيما بينها من جهة، والدوائر الحكومية وقطاع الأعمال والمواطنين من جهة ثانية، باستخدام البرمجيات الحديثة ووسائل الإعلام والاتصال والإنترنت"³.

ومن بين التعاريف التي قيلت أيضا أنها " استخدام تكنولوجيا المعلومات وتكنولوجيا الاتصال لتعزيز إمكانية الدخول للخدمات الحكومية ونشر المعلومات عبر شبكات الاتصال الإلكترونية لخدمة المواطن والموظفين في إطار من الشفافية والنزاهة والمساءلة الحكومية"⁴. وقد ثار خلاف بين الفقه بشأن ترادف مصطلحي الإدارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية، وأيهما الأفضل لتعبير عن التطور الحاصل في مجال العمل الإداري⁵، فهناك من يفضل استعمال مصطلح الحكومة الإلكترونية بدلا من الإدارة الإلكترونية وهو يقصد هذه الأخيرة، حيث يعتبرهما مترادفان لنفس المفهوم، فهل هذا صحيح؟.

ومن المعروف في فقه القانون الدستوري أن اصطلاح الحكومة يستعمل للدلالة على معان مختلفة، فقد يقصد به الوزارات، أو السلطة التنفيذية بفرعها رئيس الدولة والوزارات، هذا من ناحية أولى. ومن ناحية ثانية، فإن السلطة التنفيذية تعرف بوصفين هما الحكومة والإدارة العامة. وهناك فرق بين هذين المصطلحين، فالحكومة ترتبط بالسياسة وممارسة الحكم، وتسمى أعمالها بأعمال السيادة في غالب الأحيان نظرا لطبيعتها الخاصة. أما الإدارة العامة

¹ - إيمان عبد المحسن زكي، الحكومة الإلكترونية مدخل إداري متكامل، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة-مصر، 2009، ص. 18.

² - الأتمتة أو المكننة أو التشغيل الآلي (Automatique) : هو مصطلح مستحدث يطلق على كل شيء يعمل ذاتيا بدون تدخل بشري، وهي تهدف إلى جعل المتعامل أكثر اعتمادا على الآلات بدلا من الإنسان. وهو لفظ غريب عن اللغة العربية.

³ - نور الدين حروش-رفيقة حروش، علم الإدارة من المدرسة التطبيقية إلى الهندرة، ط. 1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2015، ص. 257.

⁴ - صلاح الدين الهيتي-نعمة عباس الخفاجي، تحليل أسس الإدارة العامة-منظور معاصر، دار اليازوري العلمية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009، ص. 150.

⁵ - نتيجة لهذا الخلاف اعتبر جانب من الفقه أننا بصدد إدارة لا حكومة، بينما يرى آخرون العكس، في حين يخلط الرأي الثالث بينهما ولا يثير أي تفرقة، وفي المقابل نجد جانب من الفقه (الرأي الراجح) يعطي لنظام الحكومة الإلكترونية معناه واسعا في علاقته بالنظام الآخر، وينتهي إلى أن نظام الحكومة الإلكترونية يشمل نشاط الإدارة القائم على تقديم خدماتها للجمهور عبر الإنترنت، وقريب من ذلك نجد من يرى عدم وجود اختلاف واضح بين النظامين إلا من حيث النطاق فقط. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر حكيم السياب، الإعلام الآلي والقانون، ط. 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2013، ص. 99.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

فيقصد بها الوجه الإداري للحكومة، والذي يتجسد من خلال إدارتها للمرافق العامة وتقديم الخدمات للأفراد، وتلبية الحاجات العامة، فهي أكثر احتكاكا بالأفراد.

وعلى ذلك، فإن استعمال اصطلاح الحكومة الإلكترونية للدلالة على مفهوم الإدارة الإلكترونية أمر خاطئ، لأنه بمقارنة المعنى الشائع للحكومة الإلكترونية الذي يقصده من يعتبرهما مترادفان - نفس مفهوم الإدارة الإلكترونية -، بالمفهوم الدستوري لمصطلح الحكومة، فإننا نجد عدم تطابق في المعنيين. فمن جهة لا يمكن أن نطلق على هذا المعنى الحالي للحكومة الإلكترونية - الوجه الإداري لحكومة وتقديم المرافق العامة لخدماتها بطرق إلكترونية - لفظ حكومة-، فالحكومة بمعنى السلطة التنفيذية هي أكبر من ذلك، ومن جهة ثانية، فإنه لا يمكن توسيع مفهوم مصطلح الإدارة العامة الإلكترونية ليشمل مفهوم الحكومة على اختلاف معانيها التي أشرنا لها سابقا.

وبالإضافة إلى ذلك، فإن الحكومة حتى ولو استخدمت الوسائل الإلكترونية، فلا يعنى ذلك أن نطلق عليها اسم الحكومة الإلكترونية، فثمة فرق بين الحكومة الإلكترونية والإلكترونية الحكومة أي استخدامها للمعطيات الإلكترونية¹.

وعليه فإنه لا يجوز التساهل في هذا الخلط بحجة شيوع المصطلح لدى عموم الناس، على أساس أن عامة الناس تعتبر كافة ما يصدر من إدارة الدولة صادرا عن الحكومة، ذلك أنه في مجال استخدم تلك المصطلحات رسميا وقانونيا ينبغي أن يكون كل مصطلح منضبطا انضباطا دقيقا بحيث يدل على معناه فحسب دون أن يتجاوزه لمعنى آخر.

وتأكيدا على عدم ترادف مصطلحين للدلالة على نفس المفهوم، فإنه من بين التعريفات التي قيلت بخصوص الحكومة الإلكترونية: " بأنها استخدام تكنولوجيا بصفة عامة والتجارة الإلكترونية بصفة خاصة، لإمداد المواطنين والمنظمات بالمدائل الملائمة للمعلومات والخدمات الحكومية"²، حيث يتضح اتساع مجال الحكومة الإلكترونية ليشمل التجارة الإلكترونية والتي هي مجال آخر في التعامل الإلكتروني، وهذا إن دل على شيء، فإنه يدل على جزئية الإدارة الإلكترونية التي تشكل جزء من الحكومة الإلكترونية بجانب الصور الأخرى للتعامل الإلكتروني كتجارة الإلكترونية.

¹ - حكيم السياب، المرجع السابق، ص. 100.

² - إيمان عبد المحسن زكي، المرجع السابق، ص. 19.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي اعتقادنا فإنه من الأفضل حسم الخلاف السابق بترجيح مصطلح الإدارة العامة الإلكترونية، واعتماده في دراستنا عند الحديث عن أثر التطور الإلكتروني في نطاق القانون الإداري.

الفرع الثالث: خصائص الإدارة العامة الإلكترونية.

تتميز إدارة المرافق العامة في ظل تطبيق نظام الإدارة العامة الإلكترونية بفعاليتها ونجاحها في تأدية الخدمات العامة بصورة أفضل مما كانت عليه في ظل إتباع الطرق التقليدية، وبعدها عن الروتين والبطء في الإجراءات، وهو ما ساهم في رقي العمل الإداري وتميزه بالشفافية والموضوعية.

وبالإضافة إلى ذلك فإن عملية اتخاذ القرارات الإدارية في ظل تطبيق هذا النظام ستحظى بتطور إيجابي، مبني على وجود إجراءات دقيقة في عملية بناء القرار¹، وامتلاك الإدارة لقاعدة معلومات هائلة تساعدها في اتخاذ أفضل القرارات، في ظل جو يسوده الشفافية والوضوح في العمل بخلاف ما هو معروف بالنسبة لنظام التقليدي.

كما أن عملية إبرام العقود الإدارية لن تكون في منأى عن هذا التطور. ففي ظل الأخذ بهذا النظام يمكن للإدارة أن تباشر جميع إجراءات التفاوض والتعاقد والتنفيذ عبر الواقع الإلكتروني ومن خلال إجراءات دقيقة أيضاً². فلا شك أن الواقع الإلكتروني يوفر للإدارة إمكانية البحث عن أفضل المتعاقدين سواء على المستوى المحلي أو الخارجي، نظراً لإمكانية وصولها إلى كافة المعلومات المتعلقة بهم وبقدراتهم المالية والفنية التي تعتبر واجبة في هذا المقام.

وأمام كل ما تقدم، فإن نظام الإدارة الإلكترونية له مزايا وخصائص متعددة خصوصاً أنه أدى إلى إمكانية ممارسة النشاط الإداري بدقة أكبر وفي أسرع الأوقات وبجهد بشري بسيط، مع القضاء على البيروقراطية المفرطة التي أصابت العمل الإداري التقليدي. ولا شك أن هذه الخصائص لازمت نظام الإدارة الإلكترونية وجعلته محققاً للمصلحة العامة ومكتسباً

¹ عصمت عبد الله الشيخ، دور نظم وتكنولوجيا المعلومات في تسيير وفعالية العمل الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998، ص. 107 وما بعدها.

² فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، غزة، فلسطين، المجلد 12، العدد 2، جوان 2013،

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لمشروعيته¹، وهو ما يمكن اعتباره سببا من بين مجموعة من الأسباب التي تدفع إلى التحول اتجاه هذا النظام الجديد.

وعليه سيتم التطرق بنوع من التفصيل في هذه الخصائص وذلك من خلال أربعة بنود على الشكل التالي:

البند الأول: إنتفاء المحررات الورقية في الإدارة العامة الإلكترونية.

مما لا شك فيه أن أمل أي موظف إداري أثناء أداء مهامه الوظيفية هو عدم وجود أكداًس من الملفات والوثائق التي قد يعجز في كثير من الأحيان العثور عما يحتاجه وسطها، وهو ما يعزز فرضية الخطأ. لكن في ظل العمل بنظام الإدارة العامة الإلكترونية، فلن يضطر الموظف بالبحث داخل أرشيف الملفات عن المعلومات، أو وجود وثائق موجهة توجيهها خاطئ، أو مستندات مفقودة، أو تأخير بسبب عدم اكتمال العمل الورقي²، ذلك لأن الإدارة العامة الإلكترونية تحتوي على أرشيف إلكتروني ومحررات إلكترونية ورسائل صوتية يتحكم فيها نظام تشغيل آلي.

وهذا ما يترتب عليه خفض التكاليف، سواء تعلقته هذه التكاليف بإنجاز المعاملات الإدارية أو الأوراق التي يطلبها ذوي الشأن، أو تعلقته بجهة الإدارة التي عليها في ظل نظام الإدارة التقليدية توفير أماكن لاستقبال المواطنين وما يلزم ذلك من نفقات، هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى، تعزيز عنصرى الجودة والسرعة في تقديم الخدمات، ذلك أن إنجاز هذه الأعمال يكون عن طريق الإعلام الآلي والوسائل الإلكترونية المتطورة، كما أن الخدمات تتم بمراسلات على شبكة المعلومات وعلى الفور. بالإضافة إلى أن إدارة المعلومات التي تحتفظ بها الدوائر الإدارية يتم حسب برامج معينة، ومن ضمن تلك البرامج ما يتيح للمتعامل إنجاز معاملته عبر شاشاتها وتبسيطها له بدرجة كبيرة، ما يجعل الإدارة الإلكترونية إدارة الملفات، وليس الاحتفاظ بها وتكديسها فوق بعضها في أرشيف الإدارة، ولا يعني هذا أن الإدارة الإلكترونية لا تحتفظ بالمعلومات والبيانات، بل تضمن لها وسائل الحفظ الآمنة، بتحويلها إلى معلومات تحتفظ بها الإدارة على شبكتها الإلكترونية، حيث يتم استدعاؤها حين يقوم

¹ عبد الرحمن توفيق، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، إصدارات بيمك، القاهرة، مصر، 2003، ص. 94.

² عبد الرحمن توفيق، نفس المرجع، ص. 94.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

صاحب تلك المعلومات بطلب معاملة ما، وبناء عليها يوافق البرنامج على منحه تلك المعاملة أو يرفضها.

كل هذه الأمور تؤدي إلى تجاوز الأخطاء التي يقع فيها الموظف في ظل الإدارة التقليدية عند قيامه بعمله، ذلك أن الحاسب الآلي اليوم وقاعدة البيانات التي زود بها، يعطي نتائج يقينية لا مجال للخطأ فيها.

وتفيد الإحصائيات التي تؤكد التقليل من استخدام الأوراق في الإدارة الإلكترونية على ذلك. فبالذهاب إلى الولايات الأمريكية المتحدة، في ولاية فلوريدا يتم توفير ما يفوق 295.000 دولار من تكاليف الطباعة سنويا، وانخفض معدل الخطأ الناتج عن حدوث تغييرات بالأفراد إلى نسبة 30%¹.

وفي الجزائر فإنه لا أحد ينكر أن وزارة الداخلية كانت من أكثر الوزارات التي سارعت تطبيق نظام الإدارة العامة الإلكترونية من خلال تنفيذها لعدة مشاريع في هذا الإطار، والتي تتمثل خاصة في مشروع رقمنة مصلحة الحالة المدنية من خلال إنشاء تطبيق على شبكة المعلومات يسمح بإدخال البيانات الخاصة بالمواطن الجزائري من عقود الحالة المدنية على قاعدة بيانات متطورة متواجدة على أجهزة رئيسية، وحفظها ليتم استرجاعها لاحقا سواء بهدف الحصول على معلومات دقيقة بواسطة بحث يجريه موظف البلدية، أو من أجل تمكين ضابط الحالة المدنية من عرض نسخ إلكترونية لوثائق وعقود الحالة المدنية للمواطن، ليتمكن من حفظها أو طباعتها. وهي تقنية تمكن من إعداد وتسليم الوثائق على مستوى فروع أي بلدية على مستوى التراب الوطني دون أن يضطر المواطن للتنقل والسفر للمركز الرئيسي للحالة المدنية².

البند الثاني: عدم التقيد بعنصر المكان في الإدارة العامة الإلكترونية.

ومعنى هذا أن عملية تقديم الخدمات والقيام بالأعمال الإدارية لا يحتاج إلى وجود الإدارة، ولكن ليس بمعنى عدم وجودها الفعلي ككيان، وإنما لا حاجة إلى الانتقال إليها فقط³.

¹ - مأخوذ عن عبد الرحمن توفيق، المرجع السابق، ص. 139.

² - كانت أول بلدية طبق فيها مشروع رقمنة مصلحة الحالة المدنية في ولاية باتنة بتاريخ 4 مارس 2010، وأصدرت أول شهادة ميلاد رقم 12 في بضع ثواني على مستوى الشباك الإلكتروني.

³ - حمزة محمد ناجي خالد، المفهوم الشامل لتطبيق الإدارة الإلكترونية، بحث منشور على موقع:

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وهو ما يمكن أن نسميه بالعمل عن بعد عن طريق مؤسسات إفتراضية، فأى شخص يرغب في الحصول على خدمات أو معلومات معينة أيا كانت طبيعتها. غير تلك المحظورة بالطبع، فله أن يحصل عليها في ثوان معدودة من خلال شبكات الإدارة الإلكترونية، ووسائلها المتمثلة في كابلات الألياف البصرية والحواسيب الآلية عالية السرعة.

فكل هذه الإمكانيات تعبر على عامل إلغاء المكان، ويستعين بها الموظفون في إطار الإدارة الإلكترونية من أجل تقليل التعقيدات الإدارية التي تميز أعمال الإدارة بصفة عامة، ومعاملات الأفراد بصفة خاصة، من خلال تقليل البيروقراطية واختصار مراحل إنجاز المعاملات¹.

وعليه فالإدارة الإلكترونية ليست في حاجة إلى مبان ضخمة لاستيعاب موظفيها ومكاتبها الكثيرة المتخمة بالوثائق والأوراق، وإنما مكان صغير محدود يكفي لاستيعاب بعض أجهزة الحاسوب ومتعلقاتها، يصلح ليكون مقرًا لإدارة كبيرة كانت في الماضي يضيق بها مبنى ضخم، فضلا عن أن الأفراد المتعاملين مع الإدارة الإلكترونية يجدون أنفسهم أمام قوائم وخيارات إلكترونية، وليس أمام موظفين، حيث يجيب الحاسوب أو البرنامج الإلكتروني عن أسئلة المتعاملين، ويقدم لهم الخدمات المطلوبة بيسر عبر قائمة الخيارات والأوامر التي تتيحها الإدارة العامة الإلكترونية.

وعلى سبيل المثال فإن الشخص الذي يريد الحصول على وثيقة معينة أو خدمة معينة يمكنه ملء الطلب عن طريق شبكة المعلومات الخاصة بالإدارة الإلكترونية، ليحصل الموظف على إشعار بذلك ويقوم بالبحث في قاعدة البيانات لدى المصلحة الإدارية الإلكترونية، ومن ثم يقوم بتحرير الوثيقة المطلوبة إلكترونيا، ثم تحول إلى السلطة المختصة بالتوقيع الإلكتروني (جهات التصديق)، وذلك في حالة الاعتراف بحجية هذه المحررات. ويمكن لصاحبها الحصول عليها من المنزل، أو يحصل عليها من جهة الإدارة الإلكترونية لاحقا. وواضح من هذا المثال أن صاحب الوثيقة قد حصل عليها بسهولة ويسر، واختصر مراحل كثيرة، منها التوجه إلى مقر الإدارة، وتقديم الطلب يدويا والانتظار لمدة قد تطول حتى يفرغ الموظف من إنجاز الخدمة.

¹ - بيل جيتس، المعلوماتية بعد الإنترنت طريق المستقبل، ترجمة عبد السلام رضوان، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد 231، ص. 149.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

والواقع يثبت أنه بفضل سرعة الإنجاز الإلكتروني أمكن الاستغناء عن خدمات بعض المرافق كخدمة البريد العادي التقليدي في حدود كبيرة، وتعويضها باستخدام البريد الإلكتروني الذي يصل إلى موقع المرسل إليه في لحظات¹.

وتجدر الإشارة أن هذه الأمور لا تلغي أبدا وجود المقررات الإدارية، فهي تعبر عن وجود الدولة وكيانها، وهي تسهيلات تسير التطور العالمي في تقديم الخدمات.

البند الثالث: عدم التقيد بعنصر الزمان في الإدارة العامة الإلكترونية.

إن المقصود بإنقضاء العنصر الزمني في ظل الإدارة الإلكترونية أن الأوقات التي تقدم فيها الإدارة العامة خدماتها تكون محددة حسب القانون والتنظيمات الداخلية للإدارات، وذلك حسب ظروف كل إدارة وخصوصياتها. أما في ظل الإدارة الإلكترونية، فهي تقدم خدمات بطريقة مستمرة لمدة 24 ساعة متواصلة بعيدا عن فكرة الليل ونهار، فعنصر الوقت لا يهم ولم يعد له أي إشكال في العالم الجديد، فنحن ننام بينما شعوب أخرى تصحو، وتمكيننا للمواطن والغير في الاتصال وقضاء مصالحهم، كان لا بد من التعامل المتواصل لمدة 24 ساعة دون انقطاع².

وينصرف مدلول انتفاء العنصر الزمني في ظل الإدارة الإلكترونية كذلك إلى إمكانية التواصل الدائم مع الإدارة، كحالة الموظف الإداري الذي يكلف بمهمة بعيدة من أجل الحصول على معلومات تكون الإدارة في حاجة ماسة لها، فيمكنه تبليغ الإدارة بواسطة رسائل إلكترونية عبر البريد الإلكتروني، تسهلا عليها بدلا من انتظار عودة موظفها من المهمة الموكلة إليه.

البند الرابع: الإدارة الإلكترونية إدارة بلا تنظيمات جامدة.

من خصائص نظام الإدارة العامة الإلكترونية عنصر الشفافية، الذي يمكن أي متعامل معها أن يعلم أين تقع معاملته، وما هي المرحلة التي قطعتها، وما إذا كانت هناك عقبات في تنفيذها أم لا. وهذا راجع إلى أن الدخول إلى مواقع الإدارات الإلكترونية متاح لكل ذي شأن، وليس هناك ما يجب إخفاؤه إلا إذا كان الأمر متعلقا بالحياة الخاصة لمقدم الطلب، أو كانت

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص. 106.
² - عبد الحميد عبد الفتاح المغربي، متطلبات تطبيق الإدارة الإلكترونية لتقديم الخدمة واتجاهات العاملين نحوها، ورقة بحثية مقدمة في مؤتمر صناعة الخدمات في الوطن العربي رؤية مستقبلية، المؤتمر العلمي السنوي العشرون، جامعة المنصورة، مصر، 2004، ص. 10.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المعلومات يجب حجبها على الأشخاص الذين لا علاقة لهم بها لاعتبارات الأمن والسلامة. ولعل أن الكثير من المعوقات الإدارية التي ترسخت وأبقت لسنوات على البيروقراطية، يمكن أن تتلاشى وتصبح ماضيًا بفعل التحول إلى أسلوب الإدارة العامة الإلكترونية، ذلك أنه في ظل هذه الأخيرة لن تجد تلك المعاملات الورقية التي يحتاج إنجازها إلى وقت طويل، ليس إنجازها فحسب، بل أيضًا نسخها أكثر من نسخة إذا استلزم الأمر، وحفظها وإرسالها إلى الجهة التي تطلبها، وإمكان تكرار ذلك مرات ومرات في حال وقوع خطأ ما، أو حال ضياع تلك الأوراق، وهو أمر وارد، وربما يكون ذلك بفعل فاعل في حال الأوراق المهمة التي قد تختفي بتوصية ممن قد يضرهم وجودها. وهذه كلها أمور ليست من نسج الخيال، وإنما هي واقع ومعاناة عاشتها المجتمعات البشرية طويلاً في ظل الإدارات التقليدية، التي كانت تقف دائماً عاجزة عن تبديل شيء من هذا الواقع. وهي مشكلات أصبح في الإمكان تفاديها كلياً في ظل نظام الإدارة الإلكترونية.

على أن كل ما تقدم يصب في خانة تسهيل الإجراءات الإدارية في ظل نظام الإدارة العامة الإلكترونية التي تعتمد على برامج وأنظمة تكنولوجية تعمل على تحويل البيانات من صورتها المادية إلى الصورة الإلكترونية، بحيث يمكن الوصول إليها واستخدامها بطريقة سهلة ومنظمة عبر شبكة الإنترنت¹.

وهذا ما يعرف بنظام الذاكرة المؤسسية الذي يعد من البرامج الرائدة في مجال الإدارة الإلكترونية، بحيث يقوم النظام بربط الموظفين الموجودين بالإدارة ببعضهم البعض بغض النظر عن موقعهم الجغرافي بما يمكنهم من الإطلاع على أنشطة الإدارات الأخرى².

المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني.

لقد أدى انتشار الإنترنت والإدارة الإلكترونية إلى ظهور نوع جديد من العقود، تسمى العقود الإلكترونية. وهذه الطائفة الجديدة من العقود لا تختلف كثيراً عن العقود التقليدية من حيث أركانها وأشخاصها، بل تختلف في طريقة إبرامها، وطرق تنفيذها وإثباتها.

¹ - محمد سمير أحمد، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، دار المسيرة، الأردن، 2009، ص. 56.

² - أحمد السيد كردي، أهم مبادئ الإدارة الإلكترونية، بحث منشور على موقع:

<http://Kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/129026>, le 14/ 08/ 2018.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ونتيجة لتأثر الإدارة العامة في نشاطها بهذه الظروف على الشكل الذي وضحناه سابقا، اتجهت الدول إلى إصدار قوانين تحكم الأعمال الإلكترونية بصفة عامة والعقود الإدارية بصفة خاصة، وبالتالي بدت الحاجة ملحة إلى تطوير إجراءات إبرام العقود الإدارية، محاولة إيجاد نظام متكامل يحكم إبرام هذا النوع من العقود -العقود الإلكترونية- وينسجم مع خصوصيتها، وذلك في ظل الحداثة التي أضافتها أجهزة الاتصالات الحديثة وشبكة الإنترنت على التعاقدات الإدارية. وأمام كل هذه المعطيات، تساءل الفقه عن مدى إمكانية الوجود الفعلي للعقد الإداري المبرم إلكترونيا؟

تجدر الإشارة أن إشكالية مدى إمكانية جهة الإدارة التعاقد عبر وسائل الإتصال الحديثة وعلى وجه الخصوص شبكة الإنترنت، ظهرت بعد ازدهار التجارة الإلكترونية والنمو المتزايد للعقود الإلكترونية في الآونة الأخير في القانون الخاص، حتى باتت تمثل نسبة هائلة من حجم العقود الدولية والداخلية، بسبب سرعة وسهولة إبرام هذه العقود، وهذا ما ألقى بأعباء جديدة في مجال الدراسات القانونية، وكشف عن وجود فراغ تشريعي يحكمها.

وبما أن العقد بصفة عامة يتمثل في تلاقي إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني معين، وأن العقد من حيث تكوينه إما أن يكون رضائيا أو شكليا أو عينيا، وهو من حيث الأثر، إما أن يكون ملزما للجانبين أو ملزم لجانب واحد، وإما أن يكون عقد معاوضة أو عقد بيع، وهو من حيث الطبيعة إما أن يكون عقدا فوريا أو عقدا مستمرا، وإما أن يكون محددًا أو عقدا احتماليا، فإن العقد الإلكتروني في الواقع لا يخرج في بنائه وطبيعته وأركانه عن هذا السياق، ومن ثم يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد.

لكن ما يميز هذا العقد هو مدى تأثير الطابع الإلكتروني عليه، والوسائط الإلكترونية خاصة شبكة الانترنت التي يتم من خلالها¹.

وترتبيا على ما تقدم، فإنه من الأهمية بمكان، وحسما للجدل والإختلاف في وجهات النظر بصدد هذا النوع من العقود في تحديد مفهومها، ارتأينا البدء بتعريف التعاقد الإلكتروني بشكل عام وتبيان مشروعيته -في إطار القانون الخاص- (فرع أول) باعتباره أسبق في الظهور من العقد الإداري الإلكتروني هذا من جهة، ولوجود شبه كبير بين العقدين اللذين يسيران في نفس الفضاء الإلكتروني من جهة أخرى، لیتسنى بعد ذلك بيان المقصود بالتعاقد

¹ - محمد خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 2005، ص. 50.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإلكتروني في القانون الإداري -العقد الإداري الإلكتروني- (فرع ثاني)، ثم الانتقال بعد ذلك إلى عرض خصائص ومميزات العقد الإداري الإلكتروني (فرع ثالث).

الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته.

تعتبر مسألة تحديد المقصود بالتعاقد الإلكتروني من المسائل الجديرة بالدراسة، إذ من شأنها أن تزيل بعض الغموض الذي يمكن أن يرتبط بمفهوم ذلك النمط الجديد من التعاقد، خاصة وأن العقد الإلكتروني لم يكن محل اتفاق في تعريفه سواء من الواجهة الفقهية أو التشريعية، كما أنه لم يكن موضع اتفاق حول مشروعيته، وجواز التعبير عن الإرادة فيه بالوسائل الإلكترونية.

ومن أجل الوصول إلى تعريف دقيق للعقد الإلكتروني، سوف نتعرف لمختلف التعريفات الفقهية والتشريعية (بند أول)، مع مناقشة مدى مشروعية التعاقد بالطرق الإلكترونية (بند ثاني)، وذلك على الشكل التالي:

البند الأول: تعريف العقد الإلكتروني.

اختلف الفقه والتشريع حول وضع تعريف للعقد الإلكتروني، وهذا راجع لاختلاف الزاوية التي ينظر منها إليه من جهة أولى، ومن جهة ثانية، إلى التنوع الشديد للعقود الإلكترونية¹. وهذا ما سنوضحه فيما يلي:

أولاً: موقف الفقه من تعريف العقد الإلكتروني:

فيعرف بعض الفقه العقد الإلكتروني بأنه "العقد الذي يتم إبرامه عن طريق الانترنت"، بينما يعرفه البعض الآخر بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة دولية للاتصال عن بعد بوسيلة مسموعة أو مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل".²

ونلاحظ من هذين التعريفين أنهما قد قصرا العقد الإلكتروني على المعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت فقط، في حين أن التعاقد عن طريق شبكة الإنترنت هو من أهم صور العقد الإلكتروني.

¹ - المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005، ص. 12.
² - أشار إلى هذين التعريفين أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007، ص. 120.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ذلك أن مصطلح "إلكتروني" المضاف إلى العقد يدل على أن العقد يتم بوسيلة إلكترونية، والوسائل الإلكترونية التي يمكن إبرام العقود بها متعددة، والإنترنت ما هو إلا إحدى هذه الوسائل، وإن كانت شبكة الإنترنت أهمها لأنها أضافت آفاقا جديدة للعقد الإلكتروني¹. كما نلاحظ أن التعريف السابق لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث آثار قانونية، وإنشاء التزامات عقدية، رغم أننا لا ننكر أهميته لكونه ركز على خصوصية هذا العقد التي تتجسد في الوسيلة التي يبرم فيها، إضافة إلى أنه لم يغفل صفة هامة من صفاته، وهي انتماءه لطائفة العقود التي تبرم عن بعد.

بينما يعرف آخرون العقد الإلكتروني اعتمادا على صفته الدولية، حيث يعتبرونه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائل التكنولوجية المتعددة، خصوصا شبكة المعلومات الدولية، من جانب أشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة، بقبول يمكن التعبير عنه من خلال ذات الوسائل بإتمام العقد"².

وما يمكن ملاحظته أن هذا التعريف غير دقيق كذلك، وهذا راجع لسببين:

الأول: أن شبكة المعلومات الدولية أو الإنترنت ليس لها حدود جغرافية، وهو ما يطرح إمكانية إبرام عقد إلكتروني بين شخصين عن طريق الإنترنت وهما في دولة واحدة، فليس كل عقد إلكتروني هو عقد دولي بالضرورة.

الثاني: أن شبكة الإنترنت كما أشرنا سابقا ليست هي الوحيدة لإبرام العقود، بل هناك وسائل إلكترونية أخرى كالفاكس، والهاتف الدولي، والتلكس وغيرها من الوسائل التي تستعمل لإبرامه.

ورأى آخرون في تعريفهم للعقد الإلكتروني نظرا لارتباطه بالتجارة الإلكترونية بأنه عقد يقوم على "تنفيذ أو إبرام كل أو بعض التعاملات التجارية في السلع والخدمات التي تتم بين مشروع تجاري وآخر، أو بين تاجر ومستهلك باستخدام تكنولوجيا المعلومات والاتصالات"³.

¹ - سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006، ص. 66.

² - المنزلاوي صالح، المرجع السابق، ص. 12.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الإسكندرية-مصر، 2006، ص. 17.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

والملاحظ في هذا التعريف أنه ركز على الصفة التجارية للعقد، نظرا لأهميتها التي لا يمكن لأحد إنكارها، لإعتبار أن أغلب العقود الإلكترونية تصب في خانة البيوع التجارية، ولكن هذا لا يعني أن العقد الإلكتروني لا يتم بين أشخاص عاديين ليسوا تجارا.

وبناء على ما تقدم يمكن تعريف العقد الإلكتروني بأنه " تلاقي الإيجاب بالقبول عبر الشبكة الدولية للاتصالات، أو أي وسيلة إلكترونية أخرى قصد إحداث أثر قانوني إما بإنشاء التزام أو تعديله أو إلغائه".

ويجب التأكيد بعد كل هذه التعريفات، أن العقد الإلكتروني من حيث الوسيلة التي ينعقد بها، يشتمل على مفهومين، أحدهما واسع يشمل العقد الإلكتروني الذي يتم بجميع الوسائل الإلكترونية، سواء كانت شبكة الإنترنت أو الفاكس أو التلكس أو الفاكسميل وغيرها. والآخر ضيق وهو الذي يتم عن طريق شبكة الإنترنت فقط.

ثانيا: موقف النصوص القانونية من تعريف العقد الإلكتروني:

حاولت النصوص القانونية بدورها وضع تعريف لهذا النوع من العقود، بدء بالموثيق الدولية والتوجيهات الأوروبية التي كان لها السبق في هذا المجال، وصولا للتشريعات الداخلية للدول.

وبالذهاب إلى القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية¹ المعد من لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة - الأونسترال² - واستقراء المادة 2 منه في فقرتها "أ"، والتي تنص " يراد بمصطلح "رسالة بيانات" المعلومات التي يتم إنشاؤها وإرسالها أو استلامها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو البريد الإلكتروني أو البرق أو التلكس، أو النسخ البرقي."، والمادة 11 التي تنص على أنه " في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير لكن يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسائل البيانات

¹ - صدر هذا القانون عن لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة في 12/06/1996، وتم إقراره بناء على التوصية رقم 162/51 الصادرة عن الجمعية العامة للأمم المتحدة في 16/12/1996، وهو يتكون من 17 المادة مقسمة إلى بابين، الأول يعالج موضوع التجارة الإلكترونية في مواد من 1 إلى 11.

² - الأونسترال لجنة القانون التجاري الدولي التابعة للأمم المتحدة، تم إنشاؤها بموجب القرار رقم 2205 المؤرخ في 17/12/1996، وأنشئت من أجل تحقيق الانسجام بين القواعد القانونية المنظمة للتجارة العالمية، يرمز لها اختصارا باللغة الإنجليزية (UNCITRAL)، وباللغة الفرنسية (CNUDCI).

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض...".

ومن ثم يتضح أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية لم يعرف العقد الإلكتروني بطريقة مباشرة وصريحة¹، بل لمح إلى المقصود منه، وذلك من خلال تعريفه لوسائل التعبير عن الإرادة عن طريق وسائل الاتصال الحديثة، وهذا ما نستشفه من تعريفه لمصطلح "رسالة البيانات" في المادة 2/أ، وفتح المجال لإمكانية أن تكون هذه الأخيرة -رسالة البيانات- كوسيلة للتعبير عن الإيجاب والقبول في العقد من خلال المادة 11².

وتجسيدا لمبادئ قانون الأونيسترال أصدر البرلمان الأوروبي التوجيه رقم 97-07³ الخاص بحماية المستهلك عن بعد، والذي تضمن في أحكامه تعريفا للعقد الإلكتروني من خلال المادة 2 منه، والتي تنص على "العقد عن بعد هو كل عقد متعلق بالسلع أو الخدمات يتم بين مورد ومستهلك من خلال الإطار التنظيمي الخاص بالبيع عن بعد أو تقديم الخدمات التي ينظمها المورد، باستخدام واحدة أو أكثر من وسائل الاتصال الإلكترونية حتى إتمام التعاقد"⁴.

ويلاحظ أن التوجيه الأوروبي قد اعتمد اسم العقد عن بعد بدلا من العقد الإلكتروني، حيث اعتبر كل عقد يتم عبر وسيلة من وسائل الاتصال الحديثة، هو عقد عن بعد، مما يعني أن العقد الإلكتروني هو عقد عن بعد.

¹ - باسيل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني، بحث منشور بمجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد-العراق، العدد 4، ديسمبر 2000، ص. 66.

² - نشير أن قانون الأونيسترال لا يعد قانونا ملزما لكل الدول، بل هو مجرد وسيلة تقدم للمشرعين الوطنيين مجموعة قواعد مقبولة دوليا بهدف إزالة العقبات القانونية عن المعاملات الإلكترونية، وتساعد على تهيئة بيئة قانونية أكثر أمان لها. ولذلك فنصوصه غير ملزمة بل كان الهدف الرئيس من وضعها توحيد القوانين الوطنية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية.

³ - التوجيه الأوروبي رقم 97-07، الصادر في 20 ماي 1997، الجريدة الرسمية للجمهورية الفرنسية، عدد رقم 144، ليوم 04 جوان 1997.

⁴ - جرى صياغة المادة في التوجيه باللغة الفرنسية كما يلي:

" Le contrat a distance comme tout contrat concernant des biens ou services, conclu entre un fournisseur et un consommateur dans le cadre d un système de vente ou de présentation de services a distance organisé par le fournisseur qui, pour ce contrat , utilise exclusivement une ou plusieurs techniques de communication du contrat y-compris la conclusion du contrat elle-même. " .

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما بالنسبة للمشرع الفرنسي فقد اعتمد مصطلح العقد عن بعد تأثراً بالتوجيه الأوربي، وعرف العقد عن بعد في الأمر رقم 741-2001 المتعلق بالبيع عن بعد¹، والذي أضاف المادة L121-16 إلى قانون المستهلك الفرنسي، وتضمنت هذه المادة التعريف التالي: " تنطبق أحكام هذا القسم على كل بيع لمال أو أداء خدمة يبرم دون الحضور المادي المعاصر للأطراف، بين مستهلك ومهني، والذين يستخدمان لإبرام العقد وعلى سبيل الحصر وسيلة أو أكثر من وسائل الاتصال عن بعد"².

فيما عرفت المادة 1/2 من قانون حرية الاتصال لسنة 1986³ الاتصال الإلكتروني عن بعد بأنه " كل انتقال أو إرسال أو استقبال لرموز أو إشارات أو كتابات أو أصوات، أيا كانت طبيعتها، بواسطة وسائل كهرومغناطيسية..."، فيما بينت الفقرة 2 من نفس المادة مفهوم الإتصال الإلكتروني الموجه للجمهور " يقصد بالإتصال الإلكتروني للجمهور أي إتاحة للجمهور أو لفئات من الجمهور، عن طريق عملية اتصال إلكتروني، للإشارات أو رموز أو كتابات أو أصوات أو رسائل من أي نوع، والتي ليس لها طابع المراسلات الخاصة"⁴.

¹- Ordonnance n° 2001-741, du 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O.R.F. n°196, du 25 août 2001.

²- جرى صياغة المادة L121-16 من قانون حماية المستهلك الفرنسي كمايلي:

" Les dispositions de la présente section s'appliquent à toute vente d'un bien ou toute fourniture d'une prestation de service conclue, sans la présence physique simultanée des parties, entre un consommateur et un professionnel qui, pour la conclusion de ce contrat, utilisent exclusivement une ou plusieurs techniques de communication à distance" .

³- Loi n° 86-1067, du 30 septembre 1986, relative à la liberté de communication, J.O.R.F. du 1 octobre 1986.,

⁴- Art. n° 2/ 1/ 2 « On entend par communications électroniques les émissions, transmissions ou réceptions de signes, de signaux, d'écrits, d'images ou de sons, par voie électromagnétique.

On entend par communication au public par voie électronique toute mise à disposition du public ou de catégories de public, par un procédé de communication électronique, de signes, de signaux, d'écrits, d'images, de sons ou de messages de toute nature qui n'ont pas le caractère d'une correspondance privée... ».

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما التشريعات العربية فقد كان المشرع التونسي أول من وضع قانونا خاصا بالمعاملات الإلكترونية، وهو القانون رقم 83 لسنة 2000¹، لكن هذا القانون لم يتضمن تعريفا صريحا للعقد الإلكتروني.

ليأتي المشرع الأردني في سنة 2001 ويعرف العقد الإلكتروني في قانون المعاملات الإلكترونية² في مادته الثانية بشكل صريح، فقد عرفت الفقرة الأولى من تلك المادة المعاملات الإلكترونية بأنها " المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية."، بينما عرفت الفقرة الثانية العقد الإلكتروني على أنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسائل الكترونية كلياً أو جزئياً."، وأضافت نفس المادة في فقرتها الثالثة تعريفا خاصا للوسائل الإلكترونية التي يبرم بواسطتها العقد على أنها: "أية تقنية لاستخدام وسائل كهربائية، مغناطيسية، ضوئية، أو وسائل مشابهة في تبادل المعلومات."

أما المشرع الإماراتي- إمارة دبي- فقد عرف العقد الإلكتروني من خلال القانون رقم 02 لسنة 2002 المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية³، في مادته الثانية بقوله " يقصد بالمعاملات الإلكترونية أي تعامل، عقد أو اتفاقية يتم إبرامها أو تنفيذها بشكل كلي أو جزئي عن طريق إرسال الرسائل الإلكترونية واستلامها."

أما فيما يتعلق بالمشرع الجزائري، فإن تعريفه للعقد الإلكتروني قد جاء متأخرا إن صح القول، وكان ذلك في سنة 2018، عند صدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية⁴، في نص المادة 2/06 " ...العقد الإلكتروني: العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني...". وبالعودة إلى القانون رقم 04-02 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية⁵، واستقراء المادة 3 منه نجدها قد عرفت العقد في الفقرة 4 بقولها " كل اتفاق

¹ صدر هذا القانون في 9 أوت 2000، وقد تضمن 53 فصلا (مادة) مقسمة على تسعة أبواب عنيت بتحديد النظام القانوني للمبادلات الإلكترونية من الجانب المدني والجزائي.

² قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، لسنة 2001، الصادر في 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية رقم 4524، ص 6010.

³ قانون إمارة دبي، القانون رقم 02، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، المؤرخ في 2002/02/12.

⁴ القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج، العدد 28، لسنة 2018.

⁵ القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج، العدد 41، لسنة 2004.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أو اتفاقية تهدف إلى بيع سلعة أو تأدية خدمة، حرر مسبقاً من أحد أطراف الاتفاق مع إذعان الطرف الآخر بحيث لا يمكن هذا الأخير إحداث تغيير حقيق فيه...".

إن المتأمل في هذه التعريفات يتبادر إلى ذهنه التساؤل التالي: هل أن وصف العقد بأنه إلكتروني منوط بمرحلة انعقاده أم بمرحلة تنفيذه؟.

للإجابة على هذا التساؤل ينبغي في هذا الإطار التفرقة بين العقد الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية.

فبالرجوع إلى ما أورده سابقاً بخصوص تعريف المشرع الأردني للعقد الإلكتروني، نلاحظ أنه عرف المعاملات الإلكترونية بأنها المعاملات التي تنفذ بوسائل إلكترونية. وباعتبار العقد الإلكتروني صورة من صور المعاملات الإلكترونية، فكان عليه أن يعرفه بأنه الاتفاق الذي يتم تنفيذه بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً، غير أنه عرفه بأنه "الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً".

وهذا الأمر يبرز تناقض واضح بين مفهوم المعاملة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، ذلك أن المعاملة الإلكترونية حسب القانون الأردني إذا أبرمت بوسيلة إلكترونية، ولم تنفذ بوسيلة إلكترونية لا تكون معاملة إلكترونية لعدم تطابق التعريف عليها.

أما العقد فإنه يكون إلكترونياً متى انعقد بوسيلة إلكترونية، ولو لم ينفذ بها. ومثال ذلك، لو اتفق طرفان بواسطة شبكة الإنترنت على بيع منتج استهلاكي معين، ويتم تنفيذ العقد بشكل مادي لتعلقه بسلعة، فهذا العقد يعد إلكترونياً، ولكنه ليس معاملة إلكترونية¹.

بينما لو تم إبرام اتفاق على بيع برنامج تكنولوجي آلي بالطريق العادي، وكانت بنود الاتفاق تنص على تنفيذه بالطريق الإلكتروني، أي أن يلجأ الطرف المشتري إلى شبكة الإنترنت لتحميل البرنامج، فإن العقد لم ينعقد بالطريق الإلكتروني فهو ليس عقداً إلكترونياً، ولكنه نفذ بالطريق الإلكتروني، وبالتالي فهو معاملة إلكترونية².

¹ - عمرو عبد الفتاح على يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2009، ص. 134.

² - عمرو عبد الفتاح على يونس، المرجع السابق، ص. 134.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وهذا ما تفتن له المشرع الإماراتي، وحاول عدم الوقوع في هذا التناقض بأن أورد تعريفاً واحد جمع فيه بين المعاملة الإلكترونية والعقد الإلكتروني، تحت مسمى المعاملات الإلكترونية باعتبار أن هذه الأخيرة أشمل من الأولى.

وخروجاً من هذا الجدل نقول أن الصفة الإلكترونية تلحق بالعقد متى تم إبرامه باستخدام وسيلة إلكترونية، سواء في إبرامه فقط أو إبرامه وتنفيذه معاً.

البند الثاني: مشروعية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية.

إن استغلال وسائل تقنية المعلومات الحديثة للتعبير عن الإرادة في إبرام العقود بين شخصين غائبين مكاناً، تثير العديد من التساؤلات حول مدى اعتراف القانون بهذه الوسائل الجديدة للتعبير عن الإيجاب والقبول وبناء عناصر التعاقد.

وتجد الإشارة أن هناك العديد من الدول تعيش في الوقت الحالي حالة من الفراغ في النصوص والتشريعات المتعلقة بهذا النوع من التعاقد¹، في حين حاولت دول أخرى ومنها الجزائر وضع إطار قانوني في بعض تشريعاتها يضبط إبرام هذا النوع من العقود، ولكن تبقى هذه العقود تقتصر إلى نظام قانوني شامل وكامل خاص ومستقل مثلما هو موجود في التعاقد التقليدي. هذا الأمر يدفعنا إلى القول بأن النظرية العامة للعقود في الوقت الحالي قد يمكنها سد هذا الفراغ، وذلك لحين صدور تشريعات خاصة تشكل نظام قانوني متكامل للتعاقد الإلكتروني. إن هذا الأمر جعل الفقه ينقسم خاصة في الدول التي مازالت تعتمد النظم التقليدية في التعبير عن الإرادة وإبرام العقود، أو أن التعاقد الإلكتروني مازال في بدايته فيها إلى رأيين، أولهما يقر بمشروعية هذه الوسائل في التعبير عن الإرادة، والثاني يرفض ذلك، وسيتم التعرض إلى هذين الرأيين فيما يلي:

أولاً: عدم مشروعية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية:

يري بعض الفقه أن التشريعات المنظمة للعملية التعاقدية حالياً وخاصة القانون المدني لم تتضمن أحكاماً صريحة تبيح استعمال الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، ولا يمكن بحال من الأحوال تفسير نصوص القانون المدني تفسيراً موسعاً وقياس وسائل الاتصال

¹ - عمرو عبد الفتاح على يونس، المرجع السابق، ص. 226.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الحديثة على الهاتف الذي ذكرته معظم التشريعات صراحة. فلو أراد المشرع إباحة استخدام تلك الوسائل في إبرام العقود لذكر ذلك صراحة¹.

وحججهم في ذلك أن استخدام تلك الوسائل في العملية التعاقدية يؤدي إلى مخاطر لا يمكن تلافيها، فهي لا تسمح لأطراف العلاقة العقدية التأكد من هوية المتعاقد الآخر أو جديته في التعاقد.

وحسب هذا الرأي أن المشرع الجزائري عندما قام بتعديل القانون المدني بموجب القانون 10-05² وأضاف النصوص المتعلقة بالإثبات بالطرق الإلكترونية³، لم يقصد أنه أقر استخدام الوسائل الإلكترونية للتعبير عن الإرادة، وأن هذه الطرق الإلكترونية المستحدثة في الإثبات تعنى بإثبات العقد العادي وحفظه بالطرق الإلكترونية.

ثانيا: جواز التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية:

خلافًا للرأي السابق يذهب جانب كبير من الفقه إلى الجزم بمشروعية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية، ذلك أنه على رغم أن القانون المدني لا يتضمن نصوصا صريحة بشأن التعبير عن الإرادة بالوسائل الإلكترونية الحديثة، فإن مشروعية التعاقد هذه يمكن استخلاصها من القواعد العامة الواردة في النظرية العامة للعقد في القانون المدني.

وقد حاول هؤلاء التأكيد على المبررات التي تدعم موقفهم بالنسبة لمشروعية التعاقد الإلكتروني، لكنهم انقسموا في ذلك إلى عدة اتجاهات:

- فذهب جانب منهم إلى أن الجهاز الإلكتروني الذي يتم عن طريقه إبرام العقد، هو بمثابة شخص قانوني يتمتع بالشخصية القانونية وما يتبعها من أهلية قانونية تمكنه من صلاحية العقود⁴.

غير أن هذا القول يصعب قبوله من الناحية القانونية، فمن يتمتع بالشخصية القانونية يتمتع بالذمة المالية، وهذا ما ينفي الشخصية القانونية عن الجهاز الإلكتروني الذي ليس له ذمة

¹ - SANTIAGO Cavanillas Mugica, Les contrats en ligne dans la théorie générale du contrat, éd. Delta, Beyrouth-Liban, 2001, p. 99.

² - القانون رقم 10-05 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم سابق الإشارة إليه.

³ - أنظر المواد 323 مكرر 1، و 324 من القانون المدني الجزائري.

⁴ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص. 227.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مالية، وتندعم فيه الأهلية، بالإضافة أن الشخصية القانونية لا تثبت لغير الأشخاص الطبيعيين إلا بالاعتراف القانوني، ولا تمتد للآلات¹.

- بينما ذهب جانب الآخر من هذا الرأي إلى اعتبار الجهاز الإلكتروني الذي يتم بواسطته إبرام العقد بأنه مجرد أداة أو وسيلة اتصال تربط بين المتعاقدين شأنه شأن الهاتف، فهو لا يعبر عن إرادة ذاتية خاصة به، وإنما يقوم فقط بنقل إرادة كل متعاقد إلى الآخر.

ومن حججهم في تبرير موقفهم ما ذهب إليه المشرع الجزائري على كيفية تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين في المادة 67 من القانون المدني²، والذي تعتبر العقود التي تتم عبر الوسائل الإلكترونية من بينها.

كما أن المادة 60 من نفس القانون تنص على أن "التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالة على مقصود صاحبه".

فالعبرة الأخيرة من نص المادة تتيح المجال قانونيا لأسلوب التعاقد عبر الانترنت، حيث أن قيام أي فرد بعرض موقع ثابت ودائم له على شبكة الإنترنت يعني أن يقصد اتخاذ مسلك وطريق يشير ويعلن فيه للناس نيته في التعاقد عبر موقعه.

فالتعبير عن الإرادة يكون باتخاذ موقف لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالة على حقيقة مقصوده، فوقوف سيارات الأجرة ذات الأسعار المحددة في الأماكن المعدة لها يعد عرضاً صريحاً للجمهور وكذلك الشأن بالنسبة للأجهزة الإلكترونية³.

ونفس الأمر بالنسبة للمادة 64 التي تنص على "إذا صدر الإيجاب في مجلس العقد لشخص دون تحديد أجل للقبول، فإن الموجب يتحلل من إيجابه إذا لم يصدر القبول فوراً، وكذلك الحال إذا صدر الإيجاب من شخص إلى آخر بطريق الهاتف أو بأي طريق مماثل".

فعبارة "بأي طريق مماثل" تنصرف إلى أيه وسيلة تقترب فنياً من الهاتف أو تكون أكثر تطوراً منه، كما أن المشرع تعمد تركها دون تحديد لعلمه أن وسائل الاتصال تتطور يوماً بعد

يوم¹.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2006، ص. 163.

² - الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم سابق الإشارة إليه.

³ - أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة، ط. 1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2002، ص.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ولم يسلم هذا الرأي من النقد حيث قال بعض الفقهاء أن استخدام الوسائل الإلكترونية كوسيط في إبرام العقد، يترتب عليه انعدام التفاوض بين المتعاقدين.

وتجدر الإشارة أن هناك بعض الفقه من اعتبر الجهاز الإلكتروني نائباً عن المتعاقد في إبرام العقد، نتيجة للتطور الذي وصلت إليه بعض قوانين المعاملات الإلكترونية في بعض الدول من إجازة إبرام العقد بين وسائط إلكترونية تسمى الوسائط المؤتمتة²، والأشخاص الطبيعيين. فقد نصت المادة 14 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية على ذلك بقولها "كما يجوز أن يتم التعاقد بين نظام معلومات إلكتروني مؤتمت يعود إلى شخص طبيعي أو معنوي وبين شخص طبيعي إذا كان هذا الأخير يعلم، أو من المفترض أن يعلم، أن ذلك النظام سيتولى مهمة إبرام العقد وتنفيذه."، بل قد ذهبت هذه التشريعات إلى أبعد من ذلك وأجازت إبرام العقد بين الوسائط الإلكترونية المؤتمتة فيما بينها، وهي التي يقصد بها كل برنامج أو نظام إلكتروني لحاسب آلي يمكن أن يتصرف أو يستجيب للتصرف بشكل مستقل كلياً أو جزئياً، دون إشراف شخص طبيعي في الوقت الذي يتم التصرف أو الاستجابة له³.

وفي الأخير يمكن القول أن الأجهزة المستخدمة في إبرام العقد لا يمكن أن نعتبرها كوكيل يقوم بإبرام التصرف، لأنها لا تخرج عن كونها أداة في يد أحد المتعاقدين للتعبير عن إرادته، وهذا انسجاماً مع ما أخذ به قانون الأونسترال النموذجي للتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقاً، حيث نصت المادة 11 منه على "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض، وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد، لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لمجرد استخدام رسالة بيانات لذلك الغرض".

كما أن المادة 13 من نفس القانون نصت على إسناد رسالة البيانات إلى صاحبها المنشئ لها، وليس الجهاز المستعمل في إرسالها⁴.

¹ - أحمد خالد العلجوني، المرجع السابق، ص. 20.

² - سيتم التفصيل في إمكانية إبرام العقد عن طريق البرامج المؤتمتة الوسيط الإلكتروني عند دراسة الوسائل التقنية اللازمة لإبرام العقد الإداري، أنظر الصفحة 117.

³ - أنظر المادة 02 من قانون إمارة دبي للمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية سابق الإشارة إليه.

⁴ - تنص المادة 13 من قانون الأونسترال على أنه "تعتبر رسالة البيانات صادرة من المنشئ إذا كان المنشئ هو الذي أرسلها، في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت: - من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات،

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وهكذا يجد الباحث أن التعاقد بوسائل الاتصال الإلكترونية أصبح اليوم ضرورة من ضرورات الحياة، واعتراف بمشروعيته أصبح واجبا. نظر لما لهذه الوسائل من أهمية في حياتنا، لا لأنها تقدم وسيلة مريحة وموفرة للجهد فحسب، بل لأنها تدفعنا إلى آفاق إبداعية جديدة ستترك أثرا كبيرا في جميع مناحي الحياة.، وعليه فإن التعاقد كما يتم بين حاضرين يجمعهما مجلس عقد واحد، من الممكن أن يتم بين غائبين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، فيتم العقد في هذه الحالة بين شخصين عن طريق رسول يبلغ تعبير كل منهما إلى الآخر، أو عن طريق البريد، أو الفاكس، أو غيرها من وسائل الاتصال الحديثة، حيث تمر فترة زمنية بين صدور كل من التعبير وبين وصوله للطرف الآخر، فبعد المسافة بين المتعاقدين لا يمنع انعقاد العقد. فالقانون لا يشترط الوجود الثنائي الفعلي في مكان واحد لأطراف العقد لحظة تبادل الإيجاب والقبول، حيث يمكن أن يتم تبادلها عن طريق وسائل الاتصال المختلفة كالرسائل والوسائل الحديثة من توكس، وأنترنت. فالتعاقد عبر وسائل الاتصال الإلكترونية لن ينشئ عقودا جديدة، بل هو وسيلة تكنولوجية حديثة لإنشاء العقود، والنظرية العامة للعقود هي التي ستغطي هذا النوع من العقود مع بعض الخصوصية والتحفيز إلى غاية إصدار تشريعات خاصة ومستقلة تضبط النظام القانوني لإبرام العقود الإلكترونية من جميع الجوانب.

الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري الإلكتروني.

نتيجة للتعريفات التي أوردناها سابقا بخصوص مفهوم العقد بصفة عامة، والعقد الإداري التقليدي، والعقد الإلكتروني بصفة خاصة، نجد أنه بالرغم من الاختلاف والجدل الذي أثير بخصوص هذه التعريفات، إلا أنها تشكل مفهوما يوضح ويفسر هذه المصطلحات بشكل متكامل، وتصب في نفس البوتقة القانونية.

وبالتالي نقول أن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني، فهو يجب أن يشتمل على عناصر وخصائص العقد الإداري من جهة، وعناصر وخصائص العقد الإلكتروني من جهة أخرى، وهنا تكمن صعوبة تحديد مفهومه وتعريفه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

فيعرفه الأستاذ (Thierry Revet) في فرنسا بقوله العقد الإداري الإلكتروني هو قبل شيء عقد يتم إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني، وهذا الوسيط لا يتدخل في مضمون العقد، ذلك لاحتواء العقد على شروط استثنائية أو خضوعه لنظام استثنائي خاص يميزه عن العقود المدنية، مع إمكانية الإحالة إلى عقود نموذجية تضعها الإدارة على موقعها الإلكتروني لغرض سهولة اطلاع الراغبين في التعاقد معها على شروط التعاقد¹.

ويعرف كذلك بأنه " العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد Remote control دون تواجد مادي متزامن لطرفي العقد، وذلك من خلال شبكة الإنترنت، وهذا هو الغالب، أو من خلال أي وسيلة اتصال إلكتروني أخرى كالفاكس أو التلكس، مع تأكيد على وجود الإدارة كطرف فيه وتصرفها من خلاله بوصفها سلطة إدارية عامة"².

وما يلاحظ على هذا التعريف تركيزه على ضرورة وجود عنصر الشروط الاستثنائية غير مألوفة في العقود الإدارية، مع اشتراط إبرامه عن طريق وسيط إلكتروني مهمته نشر نصوص ومحتويات العقد على شبكة الإنترنت من خلال موقع إلكتروني، دون أي تدخل في مضمون العقد، في إشارة واضحة أن دور الوسيط الإلكتروني هو النشر والإعلان واستقبال عروض الراغبين في التعاقد مع الإدارة فقط.

وعرفه جانب من الفقه بأنه عقد وفق المعيار العضوي (وجود الإدارة العامة طرفا في العقد)، والمعيار الموضوعي (اتصاله بالمرفق العام وتواجد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص) حسب النظرية العامة للعقد الإداري، لكن وجه الاختلاف بينه وبين العقد الإداري بالشكل التقليدي، هو أنه يبرم باستعمال وسائل الاتصال الإلكتروني، سواء الإنترنت أو من خلال أي وسيلة اتصال الكترونية أخرى كالفاكس أو التلكس أو التلغراف³. ولا يختلف هذا التعريف عن سابقه إلا أنه حاول أن يوضح مفهوم العقد الإلكتروني عن طريق تمييزه عن الشكل التقليدي للعقد الإداري، دون أن يعطي تعريفا صريحا للعقد الإداري الإلكتروني.

¹ - أشار إلى هذا التعريف:

- Kessler DELPHINE, Le contrat administratif face a l'électronique, D.E.A, Droit de L'internet, Université du Paris, Panthéon-Sorbonne, 2002, p. 20.

² - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2014، ص. 115.

³ - هبة سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية-مصر، 2009، ص. 108.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وقد حاول بعض الفقهاء الإمام بجميع جوانب العقد الإداري الإلكتروني من خلال تعريفه بأنه " العقد الذي يتم إبرامه من خلال وسائل الاتصالات الإلكترونية، وفيه يتم التعاقد عن بعد دون تواجد مادي متزامن لأطراف العقد -الإدارة من جهة، وشخص طبيعي أو معنوي من جهة أخرى-، لكن باعتبار العقد مبرم بين حاضرين بسبب التواجد اللحظي بينهم، ويتم إثبات التعاقد بالمحركات الإلكترونية وتنفيذه عن طريق شبكة المعلومات الدولية في حالة التسليم المعنوي للمنتجات، كما يمكن الوفاء بالثمن عن طريق النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية، مما يجعل العقد الإداري الإلكتروني ذو طابع دولي"¹.

والملاحظ أن التعريف قد حاول تحديد مفهوم العقد الإداري الإلكتروني من خلال مراحل العقد بدء بالتعاقد، وانتهاء بالمقابل المالي وطريقة السداد إلكترونيان ولكنه لم يشر في مرحلة التنفيذ إلى التنفيذ المادي واكتفى بذكر التسليم المعنوي، كذلك قصر العقد الإلكتروني على طابع الدولي كميزة، ولم يشر إلى العقد الإداري الداخلي.

أما بالنسبة للتشريع، فقد كانت التشريعات الأجنبية والأوروبية بصفة خاصة لها قصب السبق في الاعتراف بإمكانية تعاقد جهة الإدارة عبر الوسائل الإلكترونية، وتعريف العقد الإداري الإلكتروني.

وقد كان التوجيه الأوروبي الرائد في تكريس حرية التعاقد الإداري الإلكتروني، حيث أكد على إمكانية اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية لغرض زيادة فاعلية الشراء العام والارتقاء بسياساتها، وكان ذلك ابتداء من صدور التوجيه الأوروبي لسنة 1996 الخاصة بالمعاملات الإلكترونية، ثم بعد ذلك التوجيه رقم 97-07 الخاص بحماية المستهلك عن بعد، والذي سبق وأن أشرنا إليه²، لتتوالى التوجيهات التي تناولت إبرام العقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة في صدور، كالتوجيه الأوروبي رقم 18-2004 الصادر في 31 مارس 2004 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات، وكذلك التوجيه الأوروبي رقم 17-2004 الصادر في 08 مارس 2004 مما يدل على أهمية العقود الإدارية الإلكترونية.

وقد عرفته المادة 12 من التوجيه الأوروبي رقم 18-2004، بقولها " للسلطة الإدارية الحق في استعمال التقنيات الحديثة لإبرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الإلكترونية بهدف

¹ - داوود الباز، المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، 2005، ص. 182 وما بعدها.

² - أنظر الهامش رقم 2 من الصفحة 74 من هذه الأطروحة.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

احترام القواعد المنصوص عليها في هذا التوجيه¹، فرغم أن هذه المادة لم تعط تعريفا صريحا للعقد الإداري الإلكتروني، إلا أنها أعطت واعترفت للسلطات الإدارية في الدولة بما لا يدع مجال للشك بإمكانية إبرام عقود إدارية طبقا للنظرية العامة لإبرام العقود الإدارية، لكن باستعمال وسائل إلكترونية.

وبالرجوع إلى المشرع الفرنسي الذي يعتبر صاحب الريادة في مجال سن التشريعات الداخلية الخاصة بالعقود الإدارية الإلكترونية، منها قانون العقود الإدارية الفرنسي الصادر بمرسوم رقم 2001-210، والمعدل بالمرسوم رقم 2004-15 لسنة 2004 المشار إليه سابقا، والذي نص في مادته 56 على إمكانية إبرام الصفقات العمومية عن طريق وسائل إلكترونية²، حيث يطلق على هذا النوع من العقود في فرنسا إسم:

La dématérialisation de procédures de passation des marches public
ومعنى ذلك نزع الصفة المادية عن إجراءات التعاقد في مجال العقود الإدارية، أي التحول من الإجراءات المادية في التعاقد إلى الإجراءات المعنوية أو غير المادية، وهذا يعني أن الفضاء الإلكتروني هو من يحكم العقد الإداري بكل تفاصيله.

ولقد تناول هذا القانون أحكاما تتعلق بنزع الصفة المادية للصفقات العمومية، خاصة المادة 56 منه، والواردة تحت عنوان الأحكام المتعلقة بالاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، والالتزامات فيما يتعلق بنزع الصفة المادية.

¹ - راغب ماجد الحلو، المرجع السابق، ص. 122.

² - Art. n° 56/1/2 " I. Dans toutes les procédures de passation des marchés publics et accords-cadres, les documents écrits mentionnés par le présent code peuvent être remplacés par un échange électronique ou par la production de supports physiques électroniques, selon les dispositions prévues au présent article.

Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel public à la concurrence ou, en l'absence de cet avis, dans les documents de la consultation.

Les candidats appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils adressent au pouvoir adjudicateur.

II. Le pouvoir adjudicateur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

Pour les achats de fournitures de matériels informatiques et de services informatiques d'un montant supérieur à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique. "

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ومن أهم النصوص في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني في فرنسا المرسوم رقم 2002-692 المؤرخ في 30 أبريل 2002 والخاص بتطبيق الفقرتين 1 و2 من المادة 56 من قانون العقود الإدارية، والمتعلق بنزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام العقود الإدارية⁽¹⁾. إضافة إلى العديد من المواد التي كرست مبدأ نزع الصفة المادية عن الصفقة العمومية، وجعلت إمكانية إبرام صفقة عمومية عبر شبكة الإنترنت أمراً ممكننا على غرار المادة 54 التي نصت على إمكانية تنظيم المزاد الإلكتروني، والمادة 79 التي نصت على ضرورة تقديم تقرير حول صيرورة إجراءات المنح بالطريق الإلكتروني، والمادة 80 في فقرتها 3 التي نصت على إمكانية التوقيع إلكترونياً على العقد الإداري، والعديد من المواد الأخرى التي نستنتج من استقراءها أن المشرع الفرنسي توسع جداً في تنظيم التعاقد الإداري الإلكتروني وفصل في ذلك بإسهاب.

وبالرجوع إلى نص المادة 56 نلاحظ أنها قد أوردت في مضمونها ما يفيد تعريف العقد الإداري الإلكتروني، وهو كالاتي: هو العقد الذي يبرم بدون استخدام الوسائل المادية (التقليدية) المستخدمة في تحرير وإبرام العقود، ولكن يتم الاعتماد على الوسائل والتقنيات الحديثة في عالم الفضاء الإلكتروني².

وما يمكن أن يقال حول هذه المادة أن المشرع الفرنسي لم يحدد الوسيلة التي يعقد بها العقد الإداري الإلكتروني. إنما جعلها عامة وشاملة لكل الوسائل الإلكترونية الحديثة، وهذه النقطة مهمة منه لأن الوسائل الحديثة متطورة ومتجددة.

وبناء على ما تقدم يمكن القول أن منظومة التشريعات الإلكترونية الفرنسية تكاد تكتمل أكثر من غيرها في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني.

وبالذهاب إلى التشريعات العربية، نجد أن هذه التشريعات لا تزال بمستوى متواضع فيما يخص التعاقد الإداري الإلكتروني، فالمتفحص لأغلب النصوص التشريعية الخاصة بالتعاقد

¹ - Décret n° 2002-692, du 30 avril 2002, pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics, et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, J.O.R.F. n°103, du 3 mai 2002.

² - أشار إلى هذا التعريف عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 35.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإداري الإلكتروني يجد شحا كبيرا فيها باستثناء دولة الإمارات العربية المتحدة¹، فالدول العربية وإن اهتمت بالتشريعات التي تنظم التعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، إلا أنها مازالت خالية من تعريف أو إشارة للعقد الإداري الإلكتروني، وأغلب ما ورد فيه من أحكام يخص التعاقد المدني فقط.

وبالعودة إلى القانون رقم 182 لسنة 2018 المنظم للتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة في مصر نجده قد تضمن المادة 84 تحت عنوان التعاقد الإلكتروني، حيث نصت على " يجب على الجهات الخاضعة لأحكام هذا القانون إتخاذ إجراءات التعاقد إلكترونيا وفقا لما يتم ميكنته من إجراءات من خلال منظومة موحدة ومنتظمة ومؤمنة إلكترونيا، على أن تتبع الإجراءات المميكنة حال إكتمالها وانتظامها،

وتبين اللائحة التنفيذية لهذا القانون محتوى المنظومة الإلكترونية وكيفية تشغيلها والضوابط والإجراءات المتبعة ذات صلة".

وما يلاحظ على هذه المادة أنها جاءت بشكل عام، مع إقرارها بإمكانية لجوء الإدارة إلى الوسائل الإلكترونية لإبرام عقودها، ولم تتضمن أي تعريف للعقد الإداري الإلكتروني، حيث أحالت إلى اللائحة التنفيذية التي ستوضح إجراءات تطبيق هذه المادة.

وبالذهاب إلى اللائحة التنفيذية لهذا القانون صادرة بموجب قرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019 المشار إليها سابقا، نجدها قد تضمنت المادة 169 تحت عنوان ميكنة إجراءات التعاقد، حيث ألزمت الجهات الإدارية المعنية بتطبيق هذا القانون بضرورة الإلتزام التام بالتحويل للعمل من خلال منظومة التعاقدات الإلكترونية ابتداء من تاريخ صدور هذا القرار، كما ألزمت ذات المادة المتعاملين مع الجهات الإدارية أن تكون مكاتباتهم أي كان شكلها، أو محتواها في شكل محرر إلكتروني وفقا لما يتم ميكنته من إجراءات يصدر بها قرار من وزير المالية.، فيما

¹ - تعد دولة الإمارات العربية المتحدة أول دولة عربية خاضت تجربة التعاقد الإداري الإلكتروني، حيث تم الإعلان سنة 2001 أن جميع مشتريات الحكومة ستنم بالتعاقد الإلكتروني، وتجسيدا لذلك صدر القانون رقم 02 لسنة 2002 المشار إليه سابقا. وباستثناء هذا النص الذي يكاد يكون النص الوحيد الذي نظم أحكام إبرام العقد الإداري الإلكتروني في الدول العربية. إلا أن بعض الدول حاولت تأويل النصوص القائمة في مجال التعاقد الإلكتروني المدني بما يلائم التعاقد الإداري الإلكتروني، ففي دولة الكويت مثلا أفتت إدارة الفتوى والتشريع بجواز التعامل الإلكتروني في مجال الإعلان عن المناقصة العامة وكذلك طرح وثائقها على أقراص الكمبيوتر بدلا من استخدام الأوراق والمستندات الورقية. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر: هيبه سردوك ، المرجع السابق، ص. 109.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

نصت المادة 170 على محتوى المنظومة الإلكترونية التي نصت على تأسيسها المادة 169 السابقة.

وبالنسبة للجزائر فشأنها شأن باقي الدول العربية إذ لا يوجد لحد الآن تعريف للعقد الإداري الإلكتروني، لا من جانب الفقه ولا من جانب المشرع وهذا راجع لحدثة، ونقص في التشريعات الإدارية الخاصة بهكذا نوع من العقود. لذلك من خلال ما مر من تعريفات للعقد الإلكتروني، نجد أن هناك ضجة قد غلفت هذا الموضوع بحالة من الغموض والإرباك.

وعليه يعرف الباحث العقد الإداري الإلكتروني بأنه "العقد الذي يتم إبرامه وتنفيذه بوسائل إلكترونية كلياً أو جزئياً من طرف شخص معنوي عام، بقصد تسيير مرفق عام أو تنظيمه، وتظهر فيه نية الإدارة الأخذ بأحكام القانون العام من خلال تضمينه شروطاً استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص، بحيث يعلن عنه بشكل إلكتروني، وترسل العروض من قبل المتنافسين إلكترونياً (إيجاب إلكتروني)، وتقوم الإدارة بالإرسال وقبول أفضل عرض إلكتروني (قبول إلكتروني)، على أن يتم تنفيذه وتسوية نزاعاته بشكل عادي أو إلكتروني، مما يستدعي أن يتم إثباته بالوسائل الإلكترونية".

الفرع الثالث: خصائص العقد الإداري الإلكتروني.

بالإضافة إلى المعايير أو العناصر التي أقرها القضاء والفقه الإداريان في تمييز العقد الإداري عن عقود القانون الخاص، من وجوب أن تكون الإدارة العامة أو أحد أشخاص القانون العام طرفاً في العقد، واتصال العقد بنشاط المرفق العام، أو إتباع أساليب القانون العام (الشروط الاستثنائية)، كما سبق بيانه، فإن هنالك مجموعة من الخصائص يمتاز بها العقد الإداري إذا ما أبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية. فالوسيلة أو الطريقة التي ينعقد بها العقد الإلكتروني تمثل أهم وجه لخصوصيته.

فهو ينتمي لطائفة العقود التي تبرم عن بعد، وبالتالي يمكن أن يدخل بشكل عام في إطار العقود التقليدية المبرمة بين غائبين¹، مع اختلاف في الوسيلة التي يتم من خلالها العقد وهي وسيلة من الوسائل الإلكترونية، مما يترتب على ذلك إمكانية تنفيذه إلكترونياً، دون إغفال

¹ - محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية - دراسة قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة إلى خاصة لبعض قوانين البلدان العربية-، النسر الذهبي للطباعة للطباعة، القاهرة-مصر، 2002، ص. 7.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الطابع الدولي والوطني على حد سواء لهذا النوع من العقود. وعليه سيتم استعراض خصائص التعاقد الإداري الإلكتروني في ثلاث بنود على النحو التالي:

البند الأول: غياب التعاصر المادي بين أطراف العقد وتعويضه بالوسيط الإلكتروني (عقد عن بعد).

أهم ما يميز العقد الإداري الإلكتروني عن العقد الإداري التقليدي أنه يتم إبرامه بين متعاقدين لا يجمعهما مجلس حقيقي، حيث يتم التعاقد بوسائل اتصال تكنولوجية عن بعد، أو ما يسمى بعقود المسافة، التي تتم دون تواجد مادي لأطرافه، ومن خلال مجلس عقد افتراضي، فهما لا يختلفان من حيث الموضوع أو الأطراف، بل من حيث طريقة الإبرام ووسائل الإثبات. فالعقود الإلكترونية بصفة عامة، والعقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة تدخل في إطار العقود مبرمة بين حاضرين من حيث الزمان بسبب التواصل اللحظي بينهما (تواجد معنوي)، وغائبين من حيث المكان بسبب المسافة الفاصلة بينهما.

وقد كان وجود مجلس العقد من الأمور الجوهرية والمسلم بها وذلك قبل انتشار الوسائط الإلكترونية. لكن في الوقت الحاضر ومع انتشار الوسائط الإلكترونية عالمياً وتوسعها ظهرت إمكانية انعقاد العقد دون وجود ما كان يسمى مجلس العقد.

وهو ما يجعلنا نتساءل، هل يعد مجلس العقد موجود في العقود الإلكترونية أم لا؟

للإجابة على هذا التساؤل ظهرت في هذا الصدد نظريات: **النظرية الأولى** تقر بوجود مجلس انعقاد العقد في العقد الإلكتروني، لكن صورته هي التي تغيرت، وأصبح يتم عن طريق الوسائط الإلكترونية التي يتواجد عليها أطراف العقد، ومن خلالها يتم الإطلاع على شروط وبنود العقد، وما يتحمله كل طرف من التزامات، وما له من حقوق تجاه المتعاقد الآخر. ومن ثم تشكل هذه الوسائط مجلس العقد¹.

النظرية الثانية، تعتبر أن التعاقد الإلكتروني ينتفي فيه شرط انعقاد العقد في مجلس العقد، على أساس أن العقد الإلكتروني عكس العقد الذي يتم بالطريق التقليدية والذي له أركان

¹ - للمزيد حول هذا الموضوع أنظر منير محمد الجنيهي - ممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، د.س.ن، ص. 155.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لا بد من توافرها، في حين أن العقد الإلكتروني ليس من شروط انعقاده توافر بعض تلك الأركان ومن ضمنها انعقاد مجلس العقد¹.

ونحن بدورنا لا نتفق والنظرية الثانية ونؤيد النظرية الأولى، فمجلس العقد موجود في العقد الإلكتروني، لكن بشكل آخر جديد يتماشى مع طبيعة هذا النوع من التعاقد، فالتفاعل الحاصل بين الأطراف عبر الوسائط الإلكترونية يعتبر تفاعلا بين حاضرين في مجلس عقد واحد افتراضي. فإذا كان العقد إلكترونيا، فمن الطبيعي أن يكون مجلس العقد إلكترونيا أيضا.

وبناء على ما تقدم يمكن أن يكون العقد الإداري الإلكتروني عقدا فوريا متعاصرا (تعاصر لحظي زمني)، كما يمكن أن يكون عقدا غير متعاصر، أي أن الإيجاب غير معاصر للقبول، وهذا ما يسمى بالصفة التفاعلية² للعقود الإلكترونية³.

وفي هذه الحالة ثار تساؤل حول طبيعة هذا التعاقد، هل هو تعاقد بين حاضرين أم تعاقد بين غائبين؟.

بالرجوع إلى القواعد العامة لإبرام للعقود نلاحظ أن هناك معيارا للتفرقة بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين، وهو النظر إلى الفترة الزمنية التي تفصل بين صدور القبول وعلم الموجب به. ففي التعاقد بين غائبين يصدر القبول، ثم تمر فترة من الزمن حتى يصل هذا القبول إلى علم الموجب به، وبالتالي يختلف وقت صدور القبول ووقت العلم به كالتعاقد عن طريق البريد. إذن فالعبرة ليست بالمكان أي اتحاد مجلس العقد أو اختلافه، بل بالفترة الزمنية بين صدور القبول والعلم به. أما التعاقد بين حاضرين فيعلم الموجب بالقبول بمجرد صدوره، دون وجود أي فاصل زمني⁴.

وفيما يخص العقد الإلكتروني بصفة عامة والعقد الإداري الإلكتروني بصفة خاصة، فيرى جانب من الفقه الحديث أن طرفي العلاقة العقدية بالرغم من البعد المكاني بينهما، إلا أن اتصالهم الدائم، وقدرتهم على تبادل المعلومات في ذات الوقت، وفي نفس المكان أي شبكة

¹ - للمزيد حول هذا الموضوع انظر منير محمد الجنيبي - ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص. 155. وما بعدها.

² - تعرف الصفة التفاعلية بأنها: " الاحتمالات المخولة لمستخدم البرنامج المعلوماتي ليتحكم بنفسه في التدفق المعلوماتي المقدم له والمعروض عليه، من خلال محتوى ثري من المعلومات في شكل رقمي بواسطة قدرات لا محدودة للوسائط الإلكترونية ". للمزيد حول هذا الموضوع أنظر إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني - دراسة مقارنة -، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2006، ص. 53.

³ - منير محمد الجنيبي - ممدوح محمد الجنيبي، المرجع السابق، ص. 152.

⁴ - عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المجلد الأول، ط. 3، منشورات دار الحلبي، بيروت - لبنان، 1998، ص. 253.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإنترنت مثلا، يلغي كافة الفروق الزمنية والمكانية التي تفرضها مسألة التعاقد بين غائبين، وبالتالي لا ينطبق على التعاقد عبر الإنترنت وصف التعاقد بين غائبين¹.

ونحن نشاطر هذا الرأي في موقفه، ذلك أن تطور وسائل الاتصال الحديثة، جعل من السهل إبرام العقود بين أفراد من دول مختلفة عبر أجهزة الحاسوب، دون الحاجة لحضور أطراف العقد في مجلس واحد، خاصة بعد ظهور تقنية المشاهدة المباشرة عبر شاشة الكمبيوتر، وتمكن أطراف التعاقد من رؤية وسماع بعضهم البعض في نفس اللحظة، بحيث تقترب بذلك من مجلس عقد حقيقي، فالمشاهدة بالصورة والصوت بشكل مباشر، تعد بمثابة تعاقد بين حاضرين في الزمان والمكان.

ومن ثم يمكن القول أن السمة الأساس للتعاقد الإداري الإلكتروني أنه يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس حقيقي حيث يتم التعاقد عن بعد بوسائل اتصال تكنولوجية حديثة، فيتم الإعلان من قبل الإدارة عن الصفقات والمناقصات عن طريق تلك الوسائل، أو ترسل تفاصيلها إلى المتعاقد من قبل الإدارة في حالة التعاقد بالتراضي، وتقدم العروض عن طريق الوسائل نفسها، حيث أن العقد يتم بين حاضرين من حيث الزمان غائبين من حيث المكان، وهذا ما يعرف بالتواجد المعنوي أو المعلوماتي، الذي يعوض أي تواجد مادي. أما مجلس العقد الافتراضي الذي يجمع طرفي العقد (الإدارة والمتعاقد معها)، فليس بالضرورة أن يكون فوراً متعاصراً، حيث يمكن أن تقدم العطاءات أو العروض بعد الإعلان عن الصفقة بفترة معينة دون الحاجة إلى الفورية في التعاقد أو التفاعلية.

إن التأثير العملي الذي نشهده في واقعنا لوسائل الاتصال الحديثة وخاصة شبكة الانترنت، يؤكد على أن عملية الإبرام الإلكتروني للعقود الإدارية سيصبح لها مكانة منفردة تؤدي إلى هجر الطرق التقليدية مستقبلاً لما فيها من عيوب.

البند الثاني: خصوصية تنفيذ وإثبات العقد الإداري الإلكتروني.

تظهر خصوصية التعاقد الإلكتروني عامة والتعاقد الإداري الإلكتروني خاصة بشكل واضح في مجال إثباته وتنفيذه²، ففيما يتعلق بمسألة التنفيذ فإن القاعدة العامة تتمثل في أن

¹ - فاروق محمد الإباصري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية-مصر، 2002، ص. 59.

² - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 57.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

العقد الإداري الإلكتروني لا يمكن أن ينفذ إلا مادياً، فرغم أن هذه العقود تبرم إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت مثلاً، لكن تنفذ على أرض الواقع بصورة مادية من ذلك على سبيل المثال عقود توريد العامة، أو عقود الأشغال العامة أو عقود امتياز إدارة المرافق العامة. لكن إستثناء يمكن أن ينفذ العقد الإداري الإلكتروني بطريقة إلكترونية في حالات خاصة مثل عقود الخدمات والدراسات كحالة تسليم برامج كمبيوتر أو دراسات أو أبحاث علمية، وهنا يكون التسليم معنوي للمنتجات أو الخدمات المتعاقد عليها مع الإدارة على الشبكة (on line) أو البريد الإلكتروني وهذا غير موجود في العقد التقليدي¹، كما يمكن أن يكون التنفيذ الإلكتروني للعقد الإلكتروني جزئياً أو كلياً، بمعنى أن العقد الإداري الإلكتروني يمكن أن ينفذ من بدايته إلى نهايته بطريقة إلكترونية، أو أن ينفذ جزء منها إلكترونياً وينفذ الجزء الآخر مادياً.

وقد ساهم التنفيذ الإلكتروني للعقد الإداري الإلكتروني في تسهيل إجراءات الوفاء، حيث حلت النقود الإلكترونية² محل النقود العادية من خلال الوفاء الإلكتروني عن طريق بطاقات الدفع والائتمان³. وبالتالي يمكن للإدارة والمتعاقد معها الوفاء بالمقابل المادي المنصوص عليه في العقد بطرق إلكترونية في حدود الاعتمادات المالية موضوع العقد، إضافة إلى الجزاءات المالية في العقد الإداري الإلكتروني التي تفرض على المتعاقد مع الإدارة كالمبالغ المالية فإنها يمكن أن تدفع بالطرق الإلكترونية أيضاً.

أما فيما يخص عملية الإثبات فإنها تتم عن طريق المحررات الإلكترونية والموقع عليها توقيعاً إلكترونياً باعتبارها المرجع الأول الذي يبين ما اتفق عليه طرفي العقد ويحدد التزاماتهما

¹ - فادي محمد عماد الدين توكّل، عقد التجارة الإلكترونية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2010، ص. 2- تسمى النقود الإلكترونية بالمال الإلكتروني، وتأخذ عدة أشكال نذكر منها على سبيل المثال لا الحصر النقود الإلكترونية المبرمجة التي قد تكون بطاقة ذكية يمكن تثبيتها على الحاسب الآلي ليتم نقل القيمة المالية منها أو إليها، أو بطاقات بلاستيكية ممغنطة أو شيكات إلكترونية. للمزيد حول هذا الموضوع أنظر نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2005، ص. 87.

³ - إستحدثت المشرع الجزائري لأول مرة قانون يضمن التعامل الإلكتروني في القطاع المالي من خلال الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.، العدد 52، لسنة 2003. حيث نصت المادة 69 على وسائل الدفع بقولها " تعتبر وسائل الدفع كل الأدوات التي تمكن كل شخص من تحويل أموال مهما يكون السند أو الأسلوب التقني المستعمل...". وهذا ما يبين نية المشرع الجزائري الإنتقال من وسائل الدفع التقليدية إلى وسائل الدفع الإلكترونية. ليأتي بعد ذلك القانون رقم 05-02 المعدل والمتمم للقانون التجاري ويخصص فصلاً بعنوان في بطاقات الدفع والسحب، حيث عرفت المادة 543 مكرر 23 بطاقات الدفع بأنها " كل بطاقة صادرة عن البنوك والهيئات المالية المؤهلة قانوناً وتسمح لصاحبها بسحب أو تحويل أموال...". وفي سنة 2018 وبصدور القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقاً أكد المشرع من جديد على وسائل الدفع الإلكتروني في نص المادة 6 بقولها " ... وسيلة الدفع الإلكتروني هي كل وسيلة دفع مرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد، عبر منظومة إلكترونية...".

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

القانونية، وهذا بخلاف العقد التقليدي الذي يجسد وجوده المادي المحررات الورقية، والتي لا يعتد بها كدليل إثبات إلا إذا كانت الموقعة بالتوقيع اليدوي. ولا نريد الإسهاب في توضيح عناصر الإثبات وحجية المحررات الإلكترونية في نطاق العقد الإداري الإلكتروني لأننا سنتناول ذلك بالتفصيل في الباب الثاني من هذه الأطروحة.

البند الثالث: الزيادة في مجالات الاختيار أمام الإدارة.

تعتبر السرعة في إنجاز الأعمال من المميزات الأساسية للمعاملات التي تتم عبر شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية بصفة عامة. وقد كان هذا الأمر سببا لانتشار التعاقد الإلكتروني بما يحمله من مزايا أزلت الحدود الجغرافية والعراقيل الإدارية وهو ما انعكس بشكل إيجابي، وشكل تقدما كبيرا في مجال إنجاز المعاملات الإدارية، وأصبح من السهل إبرام العقود الإدارية بين الإدارة وأطراف دوليين خلال فترة زمنية بسيطة جدا، متجاوزين الحدود والمسافات. والتي كان يتطلب إنجازها في الماضي وقتا وجهدا كبيرين. وهذا ما جعل البعض يصف العقود الإدارية الإلكترونية بأنها ذات طابع دولي وداخلي، استنادا إلى التوجيهات الأوربية¹ التي عكست الطابع الداخلي والدولي للعقود الإدارية، من خلال إمكانية إبرام العقود الإدارية بين الدول الأوربية أو بينها وبين دول العالم، ويعتبر ذلك من أهم خصائص العقود الإدارية الإلكترونية².

إن هذا الأمر ترتب عليه زيادة إمكانات الإدارة لاستعراض خيارات عديدة أمام شاشة الكمبيوتر تجسيدا لمبدأ المنافسة³، من خلال زيادة عدد المتنافسين. فالإعلان الإلكتروني عن العقد الإداري الإلكتروني يتيح للإدارة المتعاقدة فرصة إيصال عرضها إلى أكبر عدد ممكن من المتعاملين المتعاقدين محليا ودوليا، باعتبار أن وسائل التعاقد الإلكتروني وخاصة الإنترنت لا

¹ - التوجيه الأوربي رقم 18-2004 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد، وكذا التوجيه الأوربي رقم 17-2004، الخاص بإجراءات إبرام عقود المياه والطاقة.

² - وقد تآثر المشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية الفرنسي بأحكام التوجيهات الأوربية حيث نص في المادة 2 منه على إمكانية إبرام النولة لعقود إدارية مع دولة أو عدة دول في مجال الأشغال والخدمات،، أنظر:

Art. n° 2 du décret n° 2004-15, portant code des Marches publics, précité.

³ - حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، دراسات علوم الشريعة والقانون، كلية الحقوق، جامعة الإسراء الخاصة، الأردن، المجلد 34، 31 أكتوبر 2006، ص. 221.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

يحدثها زمان ولا مكان خاص، وهذا ما يفتح المجال أمام الإدارة لاختيار أفضل العروض¹، إذ تتاح الفرص المتكافئة أمام أكبر عدد من المتعاملين الاقتصاديين على السواء لعرض خدماتها بحرية ودون تمييز أو قيود وفي ظرف قياسي، وتمكين الإدارة عن طريق التفاوض السريع من الحصول على أفضل العروض تحقيقاً للمصالح العام، والحيولة دون التأخر في تنفيذ العقود.

الفصل الثاني: الإطار القانوني والتنظيمي لإبرام العقود الإدارية إلكترونياً.

مما لا شك فيه أن المشرع عندما يقيد الإدارة بإتباع إجراءات محددة في إبرام العقود الإدارية إنما يرمي إلى تحقيق غايتين أو هدفين أولهما: تحقيق المصلحة العامة، وثانيهما: الدعم المالي للخزينة العمومية، مما يوجب على الإدارة المتعاقدة الإلتزام بضرورة السعي إلى تحقيق التوازن بين هذين الهدفين دون الإخلال الجسيم بينهما². لكن من الممكن التنازل عن الهدف الثاني إلى حد معين في مقابل الجودة وإتقان العمل، وفي كل هذه الأحوال لا بد من تقيد بالمبادئ التي وضعها المشرع لضبط هذا التعاقد.

لكن نتيجة للتطور التكنولوجي الذي ألقى بظلاله على العقد الإداري، استدعى إعادة النظر في أحكامه، فالعقد الإداري من أهم وسائل الدولة لتحقيق أهدافها، ولا يمكن أن يبقى إبرام هذا العقد بمعزل عن التيارات السريعة والمتلاحقة في مجال الاتصالات وتكنولوجيا المعلومات. وتعزيزاً للصلة بين الإدارة والأفراد في مجال العقود، بات من الضروري وضع إطار جديد له يقوم على استخدام تكنولوجيا المعلومات لتوفير كل المعلومات للأفراد بشفافية تامة.

لذا وجهت الجهود الدولية³ نحو إزالة المعوقات القانونية أمام استخدام وسائل التكنولوجيا الحديثة، ومحاولة إضفاء أحكام ملائمة للقواعد التقليدية حتى تستجيب لاحتياجات الإدارة العامة الإلكترونية، باعتبار أن العقود الإلكترونية لا تخرج في جوهرها عن العقود التقليدية، وإن كانت هذه العقود -العقود الإلكترونية- تحتاج في بعض جوانبها إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها.

¹ - حمدي سليمان القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان-الأردن، 2014، ص. 160.

² -G. VEDEL. ,P. Delvolve., Droit administratif, Thémis, P.U.F, 9^{éd} , 1984, p. 341.

³ - أنظر الصفحات 73 إلى 77 من هذه الأطروحة .

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعليه فإن الحديث عن وضع إطار قانوني للعقد الإداري الإلكتروني يستلزم تقسيم هذا الفصل إلى مبحثين، يتناول المبحث الأول القواعد العامة للتعاقد الإداري الإلكتروني، فيما سيخصص المبحث الثاني لدراسة إشكالية التراضي في العقود الإدارية الإلكترونية.

المبحث الأول: القواعد العامة للتعاقد الإداري الإلكتروني.

تتطور إجراءات إبرام العقد الإداري بسرعة وبصفة مستمرة في خضم ما يشهده العالم من ثورة رقمية ومعلوماتية، وهذا ما أدى إلى حدوث تغيرات في العمليات التعاقدية الإدارية. وقد مست هذه التغيرات بنيتها القانونية، وتم إرساء الإجراءات الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية وصولاً إلى استحداث العقد الإداري الإلكتروني¹.

على أن تأثير الوسائط الإلكترونية على القواعد العامة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني وتحويلها من الشكل التقليدي إلى الشكل الإلكتروني، مس جميع عناصر العقد الإداري بدءاً بالطبيعة القانونية للعقد، وصولاً إلى وسائل إبرام هذا النوع من العقود. لذلك سيتم تقسيم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني، فيما يتطرق المطلب الثاني للبيئة التقنية اللازمة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني.

يحظى العقد الإداري الإلكتروني باهتمام خاص في الوقت الحالي نظراً لأهميته العملية من جانب، ونظراً كذلك لأن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بطبيعة خاصة على عكس العقد الإلكتروني من جانب آخر². وذلك لتميزه بخصائص العقد الإلكتروني من جهة، وخصائص العقد الإداري من جهة أخرى، مما يستوجب صدور أحكام من القضاء الإداري لتحديد هذه الطبيعة.

¹ - ناصر عبد الحميد السلاطات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2009، ص. 360.

² - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني-دراسة تحليلية مقارنة، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2007، ص.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

فاستناد العقد الإداري الإلكتروني على وسيلة اتصال إلكترونية لإبرامه، أدى إلى طرح تساؤل حول ما مدى خضوع العقد الإداري الإلكتروني لذات المعايير والمبادئ التي ترمي إلى تمييزه وتحكم إبرامه، أم انه يخضع لمعايير ومبادئ خاصة؟

للإجابة على هذا التساؤل، لا بد من بيان مدى تأثير المعايير التي قيلت في تمييز العقود الإدارية بالتطور التكنولوجي، وهو ما سيتم توضيحه في الفرع الأول من هذا المطالب تحت عنوان: تأثير الوسائط الإلكترونية على معايير تمييز العقد الإداري، ليتم بعد ذلك دراسة تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية في الفرع الثاني.

الفرع الأول: تأثير الوسائط الإلكترونية على معايير تمييز العقد الإداري.

كما سبق بيانه في الفصل الأول هناك مجموعة من الخصائص التي يمتاز بها العقد الإداري إذا ما أصبح عقدا إداريا إلكترونيا، وهي:

- غياب التعاصر المادي بين أطراف العقد وتعويضه بالوسيط الإلكتروني،
- خصوصية تنفيذ وإثبات العقد الإداري الإلكتروني،
- زيادة مجالات الاختيار أمام الإدارة العامة. وبالإضافة إلى هذه الخصائص، أقر الفقه والقضاء الإداريان عددا من المعايير التي يمكن من خلالها تصنيف العقد الإداري ووضعه في مكانه الصحيح ضمن القانون العام، سبق وأن فصلنا فيها عند دراسة النظرية العامة للعقد الإداري التقليدي في الفصل الأول كذلك، وقلنا أنها لا يمكن أن تخرج عن نطاق معيارين أساسيين هما المعيار العضوي والمعيار الموضوعي.

وترتبيا على ذلك لا بد من البحث في مدى توافر معايير العقد الإداري في العقد الإداري الإلكتروني، وذلك من خلال توضيح مدى صلاحية كل من المعيارين العضوي (بند أول)، والموضوعي (بند ثاني): لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.

البند الأول: صلاحية المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.

توصلنا فيما سبق عند تعريف العقد الإداري، ومحاولة تمييزه عن عقود القانون الخاص وفق المعيار العضوي، أن العقد الذي لا تكون الإدارة العامة طرفا فيها لا يمكن اعتباره عقدا إداريا كمبدأ.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وبدمج مصطلحي الإدارة العامة والإلكترونية نلاحظ أن هذا المعيار يتناسب مع ما تصبوا إليه الإدارة الإلكترونية منذ ظهورها، من ممارسة جميع أعمالها بشكل إلكتروني، وهذا ينصرف إلى العقد الإداري الإلكتروني، لذلك كان من المهم توفر عنصري الإدارة والإلكترونية في أي عقد يراد إضفاء الصفة الإدارية عليه مع الصفة الإلكترونية¹. وبناء على ذلك، فإن الشخص المعنوي العام سواء الدولة أو أحد مؤسساتها أو الوكيل بموجب وكالة صريحة أو ضمنية، يمكنهم استعمال الوسائل الإلكترونية وعلى رأسها شبكة الإنترنت لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية. وبالتالي فإن أي عقد يجمع الصفة الإدارية والإلكترونية معا يعد عقدا إداريا إلكترونيا وفقا للمعيار العضوي.

وعليه وحسب ما ذكر، فإن العقد المبرم بين طرفين من الأفراد العاديين لا يعد عقدا إداريا إلكترونيا، حتى وإن تم إبرامه عن طريق وسيلة اتصال إلكترونية².

ومرد ذلك أن العقد الإداري الإلكتروني وإن كان يتفق مع العقد الإلكتروني في إطار القانون الخاص من حيث العناصر الأساسية للتكوين أي الأركان، إلا أنه يتميز عن العقد الإلكتروني في هذا المعيار، بأن الإدارة أبرمته بوصفها سلطة عامة بعكس المتعاقد معها الذي لا يملك الامتيازات التي تملكها لغرض تحقيق المصلحة العامة لا الخاصة³.

وقد أكد التشريع الفرنسي في هذا المعيار على الجمع بين معيار الإدارة طرف في العقد والصفة الإلكترونية، في نص المادة 56 من قانون العقود العامة المشار إليها سابقا، من خلال تأكيده على إمكانية تسليم المؤسسات المتعاقد للوثائق الخاصة بالعقد ودفاتر الشروط بشكل إلكتروني، وأن هذه المؤسسات هي بطبيعتها جهات إدارية عامة.

ونفس الشيء ذهب إليه المشرع الجزائري، وهو ما نستشفه من نصي المادتين 204 و 06 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا. فالمادة 204 منه تنص على: "تضع المصالح المتعاقدة ووثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المترشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية...". فيما حددت المادة 06 الجهات الإدارية العامة التي تخضع العقود التي تبرمها لأحكام قانون الصفقات وسمتها المصلحة المتعاقدة. وبهذا فإن

¹ - مازن راضي ليلو، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012، ص. 124.

² - نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2007، ص. 318.

³ - نواف كنعان، نفس المرجع، ص. 318 وما بعدها.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

التلازم بين الصفة الإدارية العامة والصفة الإلكترونية شيء لا بد منه لغرض توفر هذا المعيار في العقد الإداري الإلكتروني، وتمكنه من تمييز العقد الإداري الإلكتروني عن العقد الإلكتروني في القانون الخاص. ومن ثم يمكن القول أنه لا توجد صعوبة في تحديد العقد الإداري الإلكتروني عن طريق المعيار العضوي.

البند الثاني: مدى صلاحية المعيار الموضوعي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.

من المعلوم أن تمثيل الإدارة العامة في العقد من قبل أحد أشخاص المعنوية العامة، لا يكفي لإضفاء الصفة الإدارية على هذا العقد، والسبب في ذلك أن الإدارة قد تبرم إلى جانب العقود الإدارية، عقوداً مدنية إذا وجدت هذا ضمن مصلحتها. ومن ثم لا بد أن يكون محله أو موضوعه متعلقاً بمرفق عام من حيث تنظيمه أو تسييره أو تنفيذه بجانب عنصر وجود الشخص المعنوي لاعتباره عقداً إدارياً. ونتيجة للتطورات الهائلة في مجال الاتصالات الحديثة، كان من البديهي أن تتأثر المرافق العامة بهذا التطور خاصة في إبرام عقودها، وهو ما أثر على معيار اتصال العقد بمرفق عام.

وتأسيساً على ما سبق، فإن معيار اتصال العقد بالمرفق العام لا يكفي وحده ليعد العقد عقداً إدارياً إلكترونياً، بل يجب أن يستعمل هذا المرفق أساليب حديثة لإبرام عقودها إلكترونياً، فإذا انتفت الصلة بين العقد والمرفق العام، فإن هذا العقد يفقد صفته الإدارية، ويصبح عقداً من عقود القانون الخاص. ونفس الشيء إذا انتفت الصفة الإلكترونية عن العقد الإداري عد هذا العقد عقداً إدارياً تقليدياً، أما إذا فقد صفته الخاصة بوجود اتصاله بمرفق عام فقط، فإنه يتحول إلى عقد إلكتروني مدني¹. وهذا التناقص في العقد الإداري الإلكتروني ما هو إلا امتداد للقواعد القانونية التي أرساها القضاء الإداري فيما يخص تمييز العقد الإداري التقليدي.

وعليه، فإن المرفق العام يجب أن يكون أساسياً في العقد ليكون إدارياً، وكذلك الصفة الإلكترونية يجب أن تكون رئيسية في العقد الإداري حتى يوصف بأنه إلكتروني، ويجب أن يكون ذلك في جميع مراحلها، فلا يكفي الإعلان عن العقد أو المناقصة إلكترونياً، بل يجب أن يكون تقديم العروض إلكترونياً، وكذلك القبول من جانب الإدارة إلكترونياً.

¹ - بشار خياط، العقد الإداري الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد 67، العراق، 2017، ص. 132.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما بالنسبة لمعيار الشروط الاستثنائية، والذي يعد مكملاً للمعايير السابقة، فيمكن القول أن قيام الإدارة بتضمين العقد شروطاً غير مألوفة يجعل هذا العقد مميزاً عن العقد المدني الذي يخلو من هذه الشروط. ومن هنا فإن الأخذ بهذا المعيار في العقد الإداري لا يتنافى مع الإلكترونية، خاصة وأن الوسيلة الإلكترونية التي يبرم عن طريقها العقد لا تتدخل أو تؤثر على موضوع العقد، مما لا يمنع إمكانية وجود عقد إداري إلكتروني يحتوي على شروط استثنائية، أو يخضع لنظام استثنائي خاص يميزه عن عقود القانون الخاص، كالإحالة إلى العقود النموذجية التي يمكن للإدارة أن تضعها على موقعها الإلكتروني للسماح لمن يرغب بالتعاقد معها بمعرفة شروط التعاقد¹.

وقد ثار تساؤل حول ما مدى تنافي تضمين العقد الإداري لشروط استثنائية مع مبدأ المساواة الذي يعتبر من الأهمية بمكان في هذا النوع من العقود؟ والجواب هو أن تضمين العقد الإداري الإلكتروني لشروط استثنائية غير مألوفة يطبق بعد إبرام العقد الإلكتروني أي أثناء مرحلة التنفيذ، مما يجعل هذه الشروط غير مؤثر على مبدأ المساواة الذي لا بد من احترامه في مراحل الأولى للتعاقد أي أثناء الإعلان الإلكتروني عن العقد وأثناء تقديم العروض، مما يجعلنا نؤكد أن عملية التقدم للتعاقد لا يمكن أن تمس من طرف الإدارة بأي وجه من أوجه عدم المساواة².

الفرع الثاني: تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية.

سار القانون الإداري على وضع مجموعة من المبادئ التي تضمن نوعاً من الحماية للمتعاقد في مواجهة الإدارة المتعاقدة عند إبرام العقد تحقيقاً للمصلحة العامة. ولم تكن هذه المبادئ بمعزل عن التطورات التكنولوجية التي طورت من أساليب وإجراءات التعاقد الإداري، مما ساعد في تبسيط إجراءات التعاقد، وإبرام العقود الإدارية بشكل يختصر الوقت ويقلل النفقات المالية التي تتحملها الخزينة العمومية، مما استدعى استحداث بعض القواعد القانونية التي تتناسب مع الوسائل الإلكترونية، وتطويع بعض المبادئ العامة للعقد الإداري حتى لا تتعارض

¹ - Delphine KESSLER, o p. cit., p. 20.

² - محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2010، ص. 37 وما بعدها.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مع طبيعة شبكات الاتصال الحديثة التي تتم عن طريقها عملية إبرام الإلكتروني للعقد الإداري.

ولكن ينبغي التأكيد قبل دراسة تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، أن هذه المبادئ قد نصت عليها أغلب التشريعات المنظمة لإجراءات إبرام العقود الإدارية. ففي فرنسا نجد نص المادة 4/2 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقاً¹، تنص على وجوب أن تتخذ الجهة المتعاقدة التدابير المناسبة لضمان عدم تشويه المنافسة بالمشاركة في إجراءات التعاقد أو انتهاك مبادئ حرية الوصول إلى المشتريات العامة، المعاملة المتساوية للمتقدمين وشفافية الإجراءات.

وقبل هذا المرسوم نشير إلى ماورد في نص المادة 1/2 من المرسوم رقم 2004-15 المتضمن قانون العقود العامة الفرنسي المعدل المشار إليه سابقاً، على وجوب أن تحترم العقود العامة والاتفاقات الإطارية الخاضعة لهذا القانون مبادئ حرية الوصول والدخول إلى المنافسة والمعاملة المتساوية للمرشحين وشفافية الإجراءات، وأن هذه المبادئ تجعل من الممكن ضمان نجاعة الطلبات العامة والاستخدام السليم للأموال العامة².

كما أكدت في القانون المصري المادة 6 من قانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقاً، على وجوب خضوع كل طرق التعاقد والإجراءات المنصوص عليها في هذا القانون لمبادئ الشفافية وحرية المنافسة والمساواة وتكافؤ الفرص، كما نصت المادة 4 من اللائحة التنفيذية للقانون وجوب احترام على ذات المبادئ.

وونفس الشيء فعله المشرع الجزائري في المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، حيث نص على وجوب احترام مبادئ حرية الوصول للطلبات العمومية والمساواة بين المترشحين

¹ - «...Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures. ». Art. n° 4/2 de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

² - " Les marchés publics et les accords-cadres soumis au présent code 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. Ces obligations sont mises en oeuvre conformément aux règles fixées par le présent code.", Art. n° 1/2 de Décret n° 2004 -15, modifié et complété., Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وشفافية الإجراءات في إبرام الصفقات العمومية، لأنها الضمان الوحيد على نجاعة الطلبات العمومية والاستعمال الحسن للمال العام.

واستنادا لما تقدم، سيتم تسليط الضوء على المبادئ التي تحكم إبرام العقد الإداري الإلكتروني، ولعل أهم هذه المبادئ، مبدأ حرية المنافسة (بند أول)، ومبدأ السرية والشفافية (بند ثاني)، مبدأ العلانية (بند ثالث).

البند الأول: مبدأ حرية المنافسة.

يقصد بهذا المبدأ إتاحة الفرصة لكل من تتوفر فيه الشروط للتقدم بعطاءاتهم في المناقصات أو أساليب إبرام العقود الإدارية الأخرى. وترتبط على ذلك فمن حق أي شخص تتوفر فيه الشروط المطلوبة أن يقدم العطاء والتنافس حتى ترسو عليه المناقصة¹. ولا يمكن للإدارة أن تمنع أحد الأشخاص من التقدم إلى المناقصة طالما توفرت فيه الشروط التي حددها القانون، بالإضافة إلى ضرورة خلو دفا تر الشروط الخاصة من كل ما من شأنه تقييد المنافسة أو ترجيح كفة أحد المتنافسين على حساب آخر. كما أن اتجاه الإدارة إلى تفضيل أحد المتنافسين على حساب الآخرين يؤدي إلى بطلان هذا الإجراء، إلا إذا كان هذا التفضيل على أساس قانوني، وهذا يعني أن الشروط المطلوبة للإشتراك في المنافسة يجب أن تكون واحدة للجميع.

وفي الحقيقة أن مبدأ حرية المنافسة يقوم على أساس فكرة الليبرالية الاقتصادية، وهو ما أكده الأستاذ DE LAUBADERE، حيث تقوم هذه الفكرة على حرية المنافسة والمساواة بين الأفراد في الانتفاع من خدمات المرافق العامة². وغرض المشرع من النص عليه ضمن التشريعات النازمة لأحكام إبرام العقود الإدارية هو ضمان نزاهة إجراءات التعاقد، لأن الإدارة لا تعرف مسبقا مع من ستتعاقد هذا من جهة، وفتح الباب أمام أكبر عدد ممكن من المتنافسين للتقدم إلى المناقصة، مما يتيح للإدارة فرصة اختيار أفضل العروض من الناحية المالية والفنية من جهة ثانية.

¹ - محمد عبد الوهاب رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2002، ص. 513.

² - André de LAUBADERE, Traité de droit administratif, o p. cit., p. 667.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وبالذهاب إلى اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 في مصر نجد المادة 5 قد ألزمت الجهة الإدارية المتعاقدة بضرورة إخطار جهاز حماية المنافسة ومنع الممارسات الاحتكارية في حال ما تبين لها وجود إتفاق أو تعاقد أو تبادل معلومات بصورة مباشرة أو غير مباشرة أو تنسيق من خلال الغير سواء كان ذلك بين أي من المختصين بإدارة التعاقدات أو غيرهم من الموظفين بالجهة، وصاحب العطاء، أو بين أصحاب العطاءات فيما بينهم ... والذي من شأنه أن يؤدي إلى:

"... - رفع، أو خفض، أو تثبيت أسعار المنتجات محل التعامل،

_ إقتسام الأسواق، أو تخصيصها على أساس من المناطق الجغرافية أو مراكز التوزيع أو نوعية العملاء أو نوعية المنتجات أو الحصص السوقية أو الفترات الزمنية..."

لكن تجدر الإشارة أنه لا يجري العمل بهذا المبدأ على إطلاقه، فثمة قيود قد ينص عليها القانون أو تضعها الإدارة بما لها من سلطة تقدير، بموجبها يتم حرمان بعض الأشخاص من دخول إجراءات التعاقد سواء بصفة مؤقتة أو نهائية، مما يؤدي إلى عدم قبول العطاءات التي يتقدم بها الأشخاص المحرومون حتى وإن كانت هذه العطاءات مستوفاة لكامل الشروط التي حددتها الإدارة.

على أن إصدار الإدارة لقرار يقضي بمنع أحد الأشخاص بالمشاركة في إجراءات المناقصات بما تملكه من سلطاتها التقديرية، يخضع لرقابة القضاء حرصاً على تحقيق المصلحة العامة¹.

وقد نصت على حالات الحرمان أغلب التشريعات المقارنة بدءاً بالمشروع الفرنسي بموجب المادتين 5 من المرسوم رقم 2016-360² المشار إليه سابقاً، والتي تحيل إلى المادة 48

¹ - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 64.

² - « L'acheteur prend les mesures appropriées pour que la concurrence ne soit pas faussée par la participation à la procédure de passation du marché public d'un opérateur économique qui aurait eu accès, du fait de sa participation préalable directe ou indirecte à la préparation de cette procédure, à des informations ignorées des autres candidats ou soumissionnaires. Cet opérateur n'est exclu de la procédure de passation que lorsqu'il ne peut être remédié à cette situation par d'autres moyens, conformément aux dispositions du 3° de l'article 48 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée. ». Art. n° 5 de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

من الأمر رقم 2015-899¹. وهذا مافعله كذلك المشرع المصري الذي حدد حالات الحرمان في المادة 75 / 3 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا التي نصت على " ...تمسك الهيئة العامة للخدمات الحكومية سجلا لقيود أسماء الممنوعين من التعامل مع أية جهة من الجهات الإدارية المذكورة، سواء كان المنع بنص القانون أو بموجب قرارات إدارية تطبيقا لأحكامه. وتتولي الهيئة نشر هذه القرارات بطريق النشرات المصلحية، ويحظر التعامل مع المقيدين في هذا السجل. "

كما نصت المادة 28 من نفس القانون على حالة الحرمان الوقائي الذي يكون بنص القانون لأسباب تتعلق بالمصلحة العامة بقولها " ...يحظر على العاملين بالجهات التي يسري عليها أحكام هذا القانون بالذات أو بالوساطة التقدم بالعطاءات أو عروض لتلك الجهات، كما

¹ - « I. - Les acheteurs peuvent exclure de la procédure de passation du marché public :
1° Les personnes qui, au cours des trois années précédentes, ont dû verser des dommages et intérêts, ont été sanctionnées par une résiliation ou ont fait l'objet d'une sanction comparable du fait d'un manquement grave ou persistant à leurs obligations contractuelles lors de l'exécution d'un contrat de concession antérieur ou d'un marché public antérieur ;
2° Les personnes qui ont entrepris d'influer indûment sur le processus décisionnel de l'acheteur ou d'obtenir des informations confidentielles susceptibles de leur donner un avantage indu lors de la procédure de passation du marché public, ou ont fourni des informations trompeuses susceptibles d'avoir une influence déterminante sur les décisions d'exclusion,,de,sélection,ou,d'attribution. ;
3° Les personnes qui, par leur participation préalable directe ou indirecte à la préparation de la procédure de passation du marché public, ont eu accès à des informations susceptibles de créer une distorsion de concurrence par rapport aux autres candidats, lorsqu'il ne peut être remédié,à,cette.situation,par,d'autres,moyens. ;
4° Les personnes à l'égard desquelles l'acheteur dispose d'éléments suffisamment probants ou constituant un faisceau d'indices graves, sérieux et concordants pour en déduire qu'elles ont conclu une entente avec d'autres opérateurs économiques en vue de fausser la concurrence ;
5° Les personnes qui, par leur candidature, créent une situation de conflit d'intérêts, lorsqu'il ne peut y être remédié par d'autres moyens. Constitue une situation de conflit d'intérêts toute situation dans laquelle une personne qui participe au déroulement de la procédure de passation du marché public ou est susceptible d'en influencer l'issue a, directement ou indirectement, un intérêt financier, économique ou tout autre intérêt personnel qui pourrait compromettre son impartialité ou son indépendance dans le cadre de la procédure de passation du marché public.
II. - Un opérateur économique ne peut être exclu en application du I que s'il a été mis à même par l'acheteur d'établir, dans un délai raisonnable et par tout moyen, que son professionnalisme et sa fiabilité ne peuvent plus être remis en cause et, le cas échéant, que sa participation à la procédure de passation du marché public n'est pas susceptible de porter atteinte à l'égalité de traitement. ». Art. n° 48 de ordonnance n° 2015-899, du 23 juillet 2015, relative aux marchés publics, J.O.R.F. n°0169 du 24 juillet 2015.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

يحظر شراء أشياء منهم أو تكليفهم بالقيام بأعمال...".، وهو مافعله كذلك المشرع الجزائري، حيث نصت المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 على حالات الإقصاء من مشاركة في الصفقات العمومية، وتتمحور غالبية هذه الحالات في الأشخاص الذين هم في حالة الإفلاس أو التسوية القضائية أو الصلح، والذين هم محل أحكام حائزة لقوة الشيء المقضي به بسبب مخالفة تمس النزاهة المهنية، والذين يقدمون تصريحات كاذبة أو هم محل تهرب ضريبي، أو هم محل مخالفة التشريع الخاص بالحماية والتجارة والجمارك بشكل عام.

فيما نصت المادة 89 من نفس المرسوم على قائمة المتعاملين الاقتصاديين ممنوعين من المشاركة في الصفقات العمومية، والتي تمسكها سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام.

ولقد كان لاستخدام التكنولوجيا الحديثة خاصة شبكة الإنترنت أثر بالغ على إبرام العقود الإدارية، وبالتالي ظهور العقود الإدارية الإلكترونية، مما ساعد على زيادة عدد المتنافسين الراغبين في التعاقد مع الإدارة، نظرا للبعد الدولي لهذه الوسائل. فلم تعد المنافسة في مجال إبرام العقود الإدارية منحصرة على المستوى الداخلي فقط، بل امتد مجالها إلى المستوى الدولي كذلك، وهذا ما أدى إلى زيادة عنصر المنافسة في عمليات التعاقد الإدارية التي أصبحت تشارك فيها مؤسسات صغيرة وكبير، دولية وداخلية، مما يعزز فرصة الإدارة في اختيار أفضل العروض.

وقد أكد التوجيه الأوربي رقم 2004-18 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات المشار إليه سابقا على مبدأ حرية المنافسة، ودور التكنولوجيا الحديثة في توسيع المنافسة والتطوير فعالية الطلبات وحكومية، ذلك أن إتباع طرق إلكترونية يؤدي إلى تسهيل إجراءات إبرام العقود الإدارية مما يساعد في زيادة المنافسة والحرية فيها بشكل كبير¹.

كذلك فقد ساهم إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية في إيجاد أساليب جديدة لإبرام العقود الإدارية كالمزادات الإلكترونية (Les enchères électroniques) التي تشبه إلى

¹ - المواد 12-14-29، من التوجيه الأوربي رقم 18 لسنة 2004 سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

حد كبير المزايدات العلنية في القانون الخاص¹، مما أدى إلى القضاء على التعقيدات الإجرائية في الأساليب التقليدية، وعزز من مبدأ المنافسة بين الراغبين في ولوج مجال العقود الإدارية. بل أبعد من ذلك، فقد أدى ظهور العقد الإداري الإلكتروني إلى تراجع الأساليب التقليدية في إبرام العقود الإدارية واندثارها كأسلوب المناقصة. ومن أبرز الأمثلة على ذلك أنه بصور قانون العقود العامة في فرنسا بموجب المرسوم رقم 2001-210 المشار إليه سابقا تم تخلي عن أسلوب المناقصة في إبرام العقود الإدارية وتبنى أساليب جديدة تقوم على مبدأ التفاوض بين المتعاقد والإدارة، كأسلوب طلب العروض والإجراءات التفاوضية، ونظام الاقتناء الديناميكي، باعتبار إجراءات التفاوضية الحديثة تفتح أبوابا جديدة أمام حرية المنافسة، وتعطي للإدارة فرصا أكبر لاختيار أفضل العروض، دون أن يمس ذلك بتحقيق المصلحة العامة².

وعليه فإن حرية التقدم إلى المنافسة في مجال العقود الإدارية تأكدت أكثر في ظل العقود الإدارية الإلكترونية، ذلك أن القيام بجميع إجراءات التعاقد عبر الوسائط الإلكترونية خاصة شبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني، يسمح بإرساء مبدأ التفاوض بين الإدارة والمتنافسين، ويعطي الفرصة لجميع المؤسسات الصغيرة والكبيرة، الوطنية والدولية للاشتراك في العملية التي تطرحها الإدارة.

البند الثاني: السرية والشفافية.

يقصد بالشق الأول لهذا المبدأ -السرية- أن توضع جميع العروض المالية والفنية في أظرفة مغلقة، حيث لا يعلم بمضمونها لا الإدارة ولا المتنافسين فيما بينهم، وتبقى كذلك حتى وقت فتح الأظرفة من طرف اللجنة المختصة بذلك. أما الشق الثاني من مبدأ الشفافية، فيعني ضرورة احترام شروط ومواعيد المناقصة بالنسبة لكافة المتنافسين دون تفرقة، مع عدم جواز تفاوض الإدارة مع أحد المتنافسين بشأن تعديل عطائه في خارج الاستثناءات التي يقرها

¹ -DURUPTY Michel, Les enjeux pratiques et juridiques des télé- procédures colloque de L'administration électronique aux services des citoyens, Université de Paris 1, Panthéon – Sorbonne, Paris, 2003, p. 128.

² - DURUPTY Michel, o p. cit., pp. 128 ets.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المشرع على هذه القاعدة¹، وبالتالي يعتبر هذا المبدأ مكملًا للمبدأ السابق من جهة، ومبدأً آخر من مبادئ إبرام العقود الإدارية هو مبدأ المساواة.

إن هذا المبدأ يحقق المساواة بين المتنافسين، ويضمن تكافؤ الفرص بينهم، عن طريق معاملة جميع المتنافسين على قدم المساواة سواء من ناحية المواعيد والإجراءات، أو من ناحية سرية العطاءات. ليصبح هذا المبدأ ضماناً هامة لمنع أي تحايل أو اتفاق يشكل خرقاً لمبدأ السرية، أو إبعاد أحد المتنافسين من المنافسة.، وهو ما أكدت عليه المادة 9 من إتفاقية الأمم المتحدة لمكافحة الفساد المؤرخة في 31 أكتوبر 2003 التي حثت الدول على ضرورة إنشاء نظم إبرام المناقصات تقوم على الشفافية.

وتحقيقاً لمبدأ السرية والشفافية في إطار إبرام العقد الإداري الإلكتروني، تتاح الفرصة لكل شخص تتوافر فيه شروط التقدم للمنافسة لتقديم عرض دون تمييز أو معاملة سيئة من الموظف المختص باستقبال العروض في حالة الإجراءات التقليدية لإبرام العقود، ذلك أن سلطة العنصر البشري في العقود الإلكترونية محدودة. فيستطيع المتنافس الحصول على وثائق العقد ودفاتر الشروط إلكترونياً، كما أن تقديم العرض يكون إلكترونياً كذلك، ولا تستطيع جهة الإدارة الامتناع عن تسلم العرض منه.

كما يترتب على الإدارة في إطار مبدأ السرية والشفافية في إبرام العقود الإدارية الالتزام بتوفير الحماية للمعلومات والبيانات عن طريق ما يعرف بنظامي التوقيع والتصديق الإلكترونيين. وهذا ما نص عليه التوجيه الأوروبي رقم 2004-18 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات المشار إليه سابقاً في مادته 37، حيث أكدت على خضوع إجراءات إبرام العقود الإدارية لنظام الأمن والحماية المنصوص عليه في التوجيه الأوروبي رقم 1999-93 الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

ولم يغفل المشرع الفرنسي هذا الأمر، وكان أكثر حرصاً في تكريس هذا المبدأ، حيث أفرد نصوصاً خاصة تؤكد على مبدأ السرية والشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، فقد نصت المادة 7 من المرسوم رقم 2002-692 الخاص بتطبيق الفقرتين 1 و2 من المادة 56 من قانون العقود العامة والمتعلق بنزع الصفة المادية عن إجراءات إبرام

¹ - محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية - القرار الإداري - العقد الإداري -، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن، ص. 318 و319.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

العقود الإدارية المشار إليه سابقاً، على أن الشخص المعنوي العام يضمن أمن المعاملات على شبكات المعلومات والتي يمكن لجميع المتنافسين الوصول إليها بدون تمييز¹.

كما نصت المادة 4 من المرسوم رقم 2001-846 والخاص بتطبيق الفقرة 3 من المادة 56 من قانون العقود العامة، والخاصة بإبرام العقود الإدارية عن طريق وسيط إلكتروني، والمتعلقة بالمزادات الإلكترونية المشار إليه سابقاً، على التزام الشخص المعنوي العام على توفير الحماية للمعاملات وتنظيم المزادات الإلكترونية على شبكة المعلومات التي يمكن الوصول إليها لجميع المرشحين بدون تمييز².

وهذا ما انتهجه أيضاً المشرع المصري في إطار مبدأ الشفافية الذي يجب أن تلتزم به الإدارة، فقد تناولت المذكرة الإيضاحية لمشروع قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغى بقولها " قد حدث في السنوات الأخيرة العديد من التطورات الاقتصادية، وكثير الحديث فيها على الشفافية والعلانية والمساواة وغيرها من المبادئ التي أصبحت عرفاً مستقراً في الاقتصاد العالمي..."، وبالرجوع إلى اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 السابقة الذكر نجد المادة 9 تلزم الجهات الإدارية المتعاقدة بإتخاذ مايلزم من تدابير لضمان تحقيق معايير تعزيز الشفافية والنزاهة والعدالة والمساواة في المنافسة، ونفس الأمر ذهب إليه المشرع الجزائري مادة 5 سالفه الذكر.

وتجدر الإشارة في شأن العقود الإدارية الإلكترونية بالنسبة لمصر والجزائر أن نصوص القانونية التي تحكم إبرام هذا النوع من العقود مازالت نصوص فنية لا تعالج جميع جوانب التعاقد الإداري الإلكتروني ومراحله، مما يجعلنا نعتبرها مجرد نصوص تتيح للإدارة إمكانية

¹ - Art. n° 7 de Décret n° 2002-692, Précité. " 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."

² - Art. n° 4 de Décret n° 2001-846, Précité. " La personne publique assure la sécurité des transactions et organise les enchères électroniques sur un réseau informatique accessible à tous les candidats de façon non discriminatoire. Les frais d'accès au réseau sont à la charge de chaque candidat."

En cas de défaillance du dispositif d'échanges électroniques, la personne publique met à la disposition des candidats des moyens de transmission susceptibles de se substituer dans les meilleures conditions de sécurité aux moyens électroniques initialement prévus ".

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

القيام ببعض إجراءات الصفقات العمومية إلكترونيا، ولا ترقى لأن تشكل نظام قانوني لإبرام العقد الإداري الإلكتروني. وبالتالي ما عدا النصوص السابقة الذكر التي تركز مبدأ السرية والشفافية في إبرام العقود الإدارية التقليدية، لا توجد نصوص تشريعية حديثة تتحدث عن هذا المبدأ في إطار إبرام العقد الإداري الإلكتروني في مصر والجزائر، كما في فرنسا. من خلال المعطيات القانونية السابقة، يمكن القول أن مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني قد تدعم أكثر، سواء على المستوى الأوروبي من خلال نصوص التوجيه الأوروبي، أو في فرنسا من خلال قانون العقود العامة والنصوص التطبيقية له. وفي الأخير يمكن القول أن الوسائط الإلكترونية المستعملة في إبرام العقود الإدارية قد تم تطويعها في سبيل تحقيق المبادئ العامة لإبرام العقود، لا سيما مبدأ حرية المنافسة ومبدأ السرية والشفافية، إلى جانب تحقيق فوائد أخرى خاصة بالعقود الإدارية الإلكترونية، وهي توفير الوقت والتكاليف للسلطات المتعاقدة.

البند الثالث: مبدأ العلانية.

تعتبر العلنية مبدأ أساسي في مجال المنافسة في إبرام العقود الإدارية، ودونه لا يمكن أن يوجد مجال حقيقي للمنافسة بين المتعاملين الراغبين التعاقد مع الإدارة. ويقصد بالعلنية إلزام الإدارة عندما تنوي البدء في إجراءات التعاقد تسليم المرشحين المحتملين كل المعلومات الأولية المتعلقة بالعقد المنتظر إبرامه. وتتحقق العلنية بموجب الإعلان الذي يعتبر أهم وسيلة لتحقيق هذا المبدأ، والذي توجه فيه الدعوة كافة المتعاملين الذين تتوفر فيهم الشروط المحددة في الإعلان للتعاقد مع الإدارة، وعلى هذا الأساس يتم التقدم بالعروض إلى جهة الإدارة¹.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ في مجال العقود الإدارية خصته التشريعات بنوع من العناية في التنظيم، فقد نص المشرع الفرنسي على ضرورة نشر إعلان عام للمنافسة في جميع أساليب إبرام العقود العامة، سواء في طلب العروض المفتوح² أو طلب العروض المقيد³ أو إجراء

¹ - جابر جاد نصار، المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة الأونسترال، ط. 2، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، د.س.ن، ص. 42.

² - Voir Art. n° 67 de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, Précité.

³ - Voir Art. n° 70 de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الحوار التنافسي¹، أو المسابقة²، أو الإجراء التنافسي مع التفاوض³، أو الإجراء التفاوضي مع الدعوة المسبقة للمنافسة⁴، كما أكد على ضرورة النشر الإلكتروني للإعلانات الدعوة للمنافسة وذلك مانصت عليه المادة 41 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا.

ونص المشرع المصري في المادة 20، من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا، على وجوب نشر العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها في هذا القانون على بوابة التعاقدات العامة، عدا العمليات التي تتطلب إعتبرات الأمن القومي عدم النشر عنها، كما ألزمت ذات المادة ضرورة أن يكون الإعلان مرة واحدة بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار. وبإحدى الصحف الدولية.

وعلى نفس النهج سار المشرع الجزائري حيث نصت المادة 61 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا على إلزامية الإشهار الصحفي في حالات التعاقد عن طريق طلب العروض المفتوح، طلب العروض المفتوح مع إشتراط قدرات دنيا، طلب العروض المحدود، المسابقة، التراضي بعد الإستشارة عند الإقتضاء.

وفي الأخير نشير أننا لن نسهب في الحديث عن مبدأ العلانية في هذا البند وسنخصه بالمزيد من التفصيل عند التطرق إلى مراحل إبرام العقود الإدارية الإلكتروني، بالأخص عند الحديث عن مضمون الإعلان كأهم وأول مرحلة من مراحل عملية إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، بإعتبار أن الوسائل الإلكترونية كفيلة بأن تصل بهذا المبدأ إلى أقصى درجات التطبيق.

المطلب الثاني: الوسائل التقنية اللازمة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني.

نظرا للطبيعة الخاصة للتعاقد الإلكتروني بصفة عامة، والعقد الإداري الإلكتروني بصفة خاصة، كونه تعاقدًا بين شخصين لا يجمعهما مجلس عقد واحد، يحتاج المتعاملون في مجال المعاملات الإلكترونية، خاصة الإدارة، إلى وسائل تقنية لإنشاء وإبرام العقد الإداري

¹ - Voir Art. n° 76, de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

² - Voir Art. n° 88, de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

³ - Voir Art. n° 72, de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

⁴ - Voir Art. n° 74, de Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإلكتروني¹، وتحقيق التقارب قانونا بينها وبين الراغبين في التعاقد معها من خلال تبادل التعبير الإرادي أيا كانت طبيعته، سواء كان دعوة إلى التعاقد أو الإيجاب أو القبول، لحين إتمام الارتباط بين إرادتين متطابقتين وفقا للإجراءات التي يحددها القانون لإحداث أثر قانوني، فينعقد العقد الإداري الإلكتروني.

فهذه الوسيلة الفنية هي التي تضي على العقد صفته الإلكترونية، ولو انعدمت لظل العقد محتفظا بوصفه عقدا عاديا لا خصوصية فيه².

وعليه فإن دراستنا في هذا المطلب ستقتصر على التعرف على أهم الوسائل التقنية المنتشرة في الواقع العملي لإبرام العقد الإداري الإلكتروني³. ولعل السبب الذي جعلنا نسلط الضوء هذه الوسائل التقنية في دراستنا هو صعوبة التأكد من نسبة الإرادة إلى صاحبها ومصدرها في هكذا نوع من العقود، كما أن الوسيلة الإلكترونية لا تتيح معرفة كل طرف لهوية الطرف الآخر، بالإضافة إلى احتمال وقوع الخطأ أو تحريف في مضمون الإرادة ومحتواها، مما يستدعي بيان الضوابط التي تكفل سلامة الإرادة المنقولة عبر هذه الوسائل التقنية⁴. وذلك ما سيكون من خلال فرعين، يتناول الفرع الأول التبادل الإلكتروني للبيانات في مجال إبرام

¹- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 65.

²- حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 86.

³- بالرغم من انتشار الإنترنت وكثرة استخدامه كوسيلة للتعاقد الإلكتروني، إلا أنه لا يعتبر الوسيلة الإلكترونية الوحيدة والحصريّة للتعاقد والتعبير عن الإرادة إلكترونيا كما ذهب إليه بعض الفقه، فهناك العديد من الوسائل الأخرى للتعاقد الإلكتروني، وإن كان الإنترنت يتميز عنها السرعة والانتشار في مختلف أنحاء العالم.

ومن أهم الوسائل الإلكترونية الأخرى أو صور التعاقد الإلكتروني الأخرى:

- التعاقد عن طريق الهاتف: يعد هذا النوع من التعاقد من أقدم وسائل الإتصالات التي أجاز المشرع استخدامها للتعبير عن الإرادة وإبرام العقود، خاصة بعد التطور الذي حصل بظهور الهاتف المحمول الذي يعد طفرة هذا الزمان.

- التعاقد عن طريق التلفزيون: ويكون ذلك عن طريق طلب سلعة أو منتج أو خدمة بواسطة الهاتف تاليا عن عرضها بواسطة التلفزيون

أو ما يعرف بالوسائل السمعية والبصرية

- التعاقد عن طريق الفاكس: وهو جهاز نسخ ونقل المستندات والصور عن بعد إذ يمكن عن طريقه نقل الرسائل والمستندات المطبوعة

بخط اليد كما هي بأصلها وبكامل محتوياتها.

ونظرا لأن دراستنا تتناول إبرام العقد الإداري الإلكتروني، فإننا سنتقصر على دراسة أهم الوسائل الإلكترونية التي توائم خصوصية إبرام العقد الإداري. للمزيد حول وسائل الإتصال الحديثة المستعملة في التعاقد أنظر: محمد سعيد، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998، على محي الدين الفرداعي، حكم إجراءات العقود بآلات الإتصالات الحديثة على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، ط. 1، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1992.

⁴- حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 86.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

العقود الإدارية، فيما يتم التطرف في الفرع الثاني لصور التبادل الإلكتروني للبيانات في مجال إبرام العقود الإدارية.

الفرع الأول: التبادل الإلكتروني للبيانات (رسالة البيانات) في مجال إبرام العقود الإدارية.

فرض التطور التكنولوجي على المتعاقدين في مجال العقود الإلكترونية استخدام نظام تبادل الرسائل الإلكترونية كوسيلة للتعبير عن الإرادة، من خلال وسائل إلكترونية كالإنترنت أو الهاتف المحمول الذي تطور في الآونة الأخيرة بشكل ملحوظ، وهذا ما يعرف بالتعبير عن الإرادة بواسطة رسالة البيانات.

ويقصد بتبادل البيانات إلكترونياً في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، مجموعة المعايير المستخدمة في تبادل المعاملات الإلكترونية بين أجهزة الحواسيب الآلية التابعة للإدارة والمتعاملين الاقتصاديين الراغبين في تعاقد معها، في سبيل إبرام وتنفيذ الصفقات بطريقة إلكترونية بدون استخدام دعائم ورقية.

ويتم التبادل الإلكتروني للبيانات عن طريق رسائل البيانات الإلكترونية كوسيلة من أهم وسائل نقل الإرادة بالطرق الإلكترونية.

وعرفت الفقرة (ب) من المادة 2 من قانون الأونسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية التبادل الإلكتروني للمعلومات بأنه " نقل معلومات إلكترونية من حاسوب إلى حاسوب آخر باستخدام معيار متفق عليه لتكوين المعلومات".

فيما عرفت الفقرة (أ) من نفس المادة رسالة البيانات بأنها " المعلومات التي يتم إنشاؤها أو إرسالها أو تخزينها بوسائل إلكترونية أو ضوئية أو بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الإلكترونية، أو البريد الإلكتروني، البرق، أو التلكس، أو النسخ البرقي"¹.

وعرف قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لإمارة دبي في مادته الثانية رسالة البيانات بأنها " سجل أو مستند يتم إنشاؤه أو تخزينه أو استخراجها أو نسخه أو إرساله أو إبلاغه

¹ - هناك تفرقة فنية بين مصطلحي البيانات والمعلومات، فتعرف هذه الأخيرة بأنها كل رسالة يمكن نقلها إلى الغير بأي وسيلة كانت، بينما البيانات هي كل مدخلات جهاز الحاسوب بهدف استغلالها والحصول على مخرجات في صورة المعلومات.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أو استلامه بوسيلة إلكترونية على وسيط ملموس أو على أي وسيط إلكتروني آخر ويكون قابلاً للاسترجاع بشكل يمكن فهمه.¹

وما يلاحظ على معظم تعريفات التي قيلت في رسالة البيانات الإلكترونية، والتي يمكن أن تستعمل في إبرام العقد الإداري الإلكتروني، أنها جاءت عامة تستوعب كل ما يتم عن طريق الوسائل الإلكترونية لنقل إرادة الإدارة أو إرادة المتعاقد معها، سواء أكان إيجاباً أم قبولاً، أم دعوة إلى التعاقد أم مجرد إعلان. لذلك حرص قانون الأونيسترال النموذجي والتشريعات التي سارت على نهجه، على إطلاق مصطلح رسالة البيانات على كل المعلومات التي يتم إنشاؤها أو تداولها بالطرق الإلكترونية، ولا يقتصر مفهومها على رسائل البريد الإلكتروني.²

ويبقى أن نشير أن مفهوم رسالة البيانات لا يقتصر على المعلومات التي يتم تبادلها عن طريق أجهزة الحاسوب فقط، فهذه الأخيرة ما هي إلا صورة من صور تبادل رسائل البيانات والتي منها التلكس والبرق وغيرها من أنظمة الاتصال أو أي وسيلة اتصال ستفرزها التطورات التقنية مستقبلاً.

وبما أن المعلومات التي تتضمنها رسالة المعلومات تعبر عن إرادة منشئها، فإنه يجب تحديد أطراف رسالة البيانات، أي المنشئ والمرسل إليه حتى يمكن إسناد الإرادة إلى صاحبها وإلزامه تبعاً لذلك بمضمونها.³

وقد عرفت المادة 2 الفقرة (ب) من قانون الأونيسترال النموذجي منشئ رسالة البيانات بأنه " الشخص الذي يعتبر أن إرسال أو إنشاء رسالة البيانات قبل تخزينها، إن حدث تم على يده أو نيابة عنه، ولكنه لا يشمل الشخص الذي يتصرف كوسيط فيما يتعلق بهذه الرسالة".

هذا وقد عرفت المادة 2 من قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات الإلكترونية المنشئ بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم أو يتم بالنيابة عنه إرسال الرسالة الإلكترونية أياً

¹ - تجدر الإشارة أن هذا التعريف لرسالة البيانات هو نفس التعريف الوارد في المادة الثانية من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني، والمادة الأولى من قانون كندا الموحد بشأن التجارة الإلكترونية الصادر سنة 1999. فيما عرف قانون المعاملات التجارية الإلكترونية الأمريكي لسنة 1999 في الفقرة العاشرة من المادة الثانية منه بأنها " البيانات والكلمات والصور والأصوات والرسائل وبرامج الكمبيوتر والبرامج الموضوعة على الأقراص المرنة وقواعد البيانات أو شابه ذلك". للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 94.

² - محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004، ص. 106.

³ - عجالي بخالد، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، جوان 2014، ص. 87.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

كانت الحالة، ولا تعتبر منشأ الجهة التي تقوم بمهمة مزود الخدمات فيما يتعلق بإنتاج أو معالجة أو إرسال أو حفظ تلك الرسالة الإلكترونية...".

ويستنتج من هذه التعريفات أن مفهوم الشخص المنشئ لرسالة البيانات يشمل الأشخاص الطبيعية والمعنوية من ذوي الحقوق الالتزامات، الذين يقومون بإنشاء وإرسال رسالة البيانات الإلكترونية وحفظها أو تخزينها، بل وحتى وإن لم يتم إبلاغها إلى أي شخص آخر أيا كانت تلك المعلومات رسوماً، أو صوراً أو كتابات.

على أنه ينبغي التفريق في هذا الإطار بين المنشئ بالمفهوم السابق والوسيط في إنشاء أو إرسال رسالة البيانات، كالأجهزة المبرمجة (مؤتمتة) على إنشاء وإرسال واستقبال رسائل البيانات، أو كالجهة التي تقوم بمهمة مزود الخدمات فيما يخص إنتاج ومعالجة أو إرسال أو تخزين رسالة البيانات الإلكترونية وهذا الأمر منطقي إذ لو اعتبر مزود الخدمات أو الوسيط في إرسال رسالة البيانات الإلكترونية منشأً كان طرفاً في العقد الذي يبرم عن طريق رسالة البيانات أي العقد الإلكتروني¹.

أما المرسل إليه فقد عرفته المادة 2 الفقرة (ج) من قانون الأونيسترال النموذجي بأنه " الشخص الذي يقصد المنشئ الاتصال به عن طريق إرسال رسالة البيانات تمييزاً له عن أي شخص قد يتلقى أو يرسل أو ينسخ رسالة البيانات أثناء عملية الإرسال".

أما بالرجوع إلى قانون إمارة دبي الخاص بالمعاملات والتجارة الإلكترونية نصت المادة 2 منه على أن " الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي قصد منشئ الرسالة توجيهها إليه، ولا يعتبر مرسلًا إليه الشخص الذي يقوم بتزويد الخدمات فيما يتعلق باستقبال أو معالجة أو حفظ المراسلات الإلكترونية، وغير ذلك من الخدمات المتعلقة بها".

وما يلاحظ حول التعريفات التي قيلت بخصوص المرسل إليه، أنها حددت المرسل إليه بالشخص الذي قصد المنشئ إرسال الرسالة إليه حتى ولو تم إرسالها إلى شخص غير

¹ - عرفت المادة 2 الفقرة د من قانون الأونيسترال النموذجي الوسيط الإلكتروني في إقامة عمليات التعاقد الإلكتروني بأنه " الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو استلام أو تخزين رسالة البيانات أو تقديم خدمات أخرى فيما يتعلق برسالة البيانات هذه".
فيما عدت الفقرة الفرعية د وظائف الوسيط الإلكتروني وهي " تلقي رسائل البيانات أو إرسالها أو تخزينها نيابة عن شخص آخر، ويمكن أن يؤدي مشغلو الشبكات وغيرهم من الوسطاء غير ذلك من الخدمات، ومن ذلك صيغة رسائل البيانات وترجمتها وتسجيلها، وتوثيقها وتصديقها وحفظها، وتقديم خدمات أمنية للمعاملات الإلكترونية".

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مقصود بالتعاقد، فهذا الشخص لا يمكن اعتباره مرسلًا إليه، ولا يعد طرفًا في العقد الإلكتروني.

وبما أن رسالة البيانات هي الوسيلة التي يتم بها نقل إرادة طرفي العقد الإداري الإلكتروني، فإنها تحظى بأهمية خاصة، باعتبارها تؤدي إلى قيام العقد ووجود الإرادة من عدمها، كان من النطقي أن تكون محل اهتمام الفقه والتشريعات المتعلقة بالمعاملات الإلكترونية من أجل وضع ضوابط يمكن الاعتماد عليها لإسناد الرسالة الإلكترونية إلى منشئها وإلزامه بمضمونها من جهة، وإقرار استلام المرسل إليه لها من جهة أخرى، وما يترتب عن ذلك من آثار قانونية، وهذا ما سنترك التفاصيل فيه للمبحث الأول من الباب الثاني الذي يعالج إشكالية التراضي في العقود الإدارية الإلكترونية.

الفرع الثاني: صور التبادل الإلكتروني للبيانات في مجال إبرام العقود الإدارية.

بينما فيما سبق أن التبادل الإلكتروني للبيانات أو ما يسمى برسالة البيانات هو وسيلة إبرام العقود الإلكترونية عامة والعقود الإدارية الإلكترونية خاصة، لكن هذا التعاقد يتخذ عدة صور لإمكانية استخدام وسائل إلكترونية مختلفة كالإنترنت والهاتف المحمول والتلكس والفاكس وغيرها من الوسائل السمعية البصرية.

ونظرا لما توفره هذه الوسائل من خدمات عديدة كالبريد الإلكتروني أو مواقع الويب الإلكترونية، بالإضافة إلى إمكانية استخدام الأجهزة الإلكترونية المبرمجة -المؤتمتة- في نقل الإرادة¹، سنحاول في هذا الفرع الوقوف على أهم هذه الصور المتعددة التي قد يرد بها العقد الإداري الإلكتروني، والتصدي لمشكلة الاعتراف القانوني لاستخدام الأجهزة المبرمجة في إبرام العقد وذلك على الشكل التالي:

البند الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني.

يعد البريد الإلكتروني من أهم خدمات الإنترنت، والأكثر استخداما وانتشارا بين مستخدمي الإنترنت في العالم، حيث تمكن هذه الآلية الأفراد من إرسال الرسائل التي قد تتضمن المستندات الورقية والرقمية على السواء بين الحواسيب، وإبرام العديد من التصرفات

¹ - عجالي بخالد، المرجع السابق، ص. 118.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

القانونية كإبرام العقود، وينظر إليه على أنه النظير الإلكتروني للبريد العادي، وتدخل هذه الرسائل ضمن رسائل البيانات.

وقد تعددت تعريفات البريد الإلكتروني رغم اتفاقها في المضمون، فقد عرفه بعض الفقه بأنه " طريقة تسمح بتبادل الرسائل المكتوبة بين الأجهزة المتصلة بشبكة الإنترنت"¹.

وعرفه آخرون بأنه " استخدام شبكة الإنترنت كمكتب للبريد حيث يخصص مقدم الخدمة للعميل حيزا معيناً، على جهاز الحاسوب الخاص به والمتصل بشبكة الإنترنت من أجل صندوق خطابه، بحيث يستطيع مستخدم الإنترنت بواسطة هذه الخدمة تلقي الرسائل من أي مستخدم آخر للإنترنت، كما يمكنه إرسال الرسائل إلى أي شخص له عنوان بريد إلكتروني، وتتم هذه الخدمة مجاناً، وفي بضع ثوان"².

وقد عرفه المشرع الفرنسي بموجب القانون رقم 575-2004 المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي في المادة 4/1 بأنه " كل رسالة أيا كان شكلها نصية أو صوتية أو مصحوبة بصور وأصوات، يتم إرسالها عبر شبكة عامة للاتصالات ويتم تخزينها على أحد خوادم هذه الشبكة أو في المعدات الطرفية للمرسل إليه حتى يتمكن هذا الأخيرة من استعادتها"³.

ومن ثم تتم عملية التعاقد من خلال تبادل رسائل البيانات عن طريق البريد الإلكتروني حينما يقوم الشخص الذي يرغب في التعاقد بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني، وإرسال رسالة إلى من يريد التعاقد معه على عنوان بريده الإلكتروني تتضمن شروط التعاقد وبنوده، ويجري ذلك عن طريق كتابة عنوان البريد الإلكتروني في المكان المخصص في صندوق البريد الإلكتروني للمرسل، ثم الضغط على مفتاح الإرسال الموجود في برنامج البريد

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 129.

² - عادل حسن، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، ج. 2، مجلة مركز بحوث الشرطة، مركز بحوث الشرطة بأكاديمية مبارك للأمن، العدد 33، يناير 2008، ص. 299.

³ - " On entend par courrier électronique tout message, sous forme de texte, de voix, de son ou d'image, envoyé par un réseau public de communication, stocké sur un serveur du réseau ou dans l'équipement terminal du destinataire, jusqu'à ce que ce dernier le récupère." Art. n° 1 /4 de La Loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, J.O.R.F., n°0143, du 22 juin 2004.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الإلكتروني لترسل الرسالة إلى صندوق بريد المرسل إليه، وعند قيام المرسل إليه بالدخول إلى صندوق بريده الإلكتروني، يمكنه قراءة الرسالة والرد عليها بنفس الطريقة بالقبول أو الرفض¹. وعليه نجد أن البريد الإلكتروني يعد من أهم الوسائل التقنية للتعبير عن الإرادة إلكترونيًا، بحيث يمكن للمتعاقد -المتعاقد مع الإدارة- أن يرسل رسالة عبر بريده الإلكتروني تتضمن إيجابًا -العرض- ببيع شيء أو بتقديم خدمة معينة، وتحتوي على جميع العناصر الأساسية لهذا الإيجاب، ويكون للمرسل إليه أي المتعاقد الآخر -الإدارة المتعاقدة- الرد على هذا الإيجاب وفق الضوابط التي حددها القانون برسالة إلكترونية عبر البريد الإلكتروني تتضمن القبول فينعد العقد.

وتجدر الإشارة أن استخدام البريد الإلكتروني للتعبير عن الإدارة في العقد الإلكتروني يتم بالكتابة الإلكترونية، وهي كتابة لا تختلف في جوهرها عن الكتابة العادية سوى في الوسيلة، إذ كل ما هناك أن التعبير بالكتابة الإلكترونية التي تتم باستخدام الحاسوب تأخذ شكلًا خاصًا، فهي ليست كتابة على دعائم ورقية، وإنما باستخدام دعائم إلكترونية، فالتعبير الصريح بالكتابة لا يفرق بين وسيلة الكتابة.

وهذا ما أكد عليه المشرع الفرنسي بتعديل القانون المدني الفرنسي في سنة 2005 بموجب الأمر رقم 674-2005 المتعلق باستخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد، حيث أضاف هذا الأمر الفقرة 2 من نص المادة 1369 من القانون المدني، والتي نصت على جواز إرسال المعلومات المطلوبة لإبرام عقد أو ما يتم إرساله أثناء تنفيذه عن طريق البريد الإلكتروني إذا كان المرسل إليه قد قبل استخدام هذه الوسيلة².

كما نصت الفقرة 3 من نفس المادة على أن إمكانية إرسال المعلومات المخصصة للمهني من خلال البريد الإلكتروني، بمجرد أن يقوم بإرسال البريد الإلكتروني الخاص به، مع

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 130.

² - "...Les informations qui sont demandées en vue de la conclusion d'un contrat ou celles qui sont adressées au cours de son exécution peuvent être transmises par courrier électronique si leur destinataire a accepté l'usage de ce moyen." . Art. n° 1369/2 de Ordonnance n° 2005-674, du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, J.O.R.F., n°140, du 17 juin 2005.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ضرورة إتاحة هذه المعلومات إلكترونيا في حالة كانت موضوعة في نموذج للشخص الذي عليه ملؤها¹.

وبهذا يكون المشرع الفرنسي قد أرسى مبدأ المساواة بين البريد الإلكتروني والبريد التقليدي في التعاقد، ونص على صحة التعبير عن الإرادة في التعاقد باستخدام البريد الإلكتروني.

أما في الجزائر وفي ظل غياب النص التشريعي الصريح الذي ينظم بالطرق الإلكترونية عامة والبريد الإلكتروني خاصة في القانون المدني، فإن نص المادة 60 من القانون المدني السابقة الذكر، التي تنص على أن التعبير عن الإرادة يكون باللفظ وبالكتابة أو بالإشارة المتداولة عرفا، كما يكون باتخاذ موقف لا يدع أي شك في دلالاته على مقصود صاحبه، ينطبق على التعبير عن الإرادة بالبريد الإلكتروني، إذ لا يختلف عن البريد العادي إلا في التقنية المتطورة هذا من جهة، ومن جهة أخرى فإنه بصدر القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقا، حاول المشرع الجزائري تدارك هذا الفراغ من خلال المادة 2/6 التي أعطت تعريفا للعقد الإلكتروني، فيما بينت الفقرة 4 من نفس المادة مفهوم المورد الإلكتروني بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقوم بتسويق أو إقتراح توفير السلع أو الخدمات عن طريق الإتصالات الإلكترونية". وبهذا يكون المشرع الجزائري قد إترف بإمكانية إبرام العقد عن طريق الوسائل الإلكترونية بصفة عامة والتي منها البريد الإلكتروني، ومختلف الوسائل الإلكترونية الأخرى.

البند الثاني: التعاقد عن طريق المواقع الإلكترونية (مواقع الويب).

تعتبر هذه الصورة الأكثر استخداما في التعبير عن الإرادة في العقود الإلكترونية. ويقصد بها مجموعة ضخمة من المواقع الموجودة على شبكة المعلومات الدولية (world-wide-web)، والتي ترتبط ببعضها البعض اعتمادا على تقنية الوسائط المتعددة، ويتم عبر

¹ - "... Les informations destinées à un professionnel peuvent lui être adressées par courrier électronique, dès lors qu'il a communiqué son adresse électronique.

Si ces informations doivent être portées sur un formulaire, celui-ci est mis, par voie électronique, à la disposition de la personne qui doit le remplir." Art. n^o 1369/3 de Ordonnance n^o 2005-674, Précité.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

هذه الشبكة تبادل كافة أنواع المعلومات. ومع انتشار التجارة الإلكترونية تحولت هذه المواقع إلى مواقع لعرض السلع والخدمات.

وعليه يستطيع أي شخص طبيعي أو معنوي أن ينشئ له موقعا دائما على شبكة الإنترنت يعرض من خلاله المعلومات أو الإعلان عن أي منتجات أو سلع أو خدمات أو عرض لإيجاب معين بهدف التعاقد¹. يكون هذا الإيجاب في شكل صور وفي بعض الأحيان يكون التصوير مصحوبا بأفلام مصورة تعرض السلع أو الخدمات، مع بيان عملي لأدائها والمزايا المتعلقة بها وقوائم الأسعار بحيث يستطيع الراغب في التعاقد التعبير عن إرادته بعد إدخال المعلومات الضرورية (كإسمه، عنوانه، بريده الإلكتروني) على الموقع للتعاقد على هذه السلعة أو الخدمة الموجودة على صفحات الويب.

فالإيجاب المقدم من قبل الشركة يقدم في هيئة صفحات على الموقع، وما تحويه من معلومات، بالإضافة إلى الوسائل التقنية التي تمكن الأفراد من تصفحه، ليتم التعبير الإلكتروني عن الإرادة في العقد الإلكتروني المبرم عن طريق الموقع إما بالكتابة أو من خلال النقر على زر الموافقة الموجود في لوحة المفاتيح المتصلة بجهاز الحاسوب، أو الاتجاه إلى خانة الموافقة المخصصة لذلك في الموقع. وكل هذا يحدث بعد أن يكون المتعاقد قد اختار السلعة أو الخدمة المتاحة على الموقع، لتظهر له صفحة أخرى تتضمن عقدا نموذجيا يحتوي على شروط وبنود العقد²، كتحديد آلية الدفع، ومكان وكيفية التسليم.

وتجدر الملاحظة أن هذه الصورة من التعاقد الإلكتروني تتجلى طبيعتها القانونية كعقد من عقود الإذعان، بحيث يكون على القابل الموافقة على تلك الشروط بواسطة الوسائل التي يحددها الموجب دون أي مناقشة أو حتى إمكانية التفاوض على الشروط، والتي غالبا ما تكون مجرد الاستمرار في استخدام الموقع والتنقل بين صفحاته.

وثار عن استخدام هذه الصورة في التعاقد مشكلة ظهور نوع شكل جديد للقبول يتم عبر الضغط على خانة أو زر الموافقة في صفحة العقد النموذجي، الذي قد يتم نتيجة خطأ غير

¹ - حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 85.

² - رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 26، العدد 4، ديسمبر 2002، ص. 262.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مقصود من القابل الذي يمكن أن يضغط على زر أو خانة الموافقة دون أن يقصد جديا الدخول في رابطة عقدية¹.

وتقاديا لهذا قامت الشركات القائمة على إنشاء هذه المواقع بتزويد الموقع ببرنامج معلوماتي يعبر عن الرغبة الجادة في إبرام العقد، كأن يشترط الضغط مرتين على زر الموافقة أو استخدم بعض الإشارات أو إدخال بعض الرموز التي أصبح متعارفا عليها بين مستخدمي شبكة الإنترنت بأنها تفيد القبول.

بل تم الذهاب لأبعد من ذلك، إذ تم تبني نظام التوقيع الإلكتروني المرتبط بشهادة التصديق الإلكتروني الصادرة من أحد مقدمي خدمات التصديق الإلكتروني المرخص لهم، بهدف تحديد هوية المتعاقدين عبر الوسائل الإلكترونية وضمان عدم تعديل مضمون رسالة البيانات².

وقد كان المشرع الفرنسي الأسبق في الاعتراف صراحة بجواز وضع شروط العقد والبيانات الخاصة به بالطريقة الإلكترونية من خلال المواقع الإلكترونية، بموجب المرسوم رقم 674-2005 مشار إليه سابقا. أما إقرار المشرع الجزائري بإمكانية إبرام العقد الإلكتروني من خلال المواقع الإلكترونية صراحة قد جاءت متأخرة، وذلك من خلال المادة 8 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية، التي نصت على " يخضع نشاط التجارة الإلكترونية للتسجيل في السجل التجاري أو في سجل الصناعات التقليدية والحرف حسب الحالة. ولنشر موقع إلكتروني أو صفحة إلكترونية على الإنترنت. مستضاف في الجزائر بإمتداد .com.dz.

يجب أن يتوفر الموقع الإلكتروني للمورد الإلكتروني على وسائل تسمح بالتأكد من صحته".

البند الثالث: التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني (البرامج المؤتمتة).

أشرنا فيما تقدم أن الأصل في العقد أن يبرم بين شخصين من أشخاص القانون، غير أنه نتيجة لاستخدام وسائل الاتصال الإلكتروني في التعاقد، ظهرت بعض العقود التي تتم

¹ - Marie HELENE- Deschanps MARQUIS, nouvelles solutions en matière de commerce électronique : www. Legassenbly.sk.ca/progabill.htm , p. 3. Le 10/12/2018.

² - رامي محمد علوان، المرجع السابق، ص. 263.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

دون تدخل الشخص الطبيعي في إنشائها، وهي العقود التي تبرم باستخدام الوسيط الإلكتروني، والتي أثارت العديد من المسائل القانونية بشأنها خصوصا إذا عرفنا أن القانون الجزائري لا يضم أية أحكام خاصة بالتعاقد من خلال الوسيط الإلكتروني.

ويتمثل هذا الوسيط في نظام تتم برمجته داخل الحاسوب ليبرم عقدا مع شخص طبيعي أو حاسوب آخر (Automated computer system)، كطريقة تلقائية للتعبير عن الإرادة، وهذا ما يعني أن الإيجاب والقبول يحدثان بصورة آلية اعتمادا على معلومات مبرمجة مسبقا بين أجهزة الحواسيب المرتبطة بشبكة الإنترنت، دون الحاجة إلى تدخل مباشر من الطرفين المتعاقدين أو من أحدهما.

ولقد تضمن قانون أونسيترال النموذجي ما يمكن أن يستوعب الوسيط الإلكتروني كطريقة للتعبير عن الإرادة إلكترونيا وإبرام العقد الإلكتروني، حيث نصت المادة 2/13 على " ...في العلاقة بين المنشئ والمرسل إليه، تعتبر رسالة البيانات أنها صادرة عن المنشئ إذا أرسلت: أ- من شخص له صلاحية التصرف نيابة عن المنشئ فيما يتعلق برسالة البيانات، ب- من نظام معلومات مبرمج على يد المنشئ أو نيابة عنه للعمل تلقائيا " .

لتأتي إتفاقية الأونسيترال المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007، وتعرف صراحة الوسيط الإلكتروني تحت مسمى نظام الرسائل الآلي بأنه " برنامج حاسوبي أو وسيلة إلكترونية أو وسيلة آلية أخرى تستخدم لاستهلال إجراء ما أو للاستجابة كليا أو جزئيا لرسائل بيانات أو لعمليات تنفيذها، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يستهل فيها النظام إجراء ما أو ينشئ استجابة ما".¹

أما قانون المعاملات الإلكترونية الموحد الأمريكي لسنة 1999، فقد عرف الوسيط الإلكتروني في مادته 2 بأنه برنامج حاسوبي أو أية وسيلة إلكترونية أو وسيلة مؤتمة أخرى تستخدم للبدء في عمل أو الاستجابة كليا أو جزئيا للرسائل الإلكترونية، دون مراجعة أو تدخل من شخص طبيعي في كل مرة يبدأ فيها النظام عملا أو يقدم استجابة.²

¹ - المادة 4/ ز من إتفاقية الأونسيترال المتعلقة باستخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية لسنة 2007.

² - للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة أنظر خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 158.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعرفت المادة 11/14 من قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85 لسنة 2001 المشار إليه سابقاً، الوسيط الإلكتروني بأنه " برنامج الحاسوب أو أي وسيلة إلكترونية أخرى تستعمل من أجل تنفيذ إجراء أو الاستجابة لإجراء بقصد إنشاء أو إرسال أو تسلم رسالة معلومات دون تدخل شخصي".

وقد أجاز قانون إمارة دبي المتعلق بالمعاملات والتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقاً التعاقد بواسطة الوكيل الإلكتروني حيث نصت المادة 1/14 على أنه " يجوز أن يتم التعاقد بين وسائط إلكترونية مؤتمتة متضمنة معلومات إلكترونية أو أكثر تكون معدة ومبرمجة مسبقاً للقيام بمثل هذه المهمات، ويتم العقد صحيحاً وناظراً ومنتجاً لآثاره القانونية على الرغم من عدم التدخل الشخصي أو المباشر لأي شخص طبيعي في عملية إبرام العقد في هذه الأنظمة".

هذا ولم يتضمن القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية في الجزائر نصاً يتعلق بالتعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني.

من خلال النصوص والتعريفات السابقة، يتضح أن التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني يكون عن طريق برمجة أجهزة إلكترونية تتولى هذه الأخيرة إبرام العقد تلقائياً بمجرد الاتصال دون التدخل المباشر للعنصر البشري في العملية التعاقدية، مع الإشارة أن استخدام الأجهزة المبرمجة آلياً يكون في أي مرحلة من مراحل العملية التعاقدية، فمن الممكن أن يتم العقد بين شخص طبيعي وجهاز إلكتروني يسمى الوسيط الإلكتروني مبرمج من طرف شخص آخر وحسب التعليمات ودون الخروج عنها. كما يمكن أن يتم العقد بين جهازين كل منهما وسيط تمت برمجته من طرف شخص معين، وفي هذه الحالة لا بد من أن يكون هناك إتفاق مسبق بين المتعاقدين على استخدام الجهاز في إنشاء العقد¹.

ومن هنا فإن تزايد استخدام وسائل الاتصال الحديثة في إبرام العقود قد أتاح الاستغناء عن العنصر البشري في إبرام العقد، ذلك أن الوسيط الإلكتروني يكفي لإجراء المعاملات وإبرام العقود نظراً للسرعة والسهولة التي تتميز بها، خاصة في مجال القانون الإداري الذي من خصائصه أنه سريع التطور، بالإضافة إلى أن استخدام الوسيط الإلكتروني في نقل الإرادة

¹ - Yves POULLET, La conclusion du contrat par un agent électronique, cahier du Centre de Recherche Information et Droit, Bruylant éd., Bruxelles, 2000, p. 129.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وإنشاء العقد أدى إلى توفير المزيد من الثقة واليقين القانوني لدى المتعاقدين عبر هذه التقنية، وخاصة عندما يتم العقد بين وسيطين إلكترونيين.

وفي الأخير فإننا نعتقد أن المنظومة القانونية الحالية الخاصة بإبرام العقود الإلكترونية في الجزائر سواء في القانون المدني أو القانون الإداري غير كافية لاحتواء هذا النوع من التعاقد، ففرضا لو عرض على القاضي الجزائري حاليا نزاعا بشأن إبرام أو التعبير عن الإرادة في عقد تم إبرامه عن طريق موقع إلكتروني أو أي وسيلة إلكترونية أخرى، فإنه سيجد نفسه أمام نصوص لا تفي بالغرض لإيجاد حل عادل للنزاع، وهنا تكمن أهمية وضع تنظيم قانوني خاص بالتعاقد الإلكتروني سواء على صعيد القانون الخاص أو على صعيد القانون العام.

المبحث الثاني: الضوابط الشكلية السابقة على إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

من المعلوم أن هدف الإدارة عند اللجوء إلى إبرام العقود الإدارية هو تحقيق المصلحة العامة والمحافظة على أموال الخزينة العامة، وهذا ما جعل إبرامها لهذا النوع من العقود يتميز بالتعقيد مقارنة بالعقود المدنية المبرمة بين الأفراد العاديين، التي تخضع كأصل عام لمبدأ التراضي وحرية التعاقد والتحرر من الشكليات، بعكس العقود الإدارية التي تغلب عليها الصفة الشكلية، ولا يمكن للإدارة الإعلان عن عزمها إبرامها لها، إلا بعد استيفاء شكليات معينة يحددها القانون تسبق عملية الإعلان¹.

ومن هذه الشكليات التي تقيد الإدارة في تعاقداتها، وجوب تحديد الحاجيات، وإعداد دفاتر الشروط، بالإضافة إلى التأكد من توافر الإعتماد المالي، والقيام بالإستشارات اللازمة من بعض الجهات أو الحصول على الإذن منها عند إبرام أنواع معينة من العقود، دون أن ننسى ضرورة التقيد واحترام المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية، والتي سبق وأن تم دراستها كأهم شكليات من هذه الشكليات.

وقد أثر إدخال الوسائل الإلكترونية على عمليات التعاقد في القانون الإداري على هذه القيود والإجراءات السابقة على عملية الإعلان، ذلك أن الإدارة المتعاقدة أصبح بإمكانها التحديد الدقيق للحاجيات الفعلية اللازمة لسير العمل، ومعرفة مدى توافر وكفاية الإعتماد المالي من عدمه، وبالتالي فرض رقابة دقيقة وشديدة عليه. ومن أجل توضيح هذا الأمر لابد من الخوض

¹ - حمدي قبيلات، المرجع السابق، ص. 165.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

في هذا المبحث في هذه الإجراءات والقيود السابقة على عملية التعاقد، موضحين أثر إدخال الوسائل الإلكترونية عليها، وذلك بتقسيمه إلى مطلبين يتعرض المطلب الأول إلى الإجراءات السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني، أما المطلب الثاني فيخصص لدراسة القيود السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول: الإجراءات السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

يسبق الإجراء الذي يتم بمقتضاه إبرام العقود الإدارية عادة طائفة من الإجراءات والتدابير التي تمهد لميلاد هذا التصرف القانوني ضمن ما يعرف بشكلية ما قبل الإبرام، وتتمثل في وضع المواصفات الفنية وتقدير الاحتياجات الفعلية والضرورية لسير العملية، ووضع القيمة التقديرية لها كأول ما تقوم به المصلحة المتعاقدة.، ل يتم بعد ذلك إعداد دفاتر الشروط. وعليه سوف نقوم بتقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتعرض الفرع الأول لدراسة موضوع التعاقد وتحديد الحاجيات، أما الفرع الثاني فيخصص لإعداد دفاتر الشروط الإلكترونية.

الفرع الأول: دراسة موضوع التعاقد وتحديد الحاجيات.

يتعين على الجهة الإدارية الراغبة في إبرام العقد الإداري أن تقوم ببعض الإجراءات التحضيرية قبل إبرام العقد، أو بالأحرى قبل الإعلان عن نيتها التعاقد. وأول هذه الإجراءات القيام بدراسة دقيقة ومعمقة لمضمون العقد ومواصفاته، في سبيل تقدير الإحتياجات الفعلية والضرورية التي هي محل العقد والمراد التعاقد عليها. وكل هذا على أساس دراسات عديدة واقعية كانت أو موضوعية تعدها الإدارة المختصة¹، خاصة وأن هذا الإجراء هو الأساس الذي تبنى عليه جل المراحل والإجراءات اللاحقة الخاصة بإتمام هذا العقد وتنفيذه.

وقد أوجب المشرع الفرنسي من خلال المادة 5 من قانون العقود العامة الصادر بموجب المرسوم رقم 2006-975 المشار إليه سابقا²، على السلطة المتعاقدة أن تحدد

¹ - محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة-مصر، 2007، ص. 157 ومايليها.

² - Art. n° 5 " I- la nature et l'étendue des besoins a satisfaire sont déterminées avec précision avant tout appel à la concurrence ou toute négociation non précédée d'un appel à la concurrence en prenant en compte des objectifs de développement durable, le ou les marchés au accords- cards conclus par le pouvoir adjudicateur ont pour objet exclusif de répondre à ces besoins.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

طبيعة ومدى الاحتياجات المطلوب الوفاء بها بقدر كبير من الدقة، و ذلك قبل فتح باب التنافس أو قبل أي إجراء تفاوضي غير مسبوقة بالدعوة إلى المنافسة. ولقد أكدت ذات المادة على أن الهدف الوحيد من إبرام العقود أو الاتفاقيات النموذجية المبرمة من خلال السلطة الإدارية المتعاقدة، يجب أن يكون يصب خصيصا في خانة تلبية الاحتياجات و الوفاء بها. ولقد أكدت المادة الأولى من نفس القانون على أن الهدف من إبرام العقود الإدارية هو تلبية احتياجات الإدارة المتعلقة بالأشغال و اللوازم و الخدمات¹.

وبالرجوع إلى المرسوم رقم 360-2016 المتضمن قانون العقود العامة الحالي المشار إليه سابقا، نلاحظ المادة 4 السابقة الذكر قد أجازت للجهة المتعاقد اللجوء إلى إجراء دراسات وأبحاث ومشاورات من أجل التحضير للإعلان عن العقد، بشرط ألا تؤدي هذه الدراسات إلى المساس بمبدأ حرية المنافسة وشفافية الإجراءات².

فيما ذهبت المادة 6 من نفس المرسوم إلى ضرورة تحديد المواصفات الفنية للأعمال أو الخدمات أو اللوازم التي هي موضوع العقد³.

II- le pouvoir adjudicateur détermine le niveau auquel les besoins sont évalués ; ce choix ne doit pas avoir pour effet de soustraire des marchés au règles qui leur sont normalement applicables en vertu du présent code."

¹- Art. n° 1 " les dispositions du présent code s'appliquent aux marchés publics et aux accords- cadres ainsi définis : les marchés publics sont les contrats conclus a titre onéreux entre les pouvoirs adjudicateurs définis à l'article 2 et des opérateurs économique publics ou prévus pour répondre à leur besoins en matière de travaux, de fournitures ou de services."

²- Art. n° 4 " Afin de préparer la passation d'un marché public, l'acheteur peut effectuer des consultations ou réaliser des études de marché, solliciter des avis ou informer les opérateurs économiques de son projet et de ses exigences.

Les résultats de ces études et échanges préalables peuvent être utilisés par l'acheteur, à condition qu'ils n'aient pas pour effet de fausser la concurrence et n'entraînent pas une violation des principes de liberté d'accès à la commande publique, d'égalité de traitement des candidats et de transparence des procédures."

³- Art. n° 6 " I. - Les spécifications techniques définissent les caractéristiques requises des travaux, des services ou des fournitures qui font l'objet du marché public. Ces caractéristiques peuvent également se référer au processus ou à la méthode spécifique de production ou de fourniture des travaux, des produits ou des services demandés ou à un processus propre à un autre stade de leur cycle de vie même lorsque ces facteurs ne font pas partie de leur contenu matériel, à condition qu'ils soient liés à l'objet du marché public et proportionnés à sa valeur et à ses objectifs.

Les spécifications techniques peuvent aussi préciser si le transfert des droits de propriété

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما في مصر فإن المادة 9 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا، تنص على أن يكون التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية، تلتزم الجهة الإدارية بوضع خطة بإحتياجاتها السنوية بالتزامن مع تقديم مشروع موازنتها لوزارة المالية، وتنشر على بوابة التعاقدات العامة بغرض إعلام المتعاملين معها.

وهو نفس ما أكدت عليه المادتين 10 و13 من اللائحة التنفيذية لذات القانون المشار إليها سابقا.

والجهة المختصة بتقدير احتياجات جهة الإدارة هي إدارة المخزون السلعي، طبقا لقرار رئيس مجلس الوزراء رقم 137 لسنة 1978.

ويكون تحديدها احتياجاتها الفعلية مرة واحدة في السنة منعا لتجزئة محل العقد بما يثير الريبة فيها، إلا أن ذلك لا يحول دون التعاقد على ذات المصنف أو المنتج خلال السنة المالية الواحدة أكثر من مرة إذا كان ذلك ضروريا لسير العمل¹.

أما بالنسبة للجزائر فقد أثبت الواقع العملي وجود الكثير من المشاريع العمومية التي لم تحقق الأهداف التنموية الإقتصادية مما أسفر عن تبذير للمال العام دون فائدة عامة، وفساد

intellectuelle sera exigé.

II. Les spécifications techniques sont formulées:

1 Soit par référence à des normes ou à d'autres documents équivalents accessibles aux candidats, choisis dans l'ordre de préférence suivant et accompagnés de la mention « ou équivalent:

a) Les normes nationales transposant des normes européennes;

b) Les évaluations techniques européennes;

c) Les spécifications techniques communes;

d) Les normes internationales;

e) Les autres référentiels techniques élaborés par les organismes européens de normalisation ou, en leur absence, les normes nationales, les agréments techniques nationaux ou les spécifications techniques nationales en matière de conception, de calcul et de réalisation des ouvrages et d'utilisation des fournitures.

La définition des normes ou autres documents mentionnés au présent

1 est publiée au Journal officiel de la République française;

2 Soit en termes de performances ou d'exigences fonctionnelles. Celles-ci sont suffisamment précises pour permettre aux candidats de connaître exactement l'objet du marché public et à l'acheteur d'attribuer le marché public Elles peuvent inclure des caractéristiques environnementales ou sociales;

3 Soit en combinant le 1° et le 2."

¹ - وليد رمضان عبد التواب، الجزء الأول، المرجع السابق، ص. 26، مطبع حمود جبير، المرجع السابق، ص. 285.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مالي وإداري أثناء تنفيذ الصفقات العمومية¹، وهو ما يبرز أهمية مرحلة إعداد الصفقة العمومية، والتحضير الدقيق والمدروس عن طريق تحديد الحاجيات.

ومسألة تحديد الحاجيات كان قد أبرزها المشرع الجزائري في قانون الصفقات العمومية من خلال المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 12-23² و التي جاء فيها:

" تحديد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، المعبر عنها بحصة وحيدة أو بحصص منفصلة مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة.

ويجب إعداد الحاجات من حيث طبيعتها و كميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مفصلة تعد على أساس مقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها..."

وقبل ذلك جاء في المادة 48 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم المشار إليه سابقا، أن الوثائق المتعلقة بالمناقصة ينبغي أن تشمل على وصف دقيق للخدمات المطلوبة أو كل المتطلبات، بما في ذلك المواصفات التقنية وإثبات المطابقة والمقاييس التي يجب أن تتوفر في المنتجات أو الخدمات و كذلك التصاميم و الرسوم و التعليمات الضرورية...".، غير أنه رغم وجود هذه النصوص التي عالجت أبعاد مرحلة تحديد الحاجيات في تلك الفترة، إلا أنه ما يعاب عليها أنها اتصفت بالغموض وعدم الدقة مما جعل الإدارات المتعاقدة لا تولي اهتماما كبيرا بهذه المرحلة إلا بالشكل الذي لا يؤثر على صحة إجراءات العملية التعاقدية.

ومحاولة من السلطات العمومية في الدولة التوفيق بين أهداف المنفعة العامة، ومطالب تحرير الإقتصاد الوطني، في ظل متغيرات في عالم السوق ومناخ الأعمال، دأب المشرع في المرسوم رقم 15-247 للتأسيس لنظام تحديد الحاجيات العمومية (عقلانية تحديد الحاجات) تماشيا مع الطابع الشكلي والإجرائي لقانون الصفقات العمومية³، من خلال تكريس جملة من

¹ - على سبيل المثال لا الحصر مشروع بناء 100 محل تجاري في كل بلدية (المعروفة بمحلات الرئيس) والتي بني اغلبها في مناطق نائية غير تجارية، مما أدى إلى عدم الإستفادة منها وبالتالي لم تحقق الهدف الذي أنجزت منه رغم الملايير التي استنزفتها من خزينة الدولة، ويرجع ذلك لضعف الإجراءات المتعلقة بتحديد الحاجات العمومية والقيام بالدراسات اللازمة لهذه المشاريع.

² - المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 جانفي 2012 المعدل والمتمم للمرسوم الرئاسي رقم 10-236 المؤرخ في 07 سبتمبر 2010 المنظم للصفقات العمومية، ج. ر.ج.ج، العدد 04 الصادرة في 26 جانفي 2012.

³ - عائشة خلدون، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية (دراسة مقارنة)، أطروحة دكتوراه في القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، السنة الجامعية 2015-2016، ص. 123.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المبادئ التي يتعين على الجهة المتعاقدة الإستناد عليها في هذه العملية مزيلا بذلك الغموض الذي كان يشوب هذه العملية في القوانين السابقة.

فجاءت المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا لتوضح مبادئ تحديد الحاجيات والإجراءات الواجب على الإدارة المتعاقدة اتباعها للوصول إلى تحديد دقيق للحاجيات محل التعاقد، بقولها "تحدد حاجات المصالح المتعاقدة الواجب تلبيتها، مسبقا، قبل الشروع في أي إجراء لإبرام صفقة عمومية.

يحدد مبلغ حاجات المصالح المتعاقدة استنادا إلى تقدير إداري صادق وعقلاني...".

نستنتج من خلال نص المادة أن المشرع الجزائري ألزم الجهة الإدارية المتعاقدة بضرورة تحديد الحاجيات الواجب تلبيتها من عدة جوانب، بدء من طبيعتها ومبلغها وكميتها بدقة قبل الشروع في أي إجراء لإبرام الصفقة العمومية.

ومن ثم فإن حجر الزاوية والمحور الرئيسي في تحديد الحاجيات المطلوبة، يقوم على مجموعة من العناصر تتمثل في إجمال الحاجيات المعبر عنها للسنوات الماضية، وتقييم الأهداف المحققة والنقائص المسجلة، مع مراعاة تطور المجتمع الإقتصادي والإجتماعي وضبط مخطط التنمية.

ويتم هذا عن طريق لجنة فنية عالية المستوى ذات خبرة في هذا المجال تتولى تحديد القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد، ثم تليها مرحلة التحليل التي تتم فيها دراسة العوائق المحتملة ونوعية الأشغال أو الخدمات، ثم تحديد كل الأطراف المتدخلة، لتأتي بعدها مرحلة ضبط وتحديد الحاجة محل التعاقد من خلال ضبط أهداف وصلاحيات الجهة المتعاقدة والجدول الزمني للأشغال، والميزانية، وآليات التنفيذ... إلخ¹.

وحتى يتسنى للإدارة تحديد الحاجيات المطلوبة بدقة، لها أن تلجأ إلى عدة آليات حددها المشرع تؤمن إنجاز الصفقة بصفة سليمة وصحيحة. وتتمثل هذا الآليات في الدراسات المسبقة التي تقوم بها الإدارة، والتي تسمح لها باتخاذ القرار النهائي لتنفيذ المشروع وإنجازه وفق التشريع المعمول به. فالدراسات المسبقة ضرورية لكل صفقة لذا تستغرف عملية إبرام

¹- Francois Maréchal, La procédure de passation des marchés pulics (contrat a prix fixe renégociale par des avenants ou contrat incitatif), Revue économie et prévision, n° 156, 05/2002, p. 86.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الصفقة العمومية وقتا طويلا، وتتم من قبل مكاتب وهيئات مؤهلة ومختصة و تنصب عموما على:

- دراسة الجدوى من خلال تحديد الشروط التقنية والمالية للمشروع، وورود المشروع في خطة الميزانية، كما تنصب هذه الدراسة على التأكد من مدى الحاجة إلى المشروع، أي هل يمكن الإستغناء عنه بمشاريع أخرى، مع بيان الجوانب الفينة للمشروع متى كانت لازمة، وطرق التنفيذ ومدته ومراحله الزمنية.

- دراسة النجاعة¹ والتي تعد ضرورة في أي مشروع هو محل تعاقد إداري، وذلك من خلال التأكد من قابلية المشروع للإنجاز، وإن كان كذلك في أي نسق، بإضافة معرفة مدى تأثير المشروع على البيئة، لأن النصوص الخاصة بالبيئة نصت على إخضاع كل مشاريع الأشغال والتجهيز والمنشآت التي بطبيعتها أو أهميتها أو حجمها يمكن أن تؤثر بشكل مباشر أو غير مباشر على كل من البيئة والصحة والفلاحة².

- دراسة الملائمة حيث تسمح هذه الدراسة بمعرفة أهمية المشروع على المستوى الإقتصادي والإجتماعي، والتي تكمن من تحديد ايجابيات وسلبيات المشروع وأهداف التنمية له، ولذا يجب أن تتضمن الدراسة ما يلي:

- سرد الأسباب التي جعلت من المشروع اقتراحا مقبولا.

- الأعمال المنتظرة من صاحب المشروع لإزالة الأضرار الناجمة من المشروع على البيئة أو تخفيضها على الأقل أو التعويض عنها، مع تبيان الأموال المرصودة للتصدي لذلك³.

وعليه فإن جوهر عملية إبرام العقد الإداري متوقفة على مدى تحكم الإدارة المتعاقدة في تحديد الحاجيات وفق الضوابط القانونية التي حددها المشرع، باعتبار أن هذه الأخيرة تعكس من جهة أولى مدى تحكم الإدارة المتعاقدة في قطاع نشاطها، الذي ينبغي أن تمارسه وفق

¹ - أنظر الفقرة 3 من المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

² - أنظر القانون رقم 83-03 المؤرخ في 05 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة، ج.ر.ج.ج.، العدد 06، لسنة 1983، والملغى بالقانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.، العدد 43، لسنة 2003، المعدل بالقانون رقم 07-06 المؤرخ في 13 ماي 2007، يتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج.ر.ج.ج.، العدد 31، لسنة 2007.

³ - خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر 2011، ص. 76-77.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

استراتيجية محددة ومضبوطة تؤدي إلى التطوير والنهوض بالمرافق العمومية، ومن جهة ثانية حرصها (الإدارة) على الحفاظ على المال العام.

غير أن ما ينبغي الإشارة إليه أنه رغم تأكيد القوانين سواء في فرنسا ومصر والجزائر على ضرورة تقيد الإدارة بتحديد وتقدير الاحتياجات الفعلية قبل الشروع في إبرام العقد الإداري لما يترتب عليه من انضباط العقد سواء في مرحلة إبرامه أو مرحلة تنفيذه، رغم ما يتطلبه هذا من وقت والقيام بدراسات، إلا أنه قد يحدث أن تخالف الإدارة هذه الأحكام سواء بالتعاقد على أصناف تزيد على الاحتياجات الفعلية أو بقصد استنفاد الاعتمادات المالية أو في الشهر الأخير من السنة المالية دون ضرورة يستلزم ذلك، فما هو تأثير هذه المخالفات على صحة العقد؟.

اختلف الفقه حول أثر مخالفة الإدارة للأحكام المتعلقة بتقدير الاحتياجات الفعلية حيث ذهب بعض الفقه¹ إلى أنه:

في حالة ما منع المشرع صراحة التعاقد بخصوص أمر معين، سواء أكان شيئاً يراد شراؤه أو عملاً يراد تنفيذه، أو قيد الإدارة بالقيام بإجراءات معين قبل التعاقد، فإن الإدارة ملزمة باحترام إرادة المشرع، وكل مخالفة لهذا الحظر أو القيود تؤدي إلى بطلان التعاقد.

بينما ذهب جانب آخر من الفقه -الراجح- إلى أن مخالفة جهة الإدارة لهذا الحظر تستتبع المسؤولية التأديبية، دون أن تؤدي إلى بطلان العقد، لأنه ليس في مقدور من يريد التعاقد مع الإدارة أن يعرف ما إذا كان التعاقد في حدود الاحتياجات الفعلية أو يفوقها أو أن هدف التعاقد مجرد استنفاد للاعتمادات المالية، أم لا أو أن العقد يبرم في الشهر الأخير من السنة المالية أم لا، فكل هذه المعلومات يصعب على الفرد العادي الوصول إليه، و لو أنه تم ربط صحة العقود الإدارية أو نفاذها بذلك لما بادر أحد وتعاقد مع الإدارة، وبالتالي يتعطل سير المرفق العام².

¹ - سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 377.

² - قضت محكمة القضاء الإداري في مصر بمايلي " الثابت أن مديرية الشؤون الصحية قامت بطرح مناقصة لتوريد كميات من الأغذية لا تمثل الاحتياجات الفعلية اللازمة للمستشفيات بندرقنا، الأمر الذي ترتب عليه رسو العطاء على أحد المناقصين و أنه لو طرحت المناقصة بمراعاة الاحتياجات لكانت رست على شخص آخر من المناقصين يقل عطاؤه عن المدعي عليه، إذ أن الأمر يرجع إلى الجهة الإدارية في تحديد الكميات المطلوبة طبقاً للاحتياجات الفعلية، و من ثم فإن مطالبة الجهة الإدارية بفروق الأسعار الناجمة عن قيام المورد بتوريد دولجن بدلا من اللحوم و إن كانت ترتب المسؤولية التأديبية للقائمين على تحديد الاحتياجات الفعلية، فهو لا يقوم لمطالبة المورد بهذه الفروق متى تبث أن ما لم تم توريده من الصنفين كان بناء على أوامر التوريد الصادرة إليه. حكم محكمة القضاء الإداري بقنا في الدعوى رقم 780 لسنة 1 ق جلسة 1999/11/17.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وخلاصة القول أنه في حالة إخلال القائمين على تحديد الاحتياجات الفعلية لجهة الإدارة المتمثل في عدم تحديد تلك الاحتياجات على نحو دقيق فإن ذلك يعرضهم للمسؤولية التأديبية. إضافة لما ذكرناه عن وجوب تحديد الاحتياجات الفعلية للإدارة بدقة وبتفصيل، ألزمت جل التشريعات في مجال العقود الإدارية الإدارة تحديد قيمة تقديرية لموضوع العقد، لأن لكل نوع عقدي قيمة إجمالية تختلف عن صنف آخر.

ففي فرنسا أوجب المشرع في قانون العقود العامة الصادر بموجب المرسوم رقم 360-2016 المشار إليه سابقا وضع قيمة تقديرية لموضوع التعاقد في الباب الثالث منه، وذلك في المواد 20، 21، 22، حيث تنص المادة 20 من هذا القانون على ضرورة احتساب القيمة المقدرة لمحل العقد على أساس المبلغ الإجمالي باستثناء ضريبة المشتريات، كما أنه لا يجوز للجهة الإدارية التوصل من وضع قيمة تقديرية لموضوع التعاقد من خلال تجزئة مشترياتها أو بفعل استخدام طرق لحساب القيمة المقدرة للعقود أو الاتفاقات النموذجية بخلاف الطرق المنصوص عليها في هذه المادة¹.

فيما بينت المادة 21 ضوابط تحديد القيمة المقدرة للحاجات²، أي كان عدد المتعاملين الاقتصاديين، المرشحين الذين وجهت إليهم الدعوة، و أي كان عدد العقود المبرمة وفقا للشروط التالية¹:

¹ - Art. n° 20 " La valeur estimée du besoin est calculée sur la base du montant total hors taxe du ou des marchés publics envisagés, y compris les options et les reconductions. Lorsque l'acheteur prévoit des primes au profit des candidats ou soumissionnaires, il en tient compte pour ce calcul.

Lorsqu'un acheteur est composé d'unités opérationnelles distinctes, la valeur totale estimée des marchés publics passés pour les besoins des différentes unités opérationnelles est prise en compte. Toutefois, lorsqu'une unité opérationnelle est responsable de manière autonome de ses marchés publics ou de certaines catégories d'entre eux, la valeur du besoin peut être estimée au niveau de l'unité en question.

L'acheteur ne peut se soustraire à l'application du présent décret en scindant ses achats ou en utilisant des modalités de calcul de la valeur estimée du besoin autres que celles prévues ci-après."

² -Art. n° 21 "La valeur estimée du besoin est déterminée dans les conditions suivantes, quels que soient le nombre d'opérateurs économiques auquel il est fait appel et le nombre de marchés publics à passer:

1° En ce qui concerne les marchés publics de travaux, sont prises en compte la valeur totale des travaux se rapportant à une opération ainsi que la valeur totale estimée des fournitures et des services mis à la disposition du titulaire par l'acheteur lorsqu'ils sont nécessaires à

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

- في حالة عقود الأشغال العامة، القيمة الإجمالية للأعمال المتعلقة بالمعاملة والقيمة الإجمالية المقدرة للتجهيزات والخدمات الضرورية لتنفيذ العمل.
- فيما يتعلق بالتوريدات والخدمات، يتم تقدير القيمة الإجمالية للوازم أو الخدمات والتي تعتبر متجانسة بحكم السمات المميزة لها- خصائصها-، وذلك على الشكل التالي:
 - 1- أي مبلغ باستثناء الضرائب من الخدمات المنفذة خلال 12 شهر السابقة أو السنة المالية السابقة.
 - 2- القيمة المقدرة للخدمات التي سيتم تنفيذها خلال الإثني عشر شهرا أو سنة الميزانية التالية لإبرام العقد.
- بالنسبة للاتفاقات النموذجية و نظم الشراء الديناميكي، فإن القيمة التقديرية التي تؤخذ في الاعتبار هي القيمة القصوى المقدرة لجميع العقود التي سيتم منحها خلال المدة الإجمالية للاتفاق النموذجي أو نظام الشراء الديناميكي.

l'exécution des travaux.

Il y a opération de travaux lorsque l'acheteur prend la décision de mettre en œuvre, dans une période de temps et un périmètre limité, un ensemble de travaux caractérisé par son unité fonctionnelle, technique ou économique;

2° En ce qui concerne les marchés publics de fournitures ou de services, il est procédé à une estimation de la valeur totale des fournitures ou des services qui peuvent être considérés comme homogènes soit en raison de leurs caractéristiques propres, soit parce qu'ils constituent une unité fonctionnelle.

II. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services qui répondent à un besoin régulier, la valeur estimée mentionnée au I est calculée sur la base:

1° Soit du montant hors taxes des prestations exécutées au cours des douze mois précédents ou de l'exercice budgétaire précédent, en tenant compte des évolutions du besoin susceptibles d'intervenir au cours des douze mois qui suivent la conclusion du marché public ;

2° Soit de la valeur estimée des prestations qui seront exécutées au cours des douze mois ou de l'exercice budgétaire qui suit la conclusion du marché public.

III. - Pour les accords-cadres et les systèmes d'acquisition dynamiques, la valeur à prendre en compte est la valeur maximale estimée de l'ensemble des marchés à passer ou des bons de commande à émettre pendant la durée totale de l'accord-cadre ou du système d'acquisition dynamique.

IV. - Pour les partenariats d'innovation, la valeur à prendre en compte est la valeur totale estimée des activités de recherche et de développement qui doivent être menées au cours des différentes phases du partenariat ainsi que la valeur totale estimée des fournitures, services ou travaux innovants qui en sont le résultat et dont l'acquisition est envisagée. "

¹- Art. n° 27 " II, le montant estimé du besoin est déterminé dans les conditions suivantes, quelque soit le nombre d'opérateurs économique auxquels il fait appel et quelque soit le nombre de marchés à passer."

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

- بالنسبة لشركات الإبتكار، فإن القيمة التي يجب مراعاتها هي القيمة الإجمالية المقدره لأنشطة البحث والتطوير التي ستنفذ خلال المراحل المختلفة للشراكة وكذلك القيمة الإجمالية المقدره للوآزم أو الخدمات أو الأعمال المبتكرة.

أما بالنسبة للقانون المصري فقد أكدت المادة 15 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا، على أن اللجنة التقنية تشكل بقرار من السلطة المختصة تتولى وضع القيمة التقديرية للعملية موضوع التعاقد بحيث تكون مماثلة لأسعار السوق عند الطرح، مع الأخذ في الاعتبار جميع العناصر المؤثرة وفقا لظروف وطبيعة تنفيذ التعاقد¹، وترفع اللجنة تقريرا بنتيجة أعمالها متضمنا اقتراح مبلغ التأمين المؤقت المطلوب في الحدود المقررة قانونا، وذلك للاعتماد من السلطة المختصة².

أما في الجزائر فإن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المشار إليه سابقا قد حدد مجالات الصفقات على أساس أنها أربع مجالات، وهي صفقات الأشغال، و صفقات اقتناء اللوآزم و صفقات الدراسات و صفقات الخدمات، واعتمد في تصنيف الصفقة ضمن هذه المجالات على النظر في مبالغ خدماتها، معتبرا أن طبيعة الخدمة التي تستحوذ على أكبر نسبة من المبلغ الإجمالي للصفقة هي التي تحدد المجال الذي تنتمي إليه الصفقة، فمثلا إذا كان مبلغ الأشغال ضمن الصفقة المختلطة هو الغالب اعتبرت الصفقة صفقة أشغال³.

وما يهدف إليه التنظيم الجزائري من خلال هذا التمييز بين الصفقات المختلفة من حيث المجال هو تسهيل كيفية تحديد الحاجات ثم أساليب التحضير لكل مشروع حسب مجاله⁴.

¹- أنظر المواد 28 و 29 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليها.

²- أنظر المادة 30 من نفس اللائحة.

³- أنظر المادة 35 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

⁴- أنظر المادة 27/7 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

كما أكدت المادة 11 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم سابق الإشارة إليه أن من أركان تحديد الحاجات البت في طبيعتها وكميتها بدقة، استنادا إلى مواصفات تقنية مع ضبط المبلغ الإجمالي لها، و الذي على أساسه يحدد اختصاص لجان الصفقات، وميزت المادة بين كيفية تحديد المبالغ، فبالنسبة لصفقة الأشغال يؤخذ بعين الاعتبار وجوب القيمة الإجمالية لأشغال والخدمات مقدمة في نفس العملية، أما بالنسبة لصفقات اللوآزم والخدمات والدراسات فأكدت أن تحديد المبلغ الإجمالي يكون بناء على تجانس الحاجات، أما في حالة تخصيص الحاجات، فيحدد المبلغ الإجمالي لجميع الحصص المنفصلة.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعلى الرغم من ضرورة وضع القيمة التقديرية للعملية المزمع التعاقد عليها، إلا أن القانون الجزائري اكتفى بالحديث عنها في مادة واحدة هي المادة 27 سابقة الذكر، ولم يفصل في شرح وتوضيح الجهة المختصة بوضع هذه القيمة والجهة التي يخول لها القانون الاطلاع عليها، كما لم ينص على الأثر المترتب في حالة مخالفة القيمة التقديرية للعطاء الأفضل واكتفى بربطها بتخصص لجان الصفقات العمومية، لذا نهيب بالمشرع الجزائري بأن يحذو حذو المشرع الفرنسي و المصري بهذا الخصوص.

وبمأن دراستنا تنصب بالخصوص على العقد الإداري الإلكتروني، فإن ذلك يجعلنا هذا نتساءل عن مامدى تأثير الوسائل الإلكترونية على عملية تحديد الحاجات الفعلية موضوع التعاقد؟.

أثر استعمال الوسائل الإلكترونية في الإدارات العمومية على جل أعمال الإدارة بما في ذلك عملية إبرام العقد الإداري بكل مراحلها، بما في ذلك عملية تحديد الإحتياجات الفعلية خاصة في عقود الشراء والتوريدات، حيث ظهر مايعرف بعملية ميكنة المخازن العامة إلكترونيا لضمان الإستغلال الأمثل لها¹.

وقد يتم توفير بيانات عن كل الأصناف والمواد الموجودة بالمخازن العامة في نظام إلكتروني يساعد على الاستعلام عن أي صنف من الأصناف أو الأنواع المماثلة له، وهذا مايمنع التعاقد على أشياء موجودة بالمخازن، وهذا مآدى إلى سهولة في تحديد الأصناف الموجودة بالمخازن بسرعة ودقة عالية، على عكس البحث في السجلات والدفاتر.

ومن الدول رائدة في هذا المجال (ميكنة المخازن)، السويد، حيث تبنت الحكومة السويدية مبادرة خاصة لإدارة وتنظيم المخزون الحكومي وعمليات الشراء العامة من خلال شبكة الإنترنت، تهدف من خلالها إلى خفض تكاليف التخزين العمومي إلى نسبة 30 بالمئة².

وتقوم التجربة السويدية على توفير بيانات السلع الموجودة في المخازن لدى الجهات التي تقوم بإدارة عمليات الشراء العامة، وبمجرد وصول المخزون من صنف معين إلى حد الطلب يتم طرح صفقة توريد هذا الطلب على شبكة الموردين (وجود تحديد واضح لمواصفات

¹ - حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 191.

² - تعتمد تجربة الحكومة السويدية على بناء شبكة متكاملة للمعاملات الخاصة بالتوريدات العامة، والموردين المسجلين في هذه التوريدات، ويتم من خلال هذه الشبكة إدارة المخزون العام وتنفيذ عمليات الشراء إلكترونيا.، للمزيد من التفصيل أنظر سامي مجد الطوخي شفافية أعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2005، ص. 481 وما بعدها.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الصنف المطلوب من خلال تصنيف موحد للسلع)، وعلى الفور يتم تلقي عروض الموردين باستخدام وسائل التبادل الإلكتروني، وهذا ما يحقق تدفق الاصناف وفق معدلات الاستخدام المقررة وبصورة تحقق الوصول إلى أقل مدة تخزين ممكنة، بل وتصل في بعض الأحيان على عدم التخزين الفعلي للسلع.

وفي الأخير يمكن القول أنه حتى نضمن سير المرفق العام بانتظام و اضطراب فإنه يتوجب إلزام الإدارة القيام بدراسة دقيقة لعقودها وتحديد الاحتياجات الفعلية الضرورية لسير العمل والإنتاج، والقيام بالتخطيط السنوي (مرة واحدة في السنة) الصحيح الذي يحقق الفائدة القصوى من الإنفاق العام، ويخضع عقود الإدارة للقدر الكافي من المنافسة و الشفافية التي تعود إيجابا على الاقتصاد الوطني. فالمطلوب من المشرع إلزام الجهات الإدارية المتعاقدة في كل بداية سنة بنشر قوائم احتياجاتها السنوية تحدد بها اللوازم التي تحتاجها.

والهدف من هذا النشر هو إعلام أكبر قدر ممكن من الخواص بالاحتياجات الفعلية والضرورية للإدارة، وهذا ما يساعد على إشراك المقاولات الصغرى و المتوسطة كوحدات إنتاجية قادرة على توفير المتطلبات الحيوية للإدارة في جو من المنافسة و الشفافية والمساواة، فنتمكن من القيام بأشغال أساسية تساعد على تحقيق نمو اقتصادي¹.

وفي رأينا أن المشرع الجزائري لم يعط الأهمية اللازمة لعملية تحديد الحاجات الفعلية للإدارة المتعاقدة طبقا لنص المادة 27 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا التي أكدت تحديد المصلحة المتعاقدة لحاجاتها دون تفصيل ذلك، وقد تركت توضيح ذلك بموجب قرار يصدره وزير المالية، إلا إذا استثنينا المادتين 213 و 214 من نفس المرسوم اللتين عالجتا وجوب إعداد المصالح المتعاقدة في بداية كل سنة مالية لقائمة بالبرنامج التقديري للمشاريع التي يتعين الإنطلاق فيها خلال السنة المالية المعينة، مع إجبارية نشر المعلومات في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي أو الموقع الإلكتروني للمصلحة المتعاقدة.

¹ - نور الدين الرحالي، الصفقات العمومية المحلية بين تحقيق التنمية والإضرار بالبيئة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 2، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2013، ص 230.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لذلك ننوه على المشرع الجزائري التفصيل أكثر في قانون الصفقات العمومية فيما يخص مواد تقدير الاحتياجات الفعلية للإدارة وفتح المجال أمام استعمال الوسائل الإلكترونية في هذا المجال، فهو لم يذكر إلا القليل مقارنة بباقي التشريعات¹.

الفرع الثاني: إعداد دفاتر الشروط الإلكترونية.

من النادر عمليا أن يتضمن الإعلان عن العقد كافة المعلومات والشروط التي تحدها الإدارة لإجراء عملية التعاقد، لذلك نجد أن الإعلان عن الصفقة يحيل في تحديد موضوع العقد والشروط المتطلبة فيه إلى ما يعرف بـ دفاتر الشروط التي تعدها جهة الإدارة، وتحدد فيها الجوانب القانونية للصفقة، وحقوق والتزامات الإدارة ومتاعدها قانونيا وماليا وفنيا، وهذا قبل الإعلان أو الدعوة للتعاقد في الصفقة أيا كان نوعها، فتعد مستندات الطرح التي تشمل كل الشروط العامة والخاصة²، حيث تجمع كل هذه الأخيرة في وثائق إدارية مكتوبة³، توضع تحت تصرف كل من يرغب في التقدم بعطائه بما يكفل إحاطته بكل المعلومات المتعلقة بموضوع الصفقة المعلن عنها⁴.

ولعل أن مرد فكرة دفاتر الشروط ينطلق من أهم معيار مميز للعقد الإداري، وهو أن يكون متضمنا لشروط استثنائية غير مألوفة في عقود القانون الخاص تنفرد الإدارة بوضعها، وتجمعها في وثائق إدارية مكتوبة يطلق عليها اصطلاح دفاتر الشروط أو دفاتر الأعباء أو كراسة الشروط، والتي لم يجمع الفقه على تعريف واحد لها.

فتعرف بأنها " مجموعة الوثائق التي تحتوي على شروط العقد الإداري، عادة ما تحررها الإدارة مقدما، يقتصر دور المتعاقد فيها على قبولها كما هي، ويترتب على مخالفة هذه القواعد بطلان العقد"⁵. كما يمكن تعريفها بأنها " وثيقة رسمية تضعها الإدارة المتعاقدة بإرادتها المنفردة،

¹ - حظرت المادة 132 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات المصري لسنة 1998 التعاقد بقصد استيفاء الإعتماد المالي كما حظرت الشراء في الشهر الأخير من السنة إلا في حالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل وبموافقة السلطة المختصة، وذلك تجنباً لقيام الجهات الإدارية على شراء ما لا يلزم لمجرد استهلاك الاعتماد المالي.

² - محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر العربي، الإسكندرية، مصر، 2003، ص. 32.

³ - عمار عوابدي، القانون الإداري، ج. 2 - النشاط الإداري، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005، ص. 214.

⁴ - هيبية سردوك، المرجع السابق، ص. 139 و140.

⁵ - علي الدين زيدان - محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري (العقود الإدارية وكيفية إبرامها وأثارها)، ج. 2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، المجموعة المتحدة، مصر، د.س.ن، ص. 872.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

تحدد بموجبها سائر الشروط المتعلقة بقواعد المنافسة بمختلف جوانبها، وشروط المشاركة فيها وكيفيات اختيار المتعامل المتعاقد¹.

كما تعرف أيضا بأنها: "عبارة عن وثيقة تتضمن مجموعة من البنود تتعلق بموضوع الصفقة، وطريقة منحها، والوثائق المكونة له و المطلوبة من المترشحين، والأسس التي يتم اعتمادها في اختيار المتعامل المتعاقد، ومعايير الاختيار من ذلك كيفية التنقيط بالنسبة للعرضين التقني و المالي، بالإضافة إلى أحكام تنفيذ الصفقة والشروط التقنية التي تضعها الإدارة لحسن تنفيذ الصفقة، وعموما يتضمن جميع الشروط التي تبرم و تنفذ وفقها الصفقة ". وعرفها الفقه الفرنسي بأنها:

« Le cahier des charges est un acte qui indique les conditions des marches... on pourrait dire que le cahier des charges est l'expression des besoins »².

وما يلاحظ على أغلب التعريفات التي قيلت في دفاتر الشروط أنها أجمعت على أنها تحضر بصورة سابقة على عقد الالتزام، وكخطوة أولية للإعلان عن رغبة الإدارة في إبرامه. فإذا تقدم الملتزم، يعني هذا موافقته على ما تضمنته دفتر الشروط من أحكام وشروط، إذ يخاطب دفتر الشروط الكافة وعلمهم بمحتواه مفروض، فإن قبلوا -حال قيامه- على التعاقد مع الإدارة، فالمفروض أنهم قد ارتضوا بكل ما ورد به من أحكام.

لذا يعتبر دفتر الشروط جزء لا يتجزأ من العقد الإداري، حيث تمثل الشروط والمواصفات الواردة به أساسا للتعاقد بين الإدارة و مقدم العطاء³، مما جعل الشراح يصفونه بمشروع التعاقد⁴.

وتجدر الإشارة أنه رغم الحرية الكاملة للإدارة في وضع دفتر الشروط كمظهر من مظاهر ممارسة السلطة العامة من جهة¹، وبما يحقق لها الأهداف الخاصة بالعملية التعاقدية

¹ - ختال هاجر، المناقصة كأسلوب من أساليب التعاقد في الصفقات العمومية، الملتقى الدولي، كلية الحقوق و العلوم السياسية- قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليايس سيدي بلعباس - 24-25 أفريل 2013، ص. 23.

² - Michel ROUX, appels d'offres : rédiger, répondre. Analyser, eyrolles, édition d'organisation, 2005.

³ - مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري - الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، الإسكندرية، 2003، ص. 82.

⁴ - عزوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري و انعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، مارس 2012. ص. 409.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

من جهة أخرى، إلا أنها مع ذلك ليست حرة في صياغة شروط عقودها كما تريد، فقد يحتم القانون أحيانا الأخذ بعقود نموذجية مطبوعة من قبل ومحددة شروطها سلفاً².

وقد طرح تساؤل قانوني عميق حول الطبيعة القانونية لهذه الدفاتر بين الطابع التعاقدية أو التنظيمي لها؟.

غير أن الإجابة على هذا التساؤل تكمن في تحليل أحكام دفاتر الشروط. فمن جهة أولى ودعماً للطابع التنظيمي لدفاتر الشروط، يمكن القول أن الإدارة هي من تقوم وبصفة إنفرادية بإعداد هذه الدفاتر، ولا تتناقض بشأن موضوعها ومحتواها وأحكامها مع الأطراف الراغبة في التعاقد معها، بالإضافة إلى ذلك فإن لها سلطة تعديلها وبصورة انفرادية دائماً حتى بعد إرساء العقد. أما من جهة ثانية ودعماً للطابع التعاقدية لهذه الدفاتر، فيمكن القول أن الإعداد الإنفرادي لها لا يتعارض ولا يتناقض مع الطابع التعاقدية لدفاتر الشروط، لأنه يعطيه طابع عقد الموافقة، والذي من سماته أن للطرف الراغب في التعاقد مع الإدارة الحق في الإطلاع على بنود العقد الواردة في دفتر الشروط والموافقة عليها أو رفضها. وبالتالي تصبح قاعدة العقد شريعة المتعاقدين المعروفة في نطاق القانون الخاص قابلة لتحكم هذا النوع من العقود³.

ومن ثم يمكن القول أن دفاتر الشروط لها طبيعة مزدوجة، فهي وثيقة إدارية تحتوي على بنود تنظيمية بناء على أن الإدارة تتولى إعدادها مسبقاً بإرادتها المنفردة حتى بعد إبرام العقد (الشروط التي تتعلق بالإبرام)، وأخرى تعاقدية كون أنها تأخذ طابع عقد الموافقة⁴ (الشروط التي تتعلق بالتنفيذ).

¹ - عمروش حليم- التصدي للممارسات المنافية في الصفقات العمومية- الدور الجديد لمجلس المنافسة الجزائري- الملتقى الدولي- كلية الحقوق والعلوم السياسية، قسم الحقوق، جامعة جيلالي ليايس، سيدي بلعباس، 24-25 أبريل 2013، ص. 33.

² - محمد رفعت عبد الوهاب، المرجع السابق، ص 510.

³ - أحمد محيو، ترجمة محمد عرب صاصيلا، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009، ص. 371.

⁴ - في هذا الخصوص، يميز بعض الفقه في القانون الإداري بين عقد الامتياز وبين العقود الأخرى، إذ تعتبر هذه الشروط تعاقدية- بالنسبة لكافة العقود الإدارية - في طبيعتها رغم ورودها في دفاتر مستقلة حتى في حالة توقيع وثيقة عقد متميزة عنها، باستثناء عقد امتياز المرافق العامة الذي تعتبر فيه هذه الشروط نصف تعاقدية و نصف تنظيمية لما يربته للمنتفعين من حقوق قبل الملتزم، فهي نصف تعاقدية لا تمتد إلى كيفية أداء الخدمة للمنتفعين والتي يمكن الاستغناء عنها لو أن الإدارة قامت باستغلال المرفق العام بذاتها، و نصف تنظيمية لانهية تملك الإدارة تعديلها في كل وقت وفقاً لحاجة المرفق العام موضوع الأشغال وتبين كيفية أداء الخدمة للمنتفعين. أنظر سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 94 وما بعدها.

ولقد قضى مجلس الدولة الفرنسي سنة 1982 في أحد الدعاوى بتجاوز السلطة، الموجهة ضد دفتر الشروط الإدارية المطبق على صفقة الخدمات الفكرية، أن هذه الوثائق تعتبر أعمالاً قابلة للطعن فيها، و ليست مجرد تدابير داخلية، تتعلق بالتعليمات والأوامر لعمال الإدارة المعنية

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وعلى اعتبار أن دفتر الشروط من الوثائق الإدارية¹، فهي لا تخرج عن ثلاثة أنواع حسبما هو مقرر في القوانين المقارنة وهي:

أ- دفاتر الشروط الإدارية العامة، وهي الدفاتر المكتوبة التي تحتوي وتتضمن الشروط التي تنطبق على كل العقود الإدارية التي تبرمها وزارة من الوزارات أو مصلحة من المصالح المختصة². ومعنى ذلك اشتمالها على الأحكام المنطبقة على كل الصفقات التي تبرمها وزارة معينة أيا كانت خصائص هذه الصفقات ونوعها.

ب- دفاتر الشروط العامة التقنية، هي عبارة عن وثائق تحتوي الأحكام التقنية للعقود التي من طبيعة واحدة، تعد من قبل القسم التقني.

ت- دفاتر الشروط الخاصة، وهي أشد تفصيلاً، حيث تشتمل على المواصفات الإدارية والتقنية الخاصة والتفصيلية لكل عقد إداري يراد إبرامه، ومهمتها إكمال النقص من حيث الشروط في النوعين السابقين، كما يمكنها تعديل الأحكام الواردة بهما³، بما يكيف شروطهما وفقاً لخصوصية موضوع التعاقد المحدد.

بالتفويض وعدم مراعاتها لا يؤثر في شيء في قانون الأعمال المنفذة ليست لها أية قوة قانونية تجاه الغير، بل هذه النماذج تعتبر في حد ذاتها قرارات يمكن التحقيق فيها من طرف مجلس الدولة أنظر:

C. E., 2 / 6 SSR, du 20 janvier 1982, 19820, recueil Lebon, p. 20.

¹ - تجدر الإشارة أنه قد يلحق بملف العقد وثائق أخرى مختلفة مكملة لدفاتر الشروط وهي كثيرة و متنوعة تتعلق جميعاً بالتفصيلات الجزئية لعملية التعاقد ونذكر منها:

أ- قائمة الأسعار (Bordereau des prix) تعتبر قائمة الأسعار من الوثائق الهامة جداً التي تحتوي على الأسعار الواجب تطبيقها على المشروع و تتصل اتصالاً وثيقاً بالثمن المستحق للمقاول، وتلحق بعقود الأشغال العامة في فرنسا.

ب- وثيقة قبل القياس avant métré: هي وثيقة ذات طبيعة تقريبية لما تحويه من تقدير لكميات العمل أو الأداء المطلوب تنفيذه، و لا تتمتع بأية قيمة تعاقدية، لكن لها دور محدد عند حساب الثمن المستحق للمتعاقدين ضمن العقد.

ت- وثيقة التفصيل التقديري (Détail estimatif): وهي وثيقة مهمة في تمويل الإدارة بالتكلفة الكلية للعقد، من خلال ما تحتويه من تقدير للنفقة الكلية للأداء بتطبيق الكميات المتوقعة على الأسعار المدرجة ضمن قائمة الأسعار، لذلك قرر مجلس الدولة عدم إمكانية المقاول التمسك بها في مواجهة الإدارة، أي أنه لم يجعل منها وثيقة عقدية، عكس دفتر الشروط الإدارية العامة الخاصة بعقود الأشغال و التي اعتبرها من قبيل الوثائق التعاقدية، أنظر:

C. E., 10/ 9 SSR, du 3 novembre 1982, 24102, mentionné aux tables du recueil Lebon, p. 21.

ث- لائحة الأجور: هي الوثيقة التي تتضمن المعدلات الطبيعية للأجور التي تدفع في المدينة أو الإقليم الذي تنفذ فيه الأشغال مع وجوب إعادة النظر فيها مع كل تغيير يطرأ على مستويات الأجور في البلاد. توجد إلى جانب هذه الوثائق المكملة ما يعرف بالمنشورات الدورية.

² - عمار عوابدي، المرجع السابق، ص. 215.

³ - ثار تساؤل في نطاق دفاتر الشروط الخاصة حول إمكانية مخالفة دفاتر الشروط الخاصة لما ورد في دفاتر الشروط العامة من ضوابط وأحكام؟ ذلك أن الخصوصيات التي تقتضيها بعض العقود تقتضي هذه المخالفة.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي فرنسا كشف الواقع العملي أن تعدد دفاتر الشروط التي تتناول نوعا معينا من العقود بين الوزارات والمصالح الإدارية المختلفة قد أدى إلى أضرار في العمل، لذلك اتجه المشرع الفرنسي منذ مدة إلى توحيد الشروط والمواصفات العامة التي تحكم عقدا بذاته بالنسبة لجميع الوزارات والمصالح الإدارية المختلفة في الدولة¹.

وقد قسمت المادة 15 من المرسوم رقم 360-2016 المتعلق بالصفقات العمومية المشار إليه سابقا الوثائق التعاقدية إلى دفاتر الشروط العامة الإدارية، ودفاتر الشروط العامة التقنية أو الفنية².

بالنسبة لدفاتر الشروط الإدارية العامة فهي تتضمن أحكاما ذات طبيعة مالية وإدارية يمكن أن تطبق على العقود التي تكون من طبيعة واحدة، والتي تبرمها كل إدارات الدولة ومؤسساتها العمومية.

ولقد استقرت أحكام مجلس الدولة في فرنسا في هذا الشأن على إجازة مثل هذه المخالفة، وذلك إنطلاقا من مبدأ الحرية التعاقدية الذي يسمح للأطراف أن يضمنوا العقد كل ما يرونه ملائما لطبيعة الرابطة التعاقدية، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر خروشي النوي، المرجع السابق، ص. 192 وما بعدها. وفي مصر ذهبت المحكمة الإدارية العليا إلى جواز مخالفة الشروط العقدية الخاصة للشروط العقدية العامة التي نصت عليها اللائحة التنفيذية شرط أن تثبت هذه المخالفة صراحة في متن العقد، وإن لا تكون المخالفة من النظام العام، حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعن رقم 858-10 ق بتاريخ 06 جانفي 1968.

¹ - كان ذلك بصدور المرسوم المؤرخ في 6 أفريل 1942 الخاص بعقود الدولة المشار إليه سابقا على أن للجنة الوطنية للعقود العامة أن تعد بالنسبة لعقود التوريد و عقود الأشغال العامة، دفاتر الشروط و المواصفات العامة التي تحكم جميع تلك العقود و التي تكون ملزمة لجميع الوزارات و المصالح في الدولة بواسطة قرار من وزير المالية، بحيث لا يجوز الخروج عن هذه الدفاتر النموذجية إلا بعلم اللجنة المركزية للعقود، و تنفيذها لهذا الاتجاه صدر المرسوم المؤرخ في 16 جانفي 1947 يقضي بإنشاء لجنة عليا للعقود العامة تتولى مهمة التوحيد التي نص عليها المرسوم الصادر في 6 أفريل 1943.

- Décret du 16 janvier 1947, CONSEIL SUPERIEUR DE L'ENFANCE, J.O.R.F., n° 16, du 18 janvier 1947.

² - Art n° 15 " Les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 25000 euros HT sont conclus par écrit.

Les clauses du marché public peuvent être déterminées par référence à des documents généraux tels que:

1° Les cahiers des clauses administratives générales, qui fixent les stipulations de nature administrative applicables à une catégorie de marchés publics;

2° Les cahiers des clauses techniques générales, qui fixent les stipulations de nature technique applicables à toutes les prestations d'une même nature.

Les cahiers des clauses administratives générales et les cahiers des clauses techniques générales sont approuvés par arrêté du ministre chargé de l'économie et des ministres intéressés.

Lorsque l'acheteur fait référence à des documents généraux, le marché public comporte, le cas échéant, l'indication des articles de ces documents auxquels il déroge."

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما بالنسبة لدفاتر الشروط التقنية العامة فهي عبارة عن وثائق تحتوي على أحكام ذات طابع تقني للعقود التي هي من طبيعة واحدة.

ويتم اعتماد دفاتر الشروط الإدارية العامة والشروط التقنية العامة بأمر من وزير الاقتصاد والوزراء القطاعات المعنيين بالتعاقد.

وفي مصر نصت المادة 19 من القانون رقم 182 لسنة 2018 على ضرورة أن تعد الجهة الإدارية قبل الإعلان أو الدعوة للإشتراك في جميع طرف التعاقد الواردة بهذا القانون، كراسة الشروط والمواصفات تتضمن الإحالة لجميع القواعد والأحكام والإجراءات والشروط المنصوص عليها في هذا القانون ولائحته التنفيذية، ويجب أن تتضمن كراسة الشروط على وجه الخصوص طريقة التعاقد، المواصفات والأطر الفنية لموضوع التعاقد ومكان التنفيذ، والبرنامج الزمني المتوقع للإجراءات ومواعيد ومكان انعقاد الجلسات، شروط الطرح العامة والخاصة، التأمينات، طريقة السداد، توقيت تقديم الشكاوى، وأسلوب التقييم وشروط فسخ العقد، الجزاءات والغرامات ونسخة من مشروع العقد المزمع إبرامه متضمنا حقوق والتزامات طرفي التعاقد، وأي بيانات أخرى بحسب طبيعة العملية¹.

ونفس البيانات أكدت عليها المادة 33 من اللائحة التنفيذية لذات القانون، على أن يتم طبع كراسة الشروط المشار إليها وتوزيعها بعد ختمها واعتماد مدير المشتريات لها.

أما في الجزائر فقد أكد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا وجود دفاتر الشروط المحينة دوريا، التي تبين الشروط التي تبرم وتنفذ وفقها الصفقات العمومية²، وهي ثلاث أنواع:

- دفاتر البنود الإدارية العامة، والمطبقة على صفقات الأشغال والدراسات واللوازم والخدمات.
- دفاتر التعليمات التقنية المشتركة، والتي تحدد الترتيبات التقنية المطبقة على كل الصفقات العمومية المتعلقة بنوع واحد من صفقات الأشغال أو اللوازم أو الدراسات أو الخدمات.

¹ - في ظل القانون رقم 89 لسنة 1998 المغلى، فإنه لا يوجد مقابل لدفاتر الشروط العامة الموجودة في فرنسا، وإن كان جانب من الفقه المصري ذهب إلى أن الأحكام العامة الواردة في القسم الرابع من اللائحة التنفيذية، والتي اشتملت على الأحكام العامة في تنفيذ العقد تصلح لتكون مقابلا لتلك الدفاتر، وإن كانت لا تسد الفراغ المتعلق بالبنود التنفيذية العامة الإدارية والتقنية، التي لا بد أن تكون في نموذج تعدده الجهة المختصة أو الإدارة المتعاقدة.

² - المادة 26 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

- دفاتر التعليمات الخاصة، والتي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة على حدة، وتعتبر هذه دفاتر الوثيقة الأساسية التي تحدد الشروط الخاصة بكل صفقة، وانطلاقاً من مبدأ الخاص يقيد العام، يمكن لهذا الدفتر مخالفة الشروط العامة أو المشتركة إن دعت الضرورة تضمينه استثناءات عما جاء في دفتر الشروط الإدارية العامة أو دفاتر التعليمات المشتركة.

وتجدر الإشارة أن القانون الجزائري شأنه شأن القانون الفرنسي تجنب ما قد يحدث من تناقضات في مجال الصفقات العمومية، إذ أعطى الصلاحيات الكاملة للجان الصفقات العمومية في فحص مشاريع دفاتر الشروط بكل أنواعها مقدماً وقبل التأشير عليها¹. وفي ظل التقدم الإلكتروني لإبرام العقود الإدارية أصبحت الطريقة التقليدية لاطلاع المتعاملين الراغبين في التعاقد مع الإدارة على مواصفات وبنود العقد الإدارية والفنية لا تصلح، بل يجري العمل في ظل نظام العقد الإداري الإلكتروني من خلال نماذج (catalogue) إلكترونية تضم المواد مراد توريدها، والخدمات المطلوب أدائها، والأشغال المطلوب إنشاؤها، والشروط والمواصفات الإدارية والفنية الخاصة بها. هذه النماذج تنتشر على مواقع حكومية خاصة لهذا الغرض، ويمكن للموردين ومتعاملين الإقتصاديين الإطلاع عليها من خلال هذه المواقع².

وبالرجوع إلى مصر صدر قرار من رئيس مجلس الوزراء رقم 33 لسنة 2010 بشأن النشر الإلكتروني عن المناقصات والمزايدات الحكومية في الجهات المختلفة، حيث نص على وجوب نشر وحدات الجهاز الإداري للدولة من وزارات ومصالح وأجهزة لها ووحدات الإدارة المحلية والهيئات العامة لصورة كاملة ومطابقة من كراسة الشروط والمواصفات الخاصة بالمناقصات والممارسات العامة التي تطرحها بعد اعتمادها من السلطة المختصة³.

¹ - أنظر المواد من 169 إلى 202 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقاً والواردة في الأقسام الأول والثاني والثالث والرابع والخامس والسادس من الفصل الخامس الخاص برقابة الصفقات العمومية.

² - في بريطانيا قام المكتب التجاري التابعة لوزارة المالية بوضع ثلاث نماذج إلكترونية رئيسية الهدف منها تسهيل عملية الشراء للمؤسسات الحكومية والإدارات العامة، وهي:

نموذج الخدمات S-CAT: يغطي الخدمات التي توفرها تكنولوجيا المعلومات والخدمات الإستشارية.

النموذج العام G-CAT: يغطي المنتجات العامة وأعمال الصيانة، والخدمات الإدارية.

نموذج الاتصالات عن بعد GTC: يغطي العقود الكبرى في مجال الاتصالات عن بعد.

³ - حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 204.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أما في الجزائر فقد صدر القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الوطنية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، والتي تم تأسيسها بموجب المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا. وتعتبر هذه البوابة فضاء إلكتروني لجميع المتعاملين العموميين في مجال الصفقات العمومية والمهتمين بها، تهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية، وكذا إبرام الصفقات العمومية بالطريق الإلكتروني¹.

المطلب الثاني: القيود السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

رغم القدر الكبير من الحرية التي تمتلكها الإدارة أثناء التعاقد واختيار المتعاقد معها، إلا أن هناك قيود يجب مراعاتها ابتداء قبل قيام الإدارة بالإعلان عن دعوتها للتعاقد، بل تعد هذه القيود تمهيدا ضروريا يترتب على وجوده اتخاذ باقي إجراءات التعاقد. وعلى ذلك يتطلب إبرام العقد الإداري قيام جهة الإدارة بإجراءات تمهيدية تسبق ميلاده، فالإدارة ليست ليست حرة في إبرام ماتشاء من العقود، بل هي ملزمة بمراعاة حدود الإعتمادات المالية المقررة لها في الميزانية السنوية، والتي يجب التأكد من كفايتها لتغطية التزاماتها التعاقدية. ومن بين القيود التي تسبق إبرام الإدارة للعقد كذلك قيامها بالإستشارة أو بطلب الإذن من بعض الجهات التي يحددها المشرع حرصا منه على اختيار أفضل المتعاقدين. وعلى ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى ثلاث فروع، يتناول الفرع الأول قيد توافر الإعتماد المالي، أما الفرع الثاني فيتعرض لقيد الحصول على الإذن، أما بالنسبة للفرع الثالث فيتناول بالدراسة قيد الحصول على الإستشارات.

الفرع الأول: قيد توافر الاعتماد المالي.

لا تستطيع الإدارة التعاقد مع الغير دون أن تتوفر لديها الاعتمادات المالية اللازمة لهذه العملية، وذلك كي تتمكن من الوفاء بالتزاماتها تجاه المتعاقد معها، وهذا انطلاقا من المبدأ العام

¹ - قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، محدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج.، العدد 21، الصادر بتاريخ 9 أبريل 2014، ص. 27 وما بعدها.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الذي يقضي بأن أي إنفاق عام يستوجب أن يكون له اعتماد مالي كافي. وهذه القاعدة لا تقتصر على العقود الإدارية، بل تشمل النشاط الإداري عموماً، والذي يترتب عليه الالتزام بدفع مال.

ويشكل الاعتماد الوارد في الميزانية العامة الصادر من البرلمان بمثابة ترخيص عام تمنحه السلطة المختصة لانجاز تصرفات قانونية، ويولد التزامات بمبالغ من النقود على عاتق الذمة المالية الإدارية، وفي مقدمة هذه التصرفات تأتي العقود الإدارية. وهذا الاعتماد يكون عاماً وغير محصور في حالات تعاقدية بالذات، بل إنه يعطى على شكل كتلة، ومن جانب آخر لا يعطى إلا وفقاً لشروط معينة¹. غير أن رخصة البرنامج المتعلقة بعقود إدارية معينة تصدر من طرف وزارة المالية بعد دراسة مشروع العقد وإقراره، ومن ثم لا يجوز للإدارة الارتباط مع الغير بعقد إداري في الوقت الذي لا يتوافر لديها المال الكافي للوفاء بهذه الإلتزامات.

ويجب أن يحدد في الاعتماد الموضوع (L'objet du crédit) الذي يجب أن تبرم لأجله التصرفات القانونية بدقة، و بالتالي فإنه عند إبرام عقد أشغال مثلاً، فإن مبلغ العقد يجب أن يجد مكاناً له في موضوع الاعتماد، وهذا الترخيص لا يمكن أن يستخدم إلا لأجل هذا العقد، ولا علاقة له إطلاقاً بأي موضوع تعاقد آخر، تحت طائلة عدم مشروعية الميزانية المرصودة للعقد².

كما يحدد الترخيص المالي الصادر عن البرلمان أو عن المجلس المختص الذي حدده القانون بشكل دقيق جداً المدة الزمنية (Durée du crédit) التي يجب أن يستخدم خلالها هذا الاعتماد المفتوح، والتي تكون عادة سنة، وهي الفترة التي إذا لم يستخدم خلالها هذا الاعتماد، فإنه يلغى بقوة القانون، وبالتالي لا تستطيع الجهة الإدارية المختصة أن تستخدم الاعتماد

¹ - يسمى في القانون الفرنسي بخصوصية الاعتماد الموازن (Spécialité du crédit budgétaire) للمزيد من التفاصيل حول هذا الموضوع أنظر: هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2012، ص. 239، أنظر كذلك:

- Laurent RICHER, Droit des contrats administratifs, 8^{ème} éd., lextenso éditions, Paris, 2012, p. 12.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 463.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الممنوح لسنة من أجل إبرام عقود تابعة لسنة أخرى، ويطلق على هذه القاعدة تسمية خصوصية الاعتماد من حيث الزمان¹.

لكن تجدر الإشارة إلى أنه وكإستثناء عن القاعدة السابقة، فإن النفقات الناتجة عن العقود الإدارية، لا يمكن أن تقيد أحيانا بمبدأ سنوية الميزانية، ففي مشاريع الأشغال الكبرى. والاستثمارات الاقتصادية الضخمة، لا يمكن أن تتقيد الإدارة في نطاق العقود التي تهدف إلى تحقيق هذه الأعمال بسنة مالية واحدة. لذلك فقد اعتمد المشرع في فرنسا صيغة تراخيص البرامج، والتي تسمح بالتوفيق بين ديمومة تمويل المشروع، وقواعد سنوية الميزانية².

كما إعتد المشرع الفرنسي بموجب المادة 78 من قانون العقود العامة الصادر بموجب المرسوم رقم 975-2006 المشار إليه سابقا نظاما جديدا في إبرام الصفقات هو نظام ديناميكية الشراء، حيث تتم عمليات الشراء بالكامل للوزام العامة على مستوى إلكتروني، من خلال تقديم عروض مبدئية بعد إعلان منافسة عامة، وتتبع فيها إجراءات طلب العروض المفتوح، ويتم التعاقد مع إحدى المتعاملين، حيث اشترط المشرع أن يكون نظام الشراء الديناميكي لمدة أقصاها أربع سنوات، إلا انه يجوز تجاوز هذه المدة في الحالات الاستثنائية المبررة³.

¹ - هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 241.

² - Voir Les Art. n° 2- 5 de Loi du 10 août 1922, relative à l'organisation du contrôle des dépenses engagées, J.O.R.F. n° 0219, du 14 août 1922.

³ - Art. n° 78 « I.-1° Un système d'acquisition dynamique est une procédure entièrement électronique de passation de marché public, pour des fournitures et services courants, par lequel le pouvoir adjudicateur attribue, après mise en concurrence, un ou plusieurs marchés à l'un des opérateurs préalablement sélectionnés sur la base d'une offre indicative.

Le système d'acquisition dynamique est créé pour une durée maximale de quatre ans, sauf dans des cas exceptionnels dûment justifiés.

Pour mettre en place un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur suit toutes les phases de l'appel d'offres ouvert.

2° Aux fins de la mise en place d'un système d'acquisition dynamique, le pouvoir adjudicateur:

a) Publie un avis d'appel public à la concurrence précisant qu'il s'agit d'un système d'acquisition dynamique et indiquant les critères qui seront appliqués pour la sélection des titulaires des marchés conclus dans le cadre de ce système ;

b) Précise, dans les documents de la consultation, la nature des achats envisagés dans le cadre de ce système, ainsi que toutes les informations nécessaires concernant le système d'acquisition, l'équipement électronique utilisé et les modalités techniques de connexion ;

وهذا ماذهب إليه المشرع الجزائري من خلال المادة 32 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرافق العامة، والتي نصت على إمكانية إبرام

c) Offre par voie électronique, dès la publication de l'avis et jusqu'à expiration du système, un accès libre, direct et complet aux documents de la consultation et indique dans l'avis l'adresse internet à laquelle ces documents peuvent être consultés.

3° Le système est ouvert pendant toute sa durée à tous les opérateurs économiques satisfaisant aux critères de sélection et ayant présenté une offre indicative conforme aux documents de la consultation et aux documents complémentaires éventuels. Les offres indicatives peuvent être améliorées à tout moment à condition qu'elles demeurent conformes aux documents de la consultation.

Le pouvoir adjudicateur procède à l'évaluation des candidatures et des offres indicatives dans un délai maximum de quinze jours à compter de leur présentation. Il peut prolonger cette période d'évaluation pour autant qu'il n'engage, entre-temps, aucune procédure de passation de marché dans le cadre du système d'acquisition dynamique susceptible d'intéresser les candidats évalués. Le pouvoir adjudicateur informe sans délai les opérateurs de leur admission dans le système d'acquisition dynamique ou du rejet de leur candidature ou de leur offre indicative.

Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à ce système de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence.

II.-Les marchés passés dans le cadre d'un système d'acquisition dynamique, dits marchés spécifiques, font l'objet d'une mise en concurrence.

1° Avant de procéder à cette mise en concurrence le pouvoir adjudicateur publie un avis de marché simplifié conforme au règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la publication d'avis en matière de marchés publics, invitant tous les opérateurs économiques, qui n'auraient pas déjà présenté une offre indicative dans le cadre de la mise en place du système d'acquisition dynamique, à présenter une offre indicative dans un délai qui ne peut être inférieur à quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis simplifié. Le pouvoir adjudicateur ne procède à la mise en concurrence qu'après avoir achevé l'évaluation de toutes les offres indicatives présentées dans ce délai.

2° Le pouvoir adjudicateur invite ensuite tous les candidats admis dans le système à présenter une offre définitive pour chaque marché spécifique à passer dans le cadre du système. A cette fin, il fixe un délai suffisant pour la présentation des offres.

3° L'offre économiquement la plus avantageuse est choisie, sur la base des critères d'attribution énoncés dans l'avis d'appel public à la concurrence publié lors de la mise en place du système d'acquisition dynamique. Ce choix est effectué par la commission d'appel d'offres pour les collectivités territoriales. Ces critères peuvent, le cas échéant, être précisés dans l'invitation mentionnée au 2°.

Si le candidat dont l'offre a été retenue ne peut produire les attestations et certificats mentionnés aux I et II de l'article 46, son offre est rejetée et il est procédé conformément au III du même article.

Lorsque le candidat dont l'offre a été retenue produit les attestations et certificats mentionnés à l'alinéa précédent, les candidats dont l'offre n'a pas été retenue sont informés du rejet de celle-ci conformément au I de l'article 80.

Ces marchés sont notifiés et un avis d'attribution est publié.

Aucuns frais de dossier ne peuvent être facturés aux opérateurs économiques. ».

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

المصلحة المتعاقدة لعقود برامج، حيث تكتسي هذه العقود شكل اتفاقية سنوية أو متعددة السنوات، يمكن أن تتداخل في سنتين ماليتين أو أكثر، ولا يمكن أن تتجاوز عقود البرنامج مدة 5 سنوات¹.

وفي مصر لا تختلف القواعد القانونية الخاصة بالإعتماد المالي في مجال العقود الإدارية عما هو متبع في فرنسا، حيث أوجب المشرع المصري على الجهات الإدارية أن يكون تعاقدتها في حدود الاعتمادات المالية المتاحة بميزانيتها، وكان ذلك بموجب المادة 11 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

وقد عالج في هذا الصدد القانون رقم 127 لسنة 1981 بشأن المحاسبة الحكومية مسألة الترخيص المالي الخاص بتعاقد الجهات الإدارية، حيث ألزمت المادة 3/8 منه الجهات الإدارية قبل إبرام أي عقد أو اتفاق مالي الحصول على إقرار كتابي من المسؤولين عن نظام الارتباطات بسماع البند المختص الجائز الخصم عليه قانونا بقيمة هذا الارتباط، و قد نصت المادة 6 من اللائحة التنفيذية للقانون نفسه، بأنه " لا يجوز الأمر بالارتباط أو التعاقد إلا في حدود الاعتمادات الخاصة للجهة الإدارية في ذات الأغراض التي يخصص لها كل بند من بنود الموازنة العامة"².

وتكتمل للأحكام السابقة الخاصة بالإدارة المالية للعقود الإدارية الواردة في قانون المحاسبة الحكومية لسنة 1981 واللائحة التنفيذية له، جاءت المادة 15 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا، وحظرت التعاقد بغرض استنفاد الاعتمادات المالية، كما حظرت التعاقد في الشهر الأخير من السنة المالية، إلا في الحالات الاستثنائية التي تقتضيها ضرورة العمل، وبموافقة السلطة المختصة. وهذه المادة مهمة جدا خصوصا في شقها الأول الذي يمنع التعاقد بغرض استنفاد الاعتمادات المالية، إذ أن هذا النمط من التعاقد قد يقود الجهة الإدارية إلى التعاقد بعشوائية وبعيدا عن المصلحة العامة، ووفق أسس و كفاءات لا تهدف إلى جودة المنتج و قيمته السعرية، بقدر ما تهدف إلى تسريع التعاقد للوصول إلى صرف ما تبقى من اعتمادات في السنة المالية.

¹ - أنظر المادة 33 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

² - اللائحة التنفيذية الصادرة بقرار وزير المالية رقم 181 لسنة 1982.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وبالرجوع إلى الجزائر فإن الأمر لا يختلف كثيرا عما ذكرناه بخصوص الإدارة المالية للعقود في كل من فرنسا ومصر، حيث أن الصفة العمومية في الجزائر على اختلاف طبيعتها، أشغال أو اقتناء لوازم أو خدمات أو دراسات، فهي تحتاج إلى غلاف مالي تصبه الإدارة في ذمة المتعاقد معها، وهذا ما يجعلها تتبع جملة من الإجراءات التحضيرية من أجل الحصول على وعاء مالي عادة ما يرصد على حساب الاعتماد المالي للدولة، وفي مرات أخرى يقيد على حساب الإدارة المعنية¹، وذلك على الشكل التالي:

1- ميزانية الدولة: وتصدر بموجب قانون المالية لكل سنة، والاعتماد المالي يتم عن طريق مقرر تسجيل أو تشخيص العملية كما يلي:

- **برامج القطاعات المركزية:** وتخص تجهيزات الإدارات المركزية، وتجهيزات المؤسسات العمومية ذات الطابع الإداري، وتجهيزات المؤسسات التي تتمتع بالاستقلال المالي، وتجهيزات الإدارات المتخصصة²، حيث أنه وبعد المصادقة على قانون الميزانية في الدولة، يبلغ وزير المالية برامج القطاعات المختلفة عن طريق قرار يبين فيه رخصة البرنامج موزعة على فصول، على أن يرفق بهذا القرار قائمة المشاريع إلى وزراء القطاعات المعنية ومسؤولي المؤسسات ذات الاستقلال المالي والإدارات المتخصصة، كما يبلغهم تكلفة بتصحيحات البرامج الجاري إنجازها، ليقوم الوزراء القطاعات بتبليغ الأمرين بالصرف الموضوعين تحت وصايتهم بالمحتوى المادي الملحق بمقررات هذه البرامج.

- **برامج القطاعات غير الممركزة:** وهي برامج التجهيز المسجلة لصالح الوالي وفق قطاعات فرعية مقسمة إلى فصول وبنود، بشرط بلوغها الحد الذي يسمح بانطلاق إنجاز مشاريعها خلال السنة المالية الجارية³، حيث يقوم وزير المالية بتبليغ قرارات رخص البرامج لكل ولاية، ليباشر الوالي تسجيل العمليات بمقرر يبلغ للمصالح المعنية حسب كل قطاع فرعي من قائمة برنامج التجهيز السنوي المعتمد لدى الحكومة.

- **مخطط التنمية المحلية:** وهو عبارة عن برنامج يعد من طرف مصالح الولاية المختصة (مديرية التخطيط و التهيئة العمرانية)، ويوزع في شكل أبواب على البلديات الموجودة

¹ - عمار بوضياف، المرجع السابق، ص. 141.

² - خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 90.

³ - خرشي النوي، نفس المرجع، ص. 91.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

بالولاية. على أن تبلغ الاعتمادات المالية الخاصة بمخططات التنمية البلديات بقرار صادر عن وزير المالية بعد تشاور مع الوزير المكلف بالجماعات المحلية، إلى الوالي الذي يقوم باعتباره الأمر بالصرف في الولاية بتوزيع هذه الاعتمادات حسب الفصول على البلديات، ويبلغها لرئيس البلدية كونه صاحب مشروع، والقابض البلدي محاسبا لهذا المشروع. وهذا كله تحت رقابة ومتابعة من طرف مديرية التخطيط على مستوى الولاية¹.

2- ميزانية الولاية و البلدية: تسجل فيها المشاريع التي تم اقرارها لأول مرة باعتماداتها المالية الإجمالية، ليتم كل سنة تسديد ما تم إنجازه من المشروع، ويعاد تسجيل المشروع كل سنة ضمن الميزانية باعتمادات الأموال المتبقية للمشروع إلى الانتهاء منه.

وبناء على ما تقدم، يتعين على الإدارة قبل أن تتعاقد أن تتأكد من وجود الاعتماد المالي للإنفاق على متطلبات العقد، وهذا ما عجل في ظهور تساؤل حول ماهو الأثر القانوني الذي يترتب على مخالفة الإدارة لقيود الإعتماد المالي؟ أي مامدى صحة العقود التي تبرمها جهة الإدارة من غير أن يتوافر لديهما الإعتماد المالي؟

من المسلم به في فرنسا هو استقلال قواعد القانون المالي عن قواعد القانون الإداري رغم الصلة الوثيقة بينهما، وبالتالي فإن مخالفة قواعد القانون المالي لا تنتج أثرها إلا ضمن القانون المالي وحده ولا تمتد لتشمل القانون الإداري²، وبناء إلى ذلك يبقى العقد الإداري المبرم من طرف الإدارة بالرغم من مخالفة قيد الإعتماد المالي صحيحا و منتجا لجميع آثاره القانونية. وقد ذهب القضاء الإداري الفرنسي إلى تبنى نتيجتين هامتين³ بخصوص هذا الإشكال هما:

النتيجة الأولى: أن مخالفة الإدارة للقواعد الخاصة بالإعتماد المالي لا يترتب عليه بطلان التصرف الإداري (العقد الإداري)، وبالتالي فإنه إذا تعاقدت الإدارة دون وجود اعتماد

¹ - خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 94.

² - Georges VEDEL, Pierre DELVOLVE, o p. cit., p. 345.

أنظر كذلك محمد عبد الله حمود، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصات، دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتي و البحريني، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة البحرين، المجلد الثانيين العدد الأول، 3 يناير 2005، ص. 75. ومحمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات و أحكام القضاء الإداري المغربي، ط. 3، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط-المغرب، 2011، ص. 59-58.

³ - C. E., 1 / 4 SSR, du 30 avril 1997, 180838 180839 180867, recueil Lebon, p. 31.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

أو تجاوزت حدود الاعتماد المالي، فإن العقد الإداري يكون صحيحا وملزما لجهة الإدارة في مواجهة الأفراد.

وهذا ما قضى به مجلس الدولة الفرنسي، بوجوب وفاء الإدارة المتعاقدة بالتزاماتها التعاقدية، ولا يجوز لها التكرار لذلك بحجة مخالفة القواعد المتعلقة بالإعتمادات المالية¹، ولكن في المقابل لا يستطيع المتعاقد مع الإدارة إجبارها على الوفاء بالتزاماتها التعاقدية في حالة عدم توافر الإعتمادات المالية، إلا بعد توافر تلك المبالغ بالطرق القانونية.

وقد ذهب القضاء الإداري المصري إلى نفس ما استقر عليه القضاء الإداري الفرنسي في هذا الشأن، فقد قررت المحكمة الإدارية العليا² بأنه: ...فالثابت في فقه القانون الإداري أن العقد الذي تبرمه الإدارة مع الغير، كعقد من عقود الأشغال العامة أو التوريد مثلا، ينعقد صحيحا، و ينتج آثاره حتى ولو لم يكن البرلمان قد اعتمد المال اللازم لهذه الأشغال أو حتى لو تجاوزت الإدارة حدود الاعتماد أو خالفت الغرض المقصود منه أو لو فات الوقت المحدد لاستخدامه، فمثل هذه المخالفات، لو وجدت من جانب الإدارة، لا تمس صحة العقد ولا نفاذه، وإنما تستوجب المسؤولية السياسية، و علة ذلك ظاهرة، و هي أن هذه العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة مع الغير هي روابط فردية ذاتية، و ليست تنظيمية عامة، و يجب من ناحية حماية هذا الغير، و من ناحية أخرى عدم زعزعة الثقة في الإدارة، فليس في مقدور الفرد الذي يتعاقد معها أن يعرف مقدما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا كان يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، و ما إذا كان قد صدر اعتماد أو لم يصدر، وما إذا يسمح بإبرام العقد أو لا يسمح، و ما إذا كان العقد في حدود الغرض المخصص له الاعتماد أو ليس في حدود

¹ حكم مجلس الدولة الفرنسي الصادر في 25 نوفمبر 1931، في قضية "dame Boudoin" مشار إليه من طرف سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 320. أنظر كذلك:

- C. E., 1 / 4 SSR, du 12 juin 1998, 183528 183571 183572 183584 183587, recueil Lebon, p. 32.
- C. E., 1 / 4 SSR, du 28 juillet 1999, 202606 203438 203487 203541 203589, recueil Lebon, p. 33.
- C. E., 1 / 4 SSR, du 10 novembre 1999, 203779 204071 204188 204266 204271, recueil Lebon, p. 34.

² حكم المحكمة الإدارية العليا الصادر في 11 فبراير 1956، مجموعة أحكام المحكمة الإدارية العليا، السنة الأولى ص. 698 مذكورة عند كل من: سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 321، وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ج. 1، الناشر المتحدون، إيجيبب للإصدارات والبرمجيات القانونية، مصر، د.س.ن، ص.27.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الغرض، فكل أولئك من الدقائق التي يتعذر على الفرد العادي بل الحريص، التعرف عليها، ولو جاز جعل صحة العقود الإدارية أو نفاذها رهنا بذلك لما جازف أحد بالتعاقد مع الإدارة، ولتعطل سير المرافق العامة...".

النتيجة الثانية: التي تترتب على انفصال قواعد القانون الإداري عن قواعد القانون المالي، أن وجود الاعتماد المالي اللازم للتعاقد في الحالات التي يشترط فيها الحصول على الترخيص المالي للتعاقد، لا يلزم الإدارة بالتعاقد، ذلك أن الإدارة المتعاقدة لها سلطة العدول عن تنفيذ العقد في كل حالة تجد فيها أن المصلحة العامة تقتضي ذلك، فتوافر الاعتماد المالي هو مجرد إذن غير ملزم بالصرف¹.

وتأسيساً على ما سبق فإن وجود الاعتماد المالي بحد ذاته لا يترتب التزاماً على الإدارة بالتعاقد، وإنما يقوم هذا الالتزام عندما تعبر الإدارة عن إرادتها باستخدام الاعتماد في تحقيق الغرض الذي وجد من أجله، وهذه هي القاعدة العامة ما لم يوجد نص قانوني مخالف، وما لم تكن الهيئة هيئة محلية ملزمة بقرارات الوصاية، إذ يجوز لبعض السلطات صاحبة الوصاية الحل محل السلطات اللامركزية إذ قصرت في القيام ببعض تصرفاتها.

أما عن أثر الوسائل الإلكترونية على الإدارة المالية للعقد الإداري، فلا بد أن نقندي بما ذهبت إليه بعض الدول المتطورة في هذا المجال²، حيث تمت مكنية الميزانية العامة، عن طريق إعداد الميزانية وعمليات تحويل الحصص المخصصة لكل القطاعات من حسابات وزارة المالية في البنك المركزي، إلى حسابات مختلف الوزارات والجهات الإدارية العامة. كما تم ربط الوزارات والجهات الإدارية العامة ببعضها البعض عن طريق شبكة إلكترونية داخلية تسهلاً لمعرفة جهة الإدارة معرفة مدى توافر الإعتماد المالي من عدمه بمجرد صبه في حسابها. كما يمكن هذا النظام جهات الرقابة من مراقبة جهة الإدارة أثناء طرح الصفقات، والتأكد من توافر الإعتماد المالي من عدمه، وفي حالة الطرح بدون توافر الإعتماد المالي يتم تنبيه الجهة الإدارية المتعاقدة من قبل وزارة المالية والجهات الرقابية مما يؤدي إلى علاج المشكلة قبل إبرام العقد.

¹ - شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013، ص. 158.
² - هناك العديد من الدول التي تعتمد على نظام مكنية الميزانية العامة كالسويد، والإمارات العربية المتحدة، ومؤخر الجمهورية العربية المصرية حيث تم تبني مشروع مكنية الموازنة العامة في 10/06/2009.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الفرع الثاني: الإذن بالتعاقد في بعض الصفقات

يشترط المشرع في كل من فرنسا، ومصر، والجزائر، وجوب حصول الإدارة على إذن بالتعاقد من جهات معينة كأهم قيد لازم يكون أهلية جهة الإدارة في التعاقد قبل الشروع في القيام بإجراءات التعاقد.

ويختلف الإذن بالتعاقد عن شرط وجود الاعتماد المالي السابق دراسته، حيث أنه يعتبر شرطا من شروط صحة العقد¹، بينما لا يعد الاعتماد المالي شرطا لسلامة العقد. ويعرف الإذن في مجال العقود الإدارية بأنه اشتراط المشرع قبل إبرام بعض العقود الإدارية ضرورة حصول جهة الإدارة الراغبة في التعاقد على ترخيص بالتعاقد من الجهة المختصة المحددة قانونا². وفي هذه الحالة لا تكون الإدارة مستقلة في إرادتها في إبرام العقود، كون أن القانون ألزمها باستئذان سلطة أخرى قبل بدء إجراءات التعاقد، وهو شرط لازم لصحة الرابطة التعاقدية.

ونشير إلى أن الإذن بالتعاقد يأخذ صورا متعددة، فقد يصدر من البرلمان وهي أقوى صور للإذن³، أو يأخذ صورة قرار من مجلس الوزراء، أو من الوزير المختص، أو لجان مختصة، أو من أي جهة أخرى فالحكم واحد وفي جميع الحالات.

¹ - محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري - حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن، ص. 68.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-الآثار-الإنقضاء)، ط. 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة-مصر، 2008 ص. 94.

³ - نظرا لأهمية بعض العقود الإدارية التي قد تتصل بالمصلحة العليا للبلاد أو تمس أمن الدولة أو يترتب عليها التزامات تستمر مدة طويلة من الزمن، فإن المؤسس الدستوري يطلب لإبرام هذه العقود موافقة البرلمان. ومن أهم هذه العقود عقد القرض العام، و عقود الالتزام والثروات الطبيعية، وهذا الوضع ساري في كل من فرنسا ومصر مع بعض الاختلاف.

ففي فرنسا بالنسبة لعقود القرض العام فهي تخضع لقاعدة قديمة تتمثل في كونها تستلزم موافقة البرلمان، فالمادة 81 من القانون الصادر في 31/12/1961 كانت تستلزم صدور قانون من البرلمان بالموافقة على إبرام هذه العقود، ثم أصبح الاختصاص التشريعي لعقود القرض العام حاليا ذا أساس دستوري، حيث تنص المادة 34 من دستور سنة 1958 الفرنسي على أن القوانين المالية تحدد إيرادات الدولة وأوجه إنفاقها، كما تنص المادة 15 من الأمر الصادر في 02/01/1959 في شأن القوانين المالية على أن عقود القرض العام تبرم بناء على الموافقة البرلمانية التي تصدر سنويا بالقوانين المالية.

كما أن المادة 124 من مرسوم 1962/12/29 تستلزم موافقة البرلمان على عقود القرض العام، أما فيما يتعلق ببعض عقود الامتياز ينص القانون الصادر في 16/10/1919 بخصوص استخدام الطاقة الهيدروجينية المعدل بمرسوم القانون الصادر في 17/06/1938، وكذلك بالمرسوم رقم 59 لسنة 1960 الصادر في 03/01/1960، وبالقانون رقم 531 لسنة 80 لصادر في 15/07/1980 ينص في مادته الثالثة على صدور قانون بالموافقة على الامتياز في مشروعات الطاقة المتولدة عن سقوط المياه إذا تجاوزت 100.000 كيلو وات سنويا.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي الحالة التي يستلزم المشرع ضرورة موافقة جهة إدارية أعلى قبل إبرام العقد، فإن الهدف من ذلك هو تحقيق رقابة ذاتية لجهة الإدارة، بحيث تراقب الجهة الأعلى ما دونها من الجهات الإدارية حينما تلجأ هذه الأخيرة إلى إبرام عقودها.

وفي فرنسا إستلزم المشرع في بعض العقود، وفي بعض الحالات صدور إذن من السلطة الإدارية بدلا من السلطة التشريعية، فعملا بنص المادة 77 من الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015 المتعلق بالعقود العامة¹، والتي أحالت إليها المادة 155 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، فإنه لا بد للدولة ومؤسساتها العامة قبل بدء إجراءات إبرام العقود، الحصول على ترخيص من السلطات الإدارية المختصة، وذلك بموجب شروط تحددها اللوائح²، بالنسبة لعقود الدولة يأذن وزراء المالية والإقتصاد ببدء الإجراءات، أما بالنسبة لعقود الهيئات العمومية الهيئات الإدارية التداولية هي من تقرر بدء الإجراءات³.

وفي هذا الصدد ذهب بعض الفقه الفرنسي إلى أن عقود امتياز المرافق العامة الوطنية تستلزم دائما موافقة البرلمان لأهمية الاستغلال المالي، إذا كان يترتب على الامتياز إنشاء مرفق عام جديد أو منح الملترم احتكار فإنه في الحالتين يتطلب صدور قانون. أنظر: - Laurent RICHER, o p. cit., p. 250.

أما في مصر فقد إستلزمّت الدساتير المصرية المتعاقبة ابتداء من دستور سنة 1923، ومرورا بدستور سنة 2014، وصولا إلى دستور 2019، ضرورة موافقة البرلمان على بعض العقود الهامة قبل إبرامها، فقد نص دستور سنة 1923 على عدم جواز عقد قرض ولا تعهد يترتب عليه إنفاق مبلغ من الخزانة سنة أو سنوات مقبلة إلا بموافقة البرلمان الذي من الضروري موافقته على عقود امتياز المرافق العامة واستغلال موارد الثروة. انظر المادة 137 من الدستور المصري لسنة 1923.

نفس الشيء ذهب إليه دستور سنة 2014، حيث جاء في المادة 3/32 منه أنه " لا يجوز التصرف في أملاك الدولة العامة، ويكون منح حق استغلال الموارد الطبيعية والتزام المرافق العامة بقانون...".

كما نصت المادة 127 منه على أنه " لا يجوز للسلطة التنفيذية الإقتراض، الحصول على تمويل، أو الارتباط بمشروع غير مدرج في الموازنة العامة المعتمدة يترتب عليه إنفاق مبالغ من الخزانة العامة للدولة في لمدة مقبلة إلا بموافقة مجلس النواب".

وبإضافة إلى ذلك، نجد المادة 10 من اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات و المزايدات رقم 89 لسنة 1998 تنص على أنه "يجب على الجهة الإدارية قبل طرح العملية للتعاقد الحصول على الموافقات و التراخيص اللازمة ذات الصلة بموضوع التعاقد من الجهات المعنية وفقا للقوانين و القرارات التي تقضي بذلك"، وبالتالي فإن وجود تصريح قانوني بالتعاقد له سند دستوري وقانوني في مصر. أما بالنسبة للجزائر وباستقراء النصوص القانونية فلا نجد أي نص سواء في الدستور أو في التشريع يحدد العقود التي تتطلب موافقة البرلمان.

¹ - Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F. n°0169 du 24 juillet 2015.

² - Art. n° 77/ 1 " I. - Pour l'Etat et ses établissements publics, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat par l'acheteur est soumis à l'autorisation des autorités administratives compétentes dans des conditions fixées par voie réglementaire...".

³ - Art. n° 155 " Pour les projets de l'Etat, les ministres chargés du budget et de l'économie autorisent, en application de l'article 77 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, le lancement de la procédure de passation du marché de partenariat. Leur accord est réputé

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

كما نصت المادة 156 من المرسوم رقم 2016-360 على عدم إمكانية توقع عقد شراكة مع الدولة إلا بعد موافقة الوزراء المكلفين بالمالية والإقتصاد، كما لا يمكن توقيع أي عقد شراكة مع أي مؤسسة عمومية إلا بعد موافقة الوزراء المكلفين بالمالية والإقتصاد ووزير القطاع المعني¹.

أما في مصر فهناك العديد من المواد التي كرست شرط الإذن أو الموافقة المسبقة² التي تعد مظهرا من مظاهر خضوع الهيئات اللامركزية لرقابة السلطة المركزية. فقد نصت المادة 14 من قانون الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1973 المعدل بالقانون رقم 50 لسنة 1981 في

acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la date de réception de l'évaluation du mode de réalisation du projet et de l'étude de soutenabilité budgétaire ainsi que des avis mentionnés aux articles 153 et 154 ou, lorsqu'ils sont tacites, à compter de la date à laquelle ceux-ci sont réputés acquis.

Pour les projets des établissements publics de l'Etat, l'évaluation et l'étude préalables et les avis mentionnés aux articles 153 et 154 sont présentés à l'organe délibérant, qui se prononce sur le principe du recours à un marché de partenariat.

Pour les projets des acheteurs non autorisés mentionnés à l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, l'autorisation préalable au lancement de la procédure de passation est donnée par les ministres chargés du budget et de l'économie."

¹- Art. n° 156 " Un marché de partenariat ne peut être signé par l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget et de l'économie. Leur accord est réputé acquis à défaut de réponse expresse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

II. - Un marché de partenariat ne peut être signé pour un établissement public de l'Etat qu'après accord des ministres chargés du budget, de l'économie et du ministre de tutelle. L'accord de chacun des ministres est réputé acquis à défaut de réponse dans un délai d'un mois à compter de la réception du projet de marché de partenariat.

III. - Lorsque la procédure de passation d'un marché de partenariat a été lancée pour le compte d'un acheteur non autorisé mentionné à l'article 71 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, ce marché ne peut être signé qu'après accord exprès des ministres chargés du budget et de l'économie.

IV. - Préalablement à l'autorisation prévue au II de l'article 78 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, la collectivité territoriale ou l'établissement public local concerné peut solliciter l'avis de l'organisme expert mentionné à l'article 153 sur le projet de marché de partenariat.

Lorsqu'il est saisi, l'organisme expert émet un avis dans un délai de six semaines. A défaut, l'avis est réputé rendu.

Dans le cadre de cette saisine, l'organisme expert peut solliciter l'avis des services du ministre chargé du budget sur la soutenabilité budgétaire du contrat "

²- أنظر المادة 16 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018، المواد 63 و64 و71 و74 و76 من القانون رقم 182 لسنة 2018.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

فقرتها الثانية على أنه " مع عدم الإخلال بأحكام القوانين الخاصة بتمليك الأجانب للعقارات، يجوز للمجلس بعد موافقة رئيس مجلس الوزراء، التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار إسمي أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية في حدود خمسين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة لغرض ذي نفع عام...، ويجب موافقة مجلس الوزراء فيما يجاوز ذلك..."

ووفقا للمادة 50 من نفس القانون فإنه " لا يجوز للمجلس الشعبي المحلي للمدينة التصرف بالمجان أو التأجير بإيجار اسمي أو أقل من أجر المثل لأحد الأشخاص الاعتبارية الخاصة أو لجهة أجنبية إلا لغرض ذي نفع عام وبموافقة الوزير المختص بالإدارة المحلية إذا كان ذلك في حدود عشرين ألف جنيه في السنة المالية الواحدة..."

أما بالنسبة للجزائر فلا يختلف الأمر كثيرا عما هو موجود في مصر فموافقة الجهات الإدارية العليا على التعاقد مشروطة في كثير من العقود الإدارية.

ففي قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام الصادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، ربط المشرع لجوء المصلحة المتعاقدة إلى إبرام صفقاتها بالطريقة الاستثنائية المتمثلة في التراضي البسيط بالحصول على الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء أو أثناء اجتماع الحكومة في حالتين هما:

- عندما يتعلق الأمر بمشروع ذي أولوية و ذي أهمية وطنية يكتسي طابعا استعجاليا...، وفي هذه الحالة، يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية لإبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء، إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 د.ج) وإلى الموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر.

- عندما يتعلق الأمر بترقية الإنتاج الوطني و/ أو الأداة الوطنية للإنتاج، ففي هذه الحالة يجب أن يخضع اللجوء إلى هذه الطريقة الاستثنائية في إبرام الصفقات إلى الموافقة المسبقة من مجلس الوزراء إذا كان مبلغ الصفقة يساوي أو يفوق عشرة ملايين دينار (10.000.000.000 د.ج) و للموافقة المسبقة أثناء اجتماع الحكومة إذا كان مبلغ الصفقة يقل عن المبلغ سالف الذكر¹.

¹ - أنظر المادة 49 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

كما تناول قانون الصفقات العمومية الموافقة المسبقة المتمثلة في قرارات لجان الصفقات، وهذا لكون هذه اللجان من الهيئات التي تمارس الرقابة الخارجية على الصفقات التي تبرمها أجهزة بهدف التحقق من مطابقتها للتشريع والتنظيم المعمول بهما، وذلك قبل الشروع في تنفيذها¹.

وحتى تقوم هذه اللجان بوظيفتها في مجال الرقابة السابقة على التنفيذ بكيفية مضبوطة وكاملة، ألزم المشرع المصلحة المتعاقدة بأن تبلغ أعضاء لجنة الصفقات بمذكرة تحليلية وتقرير تقديمي يشملان العناصر الأساسية عن كل مشروع صفقة في أجل لا يقل عن ثمانية (08) أيام قبل انعقاد اجتماع اللجنة²، باعتبار أن لجان الصفقات هي مركز اتخاذ القرار فيما يخص رقابة الصفقات التي تدخل ضمن اختصاصها، فهي التي تمنح الموافقة المسبقة المتمثلة في التأشيرة التي يتوقف إبرام أي صفقة على وجودها، لذا فإن قانون الصفقات العمومية فرض إجبارية التأشيرة بالنسبة لكل مصلحة متعاقدة، ويطلبها كل مراقب مالي أو محاسب المكلف³.

ومع أن لجان الصفقات لها السلطة التقديرية في منح التأشيرة أو رفضها، فإن قراراتها القاضية برفض التأشيرة تنقسم من حيث قوتها الإلزامية، إلى قرارات لا يمكن تجاوزها إطلاقاً وقرارات يمكن تجاوزها عند توفر الأسباب المبررة لذلك⁴.

فالقرارات التي لا يمكن تجاوزها إطلاقاً من قبل المصلحة المتعاقدة، هي قرارات رفض التأشيرة المسببة بعدم مطابقة الصفقة للأحكام التشريعية. أما القرارات التي يمكن تجاوزها فهي القرارات القاضية برفض التأشيرة المسببة بعدم مطابقة الصفقة للأحكام التنظيمية على أن يكون تجاوزها بقرارات مسببة من الوزير المعني، أو المسؤول الهيئة الوطنية المستقلة المعني، أو الوالي المختص، أو رئيس المجلس الشعبي البلدي، كل في حدود اختصاصه، وذلك بناء على تقرير يقدم من المصلحة المتعاقدة، على أن تسلم نسخة من قرار التجاوز في جميع الحالات إلى الوزير المكلف بالمالية و لجنة الصفقات المعنية و مجلس المحاسبة⁵.

¹ - المادة 156 والمادة 163 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

² - المادة 164 والمادة 191 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

³ - المادة 195 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁴ - أنظر المادة 202 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁵ - المادة 200 والمادة 201 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وفي كل الأحوال يتخذ مقرر التجاوز في مدة لا تتجاوز 90 يوما ابتداء من تاريخ تبليغ رفض التأشيرة¹.

وتأسيسا على ما سبق يمكن القول أن ما يعاب على قانون الصفقات العمومية أن المادتين 200 و201 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 تسمح بتجاوز قرارات لجان الرقابة في مجال منح التأشيرة صراحة، حيث جاء فيها أنه لا يمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التشريعية، ويمكن اتخاذ مقرر التجاوز في حال رفض التأشيرة المعلل لعدم مطابقة الأحكام التنظيمية.

ومن ثم فالقانون حسب هاتين المادتين يجيز للمسؤولين المذكورين سابقا تجاوز التنظيم ولا يسمح لهم بتجاوز التشريع، مع أنه قد تم مواجهة كل واحد بالأسباب المؤدية لرفض التأشيرة، دون أن ننسى أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 هو في حد ذاته عبارة عن تنظيم وليس تشريع، فما الجدوى من وجوده مادام يمكن تجاوزه؟ وكيف يمكن تجاوزه؟

ولذا كان من الأجدر في قانون الصفقات العمومية إلغاء كل أحكام أو قرار التجاوز بجميع مستوياته واستبدالها بإجراء جديد يتمثل في عرض الأمر بعد صدور مقرر التجاوز على لجنة خاصة أو لجنة الصفقات ذاتها في شكل التماس إعادة النظر أو رقابة القضاء².

وانطلاقا من أهمية الإذن في مجال عقود الإدارة، فإننا نتساءل عن حكم مخالفة الإدارة للأحكام المتعلقة بالحصول على الإذن قبل بدء إجراءات التعاقد؟

يختلف الأمر في حالة إبرام الإدارة للعقد دون الحصول على الإذن بالتعاقد عما هو مقرر بالنسبة لمخالفة أحكام الإعتماد المالي. فوجود الإذن ضروري جدا لقيام الرابطة العقدية، فتعاقد الإدارة دون الحصول عليه يؤدي إلى بطلان العقد بطلانا مطلقا³.

وهذا المسلم به في الفقه الإداري الفرنسي، وذلك نظرا لأن القواعد المتعلقة بالتصريح السابق تتعلق بالنظام العام لقيامها على أسباب جوهرية تتصل بالصالح العام اتصالا وثيقا⁴.

¹ - المادة 2/202 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية والنقوضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

² - عمار بوضياف، شرح تنظيم الصفقات العمومية، المرجع السابق، ص. 307.

³ - جابر جاد نصار، المرجع السابق، ص. 134. سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص. 323. علي محمد عبد المولى، المرجع السابق، ص.

123، عبد العزيز عبد المنعم خليفة، مرجع سابق، ص. 114.

André DE LAUBADERE, Pierre DELVOLVE, Franck MODERNE, Traité des contrats administratifs, T.1, L.G.D.J., Paris, 1983, p. 147 et 482.

⁴ - André DE LAUBADERE, Pierre DELVOLVE, Franck MODERNE, o p. cit., p. 483.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

وهذا ما أخذ به قسم الرأي بمجلس الدولة المصري، حيث جاء في إحدى فتاويه الخاصة بضرورة موافقة البرلمان على العقود التي تتضمن تبرعا من جانب الدولة قوله "...فإذا كانت السلطة التشريعية، وهي سلطة مستقلة عن السلطة التنفيذية لم تعبر عن رأيها، فإن إرادة الدولة حينئذ لا تكون معيبة فحسب، وإنما تكون منعدمة إطلاقا، إذ أن انفراد السلطة التنفيذية الممثلة في مجلس الوزراء بالتعبير عن إرادة الدولة في عقد التبرع، يعتبر منها طغيانا عن السلطة التشريعية يعدم إرادة الدولة ومتى انعدمت الإدارة التي تعتبر العنصر الأساسي في تكوين العقد كان العقد باطلا بطلانا مطلقا في نظر القانون، وإنما هو واقعة مادية بحتة، وبالتالي يسقط هذا العقد مع ما يترتب على ذلك من آثار"¹.

ويترتب على انعدام العقد الذي تبرمه الإدارة دون الحصول على الإذن بالتعاقد عدم إمكانية المتعاقد مع الإدارة التمسك بالعقد في مواجهتها، لأنه معدوم من الناحية القانونية بخلاف الحال في حالة عدم احترام الإدارة لقواعد الاعتماد المالي الذي بالرغم من عدم وجوده يعتبر العقد صحيحا ملزما لأطرافه ومرتبئا لآثاره بين طرفيه.

ولكن هذا لا يعني أن المتعاقد مع الإدارة لا يستطيع الحصول على تعويض إذا لحقه ضرر من جراء تعاقد الإدارة على خلاف المقرر، ومع ذلك فالمسلم به هنا، أنه لا يستطيع أن يرجع على أساس الرابطة التعاقدية²، لأن العقد غير موجود أصلا، ولكنه يستطيع أن يرجع على الإدارة بطلب تعويضه على أساس الخطأ الذي ارتكبه الإدارة بعدم حصولها على الإذن، باعتبار أن ذلك من شأنه إلحاق الضرر المادي أو المعنوي به.

وفي أخير ننوه بأن الإدارة بعد حصولها على التصريح بالتعاقد، لها السلطة التقريرية في إتمام الرابطة التعاقدية أو عدم إتمامها طبقا لما تراه متفقا مع مقتضيات الصالح العام.

الفرع الثالث: الاستشارات السابقة على التعاقد.

قد يفرض المشرع في بعض الأحيان على جهة الإدارة الراغبة في التعاقد إستشارة جهة معينة مسبقا حرصا منه على القيام بإجراءات التعاقد وفق الأطر القانونية، وباعتبار أن هذا

¹ - فتوى قسم الرأي مجتمعاً بمجلس الدولة في 1954/9/22 مجموعة فتاوى المجلس، السنة الثامنة ومنتصف التاسعة ص 226 أشار إليه سليمان محمد الطماوي، المرجع السابق، ص 324، هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 236 - 246.

² - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع سابق، ص. 168.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

مال عام ووجب الحفاظ عليه. ومعنى الاستشارة السابقة على التعاقد، هو الإجراء الذي يستوجب استطلاع رأي جهة إدارية مختلفة عن تلك الجهة المختصة أصلاً باتخاذ القرار، وذلك بقصد تنوير هذه الأخيرة بالكيفيات والأساليب التي تكفل لها حسن ممارستها لسلطتها¹. والغاية من هذا القيد يختلف حسب طبيعة العقد، فقد يكون لتحقيق اعتبارات فنية، أو لتجنب المخاطر القانونية، أو لتمكين جهة الوصاية من ممارسة رقابة سابقة على التصرف².

وقد ألزم القانون في فرنسا السلطة المختصة بإبرام العقد بطلب الرأي الاستشاري من جهات محددة، في العديد من النصوص، فمثلاً أشارت المادة 153 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقاً³، إلى لجنة الخبراء التي نصت عليها المادة 76 من الأمر رقم 2015-899 المشار إليه سابقاً⁴، والتي تتمثل مهمتها في إبداء الرأي بشأن تقييم تنفيذ المشروع خلال فترة 6 أسابيع بعد إحالة التقرير إليه من طرف الوزير المكلف بتنظيم عقود الشراء العامة، بحيث يمتد عملها هذا إلى كل وزارات الدولة.

وكان قانون العقود العامة رقم 2006-975 في فرنسا المشار إليه سابقاً قد أوجب تشكيل اللجنة الاستشارية لشؤون المشتريات العامة، حيث نصت المادة 129 منه على أنه يمكن للجنة الاستشارية لشؤون المشتريات العامة تقديم خدمات المساعدة التي تقدمها الدولة لتطوير عمليات الشراء، ويمكن للجنة تقديم المساعدة إلى الحكومة المحلية بموجب الشروط

¹ - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 286.

² - وفق ما استقر عليه فقه القانون الإداري أن الإستشارة تنقسم إلى ثلاث صور:

- الإستشارة الملزمة من حيث اللجوء إليها، وغير ملزمة من حيث موضوعها

- الإستشارة الملزمة من الناحية الشكلية والموضوعية أي الإدارة ملزمة باستشارة الجهة المحددة قانوناً، وملزمة بما جاء في الإستشارة.

- الإستشارة التلقائية، ففي بعض الأحيان لا يفرض القانون على الإدارة القيام بالإستشارة، ولكن هذا لا يمنعها من القيام بها متى رأت

في ذلك مصلحة عامة.

³ - Art. n° 153 " L'organisme expert mentionné à l'article 76 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, placé auprès du ministre chargé de la réglementation de la commande publique, rend un avis sur l'évaluation du mode de réalisation du projet dans un délai de six semaines suivant sa saisine. A défaut, l'avis est réputé favorable. Les modalités d'organisation et de fonctionnement de cet organisme expert sont précisées par décret."

⁴ - Art. n° 76 " L'évaluation du mode de réalisation du projet est soumise pour avis à un organisme expert créé par voie réglementaire.

L'étude de soutenabilité budgétaire est soumise pour avis au service de l'Etat compétent."

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

نفسها التي وافق عليها الوزير المسؤول عن الاقتصاد، على أن يصدر مرسوماً يحدد تكوين وتنظيم وإجراءات عمل اللجنة¹.

وتجد الإشارة إلى أن اللجان الإستشارية السابقة تقدم آراء غير ملزمة من ناحية الموضوعية، بل الغاية من مهمتها هي مراقبة مشاريع عقود الأشغال والخدمات الشراء التي تبرمها الدولة ومؤسساتها الإدارية العامة، ويتم ذلك في شكل آراء استشارية.، لكن في بعد التعاقدات تكون الآراء الاستشارية ملزمة من حيث الموضوع، مما يجبر الإدارة على الأخذ بمضمونها، ومن أمثلة ذلك مانص عليه قانون أملاك الدولة الفرنسي في المادة 30 منه والخاصة بالإجراءات الواقعة على الدومين الخاص، والتي لا يمكن أن تتم إلا بعد أخذ رأي إدارة أملاك الدولة حول بدلات الإيجار عندما تبلغ الأجرة السنوية قيمة معينة أو تكون مدة الإيجار أكثر من 9 سنوات².

أما في مصر، وبالرجوع إلى التشريعات المصرية المتعلقة بالعقود الإدارية نلاحظ أنها نصت على نوعين من الآراء الإستشارية، منها ماتعتبر وجوبية، وأخرى غير وجوبية. فبالنسبة للإستشارات الوجوبية³ يمكن الإشارة إلى، ما نصت عليه المادة 3 من قرار رئيس الجمهورية رقم 112 لسنة 1982 بشأن استخدام الأجهزة الحكومية والقطاعات العامة

¹- Art. n° 129 " la commission consultative des marchés publics peut fournir aux services de l'Etat une assistance pour l'élaboration ou la passation des marchés. Cette commission peut fournir aux collectivités territoriales la même assistance selon des modalités fixées par arrêté du ministère chargé de l'économie. Un décret précise la composition l'organisation et les modalités de fonctionnement de cette commission... ".
²- أشار إلى ذلك مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص. 291.
³- نصت اللائحة التنفيذية لقانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغى المشار إليهما سابقاً في المادة 139 منها بقولها لا يجوز إضافة أو حذف أو تعديل أي شرط أو مادة في الاشتراطات العامة أو الخاصة التي يتعين إقرارها من الجهات المختصة بمراجعة العقود بمجلس الدولة إلا بعد الرجوع إليها وموافقتها...، ومعنى ذلك أن إدارة مراجعة العقود بمجلس الدولة هي التي توافق بداية على الاشتراطات العامة أو الخاصة بالعقود، والتي لا يجوز للجهة الإدارية تعديلها بالإضافة أو الحذف إلا بعد موافقة إدارة مراجعة العقود بمجلس الدولة. ورغم أن رأي مجلس الدولة في هذه الحالة استشاري، إلا أنه يترتب على عدم عرض العقد للمراجعة أن يصبح العقد مخالفاً للقانون. إلا أن مجلس الدولة انتهى إلى أن إبرام العقد أصبح في هذه الحالة أمراً واقعاً، ولا يسع جهات الإفتاء في هذه الحالة إلا أن تراجع من الناحية القانونية لإبداء ما فيه من ملاحظات على أن تتدارك الجهة المتعاقدة ما أمكن من هذه الملاحظات مع الطرف الآخر في العقد.، أنظر محمد عبد العال السناري، المرجع السابق، ص. 75، وفي ذات المعنى فتوى الجمعية العمومية لتسمي الفتوى والتشريع بمجلس الدولة المصري رقم 443 بتاريخ 2003/06/22، جلسة رقم 2003/04/16، ملف رقم 408/01/54، مجموعة مبادئ الجمعية منذ نشأتها عام 1946 وحتى 2005، المبدأ رقم 462، ص. 1621، وفي المعنى ذاته فتواها رقم 185 بتاريخ 2005/03/07، جلسة 2005/01/26 ملف رقم 415/01/54 المرجع السابق المبدأ رقم 463، ص. 1623، أشار إليها هاني عبد الرحمن إسماعيل، المرجع السابق، ص. 226.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لحسابات الالكترونية، حيث فرضت على جميع الجهات الحكومية والقطاع العام التي ترغب في شراء وتأجير أو استخدام الحسابات الالكترونية، وحزم البرامج الجاهزة اللازمة لها، استشارة الجهاز المركزي للتعبيئة العامة والإحصاء في جميع مراحل الجدوى والتعاقد على الأنظمة المذكورة لتقوم بعد ذلك بعرض النتيجة على الوزير الذي تتبعه الجهة الطالبة لتقرير ما يراه مناسبة في هذا الشأن.

أما عن الاستشارات غير الوجوبية، فمنها ما نصت عليه 17 من القانون رقم 182 لسنة 2018 تحت تسمية طلب المعلومات، حيث أجازت المادة لإدارة التعاقدات أن تصدر طلبا بدون مقابل للحصول على المعلومات أو المقترحات أو المواصفات المستجدة في السوق، بما يمكنها من اتخاذ القرار المناسب لتحديد إحتياجات الجهة الإدارية بدقة أو لإعداد خطة الإحتياجات السنوية، وتقوم السلطة المختصة بتشكيل لجنة تضم الخبرات المطلوبة بحسب طبيعة محل طلب المعلومات، ولها أن تستعين برأي من تراه من أهل الخبرة لموضوع الطلب، ويجب أن يتضمن الطلب بصفة خاصة البيانات التالية:

وقد ثار تساؤل حول مدى إمكانية جهة الإدارة أن تتدارك عدم عرض موضوع العقد على الجهة المحددة قانونا إبداء الرأي مثل مجلس الدولة أو أي هيئة حددها القانون قبل إبرام العقد، وتعرضه عليها بعد إبرام العقد؟. هناك من يرى أنه يمكن للجهة الإدارية أن تخول لمجلس الدولة أو أي جهة حددها القانون لمراجعة العقد من الناحية القانونية لإبداء ملاحظاتها بعد إبرام العقد وتدارك تلك الملاحظات مع الطرف الآخر في العقد، وجانب فقهي آخر اتجه إلى القول ببطان العقد في هذه الحالة. ومن وجهة نظرنا " ننقق مع الجانب الفقهي الذي يرى أنه إذا لم تلتزم الإدارة المتعاقدة بالنص القانوني لوجوب أخذ رأي الجهة المختصة، سواء من الناحية الاقتصادية أو الفنية أو القانونية، فإنه يترتب على ذلك بطلان العقد، ولو أمكن للإدارة المتعاقدة مراجعة رأي الجهة المختصة بعد إبرام العقد لتلافي الأخطاء، لأنه في ذلك تجريد للرأي الاستشاري من دوره المتمثل في تنوير السلطة المختصة بإبرام العقد بكل النقاط الواقعية والقانونية التي تمس هذا العقد قبل الإقدام على اتخاذ قرار إبرامه وفيه إطلاق ليد الإدارة دون قيود، وهذا ما يترتب عليه عدم استقرار الالتزامات التي يولدها العقد الإداري قبل الطرف الآخر، وعدم استقرار المعاملات في تصرفات الإدارة المتعاقدة، ويساند هذا الرأي فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع في مصر التي تقول " أن مراجعة العقد تكون قبل إبرامه، و لا جدوى من مراجعة العقد بواسطة مجلس الدولة بعد إبرام العقد و انقضائه بتمام تنفيذه و أساس ذلك، أن الغرض من استلزام القانون هذه المراجعة هو أن تقف جهة الإدارة على حكم القانون قبل التعهد أو الالتزام، و إذا تعاقدت و التزمت و انقضى العقد بتمام تنفيذه دون مراجعة من مجلس الدولة فلا وجه بعد ذلك لطلب مراجعته".

أنظر في ذات الموضوع فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع رقم 1075 المؤرخة في 1960/12/17 مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية منذ نشأتها عام 1946 و حتى عام 2005، المبدأ 80، ص. 334.

وفي المسألة نفسها قررت الجمعية العمومية لقسمي الفتوى والتشريع بجلسة 1985/06/26 أنه: " ... لما كانت مراجعة العقود بمجلس الدولة إنما أراد بها المشرع مجرد طلب الرأي فيما تجر به الجهة الإدارية من العقود دون أن تكون ملزمة بإتباعه، ولم يقر المشرع هذا الإجراء بجزء ما، و لم يترتب البطلان على مخالفته، و بالتالي لم يجعله ركنا أو شرطا لانعقاد العقد أو صحته، فلا تؤثر هذه المخالفة على صحة العقد و خاصة و قد تعلقت به حقوق الغير المتعاقد مع جهة الإدارة، و هو غير مسؤول عن مخالفتها لأحكام القوانين المنظمة لعملها". فتوى الجمعية العمومية لقسمي الفتوى و التشريع رقم 808 بتاريخ 1985/07/18 جلسة 1986/06/26، ملف رقم 308/06/86، مجموعة المبادئ القانونية التي أقرتها الجمعية منذ نشأتها عام 1946 حتى عام 2005 المبدأ 85 ص 347.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

الغرض من طلب المعلومات،

المعلومات الفنية والمالية والإدارية المطلوبة من مقدم المعلومات

الموعد والمكان المحددين لتلقي الردود،

وتتولي إدارة التعاقدات إستلام وحصر مايرد لها من ردود، وتسليمها للجنة لدراستها، ويجوز للجنة إستضاح ماتراه مع من قام بالرد على طلب المعلومات، وذلك بغرض إستكمال دراستها. ومن بين الإستشارات غير الوجوبية كذلك نجد ما نصت عليه المادة 13 من قانون نظام الإدارة المحلية رقم 43 لسنة 1979 المعدل¹، حيث منحت المجلس الشعبي المحلي للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى في نطاق المحافظة سلطة: " ...

(ب) التصديق أو الاعتراض على القرارات التي تصدر من هذه المجالس في الحدود

التي تقررها اللائحة التنفيذية.

وهو ما أورده المادة 47 من اللائحة التنفيذية للقانون المشار إليه، حيث نصت على

أنه " للمجلس الشعبي المحلي للمحافظة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية الأخرى في نطاق المحافظة، وللمجلس المحلي للمركز بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للمدن والقرى الواقعة في دائرته، وللمجلس الشعبي المحلي للمدينة بالنسبة للمجالس الشعبية المحلية للأحياء، التصديق أو الاعتراض على القرارات الصادرة من تلك المجالس في المجالات الآتية:

- تحديد وإقرار خطة المشاركة الشعبية بالجهود والإمكانات الذاتية في المشروعات المحلية.

- تحديد وإقرار القواعد العامة لإدارة واستخدام ممتلكات الوحدة و التصرف.

- قواعد تنظيم المرافق العامة اقتصاديا و اجتماعيا و عمرانيا.

- اقتراح خطة تنظيم تنمية القرية اقتصاديا و اجتماعيا و عمرانيا.

- اقتراح مشروع الخطة و الموازنة...".

أما في الجزائر فالأمر لا يختلف عما قيل في فرنسا ومصر حيث تتواجد فيها أجهزة

استشارية مركزية وأجهزة إدارية مستقلة.

¹ - المعدل بالقانون رقم 50 لسنة 1981، ج. ر. ج. م.، العدد 26، الصادرة في 25 يونيو 1981.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ونخص بالذكر اللجان الوطنية للصفقات التي عرف تعدادها تطورا عبر القوانين الصفقات العمومية المتلاحقة¹. ليأتي المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام ويفرق بين نوعين من الرقابة، رقابة داخلية تختص بممارستها لجنة تقييم العروض ولجنة فتح الأظرفة، ورقابة خارجية تمارسها لجان تنشأ على مستوى كل مصلحة متعاقدة، تسمى لجنة الصفقات للمصلحة المتعاقدة²، واللجنة الجهوية للصفقات³، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية الوطنية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية ذات الطابع الإداري⁴، واللجنة الولائية للصفقات⁵، واللجنة البلدية للصفقات⁶، ولجنة الصفقات للمؤسسة العمومية المحلية والهيكلي غير الممركز للمؤسسة العمومية الوطنية ذات الطابع الإداري⁷، واللجنة القطاعية للصفقات العمومية على مستوى كل دائرة وزارية⁸.

وإلى جانب ما تمارسه هذه اللجان من رقابة في مجال إبرام الصفقات العمومية، فهي تعتبر جهاز استشاريا مركزيا في مجال إبرام العقود، حيث تتمثل اختصاصاتها الاستشارية في مجال إعداد السياسة العامة لإبرام الصفقات في الحالات التالية:

- تساعد المصالح المتعاقدة في مجال تحضير الصفقات العمومية و إتمام تراتيبيها.
 - تساهم في إعداد تنظيم الصفقات العمومية.
 - تقترح أي إجراء من شأنه أن يحسن ظروف إبرام الصفقات لعمومية.
 - تعد و تقترح نظاما داخليا نموذجيا يحكم عمل لجان الصفقات.
- وفيما يخص الأجهزة الاستشارية التابعة للبلدية فتمثل في اللجان التي يشكلها المجلس الشعبي البلدي من أعضائه، وفي المجلس البلدي نفسه.

¹- ظل قانون الصفقات العمومية لسنة 2002 كانت هناك لجنة وطنية واحدة تتكفل بمراقبة كل أنواع الصفقات. وفي 2008 انبثقت عن هذه اللجنة الوطنية لجنتان وطنيتان، الأولى تتولى رقابة صفقات الأشغال، والثانية ترأب صفقات بقية المجالات. وفي 2010 انبثقت عن اللجنة الوطنية للصفقات ثلاث لجان الأولى لصفقات الأشغال والثانية لصفقات اللوازم، والثالثة لصفقات الدراسات والخدمات، أما المرسوم الرئاسي رقم 23/12 فقد أبقى على اللجان الوطنية سالفة الذكر و أضاف اللجان القطاعية للصفقات الخاصة بالأشغال و اللوازم و الدراسات و الخدمات.

²- أنظر المادة 165 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

³- أنظر المادة 171 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁴- أنظر المادة 172 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁵- أنظر المادة 173 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁶- أنظر المادة 174 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁷- أنظر المادة 175 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

⁸- أنظر المادة 179 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

ويتم تنصيب لجان المجلس الشعبي البلدي عن طريق المداولة من طرف المجلس، وتُسند إليها مهمة دراسة مواضيع معينة، ومن ثم إبداء الرأي فيها لمساعدة المجلس الشعبي البلدي في الإدارة أو الإعداد أو التحضير أو التنفيذ.

وقد قسم قانون البلدية رقم 10/11¹ هذه اللجان إلى لجان دائمة وأخرى خاصة، أما اللجان الدائمة، فهي التي يعهد إليها بدراسة المسائل المتعلقة بالاقتصاد والمالية والاستثمار وحماية البيئة... أما اللجان الخاصة، فهي التي ينشئها المجلس لتولي دراسة موضوع محدد يدخل في مجال اختصاصه².

ولكون هذه اللجان مجرد جهات استشارية وفقا لمبادئ التنظيم الإداري، فإن ما تقدمه من أعمال استشارية غير ملزمة للمجلس حيث بإمكانه العمل بها أو رفضها.

وعلى غرار ما هو سائد في التنظيم البلدي، خول قانون الولاية المجلس الشعبي الولائي تشكيل لجان من بين أعضائه عن طريق مداولة يصادق عليها بالأغلبية أعضاء المجلس الشعبي الولائي، تختص في دراسة و إبداء الرأي في المسائل التي تخص الولاية.

وقد قسم قانون الولاية رقم 12-07³ الذي كان أكثر ضبطا وتنظيما لهذه اللجان إلى دائمة و أخرى خاصة. وأما اللجان الدائمة هي المختصة بدراسة و إبداء الرأي في مسائل الاقتصاد، والمالية، والتنمية المحلية، والتجهيز، والاستشارة، والتشغيل...⁴، أما اللجان الخاصة فهي التي ينشئها المجلس لدراسة موضوع محدد الآجال يدخل في اختصاصات المجلس⁵.

على أن حالات الإستشارة السابقة تكون فيها الإستشارة ملزمة من ناحية القيام بها من طرف الجهة المتعاقدة فقط (ملزمة شكليا)، وبالمقابل هناك حالات يكون فيها استيفاء الاستشارة أمرا واجبا وملزمة من ناحية الموضوعية، ومن أمثلة ذلك ما جاء في المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن قانون الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا، بخصوص لجنة فتح الأظرفة ولجنة تقييم العروض اللتين تعدان آرائهما وملاحظاتها ضرورية

¹ - القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ج.ج.، العدد 37 لسنة 2011.

² - المادة 31 من القانون رقم 11-10 المتضمن قانون البلدية سابق الإشارة إليه.

³ - القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتضمن قانون الولاية، ج.ر.ج.ج.، العدد 12 لسنة 2012.

⁴ - المادة 33 من القانون رقم 12-07 المتضمن قانون الولاية سابق الإشارة إليه.

⁵ - المادة 35 من القانون رقم 12-07 المتضمن قانون الولاية سابق الإشارة إليه.

الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية

لاتخاذ قرار بمنح الصفقة أو الإعلان عن عدم الجدوى، أو إلغائه، أو إلغاء المنح المؤقت، وتقرحه على المصلحة المتعاقدة، فرأيها يعتبر ضرورياً وإن لم تأخذ به المصلحة المتعاقدة¹.

¹ - أنظر المادة 161 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتعلق بالصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام

العقد الإداري الإلكتروني

إشكالات انعقاده

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

مما لا شك فيه أن العقود الإدارية الإلكترونية المبرمة عبر وسائل الاتصال الحديثة لها نفس الأركان التي تتطلبها سائر العقود الأخرى، والتي تتحدد بالرضا والمحل والسبب، ذلك أن هذه العقود لا تختلف في جوهرها عن العقود الإدارية التقليدية، التي لا تخرج كذلك عن إطار القواعد العامة المنظمة لأحكام النظرية العامة للعقد عموماً. غير أنه لا بد من الإقرار بحاجة هذا النوع من العقود في بعض جوانبها إلى قواعد قانونية خاصة لمعالجتها، سواء من ناحية طرق إبرامها أو الإجراءات الواجب إتباعها عند إبرامها. وهذا ماخلصنا إليه من خلال الباب الأول.

وإن كانت العقود الإدارية عامة، والإلكترونية خاصة تتفق مع عقود القانون الخاص في عدة نقاط، فإنه لا يجب إغفال ماتصفه الصفة الإلكترونية على أركان هذا النوع من العقود من حداثة في التعامل، وخصوصية في الإبرام والتنفيذ والإثبات، دونما إهمال نقطة مهمة هي أن أطراف العقد المدني التقليدي والإلكتروني على السواء يتمتعون بحرية كبيرة في التعبير عن إرادتهم، ويخضعون لقاعدة العقد شريعة المتعاقدين. لكن الأمر يختلف بالنسبة للعقود الإدارية التقليدية والإلكترونية التي تيرمها أشخاص القانون العام قصد تسيير مرفق عام، وباستخدام أساليب السلطة العامة. هذه الأخيرة تقيد فيها سلطة الإدارة في التعاقد ضماناً لكفالة مبدئي المساواة والشفافية بين المتقدمين والتعاقد مع أكفأ المتقدمين من الناحية المالية والفنية بناء على أسباب موضوعية لا اعتبارات شخصية¹.

وباعتبار أن العقد الإداري هو تصرف قانوني يحتاج بذاته إلى ما يدل على وجوده كي يمكن التسليم بآثاره في مواجهة أطرافه، ظهرت مسألة في غاية الأهمية بالنسبة لجميع أعمال الإدارة القانونية، هي مسألة الإثبات. ولأن هذه الأخيرة تتميز بحداثتها في نطاق البيئة الإلكترونية، فإن التحدي الأكبر المرتبط بها هو كيفية إثباتها -الأعمال القانونية- نظراً لطبيعتها غير المألوفة وغياب الدعامة الورقية فيها، وتعويضها المستندات والوثائق الإلكترونية لغرض اثبات واقعة التعاقد من عدمها، وإثبات تقصير أي طرف في حال نشوء نزاع بينهما. لذلك فإن بيان الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية شيء مهم في سبيل إعطائها القيمة القانونية الحقيقية في الإثبات خاصة في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني.

وترتيباً على ماسبق سنحاول الخوض في هذه الإشكالات من خلال تقسيم هذا الباب إلى فصلين يتناول الفصل الأول ضوابط إبرام العقد الإداري الإلكتروني، أما الفصل الثاني فسيخصص لدراسة إثبات العقد الإداري الإلكتروني وإشكالات إنعقاده.

¹ - عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، ط. 1، الدار الجامعية، لبنان، بيروت، 1993، ص. 538.

الفصل الأول: ضوابط إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

يستقل المشرع ببيان إجراءات وأساليب إبرام العقود الإدارية من القوانين النازمة لهذا النوع العقود واللوائح التنفيذية التابعة لها، والتي تعد قيودا على حرية الإدارة في مجال إبرام عقودها، وعملية واختيار المتعاقد معها التي تتم غالبا بشكل عملية مركبة، لوجود عدة قيود تقلص من سلطة الإدارة، وتحدد لها الخطوات الواجب اتباعها، والطرق والوسائل التي يتعين استخدامها لإبرام هذا العقد¹. ومرد ذلك هو أن هذه العقود لها دور كبير في تنمية إقتصاد الدولة، باعتبارها وسيلة من وسائل تجسيد فكرة استمرار المرفق العام وإشباع الحاجيات العامة.

على أن غاية المشرع من هذا التنظيم هي حماية المال عام، وتحقيق أكبر وفر مالي للخزينة العامة من جهة، وضمان المحافظة على حقوق الأفراد من تعسف الإدارة من جهة ثانية. وبالنسبة للعقد الإداري الإلكتروني، فإن المبادئ الأساسية التي تحكم إبرام العقد الإداري التقليدي لم تبق بمعزل عن التطورات التكنولوجية الهائلة التي طورت من أساليب وإجراءات التعاقد الإداري، من خلال فتح المجال أمام إمكانية استعمال شبكات الاتصالات الحديثة في العمل الإداري، والقيام بأعمال الإدارة القانونية، وبالتالي تبسيط إجراءات التعاقد، والمساعدة على إبرام العقود الإدارية بشكل يختصر الوقت، ويقلل المصاريف المالية التي في غالب الأحيان تتحملها الخزينة العمومية، جاعلة من العقد الإداري الإلكتروني واقعا لا بد من وضع النظام القانوني لإتمام إبرامه.

وانطلاقا مما سبق، فإن إبرام العقود الإدارية الإلكترونية يمر بمراحل وإجراءات لا نظير لها في مجال عقود القانون الخاص، بل أكثر من ذلك، تتفرد عملية التعاقد الإداري الإلكتروني بأحكام خاصة لا نظير لها في النظرية العامة للعقد الإداري التقليدي. فبعدما كان يعتمد على الوثائق الورقية والكتابة الخطية والتوقيع اليدوي في إبرام العقود الإدارية، ظهرت في عصرنا الحالي وسائل حديثة أهمها الإنترنت، حيث تستخدم في التعبير عن الإرادة وإبرام العقد الإداري، وهو ما طرح تساؤل حول إمكانية استخدام هذه الوسائل التكنولوجية الحديثة في إبرام العقود الإدارية والإثباتها؟. وفيما يلي، وبشيء من التفصيل سنحاول الإجابة عن هذا التساؤل من خلال الوقوف كمرحلة أولى على منظومة إبرام العقد الإداري ومدى استجابتها لمتطلبات التعاقد الإداري الإلكتروني (مبحث أول)، وكمرحلة ثانية سنقوم بتسليط الضوء على إجراءات ومراحل إنعقاد العقد الإداري (مبحث ثاني).

¹ - ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط. 2، سطيف - الجزائر، 2006.

المبحث الأول: منظومة إبرام العقد الإداري ومدى استجابتها لمتطلبات التعاقد الإداري الإلكتروني.

نشير مجدداً إلى أن منظومة العقود العامة أو صفقات العمومية في فرنسا تحكمها عدة مراسيم تكمل بعضها البعض ابتداءً من المرسوم رقم 2001-210، والمعدل بالمرسوم رقم 2004-15 المشار إليهما سابقاً، مروراً بالمرسوم رقم 2006-975 المعدل والمتمم المشار إليه سابقاً، وصولاً إلى المرسوم الأخير رقم 2016-360 (المشار إليه سابقاً)، مع الإشارة إلى أن هذه المراسيم نصت على صدور تنظيمات أخرى تفسر وتوضح تطبيق بعض موادها، كالمرسوم رقم 2002-692، والمرسوم رقم 2001-846 (سابق الإشار إليهما). أما في مصر فينظم ذلك القانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية الصادرة بموجب القرار رقم 692 لسنة 2019 المشار إليهما سابقاً، وفي الجزائر فينظم ذلك المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقاً.

وتختلف طرق إبرام العقود الإدارية في فرنسا عنها في مصر والجزائر، فطرق إبرام العقود الإدارية في فرنسا هي طلب العروض، الإجراء التنافسي مع التفاوض، التحاور التنافسي، الإجراء التفاوضي مع دعوة مسبقة للمنافسة، أما في مصر فطرق إبرام العقود الإدارية هي: المناقصة، الممارسة، الاتفاق المباشر، أما بالنسبة للجزائر فقد حدد المشرع طرق إبرام العقود الإدارية في طريقتين هما طلب العروض والتراضي، وهذا ماسبق وأن بيناه¹.

لكن مع التطور التكنولوجي الكبير الذي مس نظام التعاقد بصفة عامة، والتشريعات القانونية الإلكترونية الخاصة بالعقود المدنية، والتي سبقت ظهور العقد الإداري الإلكتروني بوقت مبكر، وجد المشرع نفسه أمام كم هائل من التشريعات الإلكترونية التي يمكن أن يأخذ منها ما يشاء من قواعد ويكيفها في شكل قواعد قانونية إدارية تتناسب وطبيعة إبرام العقود الإدارية الإلكترونية². وكانت أولى بوادر هذا التأثير إقراره بنظريتي الإيجاب والقبول الإلكترونيين، فضلاً عن منحه القيمة القانونية للتوقيع والتصديق الإلكترونيين، ليتم بعد ذلك النص على فكرة المناقصة الإلكترونية والمزادات الإلكترونية.

وبما أن العقد الإداري الإلكتروني ينطبق عليه ما ينطبق على العقود الأخرى من أركان، وأنه لا خصوصية لأركان العقد الإداري الإلكتروني إلا فيما تعلق بركن الرضا، أي آلية التعبير

¹ - أنظر الصفحة 35 ومن بعدها من هذه الأطروحة.

² - تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت -دراسة مقارنة، ط. 1، د.م.ن، 2009، ص. 57.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

عن إرادة الأطراف المتعاقدة، والتي تتخذ شكلا مختلفا عما عهدناه في العقود الإدارية التقليدية، باعتبارها تتم بطرق إلكترونية، فإن البحث سيقصر هنا على دراسة هذا الركن فقط.

وتجدر الإشارة أن الوسائل التكنولوجية الحديثة المستخدمة في التعبير عن الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني ليست وسائل جديدة للتعبير عن الإرادة، وإنما هي وسائل جديدة لنقل الإرادة، ذلك أن وسائل التعبير عن الإرادة كانت ولا تزال اللفظ والكتابة والإشارة المتداولة عرفا، غير أن استخدام الوسائل الإلكترونية في نقل الإرادة قد أنتج أنماطا جديدة خرجت عن المألوف في منظومة التعاقد إن على صعيد القانون الخاص، أو على صعيد القانون العام.

من هنا سنناقش إشكالية تحقق ركن الرضا في العقود الإدارية عامة والعقد الإداري الإلكتروني خاصة (مطلب أول)، ثم الخوض في مدى إمكانية إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: إشكالية تحقق ركن التراضي في العقود الإدارية عامة والعقد الإداري

الإلكتروني خاصة.

يقصد بالتراضي تطابق الإيجاب والقبول كتعبير عن إرادة طرفي العقد، فيصدر الإيجاب أولا، ثم يتبعه قبول مطابق له، فيبرم العقد¹. وبالتالي يتحقق الرضا بوجود إرادتين متوافقتين، ويتم العقد بمجرد أن يتبادل الطرفان التعبير عن إرادتين متطابقتين، مع مراعاة ما يقرره القانون من أوضاع معينة لانعقاد العقد².

ويشكل الرضا إلى جانب المحل والسبب الأركان العامة لأي عقد، وقد يضيف القانون أو المتعاقدين إلى الأركان الثلاثة ركنا رابعا هو الشكل.

وبالإضافة إلى ذلك لا بد من مراعاة خصوصية العقد الإداري، بحيث أن الأهلية في العقد الإداري تختلف عن أهلية الشخص الطبيعي في الحكم. فأهلية الشخص المعنوي العام تعني اختصاصه بالنشاط، ذلك أن قواعد الإختصاص في مجال القانون العام، تقابلها قواعد الأهلية في مجال القانون الخاص، كما يشترط فيمن يتقدم للتعاقد مع الإدارة أن يكون متمتعا بالأهلية القانونية اللازمة للتعاقد، ذلك أن التراضي في العقد الإداري كركن مرتبط ارتباطا وثيقا بما تستلزمه الأهلية من ملكات، لا بد من توافرها للقول بصحة التعبير عن الإرادة.

¹ - أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، ط. 1، منشورات الجامعة الأردنية، الأردن- عمان، 1987، ص. 42.

² - محمود حلمي، العقد الإداري، ط. 1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1977، ص. 25.

وتطرح خصوصية العقد الإداري الإلكتروني الذي يعقد بوسائل إلكترونية حديثة كالإنترنت¹، في ظل انعدام الوجود الطبيعي أو المادي لأطراف العقد، والصفة غير المادية للاتفاقات الإلكترونية تطرح عدة صعوبات تتعلق بمسألة التثبت من أهلية المتعاقد الآخر لإبرام العقد الإداري الإلكتروني (مقدم العرض)، لتتأثر بذلك النظرية التقليدية للرضا، حيث بات من الضروري إعادة النظر في الشروط التقليدية لركن الرضا على نحو يجعلها تتوافق مع استخدام الوسائل الحديثة للتعبير عن الإرادة².

وبغرض الوقوف على مميزات ركن الرضا في العقد الإداري الإلكتروني والشروط الخاصة لتحقيقه، فإننا سنعالج في هذا المطلب خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني، وهو ما سنخصص له الفرع الأول، لنتولى في الفرع الثاني بحث المسائل القانونية التي يثيرها ركن الرضا في العقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول: خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني.

إن العقود الإدارية شأنها شأن باقي العقود الأخرى، لا بد أن يتحقق فيها ركن التراضي المطلوب في سائر العقود، ومن ثم توافر إرادة أولى تسعى للدخول في رابطة عقدية تسمى الإيجاب، ثم إرادة أخرى مطابقة لها تدعى القبول، وإن كان للعقد الإداري بصفة عامة والعقد الإداري الإلكتروني على وجه الخصوص أحكامه الخاصة في هذا المجال.

وكما سبق ورأينا أن العقد سواء في القانون الخاص أو القانون العام يوصف بأنه إلكتروني متى تم استخدام وسيلة إلكترونية في إبرامه وتنفيذه. ومن ثم فإن استخدام الوسيلة الإلكترونية في التعبير عن الإرادة سواء في مرحلة الإيجاب أو في مرحلة القبول يجعل هذا التعبير يتمتع بخصوصية لا توجد في التعبير العادي الذي ألفه الناس.

إن تميز الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي بكونه يتم باستخدام وسيلة إلكترونية جعله يتمتع بخصوصية أثارت جملة من المشكلات، بسبب خطورة الآثار التي قد تنتج عنه، وهو ما يستدعي دراسة الإطار القانوني لهذا النوع من الإيجاب خاصة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية بدء بتحديد مفهومه، وصولاً إلى نطاقه الزماني والمكاني.

¹ - ينبغي الإشارة في هذا الصدد إلى أن تحقق ركن الرضا في التعاقد بطريق الإنترنت لا يشمل ركن الرضا في العقد المبرم بالبريد الإلكتروني، ذلك أن هذا الأخير يعد تقنية إرسال نصوص مكتوبة أو تسجيل عبر الإنترنت، والسبب أنه لا يطرح أي صعوبة في تحقيقه وفهمه، ولأنه يشبه إلى حد بعيد التعاقد بطريق المراسلة. للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر: تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص. 58 وما بعدها.

² - تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص. 57.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

نفس الخصوصية نجدها في القبول الإلكتروني الذي أصبح يتم بواسطة وسيط إلكتروني، فبمجرد الضغط على الزر الموجود في لوحة المفاتيح (Entrée) أو الضغط على خانة القبول الموجود على شاشة الكمبيوتر (Accept) يعني الموافقة على الإيجاب وقبول شروط العقد، مما يتطلب تحديد مفهوم القبول الإلكتروني، ومداه الزمني والمكاني. ومن هنا سيتم تقسيم هذا الفرع إلى بندين يتطرق البند الأول إلى مفهوم الإيجاب في العقد الإداري الإلكتروني، أما البند الثاني فيتكفل بدراسة مفهوم القبول في العقد الإداري الإلكتروني.

البند الأول: مفهوم الإيجاب في العقد الإداري الإلكتروني.

في ظل غياب تعريف قانوني دقيق للإيجاب الإلكتروني، تصدى الفقه لهذه المسألة، فأعطى له العديد من التعريفات، ولم يمنع ذلك بعض دول المنظمة للتجارة الإلكترونية وكذا بعض الإتفاقيات الدولية من محاولة وضع تعريف له، وهو ماسنوضحه فيما يلي من خلال التعرض لأهم تعاريف التي قيلت في هذا الشأن دون إغفال أهم الشروط الواجب توافرها في هذا النوع من الإيجاب، وذلك على الشكل التالي:

أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني:

يعرف الفقه الإيجاب بصفة عامة على أنه: " العرض الصادر من شخص يعبر به على وجه جازم عن إرادته في إبرام عقد معين، بحيث إذا ما اقترن به قبول مطابق له انعقد العقد"¹. كما عرفت مبادئ العقود التجارية الدولية الصادرة عن Unidroit² في المادة 2/2 الإيجاب: " يعتبر إيجاباً أي عرض للتعاقد إذا ما كان محددًا تحديداً كافياً و دالاً على نية الموجب بالالتزام به لدى قبوله"³، هذا عن الإيجاب التقليدي.

أما الإيجاب الإلكتروني فقد عرفه البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي في شأن المعاملات الإلكترونية، والملحق بقانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية اليونيسترال المشار إليه سابقاً كما يلي: " تمثل الرسالة (رسالة البيانات الإلكترونية)⁴ إيجاباً إذا تضمنت إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معرفين على نحو

¹ - نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج. 2، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية - مصر، 2001، ص. 110، كما ورد هذا التعريف بقرار لمحكمة النقض المصرية بالقسم المدني - بتاريخ 19 جوان 1969 س 20 رقم 109 ص 1017.

² - يقصد باليونيدرو المعهد الدولي لتوحيد القانون الخاص (Institut international pour l'unification du droit privé، الترجمة العربية لمبادئ الدولية (باليونيدرو)، روما، 1994، ص. 42.

³ - محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 2005، ص. 129.

⁴ - أنظر الصفحة 73 وما بعدها من هذه الأطروحة.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

كاف، وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول، ولا يعتبر إيجاباً الرسالة المتاحة إلكترونياً بوجه عام ما لم يشير إلى غير ذلك.

وقد عرف التوجه الأوروبي رقم 97-07 الخاص بحماية المستهلك عن بعد المشار إليه سابقاً بالإيجاب بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كل العناصر اللازمة بحيث يستطيع المرسل إليه أن يقبل التعاقد مباشرة، ويستبعد من ذلك مجرد الإعلان والدعاية والدعوى للتعاقد"¹. وما يميز هذا التعريف أنه لم يحدد وسائل الاتصال الإلكتروني عن بعد، كما أنه لم يبرز أهم سمة للإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي، وهي الصفة الإلكترونية في هذا الإيجاب، لكنه ركز على ضرورة تضمين الموجب عناصر الإيجاب اللازمة حتى يتمكن القابل وهو المستهلك غالباً من إصدار قبوله و هو على بينة.

وقد تدارك الملحق المرفق بهذا التوجيه، وكذا التقرير المقدم إلى رئيس الجمهورية الفرنسي بشأن الأمر رقم 741-2001 الصادر في 25 أوت 2001² هذا الأمر وذكر على سبيل المثال لا الحصر وسائل الإتصال عن بعد التي قد تستخدم في الإيجاب الإلكتروني، منها الهاتف مع إظهار الصورة، والتلفزيون، والإنترنت.

مما سبق يمكن القول أن الإيجاب الإلكتروني هو التعبير عن إرادة الراغب في التعاقد عن بعد³، ويتم من خلال شبكة دولية للاتصالات أو بأي وسيلة إلكترونية مسموعة ومرئية أخرى، ويتضمن كل العناصر اللازمة لإبرام العقد، بحيث يستطيع من يوجه إليه أن يقبل التعاقد مباشرة. ومن وجهة نظرنا نرى أن الإيجاب الإلكتروني لا يختلف عن الإيجاب العادي التقليدي، فليس هناك تعريف خاص للإيجاب الإلكتروني يختلف في مضمونه عن تعريف الإيجاب العادي، إلا في الوسائل المستخدمة في للتعبير عنه، حيث يتم عادة بوسائل إلكترونية متطورة بدلاً من الوسائل التقليدية، وهنا تكمن خصوصية الإيجاب الإلكتروني الذي يتم بوسائل غير مألوفة توفر إمتيازات لا توفرها وسائل الإتصال التقليدية.

وفي تقديرنا أنه من الصواب أن يظل تعريف الإيجاب دون تغيير سواء تم التعبير عنه تقليدياً أو على الإنترنت، ذلك أن وصف الإيجاب الإلكتروني لا يغير من ذاتية الإيجاب لمجرد

¹ - أشار إلى ذلك أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 69. لمزيد من التفاصيل أنظر الموقع التالي: www.europa.eu.int

² - Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O.R.F. n°196, du 25 août 2001.

³ - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، المرجع السابق، ص. 68.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

كونه قد تم عبر وسيط إلكتروني يتمثل في شبكة الانترنت¹. وفي ذات الاتجاه يذهب بعض الفقه إلى أن لفظ إلكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب، لا ينال من المعنى المراد منه في إطار القواعد التقليدية في النظرية العامة للعقد، فالأمر ليس إلا مجرد وصف يلحق بالإيجاب ناشئ عن اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة التي تتجسد في تقنيات تتيحها وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة². ورغم أن الإيجاب الإلكتروني يخضع لذات القواعد العامة التي تحكم الإيجاب التقليدي، إلا أنه يتطلب لتحقيقه وجود وسيط إلكتروني، وهو ما يطلق عليه مقدم خدمة الإنترنت أو البث، فالإيجاب يتم من خلال الشبكة باستخدام وسيلة مسموعة مرئية تسمح بالاستعانة بالصور الثابتة أو المتحركة أو الصوت أو أية وسيلة أخرى لتوضيح خدمات الأشغال المطلوبة في طرف الإدارة في العقد الإداري، إذ يكفي أن يحترم الإيجاب مقتضيات الشفافية والوضوح، وهو ما يمكن تسميته بتأثر عنصر الآلية على الإيجاب في العقد، والذي انتشر في الآونة الأخيرة بشكل كبير، وحلت الآلة محل الإنسان في القيام بالعديد من التصرفات، وساهم في تقديم تسهيلات للمتعاملين سواء في القطاع العام أو الخاص.

إن هذا الأمر يؤدي بنا إلى التساؤل عن التكيف القانوني لهذه الخدمات المقدمة من الآلات؟، وهو ما يجعلنا نقول أنها لا تخرج عن كونها إيجاب موجه للجمهور فيستطيع أي شخص أن يتعاقد مع هذه الآلة، وما عليه سوى اتباع التعليمات التي تظهر على شاشاتها بالضغط على بعض الأزرار حتى يتحصل على الخدمة التي يريد.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني:

يشترط في الإيجاب الإلكتروني في العقد الإداري شروط عامة كما هو الحال في الإيجاب التقليدي، أي أن يكون جازماً محددًا باتاً ولا رجعة فيه، بمعنى أن تتجه نية الموجب إلى إبرام العقد بمجرد اقتران القبول به بالإضافة إلى الشروط الخاصة بالإيجاب الإلكتروني الموجه للمتعاملين الإقتصاديين.

وبالذهاب إلى المادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 1997-07 بشأن حماية المستهلك عن بعد، والمادة 10 من التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 الصادر 8 جوان 2000 بشأن التجارة الإلكترونية، يمكننا أن نستخلص أهم شروط الإيجاب الإلكتروني في العقد الإداري، وهي شروط

¹- ZAHY Younes, L'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, thèse Paris 1, 2002, p. 85.

²- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني - دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2005، ص 182.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

تتعلق عموماً بطرق الوفاء والتنفيذ، ومدة صلاحية الإيجاب¹، وبيان القيمة المالية للعقد، والشروط العامة للعقد، شريطة أن يكون الوصول لهذه المعلومات سهلاً، مباشراً، متاحاً ودائماً، الأمر الذي سنوضحه من خلال مايلي:

ا. أن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينة أو للكافة:

يشترط في العرض أن يوجه إلى شخص محدد عن طريق بريده الإلكتروني أو الإتصال المباشر عن طريق المحادثة، على أن تكون لغة التراسل واضحة وصريحة تعبر عن رضا الأطراف، كما يكمن أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص معينين عن طريق بريدهم الإلكتروني. كما يمكن أن يكون الإيجاب موجهاً للكافة أي للجمهور دون تعيين كما هو الشأن عند عرض الإيجاب على شبكة المواقع الإلكترونية الخاصة بالجهة راغبة بالتعاقد.

ا. ضرورة أن يتضمن الإيجاب للعناصر المؤدية لتحديد هوية الموجب:

بالنظر إلى أن الإيجاب الإلكتروني يتم عن بعد باستعمال وسائل وتقنيات إتصال حديثة، ظهرت إشكالية تحديد مصدر كل إيجاب يتم من مستخدمي هذه التقنيات، فتحديد هوية صاحب الإيجاب يتيح إنشاء بيئة آمنة و محل ثقة للمعاملات، ويساهم لحد كبير في تنظيم العملية التعاقدية. إلى جانب ذلك ومن منطلق الحرص على الشفافية التي تسمح بتشجيع المعاملات التجارية مع المستهلكين، فإنه يقع على عاتق مقدمي أوطالبي الخدمات إلتراما بتحديد هويتهم عبر وسائل الإتصال الإلكترونية، بحيث ينبغي أن يبين الإيجاب الصادر منهم العناصر اللازمة التي تكفل تحديد تلك الهوية.

وإعمالاً لحسن النية والثقة في التعاقد عن بعد، أكدت التشريعات المقارنة على ضرورة أن يقدم الإيجاب الإلكتروني بأسلوب واضح ومفهوم، بدءاً بالمادة L111-1 الجديدة من قانون المستهلك الفرنسي، حيث ألزمت الموجب الإلكتروني على أن يعلم المتعامل الإلكتروني بكافة بياناته التي تحدد شخصيته بطريقة قاطعة لا غموض فيها، وهنا تشير المادة المذكورة إلى أن الإيجاب المتعلق بالعقد ينبغي أن يشمل على المعلومات التالية: اسم بائع المنتج أو مقدم الخدمة أو طالب المنتج أو الخدمة، رقم هاتفه وعنوانه، أما إذا تعلق الأمر بشخص معنوي فيلزم الإشارة

¹ - Voir Les art. 25/2, 19, 18/12 de La Loi n° 2004-575, du 21 juin 2004, pour la confiance dans l'économie numérique, Précitée. Et Taze-DEKEUWER Consommateurs ; de la loi n° 98-60 du 18 janvier 1992 renforçant des consommateurs petites affiches ; 29 janvier 1993, n 13, p. 11.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

إلى المقر الرئيسي للشركة، اسمها و طبيعتها القانونية، عنوان المنشأة المسؤولة عن الإيجاب إذا كان مختلفا.

وفي مصر يتطلب قانون حماية المستهلك رقم 67 لسنة 2006 ضرورة تحديد شخصية الموجب سواء كان المورد أو مهني، طالب لخدمة أو منتج، شخصا طبيعيا أو معنوي¹، وذلك في المادة 4 منه، والآتي نصها أنه: "على المورد أن يضع على جميع المراسلات، المستندات والمحركات التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقد مع المستهلك، بما في ذلك المحركات والمستندات الإلكترونية، البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، كاسمه، لقبه، عنوانه، موطنه المختار إن كان أجنبيا، أرقام هواتفه، إذا كان المورد شخصا اعتباريا فيتعين ذكر اسم الكيان، عنوان المركز الرئيسي للمنشأة و أرقام هواتفها، عنوان الفرع في حالة صدور التعامل معه، رقم السجل التجاري للمورد، العلامة التجارية إن وجدت و رقم الملف الضريبي".

وبما أن الإيجاب يتم عبر وسائل إتصال عن بعد قد تربط بين أطراف من دول مختلفة ثار تساؤل حول اللغة المستخدمة فيه.

بالرجوع إلى القانون الفرنسي Toubon رقم 94-665 الصادر في 4 أوت 1994 الخاص باستعمال اللغة الفرنسية² نجد قد نص على ضرورة استعمال اللغة الفرنسية في التعبير عن الإيجاب للسلع والخدمات الموجه للجمهور³، وتعتبر هذه القاعدة قابلة للتصديق على الإيجاب المعروض على كافة وسائل الإتصال الإلكترونية متى كان موجها إلى متعاملين فرنسيين.

ونظرا لأن الإيجاب عبر هذا النوع من الوسائل يتم عبر شبكات اتصال عالمية يكون دوليا، وحتى لا تكون اللغة الوطنية قيда على التعاملات التي تبرم من خلالها، أصدر رئيس الوزراء الفرنسي منشورا في 19 مارس 1996، يجيز أن تكون اللغة الفرنسية المستخدمة في كتابة البيانات على الشاشات مصحوبة بترجمة بلغة أجنبية أخرى، على الرغم من اشتراطه استخدام اللغة الفرنسية في كتابة تلك البيانات⁴.

¹ - المورد" كل شخص يقوم بتقديم خدمة أو إنتاج ، استرداد، توزيع، عرض، تداول، اتجار في أحد المنتجات أو التعامل عليها، بهدف تقديمها للمستهلك، التعاقد أو التعامل معه عليها بأي طريقة من الطرق" م 1 من قانون حماية المستهلك المصري رقم 886 لسنة 2006.

² - Loi n° 94-665, du 4 août 1994, relative à l'emploi de la langue française, J.O.R.F. n°180 du 5 août 1994.

³ - الواقع أن قانون Toubon لا يقرر استخدام اللغة الفرنسية بصورة منفردة إنما يجيز أن تقرن بترجمة بلغات أخرى.

⁴ - أ شار إلى ذلك محسن عيد الحميد البيه، النظرية العامة للالتزامات، ج. 1- المصادر الإدارية، ط. 2، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 2004، ص. 293.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أما بالنسبة للجزائر، فإن النظام القانوني لإبرام العقود الإلكترونية إن على مستوى القانون العام وبدرجة أقل على مستوى القانون الخاص مازال لم تكتمل معالمه، ومازالت تشويبه العديد من النقائص. لكننا نلاحظ أن المشرع الجزائري في الآونة الأخيرة يخطو خطوة هامة في إرساء نظام قانوني متين لتنظيم الإيجاب الإلكتروني في العقد عن بعد خاصة مع صدور القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقا، حيث نصت المادة 11 منه على ضرورة أن يقدم المورد الإلكتروني (الموجب) العرض الخاص به بطريقة مرئية ومقروءة ومفهومة، كما تضمنت المادة بعض المعلومات التي يمكن تضمينها في الإيجاب الصادر من المورد الإلكتروني كرقم التعريف الجبائي، والعناوين المادية والإلكترونية، ورقم الهاتف، وطبيعة وخصائص وأسعار السلع والخدمات المقترحة أو المطلوبة إلى غير ذلك من الشروط العامة لعملية التعاقد¹.

أما بالنسبة لمشكل اللغة المستخدمة في الإيجاب الصادر من المورد الإلكتروني فلم نجد أي نص في الترسنة القانونية المنظمة لعملية التعاقد الإلكتروني تحدد اللغة المستخدمة باستثناء القانون رقم 09-03 المتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش²، وتحديدا المادة 18 منه التي اشترطت اللغة العربية.

وحسب تقديرنا فإنه من الصعب أن نفرض على هذه الوسائل الإلكترونية مفتوحة إلتزاما باستعمال اللغة الوطنية فقط نظرا للطابع العالمي لهذه الوسائل، مما أدى إلى ظهور الحلول التقنية التي أفرزت تقنيات تسمح للمتعاملين عبر الوسائل الإلكترونية بأن يختار في صفحة الاستقبال بموقع الويب اللغة التي يرغب التعامل بها. ومن بينها لغة المتعامل الإقتصادي أو المستهلك. وهذا ما يحقق فائدة كبيرة للموجب، تتمثل في حسن إدراكه لذلك الإيجاب، خاصة المواقع ذات الصبغة الانتشارية التي تحاول أن تبرز صفحاتها بلغات متعددة، وتوفر ترجمة فورية وكاملة لكل محتويات الموقع، وبالتالي فهي تسهل للزائرين الدخول لمواقعها، وتجذبهم بذلك وتتعاوى معهم بلغاتهم المحلية³.

III. وصف الطلب أو المنتج أو الخدمة وصفا دقيقا:

يقع على عاتق الموجب، قبل تكوين العقد، تزويد المتعامل الإلكتروني الذي يوجه إليه بكل العناصر الأساسية للعقد⁴. وقد أكدت اتفاقية فيينا للبيع الدولي للبضائع لسنة 1980، وقانون الثقة

¹ - أنظر المواد 10، 11، 12 من القانون رقم 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية سابق الإشارة إليه.

² - القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج، العدد 15، لسنة 2009.

³ - عمر خالد الزريقات، المرجع السابق، ص. 133.

⁴ - Etienne MONTERO, les contrats de l'informatique et de l'internet- Lorcier, 2005, p. 60.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

في الاقتصاد الرقمي الفرنسي المشار إليه سابقاً، على ضرورة قيام الموجب بالإدلاء بالمعلومات التي تبصر المتعاملين الإلكترونيين في هذه الصورة العقدية بكافة المعلومات الجوهرية الخاصة بالتعاقد والتي من شأنها أن تشكل إدارته على نحو صحيح¹، ومن أهم هذه المعلومات، المعلومات التي تؤدي إلى تحديد الطلب أو العروض بشكل دقيق.

والمقصود بذلك تحديد الخصائص الأساسية أو المسائل التفصيلية المرتبطة بالعرض أو السلع أو الخدمات المطلوبة التي ينبغي أن تصل لعلم المتعامل الإلكتروني قبل إعلان قبوله للعقد الإلكتروني، ما يلزم معه وصف المنتج أو الخدمة وصفاً دقيقاً يتحقق بموجبه علم المتعامل الإلكتروني بمحل العقد علماً كافياً نافياً للجهالة. في هذا الإطار تلزم المادة 14 من إتفاقية فيينا بشأن البيع الدولي للبضائع المشار إليها سابقاً على أن الإيجاب يجب أن يكون محدداً بشكل كافٍ حيث يجب تعيين الخدمات والسلع المعروضة للبيع أو المطلوبة، وتحديد كميتها وثمنها صراحة أو ضمناً قبل إبرام العقد. كما ألزمت المادة 6 من قانون حماية المستهلك الفرنسي رقم 67-2006 المشار إليه سابقاً، كل مورد أو معلن بإمداد المتعاملين الإقتصاديين والمستهلكين بالمعلومات الصحيحة، طبيعة المنتج وخصائصه، وتجنب ما يؤدي إلى خلق انطباع غير حقيقي أو مظلّل لديه أو وقوعه في غلط، وعلى نحو يتجنب الإعلانات الخادعة².

IV. تحديد كيفية تنفيذ العقد وشروطه الخاصة:

بالنسبة للمعلومات الخاصة بطرق تنفيذ العقد ينبغي على الموجب سواء كان شخصاً عاماً أو خاصاً أن يحدد في وقت سابق على إبرام العقد، موعد تسليم السلعة أو تنفيذ الخدمة، وطرق الوفاء والوسائل المتاحة للتسليم أو التنفيذ، باستثناء حالة تنفيذ الخدمة بطريقة فورية، كما هو الحال بالنسبة للخدمات المعلوماتية المتاحة على الإنترنت. كما يلتزم الموجب بإعلام المتعامل

¹ - نصت على هذا الالتزام أيضاً المادة 4/2 من التوجيه الأوروبي الصادر في 20 ماي 1997 بشأن حماية المستهلكين في مجال العقود المبرمة عن بعد سابق الإشارة إليه.

² - في هذا الصدد عرضت قضية على المحكمة العليا بأمريكا تتلخص وقائعها في أن إحدى مقاطعات ولاية إيرا الأمريكية طرحت عرضاً لمشروع طريق سريع، وحددت فيه مواصفات الطريق المطلوبة، وتلقت أفضل العروض لترسو المناقصة على شركة HSI، وقبل المنح النهائي للمناقصة تبين أن هناك خطأ في كمية الخلطة الإسمنتية المعلن عنها في العرض إلا أن المقاطعة لم تقم بتصحيح الخطأ، ووافقت على عرض شركة HSI وانتظرت انتهاء آجال المناقصة الأولى. ومن أجل تصحيح الخطأ طرحت المقاطعة العرض مرة أخرى بكمية الخلطة الإسمنتية الصحيحة، وتلقت عروضاً عديدة إلا أن عرض شركة HSI لم يكن أفضل عرض فرسي العرض على منافس آخر.

قاضت شركة HSI المقاطعة، فصدر حكم من محكمة درجة أولى قضى برفض دعوى الشركة على أساس عدم وجود إتفاق ملزم، إلا أن المحكمة العليا قررت أن العقد الأول ملزم للطرفين مادام العرض كان واضحاً من حيث تاريخ البداية وأيام العمل والسعر والكمية، وأن عرض المقاطعة لم يكن مشروطاً، وعليه فإن قبول شركة HSI يؤدي إلى إبرام العقد وأن رفض المقاطعة يعتبر رفض إتفاق سابق ملزم لها. للمزيد راجع محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، ط.1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 119.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

بالمعلومات الخاصة بحقوق المتعامل الإلكتروني، كحقه في العدول، فيما عدا الحالات التي يكون فيها الحق مستبعدا وفقا لنص القانون.

أما بالنسبة للمعلومات المتعلقة بما قد يتضمنه العقد من شروط خاصة، فنلاحظ أن الموجب يلتزم بأن يحيط المتعامل الإلكتروني بجميع الشروط العامة والخاصة المتعلقة بالعقد، كما ينبغي أن يضع تحت تصرف كل صاحب شأن نسخة من الاتفاق المعروض. وفي هذا الإطار تشير المادة 1/1369 من القانون المدني الفرنسي، إلى أنه ينبغي على كل من يعرض سلعة أو خدمة بوسيلة إلكترونية أن يضع تحت تصرف الراغب في التعاقد معه الشروط التعاقدية التي تنطبق على عرضه، بطريقة تسمح له بحفظها أو نسخها.

فضلا عما تقدم، يلتزم الموجب بذكر معلومات معينة مرتبطة بخصوصية العقد الإلكتروني وبتكوينه (الخاص للغاية)، أي مرتبطة بطبيعته غير المادية. فوفقا للمادة 4/1369 من القانون المدني الفرنسي يتوجب على الموجب المهني أن يذكر في إيجابه ما يلي:

- المراحل المختلفة الواجب إتباعها لإبرام العقد بوسيلة إلكترونية.
- الوسائل التقنية التي تسمح للمستخدم بتحديد الأخطاء الواردة في حالة تدوين البيانات قبل إبرام العقد.
- اللغات المقترحة من أجل إبرام العقد.
- طرق حفظ و أرشفة العقد بواسطة الموجب، وشروط الاطلاع على العقد الذي تمت أرشفته.
- وسائل الاطلاع الالكترونية على القواعد المهنية والتجارية (دفاتر الشروط الإلكترونية) التي وافق الموجب على الخضوع لها عند الاقتضاء.

V. المعلومات الخاصة بثمن المنتج أو مقابل الخدمة:

أكدت التشريعات المقارنة على ضرورة وضع قواعد صارمة في مجال تحديد السعر، حيث يجب أن يشار على نحو دقيق لثمن كل منتج أو خدمة تقدم أو تطلب من طرف الموجب وفقا لتقنيات الاتصال عن بعد، وذلك بكل وسيلة ممكنة قبل إبرام العقد¹.

فبالرجوع إلى المشرع الفرنسي بخصوص هذا المسلك، نجد مثلا المادة 2/19 من القانون الفرنسي بشأن الثقة في الاقتصاد الرقمي المشار إليه سابقا، قد حرصت على ضرورة إلزام البائع

¹- Jeans ALAIS-AULOY et STEINMETZ, Prix des produits et services, Droit de la consommation, Dalloz, 4^{ème} éd., 1996, p. 39.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

بالإعلام بشأن المعلومات المتعلقة بالثمن، كما ينبغي على من يمارس نشاط التجارة الإلكترونية حتى ولو لم يتعلق الأمر بإيجاب للتعاقد أن يبين الثمن بطريقة واضحة، ويوضح بصفة خاصة ما إذا كان الثمن متضمنا الضرائب ونفقات التسليم أم لا.

ثالثا: الحدود الفاصلة بين الإيجاب الإلكتروني وبعض الأنظمة المشابهة له:

نتج عن استخدام تقنيات الإتصال الحديثة في إبرام التصرفات القانونية ظهور العديد من العروض التي لا يعلم منها إذا ما كانت إيجابا يهدف إلى أيجاد قبول مطابق له، أم أنها من باب الإعلان أو الدعاية لمنتوج أو خدمة معينة، أم أنها مجرد دعوة للتعاقد أي دعوة لتقديم إيجاب من طرف ثاني.

وتسبق مرحلة الإبرام الإلكتروني للعقد عدة صور ممهدة للتعبير عن الإرادة، منها ما يعتبر إيجابا تاما ينعقد به بمجرد اقتترانه بقبول، ومنها ما يعتبر مجرد دعوة للتعاقد أو للتفاوض. ويقصد بهذه الأخيرة العرض الذي يتقدم به الشخص للتعاقد دون أن يحدد عناصره و شروطه¹.

واختلف الفقه حول اعتماد معايير التفرقة بين الدعوة للتعاقد والإيجاب الإلكتروني بالمفهوم السابق، فالأولى تعني أن الأطراف لا يزالون في مرحلة التفاوض على العقد، وعندما تنتهي المفاوضات، ويدخل الطرفان في مرحلة إبرام العقد يقوم أحدهما بتوجيه إيجاب للطرف الآخر، فإن صادفه قبول مطابق إنعقد العقد. وظهر في هذا الصدد رأيان:

فيرى جانب من الفقه أن الفارق بين الإيجاب الإلكتروني والدعوة إلى التعاقد هو وجود النية الجازمة في التعاقد، فيجب كي يعد عرض ما إيجابا أن يخرج هذا العرض من دائرة الدعوة إلى التفاوض ليدخل في إطار الإيجاب². أي أن الأصل هو اعتبار أي عرض يهدف إلى التعاقد هو دعوة إلى التفاوض، ما لم يثبت اعتباره إيجابا وكذا إذا اتصف بصفة مميزة ككونه يعبر عن رغبة أكيدة و نية جازمة نهائية في إحداث أثر قانوني.

وفقا لهذا الرأي فإن الإيجاب يفيد جزم صاحبه في التعاقد، بينما الدعوة للتفاوض مجرد عرض يتضمن إرادة أولية ترغب في التفاوض على العقد وجس النبض وتكوين فكرة عن التعاقد، يستخلص قاضي الموضوع هذه النية من عبارات الإيجاب والظروف المتعلقة بالدعوى.

¹ - أشار إلى ذلك فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008، ص. 231.

² - صالح نصير العتيبي، دور الشروط الجوهرية القانونية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 2001، ص. 16.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وهذا ما أقره الفقه والقضاء الفرنسيان كمعيار في التفرقة، واعتبر مسألة تفسير العروض الأولية مسألة من اختصاص محكمة الموضوع، ولا تخضع لرقابة محكمة النقض¹.

بينما يذهب جانب آخر من الفقه إلى أن الفارق بين الإيجاب والدعوة للتفاوض هو الفارق الوظيفي²، فوظيفته الثانية مجرد الإعلان من صاحبها عن رغبة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينما يرمي الإيجاب إلى صياغة مشروع محدد المعالم قابل للتحويل إلى عقد متكامل الأركان بمجرد إعلان من يوجه إليه عن قبوله.

وقد ثار تساؤل حول العروض الموجهة إلى الجمهور عبر شبكة الإنترنت في صفحات الويب من منتجات وخدمات، عما إذا كانت تحتوي تلك الصفحات على الإيجاب بالمعنى القانوني أم لا؟.

يوجد اختلاف كبير بصدد هذه المسألة في فيما إذا كانت العروض الإلكترونية الموجهة للجمهور تعد إيجابا باتا أم مجرد دعوة للتعاقد. فبالنسبة للتوجيه الأوروبي للتجارة الإلكترونية لم يتعرض للمسائل المتعلقة بالإيجاب والدعوة إلى التعاقد، حيث ترك المسألة إلى القانون المحلي لدول الاتحاد³، فيما تعتبر بعض الأنظمة القانونية الوضعية ذلك مجرد دعوة إلى التعاقد أو تمهيدا للتفاوض كالقانون والقضاء الانجليزي⁴، فيما اعتبرته بعض التشريعات الأخرى إيجابا ورغبة في التعاقد كالقانون الفرنسي، الايطالي والبلجيكي، حيث أن عرض المنتجات مع بيان أسعارها في واجهات المتاجر يعد إيجابا من المتجر يتم قبوله بمجرد التقاط هذه المنتجات من قبل أي شخص و الذهاب لدفع ثمنها⁵.

أما عن القضاء فقد قضت محكمة النقض المصرية بأن طرح مناقصات التوريد وغير ذلك من البيانات الموجهة للجمهور أو الأفراد كالنشرات والإعلانات لا يعتبر إيجابا، إنما مجرد دعوة إلى

¹ - أشار إلى ذلك رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة-، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، عين شمس، 2000، ص. 671.

² - رجب كريم عبد الله، المرجع السابق، ص. 671 وما بعدها.

³ - Oliver HANES et Susan DIANNE, the new virtual many-low and paraline, K lower low international press, 1999, p 103.

⁴ - أشار إلى ذلك مجيد حميد العنبيكي، إنشاء العقد في القانون الانجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، المجلد الثالث، جويلية 1999، ص. 71.

⁵ - نفس موقف ذهبت إليه بعض التشريعات العربية منها: المادة 94 من القانون المدني أردني، المادة 3/40 من القانون المدني الكويتي، المادة 80 من القانون المدني العراقي، والمادة 2/14 من اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع. أشار إلى ذلك: يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن- القوة اللازمة للإيجاب-، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 1، عمان، 2003، ص. 232.

التعاقد¹، وهذا يعني أن الإيجاب هو ما يصدر ممن تقدم بعرضه وفق الشروط الموضحة في دفاتر الشروط، ويتم القبول بالموافقة على العطاء متى صدرت هذه الموافقة من السلطة المختصة. وبالذهاب إلى مشروع اتفاقية الاونسترال للتعاقد الإلكتروني، نجد أنها عالجت هذا الأمر تحت عنوان -الدعوات إلى تقديم العروض- ووضعت معيارا بخصوصه إذ نصت المادة 1/19 على أنه " أي رسالة بيانات تتضمن عرضا لإبرام عقد و لا تكون موجهة إلى شخص أو أشخاص معينين، بل تكون عامة في متناول الأشخاص الذين يستخدمون نظم المعلومات مثل عرض سلع أو خدمات من خلال موقع على شبكة الإنترنت، و تعتبر مجرد دعوة إلى تقديم عروض ما لم يتبين اتجاه قصد مقدم العرض إلى الالتزام في حالة قبوله". يلاحظ على هذا النص أنه وضع قاعدة عامة بهذا الشأن، هي أن الأصل في العروض الالكترونية الموجهة إلى شخص أو أشخاص غير معينين أنها دعوة إلى التعاقد والاستثناء على هذا الأصل هو اعتبار هذه العروض إيجابا باتا إذا كان مقدم العروض يقصد بها ذلك.

مما سبق يمكن القول أن توفر شروط الإيجاب من حيث كونه واضحا باتا ومحددا تحديدا كافيا في أي عرض إلكتروني، يؤدي إلى اعتبار إيجابا ملزما، ولا يوجد ما يدفع لاعتباره دعوة إلى التعاقد. فالواقع العملي في مجال عرض وطلب المنتجات والخدمات على وسائل الإتصال الحديثة قد أثبت أن أغلب حالات المطروحة فيها تتم وقف نموذج عقود إلكترونية معدة مسبقا، فبمجرد الضغط على صورة الإعلان عن المنتج أو الخدمة سيظهر عقد نموذجي يحدد مواصفات السلعة أو خدمة، والمقابل المالي، وشروط العقد التي تعتبر موحدة على جميع المتعاملين الإلكترونيين. وعليه فإن هذا العقد النموذجي بما يحتويه من بيانات وشروط هو إيجاب يتم قبوله من خلال إذعان المتعاقد الآخر لشروطه وقبوله لها.

البند الثاني: مفهوم القبول في العقد الإداري الإلكتروني.

يعتبر القبول الإرادة الثانية في العقد، والذي يجب أن يظهر بصورة جازمة باتة ومعبرة عن موقف الطرف الآخر الذي وجه له الإيجاب فالعقد لا ينعقد إلا باكتمال الرضى، والرضى لا يتم إلا باتفاق الإرادتين. والعقود الإلكترونية التي تبرم باستخدام وسائل الإتصال الحديثة لا تختلف عن العقود التقليدية من هذه الناحية. والتعبير الثاني عن الإرادة يلزم أن يكون باتا ويتجه لإحداث أثر قانوني، كما يلزم لكي يترتب أثره، أن يكون حرا و صادرا من المنسوب إليه، وهو على بينة من أمره

¹ - حكم النقض المدني، جلسة 23 جانفي 2001، الطعان رقم 1296 و1865 لسنة 70 ق، مجلة المحاماة، العقد الثاني، 2002، ص. 53.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

بما يؤكد نيته في الارتباط التعاقد¹. وسنتطرق من خلال هذا العنصر للإرادة الثانية اللازمة لتحقيق ركن التراضي والتي تتمثل في القبول الإلكتروني من خلال تعريفه وبيان شروطه، وذلك على الشكل التالي:

أولاً: تعريف القبول الإلكتروني في العقد الإداري:

لا يختلف القبول في العقد الإلكتروني عن القبول العادي من حيث القواعد والأحكام إلا في الوسائل الإلكترونية، فهو قبول عن بعد، لذا فهو يخضع لذات القواعد والأحكام التي تنظم القبول التقليدي، وإن كان يتميز ببعض الخصوصية التي ترجع إلى طبيعته الإلكترونية وتستدعي نوعاً من البحث والتنظيم. ويعرف القبول بشكل عام بأنه " موافقة الموجب له على الإيجاب الموجه إليه بالشروط التي تضمنها ودون تعديل، بحيث يترتب عليه انعقاد العقد إذا ما اتصل بعلم الموجب والإيجاب ما زال قائماً"².

كما عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن البيع الدولي للبضائع المشار إليها سابقاً على نحو لا يكاد يخرج عن القواعد العامة، حيث تنص المادة (1/18) منها على أنه " يعتبر قبولاً أي بيان أو تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب".

وعليه يمكن تعريف القبول الإلكتروني بأنه تعبير عن إرادة من يرغب في التعاقد عن بعد بواسطة وسائل الإتصال الإلكترونية الحديثة، على أن يتوافق هذا التعبير مع كل العناصر التي وردت في الإيجاب الصادر عبر الوسائل الإلكترونية، حيث ينعقد العقد عن حصول إتصال من القابل، ويعبر عن قبوله صراحة، أو بأي وسيلة لا تدع مجالاً للشك لدى الموجب أن إيجابه لاقى قبولاً، بشرط أن يكون هذا القبول والإيجاب مازال قائماً.

وتجدر الإشارة أنه بتطبيق القواعد العامة للقبول على القبول الإلكتروني، فإنه يتم في الغالب صراحة ويصعب أن يتم ضمناً، وهو ما يستشف من خلال النصوص القانونية، حيث نجد أن العقد النموذجي لليونسترال ينص في المواد 2،3،4، على أنه " يعتبر القبول... مقبولاً إذا تسلمه مرسل الإيجاب... " فكلما تسلم هنا تفيد أن القبول يتم تسلمه رسالة إلكترونية مكتوبة، وهذا تعبير صريح.

كما أن العقد النموذجي لغرفة التجارة والصناعة الفرنسية للمعاملات الإلكترونية الصادر في أكتوبر سنة 1998 تطلب أن يرد بالقبول بيانات محددة ما يفيد أن يتم التعبير عن القبول صراحة،

¹ - أحمد شرف الدين، المرجع السابق، ص. 141.

² - إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للمعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003، ص. 93.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وكذلك قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية المشار إليه سابقاً، حيث نص في المادة 11 مه على أنه " في سياق تكوين العقود ... يجوز استخدام رسائل بيانات للتعبير عن العروض وقبول العرض...". كل هذه النصوص وغيرها¹، تفيد أن القبول الإلكتروني يشترط أن يتم صراحة سواء باستعمال اللفظ الذي يدل مباشرة على المعنى المقصود منه بإجراء اتصال تلفوني عبر الإنترنت أو من خلال المحادثة، أو يتم كتابة باستخدام البريد الإلكتروني. وكذلك فإن مجرد الضغط على مفتاح في لوحة مفاتيح الحاسب الآلي أو على الخانة المخصصة للقبول في النموذج الذي يظهر على الشاشة يعد تعبيراً صريحاً عن الإرادة بالنظر إلى أن هذا الفعل هو الوسيلة التي تسمح بإظهار إرادة المتعاقدين في هذا النمط من أنماط التعاقد². وهذا ما يؤكد أن التعبير عن إرادة القبول الإلكتروني لا يكون إلا صريحاً، فالقبول الإلكتروني يتم عن طريق أجهزة وبرامج إلكترونية مؤتمتة تعمل آلياً، هذه الأجهزة لا يمكنها استخلاص واستنتاج إرادة المتعاقد.

وعلى الرغم أنه لا يشترط أن يصدر القبول في عقد التجارة الإلكترونية في شكل خاص أو وضع معين، فإنه يصح أن يصدر عبر وسائط إلكترونية كالبريد الإلكتروني، أو المحادثة المباشرة، أو الكتابة عن طريق موقع، أو من خلال الطرق التقليدية للقبول، ما لم يشترط الموجب أن يصدر القبول في شكل معين. ومن التشريعات التي اشترطت تقديم القبول بنفس طريقة وصول الإيجاب القانون التجاري الأمريكي الموحد (UCC) حيث جاء في المادة 2/206 على أن التعبير عن الإرادة في القبول يتم بذات طريقة عرض الإيجاب³، وبالتالي إذا أرسل الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني فيجب على القابل إن قبل التعاقد أن يعبر عن القبول بذات الطريقة.

ثانياً: الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني للعقد الإداري:

رغم الخصوصية التي يتميز بها القبول الإلكتروني، إلا أنه يظل خاضعاً للشروط التي تتطلبها القواعد العامة في القبول التقليدي كما وضحنا سابقاً، وهذا ما سنتناوله من خلال

¹ - المادة 13 من قانون المعاملات والتجارة الإلكترونية لدبي، راجع هذا القانون على الموقع التالي:

[http:// www.Arab-elaw.com](http://www.Arab-elaw.com), le 01/02/2019.

² - حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم إبرامها عن طريق الانترنت، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000، ص.

39.

³ - Ben Jamin WRIGHT & Janek WINN, the low of electronic commerce a division of Aspen publishing, INC-new York, USA, third ed., 2000, p.p. 8-17.

أنظر كذلك محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة - مصر، 2004، ص. 50.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

خصوصيات البيئة الافتراضية التي يتم فيها القبول الإلكتروني، وهذا يقتضي البحث في مدى توافر شروط القبول فيها من عدمه، وذلك على الشكل التالي:

ا. أن يكون القبول والإيجاب مازال قائما:

يشترط لانعقاد العقد أن يكون صدور القبول كجواب على إيجاب مازال قائما، فإذا لم يكن ذلك الإيجاب قائما كان القبول جوابا لمعدوم، لذا فإن الصادر بعد ذلك يعد إيجابا جديدا يحتاج إلى قبول، فيستطيع الطرف الآخر أن يقبله أو يرفضه¹، فبالنسبة للتعاقد الإلكتروني عبر وسائل الإتصال الحديثة، يجب أن يصدر القبول خلال المدة التي حددها الموجب لصلاحيته إيجابه أو خلال وجود الإيجاب على الموقع، فطالما أن الإيجاب مازال موجودا على الموقع، فإن الموجب له إذا ضغط على زر القبول، ينعقد العقد.

وعليه يتضح أنه بالنسبة للتعاقد من خلال المحادثة المباشرة يجب أن يصدر القبول قبل أن يعدل الموجب عن إيجابه وبشكل فوري، إلا إذا كان قد حدد مدة للقبول.

وبالنسبة لحالة التعاقد من خلال البريد الإلكتروني، تعد هذه حالة تعاقد بين غائبين². بالتالي فإن الموجب يلتزم بالبقاء على إيجابه المدة اللازمة لوصول الإيجاب وإطلاع الموجب له عليه، والمدة اللازمة لإرسال القبول، فإن صدر القبول خلال هذه المدة، فإنه ينعقد به العقد، وبالتالي إذا أرسل الموجب له القبول خلال هذه المدة المناسبة فالعقد ينعقد لصدور القبول والإيجاب القائم. وعليه فالموجب في العقد المبرم عبر البريد الإلكتروني لا يحق له التحلل من إيجابه إلا بمرور مدة معقولة تبدأ من تاريخ استلام الإيجاب ممن وجه إليه مع معرفة الموجب أن الموجب له قد تلقاه عن طريق تقنية الإقرار بالإستلام³.

وبالتالي فإن القبول الذي يصدر بعد سقوط الإيجاب لا ينعقد به العقد، لكن هذا القبول ليس مجردا من كل أثر، إذ يصح اعتباره إيجابا، بالتالي يجوز للطرف الآخر (الموجب الأصلي) أن يقبل هذا الإيجاب (القبول المتأخر) فإن فعل ذلك انعقد العقد⁴.

ا. ضرورة تطابق القبول مع الإيجاب

بالإضافة إلى وجوب أن يكون القبول والإيجاب مازال قائما على نحو ما بينا سابقا، لا بد أيضا أن يكون مطابقا له بكل عناصره وشروطه، فإن اقترن القبول مع الإيجاب بما يزيد عنه أو

¹ - سامح عبد الواحد محمد التهامي، المرجع السابق، ص. 189.

² - تامر محمد سليمان الدمياطي، المرجع السابق، ص. 82.

³ - أنظر المادة 15 من قانون الأمم المتحدة النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الأونسترال سابق الإشارة إليه.

⁴ - محمد لبيب شنب، دروس في مصادر الالتزام- الإثبات-، دار النهضة العربية، مصر، 1999، ص. 116.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

يعدله، لا يعتبر ذلك تطابقاً¹. كما لا يكون القبول مطابقاً للإيجاب إذا إنصب على جزء مما يتضمنه الإيجاب دون باقيه، ولا يقصد بالمطابقة بالألفاظ والضيغ، وإنما المطابقة في الموضوع، أي صدور القبول بالموافقة على كل المسائل الجوهرية اللازمة لإتمام العقد. أما المسائل التفصيلية، فإرجاء الإتفاق عليها لا يؤثر على التعاقد، ويترك أمر الفصل فيها للقاضي في حالة النزاع².

ونظراً لخصوصية بعض صور التعاقد الإلكتروني، يثور التساؤل حول إمكانية تطبيق هذا الشرط (المطابقة) في التعاقد الإلكتروني؟

لا شك في ضرورة تحقق هذا الشرط في كل صور التعاقد عبر الإلكتروني، ولكن الأمر ليس بهذه السهولة³، خاصة مع ظهور تقنيات في مجال استخدام وسائل الإتصال الحديثة كتقنية إخفاء النصوص (hyper texte)، وهو ما أثار إشكالية مدى توفر شرط مطابقة القبول للإيجاب في حالة تضمن الإيجاب لهذه النصوص المخفية⁴.

للإجابة على هذا التساؤل ظهرت عدة اتجاهات، حيث يرى بعض الفقه أنه لا توجد ثمة مشكلة في حالة استخدام هذه التقنية في إبرام العقد الإلكتروني، طالما أن هناك إشارة واضحة لهذا النص المخفي في النص الأصلي، وأن القبول يكون صحيحاً ومطابقاً، خاصة مع إمكانية الموجب له ملاحظة وجود نص مخفي⁵.

وخلافاً لهذا الرأي، يذهب بعض الفقه إلى أنه لا يجوز اللجوء إلى تقنية النصوص المخفية في مجال الإيجاب الإلكتروني، وينتهي إلى ضرورة إتاحة الإيجاب من خلال صفحة واحدة على الويب، حتى يتسنى للموجب له التعرف على كافة شروط الإيجاب ويكون قبوله مطابقاً له، فيتم التعاقد⁶.

¹ - أنظر المادة 66 من القانون المدني الجزائري سابق الإشارة إليه.

² - أنظر المادة 65 من القانون المدني الجزائري سابق الإشارة إليه، للمزيد من التفصيل أنظر: حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للتزام، دار النهضة العربية، 1999، ص. 198.

³ - سامح عبد الواحد التهامي، المرجع السابق، ص. 184.

⁴ - يقصد بتقنية النصوص المخفية أن يتضمن المحرر الإلكتروني سطراً يكون لونه مختلفاً عن لون باقي المحرر و بالضغط على هذا السطر ينتقل مستخدم الانترنت إلى محرر آخر يتضمن نصوصاً ذات صلة بموضوع المحرر الأول و يتم عمل هذه التقنية للوصول إلى النصوص المرتبطة بالمحرر الأول، بالتالي يتم تقسيم المحرر لعدة أقسام. للمزيد من المعلومات حول هذه المسألة أنظر: برسيتون جبالا، التسوق عبر الانترنت، ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة - مصر، 2001، ص. 379.

⁵ - Verbiest THIBAUT, Commerce électronique: la France transpose la directive sur les contrats à distance, Art. disponible sur www.Droit.technologie.Org

⁶ - Vincent GAUTRAIS, le couleur du consentement électronique, 2003, p. 14, disponible sur : www.Droit.Montreal

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وهو ما أخذ به تقرير صادر من مجلس الدولة الفرنسي خاص بالإنترنت، حيث ذكر بأنه حتى يكون الرضاء صحيحا وكاملا، فإنه لا يجب أن تكون شروط العقد واردة في نصوص مخفية¹. وفي رأينا هذا هو الصواب، فالموجب له قد لا ينتبه إلى وجود هذه النصوص المخفية، مما يؤدي إلى عدم علمه بكل الشروط الواردة في الإيجاب، خاصة إذا كان الموجب له شخصا غير محترف لا يحيط بقواعد استخدام وسائل الإتصال الحديثة.

الفرع الثاني: المسائل القانونية التي يثيرها ركن الرضا في العقد الإداري الإلكتروني.

تعتبر مسألة تحديد زمان ومكان تلاقي الإرادتين بشكل عام من المسائل التي حظيت باهتمام بالغ من الفقه والقضاء والتشريع، خاصة في ظل التكنولوجيا الحديثة في عالم الاتصالات وحدث ثورة في القواعد القانونية التقليدية التي تنظم التعامل الإلكتروني في مجال العقود، نظرا للنتائج المترتبة على هذه المسألة، والعديد من الإشكالات القانونية التي تثيرها، من بينها تحديد وقت بدء تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن العقد، ومكان تنفيذ تلك الإلتزامات، وهو ماسنوضحة في هذا الفرع من خلال تقسيمه إلى بندين يتعرض البند الأول لمسألة زمان إقتران الإيجاب بالقبول في العقد الإداري الإلكتروني، فيما يتطرق البند الثاني لمسألة مكان إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

البند الأول: زمان اقتران الإيجاب بالقبول في العقد الإداري الإلكتروني.

يثير التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية مشكلة قديمة وجديدة في نفس الوقت، هي تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني. وإذا كان هذا الموضوع من المسائل التقليدية في فقه القانون المدني بالاعتباره الشريعة العامة في مجال القانون الخاص، فلا ضير للرجوع إليه في مجال تطور وسائل الاتصالات والمعلومات واستعمالها في التعاقد في مجال القانون العام في ظل غياب قواعد خاصة تنظم هذا المجال في هذه النقطة، وهو ما أضفى عليه أبعادا جديدة ذات خصوصية. وعليه فمن الضروري أن نبين النظريات التقليدية التي أسست لزمان انعقاد العقد، ثم نحاول فيما بعد إسقاطها على العقد الإلكتروني، ونرى إن كانت صالحة لتطبيقها عليه، أم أن هناك حلول أخرى يمكن الاعتماد عليها وتتناسب لحل هذه المشكلة في العقد الإلكتروني عامة، والعقد الإداري الإلكتروني خاصة؟ وسنتطرق لكل ذلك على الشكل التالي:

¹ - أشار إلى ذلك أسامة أبو الحسن مجاهد، خصوصية التعاقد عبر الإنترنت، المرجع السابق، ص. 89.

أولاً: النظريات التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد:

إن أول ما يمكن ملاحظته في تحديد زمان انعقاد العقود التي تتم عن بعد، هو وجود عدة نظريات وضعت من قبل الفقه، والذي بدوره أدى إلى اختلاف نظرة التشريعات في تحديد هذه اللحظة نظراً لاختلاف تأثيرهم بها، وعليه فإنه من الضروري أن نبين النظريات التقليدية الأربعة التي أسست لزمان انعقاد العقد العادي باختصار، ثم نبين موقف التشريعات الدولية بالإضافة إلى موقف المشرع الجزائري منها.

انقسم الفقه بصدد تحديد زمان ومكان انعقاد العقد عند التعاقد باستعمال الوسائل الإلكترونية إلى أربعة مذاهب مختلفة ينادي كل منها بميعاد معين، وسوف نبين ذلك من خلال مايلي:

أ- نظرية إعلان القبول:

وفقاً لهذه النظرية¹ أن العبرة بوقت إعلان القبول، أي الوقت الذي يصدر فيه القبول من القابل، ويرون أن هذا المذهب هو الذي يطابق القواعد العامة، والتي تقضي بأن العقد توافق إرادتين، وهذا التوافق يتم بمجرد إعلان القبول.

لكن تعرضت هذه النظرية للنقد من حيث أنه ليس من الضروري أن تكون الإرادتان متوافقتين بإعلان القبول، إذ يجوز أن يعدل الموجب ولا يصل عدوله إلى القابل، إلا بعد صدور القبول، إضافة إلى ذلك ليس من الصحيح أن القبول ينتج أثره بمجرد صدوره، فالقبول إرادة، وهذه الأخيرة لا تنتج أثرها إلا من وقت العلم بها².

ب- نظرية تصدير القبول:

وتبدأ هذه النظرية من نقطة بداية النظرية الأولى، ولكن تزيد عليها في اشتراط تصدير القبول علاوة على إعلانه، حتى يكون الإعلان نهائياً لا رجعة فيه³، وذلك بأن يرسل القابل إرادته بالقبول، ومن ثم لا يستطيع بعد ذلك استرداده فيصبح من السهل إثبات القبول، ويسقط الاعتراض الخاص بصعوبة الإثبات.

فحسب هذه النظرية يكون العقد منعقداً مبرماً عند خروج رسالة القبول من سيطرة القابل بشكل لا يستطيع استرجاعها، دون اشتراط وصولها إلى الموجب.

¹- أنظر عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المجلد الأول، المرجع السابق، ص. 241.

²- عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص. 257.

³- عبد الرزاق السنهوري، نفس المرجع، ص. 258.

وقد أخذت محكمة النقض الفرنسية بهذه النظرية في العديد من أحكامها¹، وهو ما جعل بعض الفقه في فرنسا يأخذ بها.

ويؤخذ على هذه النظرية أنها تعلق إبرام العقد على واقعة مادية، هي واقعة التصدير، رغم أن هذه الواقعة لا تغير من القيمة القانونية للإعلان عن القبول، فالعقد إما ان يكون منعقدا قبل تصدير القبول، وإما يكون غير منعقد، وليس من المنطق أن يزيد التصدير في قيمته القانونية فيجعله منعقد بعد أن لم يكن كذلك.

ت- نظرية تسلم القبول:

حسب أصحاب هذه النظرية² فإن العقد لا يتم إلا بتسلم الموجب جواب الطرف القابل، ولو قبل إطلاعه على المضمون، لأن الإستلام للقبول من طرف الموجب يجعله نهائياً، إذ تنتفي إمكانية استرداده، كما أن وصول القبول إلى الموجب يعتبر قرينة على علمه بمضمونه.

وهدف هذه النظرية هو تحقيق توزيع عادل لمخاطر الطريق بين الموجب والقابل، حيث يتحمل الموجب له مخاطر تصدير القبول إلى وقت وصوله لكونه يهيمن على هذا الوضع، ويتحمل الموجب الأخطار المحتملة من وقت تسلمه إلى وقت الإعلام به، أي اطلاعه عليه، وبشيء من التفصيل يتحمل الموجب له، أي القابل خطر ضياع أو تأخير القبول، ويتحمل الموجب تبعة عدم علمه بالقبول، وذلك من وقت وصوله.

ث- نظرية العلم بالقبول:

تشترب وتربط هذه النظرية انعقاد العقد بضرورة معرفة الموجب بموافقة الطرف الآخر على إيجابه حتى يمكن الحديث عن انعقاد العقد³.

وهذه النظرية تتفق مع المنطق السليم كما يرى ذلك أنصارها، لأن الإيجاب تعبير يقصد به الموجب استشارة المخاطب على التعاقد، وله أن يعلم برد المخاطب على إيجابه، كما أنه يتفق مع مقتضيات التعامل وبيعث على استقراره بين الناس، لأن الموجب سيضمن إلى تمام العقد بعد أن يعلم بقبول المخاطب.

¹ - قرار محكمة النقض الفرنسية الصادر في 7 جانفي 1981، أشار إليه :

Olivier D AUZON, Le droit du commerce électronique, Éditions du puits fleuri, France, 2004, p. 63.

² - أنظر عبد الرزاق السنهوري، المرجع السابق، ص. 241.

³ - دريد محمود علي، الشركة متعددة الجنسية - آلية التكوين وأساليب النشاط، ط. 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 95.

ثانيا: موقف التشريعات الدولية والوطنية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني: سنحاول فيما يلي تسليط الضوء على الحلول التي جاءت بها بعض التشريعات الدولية والوطنية في ما يخص مسألة تحديد زمان إنعقاد العقد الإلكتروني، وذلك على الشكل التالي:

1. التشريعات الدولية:

إن طبيعة العقود الإلكترونية بصفقتها متعلقة بالتجارة الدولية، تستدعي وضع الحلول الموحدة لمسألة تحديد وقت انعقادها، من خلال اتفاقيات دولية تسعى لهذا التوحيد، وفي إطار هذا البحث، كان لا بد أن نتعرض لمثل هذه الاتفاقيات الدولية، على أننا نكتفي في هذا الإطار بالقانون النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية ثم ننتقل إلى التوجيه الأوربي.

1- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية:

نصت المادة 15/ 1-2 من هذه الإتفاقية والواردة تحت عنوان " زمان ومكان إرسال واستلام رسائل البيانات"، على ما يلي " ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على خلافه ذلك يقع إرسال رسالة البيانات عندما تدخل الرسالة نظام المعلومات ولا يخضع لسيطرة المنشئ أو الشخص الذي أرسل البيانات نيابة عن المنشئ".

ما لم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يتحدد وقت استلام رسالة البيانات على النحو التالي:

أ- إذا كان المرسل إليه قد عين نظام معلومات لغرض استلام رسائل البيانات يقع استلام وقت دخول رسالة البيانات نظام المعلومات المعين، أو وقت استرجاع المرسل إليه لرسالة البيانات، إذا أرسلت البيانات إلى نظام المعلومات تابع إليه ولكن ليس هو النظام الذي تم تعيينه،

ب- إذا لم يعين المرسل إليه نظام معلومات، يقع الاستلام عندما تدخل رسالة البيانات نظام المعلومات تبعا للمرسل إليه.

ولقد حددت هذه المادة وقت إرسال رسالة البيانات واستلامها دون أن تحدد الوقت الذي ينشأ فيه العقد ويرتب آثاره القانونية، وإنما اكتفت بتحديد زمان إرسال واستلام رسائل البيانات وذكر في مضمونها قواعد يمكن بموجبها تحديد وقت انعقاد العقد.

فبالنسبة إلى تحديد وقت إرسال السجل الإلكتروني، فقد ميزت المادة 15 سאלفة الذكر بين

حالتين:

الحالة الأولى: وهي عندما يكون المنشئ والمرسل إليه لا يستخدمان ذات النظم، فإن وقت الإرسال هو وقت دخول السجل الإلكتروني في نظام معلومات، ولا يخضع لسيطرة المنشئ أو من قام بإرسال السجل نيابة عنه.

أما الحالة الثانية، فيعتبر وقت إرسال السجل هو ذلك الوقت الذي يدخل السجل حيز انتباه المرسل إليه وتمكنه من استخراجها، إذا كان كل من المنشئ و المرسل إليه يستخدم ذات نظام المعلومات¹. وعليه يتبين مما سبق، أن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية قد أخذ بنظرية تسلم القبول.

2- التوجيه الأوروبي:

لقد نص التوجيه الأوروبي رقم 2000-31 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات مجتمع المعلومات، ولا سيما التجارة في المادة 11 أنه يعد العقد قد أبرم في اللحظة التي يتسلم فيها الموجب من مزود الخدمة إقرارا إلكترونيا مؤكدا من القابل بقبوله²، وبذلك يكون هذا التوجيه قد حدد وقت إبرام العقد باستلام تأكيد من مقدم خدمة إلكترونية مرسل من القابل بصحة القبول، وبالتالي يكون التوجيه الأوروبي قد أخذ بالنظرية الحديثة تسمى نظرية تأكيد وصول القبول.

II. التشريعات الداخلية:

سوف نقتصر على التشريع الفرنسي، لنتعرف بعد ذلك موقف المشرع الجزائري، وبيان ذلك على النحو الآتي:

1- التشريع الفرنسي

طبقا لنص المادة 1369-5 من القانون المدني الفرنسي، فإن العقد المبرم عن طريق وسائل إلكترونية لا ينعقد إلا بتأكيد القبول من قبل القابل، ولعل الهدف من تأخير لحظة إنعقاد العقد الإلكتروني لحين تصدير القبول وتأكيدده هو حماية متلقي العرض عبر وسيلة إلكترونية،

¹ - عز الدين محمد بسام شمدين، حلقة بحث حول الرضا في العقود الإلكترونية، ماجستير قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة دمشق، العام الدراسي 2006-2007م، ص. 66.

² - Article 11 de la directive 2000 /31/CE du parlement européen et du Conseil du 8 juin 2000 relative à certains aspects juridiques des services de la société de l'information, et notamment du commerce électronique, dans le marché intérieur « directive sur le commerce électronique » : «-le prestataire doit accuser réception de la commande du destinataire sans délai injustifié et par voie électronique.

-la commande et l'accusé de réception sont considérés comme étant reçus lorsque les parties auxquelles il sont adressés y avoir accès ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وبالتالي يكون المشرع الفرنسي قد نهج نهج التوجيه الأوربي الذي كرس لميلاد نظرية جديدة لتحديد وقت انعقاد العقد عن بعد، وهي نظرية " تأكيد القبول".

وعليه يبدو أن المشرع الفرنسي قد تبني نظرية الاستلام المؤكد في التعاقد عبر النقر مرتين بدلا من نظرية التصدير التي أقرها من قبل القضاء الفرنسي¹.

2- موقف المشرع الجزائري:

وبالنسبة لموقف المشرع الجزائري من هذه النظريات، فقد أخذ بالنظرية الرابعة، وهي نظرية العلم بالقبول، فاعتد بزمان ومكان وصول القبول إلى علم الموجب كأساس لإنعقاد العقد في التعاقد بين غائبين.

فبعد أن نص القانون المدني على القاعدة العامة بالنسبة للوقت الذي فيه ينتج التعبير عن الإرادة أثره، وذلك في المادة 61²، عاد المشرع وأكد أمر العلم بالإرادة في المادة 67 في معرض بيانه لزمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين، والتي تبني فيها المشرع كما قلنا نظرية العلم بالقبول، حيث تنص هذه المادة على أنه " يعتبر التعاقد مابين الغائبين قد تم في المكان وفي الزمان اللذين يعلم فيهما الموجب بالقبول، ما لم يوجد اتفاق أو نص قانوني يقضي بغير ذلك".

ويفترض أن الموجب قد علم بالقبول في المكان، وفي الزمان اللذين وصل إليه فيهما القبول.

ثانيا: صعوبات تطبيق النظريات التقليدية لتحديد زمان إنعقاد العقد في التعاقد الإلكتروني في

مجال القانون الإداري:

في الواقع أن تطبيق النظريات الأربع التي قيلت في تحديد زمان إبرام العقد التقليدي على العقد الإداري الإلكتروني ليس بالأمر السهل، نظرا للطبيعة الخاصة التي يتميز بها هذا العقد الإداري عامة. فمن جهة أولى، فإن الإيجاب والقبول في العقد الإداري يتميز بخصوصية كونه يتم وفق واجراءات لا نظير لها في العقد في مجال القانون الخاص، وهو ما يجعلنا نتساءل عن مدى صلاحية النظريات السابقة التي قيلت بخصوص تحديد زمان انعقاد العقد للتطبيق على العقد الإداري؟، ومن جهة ثانية، فإن استخدام الوسائط الإلكترونية الجد متطورة في مجال التعاقد الإداري زاد الأمر تعقيدا، وهو ما يستدعي الإشارة إلى هذه الخصوصية التي جعلت من تطبيق هذه

¹ - أخذت محكمة النقض الفرنسية في حكمها الصادر بتاريخ 17 يناير 1981م، عن الدائرة التجارية بنظرية إعلان القبول أو تصديره، فضضت بأن العقد المبرم بالمراسلة ينعقد ليس باستلام الموجب لقبول الطرف الآخر ولكن بإرسال القابل لقبوله عدا الاتفاق على خلاف ذلك.

Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 19 janvier 1981, 79-14.341, Décision attaquée : Tribunal de grande instance Strasbourg 1979-05-16, du 16 mai 1979.

² - والتي تنص على أنه: "ينتج التعبير عن الإرادة أثره في الوقت الذي يتصل فيه بعلم من وجه إليه، ويعتبر وصول التعبير قرينة على العلم به ما لم يقم الدليل على عكس ذلك".

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

النظريات في مجال العقد الإداري عامة، والعقد الإداري الإلكتروني خاصة صعبة إن لم نقل مستحيلة في بعض الأحيان. وذلك وفق التفصيل الآتي بيانه:

- إن القبول في العقد الإداري يتم وفق إجراءات خاصة حددها القانون (سيتم التعرض لها لاحقاً) تقتضي السرية وتقوم بها لجان خاصة (لجنة فتح الأظرفة ولتقييم العروض)، ذلك أن إعلان الإدارة عن رغبتها في التعاقد (الإعلان عن مناقصة) لا يعد إيجاباً بل هو مجرد دعوة للتعاقد، يتبعه تقديم مجموعة من العروض من الأشخاص الذين يرغبون في التعاقد مع الإدارة وفق للشروط الواردة في دفاتر الشروط، هذا مايمكن اعتباره إيجاباً، لتقوم الإدارة باختيار الشخص الذي ترغب في التعاقد معه وفق الضوابط التي حددها القانون، وهو مايمكن إعتبره قبولاً.
- من خلال التمعن في ما جاء في النظريات السابقة نرى أنه يمكن أن نرجح إحدى النظريات، والأخذ بها في مجال العقد الإداري مع مراعاة بعض الإعتبارات. والنظرية الأنسب لذلك، والتي يمكن تكيفها مع خصوصية العقد الإداري هي نظرية الإعلان عن القبول. فالعقد الإداري ينعقد بمجرد قيام الإدارة بإصدار قرار تحدد فيه الشخص الذي رست عليه المناقصة أو إجراء طلب العروض وفقاً لما حدده القانون. أما بالنسبة لإشكالية وصول القبول إلى علم الموجب، فإن هذا الأمر لا يطرح في مجال العقد الإداري كون أن إجراءات التعاقد الإداري هي إجراءات تتم على أساس إحترام مبادئ الشفافية والعلنية، ذلك أن إجراءات التعاقد في مجال القانون الإداري من تقديم العروض وتقييمها من طرف لجنة فتح الأظرفة والتقييم العروض واختيار الشخص الذي رست عليه الصفقة تتم بحضور جميع العارضين، وبالتالي فرضية عدم وصول القبول لعلم الموجب غير ممكنة في العقد الإداري، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإنه لا يتصور أن يقوم الشخص الذي تقدم بعرض لتعاقد مع الإدارة (موجب) بعد رسو الصفقة عليه وصدور قرار المنح بالرجوع عن إيجابه، لكن قد يطرح تساؤل حول المنح المؤقت للصفقة، ومدى تناسبه مع شروط القبول؟ باعتبار أن القبول حتى يكون صحيح يجب أن يكون باتاً جازماً ونهائياً، في حين أن المنح المؤقت هو إجراء ذو طبيعة مؤقتة غير نهائي، يمكن للعارضين الذين لم ترسو عليهم المناقصة أو إجراء طلب العروض الإحتجاج على قرار الإدارة القاضي بمنح المناقصة للمتعامل الناجح، وذلك من شأنه أن يؤدي إلى إلغاء قرار المنح المؤقت للمناقصة للمتعامل الناجح بها مؤقتاً، فهل صدور القبول يكون بصدور قرار المنح المؤقت أم أن القبول هو صدور قرار المصادقة على الإرساء من طرف لجنة البث والإرساء؟.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

في نظرنا، فإن العقد في مجال القانون الإداري ينعقد بصدور القبول صحيحا وفق للإجراءات التي حددها القانون لإبرام العقود الإدارية، ومنذ صدور القرار الأول الذي أرسى المناقصة على المتعامل الذي قدم أفضل عرض رغم أن المنح هو منح مؤقت، ذلك أن إجراء المنح المؤقت إجراء تقتضيه خصوصية إجراءات التعاقد الإداري من جهة، ومن جهة ثانية ضرورات مراعاة واحترام مبادئ الشفافية والمنافسة التي تعتبر جوهر عملية إبرام العقد الإداري، ذلك أن إجراء المنح المؤقت يتيح لباقي المتعاملين إمكانية الطعن في اختيارات الإدارة. فالإدارة عندما أصدرت قرار منح المناقصة لمتعامل إعتبر أن عرضه هو أفضل عرض، لا تقصد أن تتراجع عنه في المستقبل، وقرارها يصدر بناء على نية نهائيا وباتة، إلا في حالة ماثبت أنها لم توفق في اختيارها، وأن العرض الذي قدمه من رست عليه المناقصة ليس هو أفضل عرض عند دراسة الطعون التي تقدر بها باقي المتعاملين في فترة المنح المؤقت.

- أما إذا تم استخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد الإداري، فيمكن تطبيق هذه النظرية على العقد الإلكتروني، حيث يمكن للقابل (الإدارة) أن يقوم بإعلان قبوله بعد القيام بإجراءات التعاقد الإداري الإلكتروني عن طريق وسيلة الإلكترونية التي يختارها ويتم العقد وفقا لهذه النظرية. حيث أن القابل عندما ينتهي من كتابة الرسالة الإلكترونية (قرار إداري إلكتروني) المتضمنة القبول في بريده الإلكتروني، يقوم بالضغط على زر إرسال (Envoyer) فإن الرسالة ترسل في تلك اللحظة، وبالتالي لا يستطيع استرجاعها لأنها قد خرجت عن سيطرته، زيادة على ذلك إنه سوف يتلقى على جهاز الكمبيوتر الخاص به أو هاتفه المحمول تأكيد بوصول الرسالة إلى المرسل إليه، وبالتالي لا تطرح مشكلة الفارق الزمني بين تصدير القبول وتسلمه، لأنه لا يتصور تصدير القبول دون تسلمه في التعاقد عن طريق الوسائط الإلكترونية، وذلك لانعدام الفارق الزمني بين التصدر والتسلم، فالتصرفات الإلكترونية هي تصرفات عن بعد ولكنها فورية ومتعاصرة¹. وهذا ما يؤكد الاندماج بين نظرتي التصدير والتسلم، لأنه بدون إرسال الرسالة لا يتم تسلمها في نفس الوقت من الطرف الآخر، فتصدير القبول وتسلمه من طرف الموجب يتم في لحظة واحدة، بل في ثوان معدودة، وهذا راجع للسرعة التي تتميز بها هذه الوسائط.

¹ - Xavier LINANT DE BELLEFONDS, la problématique française, colloque du 13 mai 1998 commerce électronique et avenir des circuits de distribution (de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives française, aspects juridiques et fiscaux) gazette du palais- dimanche 18 au mardi 20 /04/ 1998, p.17.

البند الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني.

في هذا الشأن يمكن القول أنه طبقاً للقواعد العامة الواردة في المادة 67 من القانون المدني الجزائري، فإن مكان إبرام العقد المبرم بين متعاقدين غائبين، يتحدد بالمكان الذي يعلم فيه الموجب بالقبول أو يصل إليه القبول فيه، على أساس أن وصول القبول قرينة على العلم به. فالقاعدة التقليدية المستقرة في هذا المجال هي أن تحديد مكان إبرام العقد يتبع تحديد زمان إبرامه.

إلا أن تطبيق هذه القاعدة على العقود الإلكترونية غير ذي جدوى، كون أن العقود التقليدية يكون المكان الذي يصل فيه القبول إلى الموجب هو المكان الذي يوجد فيه الموجب نفسه، لأن القبول يرسل إليه في موطنه، وهكذا يمكن بسهولة التحقق من مكان إبرام العقد لأنه مكان وجود الموجب. أما في العقد الذي يبرم إلكترونياً، فإن صعوبة تحديد مكان إبرام العقد الإلكتروني ترجع إلى صعوبة تحديد مكان استقبال الرسالة، لأنها تتم عبر فضاء إلكتروني غير مادي، ومن ثم يثار التساؤل حول الاعتداد بمحل إقامة المتعاقد، أو مكان الذي تم تسلم الرسالة أو القبول فيه¹، وهذه خصوصية أخرى تضاف إلى خصوصيات العقد الإلكتروني.

ولقد تظن القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية الأونسترال لهذه المسألة، ووضع قاعدة خاصة بهذا المجال في المادة 15 فقرة 4 يتمكن من خلالها المتعاقدون من التحقق من هذا المكان بسهولة، حيث تنص هذه المادة على ما يلي "مالم يتفق المنشئ والمرسل إليه على غير ذلك، يعتبر أن رسالة البيانات أرسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل المنشئ، ويعتبر أنها استلمت في مكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل إليه، ولأغراض هذه الفقرة:

أ/ إذا كان للمنشئ أو المرسل إليه أكثر من مقر عمل واحد، وكان مقر العمل هو مقر الذي له علاقة بالمعاملة المعنية، أو مقر العمل الرئيسي إذ لم توجد مثل تلك المعاملة.

ب/ إذا لم يكن للمنشئ أو المرسل إليه مقر عمل، يشار من ثم إلى محل إقامته المعتادة".

ومنها يتضح أن قواعد تحديد المكان في هذا القانون، تتضمن ما يأتي:

1- إعطاء الأولوية لاتفاق أطراف العقد.

2- إذا لم يتفق الأطراف جعل المكان هو مقر عمل المرسل إليه.

3- إذا كان للمرسل إليه أكثر من مقر عمل، جعل المكان هو مقر العمل الذي له صلة

بالمعاملة محل العقد، وإذا لم يوجد جعل مقر العمل الرئيس هو المكان.

¹ - موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط. 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011، ص.

4- إذا لم يوجد مقر عمل، جعل محل إقامة المرسل إليه المعتاد هو مكان انعقاد العقد¹.
لكن تجد الإشارة أن أهمية تحديد مكان إبرام العقد تكتسي أهمية بالغة في مجال التعاقد في إطار القانون الخاص، باعتبارها من معايير تحديد القانون الواجب التطبيق والمحكمة المختصة، لكن هذا الأمر لا يطرح في مجال التعاقد الإداري، ذلك أن المشرع قد تكفل بتحديد كل جوانب والنتائج المترتبة عن هذه المسألة (الإختصاص القضائي، القانون الواجب التطبيق) وهو ماسيوضح لاحقاً.

المطلب الثاني: مدى إمكانية إبرام العقد الإداري إلكترونياً.

إن التحول من الأساليب الإدارية التقليدية في إنجاز أعمال الإدارة، إلى الأساليب الإدارية العامة الإلكترونية التي تمتاز بتقديم خدمات ذات كفاءة عالية وبأسرع وقت وأقل تكلفة، أدى إلى ظهور أعمال الإدارة القانونية الإلكترونية تحت اسم القرار الإداري الإلكتروني²، كما فتح الإمكانية في تعاقد جهة الإدارة إلكترونياً عبر شبكة الإنترنت والوسائل الإلكترونية الأخرى ضمن ما يعرف بالعقد الإداري الإلكتروني.

وكما هو الشأن بالنسبة للمشرع الفرنسي الذي يعتبر تجربة رائدة في تنظيم عملية إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، والمشرعين في العديد من الدول العربية كالإمارات العربية المتحدة، سعى المشرع الجزائري إلى تطوير منظومة إبرام الصفقات العمومية في سبيل إدراج أحكام تعزز إمكانية تعاقد جهة الإدارة إلكترونياً، وكان ذلك من خلال إدراج بعض الأحكام في المرسوم رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقاً، والتي

¹ - علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية- التراضي والتعبير عن الإرادة-، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014، ص. 157.
² - تعددت التعريفات التي قيلت في القرار الإداري التقليدي، إلا أن هذه التعريفات لا يمكن أن تخرج عن أنه " عمل قانوني من جانب واحد يتضمن إعلان من طرف السلطة الإدارية عن إرادتها في إحداث أثر قانوني في مواجهة الأفراد بصورة تنفيذية، أي في صورة تؤدي إلى التنفيذ المباشر".
أنظر:

Jean RIVERO, o p. cit., p. 110.

وأما إذا كنا أمام نظام الإدارة العامة الإلكترونية فهذا يعني أن الإدارة ستجري تصرفاتها القانونية بشكل كلي أو جزئي عبر شبكة الإنترنت الأمر الذي أدى إلى بروز مصطلحات قانونية جديدة في هذا الميدان كالعقد الإداري الإلكتروني والقرار الإداري الإلكتروني، والذي يكمن تعريفه بأنه: تلقي الإدارة العامة الطلب الإلكتروني على موقعها الإلكتروني، وإفصاحها عن رغبتها الملزمة بإرادتها المنفردة بإصدار القرار، رداً على الطلب والتوقيع عليه إلكترونياً، والإعلان صاحب الشأن إلكترونياً. للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر علاء محي الدين مصطفى، القرار الإداري الإلكتروني، مداخلة في المؤتمر العلمي السابع عشر للمعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية - الحكومة الإلكترونية)، الإمارات العربية المتحدة، 2009، ص. 106.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

يمكن إعتبارها خطوة أولى في مجال الإعتراف بإمكانية إبرام صفقة عمومية إلكترونية في الجزائر، وهذا ما سنحاول الوقوف عليه في هذا المطلب.

ووتوضيح ذلك سيتم تقسيم هذا المطلب إلى الأساليب التقليدية ومدى قابليتها لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية (فرع أول)، لننتقل بعد ذلك لدراسة الأساليب الحديثة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية (فرع ثاني)، محاولين معرفة موقف القوانين المقارنة وموقف المشرع الجزائري من أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

الفرع الأول: الأساليب التقليدية ومدى قابليتها لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

انطلاقاً من هذه الطبيعة الجديدة العمل الإداري، والتي تتم عبر بيئة رقمية إلكترونية، وما يثيره التعاقد الإداري الإلكتروني من صعوبات تبعاً لطبيعته، وطرق انعقاده، ومشاكل قد لا تثار عند إبرام العقد الإداري بالطرق التقليدية التي سبق دراستها، وتنادياً للتكرار، سيتم التعرض إلى أهم أساليب إبرام العقد الإداري الإلكتروني المعروفة حالياً، والتي تم تطويرها انطلاقاً من الأساليب التقليدية المعروفة لإبرام العقد الإداري، لتوائم طبيعة وخصوصية التعاقد الإداري الإلكتروني، بدء بأسلوب الممارسة (بند أول)، مروراً بأسلوب الإتفاق المباشر (بند أول)، وصولاً إلى أسلوب التفاوض التنافسي (بند ثالث).

البند الأول: أسلوب الممارسة.

يعد هذا الأسلوب من الاستثناءات التي ترد على القاعدة العامة في التعاقد الإداري بطريق المناقصات، بحيث يكون للإدارة فيه حرية أكبر في اختيار المتعاقد معها، وتتاح لها فرصة الدخول في مفاوضات مع المرشحين للتعاقد. فلا وجود فيه لمبدأ آلية الإرساء المعروف في مجال التعاقد عن طريق أسلوب المناقصة أو طلب العروض¹، على الرغم أنه كما في حالة المناقصة أو طلب العروض يقوم على أساس المنافسة بين عدة المتقدمين لاختيار أفضل العروض فنياً ومالياً.

وتعرف الممارسة بأنها " أن تقوم الإدارة بالتفاوض علناً مع عدد من العارضين كلما كان ذلك ممكناً للتعرف على أسعارهم من أجل الوصول إلى أفضل تعاقد". وتجدر الملاحظة أن عبارة "أفضل تعاقد" لا يقصد بها عنصر السعر، أي الذي يقدم أقل سعر بالضرورة، بل يمكن أن تختار الإدارة المتعاقدة الذي يقدم أحسن عرض من ناحية الفينة دون تقييد بعنصر السعر، وهذا ما يطلق عليه السلطة التقديرية للجهة المتعاقدة.

¹ - عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري - نشاط الإدارة ووسائلها-، منشأة المعارف، الإسكندرية- مصر، 2004، ص. 187.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

فالممارسة في القانون الإداري، يقصد بها إذن قيام الجهة المتعاقد بالتفاوض مع المتنافسين أصحاب العروض وقف إجراءات يحددها التشريع، للوصول إلى أفضل العروض من ناحية الشروط والأسعار التي يقبل بها أحدهم فتبرم العقد معه¹.

على أن التعاقد بطريق الممارسة يتطلب اتباع بعض إجراءات المناقصة أو طلب العروض. إلا أن الممارسة تختلف عن أسلوب التعاقد بالمناقصة العامة، في أن الإدارة ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة الإرساء أو البت في العروض حسب آلية الإرساء -مبدأ الإرساء- إذا إتبع أسلوب المناقصة العامة، أما إذا تعاقدت بأسلوب الممارسة، فهي غير ملزمة بالتعاقد مع من حددته لجنة الإرساء أو البت، وإنما تملك الجهة المتعاقدة سلطة تقديرية واسعة في تقدير العروض واختيار أفضلها، والتعاقد معه². مع التأكيد أن هذا لا يتنافى مع إخضاع إجراء الممارسة لتنظيم قانوني دقيق يتعين على جهة الإدارة إتباعه، هذا من ناحية. ومن ناحية أخرى، فإن مبدأ السرية المعروف في المناقصات يتلشى في أسلوب الممارسة، حيث تكون علنية ذلك أن لكل مشارك فيها الحق في الإطلاع على مضمون العروض التي قدمها العارضون الآخرون، وهذا هو جوهر الاختلاف بين أسلوب الممارسة وأسلوب طلب العروض.

فالإدارة إذا تعاقدت وفق أسلوب طلب العروض، لا يمكن لها الدخول في مفاوضات مع المتنافسين، وتلتزم بالتعاقد مع المتنافس الذي قدم أحسن عرض من الناحية الاقتصادية وفق معايير محددة مسبقاً (مبدأ آلية الإرساء). أما في أسلوب الممارسة، فإن الإدارة تقوم بدعوة المتنافسين أصحاب العروض في جلسة علنية واحدة من أجل أن تتفاوض معهم للوصول إلى أفضل الشروط والأسعار، والتي يقبلها أحدهم فتبرم العقد معه، ولها سلطة تقديرية واسعة في ذلك، حيث يطلب من كل متنافس أن يدلي بسعره في حضور الآخرين، ودون التقيد بالأسعار التي سبق لهم التقدم بها في المظاريف³. وهذا هو أساس إجراء الممارسة (عنصر التفاوض)⁴، بخلاف لما دأبت بعض الدراسات (الجزائر -مصر) على الأخذ به، والقول بأن أسلوب الممارسة هو نفسه أسلوب طلب العروض في فرنسا. وبالتالي يتلشى مبدأ سرية العطاءات الذي يميز أسلوب

¹ ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، ط.1، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية- مصر، 2004، ص. 86.

² حازم صلاح الدين عبد الله، المرجع السابق، ص. 247.

³ نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2005، ص. 268.

⁴ يقصد بالمفاوضة في مجال العقود الإدارية إجراء مرحلي تقوم به السلطة الإدارية المتعاقدة مع الطرف الآخر الراغب في التعاقد بشأن الإعداد لإبرام العقد، أو تسوية نقطة خلافية بينهما تتعلق بشروط العقد أو تنفيذه. أنظر مهندس مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط. 2013، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، 2013، ص. 590.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المناقصة وطلب العروض في أسلوب الممارسة، باعتبار أن كل متنافس فيها يمكنه الإطلاع على مضمون العروض التي يقدمها المتنافسون الآخرون كما أشرنا سابقا.

وقد أكدت المحكمة الإدارية العليا في مصر على مبدأ المفاوضة كأحد أهم عناصر الممارسة، حيث قضت بأنه "يتعين على لجنة الممارسة مجتمعة القيام بممارسة الموردين ومناقشتهم في جلسة علنية مفتوحة، ويهدف هذا الإجراء إلى إنكفاء روح المنافسة للهبوط بالأسعار إلى أقل حد ممكن، فلا يقف عمل اللجنة عن الأخذ بأقل العطاءات المقدمة سعرا، بينما يتعين عليها مفاوضة المتمارسين في أسعارهم بغينة الوصول إلى أقل العطاءات سعرا وأنسبها فنيا مسترشدة في ذلك بسعر السوق"¹.

على أن موقف كل من مشرعين الفرنسي والمصري بخصوص الممارسة يختلف، فالقانون الفرنسي لم يحدد حالات لجوء الإدارة لإجراء الممارسة وأعطى سلطة تقديرية لجهة الإدارة في اختيار أي شكل من أشكال الممارسة، باعتبار أن الممارسة قد تكون عامة، حيث يسمح لجميع من توفرت فيهم الشروط دون استثناء، المشاركة فيها وتقديم عروضهم والمشاركة في المفاوضات، بينما في الممارسة المحدودة يكون تعاقد على أشياء بعينها تطلب من أشخاص أو جهات محددة بذاتها أو من أماكن إنتاجها، وهو ما لا يتوفر في العامة، بل توجه الممارسة إلى أشخاص معينين تتوفر فيهم شروط خاصة. واكتفى بتعريفها، وتوضح إجراءات العمل بها²، تحت مسمى (Procédure concurrentielle avec négociation)، بأنها الإجراء الذي من خلاله تتفاوض السلطة المتعاقدة بشأن شروط العقد مع واحد أو أكثر من المتعاملين الاقتصاديين المرخص لهم بالمشاركة في المفاوضات³، مع إلزام السلطة المتعاقدة أن تبين في وثائق الاستشارة الحد الأدنى من المتطلبات التي يجب أن تتوفر في العروض المقدمة.

وبتمحيص هذا الإجراء الذي جاءت به المادة 71 من قانون العقود العامة الفرنسي المشار إليها آنفا، نرى أن المشرع الفرنسي قد تبنى الشكل الثاني من أشكال الممارسة، الممارسة

¹ - حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 45 ق.، جلسة 2001/10/28، أنظر مجموعة المبادئ التي قررتها المحكمة الإدارية العليا من أول أكتوبر إلى آخر ديسمبر 2001، المكتب الفني، ص. 18.

² - Voir Les Art. n° 72- 73 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité.

³ - Art. n° 71/ 1 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité. « La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations. »

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المحدودة، حيث يسمح للمتعاملين الذين تم انتقاؤهم بعد الإستشارة المشاركة في المفاوضات، على أن يتم تحديد الشروط الدنيا التي لا يمكن التنازل عنها عند التفاوض.

بعكس القانون المصري الخاص بتنظيم تعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقاً، فإنه حدد حالات الممارسة المحدودة، والتي يمكن للإدارة فيها الحق اللجوء إلى هذا إجراء وهي:

- الأصناف التي يتم تصنيعها أو إستردادها أو تقديمها من قبل أشخاص أو كيانات بذاتها، أو الأصناف التي تقتضي طبيعتها أو الغرض من الحصول عليها أن يكون إختبارها أو شراؤها من أماكن إنتاجها
 - التعاقدات المرتبطة بإعتبارات الأمن القومي
 - الأصناف أو الأعمال أو الخدمات التي تتطلب أن تكون متوافقة مع ما هو موجود حالياً بسبب عدم وجود بدائل لها وتكون متوافرة لدى أكثر من مصدر¹.
- هذه الحالات السابقة يمكن القول أنها المجال الإلزامي للإدارة لاتباع طريق الممارسة المحدودة، فيما نجد 54 من نفس القانون قد حددت شروط لجوء الإدارة للتعاقد وفق إجراءات الممارسة العامة وهي:

- أن يكون متاحاً للجهة الإدارية وضع توصيف محدد ودقيق لموضوع التعاقد،
 - أن يكون لموضوع التعاقد معايير قابلة للقياس الكمي، والتي على أساسها يتم تحديد مدى إستجابة العروض فنياً،
 - أن يكون معلوماً لدى الجهة الإدارية وجود عدد كافٍ من الموردين أو المقاولين أو مقدمي الخدمات للمشاركة في العملية لضمان تحقيق المنافسة الفعالة.
- والجدير بالملاحظة أن هذا الأسلوب قد قيد المشرع لجوء الإدارة إليه في عمليات شراء وإستئجار المنقولات والعقارات، والتعاقد على مقاولات الأعمال وتلقى الخدمات والأعمال الفنية فقط، وعلى العموم تتبعه الإدارة في غالب الأحوال في الحالات التي تتطلب نوع من الخبرة الفنية التي تتطلب نوع من الدقة، وتتطلب السرعة في تنفيذها²، وهذا ما أدى بالمشرع إلى النص على

¹ - أنظر المادة 55 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

² - في دولة الإمارات العربية المتحدة حددت حالات اللجوء إلى أسلوب الممارسة بعشرة نقاط أهمها:

- الأصناف ومقاولات الأعمال التي لا تتحمل الانتظار حتى إجراءات عمل المناقصات، أو كانت قيمتها لا تتناسب مع تكاليف إجراء المناقصة.

- تقديم المواد أو تنفيذ الأعمال بدلاً من المورد أو المقاول المقصر أو الناكث عن التنفيذ أو عند فسخ العقد.

أما المشرع الأردني فقد حدد حالات استخدام أسلوب الممارسة في المادة 20 من نظام الأشغال الحكومية رقم 71 لسنة 1986. للمزيد من التفصيل حول هذا الموضوع أنظر: ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 84، نواف كنعان، المرجع السابق، ص. 269 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ضرورة تعجيل الإدارة القيام بتعاقد وفق هذا الأسلوب بالشكل الإلكتروني من خلال المنظومة الإلكترونية المشار إليها سابقا في نص الفقرة 2 من المادة 56 التي بينت كيفية قيام آلية التمارس حيث نصت في فقرتها الأولى " تتم الممارسة بنوعيتها بقيام مقدمي العطاءات المقبولة عروضهم فنيا دون غيرهم بالتمارس في الجلسة المحددة لذلك من خلال جولة أو عدة جولات وصولا لإختبار العطاء الأفضل شروطا تعاقدية والأقل سعرا...¹. وهذا ما من شأنه أن يعجل في تلاشي إجراءات الممارسة التقليدية، وظهور إجراءات جديدة لإبرام العقد الإداري من خلال إجراء الممارسة الإلكترونية، تعزيزا للسرعة والشفافية في إبرام العقد الإداري، ليتحول العقد الإداري إلى عقد إداري إلكتروني.

ونحن بدورنا لا نجد ما يمنع من إجراء هذا الأسلوب -الممارسة- بالوسائل الإلكترونية الحديثة كالإنترنت من خلال المحادثة عن طريق الفيديو (chat groups)، حيث تسمح هذه الوسائل باجتماع عدة اطراف في نفس الوقت عبر الأقمار الصناعية أو شبكة المعلومات الدولية، وسماع كل واحد منهم للآخر، مما يعزز مبدأ المنافسة، خاصة في حالة وجود أشخاص من خارج الدولة يشاركون في المفاوضات، كون أن مايميز الممارسة أنها لا تخضع لكل الإجراءات الطويلة التي تتطلبها المناقصات، كما أن عملية تقديم العروض لا تتسم بالسرية، التي تعتبر أساس تقديم العروض في المناقصات، فكل عارض في إجراء الممارسة يكون على علم بمضمون العروض المالية والفنية التي يقدمها العارضون الآخرون.

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي الذي يعتبر رائدا في مجال إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، وعلى وجه التحديد المرسوم رقم 692-2002 متعلق بتطبيق الفقرتين 1 و 2 من المادة 56 من قانون العقود العامة المشار إليه سابقا، نجد أنه تضمن مايفيد صراحة إمكانية قيام بإجراءات الممارسة بالشكل الإلكتروني، وهذا ما نستشفه من خلال إستقراء نصوصه، وهذا ما سنوضحه لاحقا، علما أننا لن نتطرق إلى الإجراءات المتبعة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية عند التطرق لأساليب إبرام العقود الإدارية، بل سنفصل فيها في المطلب الثاني من هذا المبحث، الخاص بإجراءات إنعقاد العقد الإداري الإلكتروني ومراحلها.

¹ - أنظر المواد 123 و 124 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليها.

البند الثاني: الإتفاق المباشر الإلكتروني (التراضي).

يعتبر هذا الأسلوب استثناء على القاعدة العامة في إبرام العقود الإدارية (المناقصة أو طلب العروض)، ذلك لأن الإدارة لا تلجأ إليه إلا في حالة استحالة اللجوء إلى الطرق الأخرى، فلا يرخص به القانون إلا على سبيل الإستثناء، وفي حالات يحددها القانون.

ويعرف أسلوب الإتفاق المباشر بأنه إجراء يمكن الإدارة من التعاقد مع شخص معين بدون الالتزام بإجراءات مسبقة، كما هو الحال بالنسبة للمناقصة أو الممارسة¹.

ويشترك هذا الإجراء مع أسلوب الممارسة في كونه استثناء عن الأصل العام في التعاقد بطريق المناقصة، وفي أن الإدارة تتمتع بصده بحرية كبيرة في اختيار من يتعاقد معها لا يقيدتها سوى اعتبارات الصالح العام، وبعض الضوابط المحددة بنصوص قانونية. على أنه ينبغي التأكيد أن أي أسلوب استثنائي في إبرام العقود الإدارية لا يمكن اللجوء إليه دائما وفي كل الأوقات والحالات، بل لا بد من ضبطه بقواعد وشروط محددة بنصوص قانونية، لألا يتم التوسع فيه.

وتكاد تجمع القوانين في الدول المقارنة على الدواعي التي تدعو الإدارة إلى اتباع أسلوب الإتفاق المباشر، وإن اختلفت الصياغة فهي واحدة، تصب مجملها في سبيل تحقيق المصلحة العامة، وتقادي التأخير في التعاقد. وهذا ما أكدته قواعد قانون الأمم المتحدة للتجارة الدولية النموذجي الأونيسترال المشار إليه سابقا، حيث حددت فترة الاستخدام أسلوب الإتفاق المباشر بمرة واحدة خلال السنة الواحدة، وبشرط تصريح بالقبول من السلطة المختصة مع إلزامية التسبيب².

ويعتبر الإتفاق المباشر أو التراضي مصطلح فرنسي تم استبداله في قانون العقود العامة الفرنسي لسنة 2016 الصادر بموجب المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، بمصطلح الإجراء التفاوضي مع الدعوة المسبقة للمنافسة *Procédure négociée avec mise en concurrence préalable*، بعدما كان يطلق عليه في قانون 2006 الصادر بموجب المرسوم رقم 2006-975 المشار إليه سابقا، بالتعاقد بناء على مفاوضة *procédure négociée*³، وهذا ماجعل بعض الفقه يخلط بين أسلوب الممارسة السابق الذي نصت عليه المادة 71 من قانون العقود لسنة 2016 تحت مسمى *La procédure concurrentielle avec négociation*، والأسلوب الذي نصت عليه المادة 74 من نفس القانون تحت مسمى *Procédure négociée avec mise en concurrence préalable*، الأمر الذي جعلنا نطرح تساؤل عن الفرق بين

¹ - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص. 84.

² - أنظر المادة 2 الفقرة 2 من قانون الأمم المتحدة للتجارة الدولية النموذجي الأونيسترال المشار إليه سابقا.

³ - Voir Art. n° 34 du Décret n° 2006-975, portant code des marchés publics, Précité.

الأسلوبين؟، باعتبار أن نصوص المنظمة لكلا الأسلوبين لا نجدها تحدد ماهي الحالات التي تلجأ فيها الإدارة لإتباع كل أسلوب، مما يعني أن المشرع قد ترك السلطة التقديرية للإدارة في الإختيار الأسلوب الذي تراه مناسباً للتعاقد، لكنه قيدها بضرورة ضمان الحد الأدنى من المنافسة.

إن هذا الأمر جعل بعض الفقه يقول أن المشرع الفرنسي قد قسم أسلوب الإتفاق المباشر في قانون 2016 إلى نمطين نمط تنافسي منصوص عليه في المادة 71 السابقة الذكر، وآخر غير تنافسي منصوص عليه في المادة 74، كما فعل ذلك في نص المادة 35 من قانون 2006¹،

¹- Art n° 35 du Décret n° 2006- 975, portant code des marchés publics, Précité. " Les pouvoirs adjudicateurs peuvent passer des marchés négociés dans les cas définis ci-dessous.

I.-Peuvent être négociés après publicité préalable et mise en concurrence :

1 Les marchés et les accords-cadres pour lesquels, après appel d'offres ou dialogue compétitif, il n'a été proposé que des offres irrégulières ou inacceptables que le pouvoir adjudicateur est tenu de rejeter. Une offre irrégulière est une offre qui, tout en apportant une réponse au besoin du pouvoir adjudicateur, est incomplète ou ne respecte pas les exigences formulées dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation. Une offre est inacceptable si les conditions qui sont prévues pour son exécution méconnaissent la législation en vigueur, ou si les crédits budgétaires alloués au marché après évaluation du besoin à satisfaire ne permettent pas au pouvoir adjudicateur de la financer.

Les conditions initiales du marché ne doivent toutefois pas être substantiellement modifiées.

Le pouvoir adjudicateur est dispensé de procéder à une nouvelle mesure de publicité s'il ne fait participer à la négociation que le ou les candidats qui, lors de la procédure antérieure, ont soumis des offres respectant les exigences relatives aux délais et modalités formelles de présentation des offres ;

2 Les marchés et les accords-cadres de services, notamment les marchés de services financiers mentionnés au 6 de [l'article 29](#) et les marchés de prestations intellectuelles telles que la conception d'ouvrage, lorsque la prestation de services à réaliser est d'une nature telle que les spécifications du marché ne peuvent être établies préalablement avec une précision suffisante pour permettre le recours à l'appel d'offres ;

3 Les marchés et les accords-cadres de travaux qui sont conclus uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation ou de mise au point sans finalité commerciale immédiate;

4 Dans des cas exceptionnels, lorsqu'il s'agit de travaux, de fournitures ou de services dont la nature ou les aléas qui peuvent affecter leur réalisation ne permettent pas une fixation préalable et globale des prix.

II.-Peuvent être négociés sans publicité préalable et sans mise en concurrence :

1 Les marchés et les accords-cadres conclus pour faire face à une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour le pouvoir adjudicateur et n'étant pas de son fait, et dont les conditions de passation ne sont pas compatibles avec les délais exigés par les procédures d'appel d'offres ou de marchés négociés avec publicité et mise en concurrence préalable, et notamment les marchés conclus pour faire face à des situations d'urgence impérieuse liées à une catastrophe technologique ou naturelle. Peuvent également être conclus selon cette procédure les marchés rendus nécessaire pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des pouvoirs adjudicateurs en application des articles [L. 1311-4](#), [L. 1331-24](#), [L. 1331-26-1](#), [L. 1331-28](#), [L. 1331-29](#) et [L. 1334-2](#) du code de la santé publique et des

articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2_ et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation. Ces marchés sont limités aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situation d'urgence.

Par dérogation aux dispositions du chapitre V du titre II de la première partie du présent code, lorsque l'urgence impérieuse est incompatible avec la préparation des documents constitutifs du marché, la passation du marché est confirmée par un échange de lettres ;

2 Les marchés et les accords-cadres de fournitures concernant des produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'essai, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou de récupération des coûts de recherche et de développement ;

3 Les marchés et les accords-cadres passés selon la procédure de l'appel d'offres, pour lesquels aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée ou pour lesquels seules des offres inappropriées ont été déposées, pour autant que les conditions initiales du marché ne soient pas substantiellement modifiées et qu'un rapport soit communiqué, à sa demande, à la Commission européenne. Est inappropriée une offre qui apporte une réponse sans rapport avec le besoin du pouvoir adjudicateur et qui peut en conséquence être assimilée à une absence d'offre ;

4 Les marchés complémentaires de fournitures, qui sont exécutés par le fournisseur initial et qui sont destinés soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations d'usage courant, soit à l'extension d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait le pouvoir adjudicateur à acquérir un matériel de technique différente entraînant une incompatibilité avec le matériel déjà acquis ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. La durée de ces marchés complémentaires, périodes de reconduction comprises, ne peut dépasser trois ans. Le montant total du marché, livraisons complémentaires comprises, ne peut être égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à l'article 26, sauf si le marché a été passé initialement par appel d'offres et a fait l'objet d'un avis d'appel public à la concurrence publié au Journal officiel de l'Union européenne ;

5 Les marchés complémentaires de services ou de travaux qui consistent en des prestations qui ne figurent pas dans le marché initialement conclu mais qui sont devenues nécessaires, à la suite d'une circonstance imprévue, à l'exécution du service ou à la réalisation de l'ouvrage tel qu'il est décrit dans le marché initial, à condition que l'attribution soit faite à l'opérateur économique qui a exécuté ce service ou réalisé cet ouvrage :

a) Lorsque ces services ou travaux complémentaires ne peuvent être techniquement ou économiquement séparés du marché principal sans inconvénient majeur pour le pouvoir adjudicateur ;

b) Lorsque ces services ou travaux, quoiqu'ils soient séparables de l'exécution du marché initial, sont strictement nécessaires à son parfait achèvement.

Le montant cumulé de ces marchés complémentaires ne doit pas dépasser 50 % du montant du marché principal ;

6 Les marchés de services ou de travaux ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché précédent passé après mise en concurrence.

Le premier marché doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux services ou travaux. La durée pendant laquelle les nouveaux marchés peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché initial ;

وهذا ما لا نؤيده، حيث أنه باستقراء المادة 71 التي تنص على أسلوب La procédure concurrentielle avec négociation السابق الذكر، والآتي نصها:

« La procédure concurrentielle avec négociation est la procédure par laquelle un pouvoir adjudicateur négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Le pouvoir adjudicateur indique dans les documents de la consultation les exigences minimales que doivent respecter les offres. ».

يفهم منها أن الأمر يتعلق بإجراء استشارة يمكن خلالها التفاوض على شروط العقد بين السلطة المتعاقدة والمتعاملين الذين يتم انتقاؤهم بعد الاستشارة، على أن تبيّن وثائق الاستشارة الشروط الدنيا التي لا يمكن التنازل عنها عند التفاوض، وهو الإجراء الأقرب إلى أسلوب الممارسة على النحو الذي سبق وأن بيناه.

Procédure négociée avec mise en concurrence المادة 74 في

الآتي نصها:

« La procédure négociée avec mise en concurrence préalable est la procédure par laquelle une entité adjudicatrice négocie les conditions du marché public avec un ou plusieurs opérateurs économiques autorisés à participer aux négociations.

Le délai minimal de réception des candidatures est de quinze jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché ou, lorsque l'appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis périodique indicatif, à compter de la date d'envoi de l'invitation à confirmer l'intérêt.

La date limite de réception des offres peut être fixée d'un commun accord avec les candidats sélectionnés, à condition que cette date soit la même pour tous. En l'absence d'accord, l'entité adjudicatrice fixe un délai qui ne peut être inférieur à dix jours à compter de la date d'envoi

7 Les marchés et les accords-cadres de services qui sont attribués à un ou plusieurs lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à négocier ;

8 Les marchés et les accords-cadres qui ne peuvent être confiés qu'à un opérateur économique déterminé pour des raisons techniques, artistiques ou tenant à la protection de droits d'exclusivité ;

9 Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de matières premières cotées et achetées en Bourse;

10 Les marchés et les accords-cadres ayant pour objet l'achat de fournitures à des conditions particulièrement avantageuses, soit auprès d'un fournisseur en cessation définitive d'activité, soit auprès des liquidateurs d'une faillite ou d'une procédure de même nature.

de l'invitation à soumissionner.

L'entité adjudicatrice peut attribuer le marché public sur la base des offres initiales sans négociation, à condition d'avoir indiqué dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt qu'elle se réserve la possibilité de le faire. ».

فهي لا تتحدث عن استشارة، وإنما عن منافسة أولية بين كيان تعاقدى - ليس سلطة متعاقدة - قد يتشكل من عدة جهات، بعدها تجري مفاوضات بين متعاملين مؤهلين للمشاركة في المفاوضات مع هذا الكيان، بمعنى المؤهلون للتفاوض يجري انتقاؤهم أوليا بعد منافسة وليس بعد استشارة، على أنه يمكن للكيان التعاقدى منح الصفقة بدون تفاوض على أساس العرض الأولي، على أن يتم تبيين ذلك في الإعلان أو في الدعوة إلى المنافسة، وهو ما يعتبر أقرب إلى أسلوب الإتفاق المباشر مع بعض الخصوصية، التي تتجلى في عدم تحديد حالات اللجوء إليه من طرف الإدارة المتعاقدة، بل قيدها بضرورة احترام قواعد المنافسة والضمان الحد الأدنى منها فقط. هذا ما نستشفه من خلال استقراء كلا المادتين، مع التأكيد أنه يجب على المادتين أن تقرأ في سياق العنوان الفرعي اللتين وردتا فيه، وكذلك في سياق باقي المواد القريبة منهما.

على أنه فيما يخص إجراءات التفاوض والتعاقد عن طريق أسلوب الاتفاق المباشر وفقا لنص المادة 74 سابقة الذكر، فإن المشرع الفرنسي لم يضع له أي إجراءات خاصة به، وهو ما يفرض على الإدارة إذا أعلنت عنه ضرورة أن يتم وفق إجراءات الإعلان عن الممارسة المحدودة المنصوص عليها في مادة 71 سابقة الذكر.

ونعود ونؤكد أن هذا الإشكال لا يطرح في ظل قانون العقود العامة لسنة 2006 باعتباره كان واضحا، فمادة 34 منه، والتي عرفت الإتفاق المباشر صراحة بقولها بأنه الإجراء الذي بموجبه يختار الشخص العام أحد المترشحين بعد مناقشتهم ومفاوضتهم في شروط العقد، فيما حددت المادة 35 المشار إليها سابقا الحالات التي يمكن للإدارة اللجوء على هذا الأسلوب بنوعيه التنافسي وغير التنافسي.

ومن ثم فإن أسلوب الإتفاق المباشر لا يشكل أي عائق لإبرام العقد الإداري إلكترونيا، فلإدارة حرية الإعلان عن رغبتها في التعاقد عن طريق الإتفاق المباشر، وإن أعلنت عن ذلك، فإنه يتم من خلال توجيه الدعوة والتفاوض عبر البريد الإلكتروني، خاصة وأن هذا الأسلوب بعيد عن الاجراءات المعقدة التي تحكم باقي أساليب التعاقد الإداري.

البند الثالث: التفاوض التنافسي Dialogue compétitif

يعتبر هذا الأسلوب أسلوباً فرنسياً بحتاً، يشبه إلى حد بعيد أسلوب الاستشارة الإنتقائية في الجزائر، باعتبارها أحد أشكال المناقصات سابقاً في القانون الجزائري¹، خاصة من ناحية القواعد الإجرائية، بينما سماه القانون المصري رقم 182 لسنة 2018 بالمناقصة على مرحلتين. وقد نصت عليه المادة 75 من المرسوم رقم 2016-360 المتضمن قانون العقود العامة في فرنسا المشار إليه سابقاً، وعرفته بأنه الإجراء الذي يمكن المشتري من القيام بحوار مع المرشحين المقبولين للمشاركة في الإجراء بهدف تحديد أو تطوير حل واحد أو أكثر من المحتمل أن يلبي احتياجاته، وعلى أساسه سيتم دعوة المشاركين في الحوار لتقديم العرض النهائي². وعليه يتضح من هذه المادة أن السلطة المتعاقدة قد تلجأ إلى هذا الإجراء إذا كانت في وضعية المشتري وأرادت شراء أو إقتناء حاجات، حيث تعبر عن رغبتها في الحصول على اقتراحات حول تنفيذ العقد سواء الشروط الفنية أو المالية أو القانونية، نظراً لعدم توافر هذه المعطيات لديها. وبعد أن تأخذ هذه المقترحات ودراستها لتخرج بصيغة قانونية لطبيعة للعقد المراد إبرامه، فتقوم بطرح العقد، بحيث تقتصر المشاركة على من استجاب وقدم مقترحات سابقاً حتى ولو تم إهمال مقترحاته عند إعداد العقد من طرف السلطة المتعاقدة. فالغرض من الحوار هنا هو تنوير الجهة المتعاقدة، وتعرفها على الوسائل الأنسب لتلبية احتياجاتها، على أنه يمكن مناقشة جميع جوانب العقد مع المترشحين المختارين.

¹ - تعد الاستشارة الإنتقائية حسب المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن قانون الصفقات العمومية المشار إليه سابقاً، شكلاً من أشكال المناقصة، حيث تم اعتماد هذا الإجراء منذ صدور المرسوم رقم 82-145 المتعلق بالصفقات التي يبرمها المتعامل العمومي المشار إليه سابقاً بموجب المادة 32، وظل هذا الأسلوب جاري العمل به إلى غاية صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقاً الذي ألغى الإستشارة باعتبارها شكلاً من أشكال المناقصة وأسلوب مستقل بذاته في إبرام الصفقات العمومية، مع الإبقاء على الإستشارة كإجراء مرتبط بالأساليب التي أقرها المرسوم لإبرام الصفقات العمومية، كإجراء طلب العروض المحدود المنصوص عليه في المادة 45، وإجراء التراضي بعد الإستشارة المنصوص عليه في المادة 51 والمادة 52.

² - Art. n° 75/ 1 du Décret n° 2016-360, Précité, « Le dialogue compétitif est la procédure dans laquelle l'acheteur dialogue avec les candidats admis à participer à la procédure en vue de définir ou développer une ou plusieurs solutions de nature à répondre à ses besoins et sur la base de laquelle ou desquelles les participants au dialogue sont invités à remettre une offre... ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وقد اشترطت الفقرة 2 من المادة 75 سابقة الذكر ضرورة تحديد الجهة المتعاقدة لاحتياجاتها ومتطلباتها موضوع العقد، وشروط الحوار، ومعايير المنح في إعلان العقد، أو وثيقة استشارة أخرى.

أما المادة 76 من نفس المرسوم، فقد فتحت إمكانية إجراء الحوار مع المشاركين في مراحل مختلفة لتقليل عدد الحلول والمقترحات التي سيتم مناقشتها من خلال تطبيق معايير الترسية المحددة في إعلان العقد، أو في وثيقة إستشارة أخرى. على أن يكون عدد الحلول والمقترحات المتبقية في المرحلة الأخيرة كافيا لضمان المنافسة الحقيقية، بشرط أن يكون هناك عدد كاف من الحلول والمقترحات المستوفية للشروط المطلوبة. على أن آخر موعد لاستلام الطلبات المستجيبة للدعوة للحوار هي 30 يوم من تاريخ إرسال إعلان العقد¹.

¹ - Art. n° 76 du Décret n° 2016-360, Précité. « I. - Le délai minimal de réception des candidatures est de trente jours à compter de la date d'envoi de l'avis de marché.

II. - L'acheteur ouvre avec les participants sélectionnés un dialogue dont l'objet est l'identification et la définition des moyens propres à satisfaire au mieux ses besoins. Tous les aspects du marché public peuvent être discutés avec les participants sélectionnés.

Le dialogue peut se dérouler en phases successives de manière à réduire le nombre de solutions à discuter, en appliquant les critères d'attribution définis dans l'avis de marché ou dans un autre document de la consultation. L'acheteur indique, dans les documents de la consultation, s'il fera usage de cette possibilité.

Dans la phase finale de dialogue, le nombre de solutions restant à discuter doit être suffisant pour assurer une concurrence réelle, pour autant qu'il y ait un nombre suffisant de solutions remplissant les conditions requises.

L'acheteur poursuit le dialogue jusqu'à ce qu'il soit en mesure d'identifier la ou les solutions qui sont susceptibles de répondre à ses besoins.

Le dialogue est conduit dans le respect du principe d'égalité de traitement de tous les participants. a cette fin, l'acheteur s'abstient de donner toute information susceptible d'avantager certains participants par rapport à d'autres.

III. - Lorsqu'il estime que le dialogue est arrivé à son terme, l'acheteur en informe les participants restant en lice et les invite à présenter leur offre finale sur la base de la ou des solutions qu'ils ont présentées et spécifiées au cours du dialogue. Il vérifie que les offres finales comprennent tous les éléments requis et nécessaires pour la réalisation du projet. Des précisions, clarifications, perfectionnements ou compléments peuvent être demandés aux participants sur leur offre finale. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier les aspects essentiels de l'offre finale, notamment les besoins et exigences indiqués dans les documents de la consultation, lorsque les modifications apportées sont susceptibles de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

IV. - A la demande de l'acheteur, l'attributaire peut être amené à clarifier des aspects de son offre ou à confirmer les engagements figurant dans celle-ci. Cependant, ces demandes ne peuvent avoir pour effet de modifier des éléments fondamentaux de l'offre ou des caractéristiques essentielles du marché public, dont la variation est susceptible de fausser la concurrence ou d'avoir un effet discriminatoire.

V. - L'acheteur peut prévoir des primes au profit des participants au dialogue. Le montant de

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أما في مصر فنشير أنه لا وجود لهذا الإجراء في ظل القانون رقم 89 لسنة 1998 الملغى، غير أنه بصدور القانون رقم 182 لسنة 2018 تم إقراره تحت اصطلاح المناقصة على مرحلتين وذلك بموجب المادة 7 السابقة الذكر التي بينت أساليب التعاقد، لتأتي المادة 58 وتبين حالات اللجوء إليه وإجراءاته¹.

حيث تنص المادة 1/58 في ما يخص حالات اللجوء إلى هذا الإجراء " يجوز التعاقد... بطريق المناقصة ذات مرحلتين... في أي من الحالات التالية:
التعاقدات ذات المواصفات الفنية المركبة،

عندما ترغب الجهة الإدارية أن تأخذ في الاعتبار مختلف الحلول الفنية أو التعاقدية والمزايا بالنسبة لتلك الحلول قبل إتخاذ قرار في شأن المواصفات الفنية النهائية والشروط التعاقدية.
عندما لا تتوفر تفاصيل المواصفات الفنية الدقيقة أو خصائص الموضوع محل التعاقد عند البدء في إجراءات الطرح...".

فيما بينت الفقرة 2 من ذات المادة إجراءات العمل وفق هذا الإجراء، الذي يتم الإعلان عنه بإحدى الصحف اليومية واسعة الانتشار أو بدعوة المسجلين أو المؤهلين من المشتغلين بالنشاط، حيث يطلب كمرحلة أولى المرشحين تقديم عروضهم الفنية الأولية فقط دون العروض مالية، مرفوقة بملاحظاتهم على شروط العقد المقترحة، وأي شروط أخرى يقترحونها، ليتم بعد ذلك الدخول في مناقشات مع أي من أصحاب العروض المستجيبة للحد الأدنى من المتطلبات الأساسية الواردة في دفتر الشروط، للوصول إلى إطار أعمال ومتطلبات الفنية وتعاقدية دقيقة تحقق إحتياجات الجهة الإدارية بما يحقق أكبر قدر من المنافسة، يخطر مقدمو العروض بنتيجة المرحلة الأولى. لتبدأ المرحلة الثانية، حيث يطلب من المرشحين المقبولة عروضهم في المرحلة الأولى فقط تقديم عرض جديد يتضمن العرض الفني الذي تم تحينه طبقا للشروط والمواصفات الدقيقة المتوصل إليها في المرحلة الأولى، بالإضافة إلى العرض المالي الذي لا بد أن يستجيب للشروط السابقة.

أما في الجزائر، فإن مايقابل أسلوب الحوار التنافسي في فرنسا هو أسلوب الإستشارة الإنتقائية الذي نصت عليه المادة 28 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتعلق بالصفقات العمومية المعدل والمتمم المشار إليه سابقا، كشكل من أشكال المناقصة كما سبق الإشارة، فيما

la prime est indiqué dans les documents de la consultation et la rémunération du titulaire du marché public tient compte de la prime qui lui a été éventuellement versée pour sa participation à la procédure. ».

¹ - أنظر كذلك المواد 126 و127 و128 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

عرفته المادة 31 من ذات المرسوم بأنه " إجراء يكون المرشحون المرخص لهم بتقديم عرض فيه هم المدعون خصيصا للقيام بذلك بعد إنتقاء أولي..."، ويكون لجوء الإدارة لهذا الأسلوب في الأعمال موضوع العقد المعقدة أو نظرا لطبيعتها الخاصة، فتقوم بانتقاء مسبق للمترشحين في مرحلة أولى قبل دعوة المقبولين منهم لإيداع العروض.

وتجري الإستشارة بداية وفق نظام انتقاء مسبق يتضمن حسب المادة 32 توجيه رسالة استشارة للمترشحين الذين جرى انتقاؤهم الأولي من أجل تقديم عروضهم التقنية دون المالية، تمهيدا لتقييمها من طرف لجنة تقييم العروض، مع إمكانية المصلحة المتعاقدة تنظيم اجتماعات بحضور أعضاء لجنة تقييم العروض، وحتى خبراء معينين لغرض الإستفادة من معلوماتهم ما داموا أصحاب اختصاص، وهو ما يؤكد الطابع التقني المعقد للإستشارة من حيث محل العقد.

ويمكن في هذه الإجتماعات للجنة تقييم العروض أن تطلب من المترشحين المشاركين تقديم توضيحات أو تفصيلات غير معدلة لعروضهم، وتكون هذه الأجوبة مكتوبة تضاف إلى محاضر الإجتماع وجزء لا يتجزأ من عروضهم التي تتسم بالسرية التامة، وعلى هذا الأساس يتم انتقاء عروض المترشحين الجيدة التي يمكنها التنافس على هذا نوع من العمليات المعقدة والدقيقة.

وبعد تأهيل العروض وقبولها من قبل المصلحة المتعاقدة في المرحلة الأولى، تأتي مرحلة ثانية يتم التنافس فيها بين أحسن العارضين الذين تم انتقاءهم في المرحلة الأولى، والذين هم مدعون وحدهم فقط لتقديم عرض تقني، ومالي نهائي مطابق لدفتر الشروط المعدل عند الضرورة، ليتم فتح عروضهم وتقييمها طبقا لأحكام القانون واختيار أحسنها¹.

لكن نعود ونؤكد أن الإستشارة بالشكل الذي فصلنا فيه سابقا كانت في ظل سريان قانون الصفقات العمومية صادر بموجب المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المعدل والمتمم، أي قبل صدور المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، الذي بصدوره تم التخلي عن أسلوب المناقصة كأصل في إبرام الصفقات العمومية، وعوضه أسلوب طلب العروض، وبالتالي تم التخلي عن أسلوب الإستشارة الإنتقائية بالشكل السابق بإعتبارها شكلا من أشكال المناقصة.، لكن هذا الأمر لا يعنى أن المرسوم الرئاسي رقم 15-247 لم يتعرض للإستشارة على الإطلاق، وإنما تم تبني أسلوب الإستشارة بشكل مختلف، بإعتباره

¹ - للمزيد من التفصيل في إجراءات الإستشارة الإنتقائية أنظر المواد 31 و32 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه سابقا.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

إجراء مرتبط بأسلوب طلب العروض وأسلوب والتراضي، وعلى وجه الخصوص طلب العروض المحدود.

فقد نصت المادة 45 منه على " طلب العروض المحدود هو إجراء لإستشارة إنتقائية، يكون المرشحون الذين تم إنتقاؤهم الأولي من قبل مدعويين وحدهم لتقديم تعهد...".، وتلجأ المصلحة المتعاقدة للإنتقاء الأولي لإختيار المرشحين لإجراء المنافسة عندما يتعلق الأمر بالدراسات أو العمليات المعقدة وذات الأهمية الخاصة.

ويجري اللجوء إلى طلب العروض المحدود، عند تسلم العروض التقنية إما على مرحلة واحدة أو مرحلتين، على مرحلة واحدة، عندما يطلق الإجراء على أساس مواصفات تقنية مفصلة معدة بالرجوع لمقاييس أو نجاعة يتعين بلوغها. وعلى مرحلتين، كإستثناء عندما يطلق الإجراء على أساس برنامج وظيفي، إذا لم تكن المصلحة المتعاقدة قادرة على تحديد الوسائل التقنية لتلبية حاجاتها، حتى بصفقة دراسات.

كما فتح المشرع الجزائري في ظل المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المجال للإدارة للقيام بإستشارة مباشرة للمتعاملين الإقتصاديين المؤهلين والمسجلين في قائمة مفتوحة تعدها المصلحة المتعاقدة على أساس إنتقاء أولى، بمناسبة إنجاز دراسات أو هندسة مركبة أو ذات أهمية خاصة أو عمليات إقتناء لوازم خاصة ذات طابع تكراري. وفي هذه الحالة، يجب تجديد الإنتقاء الأولي كل 3 سنوات.

وبالإضافة إلى الإستشارة المترتبة بإجراء طلب العروض المحدود المنصوص عليها في المادة 45، نص المشرع على نوع آخر من الإستشارة مرتبط بإجراء التراضي طبقا لنص المادة 51 وهو ما يعرف بالتراضي بعد الإستشارة¹، والذي تقوم به الإدارة الراغبة في التعاقد وفق هذا الأسلوب بعد إستشارة مسبقة حول أوضاع السوق، وحالة المتعاملين الإقتصاديين، والتي تتم بكل الطرق المكتوبة.

وليس هناك ما يمنع من تطبيق هذا الأسلوب في التعاقد الإداري الإلكتروني، أو القيام به إلكترونيا، حيث يتم إرسال رسالة الإستشارة إلكترونيا، وتقدم عروض المرشحين إلكترونيا، على أن يتضمن العرض جميع المعلومات الخاصة بالمرشح، والمقترحات الفنية والتقنية للعقد، يعهد إلى لجنة تقييم خاصة بدراسة العروض وفقا للشروط المعلن عنها في دفاتر الشروط الإلكترونية للعقد. وبعد دراسة العروض وتقييمها يتم إعداد محضر بما تم، والتوقيع عليه إلكترونيا، ورفعها للسلطة

¹ - للمزيد حول إجراءات الإستشارة أنظر المادة 46 والمادة 52 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المختصة لإعتماده، ليتم نشره على الموقع الإلكتروني للسلطة المتعاقدة، وإخطار صاحب العرض الفائز برسالة على بريده الإلكتروني.

الفرع الثاني: الأساليب الحديثة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية (المزادات الإلكترونية – Les Enchères électroniques)

إن الأصل في اختيار المتعاقد مع الإدارة يكون من خلال إجرائي المناقصة والمزايدة اللتين تعدان الطريق الرئيسي للإدارة لإتمام تعاقداتها، إلى أن تم التخلي عن هذين الإجراءين بمفهومهما العام، لصالح أساليب أخرى أكثر نجاعة، كأسلوب طلب العروض.

ولكن نتيجة للتطور الذي مس وسائل التعاقد، وشمل وسائل إبرام العقود الإدارية كذلك، عمدت التشريعات في مجال العقود الإدارية إلى تطوير وسائل إبرام العقود الإدارية، ومن أهم هذه التشريعات التشريعات الفرنسية التي تعتبر صاحبة السبق في مجال إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، ومنها ماجاء في نص المادة 56 من المرسوم رقم 2001-210 المتضمن قانون العقود الإدارية المعدل بالمرسوم رقم 2004-15 المشار إليهما سابقا، وكذلك الأسلوب الجديد الذي جاء به نص المادة 84 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، وهو المزادات الإلكترونية (Enchères électroniques) التي ستكون محور دراستنا في هذا الفرع.

تتوجه العديد من الدول في الآونة الأخيرة إلى دخول مجال استخدام الوسائط الإلكترونية في العمل الإداري، سعيا للتحرر من الشكليات والإجراءات البطيئة المعروفة في القانون الإداري، من خلال الاستفادة من قواعد وطرق انعقاد العقود في القانون الخاص المتميزة بالسرعة في إبرامها. فسارعت إلى إصدار نصوص تؤطر هذا التوجه كما وضعنا سابقا. ومن أهم هذه النصوص المرسوم رقم 201-210 المتضمن قانون العقود العامة الفرنسي المشار إليه سابقا، والذي استحدث أسلوب المزادات الإلكترونية في نص المادة 56/3¹، وأحالت إلى صدور مرسوم يبين كيفية تطبيق هذه الفقرة ويحدد شروط وإجراءات التعاقد عن طريق المزادات الإلكترونية، وهو ماتم فعلا بصدور المرسوم رقم 2001-846 المشار إليه سابقا، فعرفت المادة الأولى في فقرتها الثانية منه المزايد الإلكترونية بأنه ذلك الإجراء الذي يتقدم بموجبه المرشح لإبرام العقد الإداري بعبء

¹- Art. n° 56/3 du Décret n° 2001-210 du 7 mars 2001 portant code des marchés publics, Précité. «...3 Un décret précisera les conditions dans lesquelles des enchères électroniques pourront être organisées pour l'achat de fournitures courantes. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

محدد الثمن يتم إرساله إلكترونياً عن طريق وسيط إلكتروني، وفي مدة زمنية يحددها الشخص العام ويعلم بها مسبقاً جميع المرشحين¹.

وما يحسب لهذا المرسوم أنه طور من آلية الإسناد التي كانت تقوم في نظام المناقصات والمزايدات على معيار الثمن فحسب، حيث أدخل عدة إعتبارات ومعايير في تحديد أحسن العروض خاصة ما يتعلق منها بآجال التنفيذ.

وعليه فأسلوب المزاد الإلكتروني هو شكل من أشكال المزايدات العلنية المعروفة في القانون المدني، تلجأ إليه الإدارة في حالة ما أرادت الإدارة بيع منقولات في حوزتها، فيتزايد المتعاملون على هذه المنقولات في مزاد علني، حيث يتقدمون بأثمان مختلفة، تسقط بمجرد تقديم ثمن أعلى، حتى يرسو المزاد على آخر مورد يقدم أعلى سعر. هذه الحالة واضحة لا تطرح أي إشكال، لأن الإدارة في هذه الحالة في مركز البائع، لكن السؤال المطروح هل يمكن تطبيق هذا الأسلوب عندما تكون الإدارة في مركز المشتري، كما هو الحال في عقود التوريد؟ فالإدارة هي التي تريد الحصول على ثمن أقل لتوريد منقولاتها، وليس متزايد، وهذا ما جعل الفقه الفرنسي يبتدع نوعاً متميزاً من المزايدات غير معروف في القانون الخاص أصطلح عليه بالمزايدات الإلكترونية المعكوسة (Les enchères électroniques inversés) التي تعتبر أسلوباً جديداً كان التوجيه الأوروبي سابقاً بالنص عليه، خاصة التوجيه رقم 18 لسنة 2004 الخاص بإجراءات إبرام عقود الأشغال والتوريد والخدمات المشار إليه سابقاً، والذي وضع نظاماً أوروبياً لإبرام العقد الإداري الإلكتروني من خلال برامج مخصصة لكيفية إبرام العقد الإداري الإلكتروني، خاصة عقد التوريد، وتضمنت هذه البرامج جميع الإجراءات التي تتبع خلال التعاقد، فركزت المادة 12 من التوجيه سالف الذكر على استخدام شبكة الإنترنت في إبرام العقد الإداري، بما يساعد في تطوير فعالية طرق التعاقد في عقود التوريد عن طريق المزايدات الإلكترونية، دون أن يغفل التوجيه الأوروبي رقم 17 لسنة 2004 المتعلق بإجراءات إنعقاد عقود المياه والنقل والطاقة، حيث نص صراحة على تبني أسلوب المزاد الإلكتروني.

أما بالنسبة للتشريعات الداخلية، فقد كانت المنظومة التشريعية في فرنسا السبقة في إقرار ماجاءت به التوجيهات الأوروبية في هذا المجال، فصدر المرسوم رقم 1999-68 المتعلق بإيداع

¹ - Art. n° 1/2 du Décret n° 2001-846, Précité. « ...2 Les enchères électroniques constituent le procédé par lequel les candidats à un marché public admis à présenter une offre s'engagent sur une offre de prix transmise par voie électronique dans une période de temps préalablement déterminée par l'acheteur public et portée à la connaissance de l'ensemble des candidats...».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

النماذج الإدارية¹، الذي وضع نماذج للمناقصات والمعاملات الإدارية عبر شبكة الإنترنت مباشرة، وأعد دفاتر شروط موحدة للمناقصات العامة، ليتوالى صدور النصوص التي تبنت أسلوب المزاد الإلكتروني في إبرام تعاقدات الإدارة ابتداءً من المرسومين رقم 2001-210، ورقم 2001-846 اللذين ذكرناهما آنفاً مروراً بقانون العقود العامة لسنة 2006، وصولاً إلى المرسوم رقم 2016-360 المتضمن قانون العقود العامة.

وكما سبق وأن وضحنا في الباب الأول أن العقد الإلكتروني المدني هو أسبق في الظهور من العقد الإداري الإلكتروني، فقد أخذ الثاني عن الأول بعض القواعد القانونية، ومنها الخاصة بالمزادات الإلكترونية، حيث يتنافس المرشحون على منقولات معينة بإعطائهم أثمان معينة مختلفة فيما بينها، وذلك في جلسة علنية، وتسقط هذه الأثمان عند تقديم ثمن أعلى حتى رسو المزاد، لكن المختلف في التعاقد في مجال القانون العام أن الإدارة هي التي تريد الحصول على البضاعة، وليس المزايد، وبسعر أقل، وهذا ما أطلق عليه الفقه الفرنسي كما ذكرنا سابقاً مصطلح المزادات المعكوسة.

وتأسيساً على ما سبق تعرف هذه الأخيرة بأنها الإجراء الذي يسمح بإختيار عطاء يتم تنفيذه إلكترونياً ويسمح للمرشحين بمراجعة أسعارهم نزولاً أو إنخفاضاً أو تعديل قيمة بعض العناصر الأخرى القابلة للقياس الكمي لعطاءهم².

والجدير بالذكر أن القانون الفرنسي قد حصر مجال التعاقد بأسلوب المزاد الإلكتروني على عقود التوريد فقط، على عكس التوجيه الأوروبي الذي وسع من دائرة اللجوء إليه لتشمل عقود الأشغال العامة والتوريد وعقود الخدمات، وهو ما نصت عليه المادة 84 في الفقرة 2³ من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقاً.

كما حددت ذات المادة معايير آليه الإرساء في حالة إتباع أسلوب المزاد الإلكتروني وذلك في الفقرة 3 وهي:

- إما على السعر فقط عندما يتم منح العقد العام على أساس هذا المعيار الوحيد،

¹- Décret n° 99-68, du 2 février 1999, relatif à la mise en ligne des formulaires administratifs, J.O.R.F. n°29, du 4 février 1999.

²- Art. n° 84/1, du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité. « Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse ou de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre... ».

³- Art. n° 84/2 « Les acheteurs ne peuvent recourir à l'enchère électronique que pour les marchés publics de fournitures d'un montant égal ou supérieur aux seuils de procédure formalisée... ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- أو على السعر أو على العناصر الأخرى القابلة للقياس الكمي المشار إليها في وثائق الاستشارة عند منح العقد العام على أساس التكلفة أو على أساس تعدد المعايير¹.
- كما لا ينبغي أن نغفل عن الإشارة أن أسلوب المزاد هو أسلوب خاص بعقود التوريد، التي تتجاوز قيمتها الحدود الأوروبية المنصوص عليها في الأمر رقم 2015-899 المؤرخ في 23 جويلية 2015². كما لا يجوز اللجوء إلى هذا الأسلوب بطريقة تعسفية أو على النحو الذي يحول دون التنافس أو يقيد أو بطريقة تعدل من موضوع العقد.
- أما بالنسبة إلى للقانون المنظم لتعاقدات الجهات العامة رقم 182 لسنة 2018 في مصر، ومن خلال استقراء مواده يمكن القول في هذا الشأن:
- أن المشرع المصري قد سمح للإدارة اللجوء إلى أسلوب المزاد أو المزايدة والقيام بإجراءات إبرام العقد وفق هذا الأسلوب في التعاقد على بيع أو تأجير المنقولات أو العقارات أو المشروعات التي ليس لها الشخصية الاعتبارية، أو الترخيص بالإنفتاح أو إستغلال العقارات والمشروعات، ويكون ذلك إما عن طريق مزايدة عامة أو مزايدة بالمظاريف المغلقة. وهو نفهمه من نص المادة 2/7. من القانون المذكور أعلاه. وهذه هي القاعدة العامة، واستثناءا يجوز بقرار مسبب من الجهة المختصة، وبناء على عرض إدارة التعاقدات إجراء التعاقدات السابقة عن طريق المزايدة المحدودة أو المزايدة المحلية، والتي حددت حالات اللجوء إليهما المواد 68 و69 من اللائحة التنفيذية لذات القانون والمشار إليها سابقا.
- أنه بالنقحص والتمحيص في النصوص السابقة المنظمة لإجراء المزايدة في القانون رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية المشار إليهما سابقا، لا نجد أي إشارة صريحة لإمكانية قيام الإدارة بتعاقد وفق أسلوب المزايدة على الشكل الذي وضحناه بالشكل الإلكتروني عبر وسائط إلكترونية، هذا إذا إستثنينا نص المادة 84 السابقة الذكر بخصوص التعاقد الإلكتروني التي أوجبت على الجهات الإدارية الخاضعة لأحكام هذا القانون إتخاذ إجراءات التعاقد إلكترونيا وفقا

¹-Art. n° 84/3 « ...-L'enchère électronique porte:

1° Soit uniquement sur le prix lorsque le marché public est attribué sur la base de ce seul critère;

2° Soit sur le prix ou sur d'autres éléments quantifiables indiqués dans les documents de la consultation lorsque le marché public est attribué sur la base du coût ou d'une pluralité de critères.».

²- Voir Art. n° 42 de Ordonnance n° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, Précité.

لما تم ميكنته من إجراءات من خلال منظومة موحدة ومنتظمة ومؤمنة إلكترونيا. ما يعنى أن القانون المصري يعترف صراحة بالمزاد في إبرام عقود الإدارية بشكله التقليدي لا إلكتروني. أما في الجزائر، فإن إلى المرسوم الرئاسي رقم 15-247 جاء بجديد في المادة 206 والتي تعتبر النص الوحيد في هذا القانون الذي تعرض لأسلوب المزاد الإلكتروني، حيث نصت على إمكانية لجوء الإدارة إلى المزاد الإلكتروني العكسي أو الفهارس الإلكترونية للمتعهدين لإختيار أحسن عرض من حيث الإمتيازات الإقتصادية في حالة صفقات اقتناء اللوازم وتقديم الخدمات العادية. على أنه سيصدر قرار من الوزير المكلف بالمالية يوضح كيفية تطبيق هذه المادة، وهذا مالم يحدث لحد الآن، ليبقى هذا الإجراء في الجزائر يشوبه الغموض نظرا لافتقاده للنصوص التنظيمية التي تبين إجراءات العمل به، مما يجعلنا نقول أنه في وضع وقف التنفيذ إلى حين صدور القرار الآنف ذكره.

لهذا ندعو إلى الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية التي تبين إجراءات المزادات الإلكترونية في مجال تعاقدات الإدارة، رغم أن هذا الإجراء يخص العمليات البسيطة ذات النمط العادي المتعلقة بشراء حاجيات أو خدمات بسيطة محددة جدا، إلا أنه يمتاز بسرعة إجرائه، لكونه يقوم على المعيار الإقتصادي¹، حيث كان الأجدر بالمشرع الجزائري أن يقوم بتوضيح هذا الأسلوب بصورة أدق أكثر في قانون الصفقات العمومية ويخصه بعدة مواد لا بمادة واحدة كما فعل نظيره الفرنسي.

المبحث الثاني: إجراءات ومراحل إنعقاد العقد الإداري الإلكتروني.

تتقيد الجهة الإدارية حينما تشرع في التعاقد مع الأفراد أو الهيئات بالأساليب التي فصلنا فيها سابقا، بأن تسير على نسق أو منهج معين يوضحه القانون واللوائح المنظمة للعقود الإدارية، وهذا النسق يمر بمراحل محددة إن في فرنسا أو مصر أو في الجزائر على السواء، ولكل مرحلة منها قواعد تنظمها وتحكم سيرها.

ويتميز العقد الإداري الإلكتروني عن العقد الإداري التقليدي من ناحية الإجراءات، بعدة أمور، إذ تأخذ هذه الإجراءات الشكل الإلكتروني إبتداء من مرحلة الإعلان أو ما يصطلح عليه

¹- SABRI Mohamed- AOUDIA Khaled- LAHEM Mohamed, Guide de gestion des marchés publics, éd. du sahel, Algerie, 2000, p.p. 80- 81.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

بالإعلان الإلكتروني، مروراً بمرحلة تقديم عروض بالشكل الإلكتروني كذلك، وإنهاء بالمرحلة الأخيرة والمتمثلة في فحص العروض والعطاءات وإرساء الصفقة عبر الوسائل الإلكترونية.

ونريد أن نؤكد على نقطة مهمة في هذا المبحث هي أن مبادئ هذه الإجراءات والمراحل هي نفسها في جميع أساليب التعاقد الإداري التي سبق وأن تعرضنا لها مع بعض الخصوصية التي يتمتع بها كل أسلوب عن الآخر، وهو ما جعلنا لا نتعرض لهذه الإجراءات والمراحل عند تعرض لكل أسلوب، وأرجئنا التفصيل فيها في هذا المبحث، حيث أن الحديث في هذا المبحث سيكون بشكل عام ويخص جميع الأساليب المعمول بها في مجال التعاقد الإداري، مع الإشارة إلى كل خاصية تميز كل أسلوب عن الآخر في حالة وجودها.

وعليه سيتم في هذا المبحث توضيح المراحل والإجراءات الإلكترونية التي تخضع لها عملية التعاقد مفصلين أهم أركانها في مطلبين، بدءاً بالإعلان عن العقد الإداري الإلكتروني (مطلب أول)، وصولاً لمراحل إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ومدى توافقها مع مراحل إبرام الصفقات العمومية (مطلب ثاني).

المطلب الأول: الإعلان عن العقد الإداري الإلكتروني.

تبدأ عملية التعاقد الإداري عبر الطرق الإلكترونية في المجال الإداري من لحظة الإعلان عن العقد، باعتباره دعوة للإشتراك في إبرام عقد إداري بطريق من الطرق التي رأيناها، ولمن يحق له ذلك، ووفقاً للشروط التي يحددها القانون¹.

على أن هذا الإجراء يصنف من أهم إجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني، وسبب ذلك أنه يمثل جوهر الصبغة الإلكترونية التي اصطبغ بها هذا العقد، وهو ما يحقق إخطار كافة وأكبر قدر ممكن من الأفراد بنية الإدارة في إبرام عقد، حتى يستطيع كل من يرغب في الإشتراك في عملية الإبرام أن يتقدم بعرضه.

وهذا ما يحقق المبادئ التي تخضع لها العقود الإدارية من علانية ومساواة بين المتنافسين بقدر كبير. وهذا ما سنبيّنه في هذا المطلب الذي سيتم تقسيمه إلى فرعين، يتناول الفرع الأول تعريف الإعلان الإلكتروني ومضمونه، بينما يدرس الفرع الثاني وسائل الإعلان الإلكتروني وأجاليه.

¹ - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص. 62-63.

الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني ومضمونه.

يتمثل مضمون الإعلان في إبداء الإدارة عن رغبتها في إبرام عقد إداري، من خلال تضمين الإعلان جميع المعلومات الأساسية التي تمكن الراغبين في الاشتراك في عملية الإبرام والتعرف على موضوع العقد، وكيفية تمكينهم من الاطلاع على دفاتر الشروط الإلكترونية الخاصة به، وطريقة إجرائه، وتاريخه باليوم والساعة، والمهلة الزمنية المعطاة لتقديم العروض¹.

ويقصد بالإعلان في مجال العقود الإدارية بشكل عام " إيصال العلم إلى الراغبين بالاشتراك في المناقصات أو المزادات بجمع أنواعها، وإبلاغهم عن كيفية الحصول على مستنداتها وشروطها، ونوعية المواصفات المطلوبة، ومكان وزمان إجرائها، ومقدار التأمينات الأولية، وكذلك مقدار الأسعار التي تباع بها الوثائق المطلوبة للدخول في المنافسة²، وتنفيذ العملية موضوع التعاقد، وأي بيانات أخرى تقدر الجهة الإدارية ضرورتها³."

ويكاد يجمع فقهاء القانون الإداري أن الإعلان عن العقود الإدارية هو بمثابة دعوة للتعاقد من جانب الإدارة، وليس كما يصوره البعض بأنه إيجاب، إذ أن الإيجاب هو العطاء الذي يتقدم به المشارك أو المتنافس إلى الجهة المتعاقدة، وينتظر القبول من قبلها⁴، وهذا ماسبق وأن بيناه في السابق⁵.

وبالرجوع إلى الإعلان الإلكتروني يمكن أن نعرفه بأنه " قيام الجهة الإدارية المتعاقدة باستخدام وسائل الاتصال الحديثة كشبكة المعلومات الدولية كوسيلة للإعلان رغبتها في التعاقد وفق الشكل والأسلوب الذي إختارته من الأساليب الخاصة بالتعاقد الإداري الإلكتروني". فالعقد الإداري الإلكتروني يتضمن جميع الإجراءات الإلكترونية الممكنة لغرض إتمام إبرامه بالطرق الإلكترونية الحديثة، والإعلان الإلكتروني هو أحد أهم هذه الإجراءات، فهو يوفر للإدارة قدرا كبيرا من العلانية للعقود التي ترمي إبرامها، ويمكن من توجيه الدعوة بشأن هذه العقود إلى أكبر عدد

¹ - عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا: دراسة مقارنة، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2013، ص.

19.

² - عبد المطلب عبد الرزاق اللطيف الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1997،

ص. 19.

³ - محمد فؤاد عبد الباسط، المرجع السابق، ص. 512.

⁴ - عباس زبون عبيد العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري و حجيتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الأردن-

عمان، 1997 ص. 19 وما بعدها.

⁵ - أنظر الصفحة 178 من هذه الأطروحة.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

من المتنافسين من خلال شبكة المعلومات الدولية التي غزت بقاع العالم¹، أو وسائل الاتصالات الحديثة الأخرى.

ولا بد أن نؤكد على مسألة مهمة جداً، هي أن الإعلان الإلكتروني رغم السمة التي يتصف بها من قدرته على الوصول إلى أكبر قدر من الأفراد بالمقارنة مع الإعلان بالطرق التقليدية، إلا أنه قد يضيق حسب نوع الأسلوب المتبع في التعاقد، فيكون واسعاً ومفتوحاً للكافة، إذا كان الأسلوب المتبع في التعاقد عاماً كطلب العروض المفتوح أو المزاد المفتوح، ويكون ضيقاً، إذا كان موجهاً لعدد معين من المتعاملين الإقتصاديين، إذا كان الأسلوب المتبع محدود كطلب العروض المحدود أو الممارسة المحدودة أو حتى التراضي بعد الإستشارة، هذا من جهة، ومن جهة أخرى، فإن الإعلان الإلكتروني لا يختلف عن الإعلان في الصحف العادية من حيث المضمون، بل مضمون النوعين واحد، والاختلاف بينهما ينصب على وسيلة الإعلان، وطريقته الإلكترونية المتميزة عن الطريقة التقليدية كما سنوضح لاحقاً.

وهناك من يرى أن هذه المعلومات لا تشكل كل ما يجب معرفته حول العقد المراد إبرامه، وإنما تشكل الحد الأدنى لتكوين فكرة عامة أولية عن الإرادة المتعاقدة، ومحل العقد، ومواعيد وكيفية تقديم العروض، بحيث يمثل هذا الحد الأدنى البيانات الجوهرية الواجب وصولها إلى علم الراغبين في المشاركة في عملية التعاقد، والتي نص المشرع على وجوب أن يتضمنها الإعلان، مع فتح مجال أمام الإدارة التي لها السلطة التقديرية في إضافة ماتشاء لها².

وعليه فإذا كنا بصدد إبرام عقد بالطرق الإلكترونية، يجب أن تتضمن مرحلة الإعلان كافة المعلومات المطلوبة من مقدمي العروض، لغرض قيام الجهة المسؤولة عن التعاقد بالمفاضلة بين عروضهم، من خلال الموقع الإلكتروني الخاص بالجهة الإدارية الراغبة في التعاقد، أو موقع حكومي خاص لهذا الغرض. فيمكن أن يوفر أي معلومة للأشخاص الراغبين بالدخول في تعاقدات مع الإدارة ويجدون في أنفسهم القدرة على ذلك ولديهم ما يؤهلهم للمنافسة من وثائق وأوراق رسمية، لترسل عبر وسائل الإتصال الإلكترونية الموجودة وتصل إلى الجهة الإدارية المتعاقدة، التي بدورها ستتأكد من صحة المعلومات الواردة لها من المتنافسين عبر الجهات الحكومية سواء المختصة بالتوثيق أو التصديق وغيرها ممن صدرت عنها هذه الوثائق.

¹ - ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 124 و ما بعدها.

² - مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري - دراسة مقارنة -، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، 2005، ص. 590.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ومن المهم أن يكون دخول المتنافس إلى الموقع الإلكتروني المنشور فيه الإعلان بسهولة لأن نجاح أي موقع إلكتروني أصبح اليوم يقاس بدرجة سهولة وفعالية الدخول إلى المعلومات التي يحتويها، والتفاعل مع المعلومات الموجودة فيه¹.

وقد نصت القوانين في الدول المقارنة على مضمون الإعلان كما يلي:

في فرنسا أولى قانون العقود العامة إجراء الإعلان عناية خاصة، وهو مانستشفه من المنظومة القانونية الغنية التي فصلت فيه إبتداء من مرسوم 2002 المتعلق بإجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني والمشار إليه سابقا، ووصولاً إلى المواد من 31 إلى غاية 37 من مرسوم 2016 المشار إليه سابقا.

فنصت المادة 31 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا على وجوب إعداد الإعلان وفقا للنموذج الذي وضعته لائحة المفوضية الأوروبية التي تحدد النماذج القياسية لنشر الإشعارات في سياق منح العقود العامة. وهذا الأمر يقيد الإدارة في جميع تعاقداتها ومهما كان الأسلوب الذي تبعته، كما أوجبت على الإدارة إعداد ملف تعريف إلكتروني في شكل منصة إلكترونية لإزالة الطابع المادي لإجراءات التعاقد، يسمح للمرشحين من الإطلاع على وثائق الإستشارة، وتلقي المستندات المرسله من المرشحين إلكترونيا. كما ألزمت نفس المادة الإدارة في حالة القيام بإجراءات التعاقد عن طريق طلب العروض المحدود أو الإجراء التنافسي مع التفاوض (procédure concurrentielle avec négociation)، أن تقوم مسبقا بنشر إعلان يشعر بالبدء في الدعوة للمنافسة على أن يتضمن هذا الإعلان مايلي:

الأعمال وتوريدات أو الخدمات التي ستكون موضوع العقد العام، التنكير بأن هذا العقد سيتم منحه وفقا لإجراء طلب العروض المحدود أو إجراء تنافسي مع التفاوض، دون نشر لاحقا لإعلان العرض، ويدعو المتعاملين الإقتصاديين إلى إبداء إهتمامهم².

¹ - السيد احمد محمد مرجان، دور الادارة الالكترونية والادارة المحلية في الارتقاء بالخدمات الجماهيرية - دراسة مقارنة بين الادارة المحلية في مصر وبلدية دبي في دولة الامارات العربية المتحدة، -، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2006، ص. 127.

² - Art. n° 31 « I - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent faire connaître leurs intentions de passer un marché public par le biais de la publication d'un avis de préinformation établi conformément au modèle fixé par le règlement de la Commission européenne établissant les formulaires standard pour la dans le cadre de la passation de marchés publics.

Cet avis peut être soit adressé pour publication à l'Office des publications officielles de l'Union européenne, soit publié par le pouvoir adjudicateur sur son profil d'acheteur.

Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أما المادة 37 من ذات المرسوم فنصت على وجوب تضمين الإعلان عن الدعوة العامة للمنافسة المعلومات التالية على الأقل:

1- طبيعة وكمية الخدمات المطلوبة، بما في ذلك تلك المتعلقة بالملاحق الإضافية المحتملة، المهلة الزمنية التي ستقرر الجهة الإدارية المتعاقدة خلالها اللجوء إلى هذه الملاحق الإضافية إذا أمكن، وفي حالة العقود العامة القابلة للتجديد، تشير إلى الوقت الذي سيشرع فيه في نشر الإعلانات اللاحقة للدعوة للمنافسة من أجل تجديد هذه العقود،

2- الإجراء المتبع في التعاقد،

3- تاريخ بدء تنفيذ العقد أو الإنتهاء منه،

4- عنوان ملف تعريف الجهة الإدارية المتعاقدة، الذي يتم فيه توفير المستندات والوثائق الخاصة بالإستشارة للمتشحين. وفي حالات تعذر توفير الوصول الإلكتروني، يجب أن يشير الإعلان إلى العنوان وآخر أجل لتقديم الطلبات للحصول على مستندات ووثائق العقد بإضافة إلى اللغة أو اللغات المصرح بها لتقديم العروض،

transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimale qui s'imposent aux profils d'acheteur. Lorsqu'un pouvoir adjudicateur publie l'avis de préinformation sur son profil d'acheteur, il envoie à l'Office des publications de l'Union européenne un avis annonçant la publication de cet avis. L'avis de préinformation n'est pas publié sur le profil d'acheteur avant l'envoi à l'Office des publications de l'Union européenne de l'avis annonçant sa publication sous cette forme. La date de cet envoi est mentionnée sur l'avis de préinformation publié sur le profil d'acheteur.

II. - Dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres restreint ou d'une procédure concurrentielle avec négociation, à l'exception des autorités publiques centrales dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, les pouvoirs adjudicateurs peuvent utiliser un avis de préinformation pour lancer un appel à la concurrence, à condition que l'avis remplisse les conditions suivantes:

1° Il fait référence spécifiquement aux travaux, aux fournitures ou aux services qui feront l'objet du marché public à passer;

2° Il mentionne que ce marché public sera passé selon une procédure d'appel d'offres restreint ou une procédure concurrentielle avec négociation sans publication ultérieure d'un avis d'appel à la concurrence et invite les opérateurs économiques intéressés à manifester leur intérêt;

3° Il a été envoyé pour publication entre trente-cinq jours et douze mois avant la date d'envoi de l'invitation.à.confirmer.l'intérêt.

De tels avis ne sont pas publiés sur un profil d'acheteur. Toutefois, une publication supplémentaire peut être réalisée sur un profil d'acheteur, dans les conditions de l'article 36. La durée maximale de la période couverte par l'avis de préinformation est de douze mois à compter de la date de transmission de l'avis pour publication. ».

5- المعلومات المتعلقة بالقدرات المهنية والتقنية والمالية المطلوبة من المتنافسين،

6- شكل العقد محل الإعلان شراء أو إيجار أو نموذج آخر¹.

أما في مصر فإن المادة 27 من اللائحة التنفيذية للقانون المنظم لتعاقدات الجهات العامة

رقم 182 لسنة 2018 قد أوجبت أن يتضمن الإعلان ما يلي:

1- إسم الجهة الإدارية الطارحة، عنوان إدارة التعاقدات بها رقم التلفون والفاكس والبريد

الإلكتروني للإدارة .

2- إسم العملية ورقمها وطريق التعاقد.

¹- Art. n° 37 « Lorsqu'un appel à la concurrence est effectué au moyen d'un avis de préinformation ou d'un avis périodique indicatif, l'acheteur invite simultanément et par écrit tous les opérateurs économiques qui ont manifesté leur intérêt à confirmer leur intérêt sur la base des informations détaillées relatives au marché public en question.

L'invitation comprend au minimum les renseignements suivants:

1° La nature et la quantité des prestations demandées, y compris celles qui relèvent d'éventuels marchés publics complémentaires et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur décidera de recourir à ces marchés publics complémentaires. Dans le cas de marchés publics renouvelables, elle indique la nature, la quantité et, si possible, une estimation du délai dans lequel l'acheteur procédera à la publication des avis d'appel à la concurrence ultérieurs pour le renouvellement des marchés publics;

2° La procédure utilisée, qui est soit l'appel d'offres restreint soit la procédure concurrentielle avec négociation ou la procédure négociée avec mise en concurrence préalable;

3° Le cas échéant, la date de commencement ou d'achèvement de l'exécution du marché public;

4° L'adresse du profil d'acheteur sur lequel les documents de la consultation sont mis à disposition des candidats. Lorsque les documents de la consultation ne sont pas mis à disposition sur un profil d'acheteur, pour l'un des motifs énoncés au II de l'article 41, ni par d'autres moyens, ils sont joints à l'invitation.

Dans les cas où l'accès électronique ne peut être proposé, l'invitation indique l'adresse et la date limite pour le dépôt des demandes visant à obtenir les documents de la consultation ainsi que la ou les langues autorisées pour leur présentation;

5° L'identification et l'adresse du service qui passe le marché public;

6° Les informations relatives aux capacités professionnelles, techniques et financières exigées des candidats;

7° La forme du marché public faisant l'objet de l'invitation à confirmer l'intérêt : achat, crédit-bail, location ou location-vente ou plusieurs de ces formes;

8° Les critères d'attribution ainsi que leur pondération ou leur hiérarchisation, si ces renseignements ne figurent pas dans l'avis de préinformation ou dans l'avis périodique indicatif. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- 3-وصفا موجزا وواضحا لموضوع التعاقد.
 - 4-مكان وميعاد الحصول على كراسة الشروط والمواصفات وثمنها، والإشارة إلى إمكانية الإصلاح على بيانات العملية ومستندات الطرح الخاصة بها على بوابة التعاقدات العامة دون مقابل.
 - 5-موعد ومكان إنعقاد جلسة الإستفسارات إن وجدت، وجلسة فتح المظاريف أو الممارسة أو جلسة المزيدة، بحسب الأحوال.
 - 6-مبلغ التأمين المؤقت ونسبة التأمين النهائي.".
- وبالنسبة للجزائر فإن المادة 62 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حددت بيانات الإعلان كالتالي: " يجب أن يحتوي إعلان طلب العروض على البيانات الإلزامية الآتية:
- 1- تسمية المصلحة المتعاقدة و عنوانها، و رقم تعريفها الجبائي.
 - 2- كيفية طلب العروض،
 - 3- شروط التأهيل و الانتقاء الأولي،
 - 4-موضوع العملية،
 - 5-قائمة موجزة بالمستندات المطلوبة مع إحالة القائمة المفصلة إلى أحكام دفتر الشروط ذات الصلة،
 - 6-مدة تحضير العروض و مكان إيداع العروض،
 - 7-مدة صلاحية العروض،
 - 8-إلزامية كفالة التعهد، إذا اقتضى الأمر،
 - 9-التقديم في ظرف مزدوج مختوم تكتب عليه عبارة " لا يفتح..." و مراجع طلب العروض،
 - 10- ثمن الوثائق عند الاقتضاء.

الفرع الثاني: وسائل الإعلان الإلكتروني وآجاله.

أما عن وسائل النشر في فرنسا، فيتم النشر كأصل عام في النشرة الرسمية لإعلانات العقود الإدارية العام (Bulletin officiel des annonces des marchés publics)

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

(B.O.A.M.P)، أو في أي نشرة مرخص لها بنشر الإعلانات الرسمية¹، وإعمالا للقواعد التي جاء بها المشرع الأوروبي بشأن فتح المنافسة على مستوى أسواق الدول الأعضاء في الاتحاد الأوروبي، فإن العقود الإدارية العامة التي يمكن أن تبرمها الإدارة الفرنسية يجب أن تعلن عنها على المستوى الأوروبي أيضا. ولكن هذا الالتزام ليس مطلقا، وإنما يطبق إذا بلغت قيمة العقد حدا معيناً، وعندئذ يكون النشر في الجهة الوحيدة المختصة في هذا المجال والمتمثلة في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي²، (journal officiel de l'union européenne) (J.O.U.E)، ويجب أن تكون المعلومات الواردة في نشرة الإعلان على المستوى الوطني هي نفسها المعلومات التي تنشر في الإعلان المرسل للنشر في الجريدة الرسمية للاتحاد الأوروبي، وإلا أعتبر ذلك إخلالا بمبدأ المنافسة الحرة وموجبا لمسؤولية الإدارة المتعاقدة³.

وتعزيزا الصبغة الإلكترونية في مجال إبرام تعاقدات الإدارة، نصت المادة 40 من المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، على جواز، وفي جميع إجراءات الشراء العام، إجراء الاتصالات وتبادل المعلومات التي تتم تطبيقا لهذا المرسوم بالوسائل الإلكترونية، ويجوز للإدارة المتعاقدة أن تطلب نقل الطلبات والعروض بالوسائل الإلكترونية. وبالنسبة للعقود العامة التي تمنحها الدولة والمؤسسات العامة ذات الطابع الصناعي والتجاري والسلطات المحلية ومؤسساتها العامة، لا يجوز للإدارة رفض إستلام الطلبات والعروض المرسلة إلكترونيا⁴.

¹ - Voir Les Art. n° 32- 33- 34-35-36 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précitée. Voir aussi, Daniel CHABONAL-Jean-Pierre JOUGUELET, Marchés publics de travaux, droits et obligations des signataires, 3^{ème} éd. A.J.D.A, le moniteur, 1999, p. 109.

² - عبد الفتاح صبري أبو الليل، المرجع السابق، ص. 335.

³ - Maurice-André FLAMME, Traité de droit Administratif, T2, Bruxelles, 1989, p. 292.

⁴ - Art. n° 40 « I - Sous réserve de l'article 41, dans toutes les procédures de passation des marchés publics, les communications et les échanges d'informations effectués en application du présent décret peuvent être effectués par voie électronique.

Le mode de transmission est indiqué dans l'avis d'appel à la concurrence ou, en l'absence d'un tel avis, dans les documents de la consultation.

Pour chaque étape de la procédure, les candidats et soumissionnaires appliquent le même mode de transmission à l'ensemble des documents qu'ils transmettent à l'acheteur.

L'acheteur peut imposer la transmission des candidatures et des offres par voie électronique.

II. - Pour les marchés publics passés par l'Etat, ses établissements publics autres que ceux ayant un caractère industriel et commercial, les collectivités territoriales, leurs établissements publics et leurs groupements, les dispositions suivantes s'appliquent:

1° L'acheteur ne peut refuser de recevoir les candidatures et les offres transmises par voie électronique;

مع ذلك أوردت المادة 41 من نفس المرسوم بعض الإستثناءات عن وجوب القيام وقبول عمليات تبادل المعلومات بالوسائل الإلكترونية، منها العقود المذكورة في المادة 30¹ من نفس المرسوم، وعقود الخدمات الإجتماعية، وعقود الخدمات المحددة في المادة 28¹ من نفس المرسوم.

2° Pour les marchés publics de fournitures de matériels informatiques et les marchés publics de services informatiques répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure à 90 000 euros HT, les candidatures et les offres sont transmises par voie électronique. ».

¹- Art. n° 30 « I. - Les acheteurs peuvent passer un marché public négocié sans publicité ni mise en concurrence préalables dans les cas suivants:

1° Lorsqu'une urgence impérieuse résultant de circonstances imprévisibles pour l'acheteur et n'étant pas de son fait ne permet pas de respecter les délais minimaux exigés par les procédures formalisées. Tel est notamment le cas des marchés publics rendus nécessaires pour l'exécution d'office, en urgence, des travaux réalisés par des acheteurs en application des articles L. 1311-4, L. 1331-24, L. 1331-26-1, L. 1331-28, L. 1331-29 et L. 1334-2 du code de la santé publique et des articles L. 123-3, L. 129-2, L. 129-3, L. 511-2 et L. 511-3 du code de la construction et de l'habitation ainsi que des marchés publics passés pour faire face à des dangers sanitaires définis aux 1° et 2° de l'article L. 201-1 du code rural et de la pêche maritime. Le marché public est limité aux prestations strictement nécessaires pour faire face à la situatio urgence;

2° Lorsque dans le cadre d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou dans le cadre de la passation d'un marché public répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils de procédure formalisée ou d'un marché public relevant des articles 28 et 29, soit aucune candidature ou aucune offre n'a été déposée dans les délais prescrits, soit seules des candidatures irrecevables au sens du IV de l'article 55 ou des offres inappropriées au sens du I de l'article 59 ont été présentées, pour autant que les conditions initiales du marché public ne soient pas substantiellement modifiées. Lorsque le présent 2° est mis en œuvre à la suite d'une procédure d'appel d'offres lancée par un pouvoir adjudicateur ou d'une procédure formalisée lancée par une entité adjudicatrice ou à la suite d'une procédure de passation d'un marché public relevant de l'article 28 et répondant à un besoin dont la valeur estimée est égale ou supérieure au seuil européen applicable à ces marchés publics publié au Journal officiel de la République française, un rapport est communiqué à la Commission européenne si elle le demande;

3° Lorsque les travaux, fournitures ou services ne peuvent être fournis que par un opérateur économique déterminé, pour l'une des raisons suivantes:

a) Le marché public a pour objet la création ou l'acquisition d'une œuvre d'art ou d'une performance artistique unique;

b) Des raisons techniques. Tel est notamment le cas lors de l'acquisition ou de la location d'une partie minoritaire et indissociable d'un immeuble à construire assortie de travaux répondant aux besoins de l'acheteur qui ne peuvent être réalisés par un autre opérateur économique que celui en charge des travaux de réalisation de la partie principale de l'immeuble à construire;

c) La protection de droits d'exclusivité, notamment de droits de propriété intellectuelle. Les raisons mentionnées aux b et c ne s'appliquent que lorsqu'il n'existe aucune solution alternative ou de remplacement raisonnable et que l'absence de concurrence ne résulte pas d'une restriction artificielle des caractéristiques du marché public;

4° Pour les marchés publics de fournitures qui ont pour objet:

a) Des livraisons complémentaires exécutées par le fournisseur initial et qui sont destinées soit au renouvellement partiel de fournitures ou d'installations, soit à l'extension de fournitures ou d'installations existantes, lorsque le changement de fournisseur obligerait l'acheteur à acquérir des fournitures ayant des caractéristiques techniques différentes entraînant une incompatibilité ou des difficultés techniques d'utilisation et d'entretien disproportionnées. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, sa durée ne peut dépasser, sauf cas dûment justifié, trois ans, périodes de reconduction comprises;

b) L'achat de matières premières cotées et achetées en bourse;

5° Pour les marchés publics de fournitures ou de services passés dans des conditions particulièrement avantageuses soit auprès d'un opérateur économique en cessation définitive d'activité soit, sous réserve du 3° de l'article 45 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, auprès d'un opérateur économique soumis à l'une des procédures prévues par le livre VI du code de commerce, à l'exception de celles mentionnées au titre I, ou une procédure de même nature prévue par une législation d'un autre Etat;

6° Pour les marchés publics de services attribués au lauréat ou à l'un des lauréats d'un concours. Lorsqu'il y a plusieurs lauréats, ils sont tous invités à participer aux négociations ;

7° Pour les marchés publics de travaux ou de services ayant pour objet la réalisation de prestations similaires à celles qui ont été confiées au titulaire d'un marché public précédent passé après mise en concurrence. Le premier marché public doit avoir indiqué la possibilité de recourir à cette procédure pour la réalisation de prestations similaires. Sa mise en concurrence doit également avoir pris en compte le montant total envisagé, y compris celui des nouveaux travaux ou services. Lorsqu'un tel marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, la durée pendant laquelle les nouveaux marchés publics peuvent être conclus ne peut dépasser trois ans à compter de la notification du marché public initial;

8° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 25 000 euros HT. L'acheteur veille à choisir une offre pertinente, à faire une bonne utilisation des deniers publics et à ne pas contracter systématiquement avec un même opérateur économique lorsqu'il existe une pluralité d'offres susceptibles de répondre au besoin ;

9° Pour les marchés publics de fournitures de livres non scolaires passés par les acheteurs mentionnés aux 1° et 2° de l'article 3 de la loi du 10 août 1981 susvisée, pour leurs besoins propres ou pour l'enrichissement des collections des bibliothèques accueillant du public et répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure à 90 000 euros hors taxe. Lorsqu'ils font usage de cette faculté, les acheteurs se conforment aux obligations mentionnées au 8° et tiennent compte de l'impératif de maintien sur le territoire d'un réseau dense de détaillants qui garantit la diversité de la création éditoriale et l'accès du plus grand nombre à cette création;

10° Pour les marchés publics répondant à un besoin dont la valeur estimée est inférieure aux seuils européens, lorsque la mise en concurrence est impossible ou manifestement inutile en raison notamment de l'objet du marché public ou du faible degré de concurrence dans le secteur considéré.

II. - Les pouvoirs adjudicateurs peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics de fournitures ayant pour objet l'achat de produits fabriqués uniquement à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement.

III. - Les entités adjudicatrices peuvent également négocier sans publicité ni mise en concurrence préalables les marchés publics suivants:

وبالنسبة للقانون المصري فقد أوجبت المادة 20 / 1 من القانون رقم 182 لسنة 2018 أن يكون النشر عن العمليات التي يتم طرحها بجميع طرق التعاقد المنصوص عليها في المادة 7 من ذات القانون في البوابة العامة للتعاقدات، بينما أوجبت الفقرة 2 من ذات المادة الإعلان مرة واحدة في الصحف اليومية واسعة الإنتشار، في حالة التعاقد عن طريق المناقصة العامة أو الممارسة العامة أو المزايدة العامة أو المزايدة بالمظاريف المغلقة، أما بالنسبة للمناقصة والممارسة العامة الخارجية فيجب أن يكون الإعلان في إحدى الصحف اليومية واسعة الإنتشار، وبإحدى الصحف الدولية وبالإعلام عنها من خلال السفارات والقنصليات.

أما في الجزائر فقد أوجبت المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 المشار إليه سابقا، أن يكون الإشهار الصحفي أو الإعلان على المستوى الوطني أو الجهوي أو المحلي إجباريا، ويحرر باللغة العربية ولغة أجنبية واحدة على الأقل، بحيث ينشر في الجريدة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، وعلى الأقل في جريدتين وطنيتين موزعتين على المستوى الوطني. كذلك يتم الإعلان عن طلبات العروض الخاصة بالولايات والبلديات والمؤسسات العمومية الموضوعة تحت وصايتها، والتي تتضمن صفقات الأشغال أو اللوازم والدراسات أو الخدمات التي

1° Les marchés publics conclus à des fins de recherche, d'expérimentation, d'étude ou de développement, sans objectif de rentabilité ou d'amortissement des coûts de recherche et de développement. La passation d'un tel marché public ne doit pas porter préjudice à la mise en concurrence des marchés publics ultérieurs qui poursuivent ces mêmes objectifs ;
2° Les marchés publics ayant pour objet l'achat de fournitures qu'il est possible d'acquérir en profitant d'une occasion particulièrement avantageuse qui se présente dans une période de temps très courte et pour lesquelles le prix à payer est considérablement plus bas que les prix normalement pratiqués sur le marché. ».

¹ - Art. n° 28 « I. - Quelle que soit la valeur estimée du besoin, les marchés publics ayant pour objet des services sociaux et autres services spécifiques, dont la liste est publiée au Journal officiel de la République française, peuvent être passés selon une procédure adaptée dans les conditions prévues par l'article 27.

II. - Pour l'attribution du marché public, l'acheteur tient compte des spécificités des services en question. Il veille notamment à la qualité, la continuité, l'accessibilité, le caractère abordable, la disponibilité et l'exhaustivité des services, les besoins spécifiques des différentes catégories d'utilisateurs, y compris des catégories défavorisées et vulnérables, la participation et l'implication des utilisateurs, ainsi que l'innovation.

III. - Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services sociaux mentionnés au I et d'autres services à l'exception des services juridiques de représentation définis à l'article 29, il est passé conformément aux règles applicables à celle de ces deux catégories de services dont la valeur estimée est la plus élevée.

Lorsqu'un marché public a pour objet à la fois des services mentionnés au I et des services juridiques de représentation définis à l'article 29, le II de l'article 29 s'applique. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

يساوي مبلغها تبعا لتقدير إداري على التوالي مائة مليون دينار 100.000.000 دج أو يقل عنها، وخمسين مليون دينار 50.000.000 أو يقل عنها حسب الكيفيات التالية:

- نشر إعلان في يوميتين محليتين أو جهويتين،
- إلصاق إعلان طلب العروض بالمقرات المعنية: الولاية، كافة البلديات، غرف التجارة والصناعة، والصناعة التقليدية والحرف، والفلاحة¹.

وتجدر الإشارة أن الإعلان عادة ما يحيل في تحديد موضوع طلب العروض وشروطه وبياناته كاملة إلى ما يسمى بدفتر الشروط الذي تعده الإدارة المتعاقدة من أجل تمكين المعنيين به للإحاطة أكثر بالشروط المطلوبة للتعاقد².

فبموجب المادة 64 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 فرض المشرع على الإدارة تزويد المتنافسين بالوصف الدقيق لموضوع الخدمة و المواصفات التقنية المطلوبة، ومقاييس المنتجات أو الخدمات أو التصاميم أو الرسوم، والضمانات المالية والوثائق المطلوبة ولغة أو لغات تقديم التعهدات، وكيفيات التسديد وآخر أجل لتقديم العروض.

وبما أن موضوع الدراسة هو الإجراءات الإلكترونية في إبرام العقد الإداري، شهدت الإجراءات التقليدية لإبرام العقود الإدارية تطورا كبيرا، حيث أصبحت الوسائل الإلكترونية الحديثة، تلعب دورا لا يستهان به، خاصة بعد ثبوت فائدها العملية الحقيقية، مما جعل الإعلان عن الصفقة يتخطى الحدود الإقليمية للدول بمجرد عرضه على شبكة الإنترنت، وجعل التشريعات لا تقتصر الإعلان عن العقد على الوسائل التقليدية المعروفة.

فبالرجوع إلى التوجيه الأوربي، نجد المادة 45 من التوجيه رقم 18 لسنة 2004 المشار إليه سابقا والخاصة بإجراءات المزاد الإلكتروني، قد نصت على الإعلان الإلكتروني عن المزادات عبر شبكة الإنترنت، ويتضمن هذا الإعلان مايلي:

موضوع المزاد، مع دفاتر الشروط، ونظام الاستشارة، وكذلك المعلومات والبيانات والشروط الفنية والقانونية كافة، ويشمل هذا الإعلان الإلكتروني المدة الزمنية التي تجري المزيدة خلالها، وتاريخ بدء المزيدة، وكذلك الثمن المبدئي للعقد، كل هذه الأمور تتعلق بالمزيدة العامة. أما بالنسبة للمزيدة المحدودة فإن الإعلان الإلكتروني عنها يتم بنشر قائمة بأسماء المرشحين على شبكة الإنترنت أو أن تقوم الجهة الإدارية بدعوتهم مباشرة عن طريق خطابات أو رسائل ترسل عن

¹ - أنظر المادة 65 / 3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

² - أنظر المادة 63 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

طريق البريد الإلكتروني لكل واحد منهم لغرض التبليغ¹. ومن المهم أن تتلقى جهة الإدارة رسالة بردهم على تلقي الخطابات للتأكد من وصولها لهم لزيادة الثقة بعلمهم بالإعلان الإلكتروني عن المزاد، ويمكن لجهة الإدارة الاستفادة من نظام استدعاء الموظفين بطريقة إلكترونية². والجدير بالملاحظة أن كل ما ينطبق على المزايدة العامة أو المحدودة الإلكترونية في مجال الإعلان الإلكتروني، فإنه ينطبق على باقي أساليب التعاقد الإداري الإلكتروني الأخرى التي سبق وأن فصلنا فيها.

وبالعودة للمشرع الفرنسي، فقد نصت المادة 2 من المرسوم رقم 2002-692 المشار إليه سابقاً³، أن الإعلان الإلكتروني عن الممارسة يكون في النشرة الرسمية لإعلانات العقود

¹ - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 117 و ما بعدها.

² - هو أحد أنظمة الحكومة الإلكترونية المستخدمة في إمارة دبي - حيث يمكن الحكومة الإلكترونية و الجهات الإدارية فيها من إمكانية التعامل مع موظفيها خارج مقر العمل - على وجه السرعة - و كذلك استدعاء عملائها أو الأشخاص المرتبطين بها في أي وقت شاءت الأمر الذي ييسر أداء المهام المنوطة بجهات الحكومة و خاصة الإدارية منها.، للمزيد حول الحكومة الإلكترونية أنظر عبد الفتاح بيومي حجازي - الحكومة الإلكترونية ونظامها القانوني - الكتاب الأول - النظام القانوني للحكومة الإلكترونية -، المرجع السابق، ص. 98.

³ - Art. n° 2 « Conformément aux dispositions de l'article 56 (1°) du code des marchés publics, la personne publique peut mettre le règlement de la consultation, le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires à la disposition des personnes intéressées sur un réseau informatique dont les modalités d'accès sont précisées dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Quelle que soit la procédure, les personnes intéressées doivent pouvoir consulter et archiver sur leur ordinateur le règlement de la consultation. Les personnes intéressées, dans le cadre d'un appel d'offres ouvert, et les candidats invités à présenter une offre, dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, doivent pouvoir également consulter et archiver sur leur ordinateur le cahier des charges, les documents et renseignements complémentaires. A cet effet, ils fournissent le nom de l'organisme, le nom de la personne physique téléchargeant les documents et une adresse permettant de façon certaine une correspondance électronique assortie d'une procédure d'accu sé de réception.

Dans le cadre d'une mise en concurrence simplifiée, d'un appel d'offres restreint ou d'une procédure négociée, la personne responsable du marché peut également envoyer par voie électronique la lettre de consultation aux candidats invités à présenter une offre. Ceux-ci sont alors avisés qu'ils sont habilités à télécharger le dossier de la consultation. Hormis le cas des marchés négociés sans publicité préalable, mention doit avoir été faite de cette possibilité dans l'avis d'appel public à concurrence.

Les personnes intéressées et les candidats peuvent demander que les documents mentionnés au premier alinéa leur soient envoyés par voie postale, sous forme d'un support physique électronique ou sous forme d'un support papier.

Les candidats qui choisissent de prendre connaissance par voie électronique des documents mentionnés au premier alinéa conservent la possibilité, au moment du dépôt de leur candidature ou de leur offre, de choisir entre la transmission par voie électronique et la

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإدارية، وفي موقع الشخص المعنوي المسؤول عن العقد. وهذا النص يوضح المكان الذي يمكن أن نضع فيه الإعلان الإلكتروني، وهو الموقع الإلكتروني الخاص بالإدارة على شبكة الإنترنت. وبالرجوع إلى المشرع المصري كذلك، والبحث في مدى إقراره بالوسائل الإلكترونية للإعلان عن عقود الجهات العامة، يمكن أن نقول:

- تجدر الإشارة إلى نقطة مهمة هي أنه في ظل قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 الملغى ولائحته التنفيذية أجاز الإعلان عن المناقصات والمزايدات بالوسائل الإلكترونية، وهو ما نستشفه من ما ورد في المادة 12 من لائحته التنفيذية، والتي بينت القواعد الخاصة بالإعلان، ومن ضمنها وسائل الإعلان، حيث نصت المادة 12 السابقة الذكر على "...أما داخلية -مناقصة- يعلن عنها في مصر، أما خارجية يعلن عنها في مصر والخارج، ويكون الإعلان في الصحف اليومية، ويصح أن يضاف إليها غير ذلك من وسائل الإعلام واسعة الانتشار."، وهنا نلاحظ أن وسائل الإعلان واسعة الانتشار يمكن أن تشمل الوسائل الإلكترونية الحديثة كشبكة المعلومات الدولية وغيرها، وحسنا فعل المشرع المصري عندما أجاز وبشكل قاطع النشر عبر الوسائل الإلكترونية، وكان ذلك بصدور القرار رقم 497 لسنة 2006 الصادر عن وزير المالية والذي عدل فيه بعض أحكام اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، ومن ضمنها المادة 12 من اللائحة التنفيذية سابقة الذكر، حيث نص التعديل على "...يجوز 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." وهذا النص يجيز وبشكل صريح إمكانية الإعلان عن المناقصة عن طريق شبكة الإنترنت، وسائر الوسائل الإلكترونية الأخرى، وهو نص متطور وحديث ومن الأولى أن تحذوا التشريعات التي مازال في الخطوات الأولى للبناء منظومة قانونية للتعاقد الإداري الإلكتروني حذوه.

- نلاحظ أن الإعلان الإلكتروني في التشريع المصري في ظل القانون رقم 89 لسنة 1998 الملغى له خصوصية، لا توجد لا في التشريع الفرنسي ولا جزائري، تتمثل في:
أ- أن الإعلان يأتي في وسائل واسعة الانتشار بالإضافة إلى الإعلان في الصحف اليومية واسعة الانتشار.

transmission sur un support papier ou, si le règlement de la consultation le permet, la transmission sur un support physique électronique. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- ب- يجب الحصول مسبقا على موافقة من السلطة المختصة على الإعلان في وسائل الإعلام واسعة الإنتشار، على أن يبرر ذلك بحسب أهمية وقيمة العقد المطروح.
- ت- أن وسائل الإعلان الواسعة الإنتشار تتسع لتشمل الراديو والتلفزيون وشبكات الإنترنت وغيرها من الوسائل الإلكترونية الحديثة¹.
- أما بالذهاب إلى القانون الجديد رقم 182 لسنة 2018 ولائحته التنفيذية، فقد تم إلغاء العمل بالإجراءات السابقة الواردة في المادة 12 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 89 لسنة 1998، وتعويضها بالمادة 20 من القانون رقم 182 والمادة 28 من لائحته التنفيذية السابقة الذكر، والتي بإستقراءها لا نجد أي إشارة صريحة لإمكانية الإعلان الإلكتروني في مجال إبرام تعاقدات الجهات العامة، إلا إذا استثنينا إشارة المادة 20 إلى وجوب الإعلان عن العمليات التعاقدية التي تبرمها الجهات الخاضعة لهذا القانون بكل طرق التعاقد الواردة في المادة 7 في بوابة التعاقدات العامة. لكن بالرجوع إلى نص المادة 180 من اللائحة التنفيذية لذات القانون، والتي تحدد محتوى المنظومة الإلكترونية في مجال العقود الإدارية، نجدها تتضمن على سبيل المثال توفير إمكانية تنفيذ المهام الآتية في الشكل الإلكتروني:
- "...إعداد نماذج الإعلان، الدعوة، الإخطارات، التقارير المطلوبة بموجب القانون، كراسات الشروط...". وبالتالي يكون المشرع المصري قد اعترف بإمكانية الإعلان عن العقود الإدارية في الوسائط الإلكترونية.

أما بالرجوع إلى الجزائر، وبالخصوص المادة 1/ 204 و3 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، والتي تنص " تضع المصالح المتعاقدة وثائق الدعوة إلى المنافسة تحت تصرف المتعهدين أو المرشحين للصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار من الوزير المكلف بالمالية... كل عملية خاصة بالإجراءات على حامل ورقي يمكن أن تكون محل تكييف مع الإجراءات على الطريق الإلكترونية..."، بتأمل نص الفقرتين نجد الفقرة الأولى قد أوجبت على المصالح المتعاقدة ضرورة تمكين المرشحين للصفقات العمومية من وثائق الدعوة إلى المنافسة إلكترونيا بما فيها الإعلان عن الصفقة، على أن يتم ذلك بموجب قرار صادر من الوزير المكلف بالمالية يحدد فيه الجدول الزمني لهذه العملية، والذي مازال لو يصدر لحد الآن، لتأتي الفقرة 3 وتؤكد على ذلك، باعتبار أن إجراءات إبرام الصفقات العمومية العادية

¹- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 (المشاكل العملية والحلول القانونية) دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، ط. 1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012، ص. 75.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

التقليدية هي نفسها إجراءات إبرام الصفقة العمومية الإلكترونية، ومن ضمنها إجراء الإعلان، الذي يمكن أن يتم بالشكل الإلكتروني.

وفيما يخص الإعلان عن الصفقة العمومية الإلكترونية فإنه يتم من خلال البوابة الإلكترونية الوطنية للصفقات العمومية، التي تم إنشاؤها بموجب المادتين 173 و 174 من المرسوم الرئاسي رقم 10-236 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية المشار إليه سابقاً، لدى الوزير المكلف بالمالية. ويتولى هذا الأخير تحديد محتوى هذه البوابة وكيفيات تسييرها بموجب قرار، ليتم في 17 نوفمبر 2013 صدور القرار المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية¹.

وفي الأخير نريد أن نشير إلى نقطة مهمة هي مشكلة تشكيك البعض بإحاطة الإعلان الإلكتروني بالشروط الخاصة بإبرام العقد الإداري الإلكتروني. فالمتفحص لطريقة الإعلان الإلكتروني يجد أنها، تقي بكافة الأغراض التي كانت مرجوة منها، وهذا ما أشارت إليه المادة 36 من التوجيه الأوروبي رقم 18 لسنة 2004، حيث أعطت للإعلان في مجال العقود الإدارية على مواقع الإنترنت أهمية كبيرة، والسبب هو توفيره معرفة كاملة بالعقد المرجح إبرامه من جانب المتعاملين الإقتصاديين. وقد أكد مجلس الدولة الفرنسي في أحد قراراته الصادر في 8 ديسمبر 2020 أن الإعلان عن طريق وسيط إلكتروني كاف لإعلام المقاولين والمهندسين بالشروط والمواصفات الفنية والمالية للعقد². ولكن في كل الأحوال يجب الانتباه إلى ما يسمى بالإعلان الخادع³ على شبكة الإنترنت، الذي قد يشمل أي شكل من أشكال الإتصال في إطار النشاط التجاري والصناعي والحرفي، وكذلك مجال العقود الإدارية الإلكترونية باعتبارها معروضة على شبكة الإنترنت، فقد يقوم شخص بنشر إعلان كاذب عن مناقصة أو مزيدة باسم جهة إدارية معينة، مما يسبب مشاكل لدى الجهة الإدارية أو حتى المشتركين من المتنافسين، لذلك حاول المشرع الأوروبي معالجة هذه المشكلة من خلال عدة الأحكام القانونية⁴، ولهذا نطلب من المشرع

¹ - قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013 ، محدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج، العدد 21، الصادر في 19 ابريل 2014.

² - C. É., 7ème - 2ème chambres réunies, 08/12/2020, n° 440704.

³ - عرفه قانون الاستهلاك الفرنسي في المادة (L 121-1) ب، وهو الذي يشمل على بيانات أو عروض كاذبة أو تلك التي من شأنها أن تؤدي إلى الخداع أو التضليل...

⁴ - من هذه النصوص الإعلان الأوروبي المتعلق بالإعلان الخادع والإعلان المقارن لعام 1997، والتوجيه الأوروبي الخاص بالتجارة الإلكترونية لعام 2000. أنظر كذلك فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية -دراسة مقارنة-، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت -لبنان، 2012، ص. 17.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

في الدول المقارنة والجزائر على وجه الخصوص أن يضع تشريعات تعالج الإعلان الكاذب، ويشدد من الرقابة على المواقع الإلكترونية الهامة.

وبعد التعرف على مضمون الإعلان في مجال العقود الإدارية الإلكترونية، يتوجب علينا البحث في تحديد مواعيد الإعلان، باعتبارها الفترة الزمنية التي يمكن للعارضين خلالها تقديم العروض، حيث لا أن يكون هذا الميعاد كافيا إلا إذا كان يتيح للمترشحين دراسة أوضاعهم، وموضوع العقد بدقة، ومن ثم يقدمون عروضهم بناء على درجة عالية من الوضوح.

فهي الفترة التي يتمكن خلالها من يعينهم الأمر من الاطلاع على دفتر الشروط الخاص بالعقد، وما تتضمنه من تفاصيل تتعلق باللوازم، أو الأشغال، أو الخدمات المطلوبة، وبالتالي تتاح أمامهم الفرصة لتحضير ما يلزم من الوثائق والشروط المطلوبة لقبول الاشتراك في عملية التعاقد¹. وتختلف مواعيد الإعلان حسب طبيعة العقد، والأسلوب المتبع في التعاقد إن كان مفتوحا أو محدودا وطنيا أو دوليا. فالعقد الذي ينتظر تقديم عروض بشأنه من طرف مؤسسات وطنية أو أجنبية مقيمة فقط يمكن أن تكون آجالها أقل من العقود التي ينتظر بشأنها مشاركة مؤسسات أجنبية غير مقيمة.

كما تختلف هذه الآجال حسب درجة الاستعجال، وصعوبة تحضير الملف وإكماله من قبل المتنافسين، وغير ذلك مما يدفع بالمصلحة المتعاقدة إلى تضييق آجال إيداع العروض أو تمديدتها².

وعلى سبيل المقارنة لم ينظم المشرع الفرنسي في قانون العقود الإدارية العامة مدة موحدة لجميع المرشحين لتقديم عروضهم خلالها، بل جعلها تختلف حسب وسيلة التعاقد المعلن عنها، كما سمح للسلطة المتعاقدة بخفض هذه المدد في حالات وظروف وردت على سبيل الحصر. وعلى العموم يمكن القول أن الآجال المتعلقة بالإعلان في مجال العقود الإدارية في فرنسا حددها المشرع بأجلين:

يتمثل الأجل الأول في المدة التي يجب أن تنفذ الجهة الإدارية المتعاقدة خلالها نشر الإعلان، حيث تلتزم بنشره خلال 10 أيام التي تلي تاريخ استلامها له، وتخفيض هذه المدة في حال الإستعجال إلى 5 أيام³. بينما يتعلق الأجل ثاني بالميعاد الذي يمكن للمرشحين خلاله أن يرسلوا عروضهم للدخول إلى المنافسة، فسنعرض له عند دراسة مرحلة تقديم العروض فيما يلي.

¹ - عبد اللطيف قطيش، المرجع السابق، ص. 14.

² - خرشي النوي، المرجع السابق، ص. 207.

³ - Art. n° 43 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أما في الجزائر لم ينص المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا على مدة محددة لسريان إعلان الدعوة إلى المنافسة، بل جاء بحكم عام تناولته المادة 66 منه في فقرتها الأولى، والتي تؤكد على أن تحدد الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطة تقديرية، وتبعا لطبيعة الصفة وتعقيدها والمدة التقديرية لتحضير العروض، أجلا ومدة لتقديم العروض بداية من تاريخ أول صدور للإعلان عن الدعوة للمنافسة في اليوميات الوطنية أو الجهوية أو المحلية أو النشرة الرسمية للصفقات أو بوابة الصفقات العمومية، على أن يسري الأجل في اليوم الموالي لنشر الإعلان وفقا للقواعد العامة، ويدرج تاريخ وآخر ساعة لإيداع العروض، وتاريخ وساعة فتح الأظرفة في دفتر الشروط قبل تسليمه.

وقد أجاز المشرع الجزائري للإدارة المعنية حق تمديد أجل المنافسة عندما تقتضي بعض الظروف ذلك، على أن تلتزم الإدارة حينها بإشعار المتنافس بكل الوسائل والأوعية التي تكلفت بنشر الإعلان أولا، وهذا ما تضمنته المادة 66 في فقرتها الثانية من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 التي نصت على: " يمكن المصلحة المتعاقدة أن تمدد الأجل المحدد لتحضير العروض إذا اقتضت الظروف ذلك وفي هذه الحالة، تخبر المصلحة المرشحين بكل الوسائل..."، وهذا المسلك محمود للمشرع الجزائري.

كما ألزم القانون الإدارة المعنية عند اختيارها للأجل، أن تفتح مجال المشاركة والمنافسة لأكبر عدد ممكن من العارضين، وبالتالي جسدا مبدأ الشفافية والمساواة، وهذا ما قضت به الفقرة 4 من ذات المادة بقولها: " مهما يكن من أمر، فإنه يجب أن يفسح الأجل المحدد لتحضير العروض المجال واسعا لأكبر عدد من المتنافسين..."

وقد أحسن المشرع عندما ربط أجل الإيداع بأجل فتح العروض، محاولا بذلك منع كل فتح مسبق للعروض أو الاطلاع اللاشعري على محتوياتها، مستهدفا بذلك التقليل من مخالفة القوانين والتنظيمات في تسيير ملفات الصفقات.

المطلب الثاني: مراحل إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ومدى توافقها مع مراحل إبرام

الصفقات العمومية.

ضبطت التشريعات في مجال العقود الإدارية في معظم الدول المقارنة الإجراءات القانونية التي تمر بها عملية إبرام العقد الإداري، وهذه الإجراءات وإن اختلفت في التفاصيل، فإنها لا تخرج عن كونها تمر بمراحل واحدة، إبتداء بمرحلة الإعلان التي فصلنا فيها، مرورا بمرحلة تقديم

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العروض وفحصها وتقييمها (فرع أول)، وصولاً إلى مرحلة البت في العروض وإعتماد العقد (فرع ثاني)، ليتم إبرام العقد مع الفائز من طرف الجهة الإدارية المختصة. وكنتيجة طبيعية للتوسع في استخدام الحاسب الآلي في الكثر من النشاطات الإدارية الحديثة، بما فيها أساليب التعاقد الإداري، بات من اللازم على الإدارة أن تهجر الأسلوب الورقي التقليدي للتعاقد الإداري ليحل محله أسلوب التعاقد الإلكتروني. وتأسياً على ماسبق، لا بد من تحويل مراحل التعاقد التقليدية لإبرام العقد الإداري من شكلها الورقي التقليدي إلى شكلها الإلكتروني، وهذا يتطلب مناقشة المراحل التقليدية بقصد التأكد من إمكانية استخدام الحاسب الإلكتروني كوسيلة في تسهيل إجراءات التعاقد وتقليص مراحلها. وهو ما سنوضحه من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين يتناول الفرع الأول مرحلة تقديم العروض إلكترونياً، فيما يتطرق الفرع الثاني لمرحلة فحص العروض وإعتماد العقد الإداري الإلكتروني.

الفرع الأول : مرحلة تقديم العروض إلكترونياً.

بعد أن تعبر الإدارة عن نيتها في التعاقد عن طريق الإعلان من خلال الدعوة للمنافسة بالكيفية سالفة الذكر، وتمكين المرشحين من الوثائق المنصوص عليها قانوناً، التي تؤدي بهم من الإطلاع على مضمون العقد والخدمات المطلوبة والمواصفات التقنية بشكل دقيق، وكذا التمهيد في الشروط ذات الطابع الإقتصادي والتقني، والضمانات المالية، فإنه يجوز لهم بعد ذلك تقديم عروض مطابقة لهذه الشروط.

وعليه فإن تقديم العروض أو العطاءات هو الإجراء الثاني من إجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني، حيث يسبقه الإعلان الإلكتروني، وبعد هذا الإعلان يفتح المجال أمام المتنافسين لتقديم عطاءاتهم وعروضهم وبصورة إلكترونية، وبما أننا في سياق الحديث عن إبرام العقد الإداري الإلكتروني، فإن تقديم عروض العطاءات يتم بشكل الكتروني أيضاً وهو ما نطلق عليه الإيجاب الإلكتروني في مجال العقود الإدارية.

ويمكن أن تعرف العروض " بأنها العروض التي يتقدم بها الأفراد في المناقصة، أو المزاد أو الممارسة، والتي يتبن من خلالها الوصف الفني لما يستطيع المتقدم القيام به وفقاً للمواصفات المطروحة في الإعلان، وكذلك تحديد السعر الذي يقترحه المتنافس والذي يرتضي على أساسه إبرام العقد فيما لو رست عليه المناقصة أو المزايدة أو الممارسة"¹.

¹ - محمد خلف الجبوري، المرجع السابق، ص. 87.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وينبغي أن نشير إلى تقديم العروض والعطاءات بالشكل الإلكتروني لا يختلف عن تقديم العروض والعطاءات بالشكل التقليدي، فيما يتضمن من التفاصيل المطلوب تضمينها إياها، ولكن الاختلاف يكمن في الشكل الإلكتروني الذي يكتسبه من خلال استخدام الوسائل الإلكترونية لإتمامه، ولكن الجوهر باق.

وقد وضعت التشريعات المقارنة سواء فرنسا ومصر أو في الجزائر طريقة للتعبير عن إرادة العارض الجازمة للإشتراك في دعوة للمنافسة على العقد إداريا شكليا، يحدد فيه مضمونه، من خلال إحتواء العرض على حد أدنى من البيانات، والتي لا يكون للعرض أية قيمة في حالة إنعدامها، إذ يجب أن يحتوي العرض على مجموعة من المعلومات والمواصفات، يتعلق شق منها بالشخص الراغب في التعاقد، وشق آخر بالمشروع موضوع العقد.

ويعد تقديم العرض عمل إداري، ويتمتع بنفس الخصائص التي يتمتع بها الإيجاب بالمفهوم المدني¹. وقد أثارت مرحلة تقديم العروض الكثير من الجدل الفقهي، حيث عدها البعض قبولا وذلك باعتبار الإعلان عن المناقصات إجابا من قبل الإدارة، وهذا رأي منتقد كما بينا سابقا، حيث استقرت أحكام القضاء أن "...إعلان الإدارة عن إجراء مناقصة أو مزيدة لتوريد بعض الأصناف عن طريق التقدم بعطاءات ليس إلا دعوة للتعاقد و إن التقدم بالعطاء وفقا للمواصفات والاشتراطات المعلن عنها هو الإيجاب الذي ينبغي أن يلتقي عنده قبول الإدارة لينعقد العقد..."². وقد أوجب المشرع الفرنسي في ظل قانون العقود الإدارية العامة رقم 975-2006 المشار إليه سابقا في المادة 57 منه، أن تقدم عروض المرشحين وتنقل بكل وسيلة، وعلى النحو الذي يسمح بتحديد تاريخ وساعة تلقيها بدقة، بما يضمن السرية، وتضم الوثائق المتعلقة بالعرض المالي والفني، في ظرف واحد.

فيما نصت المادة 70 من نفس القانون على حالة يقدم فيها العرض في ثلاث مظاريف هي في حالة تعاقد بأسلوب المسابقة.

إلا أنه وبصدور قانون العقود العامة الحالي بموجب المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا، فلم يقيد المشرع العارضين بشكل معين يقدم فيه العرض، واكتفى باشتراط أن يكون

¹ - ومن هذه الخصائص الأولية أي بداية التغيير في العلاقة بين الأفراد والإدارة، وكذلك له طبيعة انفرادية، فالمتقدم يتقدم وفقا لما تمليه عليه رؤيته الذاتية بعد مطالعة الشروط التعاقدية، كما يجب أن يكون الإيجاب واضحا وبارئا، أشار إلى ذلك: مهندس مختار نوح، المرجع السابق، ص.209.

² - حكم المحكمة الإدارية العليا في مصر، الطعن رقم 333 لسنة 10 ق جلسة 1967 2 كانون الأول.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العرض موقعا من صاحبه، أو من الممثل القانوني للمشروع، أو الشركة صاحبة العرض أو كليهما، ويتم ذلك بإتباع أحد الأسلوبين، إما عن طريق البريد برسالة موصى عليها بعلم الوصول، أو عن طريق تقديمها إلى الإدارة المعنية مباشرة بموجب إيصال، كما يمكن تقديمها إلكترونيا وفقا لشروط محددة بأمر من وزير الإقتصاد وهذا طبقا لنص المادة 40 منه¹.

فيما نصت المادة 41 في فقرتها الأخيرة على إمكانية المرشحين ومقدمي العروض الذين يقدمون مستنداتهم وعروضهم إلكترونيا، أن يرسلوا إلى الجهة الإدارية المتعاقدة على الورق أو على وسيط مادي إلكتروني، نسخة إحتياطية من هذه المستندات وفق لشروط محددة بأمر من وزير الإقتصاد.

وتكفل السلطة المتعاقدة السرية وأمن المعلومات عبر شبكة الكمبيوتر لكل حالات التي يكون فيها النقل الإلكتروني للعروض بدون تمييز².

ولقد بذل المشرع الفرنسي ما بوسعه لغرض إصدار تشريعات متطورة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية وإجراءات إبرامها، حيث نظمت هذه النصوص أهم الإجراءات التي تتضمنها عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني، ومنها مرحلة تقديم العطاءات -الإيجاب الإلكتروني-³، حيث صدر المرسوم رقم 2002-682، الذي وضع أحكام الفقرتين 1 و2 من نص المادة 56 الخاص بإبرام العقود الإدارية الإلكترونية المشار إليه سابقا، وبين كيفية استيفاء المرشحين للوثائق التي ستضعها الإدارة تحت تصرفهم على موقعها الإلكتروني، وكيف يقومون بالدخول إلى موقع الجهة الإدارية المتعاقدة، وإرسال عروضهم إلكترونيا، أي عبر المستندات الإلكترونية، ممهورة بالتوقيع الإلكتروني الموثق، وجميع الوثائق المطلوبة. ونصت المادة 2 من المرسوم أعلاه على وجوب احتواء العطاءات على إسم الشركة أو الهيئة، واسم الشخص الطبيعي الذي يمثلها وكذلك البريد الإلكتروني للهيئة أو لممثلها حتى يتسنى التراسل معها. والملاحظ أن المشرع الفرنسي في هذا

¹- Voir Art. n° 31/ 3 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité. « ... Le profil d'acheteur est la plateforme de dématérialisation permettant notamment aux acheteurs de mettre les documents de la consultation à disposition des opérateurs économiques par voie électronique et de réceptionner par voie électronique les documents transmis par les candidats et les soumissionnaires. Un arrêté du ministre chargé de l'économie détermine les fonctionnalités et les exigences minimales qui s'imposent aux profils d'acheteur... ».

²- Art. n° 42/3 «... L'acheteur assure la confidentialité et la sécurité des transactions sur un réseau informatique accessible de façon non-discriminatoire selon des modalités fixées par l'arrêté mentionné au I. Les frais d'accès au réseau restent à la charge de l'opérateur économique.. ».

³- هيئة سردوك، المرجع السابق، ص. 109.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المرسوم قد أتاح في نص المادة 2 للأشخاص الذين أرسلوا عطاءاتهم عبر وسيط إلكتروني حفظ دفاتر الشروط، وجميع الوثائق الخاصة بطلب العروض عن طريق الحواسيب الآلية الخاصة بهم، حيث يمكن أن تستخدم كأدلة إثبات إلكترونية، وكمستندات إلكترونية رسمية في حال قيام نزاع ما. ولكي يؤكد المشرع الفرنسي على السرية في تقديم العطاءات نص على إمكان تقديم العطاءات بمرحلتين¹، الأولى تعطي فرصة للشخص العام لمعرفة التوقيع الإلكتروني السري للمتقدم، والثانية إرسال العروض موقعه بنفس التوقيع، شرط أن لا تتجاوز المدة بينهما أربعة وعشرين ساعة، وإلا كانت عروضهم مرفوضة، وهذا الوقت يؤكد على سرعة إجراءات التعاقد الإداري الإلكتروني التي وضعتها، أما المادة 10 من نفس المرسوم فقد اعتبرت أن العروض التي تتعرض لفيروس معلوماتي تكون غير مقبولة من الشخص العام، أو اعتبارها لم ترسل من المرشح، ويجب إعلامهم لوضع العروض تحت نظام حماية خاص.

أما في مصر فقد أوجبت المادة 23 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقاً على العارضين أن يقدموا عطاءاتهم ضمن مظروفين مغلقين أحدهما للعرض الفني والآخر للعرض المالي، كما يجب أن يتضمن مظروف العرض الفني إقرار من مقدمه يفيد إلتزامه بالتأمين على العمالة وفق لقوانين التأمينات السائدة إذا تطلبت طبيعة العملية ذلك.

كما اشترط المشرع المصري في نص المادة 44 من اللائحة التنفيذية لذات القانون أن تقدم العروض موقعة من أصحابها على نموذج العطاء المختوم بختم الجهة الإدارية المتعاقدة، والمدرج بدفتر الشروط، كما يجب أن يثبت على مظروفي العطاء الفني والمالي نوعه من الخارج، ويوضع المظروفان داخل ظرف مغلق بطريقة محكمة، ويوضع عليه إسم الجهة الإدارية، وعنوان إدارة التعاقدات وما يفيد أن مابداخله مضروف العرض المالي ومضروف العرض الفني، ويذكر إسم العملية، ورقمها، وتاريخ جلسة فتح المظاريف الفنية، كما يذكر إسم صاحب العطاء.

أما بالنسبة لطرق تقديم العرض فيمكن أن نستخلصها من نص المادة 45 من ذات اللائحة التنفيذية، وهي إما تسليمها من صاحب العطاء أو من يفوضه شريطة تقديم التفويض الدال على ذلك، إلى إدارة التعاقدات بموجب إيصال يفيد الإستلام يحدد به موعد وتاريخ إستلام العرض، وإما بإرسالها بالبريد السريع الموصى عليه من خلال الهيئة القومية للبريد، وفي هذه الحالة يجب على موظف البريد التوقيع على إيصال الهيئة بالإستلام والإحتفاظ بصورة منه.

¹- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 102.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ونتيجة لما سبق نرى أن المشرع المصري لم ينص صراحة في مواد خاصة على الوسائل الإلكترونية في تقديم العروض مخالفا بذلك المشرع الفرنسي، لكن يمكن إستخلاص إعتزافه بالوسائل الإلكترونية في تقديم العروض من خلال نص المادة 84 من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، المشار إليها سابقا.

أما القانون الجزائري فقد حذا حذو المشرع المصري، وأوجب إيداع العروض في شكل مظروفين منفصلين ومقفولين بإحكام ومختومين، ويبين كل منهما تسمية المؤسسة مرجع طلب العروض وموضوعه. ويتضمن عبارة ملف الترشيح أو عرض تقني أو عرض مالي، ولا يجب أن يحتويان على هوية أو عنوان العارض إلا عبارتي تقني أو مالي.. وتوضع هذه الأظرفة في ظرف آخر مقفل بإحكام ومغفل يحمل عبارة لا يفتح إلا من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض، طلب العروض رقم...، موضوع طلب العروض¹.

غير أنه وفي حالة المسابقة فقد نصت المادة 67/9 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، على وجوب تضمين عروضها ثلاث أظرفة الأول يتعلق بملف الترشيح والعرض التقني، والثاني بالعرض المالي، والثالث بالخدمات.

وما يلاحظ في القانون الجزائري أنه لم يؤكد على وجوب أن توقع العروض من أصحابها عند تقديمها وفقا لنموذج العرض المختوم بختم الجهة الإدارية المختصة والمؤشر عليه، رغم أن هذا الإجراء يعتبر من القواعد العامة المعروفة. إلا أنه كان من واجب المشرع النص عليها قانونا مثلما فعل المشرع الفرنسي والمصري.. كما يؤخذ على المشرع الجزائري عدم إشارته لكيفيات إيداع العروض، إما بالتسليم المباشر لدى المصلحة المتعاقدة مقابل إيصال يثبت فيه تاريخ التسليم وساعته، أو عن طريق إرسالها بالبريد الموصى عليه، وذلك رغم أنه جرى العرف أن تقوم الإدارة بتحديد طريق التسليم في إعلاناتها عن طلبات العروض المختلفة في الجرائد وفي نشرات المتعامل العمومي، لكن هذا غير كاف، إذ من المفروض أن ينص المشرع عليها قانونا.

أما فيما يخص إمكانية تقديم العروض بالوسائل الإلكترونية، فلم يشر المشرع الجزائري إلى إمكانية ذلك في قانون الصفقات العمومية صراحة. غير أنه وبالرجوع إلى المادة 204 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليها سابقا، نجدها تنص في فقرتها 2 على " ..يرد المتعهدون أو المرشحون للصفقات العمومية على الدعوة للمنافسة بالطريقة الإلكترونية، حسب جدول زمني يحدد بموجب قرار صادر عن الوزير المكلف بالمالية...". لكن يبقى ماورد في نص هذه الفقرة

¹ - أنظر المادة 67/2 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

دون تفصيل وشرح لإجراءات وقواعد تطبيق هذا الأسلوب الذي لم يعرف تجسيدا ميدانيا لحد الآن في الجزائر، خاصة في ظل غياب النصوص التنظيمية لتطبيقه، إذا استثنينا نص القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013، المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بطريقة إلكترونية المشار إليه سابقا.

وبتحقق القرار سابق الذكر نجد المادة 12 قد وضعت بعد الضوابط التي تحكم إجراءات التقديم الإلكتروني للعروض، حيث سمحت للمتعهدين من الرد على إعلانات المنافسة بالطريقة الإلكترونية، ويمكنهم إضافة إلى ذلك إيصال نسخة من العرض على حامل مادي ورقي أو إلكتروني في الآجال قانونية المحددة، وتوضع نسخة من العرض في ظرف مختوم يحمل نسخة بديلة، ويجب إيصال النسخة البديلة في الآجال القانون المحددة إلى المصلحة المتعاقدة، ولا تفتح النسخة البديلة إلا إذا كان العرض المرسل بالطريقة الإلكترونية يحمل فيروس ولم يصل في الآجال القانونية، ولم يتمكن من فتحه، ويتم إتلاف النسخة البديلة التي لم تفتح، كما يمكن إعتبار الملفات المصابة بفيروس كأنها لم تصل أصلا. ويقع عبء الكشف عن هذه الفيروسات على عاتق الإدارة التي تعتمد على برامج مستخدمة لهذا الغرض.

ويجب أن يبقى العرض الذي قدم إلكترونيا سريا إلى غاية فتح الأظرفة، وحرصا على هذا يتم إتباع أسلوب التشفير، وذلك باستخدام المتعهد أرقام معينة لفتح الموقع الخاص به على البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية ككلمة سر، كما يجب ضمان السرية حتى بالنسبة للموظفين في الإدارة لضمان منع التحايل والرشوة كقابل لكشف سرية العطاءات، وبالتالي المساس بمبدأ المساواة¹.

لذا نرى ضرورة الإسراع في إصدار النصوص التنظيمية التي توضح إجراءات العمل بالوسائل الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية، وضبط قواعدها بالتفصيل، مادامت تحقق الأهداف المرجوة من إجراءات الصفقات العمومية، خاصة في ظل الوضع الراهن مؤخرا نتيجة تفشي وباء كوفيد 19 في العالم مما أدى إلى فرض إجراءات تباعد إجتماعي، لا بل وتوقيف بعد النشاطات الإدارية مؤقتا، لذلك ظهرت أهمية الوسائط الإلكترونية في مجال النشاط الإداري، لما لها من قدرة على المحافظة على سيرورة واستمرارية النشاط الإداري، والمحافظة على النظام العام الصحي في نفس الوقت بعكس الإجراءات التقليدية.

¹ - PHILIPPE Delelis, La dématérialisation des marchés publics, principaux aspects juridiques et organisationnels, Volume 2, n° 31, 2004, p. 56.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

إن جميع ما قدمناه من إجراءات تقديم العروض في أي عقد إداري، يجب أن يكون محكوماً بميعاد تقديم معين، وكذلك إمكانية تعديل العروض والعطاءات. ففي فرنسا لم يأخذ المشرع في قانون العقود العامة الحالي بمدة موحدة لتقديم العروض، بل تختلف حسب أسلوب التعاقد المتبع، حيث حدد لها المشرع مدد مختلفة يمكن خفضها في ظروف وحالات محددة سبق وأن تعرضنا لبعضها عند دراسة أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

وعلى سبيل المثال في إجراء طلب العروض المفتوح فإن الحد الأدنى لوقت استلام الطلبات والعروض هو 35 يوماً من تاريخ إرسال الإعلان للنشر، على أنه يمكن تخفيض هذه المدة في حالات محددة على سبيل الحصر تتمثل فيما يلي:

إذا كانت الجهة الإدارية المتعاقد قد نشرت إشعاراً مسبقاً بالمعلومات أو إشعاراً دورياً إرشادياً لم يتم استخدامه كإشعار للدعوة إلى المنافسة، فقد يتم تقليل هذه الفترة إلى خمسة عشر يوماً.

يمكن للجهة الإدارية المتعاقدة أن تخفض الحد الأدنى للمدة المحددة في الفقرة الأولى إلى ثلاثين يوماً إذا تم إرسال الطلبات والعروض أو يمكن نقلها بالوسائل الإلكترونية. عندما تجعل حالة الطوارئ، المبررة على النحو الواجب، الحد الأدنى للوقت المحدد في الفقرة الأولى من من المستحيل احترامه، يجوز للمشتري وضع حد زمني لا يقل عن خمسة عشر يوماً من تاريخ إرسال إشعار العقد¹.

أما طلب العروض المحدود، فإن الحد الأدنى لوقت استلام الترشيحات هو 30 يوماً من تاريخ إرسال إعلان العقد، ويجوز تخفيض هذه المدة إلى 15 يوماً في حالة الطوارئ التي تجعل العمل بالحد الأدنى السابق مستحيلاً.

أما في مصر ووفقاً لنص المادة 46 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018، فإنه لم يحدد مدة معينة لتقديم العروض بل ترك السلطة التقديرية للجهة الإدارية المختصة في تحديد مدة تقديم العروض على أن تراعي إعطاء الوقت الكافي لأصحاب العطاءات لدراساتهم لدفتر الشروط وإستقاء الوثائق اللازمة لتقديم عروضهم، على أن لا يقل الميعاد الذي تحدده الإدارة عن مايلي:

¹ - Art. n° 67 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- 20 يوما تحسب من تاريخ الإعلان بإحدى الصحف اليومية، ويجوز تقصيرها لمدة لا تقل عن 14 يوما في حالة الإستعجال المبررة والموثقة، وبموافقة السلطة المختصة. وذلك في إجراء المناقصة العامة والممارسة العامة والمزايدة العامة والمزايدة بالمظاريف المغلقة.

- 14 يوما تحسب من تاريخ توجيه الدعوة، ويجوز تقصيرها بمدة لا تقل عن 10 أيام في حالة الإستعجال المبررة والموثقة، وبموافقة السلطة المختصة، وذلك في المناقصة المحدودة، والمناقصة المحلية، والممارسة المحدودة، والمزايدة المحدودة، والمزايدة المحلية.

أما في الجزائر فقد سبق وأن أشرنا أن المشرع لم ينص على مدة محددة لتقديم العروض، بل جاء بحكم عام تناولته المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 في فقرتها الأولى، والتي تؤكد على أن " تحدد الإدارة أو المصلحة المتعاقدة بما لها من سلطة تقديرية، وتبعا لطبيعة الصفقة وتعقيدها والمدة التقديرية لتحضير العروض، أجلا ومدة لتقديم العروض بداية من تاريخ أول صدور للإعلان عن الدعوة للمنافسة..."، واكتفى بإلزام الإدارة عند اختيارها للأجل أن تفتح مجال المشاركة والمنافسة لأكبر عدد ممكن من العارضين وبالتالي تجسيد مبدأ الشفافية والمساواة. وهذا أمر من شأنه أن يؤدي إلى تعسف الإدارة، لذلك كان من الأفضل لو قيّد المشرع الإدارة بمدة محددة على غرار ما فعلت التشريعات المقارنة في مصر وفرنسا.

بعد كل ذلك نرى أن الطريقة التقليدية في تقديم عروض العروض يمكن الإستغناء عنها، وإحلال محلها إرسال العروض بالوسائل الإلكترونية. والملاحظ هنا أن أي عملية تشفير للبيانات والوثائق المرسله تتم باستخدام أرقام معينة، يختارها الشخص لفتح الموقع الخاص به على شبكة الإنترنت للاطلاع على ما وصله من رسائل. وهذه الأرقام تعد كلمة السر أو المفتاح الذي بدونه لا يمكن ولوج الموقع لمعرفة محتواه كما وضحنا سابقا. ومن خلال العملية الماضية، فإن الصفة الإلكترونية هي الملازمة لإجراءات تقديم العروض في العقود الإدارية الإلكترونية¹، حيث أن إتباع السرية العالية يؤكد على أن هذه المرحلة من المراحل المهمة في إبرام الإلكتروني للعقد الإداري، حيث لا يحق لأي شخص سواء من داخل المتنافسين أو من جهة الإدارة الدخول إلى عطاء غيره ومعرفة ما يحتويه من قيمة مادية أو فنية، وذلك لأن الشرط الأساس في أسلوب التقديم الإلكتروني للعروض هو سريتها، وتقديم العطاءات إلكترونيا يضمن أعلى درجات السرية المنشودة، بعدما يقوم أصحاب العروض بإرسال عروضهم على الموقع الرسمي الإلكتروني للإدارة المعلنة عن الدعوة إلى المنافسة، تضع الإدارة تنظيما لا يسمح لأحد بالإطلاع عليها، إلا في التاريخ المحدد لفض

¹ - ماجد راغب الطو، المرجع السابق، ص. 126.

السرية وكشف العروض، وهو ما يقابل فتح الأظرفة في النظام الورقي أو التقليدي، وذلك لكي لا تنتهك السرية وتظهر قيمة العروض المقدمة، وتضيق فائدة المنافسة بين الراغبين في التعاقد مع الإدارة.

ولا نريد أن ندخل فيما يتضمنه تقديم العروض في العقد الإداري الإلكتروني من تفاصيل لأنها لا تختلف كثيرا عن العقد الإداري التقليدي، بل ركزنا على الجوانب التي تتعلق بالأمور الإلكترونية في هذا المجال.

الفرع الثاني: مرحلة فحص العروض وإعتماد العقد الإداري الإلكتروني.

بعد الانتهاء من تقديم العروض من قبل المتنافسين بانتهاء المدة المحددة في الإعلان، فإن المرحلة التالية ستنتقل، وهي مرحلة فحص العروض والإرساء، حيث تفتح جميع العروض وتقيم العروض من قبل لجان متخصصة، ومن ثم اختيار أفضلها. ويتم إرساء العقد على الشخص أو الجهة المتقدمة بأفضل عرض من الناحية الفنية والمالية ممن تنطبق عليه الشروط القانونية. وبذلك يكون العقد الإداري الإلكتروني جاهز للتوقيع من قبل الإدارة عن طريق التوقيع الإلكتروني، ومن ثم يرسل إلى صاحب العرض المقبول، وهذا ما يطلق عليه بالقبول الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني كما سبق وأن رأينا، وتصنف هذه المرحلة من مراحل إبرام العقد الإداري الإلكتروني بالحساسة، فعملية فتح العروض، وتحديد مدى تطابقها مع الشروط القانونية التي وضعت من قبل الإدارة المتعاقدة، والتي ذكرت في الإعلان الإلكتروني عن الدعوة إلى المنافسة، تعد إجراء غاية في الأهمية، لحاجته للدقة والشفافية بأعلى صورهما.

وبطبيعة الحال فإن هذين الدورين تمارسهما لجان مستقلة عن بعضها اختلفت التشريعات المقارنة في تحديد عددها، فمنها ما نص على لجنة واحدة تتولى دراسة العروض كما في فرنسا والجزائر، في حين أن بعضها نص على أن اختيار العروض يتم عن طريق لجننتين تقوم إحداهما بفتح الأظرفة، والأخرى بالبت فيها كما في مصر¹، وتكاد تجمع أغلب التشريعات المقارنة على انفصال هاتين اللجننتين عن بعضهما البعض، وذلك لأن عمل واختصاص كل واحدة منهما مختلف عن الأخرى كما سنرى، وسنحاول هنا التركيز على مهام كلا اللجننتين دون أن نذكر التشكيل لهما والسبب هو أن تشكيلهما لا يختلف في العقد الإداري التقليدي عنه في العقد الإداري

¹ - أنظر المادة 28 من القانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

الإلكتروني، وذلك من خلال الخوض في عملية فتح العروض (بند أول) كمرحلة أولى، ثم الإنتقال لدراسة عملية تقييم العروض والبيث فيها (بند ثاني) كمرحلة ثانية.

البند الأول: عملية فتح العروض.

تقوم لجنة فتح العروض بعدة مهام تكاد القوانين المقارنة تجمع عليها، والذي يهمننا هنا هو قيام اللجنة المذكورة باستعمال وسائل الإتصال الحديثة في عملها حيث من الممكن أن تقوم هذه اللجنة بفتح العروض المقدمة إلكترونياً، ومن ثم نشر الأسعار النهائية للمتنافسين بصور تلقائية على الموقع الإلكتروني للجهة الإدارية المتعاقدة على شبكة الإنترنت¹.

ففي فرنسا تقوم لجان فتح العروض بالتحقق من استثناء العارضين للشروط المطلوبة، من خلال التدقيق في وثائقهم كل على حدى، وهذا نابع من سلطاتها التي تمكنها من استبعاد العروض الغير مستوفاة للشروط بواسطة قرار من جهة أولى، وفي نفس الوقت لا يمكنها استبعاد العروض بسبب المخالفات البسيطة والغير مؤثرة، لما في ذلك من مساس بمبدأ المنافسة.

ويختلف دور لجان فتح العروض باختلاف الشخص العام المعني بالعقد، ففي العقود التي تبرمها الدولة ومؤسساتها الإدارية، يقتصر دور لجنة فتح العروض على فتح أطرفة العروض، وإعداد محضر بذلك يسمى محضر فتح العروض، لتقوم المصلحة المتعاقدة بترتيب العروض بشكل تنازلي²، وإستبعاد العارضيين الذين لا يملكون الأهلية التقنية والمالية الكافية¹، وبعدها

¹ - ماجد راغب الحلو، المرجع السابق، ص. 126. هيبية سردوك، المرجع السابق، ص. 318.

² - Art. n° 62 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité. « I. - Les offres régulières, acceptables et appropriées, et qui n'ont pas été rejetées en application des articles 60 ou 61, sont classées par ordre décroissant en appliquant les critères d'attribution. II. - Pour attribuer le marché public au soumissionnaire ou, le cas échéant, aux soumissionnaires qui ont présenté l'offre économiquement la plus avantageuse, l'acheteur se fonde:

1° Soit sur un critère unique qui peut être:

a) Le prix, à condition que le marché public ait pour seul objet l'achat de services ou de fournitures standardisés dont la qualité est insusceptible de variation d'un opérateur économique à l'autre;

b) Le coût, déterminé selon une approche globale qui peut être fondée sur le coût du cycle de vie au sens de l'article 63;

2° Soit sur une pluralité de critères non-discriminatoires et liés à l'objet du marché public ou à ses conditions d'exécution au sens de l'article 38 de l'ordonnance du 23 juillet 2015 susvisée, parmi lesquels figure le critère du prix ou du coût et un ou plusieurs autres critères comprenant des aspects qualitatifs, environnementaux ou sociaux. Il peut s'agir, par exemple, des critères suivants:

a) La qualité, y compris la valeur technique et les caractéristiques esthétiques ou fonctionnelles, l'accessibilité, l'apprentissage, la diversité, les conditions de production et de

commercialisation, la garantie de la rémunération équitable des producteurs, le caractère innovant, les performances en matière de protection de l'environnement, de développement des approvisionnements directs de produits de l'agriculture, d'insertion professionnelle des publics en difficulté, la biodiversité, le bien-être animal;

b) Les délais d'exécution, les conditions de livraison, le service après-vente et l'assistance technique, la sécurité des approvisionnements, l'interopérabilité et les caractéristiques opérationnelles;

c) L'organisation, les qualifications et l'expérience du personnel assigné à l'exécution du marché public lorsque la qualité du personnel assigné peut avoir une influence significative sur le niveau d'exécution du marché public.

D'autres critères peuvent être pris en compte s'ils sont justifiés par l'objet du marché public ou ses conditions d'exécution.

III. - En cas de dialogue compétitif et pour les partenariats d'innovation, l'offre économiquement la plus avantageuse est identifiée sur la base d'une pluralité de critères conformément au 2° du II.

IV. - Les critères ainsi que les modalités de leur mise en œuvre sont indiqués dans les documents de la consultation.

Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée, les critères d'attribution font l'objet d'une pondération ou, lorsque la pondération n'est pas possible pour des raisons objectives, sont indiqués par ordre décroissant d'importance. La pondération peut être exprimée sous forme d'une fourchette avec un écart maximum approprié.

V. - L'acheteur s'assure que les critères d'attribution retenus puissent être appliqués tant aux variantes qu'aux offres de base. ».

¹- Art. n° 59 du Décret n° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, Précitée.
« I. - L'acheteur vérifie que les offres qui n'ont pas été éliminées en application du IV de l'article 43 sont régulières, acceptables et appropriées.

Une offre irrégulière est une offre qui ne respecte pas les exigences formulées dans les documents de la consultation notamment parce qu'elle est incomplète, ou qui méconnaît la législation applicable notamment en matière sociale et environnementale.

Une offre inacceptable est une offre dont le prix excède les crédits budgétaires alloués au marché public tels qu'ils ont été déterminés et établis avant le lancement de la procédure.

Une offre inappropriée est une offre sans rapport avec le marché public parce qu'elle n'est manifestement pas en mesure, sans modification substantielle, de répondre au besoin et aux exigences de l'acheteur formulés dans les documents de la consultation.

II. - Dans les procédures d'appel d'offres et les procédures adaptées sans négociation, les offres irrégulières, inappropriées ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

III. - Dans les autres procédures, les offres inappropriées sont éliminées. Les offres irrégulières ou inacceptables peuvent devenir régulières ou acceptables à l'issue de la négociation ou du dialogue, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses. Lorsque la négociation ou le dialogue a pris fin, les offres qui demeurent irrégulières ou inacceptables sont éliminées. Toutefois, l'acheteur peut autoriser tous les soumissionnaires concernés à régulariser les offres irrégulières dans un délai approprié, à condition qu'elles ne soient pas anormalement basses.

IV. - La régularisation des offres irrégulières ne peut avoir pour effet de modifier des caractéristiques substantielles des offres. ».

تصدر الجهة الإدارية قرار باختيار العرض الأكثر ملائمة للإدارة في ضوء المعايير المعلن عنها، وبالتالي لا تلعب لجنة فتح العروض دورا رئيسيا في تكوين قبول الإدارة.

أما بالنسبة لعقود الجماعات المحلية، فتنتمتع لجان فتح العروض بسلطات واسعة في مجال تكوين قبول الجماعات المحلية عند إبرامها لعقودها، كونها تفتح الأظرفة، وتفاضل وتوازن بين العروض استنادا إلى المعايير المعلن عنها، لتقوم بعد ذلك بإستبعاد العارضيين الذين لا يتمتعون بالمؤهلات التقنية والمهنية للإشتراك في العقد، وكذا العروض غير المطابقة لمحل العقد¹.

وتجدر الإشارة أنه أثناء قيام السلطة الإدارية المختصة بالموازنة بين العروض لإختيار أفضلها، لا يمكنها التفاوض مع العارضيين، ولا الإتصال بهم حفاظا على مبدأ المساواة بين المتنافسين. إلا أن المشرع الفرنسي فتح المجال أمام الشخص المسؤول عن العقد أو لجنة فتح العروض للإتصال والنقاش مع العارضيين بغية تقديم توضيحات عن عروضهم أو إكمالها وذلك وفق ظوابط، وفي حالات معنية².

¹ - André De LAUBADERE- yves GAUDEMET, traite de droit administratif, tome 1, droit général, 16^{ème} éd., Editeur Delta, 2002, p. 692.

² - Voir Art. n° 55 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité, « I. - L'acheteur qui constate que des pièces ou informations dont la présentation était réclamée au titre de la candidature sont absentes ou incomplètes peut demander à tous les candidats concernés de compléter leur dossier de candidature dans un délai approprié et identique pour tous.

II. - L'acheteur vérifie les informations qui figurent dans la candidature, y compris en ce qui concerne les opérateurs économiques sur les capacités desquels le candidat s'appuie. Cette vérification est effectuée dans les conditions suivantes:

1° La vérification de l'aptitude à exercer l'activité professionnelle, de la capacité économique et financières et des capacités techniques et professionnelles des candidats peut être effectuée à tout moment de la procédure et au plus tard avant l'attribution du marché public;

2° L'acheteur ne peut exiger que du seul candidat auquel il est envisagé d'attribuer le marché public qu'il justifie ne pas être dans un cas d'interdiction de soumissionner;

3° Toutefois, lorsque l'acheteur limite le nombre de candidats admis à poursuivre la procédure, ces vérifications interviennent au plus tard avant l'envoi de l'invitation à soumissionner ou à participer au dialogue.

III. - L'acheteur peut demander au candidat de compléter ou d'expliquer les documents justificatifs et moyens de preuve fournis ou obtenus.

IV. - Si un candidat ou un soumissionnaire se trouve dans un cas d'interdiction de soumissionner, ne satisfait pas aux conditions de participation fixées par l'acheteur ou ne peut produire dans le délai imparti les documents justificatifs, les moyens de preuve, les compléments ou explications requis par l'acheteur, sa candidature est déclarée irrecevable et le candidat est éliminé.

Dans ce cas, lorsque la vérification des candidatures intervient après la sélection des candidats ou le classement des offres, le candidat ou le soumissionnaire dont la candidature ou l'offre a été classée immédiatement après la sienne est sollicité pour produire les documents

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وعندما تستخدم الإدارة الوسائل الإلكترونية في إبرام العقد الإداري الإلكتروني. فعلى سبيل المثال في أسلوب التحاور التنافسي الذي سبق وأن رأيناه، فإن مرحلة التفاوض التي تقوم بها لجنة فتح العروض، يمكن أن تتم من خلال البريد الإلكتروني أو شبكة الويب أو غرف المحادثة الإلكترونية، بين المرشحين والإدارة حول الشروط الفنية والمالية والتنفيذية التي تحقق الفوائد للإدارة، والموجودة في دفتر الشروط¹.

وبالذهاب إلى مصر حدد المشرع عمل هذه اللجنة، هو مجرد تسهيل أعمال لجنة البث التي ستتولى مراجعة كافة إجراءات عملها ومعرفة مدى سلامتها، باعتبار أن المشرع في مصر نص على لجنتين، لجنة لفتح العروض ولجنة للبث فيها، فتتخصص مهمتها بفتح أظرفة العطاءات المقدمة وترتيبها كمرحلة تمهيدية لقيام لجنة الفحص والتقييم بعملها الذي يستهدف اختيار أفضل المتقدمين بالعروض.

وتباشر هذه اللجنة عملها وفق مرحلتين، المرحلة الأولى تبدأ بفتح أظرفة العروض الفنية، وقبل هذا يقوم أعضاء اللجنة بالإطلاع على محتويات ملف العملية قبل بدء الجلسة لتحقيق من صحة وسلامة الإجراءات التي سبق اتخاذها من إدارة التعاقدات.

nécessaires. Si nécessaire, cette procédure peut être reproduite tant qu'il subsiste des candidatures recevables ou des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables. ».

- Voir aussi art. n° 58 « I. - Les acheteurs peuvent autoriser la présentation de variantes dans les conditions suivantes:

1° Pour les marchés publics passés selon une procédure formalisée:

a) Lorsque le marché public est passé par un pouvoir adjudicateur, les variantes sont interdites sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt;

b) Lorsque le marché public est passé par une entité adjudicatrice, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans l'avis de marché ou dans l'invitation à confirmer l'intérêt;

2° Pour les marchés publics passés selon une procédure adaptée, les variantes sont autorisées sauf mention contraire dans les documents de la consultation.

II. - L'acheteur peut exiger la présentation de variantes. Dans ce cas, il l'indique dans l'avis d'appel à la concurrence, dans l'invitation à confirmer l'intérêt ou, en l'absence d'un tel avis ou d'une telle invitation, dans les documents de la consultation.

III. - Lorsque l'acheteur autorise expressément ou exige la présentation de variantes, il mentionne dans les documents de la consultation les exigences minimales que les variantes doivent respecter ainsi que toute condition particulière de leur présentation.

IV. - Pour les marchés publics de fournitures ou de services, une variante ne peut être rejetée au seul motif qu'elle aboutirait, si elle était retenue, à un marché public de services au lieu d'un marché public de fournitures ou à un marché public de fournitures au lieu d'un marché public de services. ».

¹ - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 109.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ثم تقوم هذه اللجنة بأداء عملها باتباع الخطوات المنصوص عليها في المادة 62 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليه سابقا، كفتح المظاريف بالتتابع وإثبات رقم العرض عليه، وعلى كل ورقة بداخله، قراءة إسم صاحب العرض، وقيمة مبلغ التأمين المؤقت، وطريقة أدائه، وغيرها من الإجراءات الدقيقة واردة في نص المادة السابقة التي لا تدع أي مجال للإجتهاد. ونؤكد مرة أخرى أن في هذه المرحلة يقتصر عمل اللجنة على فتح ظرف العرض الفني فقط دون المالي.

وتعد اللجنة محضرا يوقع عليها رئيس اللجنة وجميع أعضائها، بعد إثبات كافة الخطوات الواردة في نص المادة السابقة في سجل خاص، وتقوم بتسليم المضاريف الفنية وجميع الأوراق المقدمة بها ومحضر اللجنة لمدير إدارة التعاقدات وذلك لحفظها.

أما في المرحلة الثانية فتعمل اللجنة على فتح ظرف العرض المالي، حيث تقتصر على فتح أظرفة العروض المالية للعروض المقبولة فنيا، فيجب أن تجتمع من جديد في المكان والمحدد لفتح الأظرفة المالية، وتتبع ذات القواعد والإجراءات التي اتبعتها عند فتح الأظرفة الفنية، ويتعين عليها التحقق من سلامة الأظرفة المالية، وأن عليها رقم العرض، وكذلك توقيع اللجنة السابق لإثباته على كل ظرف لجلسة فتح الأظرفة الفنية، ومن ثم يتم تفريغ العروض المالية وفقا للشروط والضوابط المتبعة بشأن تفريغ العروض الفنية¹.

أما في الجزائر فقد نصت المادة 160 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، بأنه " تحدث المصلحة المتعاقدة، في إطار الرقابة الداخلية لجنة دائمة أو أكثر مكلفة بفتح الأظرفة وتحليل العروض والبدائل والأسعار الاختيارية، عند الإقتضاء، تدعى في صلب النص لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض...".

وتقوم هذه اللجنة بالمهام التالية:

- تتثبت من صحة تسجيل العروض،
- تعد قائمة المرشحين أو المتعهدين حسب ترتيب تاريخ وصول أظرفة ملفات ترشحهم أو عروضهم مع توضيح محتوى ومبالغ المقترحات والتخفيضات المحتملة،
- تعد قائمة الوثائق التي يتكون منها كل عرض،
- توقع بالحروف الأولى على وثائق الأظرفة المفتوحة التي لا تكون محل طلب إستكمال،

¹ - للمزيد حول إجراءات وظوابط فتح الأظرفة وتفرغ العروض المالية في مصر، أنظر المادة 70 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- تحرر محضرا أثناء انعقاد الجلسة، يوقعه جميع أعضاء اللجنة الحاضرين، والذي يجب أن يتضمن التحفظات المحتملة المقدمة من قبل أعضاء اللجنة،
 - تدعو المرشحين أو المتعهدين كتابيا إلى استكمال عروضهم التقنية، تحت طائلة رفض عروضهم، بالوثائق الناقصة المطلوبة، في أجل اقصاه 10 أيام من تاريخ فتح الأظرفة،
 - تقترح على المصلحة المتعاقدة عن طريق محضر إعلان عدم جدوى الإجراء حسب المنصوص عليها في المادة 40 من المرسوم السابق،
 - ترجع الأطراف غير المفتوحة إلى أصحابها من المتعاملين الإقتصاديين¹.
- أما فيما يخص سير عمل اللجنة بخصوص عملية فتح الأظرفة، فقد نظمت المادة 70 من ذات المرسوم ذلك، حيث يتم فتح الأظرفة المتعلقة بملف الترشيح والعروض التقنية والمالية خلال جلسة علنية، وخلال نفس الجلسة، وفي التاريخ والساعة التي حددتهما المادة 66 من هذا المرسوم. غير أنه في الإجراءات المحدودة تفتح ملفات الترشيحات بصفة منفصلة، وتختلف باختلاف الأسلوب المتبع، ففي إجراء طلب العروض المحدود، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والعروض المالية، على مرحلتين، وفي إجراء المسابقة، يتم فتح الأظرفة المتعلقة بالعروض التقنية والخدمات والعروض المالية على 3 مراحل، ولا يتم فتح ظرف الخدمات في جلسة علنية، ولا يتم فتح أظرفة العروض المالية في إجراء المسابقة إلا بعد نتيجة تقييم الخدمات من قبل لجنة التحكيم. وعن عمليات فتح الأظرفة التقنية والمالية التي تمر بمرحلتين، يقوم ممثل مكتب الصفقات لدى المصلحة المتعاقدة في المرحلة الأولى بتقديم السجل المتضمن تسجيل العروض حسب ترتيب وصولها، ويزود أعضاء اللجنة بكل المعلومات التي يريدون معرفتها، وبعدها يتأكد الأعضاء من عدم وجود أي علامة تدل على إسم المتعهد في الظرف الخارجي، ثم تقوم اللجنة بفتح الظرف الخارجي، ثم فتح الظرف المتضمن العرض التقني فقط، ويقوم كاتب الجلسة بتحرير محضر يدون فيه المعلومات والوثائق الموجودة في الظرف.
- وبعد الإنتهاء من فتح الأظرفة، ترفع الجلسة من قبل رئيسها، ويوقع الأعضاء على المحضر الذي يتضمن كل تفاصيل سير العملية.
- أما في المرحلة الثانية المتعلقة بفتح العروض المالية، تقوم اللجنة قبل البدء في عملية فتح العروض المالية بالإطلاع على محضر تقييم العروض التقنية بغرض معرفة المتعهدين ذوي

¹ - أنظر المادة 71 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العروض المطابقة لدفتر الشروط أي المؤهلة، والمتعهدين المقصيين بسبب عدم مطابقة عروضهم التقنية لدفتر الشروط.

وتقوم اللجنة بفتح العروض المالية للمتعهدين المقبولة عروضهم التقنية فقط، ويحرر كاتب الجلسة محضرا يتضمن جدولاً يدون فيه إسم المؤسسة، ومبلغ التعهد والوثائق المرفقة في العرض المالي، لتختتم الجلسة بتوقع الأعضاء على المحضر.

وينبغي أن نشير إلى أنه نظراً لأن المشرع لم يحدد فترة تفصل بين المراحل المختلفة¹، فإنه يجب أن تكون فترة معقولة، وبحضور المتعهدين المؤهلين إلى عملية فتح العروض المالية، وهذه حفاظاً على شفافية وعلنية إجراءات الفتح. لكن الواقع العملي في ظل غياب نص قانوني، أثبت أن عملية فتح العروض المالية لا تتم في جلسة علنية، والمدة التي تفصلها عن عملية فتح العروض التقنية طويلة، فكان الأجدر بالمشرع أن يقوم بتحديد المدة الفاصلة بين العمليتين، أو على الأقل تحديد أقصى مدة لإجراء عملية الفتح المالي، وهذا تحقيقاً للشفافية، وحسن إنجاز المشاريع.

وبما أننا بصدد التركيز على الإجراءات الإلكترونية في التعاقد الإداري، فإن فكل هذه الإجراءات السابقة المعقدة يمكن إستعاضة عنها في التعاقد الإداري الإلكتروني، فبعد تسلم العروض من المصلحة المتعاقدة إلكترونياً، تقوم اللجنة المختصة بفتح العروض للتأكد من وجود العرض التقني والمالي من خلال فتح صندوق العروض الإلكترونية، ويتم إستخدام وسائل الإتصال الحديثة تمكن المتعاملين الإقتصاديين من الإطلاع على عملية فتح الأظرفة من دون اشتراط الحضور المادي لهم أمام اللجنة. حيث تعطي اللجنة لكل عرض رقم سري خاص به للتشفير، لا يمكن لأي شخص الاطلاع عليه إلا من هو مختص بذلك كرئيس لجنة فتح العروض، أو رئيس الجهة الإدارية المتعاقدة، ثم يقوم رئيس لجنة فتح العروض بفتح صندوق العروض الإلكترونية في التاريخ والساعة المحددين في إعلان الدعوة إلى المنافسة للفتح، حيث أن عملية فتح العروض المرسلة إلكترونياً تتم بشكل أكثر يسراً، وكذلك عملية إعلام المتعهدين مباشرة بالعروض وجميع التوقيعات، يمكن أن تتم عن طريق التوقيع الإلكتروني. وتستخدم المستندات الإلكترونية بدل الورقية، كما تدون جميع المعلومات والأرقام عن طريق الكتابة الإلكترونية، وبذلك تقوم اللجنة بجميع أعمالها إلكترونياً.

ولكن نؤكد أن كل هذا يحتاج إلى تشريع قانوني يوضح بعض الجوانب القانونية الخاص بالطعن في الإجراءات والإعتراض عليها إلكترونياً. وبعد إكمال لجنة فتح العروض مهامها، والتأكد

¹ - أنظر المادة 66 من المرسوم الرئاسي رقم 15 - 247 سابق الإشارة إليه

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

من وجود الشروط القانونية في العروض، واستبعاد العروض التي لا تتوفر فيها تلك الشروط، وتحول العروض إلى لجنة البت في حالة وجود لجنتين منفصلتين إلكترونياً عن طريق البريد الإلكتروني متضمنت الأسماء الخاصة المتعهدين المؤهلين، حيث تختار الأخيرة أفضلها على أساس السعر والجودة¹.

البند الثاني: عملية تقييم العروض والبت فيها.

تتمحور عملية تقييم وتحليل العروض في اختيار أفضل العطاءات من جميع النواحي الفنية و المالية تمهيدا لإرساء العقد عليه، حيث أن إختصاص اللجنة يحتاج إلى عناصر خبرة، والسير وفق إجراءات دقيقة لتفادي الوقوع في الخطأ. ونظرا لأن إجراءات عمل اللجنة في هذه المرحلة وممارسة اختصاصاتها قد يشوبه نوع من البطء، فإن إبرام العقد الإداري بالطرق والوسائل الحديثة قد ساعد عمل اللجنة في عملية تحويل مجمل أعمالها من الأعمال المادية الورقية إلى الطريقة الإلكترونية، وذلك باستخدام الوسائل الحديثة في عملية إنجاز مهامها، حيث أن إجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني أعطت لجنة التقييم والبت في العروض المدى الواسع من اليسر والسرعة وكذلك الدقة في إنجاز مهامها على أكمل وجه كما سنلاحظ لاحقا.

فبالذهاب للمشرع المصري فقد أطلق على هذه اللجنة تسمية لجنة البت، وقد حدد مهام هذه اللجنة خلال اجتماعها لمرتين، الأولى لفحص العروض الفنية، والثانية بعد أن تقوم لجنة فتح الأظرفة بانعقادها الثاني لفتح الأظرفة المالية المقبولة فنيا، حيث يخصص الإنعقاد الثاني للجنة لتقويم وتحليل العروض المالية والخاصة بالمناقصات العامة.

بالنسبة للإنعقاد الأول للجنة، يكون اجتماعها في المكان والزمان المحددين بموجب قرار صادر من السلطة المختصة، وتطلع على محضر عمل لجنة فتح الأظرفة، وهنا تدرس اللجنة العروض الفنية فقط، والتي سبق وقامت بفتحها لجنة فتح الأظرفة، إذ تقوم لجنة البت في هذه المرحلة بـ:

- الفحص الشكلي للعروض والتأكد من أنها قد إستوفت الشكل القانوني وفقا لمتطلبات

شروط الطرح،

¹ - حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، 2004، ص. 158.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- إستبعاد العروض المتأخرة، وكذا العروض غير مستوفية للشروط المطلوبة، كالعروض الغير موقعة من أصحابها، أو العروض التي تبين أن أصحابها غير مسجلين في بوابة التعاقدات العامة، أو أنهم مسجلين بسجل قيد أسماء الممنوعين من التعامل مع الجهات العامة.
- تفرغ العروض الفنية المستوفية للشكل القانوني، على الإستمارة المعدة لذلك، مع تدوين جميع ملاحظات وإشترطات أصحابها¹.
- دراسة العروض الفنية، ويقع على عاتق اللجنة الوصول إلى أفضل المناقصين فنيا وماليا، حيث تتولي بعد تفرغ العروض الفنية التأكد من وتوافر الكفاءة الفنية وفقا للمعايير المحددة بذفر الشروط، كما تتحق من توافر الملائمة المالية لصاحب العرض، وما إذا كان لديه المقدرة المالية من سيولة وغيرها من عدمه لتنفيذ العملية من خلال دراسة ميزانيته والتدفقات النقدية بحسب طبيعة محل التعاقد².
- وتملك لجنة البث مراجعة جميع الإجراءات في المناقصة بما فيها عمل لجنة فتح الأظرفة³، كما يمكن للجنة البث في حالة تبين لها أن صاحب عرض قد إستعمل بنفسه أو بواسطة غيره الغش أو التلاعب في تعامله مع الجهة الإدارية للحصول على العقد إستبعاد عرضه ويصبح التأمين المؤقت من حق الجهة الإدارية.
- كما يجوز لها إستقاء البيانات أو الوثائق التي تساعد اللجنة على استيضاح ما غمض من أمور فنية من أصحاب العروض بما يعينهم في إعداد التقرير الفني اللازم⁴.

¹ - أنظر المادة 65 / 2 و 3 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

ولقد كان القانون رقم 89 لسنة 1998 الملغى ينص على إمكانية تشكيل لجنة فنية فرعية من بين أعضاء لجنة البث وذلك لتدرس النواحي الفنية والمالية في كل عطاء ومدى تطابقها مع الشروط المعلنة، وحسن سمعة مقدمي العطاءات، طبقا لنص المادة 13 منه، كما نصت المادة 32 من اللائحة التنفيذية لذات القانون، والمعدلة بموجب المادة 1 من القرار 497 لسنة 2006 على: " تتولى لجنة البث دراسة العروض الفنية لتحقيق من مطابقتها للمواصفات و الشروط المطروحة على أساسها المناقصة، و للجنة البث أن تشكل من بين أعضائها أو غيرهم من أهل الخبرة لجان فنية لدراسة العروض و رفع تقرير بنتائج الدراسة إلى لجنة البث و للجنة أن تستوفي من مقدمي العروض خلال مدة لا تتجاوز سبعة أيام ما تراه من بيانات و مستندات و استيضاح ما غمض من أمور ...". للمزيد حول هذا الموضوع أنظر وليد رمضان عبد التواب، المرجع السابق، ص. 132.

² - أنظر المادة 66 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018. سابق الإشارة إليه.

³ - هذا ما جاء في حكم المحكمة الإدارية العليا في الطعين رقم 332 و 3419 لسنة 1988-1989 أوردهما: وليد رمضان، المرجع السابق، ص. 133.

⁴ - أنظر المادة 67 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- تقوم لجنة البث بإعداد محضر يتضمن ما انتهت إليه توصياتها بناء على دراستها من قبول أو استبعاد للعروض مع ذكر أسباب عدم القبول وترفع محضرها للسلطة المختصة لإعتماده.

أما الإنعقاد الثاني للجنة، فيكون بعد أن تتعقد لجنة فتح الأظرفة للمرة الثانية لفتح الأظرفة المالية، لتختار أفضلها، هنا تقوم لجنة البث بإجراء المفاضلة بين العروض المقدمة، والمقارنة وتكون محكمة بعدة اعتبارات كالسعر الأقل، والشروط المقدمة من المتقدمين للمناقصة، والعطاءات المقترنة بتسهيلات إئتمانية¹.

وبعد ذلك ترفع اللجنة محضرا بإجراءاتها وتوصياتها للسلطة المختصة لتقرر ما تراه². إن جميع الأعمال التي تقوم بها لجنة البث يمكن لأعضاء هذه اللجنة إجرائها بالاعتماد على الوسائل الحديثة، وذلك من خلال مراجعة العروض المقدمة إلكترونيا بشكل كامل إلكترونيا أيضا، ونشر الأسعار النهائية للمتناقصين بصورة تلقائية على موقع الجهة الإدارية أو الشركة المتعاقدة على شبكة المعلومات الدولية الإنترنت، وبعد ذلك تختار لجنة البث أفضل العروض³، كل ذلك لا يتعارض مع الإجراءات التي ذكرناه، خاصة وأن المشرع المصري إعتترف بالشكل الإلكتروني للإجراءات السابقة الخاصة بفتح العروض والبث فيها من خلال المادة 84 سابقة الذكر من القانون رقم 182 لسنة 2018 المتعلقة بالتعاقد الإلكتروني، لكن نعتقد أن إيجاد تشريعات إلكترونية خاصة بالعقود الإدارية سيسهل إبرام العقد الإداري الإلكتروني، ويجعل عمل الإدارة أكثر رصانة وأمان قانوني.

أما في الجزائر فنقوم لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض طبقا لنص المادة 72 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا، على تحليل العروض الباقية في مرحلتين وفق للمعايير المحددة في دفا تر الشروط.

ويتمثل مضمون المرحلة الأولى في الترتيب التقني للعروض مع إقصاء العروض التي لم تتحصل على العلامة الدنيا اللازمة المنصوص عليها في دفتر الشروط.

فيما يتمحور مضمون المرحلة الثانية في دراسة العروض المالية التي تم تأهيلها تقنيا، مع مراعاة التخفيضات المحتملة في عروضهم.

¹ - للمزيد حول إجراءات تقييم العروض المالية في القانون المصري، أنظر المواد من 71 إلى 77 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018.

² - حيدر طالب محمد علي شذر، المرجع السابق، ص. 161. وليد رمضان عبد التواب، مرجع سابق، ص. 157.

³ - داود الباز، المناقصة الإلكترونية وسيلة لإختيار المتعاقد مع الإدارة، المرجع السابق، ص. 191.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

لنتمكن بعد ذلك من إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية معتمدة على عدة معايير هي:

- الأقل ثمنا من بين العروض المالية، عندما يسمح موضوع الصفقة بذلك، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض على معيار السعر،
- الأقل ثمنا من بين العروض المؤهلة تقنيا، إذا تعلق الأمر بالخدمات العادية، وفي هذه الحالة يستند تقييم العروض على عدة معايير من بينها معيار السعر،
- الذي يتحصل على أعلى نقطة إستنادا إلى ترجيح عدة معايير من بينها معيار السعر، إذا كان الإختيار قائما أساسا على الجانب التقني للخدمات.

غير أنه في حالة طلب العروض المحدود، يتم إنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية استنادا إلى ترجيح عدة معايير. أما في حالة المسابقة، فتقترح اللجنة على المصلحة المتعاقدة قائمة بالفائزين المعتمدين، وتدرس عروضهم المالية فيما بعد لإنتقاء أحسن عرض من حيث المزايا الإقتصادية إستنادا إلى عدة معايير.

لتقوم اللجنة في الأخير طبقا لنص المادة 161 من المرسوم السابق بعمل إداري وتقني تعرضه على المصلحة المتعاقدة، التي تقوم ببناء عليه بمنح الصفقة، أو الإعلان عن عدم جدوى الإجراء، أو إلغائه، أو إلغاء المنح المؤقت للصفقة، وتصدر في هذا الشأن رأيا مبررا.

لتصدر الإدارة المختصة قرارا يرسى الصفقة بموجب إجراء المنح المؤقت، وذلك وقف عدة معايير¹، لتخطر المتعهدين والجمهور باختيارها المؤقت وغير النهائي لمتعاقد ما، نظرا لحصوله على أعلى تنقيط في كل من العرض التقني والمالي، على أن يتم هذا الإختيار في حدود المرشحين المقبولين من طرف لجنة فتح الأظرفة وتقييم العروض.

فبعد انتهاء لجنة البت من تقييم وتحليل العروض، والتي انتهت بالتأكيد من احتواء العرض على الشروط المطلوبة كافة، والمفاضلة بين العروض للوصول للعرض الأفضل، تقوم بإصدار قرار بإرساء العقد على أفضل العرض، والذي يعطي أفضل الميزات لصالح الإدارة. وهنا نشير أنه اختلفت التشريعات في الطبيعة القانونية لقرار إرساء العقد الذي تصدره لجنة البت فيما إذا كان قرارا إداريا أو مجرد رأي. وهنا يلتزم من رسي عليه العقد بإرادته المنفردة بالبقاء على إيجابه حتى يتم صدور قرار المنح المؤقت من قبل الجهة الإدارية المختصة²، ومن بعدها قرار الإعتماد، فينعقد

¹ - أنظر المادة 78 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه

² - أنظر المادة 4 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه، والمادة 2 من القانون رقم 89 لسنة 1998 متضمن قانون المناقصات والمزايدات المصري سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العقد¹، والملاحظ أن عملية الإرساء يمكن أن تتم بشكل إلكتروني، وترسل قرار الإحالة إلى الجهة الإدارية المختصة بالتعاقد عبر البريد الإلكتروني، وتقوم هذه الأخيرة باتخاذ القرار والإعلان عنه إلكترونياً وإبلاغه إلكترونياً، حيث يمكن أن ترفض الرأي أو القرار الصادر من لجنة البت أو أن توافق عليه، ولا يوجد مانع قانوني من استخدام الوسائل الإلكترونية في صدور الركن الثاني من العقد، وهو القبول الإلكتروني²، من جهة الإدارة المختصة في حال قررت الإدارة اعتماد العقد، هنا تقوم بإرسال رسالة إلكترونية تبلغ فيها المتقدم لإنشاء رابطة تعاقدية معها، حيث يقوم الطرف الثاني باستقبال الرسالة التي تؤكد ذلك، ومن ثم يوقعه بواسطة التوقيع الإلكتروني خلال مدة تحددها الإدارة له، وبخلاف ذلك يعد ناكلاً، وبهذا فإن قرار لجنة البت ما هو إلا إجراء تمهيدي سابق على التعاقد، ولا تنشأ به علاقة تعاقدية، وهذا ما أكدته أغلب التشريعات، وهنا يمكن عرض الأسباب على الموقع الإلكتروني الرسمي للجهة المتعاقدة لغرض تيسير الإطلاع عليها، وبعد انتهاء المدد القانونية للطعون تطلب الإدارة من الأشخاص أو الجهات التي رسي عليهم العقد سداد قيمة التأمين النهائي خلال مدد محددة، وهذا السداد من الممكن أن يتم عن طريق البطاقات البنكية وبشكل إلكتروني³، بعد ذلك يوقع العقد الرسمي بين الطرفين.

كذلك فيما يخص عملية تحرير العقد، فيمكن أن يحرر كذلك في محرر إلكتروني، حيث أن جميع الإجراءات السابقة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني لا تحتاج إلى حضور مادي لطرفي التعاقد. وأما بالنسبة للتوقيعات، فإنها يمكن أن تتم عن طريق التوقيع الإلكتروني لكل طرف كما أشرنا ، وترسل العقود الإدارية الإلكترونية كمستندات إلكترونية إلى أي جهة مختصة.

¹ - بعد الإنتهاء من مراحل المفاضلة بين العروض سابقة الذكر يجري رسو العقد على أفضل العطاءات كإختيار مؤقت، ولا يكون نهائياً إلا بعد وصوله إلى مرحلة التصديق عليه وإعتماده من قبل الجهة المختصة، بمعنى ذلك أن مقدم العرض يبقى في مركز غير تعاقدى قبل صدور قرار الإعتماد، وبهذا قضى الإجتهد القضائي، ففي مصر قضت المحكمة الإدارية العليا في أحد أحكامها " ...ومن حيث أنه على هدي ماتقدم لا يمكن القول باعتبار قرار لجنة البت بإرساء المناقصة أو المزايدة بمثابة القبول في العقود، ويؤدي إلى تمام التعاقد حتماً مع صاحب العطاء الذي إختارته اللجنة، غذ أن هذه المرحلة النهائية تترتب على إجراء لاحق هو المصادقة على إرساء المناقصة من قبل الجهة الإدارية المختصة، وهي جهة التعاقد التي تملك وحدها إصدار القبول تأسيساً على أن القبول الذي يعتد به هو القبول الصادر من من يملك التعاقد..."، حكم المحكمة الإدارية العليا رقم 1668-33 بتاريخ 39 1994/1/4. كما أكد مجلس الدولة الفرنسي على نفس الأمر في أحد أحكامه بقوله " الرابطة التعاقدية بين الإدارة ومتعاقدتها لا تقوم إلا بصور قرار إبرام العقد بغض النظر عن أي إجراء لاحق ينص عليه القانون"، أنظر

C. E., 2 / 6 SSR, du 1 octobre 1971, 78392 78393, recueil Lebon, p. 31.

² - ج ريبير - رولوبو - فيليب ديبيلك - ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، ترجمة على مقلد، ج. 2، ط. 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسة و النشر و التوزيع، بيروت، 2008، ص. 767 و ما بعدها.

³ - فتحة محمد قوراري، الحماية الجنائية للمعاملات المصرفية والإلكترونية - دراسة تطبيقية على الإسكندرية -، كلية الحقوق، 2005، ص. 216 وما بعدها.

من خلال كل ماسبق نلاحظ أن المشرع الجزائري قد أعطى الإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني في العقد الإداري حسب رأينا مساحة لا بأس بها رغم عدم كفايتها، وذلك بإعترافه بالتوقيع الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية وكذلك قوة المستندات الإلكترونية في الإثبات التي ستكون محور دراستنا في الفصل الموالي، وهذا يؤكد على إمكانية قيام الإيجاب الإلكتروني والقبول الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني في الجزائر، مع الحاجة إلى تشريع خاص بإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، كما فعل المشرع الفرنسي لإزالة اللبس والغموض الذي قد يحصل عند إبرامها.

الفصل الثاني: إثبات العقد الإداري الإلكتروني وإشكالاته إنعقاده.

إن النتائج المترتبة على تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية لا تقتصر على تطور الأعمال الإدارية فحسب، بل تمتد إلى كيفية إثباتها، وهو ما يشير إلى تطور وسائل الإثبات الإداري بالتزامن مع هذا التطبيق. لذلك فهذه الأعمال لم تستثن عن باقي الأعمال القانونية الأخرى في حاجتها لوسائل إثبات متطورة كي يمكن إرساء وجودها، والتمسك بها فيما بين أطرافها أو أمام القضاء. فالعقد الإداري الذي أصبح يتم عبر وسائط إلكترونية، وتستعمل في إبرامه الوثائق والمحركات الإلكترونية، يحتاج إلى وسائل من ذات الطابع للتدليل عليه، ومتى سلمنا بذلك، فيعني أننا أمام تطور حقيقي لوسائل الإثبات التي جرى القضاء على الاعتراف بها أثناء نظر المنازعات القائمة بين الإدارة وغيرها.

وعليه تتسع دائرة التكليف الذي يأمر به القاضي الإداري، والموجه للخصوم بتقديم ما لديهم من محركات ووثائق، حيث تتضمن المحركات الإلكترونية إلى هذا الأمر بجانب نظيرتها الورقية، خصوصا إذا كانت منتجة في الدعوى. والنكول عن تقديمها لا يخرج عن القاعدة العامة في اعتباره قرينة على ضعف موقف صاحبه¹، كما أن إنكار وجودها مفترض، وإن كان هناك من يرى أن

¹ - يقوم تكليف القاضي للخصوم بتقديم ما لديهم من المستندات من وسائل الإثبات العامة في الدعاوى الإدارية، ويلجأ القاضي لذلك أثناء تحضيره للدعوى تمهيدا للفصل فيها، لذلك تعتبر هذه الوسائل إجرائية بطبيعتها، يبادر إليها القاضي متى اقتضى الأمر ذلك، وكل ذلك يأتي انطلاقا من دوره الإيجابي وسلطته الواسعة في هذا المقام، وهذا التكليف من الممكن أن يوجه للإدارة بناء على طلب خصمها أو دونه، كما يمكن أو يوجه للأخير متى ثبت امتلاكه لمستندات أخرى تبدو الحاجة ماسة إليها في نظر الدعوى. للمزيد من التفصيل في هذا المعنى أنظر: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في الدعاوى الإدارية، ط.1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010، ص.37 وما بعدها.

ظاهرة الإنكار تلازم نظيرتها الورقية بشكل أكبر¹، ويتأسس ذلك على ذاتية أمر التكليف الذي يهدف بالأصل لتقديم المحرر دون النظر إلى طبيعته، وأن العبرة بقيمته في نظر الدعوى.

لكن رغم التطور الذي شهدته نظرية الإثبات الإلكتروني في وقتنا الراهن، إلا أنه توجد حقائق أساسية لا يمكن التغاضي عنها تتمثل في أن الإثبات في القانون الإلكتروني جاء مكملًا لما وصل إليه الإثبات التقليدي ولا ينفصل عنه.

ويترتب على ذلك نتيجة في غاية الأهمية تساهم إلى حد كبير في قبول هذا التطور وعدم تجاهله، وتتمثل في بقاء القواعد والمبادئ العامة في الإثبات، صالحة للتطبيق في جميع الأحوال، ويمكن الإعتماد عليها في تنظيم نوعي الإثبات.

كما أن الإثبات في صورته الجديدة يتفق مع الإثبات التقليدي في أن سلطة القاضي الإداري تجاه المسائل المتعلقة بهما تعد واحدة، ولم تتغير بظهور هذا التطور، وإن كانت طبيعة الإثبات قد اختلفت وأصبح يتم من خلال آلية ودلائل جديدة لم تكن موجودة من قبل، لا سيما المستندات الإلكترونية التي أصبحت دليلاً على وجود التصرفات القانونية والوقائع المرتبطة بها، وفي ذات الوقت تعد وسيلة الإثبات المتوفرة بشأنها.

وفي مجال إبرام العقود فلا إختلاف بين العقد الإداري الإلكتروني وبقية أنواع العقود الأخرى في ما يخص حصول منازعات بين أطرافه. هذه المنازعات تحتاج إلى تسوية قد تكون في بعض الأحيان عن طريق القضاء، وفي أحيان أخرى يتم تسويتها ودياً أو بطرق غير قضائية. فإذا لجأ الطرفان إلى القضاء، فهنا يتكفل القضاء الإداري بحل وتسوية أي نزاع ينشأ بين طرفي العقد الإداري-الإدارة والمتعاقد معها-. أما إذا أراد الطرفان تسوية النزاع بينهما دون إستعمال الطريق القضائي، فإنهما في هذه الحالة يلجأن إلى التحكيم بينهما عن طريق هيئة تحكيم سواء أكانت وطنية أم دولية، وسواء أكانت عادية أم إلكترونية. ولغرض سريان عملية التقاضي أو التحكيم في العقد الإداري الإلكتروني بصورة طبيعية، فإننا نحتاج إلى إثبات هذا العقد، حيث يحتاج القاضي أو هيئة التحكيم إلى استخدام المستندات الإلكترونية والوثائق الإلكترونية وغيرها بشكل يستطيع من خلاله إثبات واقعة التعاقد من عدمها، وإثبات تقصير أي طرف في حال نشوء نزاع بينهما، لكن إستخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد أدى إلى مشكلات كثيرة، وذلك راجع إلى طبيعة المحررات والوثائق التي يتم تحرير العقد فيها، وإلى نوع التوقيع الذي يتم إستخدامه لتوقيع هذه الوثائق. فظهرت الحاجة إلى تطويع قواعد الإثبات التقليدية سواء كان ذلك في التشريع الجزائري

¹ - عباس العبودي، المرجع السابق، ص. 299 ومابعداها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أو التشريعات المقارنة لتطبيقها على هذا النوع من التعاقد رغم صعوبة الأمر. ومن ثم وضع قوانين جديدة تحكم المحرر الإلكتروني، والكتابة الإلكترونية، والتوقيع الإلكتروني وتمنحها حجية في الإثبات.

وللتأكد من من صحة المحرر والتوقيع الإلكترونيين، استلزم الأمر وجود طرف ثالث محايد ومستقل عن أطراف المعاملات الإلكترونية، من أجل توثيق أو التصديق على المعاملات الإلكترونية.

وأمام التغلغل المتزايد للوسائل الإلكترونية في مجال إنجاز المعاملات الإدارية، والذي أدى إلى هجر الوسائل التقليدية المتمثلة في المستند الورقي كدليل تقليدي لإثبات المعاملات، إلى المستند الإلكتروني، نجد أن بيان الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية شيء مهم، وذلك لغرض إعطائها القيمة القانونية الحقيقية في الإثبات بالخصوص في التعاقد الإداري الإلكتروني، ومن المنطقي أن يتم استخدام الطرق الإلكترونية في حل نزاعات العقد الإداري الإلكتروني، وهذا ما سنفصله في هذا الفصل الذي سنقسمه إلى مبحثين نتناول في المبحث الأول: تأثير الوسائط الإلكترونية على قواعد الإثبات في المجال الإداري، فيما يخص المبحث الثاني لدراسة منازعات العقد الإداري الإلكتروني وآليات تسويتها.

المبحث الأول: تأثير الوسائط الإلكترونية على قواعد الإثبات في المجال الإداري.

من المعلوم أن قواعد الإثبات في القانون الإداري تتميز عن غيرها، نظراً لأنها غير مقننة¹، وإرتباطها بالدعوى الإدارية التي تكشف عن وجود علاقة غير متوازنة بين طرفيها، فالإدارة لها مركزها المتقدم وتملك من الأدلة ما لا يملكه خصمها²، لهذا فقد أعطى للقاضي الإداري سلطة غير مألوفة بالنسبة للقاضي العادي تمكنه من العمل على تحقيق التوازن بين طرفي الدعوى والقانون المنظم لها، وهو ما يدل على إتساع نطاقها وأهميتها بالنسبة لجميع فروع القانون.

¹ - محمد علي محمد عطالله، الإثبات بالفرائد في القانون الإداري والشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، جمهورية مصر العربية، 2001، ص.7.

² - أحمد عودة الغوييري، إجراءات التقاضي الإدارية أمام محكمة العدل العليا الأردنية دراسة مقارنة، مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السادس، العدد الثالث، 1991، ص.21. محمد الحافي، الدور الإيجابي للقاضي الإداري والقاضي الجنائي في الإثبات، بحث مقدم إلى الندوة المنعقدة ببيروت، في الفترة من 10 - 12 / 12 / 2012، المحور السادس، بإشراف المركز العربي للبحوث القانونية والقضائية، بيروت، لبنان، التابع لمجلس وزراء العدل العرب، جامعة الدول العربية، ص.6.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

هذا ما يجعل مسألة الإثبات في القانون الإداري تثير العديد من الجوانب القانونية التي قد تحتاج إلى تفصيل، خاصة في نشاط الإدارة المتعلق بالتعاقد الإداري التقليدي¹. أما ما يخص العقد الإداري الإلكتروني، فإن مسألة إثباته تعد أكثر تعقيدا، وذلك لما يمتاز به هذا النوع من العقود من مزايا خصوصا إبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية. فالوسائل التقليدية في الإثبات بدأت تفقد فاعليتها في المجال التعاقدى الحديث²، لذلك ومن المنطقي أن يتوجه المشرع إلى محاولة وضع وصياغة تشريعات خاصة بالتعاقد الإلكتروني، وكيفية إثباته أمام القضاء، كونه يبرم في محيط إلكتروني يقوم على تبادل البيانات إلكترونية (Electronic - Interchange - EDI Data)، حيث ظهرت الكتابة والتوقيع الإلكترونيين اللذين ساعدا على إرساء قواعد الإثبات الإلكتروني بشكل كبير.

فهذا الشكل الجديد للكتابة فرض نفسه، وحضي بإهتمام العديد من المشرعين الذين سارعوا إلى تطوير قواعد الإثبات التقليدية لكي يستوعبه، وإصدار تشريعات خاصة به، فقد أصدرت لجنة القانون التجاري الدولي بالأمم المتحدة قانون الأونسترال النموذجي بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001، وأصدر البرلمان الأوروبي التوجيه الأوروبي رقم 93 لسنة 1999 بشأن التوقيع الإلكتروني، فيما أصدر المشرع الفرنسي القانون رقم 2000-230 والذي عدل قواعد الإثبات في القانون المدني³، كما أصدر المشرع المصري القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بتنظيم التوقيع الإلكتروني وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، ولم يكن المشرع الجزائري بعيدا عن هذه الحركة التشريعية، حيث أصدر في 2005 القانون رقم 05-10 المعدل للقانون المدني المشار إليه سابقا، كل هذا يجعلنا نتساءل عن كيفية إخراج هذا الواقع الجديد في مجال الإثبات الإداري من الفكر القانوني المجرد والواقع التقني، إلى الفكر القانوني والعمل القضائي. لذلك سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، يتناول المطلب الأول نظام الإثبات الإلكتروني في المجال

¹ - يعتمد القاضي الإداري على الأوراق، وبذلك سمي قاضي أوراق هذا على خلاف القاضي العادي الذي يعتمد على الأدلة غير الكتابية بشكل كبير مثل الشهادة والإقرار واليمين... وغيرها. للمزيد حول الإثبات الإداري أنظر : عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في الدعاوى الإدارية، المرجع السابق، ص. 21 وما بعدها .

² - عرف الإثبات بأنه الإيضاح والإقناع، أما الإثبات قانونا " هو إقامة الدليل أمام القضاء بالكيفية والطرق التي يحددها القانون، على صحة واقعة قانونية يترتب على ثبوتها ضرورة الاعتراف بالحق الناشئ عنها."، حسن بدوي، التعاقد عبر الإنترنت دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009، ص.32. محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009، ص. 32.

³ - Loi n° 2000-230 du 13 mars 2000, portant adaptation du droit de la preuve aux technologies de l'information et relative à la signature électronique, J.O.R.F. n°62 du 14 mars 2000.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

القانون الإداري، لننتقل في المطلب الثاني لدراسة التوقيع والتصديق الإلكترونيين في مجال إثبات العقد الإداري الإلكتروني.

المطلب الأول: نظام الإثبات الإلكتروني في المجال القانون الإداري.

مع ظهور الكتابة الإلكترونية بدأ الاعتراف بهذا النمط الجديد من الكتابة من قبل الفقه والقضاء، ثم توسع الأمر من خلال الإتفاقيات الدولية ووصولاً إلى التشريعات.

فالتطور الهائل في مجال العقود الإدارية على وجه الخصوص في إبرام تلك العقود عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة، فرض وجوب التعامل مع كل ما هو مستحدث خاصة المستندات الإلكترونية، حيث تقوم هذه المستندات مقام المستندات التقليدية المكتوبة، بشكل تقليدي خطي. ورغم وإختلاف آراء الفقهاء فيما يخص طبيعة هذه المستندات الإلكترونية، هل هي مستندات رسمية أم مستندات عرفية¹، فقد اتفقت على معنى واحد مع تعدد التسميات مثل رسالة البيانات، ورسالة المعلومات، والكتابة الرقمية، والكتابة في الشكل الإلكتروني، والمحركات الإلكترونية. وعرفت المستندات الإلكترونية بعدة تعريفات منها " بيانات ثبوتية يقع خزنها ونقلها بشكل رقمي، وأن المقصود فيها هو ذلك الشكل الإلكتروني أو الرقمي وليس الشكل الورقي اللاصق. وتتميز هذه المستندات بغزارتها ويمكن الحصول عليها بسرعة ، ولا يمكن قراءتها أو الاطلاع عليها إلا من خلال عرضها على شاشة إلكترونية أو طبعها على ورق".²، وقد امتدت لتشمل سائر فروع القانون سواء أكان عاماً أم خاصاً.

وإستناداً إلى ماسبق سيتم توضيح ذلك في هذا المطلب الذي سنتناول فيه بداية الاعتراف بالوسائل الإلكترونية في مجال الإثبات (فرع أول)، لننتقل إلى دراسة الكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات العقد الإداري الإلكتروني بعد ذلك (فرع ثاني).

¹ - إن مصطلح المستندات الإلكترونية غير ثابت، فالبعض يطلق عليها المحررات الإلكترونية ، والبعض الآخر يسميها رسائل البيانات، وحتى السندات العادية اختلفت في تسميتها من قبل التشريعات المقارنة ففي فرنسا يطلق عليه لفظ التصرف أو العقد، أما في مصر يرى الأستاذ توفيق حسين فرج ، أن اصطلاح محرر هو الأفضل، وهو ما أخذ به المشرع المصري في قانون الإثبات في المادة 10 وأقره مجمع اللغة العربية، ونفس الشيء بالنسبة للمشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، غير أن الأستاذ الدكتور السهوري يرى أن مصطلح السند غير دقيق ويفضل كلمة ورقة لأنها أعم، للمزيد حول هذا الموضوع أنظر كل من عباس زبون عبيد العبودي، المرجع السابق، ص.391 وما بعدها. رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 123.

² - عباس زبون عبيد العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011، ص. 33.

الفرع الأول: الإعراف بالوسائل الإلكترونية في مجال الإثبات.

نشير إلى أنه عند بداية الكتابة الإلكترونية عبر الوسائل والأجهزة الإلكترونية التي تعد بيئة لها، لم تكن التشريعات المنظمة لها قد صدرت بعد، لذلك حاول كل من الفقه والقضاء الإعراف بالكتابة الإلكترونية، وإعمالها في الإثبات، ولفت المشرعين لها. وهو ماسنوضحه في هذا الفرع من خلال تسليط الضوء على الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات الإلكترونية في القانون (بند أول)، ثم التطرق لموقف القضاء من المحررات الإلكترونية في مجال الإثبات (بند ثاني)، ليتم في الأخير التعرض إلى الإعراف التشريعي بالمحررات الإلكترونية في مجال الإثبات (بند ثالث).

البند الأول: الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات الإلكترونية في مجال القانون الإداري.

لقد أسال مصطلح المستندات الإلكترونية في البداية الكثير من الحبر من قبل فقهاء القانون، حيث سلط عليه البعض الضوء بشكل كبير لأهميته من جهة، ولحدائته من جهة أخرى. ففي فرنسا التي تعتبر من أولى الدول التي شرعت قوانين تسمح بالتعاقد الإداري عبر الوسائل الإلكترونية الحديثة، أكد الفقيهان Virant - Lestanc على أن المستندات الإلكترونية تتمتع بمبدأ الثبوت القانوني أسوة بالثبوت بالكتابة العادية¹، فيما رحب الفقيه الفرنسي Lorentz في حديثه عن تقرير مجلس الدولة الفرنسي، والمنشور في 1998/02/02 الخاص بالمعاملات الإلكترونية²، بمقترحات المجلس في إعطاء تعريف وظيفي لتوقيع الإلكتروني يسمح باستيعاب أنماط التوقيع والمستندات الحديثة كأدلة إثبات كتابية كاملة على نحو ما هو مقرر للمستندات المدونة بصورة تقليدية.

وانطلاقاً من جهود الفقه في هذا المجال، استجابت الدول وقامت بإبرام العديد من الإتفاقيات الدولية التي منحت المستندات الإلكترونية الحجية القانونية الكاملة، وأعطت هذا النوع من المستندات مرتبة مساوية للمستندات الورقية التقليدية. ومن أهم هذه النصوص القانون النموذجي للأمم المتحدة الخاص بالتجارة الإلكترونية الأونسترال المشار إليه سابقاً، الذي يعد مصدراً للعديد من التشريعات الإقليمية والوطنية. وأعطى هذا القانون للمحرر الإلكتروني نفس

¹ - مبدأ الثبوت القانوني هو كل دليل ناقص يجعل الحق المدعى به قريب الاحتمال ولكنه يصل إلى درجة اقتناع القاضي، مثل مبدأ الثبوت بالكتابة، وشهادة الشخص الواحد، والقرائن القضائية، واليمين المتممة. أنظر

René CHAPUS, Droit administratif général, T. 1, 15^{ème} éd., Montchrestien, Paris, 2001, p.p. 832 ets.

² - René CHAPUS, o p. cit, p. 845.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

حجية الورقة العادية في مجال إبرام العقود الإلكترونية، وهذا ما ينسحب على العقد الإداري الإلكتروني، وقد أعطى هذا القانون الحجية للمعلومات التي تكون على شكل رسالة بيانات في الإثبات، مع وضع ضوابط في الطريقة المستخدمة عند إنشاء أو تخزين أو إبلاغ رسالة البيانات. مع المحافظة على سلامتها بالتصديق عليها، ومعرفة هوية منشئها، وأي عامل آخر يتعلق بتلك البيانات¹، ومن الجدير بالذكر أن الكتابة بالمفهوم الحديث تشمل إضافة للأوراق التقليدية، والأوراق الإلكترونية المرسله عبر الفاكس والإنترنت وغيرها من الوسائل الحديثة، لكن المتصفح لاتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980 يرى أن موقفها أكثر صراحة في ما يخص دليل الإثبات وطرق تكوين العقد، حيث تقول أن تكوين وصحة وإثبات أي عقد خاضع للاتفاقية غير مقيد بأي اشتراط شكلي، ومن ثم يمكن إبرامه بأي وسيلة كتابة أو شفوية، وقد أشارت إلى انعدام الارتباط بين الكتابة والوسيط الورقي، إشارة إلى اعتماد الكتابة الإلكترونية كحجية قانونية صريحة في الإثبات²، حيث يشتمل مصطلح الكتابة كل من البرقية والتلكس³، وهذا تأكيد واضح على أن المستندات الإلكترونية تعد دليلا قويا في الإثبات.

ومن بين الإتفاقيات التي وسعت من مفهوم الكتابة المطلوبة في إثبات العقود، إتفاقية الأمم المتحدة الخاصة باستخدام الخطابات الإلكترونية في إبرام وإثبات العقود الدولية لعام 2005 حيث شرح نص المادة 4 المقصود برسالة البيانات على أنها جميع المعلومات المرسله أو المتلقاة أو المخزنة بوسائل إلكترونية أو مغناطيسية أو بصرية أو بوسائل مشابهة تشمل على سبيل المثال لا الحصر، التبادل الإلكتروني بين الأطراف عن طريق البرق أو الفاكس أو البريد الإلكتروني.

أما على الصعيد الأوروبي فقد أصدر البرلمان الأوروبي توجيهها في 13 ديسمبر 1999 حول التوقيع الإلكتروني يلزم الدول المصادقة عليه العمل على تنفيذ قواعده قبل 19 جويلية 2001، ليصدر ذات البرلمان توجيه آخر يحمل ترقيم 2000-21 في 8 جوان 2000 والمتعلق بالتجارة

¹ - سمير عبد السميع الأودن، العقد الإداري الإلكتروني، ط. 1، منشأة المعارف، مصر، الإسكندرية، ص. 171، أنظر كذلك نص المادة 13 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية.

² - نص المواد 11 و13 من إتفاقية الأمم المتحدة بشأن البيع الدولي للبضائع لعام 1980، حيث نصت المادة 11 على: " لا يشترط أن يتم انعقاد العقد أو إثباته كتابة، ولا يخضع لأي شروط شكلية، ويجوز إثباته بأي وسيلة بما في ذلك الإثبات بالبينة ". للمزيد من التفاصيل أنظر: سلطان عبد الله محمود الجوّاري، المرجع السابق، ص. 259 وما بعدها، تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني، ط. 1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2009، ص. 240.

³ - كما أشارت إلى ذلك إتفاقية نيويورك في نص المادة 9 أوردها محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005، ص. 92 وما بعدها،

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكترونية، والذي نص في المادة 9 منه على ضرورة إقرار تشريعات الدول الأعضاء بإمكانية إبرام العقود بالوسائل الإلكترونية، وطلب من الدول الأوروبية إزالة كل العراقيل التي تقف في سبيل ذلك.

وفي نفس السياق لم يتقاطع رأي المنظمة العالمية للمواصفات والمعايير (International Organization standard ISO) مع ما جاء في الإتفاقيات الدولية، حيث إقررت بالكتابة الإلكترونية بخصوص المواصفات الخاص بالمحركات الكتابية. وهذا دليل على أن القانون الدولي لا يهتم بنوع الوسيط الحامل للبيانات المكتوبة للاعتداد بذلك في الإثبات¹.

من خلال كل ما ذكرنا من آراء فقهية وجهود المجتمع الدولي حول بيان طبيعة المستندات الإلكترونية، ومدى حجيتها في الإثبات، يتضح أن هذه المستندات تمتلك حجية قانونية في الإثبات على المستوى الدولي، وهذا يؤسس إلى وضع قواعد قانونية ثابتة في ما يخص استخدام تلك المستندات الإلكترونية لغرض إثبات العقد الإداري الإلكتروني أمام القضاء الإداري أو العادي أيضاً .

كما يتضح لنا من خلال ماسبق، قوة الحجية القانونية التي تتمتع بها المستندات الإلكترونية كونها دليل من أدلة الإثبات في العقود بصورة عامة والعقود الإدارية الإلكترونية بصورة خاصة، وذلك لأن وسائل الإثبات والشروط المطلوبة للإثبات وكذلك الإجراءات المختلفة في الدعوى لا تختلف فيما بين القانون المدني والقانون الإداري ، اللهم إلا فقط فيما يخص حرية القاضي الإداري في الدعوى الإدارية.

البند الثاني: موقف القضاء الإداري من المحررات الإلكترونية في مجال الإثبات.

يعد القضاء الركيزة الأساسية في مجال الحرص على تطبيق القواعد القانونية على كافة الأصعدة، وهذا بالضرورة ينطبق على موضوع الإثبات، وعلى وجه الخصوص الإثبات بالمستندات الإلكترونية وعناصرها من كتابة وتوقيع إلكترونيين، مما يساعد في إعطاء الحجية الكاملة للإثبات بهذه المستندات في مجال العقد الإداري الإلكتروني. وسنركز على موقف القضاء من طبيعة تلك المستندات الإلكترونية من خلال بعض القضايا القانونية التي مرت على المحاكم رغم قلتها أو بالأحرى ندرتها، مبرزين كيفية تعامل المحاكم والقضاة على وجه التحديد مع التطورات التكنولوجية الحديثة في مجال التعاقد الإلكتروني، وبشكل أدق العقد الإداري الإلكتروني، ومدى

¹ - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني - إثبات العقد الإلكتروني - حماية المستهلكين - وسائل الدفع الإلكترونية - المنازعات العقدية وغير العقدية - الحكومة الإلكترونية - لقانون الواجب التطبيق، ط. 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011، ص. 63.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

اعتراف القاضي الإداري بحجية المستندات الإلكترونية المستخدمة في هكذا نوع من العقود. ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن القضاء الذي سيتم التركيز عليه هو القضاء الفرنسي الذي قدم الكثير في هذا المجال، كما سنلاحظ بالمقارنة مع القضاء المصري والجزائري، فإنه لا توجد أي قضية تتعلق بهذا الموضوع، اللهم إلا في بعض القضايا البعيدة نوعا ما عن الموضوع.

إن القضايا التي تعرض على القضاء الفرنسي في ما يخص طبيعة المستندات الإلكترونية وعناصرها، ما هي إلا نتاج للثورة الهائلة في مجال التعاقدات الإلكترونية. وبما أن دور القاضي في الإثبات يقتصر على تلقي الأدلة التي يتقدم بها الخصوم، بمعنى أنه لا يجوز للقاضي أن يساهم في جميع الأدلة، أو أن يستحدث دليلا غير مقدم من أحد الخصوم، فإن دوره يتمثل في الموازنة بين الأدلة المقدمة دون أن يبين أسباب ترجيح أحدهما على الآخر. وقد منح المشرع الفرنسي القاضي سلطة واسعة لتحديد المستند الأكثر مصداقية بين المستندات المقدمة أي كانت دعامته¹.

وقد استقرت محكمة النقض الفرنسية على هذه الآلية في قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد²، وكان أول إقرار قضائي بالتوقيع الإلكتروني جاء على يد محكمة النقض الفرنسية، فيما يخص البطاقات الائتمانية، حيث أقرت بذلك بقرارها الصادر في 8 نوفمبر 1989³، والذي قضى بصحة التوقيع الإلكتروني، وإعطائه حجة قد تكون أقوى من التوقيع اليدوي لصعوبة تقليد الأول لوجود رقم سري، وسهولة تقليد الثاني، فم اتجهت محكمة النقض الفرنسية في بعض أحكامها إلى الاعتراف بتمتع المستندات الإلكترونية بحجية الدليل الكتابي الكامل المقررة للمستندات العادية⁴. فيما يعد حكم محكمة استئناف مونييليه الصادر 9 أبريل 1987 هو أول حكم قضائي فرنسي يعترف بحجية التوقيع الإلكتروني، وذلك من خلال الإقرار بحجية العمليات المصرفية التي تتم عن طريق الصراف الآلي، حيث ألغت حكم محكمة Sete الابتدائية الصادر في 14 جويلية

¹ - نصت المادة 1368 من القانون المدني الفرنسي على: " متى ما لم يكن القانون قد حدد مبادئ أخرى، ومع عدم وجود اتفاق صريح بين الأطراف فان القاضي يسوي منازعات الدليل الكتابي بفعل تحديد الدليل الأقرب إلى الحقيقة بالوسائل كافة دون النظر إلى الدعامة.

² - تنص المادة 287 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية الجديد المضافة بموجب المرسوم رقم 1939 لسنة 2002 على: " إذا كان الإنكار أو عدم الاعتراف ولرد على كتابة أو توقيع إلكتروني، فإن القاضي يفحص ما إذا كانت الشروط التي قررت المواد 1366 و1367 من القانون المدني المتعلقة بصحة الكتابة والتوقيع الإلكترونيين متوافرة " .

³ - Cour de Cassation, Chambre civile 1, du 8 novembre 1989, 86-16.197, Publié au bulletin, n° de pourvoi : 86-16.197 Audience publique du mercredi 08 novembre 1989, Décision attaquée: Tribunal d'instance de Sète, 1986-05-14, du 14 mai 1986.

⁴ - Cour de Cassation, Chambre commerciale, du 4 mars 1997, 95-10.756, Publié au bulletin n° de pourvoi: 95-10.756, Audience publique du mardi 04 mars 1997, Décision attaquée: Cour d'appel de Paris, 1994-10-19, du 19 octobre 1994.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

1984، وبذلك فالفقهاء تبنى نهجا مرنا في قبول حجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات القضائي. ومن الجدير بالملاحظة تأكيد المشرع على أن الاعتراف بعناصر المستندات الإلكترونية متوقف على مدى تحقق شروط الأمان كما ذكرنا. فعلى سبيل المثال لا يمكن الاعتداد بالتوقيع الإلكتروني إذا فقد شروط الأمان المطلوبة، وهذا ما حدث في حكم المحكمة الإدارية لمدينة Rennes الفرنسية، حيث لم تعترف بصحة التسجيل والتوقيع الصادران من شخص المتسابق، مرسلان عن طريق جهاز إلكتروني هو يسمى "المينيتال"، حيث أنه لا يقدم ضمانا للرسمية، وبذلك لم تعترف بالمحرر الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني الصادرين عن هذا الجهاز¹.

كل هذه الأحكام السابقة تعتبر نموذجا يحتذى به في هذا الجانب القانوني الهام - إبرام العقود الإلكترونية-، وهذا ما يحسب في مجال الإعراف بالمستندات الإلكترونية لإثبات العقد الإداري الإلكتروني، وبكل مراحل إبرام هذا العقد.

البند الثالث: الإعراف التشريعي بالمحركات الإلكترونية في مجال الإثبات.

من البديهي أن يواجه الإثبات بالمستندات الإلكترونية وبيان طبيعتها القانونية مشاكل جمة في مجال الإثبات بصورة عامة، وإثبات العقد الإداري الإلكتروني بصورة خاصة، لذلك سارعت أغلب التشريعات المقارنة وحاولت الدمج والمساواة بين أدلة الإثبات الورقية والإلكترونية، من خلال صياغة النصوص القانونية. ذلك أن الإشكال في إثبات المستندات الإلكترونية يتحول أكثر فأكثر من إشكال قانوني، إلى إشكال تقني يرتبط بالنظام التقني الأنجع للمستندات الإلكترونية².

ونتيجة لبحث التوجيهات الأوروبية الدول الأعضاء على تطويع قوانينها وصياغة نصوص قانونية حديثة تتماشى مع الثورة الهائلة في مجال الاتصالات الحديثة، خاصة مسألة الحجية القانونية للمستندات الإلكترونية، ومدى اعتبارها دليل إثبات كامل، تدخل المشرع الفرنسي الذي استطاع بخبرته الواسعة في هذا المجال أن يواكب التطور التكنولوجي لوسائل الاتصال الحديثة والتعاقدات الإلكترونية، حيث كانت له وقفة مبكرة بخصوص موقفه من تلك الوسائل، وذلك من خلال المرسوم رقم 127-1999 الذي أعطى للمستندات الإلكترونية قوة المستند العرفي³، كخطوة أولى. فيما يرى البعض أن أهم القوانين التي شرعت لغرض تنظيم الإثبات بالمستندات

¹ - أشار إلى ذلك محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض في العقود و إبرامها، د.د.ن، القاهرة، سنة 1993، ص. 31.

² - عباس زيون عبيد العبودي، المرجع السابق، ص. 108.

³ - Décret n° 99-127 du 22 février 1999, modifiant le décret n° 93-489 du 26 mars 1993, relatif à la validation d'acquis professionnels pour la délivrance de diplômes technologiques et professionnels, J.O.R.F. n°45 du 23 février 1999.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكترونية في فرنسا هو المرسوم رقم 1983-303 لسنة 1983 الخاص بالسماح باستخدام الوسائط الإلكترونية في تدوين حسابات التجار والشركات التجارية بدلا من الدفاتر التجارية ولها نفس الحجية المقررة لدفاتر التجار العادية، إلى اللائحة الوزارية رقم 1999-98 لسنة 1999 الخاصة بتنظيم معاملات الأفراد مع جهات الإدارة التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية بهدف تيسير معاملات المواطنين مع جهات الإدارة¹. كل هذه النصوص التشريعية وجزارتها القانونية ساعدت في التمهيد لصدور القانون رقم 2000-230 المعدل للقانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا، ليزيل جميع العقبات التي قد تقف في وجه قبول الوثائق الإلكترونية في عملية الإثبات. وهذا الترسانة القانونية في تشريع القوانين في هذا المجال تعد نموذجا متميزا يجب الاحتذاء به والاستفادة منه إلى أقصى حد ممكن².

ولقد عدل القانون سالف الذكر قواعد الإثبات العامة في قانون المدني، واعترف مضمون التعديل قبول الوثائق الإلكترونية كدليل إثبات أسوة بالأدلة الورقية، بشرط ضمان صحة سلامتها. وقد منح الكتابة الإلكترونية ذات الحجية الممنوحة للكتابة التقليدية³. وبذلك أزال المشرع أي ريبه قد تثار حول قيمة هذه المستندات في الإثبات. ومن الأهمية بمكان الإشارة إلى أن القانون قام بوضع نص جديد لم يشر إليه التقنيين المدني الفرنسي في السابق، وهو المتعلق بالتنازع بين الأدلة الكتابية والأدلة الإلكترونية، حيث أعطى سلطة للقاضي في فض ذلك التنازع⁴، كما نص المشرع على الاعتراف بالمستندات الرسمية على دعامة إلكترونية.

ولم يكن المشرع في فرنسا في المجال الإداري بمعزل عن بقية التشريعات الأخرى، حيث اعترف بحجية الوثائق ومحركات الإلكترونية، وذلك في قانون العقود العامة لسنة 2001 الصادر بموجب المرسوم رقم 2001-210 المشار إليه سابقا، والرسوم رقم 2001-846 الذي يوضح كيفية تطبيق الفقرة 3 من المادة 56 من قانون العقود العامة المشار إليه سابقا، وكذا المرسوم رقم 2002-692 الذي وضع كليات تطبيق الفقرتين 1 و 2 من المادة 56، والمشار إليه سابقا،

¹- Olivier D AUZON, Le droit du commerce électronique, éd. du puits fleuri, France, 2004, p. 83.

²- صدر القانون الفرنسي رقم 2000-230 المؤرخ في 13 مارس 2000، وكان موجزا في 6 مواد فقط، حيث تضمنت هذه المواد تعديل للقواعد العامة للإثبات في القانون المدني الفرنسي، مع الإشارة إلى أن المشرع لم يصدر تشريعا خاصا ينظم فيه حجية الكتابة والمستندات الإلكترونية في الإثبات، على نسق ما قامت به بعض التشريعات، كالتشريع الذي أصدرته مقاطعة كيبيك في كندا مثلا في عام 2001 المتعلق بالإطار القانوني لتكنولوجيا المعلومات، وقام المشرع الفرنسي بإحالة تفصيل المفاهيم التقنية إلى مراسيم تطبيق القانون تصدر من مجلس الدولة الفرنسي لاحقا.

³- أنظر نص المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي.

⁴- أنظر نص المادة 1368 من القانون المدني الفرنسي المعدلة.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

حيث أكدت هذه النصوص على أن جميع الوثائق التعاقد التي تكون محل دعامة ورقية، يمكن تحويلها إلى كتابة إلكترونية على وسيط إلكتروني. وهذا يوضح أن جميع المستندات الموجودة في قانون العقود الإدارية الفرنسي، والمتمثلة في المستندات والوثائق التي تستخدم في الإعلان عن دفاتر الشروط، وكذلك العروض وتقديمها، وكذلك محاضر اللجان، يمكن أن تحول إلى مستندات إلكترونية بنفس قيمة المستندات الورقية في الإثبات. فيما أكد المشرع في المرسوم رقم 2002-692 الأنف الذكر، على وجوب حماية هذه المستندات، وذلك باستخدام نظام تشفير محمي ومؤمن لضمان عدم تزويرها أو التلاعب بها، فيما حمل الموردين والمقاولين مسؤولية حفظ جميع الوثائق والبيانات الخاصة بعقودهم بشكل إلكتروني للاستفادة منها في حال نشب نزاع تعاقدي. وهذه النصوص تشير بشكل قاطع إلى اعتراف المشرع الفرنسي بشكل عام سواء أكان مدنيا أم تجاريا أم إداريا بحجية المستندات الإلكترونية، وتفرد المشرع في المجال الإداري بشكل خاص بنصوص قوية في الاعتراف بحجية تلك المستندات في الإثبات، وكذلك عناصرها من كتابة إلكترونية وتوقيع إلكتروني.

أما بالنسبة المشرع المصري فقد إعترف بالمحركات الإلكترونية وعناصرها من توقيع إلكتروني وكتابة إلكترونية في الإثبات في المسائل التجارية والمدنية والإدارية، وذلك من خلال إصدار العديد من التشريعات القانونية المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، وكانت أول خطوة مهمة نحو عالم التكنولوجيا والمعلوماتية، في قانون التحكيم المصري رقم 27 لسنة 1994 وبالضبط المادة 12 منه التي أوجبت أن يكون إتفاق التحكيم مكتوبا تحت طائلة البطلان في أي محرر مهما كانت الدعامة التي حرر فيها رسالة أو برقية أو أي وسيلة إتصال أخرى. ثم إرتئى بعد ذلك إصدار قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، والذي تم على إثره إنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات. وقد أشار هذه القانون إلى الاعتراف بحجية التوقيع الإلكتروني في الإثبات وفي نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، بشرط أن يراعى في إنشائه وإتمامه كافة الضوابط الفنية والتقنية التي حددتها اللائحة التنفيذية لهذا القانون¹. ذلك أن حجية التوقيع الإلكتروني تكون أقوى من حجية التوقيع العادي معتمدة على الأمان الكبير الذي يوفره التوقيع

¹ - هذا ما نصت عليه المادة 16 من القانون رقم 15 لسنة 2004،، فيما نصت المادة 18 من ذات القانون على: " يتمتع التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية والمحركات الإلكترونية بحجية في الإثبات إذا ما توافرت فيها الشروط الآتية: أ. ارتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده دون غيره بسيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني. ج. إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني".

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكتروني لاعتماده على التشفير، وعدم العلم به إلا من قبل صاحبه، على العكس من التوقيع التقليدي، كما أن الأول لا يمكن اقتطاعه من مستنده، إلا أن الثاني من الممكن اقتطاعه¹.
وعليه فالمشرع المصري اعترف بالقيمة القانونية الكاملة للمحركات الإلكترونية وعناصرها كأدلة إثبات لا غنى عنها، كما أعطى للمستندات الإلكترونية نفس قيمة المستندات العادية أسوة بالمشرع الفرنسي، وحسن فعل بإضافته كلمة - الإدارية - في نص المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني آف الذكر، حيث اعترف هنا وبشكل صريح بحجية المستندات الإلكترونية في ما يخص جميع المعاملات الإدارية، ومنها العقد الإداري الإلكتروني، إضافة للقرارات الإدارية وكافة التصرفات الصادرة عن الإدارة.

والذهاب إلى التشريع الجزائري، فإن الإعراف بالمحركات الإلكترونية جاء متأخرا بالمقارنة مع باقي التشريعات الأخرى، حيث تم إقرار تغييرات مست الدليل الكتابي، والذي كان يركز على الدعامة الورقية فقط، ليتحول الأمر إلى الأخذ بالدعامة الإلكترونية الناتجة عن الثورة التقنية، وحتى هذا الإعراف جاء مقتضبا لا يرقى لمستوى هذا الدليل الذي سوف يحل محل الدليل الكتابي الورقي بعد مبادرات التي تسير فيها الدول لي تحول نحو الإدارة الإلكترونية والحكومة الإلكترونية.
وقد أخذ المشرع بالكتابة الإلكترونية في نص المادة 323 مكرر، وكذا المادة 323 مكرر 1 من القانون 05-10 المعدل للقانون المدني الجزائري المشار إليه سابقا، حيث جاء في نص المادة 323 مكرر على أنه " 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".
كما تم الإعراف بهذا النوع من الكتابة ولو بطريقة غير مباشرة في القانون رقم 05-02 المعدل للقانون التجاري²، حيث أجاز في نص المادة 414 إمكانية التقديم المادي للسفينة للوفاء بأي وسيلة تبادل إلكترونية، كذلك الأمر بالنسبة للشيك، حيث يمكن تقديمه للوفاء بأية طريقة إلكترونية يحددها التشريع والتنظيم المعمول بهما، كما نص على بطاقات السحب الإلكترونية، وكذا بطاقات الدفع الإلكترونية في المادة 543 مكرر 23، والمادة 543 مكرر 24.

ومنذ صدور هذه النصوص التي إعترفت بحجية الدليل الإلكتروني في مجال الإثبات، لم يصدر أي نص آخر إلى غاية سنة 2018 حيث صدر القانون رقم 18-05 المتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقا، والذي يعتبر من أهم النصوص وسابقة في مجال تنظيم التعاقد

¹ - نضال إسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005، ص. 182.

² - القانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، ج.ج.ج.ج، العدد 11 لسنة 2005.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكتروني بكل أشكاله، حيث وضحت المادة 6 منه المقصود ببعض المصطلحات، ومن بين هذه المصطلحات، إسم النطاق الذي يقصد به سلسلة أحرف و/ أو أرقام مقيسة ومسجلة في السجل الوطني لأسماء النطاق وتسمح بالتعرف والولوج إلى الموقع الإلكتروني.

وفي مجال القانون الإداري، يمكن إعتبار الصفقات العمومية أول مجال اعترف فيه المشرع الإداري بإمكانية الإثبات بإستعمال الوسائل الإلكترونية، وكان ذلك بصدور المرسوم الرئاسي رقم 10- 236 المشار إليه سابقا، والذي نص على إمكانية إبرام الصفقات عبر وسائل الإتصال، وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية في الباب السادس منه الذي اشتمل على المادتين 173 و174 كما سبق وأن رأينا.

وعليه فإن جميع التشريعات المقارنة اتفقت على تحقيق الوظيفة المنوطة بالكتابة مهما كان شكلها، وهي إثبات التصرف القانوني، وهو ما جعل التشريعات تضع لها شروطا تختلف من تشريع لآخر، ولو كانت مثبتة على دعامة إلكترونية. وإذا كنا نرغب بوضع تعريف لها فيمكن القول أنها كل ما يدون بلغة مفهومة على وسائط إلكترونية، تعرض على شاشات الإتصال المتعددة.

وإنطلاقا مما سبق نقول أن دور القاضي الإداري وسلطته تجاه مسائل الإثبات في المنازعات الإدارية وفقا لما تقدم ينعكس إيجابا على وسائل الإثبات الحديثة، ويجعل الكتابة الإلكترونية وغيرها من الوسائل المماثلة حاضرة في صلب هذا الدور، وفي نطاق هذه السلطة¹، ويمكن القبول بها كأصل عام في إثبات ما يتم الإدعاء به سواء من قبل جهة الإدارة أم خصمها. ويأتي كل ذلك بعد فحصها من قبل القاضي ووضعها في إطار الشروط والضوابط التي وضعتها القوانين والتنظيمات، بحيث لو تبين أنها تؤدي ذات الوظيفة المنوطة بنظيرتها الورقية، فيمكن حينها الإستناد إليها، ولا يوجد ما يمنع ذلك، ما دامت قادرة على تدعيم ما يثار من إدعاءات واستوفت الضمانات التي تقدمها الكتابة الورقية.

الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات العقد الإداري الإلكتروني.

إشترطت التشريعات مجموعة من الشروط يجب أن تتوافر في الكتابة أو المحررات الإلكترونية الحديثة لتكون لها قوة في الإثبات وتعادل في حجيتها الكتابة الورقية، خاصة في إثبات العقد الإداري الإلكتروني، ذلك أنه من البديهي أن الكتابة الإلكترونية لا يمكن الاعتداد بها إلا إذا تضمنت أو حملت نفس الخصائص التي تحملها الكتابة التقليدية الورقية، كأن تكون الكتابة

¹ - عمرو عبد الفتاح علي يونس، المرجع السابق، ص. 582.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكترونية ذات ماهية ومدول محددين، وبذلك تحوز القوة الثبوتية المساوية للكتابة التقليدية، وهو ماسنوضحه في هذا الفرع من خلال تقسيمه إلى ثلاث بنود يتناول البند الأول إمكانية قراءة وفهم الكتابة، فيما يتناول البند الثاني التدليل على هوية مصدرها، ليتطرق البند الثالث إلى إمكانية الحفظ والإستمرار وعدم القابلية للتعديل.

البند الأول: إمكانية قراءة وفهم الكتابة.

يشترط في الكتابة الإلكترونية أن تكون مقروءة وواضحة، وأن يتم تدوينها بحروف أو رموز، وبما أن هذه الكتابة مشفرة وغير مفهومة، فإن الإنسان لا يمكن أن يقرأها بشكل مباشر، وإنما يحتاج إلى برامج حاسوبية خاصة، حيث تصبح بيانات مقروءة بصورة واضحة للإنسان¹، عن طريق هذه البرامج التي لها القدرة على ترجمة لغة الآلة إلى لغة الإنسان المقروءة. وهنا يتحقق شرط إمكانية القراءة وكذلك الإصلاح عليها بالنسبة لأطراف العقد الإداري الإلكتروني. وقد اشترطت التشريعات المقارنة هذا الشرط لإعطائها الحجية القانونية ومساواتها بالكتابة التقليدية الورقية، حيث أشار قانون الأونسيترال الخاص بالتجارة الإلكترونية، إلى أن القانون عندما يشترط أن تكون المعلومات مكتوبة، فسوف تستوفي رسالة البيانات ذلك الشرط إذا تيسر الاطلاع على البيانات الواردة فيها، وقراءتها وفهمها بشكل كامل².

ولقد حسم المشرع الفرنسي الخلاف في هذا الشرط بالنص في المادة 1365 من القانون المدني الفرنسي على وجوب أن تكون الأحرف أو الأرقام أو الرموز التي تعبر عن البيانات التي يتضمنها السند الإلكتروني ذات دلالة تعبيرية واضحة ومفهومة عند عرضها على الشخص المقرر إن تقدم إليه، وبغير ذلك، فإن الكتابة تفقد أهم صفة فيها ولا تعد من عناصر الإثبات.

كما أشار المرسوم الفرنسي رقم 2002-692 الذي يوضح كفاءات تطبيق الفقرتين 1 و2 من المادة 56 من قانون العقود العامة المشار إليه سابقاً، إلى أن الشخص المسؤول عن التعاقد يستطيع أن يرسل إلكترونياً رسالة الإطلاع إلى المرشحين المدعويين لتقديم عروض، وهم بدورهم يحملون هذا الملف ويستطيعون قراءته وفهمه بشكل مفصل، وبذلك فإن هذا المرسوم يؤكد على ضرورة توفر شرط القراءة والفهم في الكتابة الإلكترونية³.

وكذلك سار المشرع المصري على نفس النهج الذي سار عليه المشرع الفرنسي، حيث أكد القانون المصري رقم 15 لسنة 2004 الخاص بتنظيم التوقيع الإلكتروني المشار إليه سابقاً على

¹ - زهر بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية- مصر، 2010، ص. 128 .

² - أنظر المادة 6 / 1 من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية .

³ - Voir Art. n° 2 de décret n° 2002- 692, Précité.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وجوب أن تكون الكتابة الإلكترونية مقروءة وقابلة للفهم والإدراك من قبل الأشخاص، فيما أكد على أن للكتابة الإلكترونية حجية قانونية متى ما استوفت الشروط التي يتضمنها هذا القانون، ومنها قابليتها على القراءة والفهم¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري فإنه لم ينص على هذا الشرط عندها تعرض لشروط الكتابة الإلكترونية بل نستشفه بطريقة غير مباشرة من تعريفه للكتابة في نص المادة 323 مكرر من القانون المدني، بتأكيده أن تكون الحروف أو الرموز ذات معنى مفهوم، أي يمكن لأي شخص معرفة المقصود منها بشكل واضح لا يدع أي مجال للشك.

البند الثاني: التدليل على هوية مُصدرها.

ألزمت التشريعات حفظ المعلومات الخاصة بمصدر الوثيقة الإلكترونية ووجهتها، وكذلك تاريخ ومكان إرسالها أو إستلامها، وهذا في سبيل تحديد هوية منشئها، فمجهولية المتعاقد تمثل أحد أهم المشاكل التي تواجه التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة، وهو ما أكد عليه قانون الأونيسترال المتعلق بالتجارة الإلكترونية المشار إليه سابقا في مادته 10 الفقرة ج، التي حددت طرق حفظ الكتابة الإلكترونية، والتي منها تحديد الشخص الذي أنشأ رسالة البيانات، والتدليل على الجهة المستقبلية، وتاريخ ووقت وزمان الإرسال وكذلك الإستلام.

ولقد نص المشرع الجزائري على هذا الشرط في المادة 323 مكرر 1 من القانون المدني، والتي أكدت على شرط التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها، وكذلك فعل المشرع الفرنسي في نص المادة 1/1316 من القانون المدني.

ويقصد بهذا الشرط على العموم، ضرورة تعيين الشخص الذي ينسب إليه المحرر الإلكتروني الذي يحمل الإلتزامات. وتخلق هذه المسألة صعوبة كبيرة في ظل قواعد الإثبات خاصة إذا استعملت الكتابة الإلكترونية للتعاقد على شبكة الإنترنت في ظل العدد الكبير للمتدخلين فيها، وبعدهم الجغرافي، وهو أدى إلى ظهور التوقيع الإلكتروني كحل لهذه المشكلة، والذي يؤدي نفس وظيفة التوقيع التقليدي المتعارف عليه، وهي التدليل على الموقع الذي حرر أو وافق أو أصدر السند.

ويثير هذا الشرط بعض النقاط الواجب توضيحها. وأول نقطة في إعتقادنا أنه لا بد أن تكون الكتابة الإلكترونية مذيلة بالتوقيع الإلكتروني ممن أصدرها أو وافق عليها، وإلا تضاءلت أهميتها في الإثبات.

¹ - ينظر نص المادة 1/15 والمادة 15 من القانون المصري رقم 15 لسنة 2004، سابق الإشار إليه.

أما النقطة الثانية التي يطرحها هذا الشرط والتي أثارها الفقه في فرنسا على وجه الخصوص، وتتعلق بمفهوم عبارة " الشخص الذي إنبتقت منه الكتابة " الواردة في نص المادة 1366 من القانون المدني الفرنسي، حيث يقتصر فقط على الحالة التي يكون فيها الشخص هو محرر الكتابة بنفسه، أما الحالات التي يكون فيها هذا الشخص موقع على الكتابة التي يصدرها الغير، فلا يدخل في مفهوم هذه المادة، بإعتباره ليس من إنبتقت عنه الكتابة، وهذا ماجعل الفقه الفرنسي يرى ضرورة أن يكون مضمون الشرط هو الشخص المنسوبة إليه الكتابة لا الذي إنبتقت عنه الكتابة.

ونفس الكلام نوجهه للمشرع الجزائري الذي كان من الأجدر أن يضع العبارة التي يحتويها الشرط على الشاكلة التي يرى بها الفقه الفرنسي لكي يكون الشرط أكثر دقة.

وتكمن أهمية معرفة هوية الموقع وسيطرته وحده على التوقيع في معرفة المراحل التي ينشأ عن طريقها التوقيع الإلكتروني لغرض الاستفادة منها في عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني، وإثباته بشكل قانوني محكم، وإعطائه الحجية القانونية الكاملة، ومن الممكن إجراء عملية تبادل التوقيعات الإلكترونية في مراحل إبرام العقد الإداري الإلكتروني، والتي من الممكن أن نوجزها بين طرفين - الطرف الأول والطرف الثاني - كالتالي:

يقوم الطرف الأول -المرشح للتعاقد- بوضع نظام تشفير في شكل مفاتيح عام وخاص، وعادة ما يحصل عليهما من جهة التصديق على التوقيع الإلكتروني، ويقوم بحفظ المفتاح الخاص لنفسه فقط، ويرسل في هذه الحالة العرض أو العطاء الذي تقدم به إلى الجهة الإدارية المتعاقدة عن طريق بيانات سرية لا يعلمها أحد سواه عن طريق هذا المفتاح الخاص المشفر، قبل ذلك يكون قد أرسل المفتاح العام للإدارة المتعاقدة، هذا ما أكد عليه المرسوم الفرنسي رقم 2002-692 لسنة 2002 الأنف الذكر، حيث أنه في الحالة التي يكون فيها العرض قابلا لأن يؤدي إلى إرسال وثائق كبيرة الحجم ، ولغرض تجنب كل تأخير ناتج عن مخاطر الإرسال الإلكتروني، فإن الإدارة المتعاقدة تستطيع أن تسمح للمرشحين بإرسال عروضهم تحت شكل إرسال مزدوج، حيث يرسلون في المقام الأول توقيعاتهم الإلكترونية المؤمنة، إذ يتم استلامها وتأكيد تاريخ الاستلام وفي الخطوة الثانية يبعثون العرض نفسه، وهنا تضيق الفترة التي تفصل بين إرسال التوقيع الإلكتروني والعرض نفسه حيث لا تتجاوز 24 ساعة تحت طائلة عدم قبول التوقيع الإلكتروني.

البند الثالث: إمكانية الحفظ والاستمرار وعدم القابلية للتعديل.

مما لا شك فيه أن دليل الإثبات لا يتم إنشاؤه للتخلص منه مباشرة، بل للرجوع إليه كلما اقتضت المصلحة ذلك، وهذا ما يتطلب حفظه لمدة لفترة من الزمن، وهو ما يعرف بشرط الإستمرارية، أي أن تحفظ هذه الكتابة ولا تعدل إلا بشكل قانوني، ومن قبل أصحاب الشأن وذوي العلاقة، وكل ذلك من أجل تيسير اطلاع أطراف التعاقد الإداري أو أي طرف ذو علاقة على السند الإلكتروني، وذلك من خلال الرجوع إليه كلما اقتضت الضرورة ذلك. وهذا ما أكدت عليه التشريعات المقارنة، حيث نص قانون الأونسيترال للتجارة الإلكترونية على إمكانية الاطلاع على المعلومات الواردة في السندات الإلكترونية على نحو يتيح استخدامها في الرجوع إليها لاحقاً وهذا شرط أساسي¹، أي أن يتم حفظ الوثيقة الإلكترونية هذه على دعامة إلكترونية لتمكين الاطلاع على محتواها بصورة تضمن سلامتها وسلامة هذا المحتوى، وكذلك حفظ المعلومات الخاصة بمصدرها ووجهتها وتاريخ ومكان الإرسال الإستلام، بشكل يمكن الرجوع إليها في أي وقت².

وقد أشار القانون المدني الفرنسي في نص المادة 1366 على وجوب أن تكون الكتابة الإلكترونية مدونة ومحفوظة بطرف تدعو إلى الثقة فيها، وبالتالي إعطاء القاضي الإداري مجال واسع في قبول الإثبات بها.

كما نجد هذا الشرط في نص المادتين 32 و33 من القانون رقم 2004-575 المتعلق بالثقة في الإقتصاد الرقمي المشار إليه سابقاً، اللتان أكدت على أنه إذا تم إبرام العقد بطريقة إلكترونية، وكانت قيمته تساوي أو تجاوز النصاب القانوني الذي يحدده قرار يصدر عن مجلس الدولة، يلتزم المتعاقد المهني بحفظ السند المثبت للتعاقد لمدة يحددها كذلك هذا القرار، كما يجب أن يضمن المهني للطرف المتعاقد معه الدخول لهذا السند في أي وقت يشاء.

وقد صدر القرار الأنف الذكر عن مجلس الدولة تحت رقم 137 بتاريخ 16 فبراير 2005، وقد حدد القيمة بمبلغ 120 يورو، كما حدد مدة حفظ الكتابة الإلكترونية بعشر سنوات تبدأ من تاريخ إبرام العقد في العقود التي يكون فيها التنفيذ فوري، أما إذا تأخر التنفيذ إلى ما بعد إبرام العقد فتحسب المدة من وقت تسليم المال أو تنفيذ الأداء.

وهذا الموقف الذي تبناه المشرع الفرنسي بخصوص حفظ الكتابة وضمن إستمراريتها في نظرنا موقف رائد يكفل تحقيق الموثوقية والأمان في الكتابة الإلكترونية، ونرجو من المشرع إتباعه.

¹ - أنظر المادة 1 / 10/ أ من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية. محمد إبراهيم الهيجاء، المرجع السابق، ص. 64.

² - سلطان عبد الله محمود الجوازي، المرجع السابق، ص. 179 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

كما أن المشرع الجزائري قد نص على شرط الحفظ في المادة 323 مكرر 1 من قانون المدني، حيث أوجب أن تكون الكتابة معدة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها، لكنه لم ينص على قابلية الكتابة للإسترجاع عن الحاجة إليها صراحة، لكن يمكن أن يفهم الأمر من خلال اشتراطه الحفظ للكتابة في وسائط أو ضمن طرق تضمن إستقرارها وسلامتها بحيث يمكن الرجوع إليها في أي وقت.

وإضافة إلى ماسبق، فإن الكتابة الإلكترونية يجب أن تكون ثابتة غير قابلة للتعديل أو التغيير أو الحذف، وهذا ما أكدت عليه معظم التشريعات المقارنة¹. وللقاضي السلطة التقديرية الكاملة في تقدير ما يترتب على المحو والشطب والتحشية وغير ذلك من العيوب المادية في السند الإلكتروني من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاص هذه القيمة، على أن يدل على صحة وجود العيب في قراره بشكل واضح.

ولإعطاء الكتابة الإلكترونية صفة الثبات وعدم التعديل التي تعتبر مسألة تقنية بحتة، لا يمكن التفصيل فيها إلا بالقدر الذي يفيدنا في الدراسة، فقد تم إيجاد العديد من الوسائل الإلكترونية التي تضمن القيام بهذه العملية بكل أمان وسهولة، كالحفظ على الأقراص الممغنطة (CD-ROM)، والحفظ على البريد الإلكتروني، والحفظ عن طريق برنامج (PDF) الذي يعتبر برنامجا مرتبطا بالحاسب الآلي يقوم بتحويل الكتابة الإلكترونية مهما كان شكلها، والتي يسهل تغييرها والتلاعب بمحتواها إلى نمط لا يمكن المساس بمحتوياته، وأحسن أنواع الحفظ هـ والحفظ من طرف جهات متخصصة في تقديم خدمات الحفظ تدعى مزود خدمات التصديق الإلكتروني، لها صلاحية إصدار مايعرف بشهادة التصديق الإلكتروني، ولا يسمح هذا الطرف بأي تعديل يمس الكتابة.

المطلب الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين في مجال إثبات العقد الإداري الإلكتروني.

سبق وأن أشرنا أن الكتابة لا ترقى إلى مستوى الدليل الكامل في الإثبات، ما لم تكن ممهورة بتوقيع، ذلك أن التوقيع هو العنصر الثاني للدليل الكتابي. وفي ظل عدم توافره يفقد الدليل حجيته وقيمه كدليل إثبات.

¹ نصت على ذلك المادة 1 / 10 / ب من قانون الأونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية " يجب أن تحفظ رسالة البيانات بالشكل الذي أنشئت أو أرسلت أو استلمت به أو بأي شكل يمكن إثبات انه يمثل بدقة المعلومات التي أنشئت أو أرسلت أو استلمت، وأشار المشرع المصري إلى هذا الشرط في المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004، حيث إشتراط إمكانية كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات المحرر الإلكتروني حتى تتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية في الإثبات. فيما نصت المادة 28 من قانون الإثبات المصري على " للمحكمة أن تقدر ما يترتب على الكشط والمحو والتحشير وغير ذلك من العيوب المادية في المحرر من إسقاط قيمته في الإثبات أو إنقاصها. ".

وقد ظلت فكرة التوقيع بمفهومها التقليدي سائدة باعتبارها الوسيلة الوحيدة في القانون للتصديق وإقرار المعلومات التي تتضمنها المحررات، ذلك أن التوقيع هو الذي ينسب المحرر إلى من وقع حتى ولو كان مكتوباً بخط غيره.

غير أنه في ظل ثورة الإتصالات وتكنولوجيا المعلومات واستخدامها في إبرام العقود، أصبح التوقيع التقليدي من أهم المشكلات التي تقف في وجه هذا النوع من العقود، فبدأ يظهر إلى الوجود نوع جديد من التوقيع هو التوقيع الإلكتروني، الذي تسابقت التشريعات في استيعابه بهدف حل المشكلات القانونية التي بدأت تفرض نفسها بقوة في مجال إثبات العقود الإلكترونية. ومن أجل ذلك جاء هذا المطلب من أجل توضيح عنصرين أساسيين هما تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني وحجيته (فرع أول)، ثم التطرق لنظام توثيق التوقيع الإلكتروني (فرع ثاني).

الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني وحجيته.

يعرف التوقيع بصفة عامة بأنه عبارة عن علامة أو إشارة يضعها من ينسب إليه المحرر ويحتج به عليه، ويتم عادة بالإمضاء بخط اليد، وذلك بكتابة الاسم واللقب، وقد يكون بالختم أو ببصمة الأصبع، ويشترط فيه أن يكون دالاً على صاحبه، ويميزه عن الغير من الأشخاص. لكن مع استحالة تطبيق التوقيع العادي على المعاملات الإلكترونية نظراً لطبيعتها غير المادية، جاء التوقيع الإلكتروني ليحل محل التوقيع العادي كبديل، واضطرت التشريعات للتدخل لضبطه وإعطاء وصف له من خلال تعريفه (بند أول)، وبيان صورته (بند ثاني)، وشروط صحته (بند ثالث)، وهو ماسنوضحه كما يلي:

البند الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني.

يعرف التوقيع الإلكتروني بأنه " علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها، وله طابع منفرد يدل على نسبه إلى الموقع، ويكون معتمداً من جهة التصديق". والملاحظ أن هذا التعريف ابتداءً بأن التوقيع الإلكتروني علامة شخصية، وكان الأولى أن يقول وبشكل عام كل ما يدون على مستند إلكتروني أو محرر إلكتروني، حيث لم يذكر الدعامة التي تدون عليها تلك العلامة الشخصية. وحسننا فعل عندما أضفنا كلمة - أصوات -

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أو غيرها من أشكال التوقيعات الإلكترونية التي قد تظهر في المستقبل، ولم يشر إلى اعتماده على الترميز والتشفير¹.

وعرف التوقيع الإلكتروني من قبل التشريعات المختلفة بحسب الأدوار والوظائف أو تطبيقاته العملية له²، فإكتفى المشرع الفرنسي بالنص على التوقيع الإلكتروني من خلال المادة 4/1316 سابقا والمادة 2/1367 حاليا من القانون المدني على أنه إذا كان التوقيع إلكترونيًا، فإنه يتمثل في إستعمال وسيلة آمنة تكفل تحديد هوية الشخص، وتضمن صلته بالتصرف الملحق به، ويفترض موثوقية تلك الوسيلة إلى أن يثبت العكس، ويتم ذلك بموجب شروط يحددها مرسوم صادر عن مجلس الدولة.

ليصدر بعد ذلك مرسوم عن مجلس الدولة الفرنسي يحمل رقم 2001-272 خاص بتطبيق نص المادة 4/1316 (عدل بالمرسوم رقم 2017-1416)³ معرفا التوقيع الإلكتروني، حيث ميز بين نوعين من التوقيع الإلكتروني، النوع الأول أصطلح عليه إسم التوقيع الإلكتروني في صورته البسيطة، وهو مجموعة من البيانات التي تنشأ عن استخدام وسيلة آمنة لتحديد الشخصية، وتضمن صلته بالتصرف الذي وضع عليه.، أما النوع الثاني فيسمى التوقيع الإلكتروني المؤمن، وهو الذي يجب أن يستوفي الشروط التالية:

- أن يكون خاصا بالموقع نفسه،
- أن ينشأ بفعل وسيلة تكون تحت سيطرة الموقع وحده،
- أن يضمن اكتشاف أي تعديل لاحق يحدث في البيانات.

ومن ثم يكون المشرع الفرنسي قد إترف بالتوقيع الإلكتروني بالتصدي للقواعد العامة بمقصود عام مركزا على وظائف التوقيع بصفة عامة، وترك الجوانب التفصيلية التقنية للمرسوم الذي صدر عن مجلس الدولة.

1- التشفير والترميز: هو عملية تحويل المعلومات والبيانات إلى رموز وإشارات غير مفهومه - تبدو غير ذات معنى- لمنع الأشخاص غير المرخص لهم، من الإطلاع على المعلومات المرسله أو المشفرة، أو فهمها أشار إلى ذلك: لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني ، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن، 2009 ، ص. 134 وما بعدها .

2- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني - ماهيته - مخاطرة - وكيفية مواجهتها - مدى حجيتها في الإثبات -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية- مصر، 2007، ص. 47. على سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطابع الطوبجي، العدد 72، 2002، ص. 15.

³- Décret n°2001-272 du 30 mars 2001, pris pour l'application de l'article 1316-4 du code civil et relatif à la signature électronique, J.O.R.F. n°0077 du 31 mars 2001, modifié et complété par décret n° 2017-1416 du 28 septembre 2017, relatif à la signature électronique, J.O.R.F. n°0229 du 30 septembre 2017.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

في حين عرفه المشرع المصري في المادة 1 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني المشار إليه سابقا بأنه " مايوضع على محرر إلكتروني ويتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو غيرها، ويكون له طابع متفرد يسمح بتحديد شخص الموقع ويميزه عن غيره"¹.

أما بالنسبة للمشرع الجزائري، فلم ينص على التوقيع الإلكتروني إلا في سنة 2005 بعد تعديل القانون المدني رقم 05-02 المشار إليه سابقا، ولم يعط تعريفا صريحا له، وهذا من خلال المادة 327 والتي تنص على " ...ويعد بالتوقيع الإلكتروني وفق للشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 1 أعلاه"، والمادة 323 مكرر 1 التي أحال إليها المشرع الجزائري، تتعلق بشروط الكتابة التي سبق وأن فصلنا فيها.

وانطلاقا مما جاء به المشرع الجزائري في شأن التوقيع الإلكتروني نستنتج أنه قد أخضع التوقيع الإلكتروني من ناحية الشروط لنفس شروط الكتابة الإلكترونية.

ليتدارك المشرع الأمر ويعطي تعريفا للتوقيع الإلكتروني من خلال المرسوم التنفيذي رقم 07-162، حيث عرف التوقيع الإلكتروني ضمن نص المادة 3 مكرر بأنه " مُعطى ينجم عن استخدام أسلوب عمل يستجيب للشروط المحددة في المادتين 323 مكرر و 323 مكرر 1 من الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975،

التوقيع الإلكتروني المؤمن هو توقيع يفي بالمتطلبات الآتية:

- يكون خاصا بالموقع،
- يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية،
- يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه."
- وتأسيسا على ماسبق يمكن أن نعرف التوقيع الإلكتروني بأنه مجموعة من الحروف أو الأرقام أو أي بيانات في نظام معالجة إلكتروني، من شأنها التعبير عن رضاء أطراف التصرف القانوني، بشكل يسمح بالتعرف على هوية موقعها بما يفيد إرتباطه بالمحرر.

¹ - محمد الشاهوي، شرح قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 دراسة مقارنة، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر - القاهرة، 2010، ص. 103.

² - المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج.، العدد 37 لسنة 2007.

البند الثاني: صور التوقيع الإلكتروني.

حسب الطريقة التي يتم بها، تتباين صور التوقيع الإلكتروني فيما بينها، اعتماداً على معيار الثقة والأمان، وبحسب الإجراءات المتبعة لإصدارها وتأمينها، ولكنها تتفق في كونها تتم عبر وسائط إلكترونية باستخدام التقنيات الحديثة. ونتيجة لتعدد صور التوقيع لدرجة يصعب الإلمام بها كلها، فسننظر لأهم صوره التي تبنتها أغلب التشريعات المقارنة، والتي لا تخرج عن نوعين أساسيين المؤمن والبسيط. وذلك على الشكل التالي:

أولاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني:

يتم هذا التوقيع باستخدام قلم إلكتروني حسابي، يمكن عن طريقه الكتابة على شاشة الحاسوب، وذلك عن طريق برنامج خاص على الحاسوب يتم إعداده ليتناسب والقلم الإلكتروني، حيث يتم تخزين صورة للتوقيع التقليدي عن طريق قيام الشخص بالتوقيع بواسطة القلم الإلكتروني (Pen-op)، الذي يعتبر قلماً ضوئياً حساساً تتم الكتابة به على شاشة الحاسوب. فمن خلال الحركات التي يتم القيام بها أثناء تحريكه على الشاشة، يتم رسم أو إنشاء الشكل الذي يظهر عليه التوقيع¹.

ويقوم البرنامج السابق بوظيفتين، الوظيفة الأولى التقاط التوقيع، بعد أن يكون الموقع قد أدخل بعض البيانات الشخصية الخاصة كالإسم واللقب، لتظهر على شاشة الحاسوب تعليمات مفادها أن على المستخدم كتابة توقيعه على المربع الظاهر على الشاشة بواسطة القلم الإلكتروني، ليقوم البرنامج بتقييم هذه البيانات والتوقيع ثم يشفرها، ويحتفظ بها إلى وقت الرجوع إليه كلما أراد الموقع ذلك.

أما الوظيفة الثانية، فتتمثل في حالة ما أراد الموقع استخدام توقيعه مرة أخرى فيقوم البرنامج من التحقق من صحة توقيع المتعاقد وبيان لمن يعود التوقيع، من خلال مقارنته مع التوقيع الأصلي للعميل المحفوظ لدى جهة إيداع التوقيعات².

ورغم الدقة التي تتميز هذا النوع من التوقيع، لكونه يتميز بالقدرة على تحديد الشخص الموقع من خلال قياس سمات التوقيع ومدى مطابقتها للتوقيع الأصلي المحفوظ، إلا أنه يحمل عدة مناقب تحد من قيمته كدليل في الإثبات رغم إنتشاره الواسع، ذلك أنه يتطلب إكتماله وجود جهاز

¹ - محمد فواز المطلقة، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن- عمان، 2006، ص. 179.

² - عيسى غسان ربيضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط. 1 دار الثقافة، الأردن، 2009، ص. 64 و 65.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

كمبيوتر يتمتع بمواصفات عالية مرتفعة الثمن ونادرة الوجود، حيث يشتمل على قلم إلكتروني وشاشة عرض حساسة، لا يمكن للكافة إقتناؤه.

ثانيا: التوقيع الرقمي:

يعتمد هذا التوقيع في الأصل على تحويل الكتابة العادية إلى معادلات رياضية باستخدام معادلات "اللوغارتيم"، التي تمكن من إعادتها لحالتها الأولى بنفس الطريقة بموجب معادلة خاصة يحوزها صاحب التوقيع فقط. ويعتبر من أهم صور التوقيع وأكثرها إنتشارا لما له من قدرة على تحديد الوثيقة التي تم توقيعها بصورة لا تحمل أي تغيير، وكذا الشخص الموقع وتمييزه عن غيره بدقة متناهية، وهو ماجعله يوفر أعلى درجات الثقة والأمان في إستعماله.

فوفقا لمعيار الإيزو رقم 2-7489-ISO المتعلق ببنية الأمان الصادر عن المنظمة الدولية للمقاييس ISO يقصد به " بيان يتصل بوحدة بيانات، أو هو التحويل التشفيري لوحدة من البيانات بما يسمح للمرسل إليه التعرف على مصدر وحدة البيانات وإثباته، والتحقق من سلامة مضمونها وتأمينها ضد كل تعديل وتحريف".

والحقيقة أن هذا التوقيع ليس توقيعاً بالمعنى التقليدي، بل هو مجموعة من الخطوات المتتالية تبتدئ من لحظة إنشاء رسالة إلكترونية وتشفيرها، ليتم بعد ذلك تحويلها وإختزالها إلى مجموعة أرقام أو خانات رقمية لتشكل في نهاية المطاف بصمة إلكترونية مميزة يتم حمايتها عن طريق التشفير، وهذا لتوفير الأمان والثقة التي يسعى إليها المتعاقدان في إبرام العقد أو أي تصرف على الإنترنت.

ونجد المادة 4 من مشروع القواعد الموحدة للتوقيعات الإلكترونية الصادر عن لجنة القانون التجاري الدولي للأمم المتحدة الأونسترال قد عرفت هذا النوع من التوقيع بأنه " قيمة عددية تصمم بها رسالة البيانات بحث تجعل من الممكن، بإستخدام إجراء رياضي معروف يقترن بمفتاح الترميز الخاص بمنشئ الرسالة القطع بأن هذه القيمة العددية قد تم الحصول عليها بإستخدام ذلك المفتاح".¹

وأساس هذا التوقيع وجوهره هو عملية التشفير التي تركز على فكرة "اللوغارتيمات" أو "الخوارزميات"، والمعادلات الرياضية المعقدة، التي تشكل مقتضيات الأمان التي يبحث عنها الأطراف وتستخدم كثيرا هذه الطريقة في إبرام العقود الإلكترونية.

¹ - أشار إلى هذا النص حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، جامعة العقيد أكلي محند أولحاج البويرة، العدد 5، ديسمبر 2008، ص. 294.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ورغم ما يحققه التوقيع الرقمي من سرية المعلومات التي تتضمنها الرسالة الإلكترونية، ودرجة الأمان والثقة اللذين يحققهما، إلا أنه تعثر به بعض العيوب خاصة في الوقت الحالي الذي يشهد تطوراً كبيراً في مجال القرصنة التي تتم من قبل قرصنة إلكترونيين متمكنين في هذا المجال، بما يمكنهم من القيام بعمليات تزوير للتوقيع الرقمي يصعب كشفها.

وهو ما جعل بعض الخبراء في المجال يقترحون إنشاء هيئة تقوم على نظام للأرشفة وتكفل اعتماد رسالة البيانات وارشفتها في عدة نسخ، وذلك عن طريق مفتاح خاص بها¹. كما يعاب على هذا التوقيع مشكلة تكاليفه المعبرة، بالإضافة إلى أنه يتطلب مهارات غير عادية تكتب عن طريق التدريب على البرمجيات المستعملة في إنشائه.

ثالثاً: التوقيع البيومتري:

يعتمد هذا التوقيع في إنشائه على الخواص الذاتية والفزيائية للإنسان -علم البيوميترولوجي-، والتي تختلف من إنسان لآخر، وأبرز هذه الخواص بصمة الأصابع أو بصمة الصوت وقزحية العين، وخواص اليد البشرية، وذلك باستخدام أجهزة لإدخال المعلومات لجهاز الحاسوب، وإلتقاط صور الشخص، أو لقزحية العين أو صوة لأصابع اليد، ثم تخزين في ذاكرة الكمبيوتر مشفرة، ليتم فيما بعد مطابقة المستخدم مع تلك المخزنة².

غير أن هذا التوقيع تعثر به بعض المشاكل، أولها أن تخزين هاته السمات البشرية في جهاز الحاسوب أو في قرص مضغوط يجعل من السهل قرصنتها، وهذا ما يجعلها تفتقر للأمان والثقة، كما أن هذا النوع من التوقيع جد مكلف، ويحتاج لإستثمارات ضخمة، نظراً لما يتطلبه من معدات تقنية لا تتوافر لدى مؤسسات البيع والمستهلكين، وهو ما جعل هذا التوقيع يقتصر حالياً إستخدامه الجانب الأمني والمخابراتي للدول على وجه الخصوص.

البند الثالث: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في مجال العقد الإداري الإلكتروني.

سبق وأن أشرنا أن التوقيع الإلكتروني نوعان، التوقيع الإلكتروني البسيط وهو لا يستجيب لمقتضيات الأمان، مما يستدعي إقامة الدليل أمام القضاء على أنه تم بطريقة موثوق بها، والتوقيع الإلكتروني المؤمن أو المعزز، الذي يتمتع بدرجة عالية من الأمان. وقد وضعت له مختلف التشريعات شروطاً، حتى يكون له حجية في الإثبات. فبالرجوع إلى نص المادة 3 مكرر من المرسوم رقم 07-162 سالف الذكر نجد أنها حددت شروط التوقيع المؤمن في ثلاث شروط هي:

¹- ثروت عبد الحميد، المرجع السابق، ص. 65.

²- حمودي ناصر، المرجع السابق، ص. 294-295.

- أن يكون التوقيع خاصا بالموقع،
- أن يتم إنشاؤه بوسائل يمكن أن يحتفظ بها الموقع تحت مراقبته الحصرية،
- أن يضمن مع الفعل المرتبط به، صلة بحيث يكون كل تعديل لاحق قابلا للكشف عنه.
كما نصت ذات المادة على شروط الكتابة الإلكترونية على نحو ما بيناه سابقا، وهو أمر يثير التساؤل، هل يراعي القاضي مدى استجابة التوقيع الإلكتروني للشروط المزدوجة التي وضعها المشرع للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، أم للشروط الخاصة بالتوقيع المؤمن؟
إن إحالة المادة 3 مكرر الأنفة الذكر للشروط الواردة في المادة 323 مكرر، يتعلق بالشكل الذي يتم فيه التوقيع، فقد يكون عبارة عن رموز أو علامات مهما كانت طرق إرسالها، وهو مانعه قبولاً للتوقيع في الشكل الإلكتروني، وهو الأمر الذي لا يتعارض مع شروط التوقيع الإلكتروني الأخرى. أما الإحالة إلى نص المادة 323 مكرر 1 فهي إقراره بالمساواة في الإثبات بين الكتابة في الشكل الإلكتروني والكتابة الورقية.

وعليه سيتم التفصيل في شروط التوقيع الإلكتروني على النحو الآتي:

أولاً: إرتباط التوقيع بالموقع وحده:

والمقصود ذلك أن يكون للموقع بيانات وشيفرة خاصة به متميزة عن باقي الموقعين، فلكي يؤدي التوقيع غايته، لا بد أن تكون له علاقة مباشرة بصاحب التوقيع. وقد نص المشرع المصري على هذا الشرط في المادة 18/ أ من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني آنف الذكر بقوله " ...أن يرتبط التوقيع بالموقع وحده دون غيره".

فيما وضحت المادة 9 من اللائحة التنفيذية لذات القانون الضوابط التقنية والفنية اللازمة لتحقيق هذا الشرط حيث تنص " يتحقق من ناحية الفنية والتقنية إرتباط التوقيع الإلكتروني بالموقع وحده متى استند هذا التوقيع إلى منظومة تكوين بيانات إنشاء توقيع إلكتروني مؤمنة...".

كما أن هناك طريقة لمعرفة مدى تحقق هذا الشرط، وهي إصدار شهادة التصديق الإلكتروني التي سنفصل فيها في الفرع الموالي، حيث تؤكد هذه الشهادة مدى إرتباط التوقيع بالموقع وصحة ذلك، وهذه الشهادات يصدرها شخص يقوم بدور الوسيط بين اطراف التصر القانوني ويضمن توثيق التوقيع¹.

¹ - محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة المدرسة الوطنية للإدارة، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، العدد 26، الجزائر، 2003، ص. 54.

ثانيا: تحكم الموقع وحده في الوسيط الإلكتروني:

ويقصد بهذا الشرط أنه لا بد أن يكون الموقع مسيطرا بنفسه على الوسيط الإلكتروني المستعمل في إنشاء التوقيع. وقد أشارت المادتين 1 و 2 من مرسوم مجلس الدولة الفرنسي رقم 2002-272 المشار إليه سابقا، بأن التوقيع الصحيح هو الذي يتم بوسيلة تكون تحت السيطرة المباشرة للموقع وحده دون غيره.

وقد أكد القضاء الفرنسي على هذا الشرط في إحدى أحكامه القضائية، الذي يعتبره الفقه الفرنسي أول حكم صدر في فرنسا بعد صدور قانون التوقيع الإلكتروني لسنة 2000 المعدل للقانون المدني، وقد صدر هذا الحكم عن محكمة إستئناف Besançon في 20 أكتوبر 2000¹، وقد أكد على إلزامية أن تكون وسائل التوقيع الإلكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره، وإلا لا يعتد بها كحجة على الموقع ولا على الغير.

أما في مصر فقد أشار قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 إلى وجوب سيطرة الموقع وحده دون غيره على الوسيط الإلكتروني، وهذا ما أكدته اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني في إشارتها إلى وجوب حيازة الموقع وحده للمفتاح التشفير الخاص، ومتضمنة البطاقة الذكية المؤقتة والرمز السري المقترن بها².

ويتضح مما سبق أنه يشترط لتمتع التوقيع الإلكتروني المؤمن بالحجية في الإثبات ضرورة أن يكون الوسيط الإلكتروني المستخدم في إنشائه تحت سيطرة وتحكم الموقع دون غيره، أما في حالة فقدانه السيطرة لأي سبب، فإن بيانات التوقيع تفقد طابعها السري الآمن، بحيث يعلمها كل الأشخاص مما يفقد التوقيع الإلكتروني حججه في الإثبات.

وفي مجال العقود الإدارية الإلكترونية، فقد وضح المرسوم الفرنسي رقم 2002-692 المشار إليه سابقا، أن مسألة الحفاظ على التوقيعات الإلكترونية تكون على عاتق المرسل أي مقدم

¹ - تتلخص وقائع القضية في أن محامي أحد الأشخاص " الموقع " إحتج بتوقيع موكله أمام المحكمة، وقدم البيانات السرية للتوقيع الإلكتروني ضمن عريضة دعواه، فيما يفترض في هذه المعلومات تحت يد الموقع دون سواه، كما أن تلك البيانات أصبحت معلومة لعدة أشخاص يعملون ضمن مكتب ذلك المحامين حيث رفضت المحكمة الحكم بصحة موثوقية التوقيع المدعى به، لأن وظيفته في غثبات شخص الموقع أصبحت محل شك، لان بيانات التوقيع خرجت عن سيطرة الموقع إلى أشخاص آخرين مثل المحامي أو أحواله العاملون في مكتبه. أنظر:

Cour d'appel de Besançon, Chambre sociale, 20 octobre 2000. Chalets Boisson / Bernard G. Signature scannée d'un avocat sur acte de procédure - validité (non) - application de la loi du 13 mars 2000, recueil Lebon, p.p. 73-74.

² - المادة 18 من قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، والمادة 10 من اللائحة التنفيذية للقانون السابق رقم 15 لسنة 2004. إبراهيم السيد احمد، قانون التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية، الدار الجامعية، الإسكندرية- مصر، 2005، ص. 444.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العرض، وهنا أكد هذا المرسوم على أهمية كون التوقيع الإلكتروني المرسل مؤمن، حيث أن هذا يساعد في الحفاظ على سرية ودوام العرض¹، بعد ذلك يقوم الطرف الثاني، وهو الإدارة المتعاقدة، بإرسال موافقته على العرض أو العطاء المقدم من الطرف الأول، حيث يقوم بالتدوين عبر الكتابة الإلكترونية وإرسال الرسالة الإلكترونية إلى الطرف الأول مصحوبة بالمفتاح العام، ويبقى لديه المفتاح الخاص، ويقوم بمهر رسالته الإلكترونية بتوقيعه الإلكتروني عبر المفتاح الخاص به، ويمكن له أيضا أن يشفرها بالمفتاح العام للطرف الأول. وعندما تصل الرسالة إلى الطرف الأول مقدم العرض عبر الوسيلة الإلكترونية أيا كانت، كأن تكون شبكة الإنترنت، يقوم هذا الطرف بفك شفرتها عبر المفتاح العام خاصته، ويطلق على هذا النوع - الطريقة المتماثلة للتشفير تسمى السيمتري Symetrique. وإذا كانت عملية فك شيفرة الطرف الثاني -الإدارة- من قبل الطرف الأول المتعاقد معها أو مقدم العرض تتم عن طريق المفتاح الخاص لمقدم العرض فهذه تسمى الطريقة غير المتماثلة اللاسيمتري Asymtrique²، وفي النهاية ولغرض التأكد من صحة المعلومات والتوقعات، وكذلك إثبات هوية الموقع، يقوم الطرف الأول -مقدم العرض-، والطرف الثاني -الجهة الإدارية- المعلنة عن عملية التعاقد، بالتأكد من صحة توقيع كل منهما عن طريق اللجوء إلى جهة التصديق أو التوثيق على التوقيع الإلكتروني، حيث تزود كليهما بالمفتاح العام لغرض التأكد من هوية الموقع، وصحة صدور التوقيع منه، وذلك عن طريق شهادة إلكترونية ، يمكن أن تكون دليل إثبات قضائي يساعد على نسبة التوقيع الإلكتروني إلى صاحبه³.

وتبقى السلطة التقديرية للقاضي الإداري في إمكانية إتباع جميع الطرق القانونية لمعرفة مدى صحة هذه التوقعات الإلكترونية، وهو ملزم بذلك لأن التعامل مع التوقعات الإلكترونية

¹-Art. n° 4 de Décret n° 2002-692, Précité. « Dans le cas où une offre est susceptible d'entraîner la transmission de documents volumineux, et pour éviter tout retard consécutif aux aléas de transmission électronique qui pourraient en résulter, la personne publique peut autoriser les candidats à envoyer leur offre sous la forme d'un double envoi. En premier lieu, ils transmettent leur signature électronique sécurisée. La réception de cette signature vaut date certaine de réception de l'offre. En second lieu, ils transmettent l'offre elle-même. Lorsque la possibilité prévue à l'alinéa ci-dessus est utilisée, la personne responsable du marché indique dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans la lettre de consultation le délai qui peut séparer la réception de la signature électronique sécurisée de la réception de l'offre elle-même. Ce délai ne saurait excéder vingt-quatre heures, sous peine de l'irrecevabilité de l'offre. ».

²- تعني الطريقة المتماثلة في التشفير أن مفتاح عمل الشفرة هو نفسه مفتاح فك الشفرة، أما الطريقة غير المتماثلة فتعني أن مفتاح عمل الشفرة يختلف عن مفتاح فكها. للمزيد من المعلومات حول هذا الموضوع أنظر عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في إثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراة، كلية الحقوق - جامعة القاهرة، بدون سنة، ص. 164.

³- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 109 وما بعدها.

أصبح فرض واجب، هذا من جانب، أما من جانب آخر وكما فصلنا سابقا، فإن الواقع الإداري حاليا يؤكد أن حجية التوقيع الإلكتروني قد تصل إلى مرتبة أعلى من حجية التوقيع العادي، وذلك لصعوبة اختراق الأمان القانوني المفروض على التوقيعات الإلكترونية وشفرتها الخاصة، والدور المهم الجهات التوثيق والأرشيف الإلكتروني في ذلك.

ثالثا: إمكانية الكشف عن أي تعديل في بيانات التوقيع الإلكتروني:

يتمتع التوقيع الإلكتروني بحجية الإثبات متى كان بالإمكان كشف أي تعديل أو تبديل في بيانات التوقيع، ويتم من الناحية التقنية كشف أي تعديل في بيانات المحرر الإلكتروني موقع إلكتروني باستخدام نظام التشفير، الذي يتخذ شكل المفاتيح العام والخاص، أو الإعتماد على هيئات مصادقة إلكترونية، وبمضاهات شهادة التصديق الإلكتروني بأصل هذه الشهادة وتلك البيانات¹.

وفي النهاية، فإن المحرر الإلكتروني الموقع إلكتروني يمكن أن يحدد هوية صاحبه، وذلك من خلال الأمان والكفاءة العالية اللذين توفرهما الأنظمة الإلكترونية الحديثة، وجهات التصديق الموثوقة، مما يساعد على خلق بيئة تعاقدية إلكترونية صالحة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، دون أدنى خوف من مدى صحة هوية مقدم العرض أو المتعاقد الذي ترسو عليه العملية التعاقدية، ومهما كان أسلوب المتبع في التعاقد.

الفرع الثاني: نظام توثيق التوقيع الإلكتروني.

من المعلوم أن عملية إبرام العقود والمعاملات الإلكترونية عبر الوسائط الإلكترونية، عادة ماتم بين أفراد وكيانات لا يجمعهم مكان واحد أو بلد واحد، كما قد لا يعرف أحدهم الآخر مسبقا، الأمر الذي يتطلب وجود أساليب حماية تكون كفيلة بتحديد هوية الأطراف المتعاقدة، والتأكد من صحة تواقعهم وبياناتهم الشخصية، وبالنتيجة التأكيد على عدم حصول أي تعديل أو تحريف أو تلاعب بالقيود الإلكتروني. وهذا الأمر يستدعي وجود طرف ثالث محايد، وموضع ثقة يطلق عليه مقدم خدمات التصديق أو التوثيق، بحيث يكون لهذا الطرف الثالث إمكانية التقنية العالية المعروفة عالميا في الدول التي تقدم هذه الخدمة، فيقوم بالتحقق من صحة التوقيع وهوية الموقع، وبالنتيجة التأكيد على هوية الأطراف المتعاقدة، وصحة توقيعاتهم. وهو ماسيتم التفصيل فيه في هذا الفرع الذي سيقسم إلى بنيدين يتناول البند الأول مفهوم مؤدي خدمات التصديق وشروط

¹ - أنظر المادة 18 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني المصري، والمادة 11 من لائحته التنفيذية .

ممارسة هذا النشاط، فيما يتعرض البند الثاني لشهادة التصديق الإلكتروني في مجال التعاقد الإداري الإلكتروني.

البند الأول: مفهوم مؤدي خدمات التصديق وشروط ممارسة هذا النشاط.

نشير في البداية أنه لا يوجد تعريف فقهي متفق عليه لمقدمي خدمات التصديق، كما أن التشريعات رغم اتفاتها على معنى واحد، إلا أنها اختلفت في تسميتها، لذلك سنحاول عرض بعض التعريفات التي جاءت بها بعض التشريعات، ثم التطرق إلى المتطلبات التي اشرتتها التشريعات للممارسة هذا النشاط وذلك من خلال مايلي:

أولا تعريف مؤدي خدمات التصديق:

تعددت التعريفات التي حاولت تحديد المقصود بجهات التصديق الإلكتروني، ونبداً بالتعريف الوارد في قانون الأونسترال النمودجي للتوقيع الإلكتروني المشار إليه سابقا، بموجب المادة 2 / هـ التي جاء فيها " مقدم خدمات تصديق يعني شخصا يصدر الشهادات ويجوز أن يقدم خدمات أخرى ذات صلة بالتوقيعات الإلكترونية"، ونلاحظ أن هذا التعريف يقوم على أساس معيار الجهة التي تؤدي أعمال التصديق " شخص "، وهو مصطلح يشمل الشخص الطبيعي والمعنوي، إلا أن الغالب أن يكون شخص معنويا سواء عاما أو خاصا، لكون أن هذه العملية تحتاج إلى إمكانات مادية مكلفة لا يقدر الشخص الطبيعي توفيرها.

وقد سار التوجيه الأوربي رقم 93- 1999 المشار إليه سابقا على نفس نسق القانون الأونسترال، فعرف مقدم خدمات التصديق بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يسلم شهادات التصديق الإلكتروني أو يقدم خدمات أخرى مرتبطة بالتوقيعات الإلكترونية ".

وبالذهاب إلى النظام الفرنسي، وبالتحديد قرار مجلس الدولة رقم 2001- 272 الصادر بشأن تفعيل المادة 1316 / 4 من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا، فعرف في المادة 11/1 مقدم خدمات التصديق بأنه " ... الشخص الذي يصدر الشهادات الإلكترونية أو يقدم خدمات أخرى للتوقيع الإلكتروني ".

أما في التشريع الجزائري فقد استخدم المشرع مصطلح مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني، وعرفه في المادة 10/3 من المرسوم التنفيذي رقم 07- 162 المشار إليه سابقا بأنه : كل شخص

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

في مفهوم المادة 8 / 8 من القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000¹، يسلم شهادة إلكترونية أو يقدم خدمات أخرى مطابقة لمتطلبات نوعية خاصة".

وبالذهاب إلى المادة 8/8 المشار إليها أعلاه نجدتها تنص على " موفر الخدمات: كل شخص معنوي أو طبيعي يقدم خدمات مستعملا وسائل المواصلات السلكية واللاسلكية." من خلال التعاريف السابقة، يمكن القول أن جهات توثيق التوقيع الإلكتروني عبارة عن جهة أو طرف ثالث محايد موثوق به، يقوم بدور الوسيط بين المتعاملين إلكترونيا، وذلك لربط شخص أو كيان بعينه بالتوقيع، ويضمن أمن المعاملات الإلكترونية، أي أنه بمثابة هيئة توثيق إلكتروني مرخص لها القيام بإصدار شهادات توثيق وتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني. وقد تكون هذه الهيئة شخصا طبيعيا أو معنويا، أو شركة مهنية محددة لهذا الغرض ومعتمدة وموثوق بها عالميا لهذه المهمة، وقد تكون هيئة عامة أو خاصة، تبعا لأسباب معينة تتعلق بالسياسة العامة في الدولة التي قد لا تسمح بالعمل كجهات توثيق إلا للهيئات العامة.

ثانيا: شروط ومتطلبات ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني:

وضعت مختلف التشريعات المقارنة متطلبات وشروط لا بد من استيفائها من كل شخص يريد مزولة نشاط التصديق الإلكتروني. وأهم شرط هو ضرورة الحصول على ترخيص من السلطات المختصة في الدولة. ففي فرنسا فإن ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني لا يخضع لنظام الترخيص، بل يكون عن طريق الإعتماد الذي تمنحه الهيئات التي يعينها وزير الصناعة، حيث يراعى في منح هذا الإعتماد ضرورة توافر بعد الشروط في طالبه، تضمنتها المادة 6 من قرار مجلس الدولة رقم 2001-272 المتعلق بتطبيق المادة 1316 / 4 من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا، يمكن إختزالها في شرطين: إقامة الدليل على صحة وموثوقية خدمات التصديق الإلكتروني التي يقدمها، والحرص على التحديد الدقيق لتاريخ تسليم شهادة التصديق وإلغائها.

وبصدور القرار مجلس الدولة الفرنسي رقم 2002-535 المتعلق بتقييم وإصدار الشهادات الأمن الذي توفره منتجات وأنظمة تكنولوجيا المعلومات²، حددت المادة 1 منه السلطة المخولة لها

¹ - القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ج.ج.ج. العدد 48، لسنة 2000.

² - Décret n° 2002-535 du 18 avril 2002, relatif à l'évaluation et à la certification de la sécurité offerte par les produits et les systèmes des technologies de l'information, J.O.R.F. n°92 du 19 avril 2002.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني، وتتمثل في الإدارة المركزية لسلامة نظم المعلومات D.C.S.S.I والتي يجوز لها منح الإعتمادات لمراكز التصديق التي تعتمدها.

وفي مصر، حددت المواد 19 و 20 و 21 و 22 من قانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني، وكذا المادة 12 من لائحته التنفيذية، شروطا ينبغي في طالبي ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني توفيرها سواء كان شخص معنويا أو طبيعيا، تتمثل في ضرورة الحصول على ترخيص مسبق من مجلس إدارة هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر، ويصدر الترخيص مقابل دفع رسم مالي يسدده مزود خدمة التصديق.

كما حدد المشرع مجموعة من المعايير على أساسها يتم منح الترخيص تتمثل في:

- أن تتم عملية إختيار المرخص له في إطار علني ومنافسة نزيهة، بهدف منح الفرصة لأكبر عدد من طالبي الترخيص، وهذا مايسمح للجهة المرخصة إختيار الشخص الأكثر خبرة، نظرا لخطورة النشاط وأهميته.

- لا يمكن أن تتجاوز مدة الترخيص 99 سنة كحد اقصى، ويمكن أن تكون أقل.

- أن تحدد وسائل الإشراف والمتابعة الفنية والمالية التي تكفل حسن سير المرفق بانتظام وإطراد، ولا يجوز التوقف عن ممارسة النشاط المرخص به أو الإندماج مع جهة أخرى أو التنازل عن الترخيص للغير إلا بعد الموافقة الكتابية للهيئة¹.

وقد بدأت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في مصر بمنح التراخيص بمزاولة نشاط التصديق الإلكتروني في ماي 2005، وذلك بعد تقدم 6 شركات بطلب الترخيص، لتقوم الهيئة بدراسة العروض التي تقدمت بها تلك الشركات قصد مزاولة نشاط التصديق الإلكتروني، إلا أن الموافقة استقرت على منح التراخيص لأربع شركات بعد التأكد من توافر الشروط التي نص عليها القانون².

وقد أصدرت هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات في 19 جويلية 2005 دفتر شروط

متضمن متطلبات منح تراخيص تقديم خدمات التوقيع الإلكتروني، ومن ضمنها مايلي:

- ضرورة تقديم الشكل القانوني للشركة مقدمة الطلب،

¹ - عبد الفتاح بيومي حجازي، المرجع السابق، ص. 455.

² - تتمثل هذه الشركات في: - شركة مصر للمقاصة والإيداع والقيود المركزي - MCDR

- شركة الحاسبات المتقدمة - TAC

- الشركة المصرية لخدمات الشبكات وتأمين المعلومات - SNS

- شركة إيجيبت تراست - Egypt Trust.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- ضرورة تقديم نسخة عن عقد تأسسي الشركة ونظامها القانوني،
- إثبات من الشركة بقدرتها على القيام بتقديم خدمات التوقيع الإلكتروني،
- تقديم كافة الرخص والبيانات الفنية المتعلقة بالأجهزة العرض،
- تقديم الموصفات الفنية للأجهزة والأنظمة التي سوف تستخدم لتنفيذ وإدارة وتشغيل وصيانة جهات التوثيق الإلكتروني.

أما في الجزائر، فقد نصت المادة 2 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المشار إليه سابقا على " يخضع لترخيص تمنحه سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، إنشاء وإستغلال ما يأتي:....

- خدمات التصديق الإلكتروني."

غير أن ترخيص مصالح التصديق الإلكتروني يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل."

وبهذا يكون المشرع الجزائري قد أخضع ممارسة نشاط توثيق التوقيع الإلكتروني لنظام الترخيص المسبق من سلطة ضبط البريد والمواصلات، ليأتي قانون رقم 2000-03 المتعلق بالمواصلات السلكية واللاسلكية المشار إليه سابقا في مادته 28 وينص " يمكن إستغلال إنشاء و/أو إستغلال شبكات عمومية أو منشآت المواصلات السلكية واللاسلكية وتوفير خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، حسب الشروط المحددة بموجب هذا القانون والنصوص التنظيمية المتخذة لتطبيقه.

يمكن أن يأخذ نظام الإستغلال شكل رخصة أو ترخيص أو تصريح بسيط."

وعليه وانطلاقا من النصوص السابقة يمكن القول أن شروط ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني في الجزائر تتمثل في شرطين أساسيين، الأول هو الحصول على الترخيص من سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، والذي يكون مرفقا بدفتر شروط يحدد حقوق وواجبات مؤدي الخدمات والمستعمل. أما الشرط الثاني، فيتعلق بالأشخاص الذين يمكنهم تقديم التصديق الإلكتروني، والذين لم يخصص لهم المشرع نصا خاصا، وإنما يتم الرجوع للنصوص التي تحدد الشروط التي يجب أن تتوفر في الأشخاص الذين يقدمون خدمات الإنترنت، وهو نص المادة 3 ممن المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 98-257 الذي

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

يحدد ويضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها¹، حيث تنص على " لايرخص بإقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها لأغراض تجارية ضمن الشروط المحددة أدناه إلا للأشخاص المعنويين الخاضعين للقانون الجزائري، الذين يدعون أدناه مقدمي خدمات الإنترنت."

ونستشف من النص أن نشاط تقديم خدمات التصديق الإلكتروني هو نشاط تجاري يخضع للقيود في السجل التجاري، كما تم جعل هذه المهام حكرا على الأشخاص المعنوية دون الطبيعية، وهذا ما يؤيد ما قلناه سابقا بأن نشاط كهذا لا يقدر عليه شخص طبيعي وحده.

كما نعتقد أن المشرع قد ترك أمر تحديد شروط أخرى لممارسة نشاط التصديق الإلكتروني لدفتر الشروط المنصوص عليه في المادة السالفة، فرغم أن تنظيم المشرع الجزائري لنشاط التصديق الإلكتروني كان منذ عدة سنوات، إلا أنه في الواقع ولغاية اليوم لم يمنح أي ترخيص لأي مؤدي خدمات التصديق الإلكتروني في الجزائر، على الرغم من أن هناك عروض حسب معلوماتنا قد قدمت منذ 2009 ولحد الآن لم تدرس، حيث قدمت 8 شركات عروضها ولم تقدم سلطة الضبط رأيها لا بالقبول أو الرفض.

البند الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني في مجال العقد الإداري الإلكتروني.

من أهم الخدمات التي يلتزم المرخص له كجهة توثيق إلكتروني أن يقدمها، خدمة إصدار شهادات التصديق أو التوثيق الإلكتروني، لمن يطلبها، وفق نظام خاص يتم وضعه من قبل المرخص له لهذه الغاية²، وترمي هذه الشهادات إلى التأكد من صحة المحرر الإلكتروني أو التوقيع الإلكتروني المرسل إليه من طرف صاحب التوقيع المتعاقد مع مزود خدمات التصديق الإلكتروني.

ففي فرنسا نصت عليها المادة 1 من قرار مجلس الدولة رقم 2001-272 المتعلق بتطبيق المادة 1316/4 من القانون المدني الفرنسي المشار إليه سابقا، واعتبرها شهادة تفيد صحة التوقيع الإلكتروني، وتصدر عن جهة مختصة بذلك تقرر فيها بأن التوقيع الإلكتروني تم حفظه بطريقة سليمة، من لحظة إرساله حتى لحظة التصديق عليه.

وعرفها المشرع المصري من خلال قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 المشار إليه سابقا في المادة 1 بأنها " تلك الشهادة التي تصدر عن الجهة المرخص لها بالتصديق، تثبت مدى الإرتباط بين الموقع وبيانات إنشاء التوقيع."

¹ - المرسوم التنفيذي رقم 2000-307 المرخ في 14 أكتوبر 2000، يعدل المرسوم التنفيذي رقم 98-257 المؤرخ في 25 أوت 1998 الذي يضبط شروط وكيفيات إقامة خدمات الإنترنت وإستغلالها، ج.ر.ج.ج.، العدد 60 لسنة 2000.

² - رحيمة الصغير ساعد نمديلي، المرجع السابق، ص. 110 وما بعدها.

أما في الجزائر فقد نص عليها المشرع في المادة 3 في الفقرتين 8 و9 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المشار إليه سابقا، حيث سماها " ... الشهادة الإلكترونية: وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع،

الشهادة الإلكترونية الموصوفة شهادة إلكترونية تستجيب للمتطلبات المحددة ...".

واتفقت التشريعات المقارنة أن هذه الشهادة نوعين، الأولى شهادة التصديق البسيطة، وهي عبارة عن وثيقة إلكترونية تصدرها الجهة المختصة بالتصديق الإلكتروني، وتقر فيها بصحة بيانات التوقيع الإلكتروني، ومدى صلته بالموقع، ولا تتضمن بيانات محددة¹. أما الثانية فهي الشهادة الموصوفة أو المعقدة، وهي عبارة عن شهادة تصدرها الجهة المختصة بإصدار شهادات التصديق الإلكتروني، والغاية منها تأكيد صحة البيانات الواردة في التوقيع الإلكتروني، ومدى نسبه لصاحبه، وتتضمن هذه الشهادة العديد من البيانات التي تشكل مقتضيات أمان للمتعاملين. وتجدر الإشارة أن هذين النوعين قد يكونا لشهادات تصديق وطنية أو أجنبية. فبالنسبة لشهادة التصديق الوطنية فهي التي تصدر من مزودي خدمات التصديق الإلكتروني الوطنيين. أما شهادات التصديق الأجنبية فهي تنشأ في دول أجنبية أو من طرف مزود خدمات أجنبي داخل التراب الوطني، وقد إعتبرف النظام الفرنسي بحجية هذه الأخيرة، من خلال قرار مجلس الدولة رقم 2001-272 المشار إليه سابقا، حيث نص في مادته 8 على هذا النوع من الشهادات ومنحها الحجية بشرط استقاء بعض الشروط، كأن تكون هذه الشهادة مستوفية للشروط الواردة في المادة 6 من ذات القرار، وكذلك وجود إتفاق بين أطرافها حول صلاحية الإعتماد عليها².

كما أخذ المشرع المصري بهذا النوع من الشهادات من خلال المادة 22 من القانون رقم 15 لسنة 2004 المتعلق بالتوقيع الإلكتروني المشار إليه سابقا، حيث نص أنه " تختص الهيئة باعتماد الجهات الأجنبية المختصة باصدار شهادات التصديق الإلكتروني...، وفي هذه الحالة تكون لهذه الشهادات ذات حجية في الإثبات المقررة لنظيراتها في الداخل..."، لكن قبول هذه الشهادات الأجنبية يكون بشرط استجابتها للضمانات التي تضمنتها اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني المذكور أعلاه، وأن توجد إتفاقية دولية نافذة وافقت عليها مصر وتتضمن إعتماد هذه الهيئة.

¹ - أنظر الفقرة 8 من نص المادة 3 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 سابق الإشارة إليه.

² - إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، السنة الجامعية 2010، ص. 386.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وبالرجوع إلى المشرع الجزائري نجده قد سار على نهج المشرعين الفرنسي والمصري واعترف بالشهادات الأجنبية بموجب المادة 3 مكرر 1 من المرسوم التنفيذي رقم 07-162 والتي تنص " تكون للشهادات التي يسلمها مؤدي خدمات تصديق إلكتروني مقيم في بلد أجنبي، نفس قيمة الشهادات المسلمة بموجب أحكام هذا المرسوم، إذا كان مؤدي الخدمات الأجنبي يتصرف في إطار إتفاقية للإعتراف المتبادل أبرمتها سلطة ضبط البريد والمواصلات السلكية واللاسلكية.".

ولم يحدد المشرع الجزائري البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التصديق الإلكتروني بنوعيتها، بل اكتفى بالنص على ضرورة أن تثبت الشهادة الصلة بين معطيات فحص التوقيع الإلكتروني والموقع.

كما ألزم أن تستجيب شهادة التصديق الموصوفة للمتطلبات المحددة، لكنه لم يحدد لنا هذه المتطلبات..، وهو ما يضطرنا للوقوف عليها في التشريع المقارن.

فقد وضع المشرع المصري البيانات التي يجب أن تتضمنها شهادة التصديق، وميز بين نوعين منها، بيانات إلزامية وردت في نص المادة 20 من اللائحة التنفيذية لقانون التوقيع الإلكتروني، وهي: "...

- ما يفيد صلاحية هذه الشهادة للإستخدام في التوقيع الإلكتروني،
 - موضوع الترخيص الصادر للمرخص له، موضحا فيه نطاقه ورقمه وتاريخ إصداره وفترة سريانه،
 - أسم وعنوان الجهة المصدرة للشهادة، ومقرها الرئيسي، وكيانها القانوني والدولة التابعة لها إن وجدت،
 - إسم الموقع الأصلي أو إسمه المستعار أو إسم شهرته، وذلك في حالة إستخدامه لأحدهما،
 - صفة الموقع،
 - المفتاح التشفيري العام لحائز الشهادة المناظر للمفتاح التشفيري الخاص به،
 - تاريخ بدء صلاحية الشهادة وتاريخ إنتهائها،
 - الرقم التسلسلي للشهادة،
 - التوقيع الإلكتروني لجهة إصدار الشهادة،
 - عنوان الموقع الإلكتروني المخصص لقائمة الشهادات الموقوفة أو الملغاة.".
- كما نصت نفس المادة على إمكانية تضمين الشهادة بيانات إختيارية عند الحاجة منها "...

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- بما يفيد إختصاص الموقع والغرض الذي تستخدم فيه الشهادة،
- تحديد قيمة التعاملات المسموح بها للشهادة،
- مجالات إستخدام الشهادة."

وقد يحدث أحيانا ما يستدعي إيقاف أو إلغاء شهادات التصديق الإلكتروني، كما في حالات إختراق البرنامج المسؤول عن سلامة المحرر الإلكتروني وصحة توقيعه، وهو ما يجعل تلك الشهادات عرضة للعبث ببياناتها، والإطلاع على المعلومات السرية لمستخدمي خدمة التوقيع الإلكتروني، أو قد يبدي الشخص الذي صدرت له الشهادة نيته عدم الإلتزام ببنود العقد المبرم بينه وبين مقدم خدمات التصديق الإلكتروني¹. وعند حدوث أي من هذه العوارض، يجب على مقدم الخدمات إيقاف إصدار الشهادات أو إلغاء التي تم إختراق محتوياتها، أو التي انتهت صلاحيتها، سواء بمبادرة شخصية منه أو بناء على طلب ذوي الشأن.

وعليه يمكن القول أن لكل من الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني تأثير كبير على شكليات إبرام العقد الإداري الإلكتروني، حيث يمكن تحويل جميع المحررات والوثائق التي يتبادلها الأطراف عند إبرام العقد الإداري الإلكتروني، إلى محررات إلكترونية، ومن ثم توثيقها بتوقيع إلكتروني محمي من طرف جهات قانونية متخصصة باعتماد شهادات التوثيق وإصدار المفاتيح الإلكترونية.

ومن خلال كل ماسبق وما قيل بخصوص التوقيع والتصديق الإلكترونيين، يؤكد الباحث على ما أورده في أكثر موضع، أن المنظومة القانونية للتصديق الإلكتروني في الجزائر غير كاملة ولا زالت في طور النمو، وتحتاج لتكييف قوانين وإصدار تنظيمات تكون قادرة على أداء دور الإطار القانوني للتصديق الإلكتروني في الجزائر سواء في القانون الخاص أو القانون العام، وهو ما يجعل اللجوء إلى الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية أمرا صعبا، ولا يتحقق حتى إذا حاولنا تأويل نصوص قانون الصفقات العمومية، والتوسع في المدلولها، لغياب الوسائل التشريعية اللازمة، والقدرة الكافية لضمان سرية المعاملات.

المبحث الثاني: منازعات العقد الإداري الإلكتروني وآليات تسويتها.

إن العقود الإدارية التي تبرمها الإدارة لتسيير مرافقها العمومية تثير في الواقع العملي عدة منازعات، لا سيما في حالة تعسف هذه الأخير في إستعمال إمتيازاتها، أو تخلفها عن تنفيذ

¹ - مدحت محمد محمود عبد العال، المرجع السابق، ص. 88.

إلتزاماتها ملحقمة أضرار بالمتعاقدين معها، مما يستوجب تدخل الجهة المختصة للفصل في هذا النزاع بناء على طلب هذا الأخير، سواء بطلب إلغاء تصرف الإدارة المشوب بعيب عدم المشروعية أو للمطالبة بالتعويض إذا ما ألحق به أضرار من جراء ذلك التصرف.

ونؤكد من جديد أن العقود الإدارية لا تخضع لنظام قانوني موحد بأجمعها، فبعضها يخضع للقانون العام، والبعض الآخر يخضع للقانون الخاص، (فالأول يختص بمنازعاته القضاء الإداري، أما الثاني فيختص بمنازعاته القضاء العادي)، لأن الإدارة تبرم هذا النوع من العقود مثلها مثل الأفراد العاديين، وتتبع وسائل القانون الخاص في عملها هذا، ويجب الإشارة إلى أن منازعات العقود قد تكون قبل التعاقد أو بعد توقيع العقد، أي عند التنفيذ، ولكل واحد منهما آلية لفضه.

ونفس الأمر بالنسبة للعقد الإداري الإلكتروني الذي قد يترتب عليه قيام نزاع بين أطرافه، لأسباب قد تكون متصلة بمشروعية استخدام الإدارة لسلطتها تجاه المتعاقد معها، أو بأداء الإلتزامات المتبادلة بينهما، وسواء في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ. وتحسم هذه النزاعات بطريقتين، أولهما تكون من خلال ولوج طريق التقاضي أمام القضاء المختص في حالة فشل التسوية الودية، وثانيهما عن طريق الوساطة والتحكيم اللذين يتما بإتفاق طرفي العقد. وعليه سيتم تقسيم هذا المحبث إلى مطلبين، يتم في المطلب الأول توضيح منازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الإلكترونية، فيما يتناول المطلب الثاني آليات تسوية هذه المنازعات.

المطلب الأول: المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الإلكترونية.

باعتبار أن العقود الإدارية بصفة عامة، تقليدية أو إلكترونية، لها صلة مباشرة بالمال العام، وأن إبرام العقود الإدارية الإلكترونية لا يتم بالإيداع المادي، وإنما عبر وسائط إلكترونية، فإنه تثار عدة منازعات بشأنها، وهذا بسبب تصادم مصلحة الإدارة مع المتعامل المتعاقد معها، وهو ما يفرض وضع نظام قانوني متكامل لتسوية هذه المنازعات. وتظهر هذه المنازعات أثناء تطبيق النصوص القانونية الناظمة لعملية إبرام هذا النوع من العقود. فيحدث أن تتعارض مصلحة المتعامل المتعاقد ومصلحة الإدارة، وذلك فيما يتصل بمدى مشروعية استخدام المصلحة المتعاقدة لسلطاتها تجاه المتعاقد معها، أو بمدى أداء الإلتزامات المتبادلة بينهما.

وتتعدد صور المنازعات في مجال العقود الإدارية بصفة عامة، فهناك منازعات تنشأ عند إعداد العقد، وهنا منازعات أخرى تنشأ عند تنفيذ العقد، وما يترتب عن لك من إلتزامات، وهناك

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

منازعات تنشأ بشأن تفسير العقد، بالإضافة إلى العديد من المنازعات الأخرى، أهمها المنازعات متعلقة بإنهاء العقد وفسخه.

وعلى الرغم من أن منازعات العقود الإدارية الإلكترونية تتشابه مع منازعات العقود الإدارية العادية، إلا أننا قمنا باستبعاد هذه الأخيرة من الدراسة، و سنركز على المنازعات التي تنشأ من جراء استخدام الوسائط الإلكترونية في مجال إبرام العقود الإدارية، والتي تظهر في مرحلة الإبرام على وجه الخصوص، ذلك أن إبرام العقود الإدارية الإلكترونية يمر بعدة مراحل إلى غاية الوصول عند مرحلة التنفيذ. فتنشأ عدة نزاعات ذات طابع إداري، وتعرض في غالب الأحيان على الجهات المختصة حددتها التشريعات للفصل فيها. وبالتالي فإننا سنركز على دراسة مضمون منازعات العقود الإدارية الإلكترونية عند الإبرام. والنظر للخصوصية التي تمتاز بها والإشكالات التي تثيرها. هذه الأخيرة نرى أنها تنقسم إلى منازعات تتعلق بالإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية الإلكترونية (فرع أول)، ومنازعات تتعلق بإجراءات إبرام العقود الإدارية الإلكترونية (فرع ثاني).

الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بالإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.

أشرنا في السابق أن العقود الإدارية الإلكترونية ترتبط ارتباطا وثيقا بالمال العام، لذا يجب أن تبرم وفقا لإجراءات مضبوطة مسبقا، تمكن الإدارة أو الجهة المتعاقدة من التعاقد مع الطرف الأكثر كفاءة والذي يقدم أحسن وأفضل العروض، لهذا فُيُدت الإدارة بضرورة إحترام المبادئ الأساسية لإبرام العقد التي سبق أن فصلنا فيها، وهي الشفافية والمساواة والمنافسة، ذلك أنه أي إخلال بهذه المبادئ يؤدي حتما إلى نشوء نزاع. وتتمثل النزاعات الناشئة عن الإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، في المنازعات المتعلقة بالإخلال بمبدأ الشفافية (بند أول)، الإخلال بمبدأ المساواة (بند ثاني)، الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة (بند ثالث).

البند الأول: الإخلال بمبدأ الشفافية.

تعتبر الشفافية بمثابة ضمانات قانونية في مجال العقود الإدارية الإلكترونية. فبعد الغموض وعدم الثقة الذي كان يسود المعاملات بين الدولة والقطاع الخاص خاصة في مجال العقود، فرض الواقع مبدأ العلانية وشفافية الإجراءات، الذي يمكن المتعهدين من التأكد بأن اختيار المصلحة المتعاقدة للمتعاقد قد تم وفق وسائل قانونية ومشروعة، من الإعلام المسبق للمتنافسين بشأن معايير الإختيار، وضرورة الإعلان عن طريق الطرق المحددة، وأهمها الوسائط الإلكترونية لإمكانية وصولها إلى أكبر قدر ممكن من الأفراد، وتمكين المرشحين من حضور جلسات فتح

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

العروض، والإصلاح على نتائج التقييم، وفتح مجال الطعن في القرارات المتخذة ووسائل الأعمال المتعلقة بإجراءات إبرام العقد على نحو ما بيناه سابقا.

فالتعامل دون احترام مبدأ الشفافية من شأنه أن يخلق أعمالا غير مشروعة وغير نزيهة¹، ولهذا يتعين على المصلحة المتعاقدة عند إبرامها للعقد الإداري الإلكتروني أن تلتزم بالشفافية من خلال فتح المجال لجميع الأشخاص المؤهلين الذين يهمهم الأمر، إذ يجب على الإدارة القيام بإعلان أصحاب الشأن بالإجراء التعاقد الإلكتروني، وبإبلاغهم بالشروط العامة للعقد، وكيفية الحصول على دفاتر الشروط وقائمة الأسعار، وهذا لأن الشفافية في مجال العقود الإدارية الإلكترونية لها أهمية بالغة باعتبارها ضمانا قانونية لحماية الأموال العمومية من الضياع، وكشف مختلف التلاعبات غير المشروعة والإبتعاد عن ساحة الفساد.

ولضمان مبدأ الشفافية، لا بد من تجسيد مبدأ آخر لا يقل أهمية عنه، هو مبدأ العلانية، الذي يشكل أهم صور ضمان تجسيد مبدأ الشفافية، ويكون ذلك من خلال إجراء الإعلان عن العقد الإداري خاصة في صورته الإلكترونية، الذي من خلاله يفتح مجال التعاقد أمام كل من له القدرة والمتطلبات اللازمة لتنفيذ موضوع التعاقد. وقد فصلنا في إجراءاته سابقا، وما يهمنا في هذه النقطة من الدراسة هو مخالفة الإدارة المتعاقدة لإجراءات الإعلان، وبالتالي الإخلال بمبدأي الشفافية والعلانية.

إنطلاقا مما توصلنا إليه في أن العلانية تعتبر مبدأ أساسيا من المبادئ التي تحكم أساليب التعاقد، وأنه إجراء جوهري تشكل القواعد التي تنص على ضرورة الإعلان المسبق عن العقد من قبيل القواعد الآمرة، ويؤدي الإخلال بها إلى وصف الإجراءات التعاقدية بعدم المشروعية²، وهذا ما أكد عليه القانون الفرنسي، والقانونين المصري والجزائري.

ولكي ينتج الإعلان عن العقد آثاره القانونية، يجب أن يأتي في شكله ومضمونه موافقا لأحكام القانون. فما هو الجزاء أو الأثر المترتب على إهدار الإدارة لمبدأ الإعلان في تصرفاتها سواء في شكله أو مضمونه؟

للإجابة على هذا التساؤل نلاحظ أن القضاء الإداري في كل من فرنسا ومصر قد فرق بينما إذا كانت الإجراءات التي تمت مخالفتها جوهرية أو غير جوهرية.

¹ - خلدون عائشة، المرجع السابق، ص. 38.

² - مهند مختار نوح، المرجع السابق، ص. 603.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

فبالنسبة لحالة الإجراءات الجوهرية، فإذا لم يتضمن الإعلان البيانات التي حددها القانون، والتي تتعلق بالمواصفات الفنية أو المواعيد التي حددها القانون لتقديم العروض أو مكان النشر، وكان لتخلف هذه البيانات كلها أو بعضها أثر واضح على عملية تقديم العروض، أو كان من شأنها عدم التقدم بها، فهذه البيانات تعتبر بيانات جوهرية يؤدي تخلفها كلها أو بعضها أو الخطأ فيها إلى عدم تحقق الغاية من الإجراء، مما يعيب إجراءات التعاقد بعبء شكلي يؤدي إلى بطلان قرار لجنة البت بإرساء العقد على عرض معين¹.

ولقد أكد مجلس الدولة الفرنسي على أن جزاء عدم احترام جهة الإدارة قواعد العلانية هو البطلان، معتبرا أن الإجراء التعاقدى المتبع في هذه الحالة معيب في مبدئه نفسه². كما قضى مجلس الدولة المصري ببطلان إجراءات المناقصة في حالة عدم الإعلان عنها، أو عدم صحة البيانات التي وردت في الإعلان، أو إذا لم تحترم الإدارة مواعيد الإعلان، لأن ذلك يمس بمبدأ الشفافية، ومبدأ حرية المنافسة بين كل من يرغب في الإشتراك في هذه المناقصة³. أما بالنسبة لحالة الإجراءات غير الجوهرية، فإنه إذا حدثت مخالفات في نشر الإعلان عن العقد، وثبت أن هذه المخالفات لم تكن لتؤثر على إجراءات التعاقد أو عدد المتقدمين بعروضهم من التعاقد، فإنه يمكن التغاضي عن هذه المخالفات باعتبارها مخالفات غير جوهرية لا تؤثر في موضوع الإجراء⁴.

وهذا ما ذهب إليه اللجنة الثانية لقسم الفتوى لمجلس الدولة المصري إلى بقولها "... ومن حيث أنه ينبغي التمييز بين حالتين الأولى إذا كانت المخالفة في النشر المتمثلة في عدم النشر عن المناقصة العامة في الوقائع المصرية قد أثرت في عدد العطاءات المقدمة في هذه المناقصة بحيث تقدم فيها عدد محدود من المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة، ففي هذه الحالة لا يجوز التجاوز عن مخالفة النشر، ويتعين إلغاء المناقصة وإعادة النشر عنها بما يتفق وصحيح القانون، أما الحالة الثانية وفيها لا تأثر المخالفة في النشر في عدد العطاءات المقدمة في المناقصة، وأنه من المسلمات أن الشكليات التي يتطلبها المشرع ليست - كأصل عام - هدف في ذاتها أو طقوسا لا بد من إتباعها تحتم جزاء البطلان الحتمي، وإنما هي إجراءات للمصلحة العامة

¹ - جابر جاد نصار، المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة الأونيسترال، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996، ص. 52.

² - Didier TRUCHET, Droit administratif, 2^{ème} éd., P.U.F., 2009, p. 27.

³ - فتوى لجنة الفتوى بمجلس الدولة رقم 122، بتاريخ 1988/01/31، جلسة 1988/01/04، ملف رقم 860/09/31 أشار إليه: أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات و المزادات، المجلد الأول، بدون دار نشر، 1996، ص. 83.

⁴ - Didier TRUCHET, o p. cit., p. 28.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ومصلحة المتناقصين على السواء، فإذا تحققت المصلحة التي عني بتأمينها وكان إغفال الإجراء متداركا من سبيل آخر دون مساس بضمانات المتناقصين واعتبارات المصلحة العامة الكامنة فيه، فلا وجه للبطلان، وحيث أن الغاية التي قصدتها المشرع من النشر في الوقائع المصرية والجرائد اليومية هي تحقيق علم أكبر عدد من المشتغلين بنوع النشاط موضوع المناقصة بالأصناف أو الأعمال المطروحة فيها لإتاحة الفرصة أمامهم للتقدم بطلباتهم، فإذا تقدم في المناقصة أكبر عدد من مقدمي العطاءات اثر النشر عنها في الجرائد اليومية دون النشر في الوقائع المصرية، فقد تحققت الغاية المرجوة من النشر، مما يمكن معه التجاوز عن مخالقات النشر....¹.

ونؤيد ما اتجه إليه القضاء الفرنسي والمصري باعتبار أن الإعلان عن العقد يعد عنصرا أساسيا، فإن حصل أي خلل في الإجراءات وكان خلا جوهريا أثر على غاية العقد، فهو يتطلب البطلان وإعادة الإعلان مرة أخرى بشكل ومضمون صحيح وقانوني. أما إذا كان هذا الإعلان مشوبا ببعض المخالفات البسيطة التي تم تداركها، أو لم تؤثر في غايته، فلا وجوب إلى إبطال إجراءات التعاقد ككل، فالإعلان سن لغاية إن حققها تم الأمر، فالمعيار برأينا هو أن الإعلان حقق غايته أم لم يحققها.

وبالإضافة إلى ماسبق، فإن الإخلال بمبدأ الشفافية في إجراءات إبرام العقود الإدارية يخلق جنح المحاباة، التي إمتدت إلى عقود القانون العام، بالنظر إلى ما تنطوي عليه هذه الجريمة من إنشاء للفساد في مجال العقود الإدارية، مما يؤدي إلى إهدار المال العام. وهو ما أدى بالمشرع الجزائري إلى التدخل وضبط هذا الوجه من الإخلال في قانون الوقاية من الفساد ومكافحته²، حيث نص على ضرورة إتخاذ التدابير اللازمة لتعزيز الشفافية والمسؤولية والعقلانية في تسيير الأموال العمومية، من خلال تأسيس الإجراءات المعمول بها في مجال الصفقات العمومية على قواعد الشفافية والمنافسة الشريفة، وعلى معايير موضوعية، وذلك في المادة 9 منه التي أوجبت تكريس القواعد التالية:

- علانية المعلومات المتعلقة بإجراءات إبرام الصفقات العمومية،
- الإعداد المسبق لشروط المشاركة والإنتقاء،

¹ - ملف رقم 26/01/67، جلسة 11 / 09 / 1989، أشار إليه: وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ج. 2، الناشر: المتحدون، إيجيب للإصدارات والبرمجيات القانونية، مصر، د. س. ن، ص. 73-74.

² - القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج.، العدد 14، لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج.، العدد 50، لسنة 2010، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج.، العدد 44، لسنة 2011.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- وضع معايير موضوعية ودقيقة لإتخاذ القرارات المتعلقة بإبرام الصفقات العمومية،
 - ممارسة كل طرق الطعن في حالة عدم إحترام قواعد إبرام الصفقات العمومية.
- وفي الأخير نخلص إلى أن الإخلال بمبدأي الشفافية والعلانية من شأنه أن يخلق كثير من المنازعات في مرحلة الإبرام، فعلى سبيل المثال من شأن مخالفة الإدارة للإجراء الوارد في نص المادة 70 من المرسوم الرئاسي 15-247 المشار إليه سابقا، بضرورة فتح الأظرفة التقنية والمالية في جلسة علنية، وبحضور كافة المتعهدين الذين تم إعلام مسبقا، أن يؤدي ذلك إلى خلق الشك مدى نزاهة الإدارة في عملية إبرام الصفقة، لا سيما أن الواقع العملي أثبت أن هذه الجلسات لا تتم في جلسات علنية.

البند الثاني: الإخلال بمبدأ المساواة.

يتمثل مبدأ المساواة في تحقيق المساواة بين كل المتعهدين حيث تكون المفاضلة بينهم على أساس الكفاءة و القدرة المالية.

ونظرا لأهمية هذا المبدأ، نصت التشريعات المقارنة لإبرام العقد الإداري على وجوب إلتزام الإدارة به عند إختيارها للمتعاقدين معها. فقد جرم المشرع الفرنسي في المادة 432-14 من قانون العقوبات والتي أحالت إليها المادة 10 من القانون رقم 127-1995 المؤرخ في 8 فيفري 1995 المعدل والمتمم¹، أي سلوك من جانب العاملين في الإدارة، من شأنه منح أفضلية غير مبررة شرعا لأحد المتنافسين دون غيره أثناء إبرام عقود التوريد، وذلك بشكل مخالف للقوانين واللوائح المنظمة لمبدأ المساواة².

وفي الجزائر فقد أكد المرسوم الرئاسي رقم 15-247 كما سبق وأن وضعنا، على ضرورة احترام مبدأ المساواة في معاملة المترشحين وشفافية الإجراءات ضمن احترام أحكام هذا المرسوم³. ويظهر الإخلال بهذا المبدأ أثناء استعمال المصلحة المتعاقدة وسائل التمييز بين متعامل وآخر، أو أن تقوم بقبول العروض المقدمة لها من طرف المتنافسين بدون تأمين بالنسبة لمتنافسين معينين، بينما تلزم المتعهدين الآخرين بتقديم التأمين⁴. وفي حالة إخلال المصلحة المتعاقدة بهذا

¹- Loi n° 95-127 du 8 février 1995, relative aux marchés publics et délégations de service public, J.O.R.F. n°34 du 9 février 1995.

²-Pour plus de details, Voir Dominique LE GOUPE, La meilleure offre dans les marchés publics, les éditions d organisation, 1997, p. 143.

³- أنظر المادة 5 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، سابق الإشار إليه.

⁴- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق- جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013-2014، ص. 72.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المبدأ، فإنه يمكن أن تنشأ منازعة بشأنه، ويحق للمتعهد المتضرر أن يرفع دعوى على المصلحة المتعاقدة أمام الجهة الإدارية المختصة.

فرغم أهمية هذا المبدأ، إلا أنه يعد أكثر المبادئ عرضة للانتهاك من خلال ما مايقوم به البعض من تصرفات إحتيالية على المستوى العملي، والتي ثبت فيها تواطؤ كل من موظفي المصالح المتعاقدة والمتعاملين على حد سواء، وهو ما أدى إلى أن تكون مرحلة إبرام العقود الإدارية مجالا خصبا لجرائم الرشوة والمحاباة، وجعل المشرع يتدخل ليتصدي لها بعدة وسائل قانونية منها ماجاء في نص المادة 94 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المشار إليه سابقا، من منع لكل الأفعال التي يكون القصد من ورائها تمكين صاحب صفقة من الإطلاع على بعض المعلومات التي يمكن أن تمنحه امتيازاً عند المشاركة في صفقة عمومية أخرى، إلا إذا أثبت أن المعلومات التي بحوزته لا تخل بمبدأ حرية المنافسة، وفي هذه الحالة على المصلحة المتعاقدة أن تثبت أن المعلومات الواردة في دفتر الشروط تبقي على المساواة بين المترشحين.

كما اشترط المشرع في معرض تحديده للوثائق التي يقدمها المترشحون في الصفقة تقديم وثيقة تسمى إكتتاب بالتصريح بالنزاهة، يتعهد فيها المترشح عموماً بالإمتناع عن اللجوء لأي من الأساليب الممنوعة من أجل الحصول على صفقة أو عقد أو ملحق عند التحضير أو التنفيذ¹، بالإضافة إلى إنشاء سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، حيث تم تكليفها طبقاً لنص المادة 88 بإعداد مدونة بأدبيات وأخلاقيات المهنة للأعوان العموميين المتدخلين في مراقبة وإبرام وتنفيذ الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام، يوافق عليها الوزير المكلف بالمالية، حيث يلزم الأعوان العموميون المذكورون على الإطلاع على المدونة والتعهد بموجب تصريح بإحترامها.

لكن مايمكن أن نقوله في الأخير أنه رغم الحماية التي كرسها المشرع لهذا المبدأ، والهادفة إلى القضاء على الإنتهاكات التي تتم على مستوى عمليات إبرام الصفقات العمومية، لضمان المحافظة على المال العام، إلا أنه تبقى غير كافية بسبب مايعرفه واقع إبرام صفقات الدولة من تجاوزات قانونية سواء من طرف موظفي الإدارة أو من طرف المتعاقدين معها.

البند الثالث: الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة.

يقتضي هذا المبدأ منح الفرصة لكل من تتوفر فيهم شروط من المقاولين والموردين المنتمين للمهنة التي تختص بنوع النشاط الذي ترمي الإدارة المتعاقدة إنجازه، أن يتقدموا بعروضهم

¹ - أنظر المادة 76 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 سابق الإشارة إليه.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

بقصد إختيار أحسن عرض، حيث لا يجوز لها أن تبعد أيا من الراغبين في التعاقد والمنتمين إلى هذه المهنة من الإشتراك في الإجراء التعاقدى¹. وهو يعتبر أحد الركائز الأساسية لنجاعة الطلبات العمومية لما يتضمنه من تعدد في العروض والخيارات، الأمر الذي يسمح بالاستعمال العقلاني للمال العام.

إلا أن هذا المبدأ لا يستبعد سلطة الإدارة المتعاقدة في تقدير صلاحيات المتعهدين وكفاءاتهم على نحو ما يخدم المصلحة العامة، إنما لها سلطة تقديرية في استبعاد الأشخاص غير الأكفاء في التعاقد في كافة مراحل العملية التعاقدية، بشرط أن يكون ذلك بنصوص قانونية أو شروط تضعها المصلحة المتعاقدة بنفسها²، أو في الحالات المنصوص عليها في القانون³. فمثلا لا يمكن للمصلحة المتعاقدة أن تمنع أحد المتعهدين من تقديم عرضه الإلكتروني طالما توفرت فيه الشروط القانونية لذلك، أو تقوم بتفضيل أحد المترشحين على حساب الآخرين. وفي حالة قيام المصلحة المتعاقدة بهذا الأمر، فإن ذلك سيؤدي إلى نشوء منازعة بين المصلحة المتعاقدة والمترشحين المتضررين من الإجراء الذي قامت به، إلا إذا كان هذا الاستبعاد وفق ماقرره القانون حماية للمصلحة العامة.

ففي فرنسا أشار المشرع في المرسوم رقم 2006- 975 المشار إليه في عدة نصوص إلى ضرورة تقيد المصلحة المتعاقدة بإحترام المنافسة الحرة. ولعل أهم هذه النصوص، والتي تهمنا في الدراسة نص المادة 54 من نفس المرسوم، التي نصت على عدم جواز لجوء الإدارة المتعاقدة إلى المزاد الإلكتروني بطريقة تعسفية وغير صحيحة، أو على النحو الذي يمنع أو يقيد أو يشوه المنافسة أو بطريقة تعدل و تغير موضوع العقد⁴.

¹ - قذوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006، ص. 223.

² - قذوح حمامة، نفس المرجع، ص. 224 وما بعدها.

³ - أنظر المادة 75 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 سابق الإشارة إليه.

⁴ - Art. n° 54 du Décret n° 2006- 975, Précité. « I.-Une enchère électronique est une procédure de sélection des offres réalisée par voie électronique et permettant aux candidats de réviser leurs prix à la baisse et de modifier la valeur de certains autres éléments quantifiables de leur offre.

II.-Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique que pour les marchés de fournitures d'un montant supérieur aux seuils de procédure formalisée définis à [l'article 26](#). Le pouvoir adjudicateur ne peut recourir à l'enchère électronique de façon abusive ou de manière à empêcher, restreindre ou fausser la concurrence ou de manière à modifier l'objet du marché.

III.-L'enchère électronique porte sur le prix, sur d'autres critères quantifiables ou à la fois sur le prix et d'autres critères quantifiables.

Elle intervient après une première évaluation complète des offres permettant que leur classement puisse être effectué sur la base d'un traitement automatisé.

IV.-Le pouvoir adjudicateur qui décide de recourir à une enchère électronique en fait mention dans l'avis d'appel public à la concurrence.

Les documents de la consultation comportent, au moins, les informations suivantes :

- 1° Les éléments quantifiés des offres sur lesquels porte l'enchère électronique ;
- 2° Le cas échéant, la variation minimale de ces éléments ;
- 3° La nature des informations qui seront communiquées aux candidats au cours de l'enchère électronique et le moment où elles le seront ;
- 4° Les informations pertinentes sur le déroulement de l'enchère électronique, notamment les conditions dans lesquelles les candidats pourront enchérir et les écarts minimaux qui, le cas échéant, seront exigés ;
- 5° Les informations pertinentes sur le dispositif électronique utilisé et sur les modalités et spécifications techniques de connexion ;
- 6° La durée de l'enchère.

V.-L'enchère électronique commence après que les offres ont été évaluées au regard des critères ne faisant pas l'objet de l'enchère.

Tous les candidats ayant présenté des offres qui n'ont pas été écartées au motif qu'elles sont inappropriées, irrégulières ou inacceptables sont invités simultanément par voie électronique à participer à l'enchère en présentant de nouveaux prix ou de nouvelles valeurs.

Lorsque le choix de l'attributaire du marché n'est pas fondé sur le seul critère du prix, l'invitation adressée à chaque candidat est accompagnée du résultat de l'évaluation de son offre réalisée en application du premier alinéa.

L'invitation mentionne également la formule mathématique qui déterminera lors de l'enchère électronique les reclassements automatiques en fonction des nouveaux prix ou des nouvelles valeurs présentés. Cette formule intègre la pondération de tous les critères fixés dans l'avis d'appel public à la concurrence ou dans les documents de la consultation pour déterminer l'offre économiquement la plus avantageuse.

Dans le cas où des variantes sont autorisées, des formules sont fournies séparément pour chaque variante.

VI.-L'enchère électronique peut se dérouler en plusieurs phases dans des conditions précisées dans les documents de la consultation. Elle ne peut débiter moins de deux jours ouvrables après la date d'envoi des invitations.

VII.-Les candidats sont informés instantanément de leur classement ou du résultat de la meilleure offre. Ils peuvent également être informés du nombre de candidats à l'enchère et, si les documents de la consultation le prévoient, des prix et valeurs proposés par les autres candidats. Cependant, en aucun cas, l'identité des candidats ne peut être divulguée pendant le déroulement des phases de l'enchère électronique.

VIII.-Le pouvoir adjudicateur clôt l'enchère électronique selon l'une des modalités suivantes :

- 1° Aux date et heure fixées dans l'invitation à participer à l'enchère ;
- 2° Lorsqu'il ne reçoit plus de nouvelles enchères dans les conditions prévues par l'invitation à participer à l'enchère ;
- 3° Lorsque toutes les phases de l'enchère, prévues dans l'invitation à participer à l'enchère, ont eu lieu.

IX.-Après la clôture de l'enchère électronique, le marché est attribué conformément au I de [l'article 53](#), en fonction des résultats de l'enchère électronique et sous réserve que le candidat dont l'offre est retenue produise les certificats et attestations mentionnés aux I et II de [l'article 46](#), dans les conditions fixées par le III du même article. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

كما أقر مجلس الدولة الفرنسي بأن وضع مواصفات بصورة أكثر تعقيدا مما هو مفترض في التوريدات محل العقد، من شأنه أن يؤدي إلى حصر المشاركة في المنافسة على موردين بذواتهم تتوافر لديهم هذه التوريدات، وتمنع آخرين من ولوج باب التنافس، وهذا مايشكل في ذاته إهدارا لالتزام الإدارة بحماية الشفافية والمنافسة¹.

وقد تظن المشرع الفرنسي لأهمية هذا المبدأ مبكرا، ولأجل مراقبة مدى إلتزام الهيئات والأفراد داخل الدولة بممارسة مبدأ المنافسة خاصة داخل السوق المشتركة، والوقوف على الأعمال المخالفة لهذا المبدأ، أصدر في سنة 1986 قانون ينظم حرية الأسعار والمنافسة². الذي أنشأ بموجبه سلطة إدارية إقتصادية تحت مسمى مجلس المنافسة مهمتها السهر على إحترام المنافسة الحرة، حيث تحظر المادة 7 منه أي إتفاقات قد تضر بمبدأ المنافسة الحرة.

وفي الجزائر أحاط المشرع مبدأ المنافسة الحرة في مجال التعاقد الإداري بنفس الحماية مقرر في التشريع الفرنسي، وكان ذلك بموجب قانونين هما قانون الصفقات العمومية، وقانون المنافسة³، وعلى الرغم أن قانون المنافسة يتعلق بالنشاط الإقتصادي، إلا أنه له علاقة بالصفقات العمومية، من حيث تناوله لمبدأ حرية المنافسة في مجال الصفقات العمومية، حيث نص ذات القانون على أن يطبق القانون المتعلق بالمنافسة إضافة للنشاط الإقتصادي على الصفقات العمومية من الإعلان عن المنافسة إلى غاية المنح النهائي للصفقة⁴.

وإضافة إلى ماسبق، فقد تدخل المشرع في قانون العقوبات وجرم كل تعرض لعرقلة حرية المزايدات والمناقصات، والإخلال بها بطريق التعدي أو العنف أو التهديد، وسواء كان الإجراء يتعلق بالملكية، أو حق الإنتفاع، أو تاجير الأموال العقارية، أو المنقولة، أو التوريدات، أو الإستغلالات، أو أية خدمات أخرى، أو يشرع فيها، وسواء كان ذلك قبل الإجراء أو في مرحلة الإبرام أو أثناء التنفيذ. ونفس الأمر بالنسبة لمن يبعد المزايدين أو يحد من حرية المزايدة أو المناقصة، أو يشرع في ذلك سواء بطريق الهبات أو الوعود أو بالإتفاقات أو الطرق الإحتيالية، وكل من يتلقى هذه الهبات أو قبل هذه الوعود⁵.

¹- C. E. 3. 11. 1995, ste district de l agglomération nancéienne, R.F.D.A., 1995, p. 1077.

²- Ordonnance n° 86-1243 du 1 décembre 1986, relative à la liberté des prix et de la concurrence, J.O.R.F. du 9 décembre 1986.

³- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 43، لسنة 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 أوت 2008، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 36، لسنة 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 46، لسنة 2010.

⁴- أنظر المادة 2 من القانون رقم 10-05، المتعلق بالمنافسة، سابق الإشارة إليه.

⁵- أنظر المادة 175 من الأمر رقم 66-156 المؤرخ في 8 أوت 1966، المتضمن قانون العقوبات المعدل والمتمم.

الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بإجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

قد يعتري العقد قبل الشروع في مرحلة تقديم العروض نزاع بشأن دفاتر الشروط، إذا تمت مخالفة المبادئ العامة للعقود الإدارية، كطبع عدد محدود من دفاتر الشروط، أو منع المهتمين من الدخول لسحب دفتر الشروط، أو خلق عراقيل تصعب عليهم ذلك، أو رفع أسعار سحب دفاتر الشروط بطريقة غير موضوعية مقارنة بموضوع العقد، أو تحديد مدة غير مناسبة لسحب دفتر الشروط، أو تعديل محتوى دفتر الشروط بعد عمليات السحب دون إعلام من سبق لهم وأن سحبوا الدفاتر من قبل.

وبالإضافة إلى المنازعات السابقة الناتجة عن الإخلال بالمبادئ الأساسية لإبرام العقد الإداري، توجد أيضا منازعات أخرى لا تقل أهمية عن الأولى، خاصة في العقد الإداري بشكله الإلكتروني الذي يبرم بإستعمال وسائل إلكترونية، فهناك إمكانية نشوء منازعة بسببه، وتتمثل هذه المنازعات في المنازعات المتعلقة بتقديم طلبات العروض إلكترونيا (بند أول)، المنازعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني وبالقرصنة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية (بند ثاني)، منازعات إثبات الصفقة العمومية (بند ثالث).

البند الأول: المنازعات المتعلقة بتقديم طلبات العروض إلكترونيا وتقييمها.

تقوم المصلحة المتعاقدة عند إعلانها عن نيتها التعاقد وفق إجراء معين بتحديد المدة التي يتم فيها إرسال العروض من طرف المتعهدين، لكن قد يحدث وأن يقوم أحد المتعهدين بإرسال طلب العروض عند انتهاء هذه المدة، أين يعتبر طلب العروض في هذه الحالة كأنه لم يرسل إطلاقاً¹.

لكن فيما يخص العقد الإداري الإلكتروني، فإنه يمكن أن تثار منازعة حول العرض الذي يتم إرساله قبل انتهاء المدة المحددة لتقديم العروض، ولكن وصوله كان بعد إنتهاء المدة نتيجة لخلل في شبكة المعلومات، هذا باعتبار أن طلبات العروض يتم تقديمها إلكترونيا.

كما يمكن أيضا أن تثار منازعة حول العرض الذي يحمل فيروسا، ففي هذه الحالة عندما تكتشف المصلحة المتعاقدة فيروسا في العرض، تطلب من المتعهد القيام بإرسال آخر للعرض، كما يمكن للإدارة أيضا أن تكتشف فيروسا في الوثائق المتعلقة بالعرض. ففي هذه الحالة تطلب من المتعهد أن يرسل نسخة بديلة، وفي حالة إرساله للنسخة وكانت تحمل فيروسا، تحاول المصلحة المتعاقدة إصلاح العرض أو النسخة البديلة، وإذا لم تنجح في ذلك يعتبر هذا العرض

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني، ط. 2، دار الفكر الجامعي، مصر، 2011، ص. 161.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أو النسخة البديلة ملغاة¹، وفي هذه الحالة يمكن أن تثار منازعة حول هذا العرض، حيث يمكن للمتعهد الذي رفض عرضه أن يرفع دعوى ضد المصلحة المتعاقدة.

كما يمكن أن يكون الحاسوب المستعمل بحد ذاته يحمل فيروسا، والذي يعرف على أنه برنامج يتسم بقدرة تدميرية و وظائف تجريبية كالإتلاف والتعديل والنسخ والحذف، وهو يهدف إلى إحداث أكبر ضرر بنظام الحاسوب المستخدم من طرف الجهة المتعاقدة، والمتعهد، وأي نظام آخر يتصل به في أي مكان في العالم²، كحالة قيام الفيروس بإخفاء العرض المقدم من طرف المتعهد، فيحق له الرجوع على المصلحة المتعاقدة برفع دعوى ضدها ومطالبتها بالتعويض³.

كذلك يمكن حصر المنازعات الناتجة عن عمليتي تقديم العروض وتقييمها فيما يلي :

- قبول عروض متأخرة عن الآجال المحددة لتقديم العروض،
- الفتح المسبق للأظرفة الخاصة بالعروض،
- وضع عراقيل لحضور المعارضين لجلسات فتح الأظرفة، عن طريق تغيير ساعة ومكان جلسة الفتح، أو القيام بالفتح خارج أوقات العمل أو في أيام العطل،
- قبول المصلحة المتعاقدة لعرض دون التأكد من أن المتعامل المختار لا يقع تحت طائلة العقوبات، وحالات الإقصاء المنصوص عليها في التنظيم،
- رفض أحد العروض دون تقديم مبرر،
- إلغاء أو توقيف الإجراء التعاقدى المعلن عنه نهائيا ودون مبررات.

ومن الأمور التي عادة ما يثور بشأنها نزاع في مجال إبرام العقود الإدارية، الإجراء الذي جاء في نص المادة 65 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المشار إليه سابقا والمعروف بإجراء المنح المؤقت، الذي يعتبر إجراء إعلاميا إجباريا عن طريقه تخطر الإدارة المتعاقدة باقي المتعهدين وكافة الجمهور بإختيارها المؤقت لمتعاقد ما بإعتبار أنه حصل على أعلى تنقيط فيما يخص العرض المالي والتقني، حيث قيد المشرع الإدارة بضرورة تضمين إعلان المنح المؤقت مجموعة من البيانات التي تبرز عموما إختيار الإدارة للفائز المعلن عنه.

¹ - أنظر المادة 07 من القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 المحدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية و كيفية تسييرها و كيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، سابق الإشارة إليه.

² - محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007، ص. 242.

³ - محمد حسين منصور، نفس المرجع، ص. 247.

فيما بينت المادة 82 من نفس المرسوم إجراءات الطعن في إجراء المنح المؤقت للصفقة وحددت آجال ذلك، وهي 10 أيام من تاريخ أول نشر لإعلان المنح المؤقت للصفقة في النشرة الرسمية لصفقات المتعامل العمومي، أو في الصحافة الوطنية أو في بوابة الصفقة العمومية. لتجتمع لجنة الصفقات المختصة في إجتماع يحضرة ممثل عن المصلحة المتعاقدة بصوت إستشاري للبت في الطعون المقدمة، وتصدر رأيا في أجل 15 يوما ابتداء من تاريخ إنقضاء 10 أيام المذكورة سابقا، ويبلغ هذا الراي للمصلحة المتعاقدة والطاعن، وفي حالة قبول الطعن وتأسيسه، يجب على المصلحة المتعاقدة إجراء التصحيحات اللازمة.

البند الثاني: المنازعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والقرصنة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية.

قد يتعرض التوقيع الإلكتروني إلى اختراق أنظمة المعلومات وكشف شيفرة التوقيع أو الاستيلاء عليه دون موافقة صاحبه أو دون علمه، وهذا ما يسمى بالقرصنة المعلوماتية التي يقوم بها أشخاص محترفون ومتمكنون من مهارات في مجال الحاسوب، وأمن المعلوماتية، حيث يستطيعون السيطرة على أي نظام معلوماتي والتحكم فيه حسب أهوائهم، ومن بين العمليات التي يقوم بها هؤلاء القرصنة نجد السيطرة على النظام المعلوماتي للموقع من خلال قرصنة الرمز السري، أو المفتاح الخاص في حالة التوقيع الرقمي، ويقوم باستعماله لصالحه. كما يمكن أن يحتفظ أيضا المرسل إليه بنسخة من صورة التوقيع الذي وصله من الموقع الأصلي ليقوم بإعادة وضعها على أية وثيقة أخرى محررة إلكترونيا ويدعي أن واضعها هو صاحب التوقيع الأصلي¹. وفي هذه الحالة يحق للمتعامل المتعاقد المتعدي عليه أن يرفع دعوى قضائية يطالب فيها بالكف عن التعدي على خصوصياته، وأيضا الحق في المطالبة بالتعويض عن الضرر الذي لحقه².

فرغم الأمان والدقة التي يتمتع بهما التوقيع الإلكتروني، لكن هذا لا يعني أنه لا يخلو من المخاطر، حيث أنه يمكن تزويره، فقد أثبت الواقع مثلا إمكانية تزوير حتى بصمة العين بتقليدها عن طريق وضع بعض أنواع العدسات، أو أن تخضع الذبذبات الصوتية أو الصورة للنسخ وإعادة الاستخدام مما يفقدها الأمان والسرية.

¹ - خالد ممدوح إبراهيم، المرجع السابق، ص. 255.

² - حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015، ص. 213.

كما يمكن أن تنشأ منازعة بسبب خطأ في برنامج التوقيع الإلكتروني أين يمكن أن يحتوي على أخطاء في طريقة عمله تؤثر على الثقة في هذا التوقيع، ومدى قدرته في تحقيق الدور المكلف به¹. وبالإضافة إلى هذا يمكن أن تثور منازعة حول حجية التوقيع الإلكتروني، وفي هذه الحالة يتوجب على الموقّع إثبات توقيعه بكونه معداً ومحفوظاً في ظروف سلمية وأمنة، وقد سبق التفصيل في هذا الأمر، لكن في كل الحالات تعود السلطة التقديرية للقاضي في تقدير حجية التوقيع الإلكتروني.

كما يمكن أن تثار منازعة حول إستغلال توقيع لشخص متوفي، ففي هذه الحالة يمكن أن يمهر المحرر الإلكتروني بالتوقيع الإلكتروني لهذا الشخص المتوفي، وعليه لابد من التأكد من أن التوقيع صادر عن صاحبه فعلاً. وفي حالة وفاة صاحب التوقيع الإلكتروني يجب إعلام ذلك لضابط الحالة المدنية أو الهيئة المكلفة بخدمات التوقيع الإلكتروني، فتوقف شهادة التوقيع الإلكتروني فوراً، ولا يمكن الأخذ به بعد ذلك، باستثناء التصرفات السابقة عن تاريخ الوفاة.

وكل هذه المخاطر تؤدي إلى نشوء نزاعات بين المصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد معها التي يجب تسويتها إما باللجوء إلى وسائل التسوية الودية أو اللجوء إلى القضاء من خلال عرض النزاع على الجهة القضائية المختصة، أو على التحكيم في حالة وجود إتفاق بين الأطراف العقد على ذلك.

البند الثالث: منازعات إثبات العقد الإداري الإلكتروني.

سبق وأن رأينا أن معظم التشريعات المقارنة قد إنققت على منح نفس القوة الثبوتية لكل من الدليل الورقي والدليل الإلكتروني، وهذا ما يمكن أن يؤدي إلى ظهور منازعة حول إثبات العقد الإداري الإلكتروني. فمثلاً قد يحتج أحد طرفي العقد بالمحرر الورقي كدليل لإثباته، بينما يحتج الطرف الثاني بالمحرر الإلكتروني لإثبات العقد الإداري الإلكتروني، حيث يكون هذين المحررين متعارضين، كما يمكن أن يكون هناك محررين يتعلقان بنفس موضوع العقد أحدهما إلكتروني وآخر ورقي، على أن يتضمن أحدهما بيانات تخالف البيانات الواردة في المحرر الآخر، مما يؤدي إلى نشوء نزاع بين هذين المحررين².

¹ - سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008، ص. 451.

² - بلقنشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الإنترنت البريد المرئي -دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011، ص. 96.

وحتى يمكن تصور التنازع يجب أن يحقق المحرر الإلكتروني نفس وظائف المحرر الورقي حتى يكونا متعادلين في الحجية، وفي هذه الحالة ينشأ نزاع حول أي محرر يتم الاعتراد به في الإثبات¹.

فرغم أن المشرع الجزائري لم يضع حل لهذه المشكلة، لكن يمكن أن نقول أنه يمكن أن نحدو في نفس اتجاه المشرع الفرنسي الذي سبق التفصيل فيها، والذي يعتمد على حلين لهذا النزاع، الحل الأول في حالة اتفاق الطرفين حول الدليل الذي يعتد به في الإثبات، فهنا يتم الاعتراد بالدليل الذي اتفقا عليه، أما الحالة الثانية، وهي في حالة عدم وجود اتفاق بينهما، هنا يتم الإعتماد على مبدأ مصداقية الدليل، أين تعود السلطة التقديرية للقاضي في تحديد الدليل الذي يتم الاعتراد به في الإثبات، من خلال الأخذ بالدليل الأكثر مصداقية، وهذا مع ضرورة كون المحرر الورقي غير مزور.

المطلب الثاني: آليات تسوية المنازعات في العقد الإداري الإلكتروني.

بما أن الغاية من لجوء التشريعات للإعتراف بإمكانية إبرام العقود الإدارية الإلكترونية هو تسهيل إجراءات التعاقد وتبسيطها مما ينعكس إيجابا على تحقيق المصلحة العامة، فإن كل نزاع ينشأ بشأنها يؤدي إلى عرقلة تحقيق هذه المنفعة العامة، ما أدى بالتشريعات المقارنة للعمل على إيجاد آليات لتسوية هذه النزاعات الناشئة بسبب إبرام العقد الإداري بشكله الإلكتروني. ويبدو أن التطور الذي عرفه مجال القضاء من خلال اعتماده على إجراءات طويلة ومعقدة قد عرقل مصالح بعض الفئات، أولا يتلاءم وطبيعة بعض المجالات، جعل بعض البدائل تأخذ مكانه باعتبارها قادرة على أن تتجاوز تعقيداته، وتستطيع التلاؤم مع بعض القضايا التي تحتاج إلى كثير من السرعة، بل قد تخرج عن دائرة القضاء الوطني الذي يعتبر رمزا من رموز السيادة في الدولة الحديثة.

فالتزايد الكبير في استخدام تكنولوجيا المعلومات في الميدان إبرام العقود، إن على صعيد القانون الخاص أو على صعيد القانون العام، أصبح يشكل ظاهرة عالمية نتيجة التبادل الإلكتروني للمعطيات بين الإدارة والأفراد، مما أدى إلى تنوع المعاملات الإدارية الإلكترونية وتطورها، وبالمقابل تطور أسباب النزاعات بين مستخدمي هذه التقنية وكذا سبل فضها.

وفي هذا الإطار، فإن استخدام شبكات الإتصال الإلكتروني في إنجاز المعاملات الإدارية يثير العديد من الإشكالات في القانون، إذ من الطبيعي أن تثار نزاعات بين أطراف هذه العقود

¹ - حوحو يمينة، المرجع السابق، ص. 231.

تبتدأ بمحالة التسوية الودية، وفي حالة فشلها يبدأ أطرافها في محاولة تحديد الإختصاص القضائي، والذي يتطلب البحث عن بدائل جديدة تستجيب لخصوصيات البيئة الرقمية، والبحث المحكمة المختصة في حل النزاع، ومدى قدرة قواعد التحكيم الإلكتروني في التدخل لتحكم هذا النوع من العقود باعتبارها من أهم وسائل حسم المنازعات في الوقت الحالي.

وهو ماسنوضحه من خلال هذا المطلب، الذي سوف نقوم بتقسيمه إلى فرعين، يتناول الفرع الأول التسوية الودية والقضائية لمنازعات العقود الإدارية الإلكترونية، فيما سيتطرق الفرع الثاني للطرق البديلة لتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية، وسنركز على إجرائي الوساطة والتحكيم الإلكترونيين.

الفرع الأول: التسوية الودية والقضائية لمنازعات العقد الإداري الإلكتروني.

نظرا للأثار السلبية الناتجة عن منازعات العقود الإدارية الإلكترونية من تعطيل للمرفق العام، وهدر للمال والوقت، حاولت التشريعات وحرصت على تسوية هذه المنازعات بأسهل الطرق من خلال تبني فكرة التسوية الودية للمنازعات الناشئة عن التعاقد الإداري الإلكتروني (بند أول)، ثم في حالة فشل التسوية الودية، يتم اللجوء إلى التسوية القضائية (بند ثاني). وهذا ما سيتم عرضه في هذا الفرع.

البند الأول: التسوية الودية كإجراء إلزامي أمام الجهات المختصة.

زادت أهمية التسوية الودية في مجال منازعات العقود الإدارية بصفة عامة والإلكترونية بصفة خاصة في الوقت الحاضر سواء على الصعيد الداخلي، من خلال قدرة هذا الإجراء على إيجاد حل سريع وجذري للمنازعة القائمة بين طرفي العقد، وبالتالي تنفيذه في أحسن الظروف، أو على الصعيد الخارجي بجلب الإستثمارات الأجنبية وتشجيعها، ذلك أن وضع القانون لآليات فعالة لفض المنازعات التي تنشأ في مجال إبرام وتنفيذ العقود الإدارية الإلكترونية، وفق إجراءات مضبوطة، يؤدي إلى زرع الثقة والطمأنينة في نفوس المستثمرين للمحافظة على حقوقهم وأموالهم في حالة نشوب نزاع.

ويقصد بالتسوية الودية للمنازعات بأنها " مجموعة الوسائل والتدابير التي يسمح القانون والتنظيم بإتخاذها، وبيئتها للأطراف المتنازعة لتسوية النزاعات بينهم، دون الحاجة للقضاء، مثل

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

التظلم والطعن الإداري بأنواعه، أو أي وسيلة رضائية أخرى يحدد القانون ويضبط إجراءاتها للمتازعين بوضع حد نهائي للنزاع القائم بينهما¹.

وبالنظر إلى ما يوفره التظلم الإداري من تقليل للمنازعات الإدارية كونه ضابط لأعمال المصلحة المتعاقدة من حيث المشروعية الإدارية، حرص المشرع على توفير إمكانية فض جانب من المنازعة الإدارية المتعلقة بإبرام العقد الإداري داخل الجهاز الإداري ذاته، وفتح المجال أمام إمكانية التظلم في بعض القرارات الإدارية التي يمكن أن تؤدي دورا مهما على نحو يقلل قدر المستطاع من اللجوء إلى القضاء، وهذا من شأنه تحقيق الغاية من إستعمال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقد الإداري، وهي تبسيط إجراءات التعاقد، والمحافظة على الوقت والجهد والمال.

فإعطاء الإدارة المجال لإعادة النظر في قراراتها غير المشروعة، وتصحيح الأوضاع القانونية التي يسببها القرار غير المشروع، هو طريقة لتسوية المنازعات بينها -الإدارة- وخصومها تسوية ودية، من خلال السماح بتبادل وجهات نظر كل من طرفي النزاع، ومحاولة إنهاء الخلاف بينهما، عن طرق توضيح كل طرف الأسباب التي تملّي تصرف الطرف الثاني، مما يؤدي إلى تقليل فرص الصدام بين الفرد والإدارة، وإظهار الإدارة في حالة قبولها التظلم بمظهر من يحترم القانون، ويعمل أحكامه، حتى لو كان ذلك عن طريق سحبها لقرار أصدرته. ففي ذلك إعلاء لشأن الإدارة لدى الأفراد، وإستشعارهم لحسن النية في تعاملهم معها.

ويعرف التظلم الإداري بأنه " عدم رضا صاحب الشأن بالقرار الذي علم به بواسطة النشر أو الإعلان أو العلم اليقيني، فيبادر بكتابة هذا على شكل تظلم ويرسله إلى الإدارة مصدره القرار أو لرئيسها طالبا إعادة النظر فيه أو سحبه أو إلغائه"².

وتجدر الإشارة إلى أنه لسنا بصدد معالجة القواعد العامة للتظلم الإداري، وإنما ما يهمنا في مجال الدراسة هو حقوق التظلم الإداري المنصوص عليها في مجال العقود الإدارية.

ففي فرنسا أجاز القانون الصادر في 31 ديسمبر 1987 والمتعلق بإصلاح المنازعات القضائية الإدارية³، في المادة 13 منه على خضوع المنازعات العقدية المتعلقة بالدولة،

¹ - هناء العملي، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهد القضائي المغربي، ط. 1، الرباط، المغرب، طوب بريس، 2010، ص. 9.

² - محمد إبراهيم خيري الوكيل، التظلم الإداري في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، مصر، 2012، ص. 17.

³ - Loi n° 87-1127 du 31 décembre 1987, portant réforme du contentieux administratif, J.O.R.F. du 1 janvier 1988.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

والجماعات الإقليمية ومؤسساتها العامة، في كافة الأعمال التي تؤدي إلى مسؤوليتها العقدية لمراجعة الإدارة أو إجراء التوفيق قبل أي قضية قضائية أو تحكيمية.

كما نصت المادة 127 من قانون العقود العامة الفرنسي لسنة 2006 الصادر بموجب المرسوم رقم 2006-975 المشار إليه سابقا على إمكانية لجوء الجهات المتعاقدة وأصحاب العقود العامة إلى اللجان الاستشارية للتسوية الودية للمنازعات أو المنازعات المتعلقة بالعقود العامة، بموجب شروط يحددها مرسوم.

وتتمثل مهمة هذه اللجان في إيجاد عناصر القانون بهدف التوصل إلى حل ودي ومنصف، ويتم تحديد تكوين وتنظيم وإجراءات عمل اللجان الاستشارية، ولا سيما الصلاحيات المحددة لرؤسائها، بموجب مرسوم¹.

نفس الأمر أكد عليه المشرع الفرنسي في المرسوم رقم 2016-360 المشار إليه سابقا بموجب نص المادة 142².

¹- Art. n° 127 du Décret n° 2006-975, portant code des marchés publics, Précité, « Les pouvoirs adjudicateurs et les titulaires de marchés publics peuvent recourir aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret.

Ces comités ont pour mission de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

La saisine d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions.

La saisine du comité suspend les délais de recours contentieux jusqu'à la décision prise par le pouvoir adjudicateur après avis du comité.

La composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs, notamment les pouvoirs propres de leurs présidents, sont fixés par décret. ».

² - Art. n° 143 du Décret n° 2016-360, relatif aux marchés publics, Précité, « En cas de différend concernant l'exécution des marchés publics, les acheteurs et les titulaires peuvent recourir au médiateur des entreprises ou aux comités consultatifs de règlement amiable des différends ou litiges relatifs aux marchés publics dans des conditions fixées par décret. Les comités consultatifs de règlement amiable ont pour missions de rechercher des éléments de droit ou de fait en vue d'une solution amiable et équitable.

Le médiateur des entreprises agit comme tierce partie, sans pouvoir décisionnel, afin d'aider les parties, qui en ont exprimé la volonté, à trouver une solution mutuellement acceptable à leur différend.

La saisine du médiateur des entreprises ou d'un comité consultatif de règlement amiable interrompt le cours des différentes prescriptions et les délais de recours contentieux jusqu'à la notification du constat de clôture de la médiation ou la notification de la décision prise par l'acheteur sur l'avis du comité.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وبالذهاب إلى المشرع المصري نصت المادة 180 من اللائحة التنفيذية للقانون رقم 182 لسنة 2018 المشار إليها سابقا، على ضرورة بدل طرفي العقد والجهة الإدارية على وجه الخصوص أقصى جهد لحل النزاع الناشئ بينهما وديا قبل اللجوء إلى فسخ العقد من جانب الجهة الإدارية، كما يتعين عليها قبل ذلك القيام بمايلي:

- فحص شروط العقد بكل دقة وإتخاذ الحل المناسب،
 - قيام إدارة التعاقدات بإعداد تصور عن موضوع الخلاف، وتقديم رأي فني ومالي وقانوني للسلطة المختصة، ويجوز لها الإستعانة بإستشاري متخصص للمساعدة في دراسة الخلاف وتقديم الرأي،
 - تسوية الخلافات التي تنشأ بالطرق الودية بما لا يخل بحقوق والتزامات طرفي العقد، وإذا ترتب على التسوية الودية أي أعباء مالية فيجب الإتفاق عليها وعرضها على السلطة المختصة للموافقة عليها بعد تقديم كافة المستندات والمبررات لتسوية الخلاف.
- أما في الجزائر وبالضبط أحكام المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المشار إليه سابقا، نجد أنه من المفيد الإشارة إلي ماتضمنه الباب الرابع تحت مسمى "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام والإحصاء الإقتصادي للطلب العمومي"، في قسمه الأول المعنون بـ "سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام"، والذي تضمن المادة 213 المشار إليها سابقا.

وتعتبر هذه السلطة هيئة وطنية لتسوية المنازعات، مايرز إهتمام المشرع بأمر المنازعات، حيث تصدر هذه الهيئة في شأن المنازعات التي تعرض عليها رأيا يوجه إلى المصلحة المتعاقدة وهيئات الرقابة ولجان الصفقات العمومية والمتعاملين الإقتصاديين على حد سواء في إطار التسوية الودية.

كما ألزمت المادة 153 / 4 من نفس المرسوم المصلحة المتعاقدة أن تدرج في دفاتر الشروط على اللجوء لإجراء التسوية الودية للنزاعات، هذا قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وبذلك يكون المشرع قد وفر ضمانا لتنظيم الإداري لكل متعهد يرغب بممارسة هذا الحق. والجديد والمميز في نص المادة 153 من خلال الفقرتين 2 و3 وجوب اللجوء إلى التسوية الودية للنزاعات قبل كل مقاضاة أمام العدالة، وهذا مايفيد الطابع الإلزامي للحل الودي، وهو مانستشفه من المصطلح الذي

Le mode de saisine, la composition, l'organisation et les modalités de fonctionnement des comités consultatifs sont fixés par décret. ».

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ورد في الفقرة 2 من نفس المادة "يجب" الذي يفيد الإلزام بالنسبة للمصلحة المتعاقدة بالبحث عن حل ودي للنزاع.

وانطلاقاً مما سبق نرى أن المشرع قد فرض إلتزاماً متبادلاً للطرفين مما يفيد تقيد الإدارة والمتعاقد، بالقيام بإجراءات التسوية الودية بشكل إلزامي، وهو ما ينم عن نية المشرع لإرساء حلول ودية تقادياً لطول الإجراءات أمام القضاء.

وباستقراء نص المادتين 154 و155 من نفس المرسوم يتوضح لنا تشكيل واختصاصات كل لجنة لتسوية النزاعات ودياً، حيث تنشأ لدى كل وزير ومسؤول هيئة عمومية، وكل وال، لجنة للتسوية الودية للنزاعات الناجمة عن تنفيذ الصفقات العمومية.

وبالنسبة لإجراءات التسوية الودية أمام لجان التسوية المستحدثة طبقاً لنص المادة 154، يقوم المتعامل المتعاقد أو تقوم المصلحة المتعاقدة بعرض النزاع على اللجنة المختصة، بتوجيه الشاكي إلى أمانة اللجنة تقريراً مفصلاً مرفقاً بكل وثيقة ثبوتية برسالة موصى عليها مع وصل الإستلام.

ويقوم رئيس اللجنة بإستدعاء الجهة الشاكية برسالة موصى عليها مع وصل استلام، لإعطاء رأيها في النزاع، وعليها أن تبلغ رأيها لرئيس اللجنة برسالة موصى عليها مع وصل استلام، في أجل أقصاه عشرة أيام من تاريخ مراسلتها.

لتقوم اللجنة بدراسة النزاع في أجل أقصاه ثلاثون يوماً ابتداءً من تاريخ جواب الطرف الخصم، وتصدر رأياً مبرراً.

ويمكن للجنة أن تستمع لطرفي النزاع و/أو تطلب منهما إبلاغهما بكل معلومة أو وثيقة من شأنها توضيح أعمالها، ويبلغ رأي اللجنة إلى طرفي النزاع بإرسال موصى عليه مع وصل استلام، فترسل نسخة منه إلى سلطة ضبط الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المنشئة بموجب أحكام المادة 213 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، وتقوم المصلحة المتعاقدة بتبليغ قرارها في رأي اللجنة للمتعامل المتعاقد في أجل أقصاه ثمانية أيام، ابتداءً من تاريخ تبليغها برسالة موصى عليها مع وصل استلام، وتعلم بذلك اللجنة¹.

وفي حالة عدم التوصل إلى حل هذا النزاع الناشئ عن الصفقة العمومية، فإنه يتم تحرير محضر عدم الصلح بين المصلحة المتعاقدة، والمتعامل المتعاقد معها، وبالتالي يتوجهان إلى القضاء من أجل التوصل إلى حل لهذا النزاع.

¹ - أنظر المادة 155 من المرسوم الرئاسي 15 - 247 سابق الإشارة إليه.

وفي الأخير يمكن القول أن اللجوء إلى لجنة التسوية الودية هو إجراء إلزامي وجوبي، مفروض على كل إدارة معنية بقانون الصفقات العمومية، كما هو مفروض على المتعامل المتعاقد قبل إحالة النزاع إلى القضاء، مع ضرورة تكريس هذه الوجوبية في دفتر الشروط الذي تضعه الإدارة بإرادتها المنفردة، وتصادق عليه لجنة الصفقات المعنية، ويوقعه المتعامل المتعاقد، ويسجل عليه بخط اليد "قرئ وقبل"، طبقاً لنص المادة 67 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247. كما أن عرض النزاع على لجنة التسوية الودية لا يكون إلا بعد محاولات من المصلحة المتعاقدة لإيجاد حل ودي للنزاع مع المتعامل المتعاقد، فإن فشلت، يتم عرض النزاع على لجنة التسوية الودية. كما أن إختصاص لجنة التسوية الودية يمتد إلى المنازعات التي تتعلق بمرحلة التنفيذ فقط دون مرحلة الإبرام، وهو ما نستخلصه من نص المادة 155. ونريد أن نشير إلى نقطة في غاية الأهمية هي ما جاء في نص المادة 155 من توظيف لكلمة "يمكن" التي تفيذ الجواز مما يؤدي بنا إلى القول أنه يمكن للمصلحة المتعاقدة والمتعامل المتعاقد تجاوز عرض النزاع على اللجنة وتقديم دعوى مباشرة أمام القضاء، في حين إذا تأملنا نص المادة 154 نجده يؤكد على إلزامية التقييد بالتسوية الودية سواء من طرف المصلحة المتعاقدة أو المتعامل المتعاقد، وهذا ما نعتبره تناقضا صارخا بين نص المادتين، ونعيب على المشرع الصياغة بهذه الكيفية.

البند الثاني: التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية الإلكترونية.

مما لا شك فيه أن منازعات العقود الإدارية الإلكترونية كافة تخضع لإختصاص القضاء الإداري سواء أكانت عقدية أم غير عقدية كقاعدة عامة، إلا ما كان قد انفق عليه طرفا العقد في إخضاعه للتحكيم، أو ما ذهبت إليه بعض التشريعات التي خرجت عن هذه القاعدة وأخضعت النظر في منازعات العقود الإدارية للقضاء العادي. وهنا تظهر أهمية تحديد قواعد ومجال الإختصاص في مادة العقود الإدارية. هذا الأمر من شأنه تسهيل إجراءات التقاضي في تحريك الدعوى، ومساعدة الجهات المعنية على تنظيم وتفعيل الرقابة والفصل في إشكالات تنازع الإختصاص. فتظهر هنا خاصية تداخل التشريعات الخاصة بمجال العقود الإدارية، والقوانين الإجرائية العامة. وفي ظل عدم وجود قواعد خاصة تحكم منازعات العقود الإدارية الإلكترونية، بإستثناء بعد الضوابط التي جاءت بها التنظيمات منظمة للعقود الإدارية في التشريع الفرنسي على وجه الخصوص، نجد من الأهمية بمكان أن نتعرض للتسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية الإلكترونية كما يلي:

أولاً: في فرنسا:

من المعلوم أن المشرع الفرنسي يعتبر صاحب السبق في مسألة تحديد النظر في المنازعات الإدارية وقصرها على القضاء الإداري دون القضاء العادي. حيث قرر المشرع ذلك منذ عام 1890¹، وقد نص قانون مجلس الدولة الفرنسي رقم 45 لسنة 1945²، على أن المجلس يفصل دون غيره بجميع منازعات العقود الإدارية، وهذا ما أكده القانونين الثالث والرابع لمجلس الدولة في سنة 1956 وسنة 1959³. وقد أصدر مجلس الدولة قرارين في سنة 1956 وسنة 1970 سبق الإشارة إليهما في الباب الأول من هذه الدراسة⁴، أوجد من خلالهما توفر شرطين لاعتبار العقد إدارياً بإضافة إلى شرط كون الإدارة طرفاً في العقد مع أحد الشرطين، فأما إذا لم يتوفر الشرط الأول فلا يعد العقد إدارياً، أما الشرطين الآخرين فلا يؤثر تخلف أحدهما، وهما كون ارتباط العقد بنشاط مرفق عام، وأن يتضمن العقد شروطاً غير عادية استثنائية، وهذا ماسبق التفصيل فيه. وقد أكدت محكمة التنازع الفرنسية هذه الأحكام سنة 1958⁵، متخذة معيار حديث لاختصاص القضاء الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية، كما تعد المحاكم الإدارية التي أنشئت بموجب القانون الصادر في 6 يناير 1986⁶ هي المختصة بنظر منازعات العقود الإدارية مناصفة مع مجلس الدولة، بعد أن كان مجلس الدولة يصنف بأنه المحكمة الإدارية الاستئنافية الوحيدة بفرنسا قبل عام 1986.

¹ - Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, o p. cit., p. 83.

² - Ordonnance n° 45-1708 du 31 juillet 1945, sur le conseil d'Etat, J.O.R.F. n°0179, du 1 août 1945.

³ - Décret n°56-1420 du 27 décembre 1956, modifie les articles 14 (AFFECTATION DES CONSEILLERS), 26, 27, 28, 28 BIS, 31 A 34, 34 BIS, 34 TER, 40 (LE CONSEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX), du decret 451709 du 31-07-1945, J.O.R.F. du 5 janvier 1957.

- Décret n°59-661 du 19 mai 1959, modification des articles 26, 27, 28 BIS, 31, 32, 33, 33 BIS, 34, 34 BIS, 34 TER et 40 du decret du 31 juillet 1945, (LE CONSEIL D'ETAT STATUANT AU CONTENTIEUX), J.O.R.F. du 26 mai 1959.

- يجب الإشارة إلى أن القانون الثاني لمجلس الدولة الفرنسي رقم 9 لسنة 1949، يشرك القضاء العادي في النظر في منازعات العقود الإدارية، أشار إلى ذلك مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، 2005، ص. 216.

ماجد راجب الحلو، القضاء الإداري، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995، ص. 115.

⁴ - أنظر الهامش رقم 4 من الصفحة 27 والهامش رقم 3 من الصفحة 25 من هذه الأطروحة.

⁵ - Georges VEDEL, Pierre DELVOLLE, o p. cit., p.p. 84 ets.

⁶ - Loi n° 86-14 du 6 janvier 1986, fixant les règles garantissant l'indépendance des membres des tribunaux administratifs, J.O.R.F. du 7 janvier 1986.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وتأسيسا على ماسبق نقول أن القضاء الإداري في فرنسا يختص بنظر منازعات العقد الإداري الإلكتروني كون الأخير لا يختلف عن العقد الإداري التقليدي من حيث تسوية نزاعاته من جهة، ومن حيث كونه عقدا إداريا يحمل جميع الأركان التي تحملها بقية العقود من جهة ثانية. ونظرا لندرة أحكام قضائية خاصة بمجلس الدولة أو المحاكم الإدارية في فرنسا، إن لم نقل عدم وجودها فيما يخص موضوع الإختصاص القضائي في منازعات العقد الإداري الإلكتروني، فإننا نقول لا ضير من أن نطبق الأحكام العامة لإختصاص القضاء الإداري الفرنسي في مادة العقود الإدارية على العقد الإداري الإلكتروني¹، وذلك نتيجة لاعتراف المشرع الفرنسي بحجية المستندات الإلكترونية كما ذكرنا سابقا في هذا الباب، من ثم إعتراف القضاء الإداري الفرنسي بحجية هذه المستندات في الإثبات، وبالتالي الإعتراف بإختصاصه بالنظر في أي منازعة تنشأ إذا ما أبرم العقد الإداري بشكل إلكتروني عبر وسائل الاتصال الحديثة كالإنترنت، ذلك أن الشكل الإلكتروني لا ينفي عنه الخضوعه لإختصاص القضاء الإداري.

ثانيا: في مصر:

سار المشرع المصري على نفس نهج المشرع الفرنسي في مسألة اختصاص محاكم القضاء الإداري في نظر وتسوية منازعات العقود الإدارية، سواء تعلقت هذه المنازعات بإنعقاده أو صحته أو تنفيذه أو انقضائه، حيث جعل القضاء الإداري هو المختص بها دون القضاء العادي². وقد أشار القانون رقم 47 لسنة 1972 بشأن مجلس الدولة المصري إلى اختصاص محاكم مجلس الدولة دون غيرها بالفصل في المسائل الخاصة بعقود الالتزام والأشغال العامة أو التوريد أو بأي عقد إداري آخر³، وقد أكدت محكمة القضاء الإداري أن اختصاصهما يمتد ليشمل كل ما يتعلق بعملية التعاقد، ابتداء من أي إجراء في تكوين العقد إلى آخر نتيجة في تصفية كافة العلاقات والحقوق والالتزامات التي تنتج عن العقد الإداري، حيث أصبح الاختصاص هنا شاملا ومطلقا⁴، ويستثنى من ذلك بعض المسائل التي لا تدخل في عملية التعاقد والإبرام بشكل مباشر مثل التأكد من أهلية المتعاقد والتأكد من التفويض الممنوح لشخص بالتعاقد وغيرها، أما إذا تعاقدت

¹ - مصطفى أبو زيد فهمي، المرجع السابق، ص. 227.

² - عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية، المرجع السابق، ص. 321.

³ - حكم محكمة القضاء الإداري في الدعوى رقم 1180 لسنة 10ق، جلسة 18/11/1956.

⁴ - أنظر المادة 10 / 11 من القانون رقم 47 لسنة 1972 المجلس الدولة المصري، حكم المحكمة الإدارية العليا، جلسة 14/4/1977 مجموعة أحكام المحكمة في 15 سنة، ج. 1، ص. 24، أشار إلى ذلك: عبد العزيز عبد المنعم خليفة، المرجع السابق، ص. 321.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإدارة مع شخص آخر متبعة قواعد القانون الخاص، فإن هذا العقد لا يعد عقدا إداريا وتسري عليه أحكام قاضي القانون الخاص¹.

كما أشار القانون رقم 182 لسنة 2018 منظم للتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المشار إليه سابقا، في المادة 91 منه على إمكانية لجوء طرفي العقد للقضاء من أجل تسوية الخلافات القائمة بينهم، أو لمطالبة المتعاقد مع الإدارة بالتعويض عن الضرر الذي لحق نتيجة إخلال الإدارة بتنفيذ التزاماتها، فيحالة عدم موافقة السلطة المختصة للجوء إلى التحكيم.

لتأتي المادة 180 من اللائحة التنفيذية لذات القانون السابقة الذكر لتوضح ذلك، حيث أقرت بإمكانية لجوء طرفي العقد للقضاء لتسوية الخلافات التي تنشأ بينهم في حالة فشل التسوية الودية، حيث يتم توجيه دعوة للمتعاقد لعقد إجتماع مع مسؤول إدارة العقد أو ممثل الجهة الإدارية بحسب الأحوال خلال مدة 15 يوما من تاريخ ظهور الخلاف، وذلك لمناقشته، فإذا لم يتم التوصل إلى إتفاق يتم اللجوء إلى القضاء أو التحكيم .

وعليه نستنتج أن القضاء الإداري المصري هو المختص بنظر منازعات العقد الإداري الإلكتروني إذا ما نشأت على اعتباره هو صاحب الولاية الكاملة على هذه المنازعات، أما فيما يخص آلية نظر هذه المنازعات فنعتقد أن القضاء الإداري المصري بأجمعه يعترف بحجية المستندات الإلكترونية وبالكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني على اعتبارها تحمل الحجة الكاملة في الإثبات حسب قانون التوقيع الإلكتروني المصري على النحو الذي بيناه، ومن ثم يترتب على طرفي طرفي النزاع في العقد الإداري الإلكتروني - الإدارة والمتعاقد معها - أن يقدمان جميع الوثائق الإلكترونية التي تقع تحت أيديهما لغرض تقييمها من قبل المحكمة الإدارية المختصة للبت بالدعوى، بشكل يعطي للحكم مصداقية قانونية.

وبالتالي يكون المشرع المصري قد أكد على ولاية القضاء الإداري على جميع منازعات العقد الإداري الإلكتروني، وذلك يمكن إستنتاجه من القواعد العامة والأحكام الصادرة من مجلس الدولة والمحكمة الإدارية العليا المصرية. ومن المؤكد أن القضاء الإداري المصري عندما يفصل في منازعات عقد إداري إلكتروني لا يجد أمامه إلا أن يخضع هذا العقد للقواعد العامة للإبرام العقود الإدارية، وعليه في هذا الشأن تطبيق القواعد القانونية الخاصة بالإثبات في المسائل

¹ - فتوى إدارة الفتوى لوزارة شؤون الأزهر لمجلس الدولة المصري رقم 1059 بتاريخ 1989/12/25 أشار إلى ذلك علي الدين زيدان - محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج. 6، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، بلا تاريخ، ص. 28 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

الإلكترونية، وخاصة ما يخص الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني والمستندات والوثائق الإلكترونية. والتي اعترف المشرع المصري بحجيتها في الإثبات.

ثالثا: في الجزائر:

بداية لم يضع المشرع الجزائري نصا صريحا يحدد الإختصاص النوعي للمنازعة الناشئة في مجال الصفقات العمومية، وذلك ما نستشفه بتفحص المواد 153 و154 و155 من المرسوم رقم 15-247 المشار إليه سابقا، حيث نجد أنه أخضع إجراءات الطعن عن الإبرام أو لتسوية منازعة تطراً عند التنفيذ للقواعد المنصوص عليها ضمن القواعد العامة في قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

وبالذهاب إلى نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹، نجدها كرست المعيار العضوي كأصل عام في تحديد إختصاص القضاء الإداري في الفصل في المنازعة الإدارية. وبالذهاب إلى نص المادة 802 من نفس القانون، وكذلك إلى مفهوم المخالفة في نص المادة 800، يمكننا تحديد الإستثناءات تمنح الإختصاص بنظر منازعات إدارية بطبيعتها للمحاكم العادية، وهي إستثناء وحيد يمكن استخلاصه من مفهوم المخالفة في نص المادة 800، وإستثنائين نصت عليهما المادة 802 على سبيل الحصر، ومن ثم فإن الإختصاص لا ينعقد للقضاء العادي في مجال المنازعات الإدارية إلا إذا وجد نص صريح.

ولغاية الآن لا يوجد ما يثبت قانونا، وبنص صريح خضوع منازعات الصفقات العمومية للقضاء الإداري، فيما عدا المنازعات التي تكون أحد أطرافها الدولة أو البلدية أو مؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية، ومنها منازعات الصفقات العمومية التي تكون أحد الأطراف السابقة طرفا فيها طبقا لنص المادة 800 سابقة الذكر.

ومن الأمور المهمة التي ينبغي الإشارة إليها، ماورد في نص المادة 6 من المرسوم الرئاسي رقم 15-247، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، والتي أتت على تحديد الأشخاص الخاضعة لأحكام هذا القانون، وبمقارنتها بأحكام المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابقة الذكر، نجد أن الحالة التي تكون فيها المصلحة المتعاقدة مؤسسة عمومية خاضعة لأحكام القانون التجاري حتى ولو كلفت بإنجاز عملية ممولة كليا أو جزئيا بمساهمة نهائية أو مؤقتة من الدولة أو الجماعات الإقليمية، لا تشملها المادة 800،

¹ - القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، العدد لسنة 2008.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وبالتالي لا يختص القضاء الإداري في منازعات هذه الحالة إذا تمسكنا بالمعنى الحرفي الوارد في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية.

لكن سعياً لمحاولة إيجاد تفسير لهذه النقطة، وبالرجوع إلى القانون رقم 88-01 المتعلق بالمؤسسات العمومية والإقتصادية المعدل والمتمم¹، واستقراء نص المادتين 55 و56 منه نجد أن المشرع قد وضع قواعد وسعت من مجال إختصاص القضاء الإداري. فإذا استبعدت المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية هذا النوع من المؤسسات العمومية من اختصاص القضاء الإداري، فإن المشرع استعمل معياراً آخر لمنح القضاء الإداري أهلية النظر في النزاعات التي تكون المؤسسة العمومية الإقتصادية طرفاً فيها، وسمي هذا المعيار بمعيار "الوكالة" المعتمد على بنية الوكالة في القانون العام والخاص، وهذا ما يتوضح من مقتضيات المادتين 55 و56 سابقتي الذكر²، مما يجعلني أميل إلى إعتبار هذا النوع من المؤسسات مؤسسات إدارية خاصة رغم أنها لم ترد في نص المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. كما ندعو المشرع إلى ضرورة تعديل المادة 800 بما يحدث ملائمة بين هذه المؤسسات والمؤسسات العمومية الإدارية.

أما بالنسبة للإختصاص الإقليمي نجد المادة 804 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية. تنص في فقرتها 3 على إنعقاده للمحاكم الإدارية التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام العقد أو تنفيذه، وذلك في مادة العقود الإدارية مهما كانت طبيعتها كقاعدة عامة، كما أوردت ذات المادة إستثناءين لهذه القاعدة، حيث عقدت الإختصاص في مادة الأشغال العمومية للمحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان تنفيذ الأشغال، وفي مادة التوريدات المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها مكان إبرام الإتفاق أو تنفيذه إذا كان أحد الطرفين مقيماً به.

بالإضافة إلى ماسبق، كرس قانون الإجراءات المدنية والإدارية أهمية المنازعات في مجال الصفقات العمومية، وذلك من خلال تناوله الطعن في مادة الصفقات العمومية ووضعها في القسم الإستعجالي، نظراً لضرورة ومقتضيات السرعة في تقدير مدى مراعاة إجراءات إسناد الصفقة للقانون ومبادئ المنافسة والشفافية³. وذلك من خلال المواد 946 و947 من قانون الإجراءات

¹ - القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 ديسمبر 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ج.ج.، العدد 1 لسنة 1988. المعدل والمتمم.

² - تنص المادة 55 على " عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية ... بحكم الأملاك العامة... وفي هذا الإطار يتم التسيير طبقاً لعقد إداري للإمتياز ودفتر الشروط العامة وتكون المنازعات المتعلقة بملحقات العامة من طبيعة إدارية." وتتص المادة 56 على " عندما تكون المؤسسات العمومية الاقتصادية مؤهلة قانوناً لممارسة صلاحيات السلطة العامة وتبلم بموجب ذلك وبإسم الدولة ...".

³ - فوج حمامة، المرجع السابق، ص. 250.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المدنية والإدارية، حيث يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، على أن اللجوء إلى هذه الطريقة لتسوية منازعات الصفقات العمومية، يكون فقط فيما يخص الإخلال بمبادئ الصفقات العمومية، بالتالي فإن المنازعات التي تكون محل رقابة القاضي الاستعجالي، هي تلك القرارات التي تتخذها المصلحة المتعاقدة خرقا لقواعد الإشهار والمنافسة والمساواة، أي عدم احترامها لهذه المبادئ، ومن ثم يعتبر الإستعجال ما قبل التعاقد في مجال الصفقات العمومية إجراء قضائيا تحفظيا خاص يهدف لحماية قواعد العلانية والمنافسة بشكل فعال قبل إتمام إبرام الصفقة العمومية، بمنح القاضي الاستعجالي سلطات واسعة.

وتنص المادة 946 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على " يجوز إخطار المحكمة الإدارية بعريضة، وذلك في حالة الإخلال بالإلتزامات الإشهار أو المنافسة التي تخضع لها عمليات إبرام العقود الإدارية والصفقات العمومية.

يتم هذا الإخطار من قبل كل من له مصلحة في إبرام العقد والذي قد يتضرر من هذا الإخلال، وكذلك لممثل الدولة على مستوى الولاية، إذا أبرم العقد أو سيبرم من طرف جماعة إقليمية أو مؤسسة عمومية محلية.

يجوز إخطار المحكمة الإدارية قبل إبرام العقد.

يمكن للمحكمة الإدارية أن تأمر المتسبب في الإخلال بالامتثال لإلتزاماته، وتحدد الأجل الذي يجب أن يمتثل فيه.

ويمكن لها أيضا الحكم بغرامة تهديديه تسري من تاريخ انقضاء الأجل المحدد.

ويمكن لها كذلك وبمجرد إخطارها، أن تأمر بتأجيل إمضاء العقد إلى نهاية الإجراءات ولمدة لا تتجاوز عشرين (20) يوما .

وفي الأخير نعتقد أنه يمكن لطرفي العقد الإداري - الإدارة والمتعاقد معها - في الجزائر في حالة إبرام عقد بالشكل الإلكتروني طبقا لنص المواد 204 و 205 و 206 من المرسوم الرئاسي رقم 15- 247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتفويضات المرفق العام المشار إليه سابقا، تقديم أي مستندات إلكترونية للمحكمة، بشرط توثيقها بالشكل الذي نص عليه القانون وعلى النحو الذي بينا، وذلك لإتمام إجراءات فحصها والنظر فيها من قبل المحكمة على اعتبارها كاملة الحجية في الإثبات. كما نعتقد أنه طبقا للقواعد العامة، وحسب النصوص القانونية الجزائرية سارية المفعول، لا يوجد مانع قانوني من أن تقوم المحكمة الإدارية بنظر منازعات العقود الإدارية الإلكترونية باعتبارها صاحبة الولاية في نظر منازعات العقود الإدارية التقليدية.

الفرع الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني.

أدى تطور الحياة الاقتصادية وازدياد إبرام العقود إن على مستوى القانون الخاص أو على مستوى القانون العام عن طريق تقنيات الوسائط الإلكترونية، إلى التفكير في تسوية منازعاتها باستخدام نفس التقنيات، أي أنها تجري عبر شبكات الإتصال الإلكترونية دون حاجة لتواجد الأطراف في مكان واحد. على أن تطوير أساليب تسوية المنازعات بين أطراف متباعدة مكانياً وحسمها بسرعة وبأقل النفقات تراعى فيها ضرورة إحترام الضمانات الأساسية للتقاضي خاصة ما يتعلق بها بحقوق الدفاع، والإلتزام بقرارات التسوية.

وقد أوجدت التشريعات عدة طرق بديلة لتسوية منازعات التعاقد الإداري الإلكتروني، كالصلح، والتوفيق، والوساطة، والتحكيم الإلكتروني. وسنحاول فيما يلي فهم ضوابط هذه الطرق البديلة، ومعرفة مدى قدرتها وصلاحيتها لأن تحكم منازعات العقد الإداري الإلكتروني بكل خصوصياته، مركزين على أهم أسلوبين في هذا المجال وهما الوساطة الإلكترونية (بند أول)، والتحكيم الإلكتروني (بند ثاني).

البند الأول: الوساطة الإلكترونية.

تشكل الوساطة الإلكترونية أحد أهم الوسائل البديلة لحسم المنازعات التي تنشأ في الفضاء الإلكتروني حيث أنها تتواءم مع طبيعة إبرام العقود الإلكترونية بصفة عامة، وتساهم بصورة أكثر فاعلية في التخفيف من الإرتفاع المستمر في منازعاتها على النحو الذي يحقق النجاح المطلوب فيما يتعلق بحسم هذه المنازعات. وتبرز أهمية الوساطة من خلال قيامها على إرادة طرفي النزاع الحرة في اللجوء إليها كوسيلة لفض المنازعات، إضافة الى اعتبارها عملية تطوعية سواء عند الإتفاق على البدء فيها، أو عند الإتفاق على الإستمرار وقبول الحل الذي يطرحه الوسيط، إضافة الى تجريد الوسيط من سلطات الإلزام في قبول الوساطة أو الإستمرار فيها، حيث يقتصر عمله على تقريب وجهات النظر بين المتنازعين، وهما من يملكان الحق في قبول توجيهاته أو رفضها، إضافة الى تأكيد مبدأ حياد ونزاهة الوسيط عند إحالة النزاع إليه مع حرصه على إعطاء الفرصة الكاملة للمتنازعين في عرض نزاعهما ومنحهما الوقت الكافي لذلك. وعليه سيتم التعرض لتعريف الوساطة الإلكترونية، ثم إمكانية تطبيقها على النزاع الإداري، وذلك على الشكل التالي:

أولاً: تعريف الوساطة الإلكترونية:

عرفت الفقرة الثالثة من المادة الأولى من قانون الاونسترال النموذجي لعام 2002 للتوفيق التجاري الدولي الوساطة بأنها " أية عملية سواء أشير إليها بتعبير التوفيق أو الوساطة أو بتعبير

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

آخر ذي مدلول مماثل، يطلب فيها الطرفان إلى شخص آخر أو أشخاص آخرين - الموفق أو الموفقين - مساعدتهما في سعيهما إلى التوصل إلى تسوية ودية لنزاعهما الناشئ عن علاقة تعاقدية أو علاقة قانونية أخرى أو المتصل بتلك العلاقة، ولا يكون للموفق الصلاحية لفرض حل للنزاع على الطرفين".

وتعرف الوساطة كذلك بأنها عملية تتم من قبل شخص ثالث يدعى الوسيط يسعى إلى مساعدة أطراف النزاع للاجتماع والحوار وتقريب وجهات النظر وتقييمها، وتهدف صورها المختلفة -الوساطة القضائية، الوساطة الخاصة، الوساطة الإتفاقية- لمحاولة التوصل إلى حل وسط يقبله الطرفين.

ولم تقم مختلف التشريعات المقارنة بتعريف الوساطة، فإكتفى المشرع الفرنسي في المادة 131-1 من قانون الإجراءات المدنية بتحديد مهمة الوسيط والمتمثلة في سماع الأطراف، من أجل مساعدتهم على إيجاد حل للنزاع المطروح¹.

وعلى غرار المشرع الفرنسي لم يتوان المشرع الجزائري في الأخذ بالوساطة كطريق بديل لتسوية النزاعات، وسلك في هذا الأمر نفس نهج المشرع الفرنسي، ولم يعط تعريف لهذا الإجراء، لكن هذا لا يمنع من إستخلاص المعنى الذي أراده لها، وكان ذلك في الكتاب الخامس من القانون رقم 08-09 المشار إليه سابقا. فنصت المادة 994/1 من نفس القانون على أنه " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم..."، لتضيف الفقرة 2 من نفس المادة " إذا قبل الخصوم هذا الإجراء يعين القاضي وسيطا لتلقي وجهة نظر كل واحد منهم، ومحاولة التوفيق بينهم، لتمكينهم من إيجاد حل للنزاع ".

وعلى الرغم من أن المشرع الجزائري قد اكتفى في المادة 994 بتحديد الإطار العام للوساطة دون إعطائها وصفا معينا، إلا أنه يوجد مايدل على أن الوساطة المقصودة في هذا النص هي الوساطة القضائية، وبدليل إستعمال عبارة " يجب على القاضي "، كما يفهم من نص المادة 995 أن القاضي هو المشرف على الوساطة في إطارها العام، وهو مايستشف من مضمون الفقرة الثانية منها بقولها " لا يترتب على الوساطة تخلي القاضي عن القضية، ويمكنه إتخاذ أي تدبير يراه

¹- Art. n° 131-1 du Code de procédure civile Français, « Le juge saisi d'un litige peut, après avoir recueilli l'accord des parties, désigner une tierce personne afin d'entendre les parties et de confronter leurs points de vue pour leur permettre de trouver une solution au conflit qui les oppose.

Ce pouvoir appartient également au juge des référés, en cours d'instance. ».

ضروريا في أي وقت".

ويبدأ إجراء الوساطة بسماع الخصوم وأي شخص قبل بذلك، ويرى الوسيط أن في سماعه فائدة للتسوية، ويخطر القاضي بكل الصعوبات التي تعترضه في مهمته¹، فبمجرد أن ينطق القاضي بأمر تعيين الوسيط، يقوم أمين الضبط بتبليغ نسخة منه للخصوم والوسيط، هذا الأخير يخطر القاضي بقبوله الوساطة، ويدعو الخصوم إلى أول لقاء للوساطة². ولا يمكن أن تتجاوز مدتها 3 أشهر، ومع إمكانية تجديدها مرة واحدة لنفس المدة عن الإقتضاء، وبعد موافقة الخصوم³.

وعند إنتهاء مهمة الوسيط، يخبر القاضي كتابيا بما توصل إليه الخصوم من إتفاق أو عدمه، وفي حالة الإتفاق يحرر محضرا يضمه محتوى الإتفاق، ويوقعه الخصوم، ويقوم القاضي بالمصادقة على محضر الإتفاق بموجب أمر غير قابل لأي طعن، ويعد محضر الإتفاق سندا تنفيذيا⁴.

كما يمكن للقاضي في أي وقت إنهاء الوساطة، بطلب من الوسيط أو الخصوم، أو حتى تلقائيا عندما يتبين له استحالة السير الحسن لها⁵.

وعلى ضوء ماسبق يتبلور مفهوم الوساطة الإلكترونية في أنها إجراء إختياري يوافق عليه أطراف النزاع للعمل مع شخص محايد لحل النزاع القائم بينهما، وتمنح سلطة كاملة للمتنازعين في قبول الوساطة أو رفضها⁶، وهي تتم بشكل فوري ومباشر على شبكة الإنترنت بهدف تسهيل التعاون والتفاوض بين أطراف النزاع، وتختلف الوساطة الإلكترونية عن الوساطة التقليدية في كونها تتم عن طريق وسيلة من الوسائل الإلكترونية دون تجمع الأطراف في مكان واحد، بل يكون أطراف النزاع متواجدين في دول مختلفة، ويتحاورون عبر وسيلة من وسائل الإتصال الحديثة، وعادة ما تكون شبكة الإنترنت.

وعليه تعتبر الوساطة الإلكترونية من بين الوسائل البديلة التي أوجدها المشرع الجزائري في قانون الإجراءات المدنية والإدارية، والتي يمكن اللجوء إليها لتسوية منازعات الخاصة بإبرام وتنفيذ العقود الإدارية بشكلها التقليدي والإلكتروني.

¹ - أنظر المادة 1001 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابق الإشار إليه.

² - أنظر المادة 1000 من ذات القانون.

³ - أنظر المادة 996 من ذات القانون.

⁴ - أنظر المادة 1003 من القانون 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابق الإشار إليه.

⁵ - أنظر المادة 1002 من ذات القانون.

⁶ - خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008، ص. 224.

ثانيا: إمكانية تطبيق الوساطة لتسوية النزاع الإداري.

يتفق رجال القانون والقضاء على أن النزاعات المدنية والتجارية هي مجال خصب وطبيعي لتطبيق الوساطة، خاصة بعد النتائج الإيجابية التي حققها هذا الطريق البديل، حيث ساهم في تسوية الكثير من النزاعات المدنية، مما أدى إلى تخفيف الخصومات القضائية التي ينظر فيها القضاء العادي. ونتيجة لهذا النجاح كان لابد من التفكير في توسيع نطاق تطبيق الوساطة إلى النزاعات في المادة الإدارية خاصة منازعات العقود الإدارية، والاستفادة من مزاياها الكثيرة لا سيما مايتعلق منها بالحد من تراكم القضايا والتخفيف من طول الإجراءات أمام القضاء الإداري وكثرة شكلياته، وذلك رغم أن هذا التوجه لم يكن محل إجماع من طرف الجميع، وأثار الكثير من الجدل في الوسط الفقهي والقضائي، بحجة أن الخصوصية التي تميز نزاعات المادة الإدارية، تقف دون تطبيق الوساطة لتسويتها، إلا أن هذا التصور بعدم قابلية خضوع النزاعات الإدارية للوساطة قد تلاشى بصفة تدريجية.

وتعد فرنسا من الدول الرائدة والتي لها السبق في مجال تطبيق الوساطة لتسوية النزاعات الإدارية، من خلال تمكين المحاكم الإدارية ومجالس الإستئناف الإدارية من تطبيق الوساطة لتسوية النزاعات الإدارية المرفوعة أمامها، وكان ذلك في القانون رقم 1986-14 المتعلق بقواعد ضمان إستقلالية أعضاء المحاكم الإدارية ومجالس الإستئناف الإدارية المشار إليه سابقا¹، مما قطع الشك باليقين حول قابلية خضوع النزاعات الإدارية للتسوية بهذا الطريق البديل.

ومن أهم النصوص القانونية التي كرست هذه الإمكانية في فرنسا ماجاء في المادة L213-1 من قانون القضاء الإداري الفرنسي، حيث نصت على أن الوساطة التي يحكمها هذا الفصل تعنى أي عملية، أيا كان إسمها، يحاول من خلالها طرفان أو أكثر التوصل إلى إتفاق لحل ودي لنزاعاتهم، بمساعدة طرف ثالث، الوسيط، يختاره أو تعينه المحكمة بموافقتهم². وتجسيدا لذلك بادر رئيس المحكمة الإدارية لمدينة ليون الفرنسية بعرض وساطة من أجل تسوية نزاع إداري يتعلق بعقد الإمتياز³.

وتتبعي الملاحظة أن من أسباب عدم اتساع دائرة تطبيق الوساطة لتسوية النزاعات الإدارية، يعود إلى تردد قضاة القضاء الإداري الفرنسي في عرضها على الخصوم، باعتبار أن

¹ - Voir Art. n° 3/ 2 de La loi n° 1986- 14, Précité.

² - Art. n° L213- 1 de Code de justice administrative, Modifié par loi n° 2011-1862, du 13 décembre 2011, relative à la répartition des contentieux et à l'allègement de certaines procédures juridictionnelles, J.O.R .F. n° 0289, du 14 décembre 2011.

³ - J- M. Le GARD, la conciliation par le juge administratif, A.J.D.A., 2008, p.p. 1468 ets.

نص المادة 1-213L لم يأتي في صيغة الوجوب، وإنما منحت السلطة التقديرية للقاضي المعروض عليه النزاع الخيار بين القيام بعرض إجراء الوساطة على الخصوم أو السير في إجراءات الخصومة القضائية. ونرى أنه كان حريا بالمشرع أن يلزمهم بذلك على غرار ما فعل المشرع الجزائري، لأن عدم عرض الوساطة على الخصوم في المنازعة الإدارية من شأنه أن يفوت فرصة كبيرة على المتقاضين والجهة القضائية على السواء، ويحرمهم الاستفادة من مزاياها المتعددة.

أما في مصر فقد سائر المشرع المصري التوجهات الحديثة التي شهدتها القانون المقارن في مجال التسوية الودية للنزاعات الإدارية، فأصدر القانون رقم 07 لسنة 2000 المتعلق بالتوفيق في المنازعات المدنية والتجارية والإدارية، والذي أقر بمشروعية لجوء أطراف النزاع الإداري للوساطة في جميع نزاعات المادة الإدارية، ماعدا النزاعات التي استثناها المشرع من محال تطبيق الوساطة، والمذكورة في المادة 4 من نفس القانون والمتعلقة على وجه الخصوص بالمنازعات التي تكون وزارة الدفاع والإنتاج الحربي أو أي من أجهزتها طرفا فيها، وكذا المنازعات المتعلقة بالحقوق لعينية العقارية وتلك التي تفردها القوانين بانظمة خاصة، أو يتوجب فضها أو نظر في التظلمات المتعلقة بها عن طريق هيئات التحكيم.

وهو ما أكدته صراحة في مجال العقود الإدارية بصدور القانون رقم 182 لسنة 2018 بموجب نص المادة 91/1 سابقة الذكر بقولها " يجوز لطرفي العقد في حالة حدوث خلاق أثناء تنفيذه، وقبل اللجوء إلى القضاء أو التحكيم بحسب الأحوال، الإتفاق على تسويته عن طريق التوفيق أو الوساطة...".

وفي الجزائر فقد استحدث المشرع لأول مرة الوساطة تماشيا مع التطورات السريعة التي شهدتها وتشهدها الجزائر سياسا واجتماعيا واقتصاديا، بموجب القانون رقم 08-09 المشار إليه سابقا، في الكتاب الخامس بعنوان الطرق البديلة لتسوية النزاعات، ومنذ دخول هذا القانون حيز التنفيذ شغلت آلية الوساطة حيزا واسعا من النقاش، واختلف الفقه في قراءة مضمون نص المادة 994 سالفه الذكر، فالبعض يرى أن مجال تطبيق إجراء الوساطة لا ينصرف إلى النزاعات الإدارية، بينما يرى آخرون إمكانية خضوع هذا النوع من النزاعات للتسوية عن طريق الوساطة.

وربما أن سبب هذا الخلاف هو المشرع نفسه، عندما نص صراحة على جواز تطبيق الصلح والتحكيم في النزاعات الإدارية، ولم يتبع ذات النهج مع إجراء الوساطة، مما جعل البعض يقول أن الاحكام الواردة في الفصل الثاني من الباب الأول من الكتاب الخامس من القانون 08-

09 والمتعلقة بالوساطة لا تسري إلا على المواد المدنية، مستثنين إلى أن فكرة النظام العام التي أشارت إليها المادة 994 سالف الذكر، حيث جاء فيها مايلي " يجب على القاضي عرض إجراء الوساطة على الخصوم في جميع المواد، باستثناء قضايا شؤون الأسرة والقضايا العمالية...، وكل مامن شأنه أن يمس بالنظام العام"، ذلك أن جميع مسائل النظام العام لا يمكن تسويتها خارج ساحة القضاء، ومن بينها قواعد القانون الإداري، التي تعتبر قواعد أمره تتوفر فيها علة المصلحة العامة، فهي لم تقرر لحماية الإدارة في حد ذاتها، وإنما لحماية الصالح العام.

إن تناول المشرع لهذا الإجراء بالشكل السابق أدى إلى أن إكتنف اللبس والغموض قصد المشرع من وراء هذا الطرح، وبدا للبعض أن إجراء الوساطة لا يطبق على المادة الإدارية، بإعتبار أن جميع قواعدها من النظام العام، وأدى ببعض فقهاء القانون الإداري في الجزائر¹، إلى القول أن المشرع الجزائري قد أقصى الوساطة من نطاق هذا النوع من النزاعات، وقد استندوا في موقفهم على كيفية تناول المشرع لهذا الطريق الودي مقارنة بالصلح والتحكيم، الذي استخدم بشأنهما المشرع فكرة الإحالة إلى تطبيق الفصل الخامس من الباب الثاني من الكتاب الخامس من القانون رقم 08-09 سالف الذكر، بشأن التحكيم في النزاعات الإدارية، بينما لم يشر إلى تطبيق أحكام الفصل الثاني من الباب الأول من ذات الكتاب، المتضمن إجراء الوساطة.

وقد يبدو هذا الموقف صائبا باعتبار النظرة التي نظر من خلالها إلى الموضوع، ولكننا لا نؤيده، ذلك أن هذا التصور لا يعكس النية الحقيقية للمشرع، كما أنه لا يتماشى مع التوجه العام الحالي للسلطات العمومية في سياق مسار إصلاح العدالة، ويتنافى مع توجهات القوانين المقارنة في مجال تطوير الطرق البديلة لتسوية النزاعات الإدارية وعلى وجه الخصوص منازعات العقود الإدارية، لاسيما بفرنسا التي قطعت أشواطا كبيرة في هذا مجال.

كما أن هذا الرأي أتى بحكم مطلق في اعتقادنا، بإقصائه تطبيق الوساطة في كافة أوجه المنازعات الإدارية²، ذلك أن هذا الطرح ينطبق على طائفة واحدة من النزاعات الإدارية هي

¹ - على رأسهم الاستاذ رشيد خلوفي الذي أدلى برأيه حول موضوع قابلية خضوع النزاع الإداري للوساطة، أنظر رشيد خلوفين قانون المنازعات الإدارية، ج. 3، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013، ص. 212.

² - نشير في معرض تدليلنا على عدم صواب ماذهب إليه الأستاذ رشيد خلوفي، الذي تساءل عن جدوى الوساطة المستحدثة في ظل أحكام القانون رقم 08-09، بعد الإستغناء عن مؤسسة وسيط الجمهورية بموجب المرسوم الرئاسي رقم 99 - 170 المؤرخ في 2 أوت 1999 المتضمن إلغاء مؤسسة وسيط الجمهورية، وقد استند على ذلك لتبرير إقصاء نزاعات المادة الإدارية من التسوية الودية عن طريق إجراء الوساطة، لكن في رأينا أن مؤسسة وسيط الجمهورية تختلف إختلافا جذريا وكليا عن إجراء الوساطة كطريق ودي لتسوية النزاعات، ولا مجال للمقارنة بينهما بتاتا.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

نزاعات قضاء المشروعية، أما نزاعات قضاء الحقوق، فلا يوجد ما يبرر إقصاء الوساطة من مجالها¹.

كما أنه لسنا بحاجة إلى نص تشريعي يؤكد قابلية خضوع نزاعات المادة الإدارية للوساطة في القانون رقم 08-09، مادام أنه قد تم إدراجه في باب مستقل يتعلق بالطرق البديلة لتسوية النزاعات، تطبق أحكامه على المواد المدنية والإدارية على السواء.

كما لا يجوز في رأينا الإستناد على فكرة النظام العام، لإستبعاد الوساطة من النزاعات الإدارية، لأن وجود قواعد متعلقة بالنظام العام، لا يمنع اللجوء إلى الوساطة لحسم بعض النزاعات التي تقبل حسمها بطريقة ودية، باعتبار أن الوطاء يقع على عاتقهم عدم مخالفة هذه القواعد في محضر اتفاق الوساطة الذي يحررونه، كما أن عدم التقيد بذلك يؤدي إلى عدم مصادقة القاضي عليه.

كما يمكن التذليل على عدم تحفظ المشرع على الوساطة في نزاعات المادة الإدارية في أحكام المادة 994 من القانون رقم 08-09 من خلال بعض النصوص الخاصة، على غرار المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المتضمن تنظيم الصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام، حيث أجازت المادة 153 سالفه الذكر إمكانية لجوء الإدارة المتعاقدة إلى حلول ودية لتسوية بعض النزاعات المتعلقة بالعقود الإدارية التي تبرمها، وهو ماسبق أن فصلنا فيه، وألزمت المصلحة المتعاقدة بتسوية النزاعات الناشئة عن تنفيذ عقود الصفقات العمومية بطريقة ودية، ومن ثم لو أراد المشرع في هذا المرسوم حظر أعمال الوساطة في هذا المجال، لأشار إلى ذلك، وقيد الإدارة في اختيار طريق ودي محدد.

وفي ختام الحديث عن هذه الجزئية من هذا الفرع، يمكن القول أن تقنية المعلومات والإتصالات الحديثة جعلت من ممارسة الوساطة الإلكترونية أمراً ممكناً، خاصة بعد انتشار العديد من المواقع الإلكترونية لمراكز ومؤسسات الوساطة التي تعرض خدمة الوساطة الإلكترونية على موقعها بشبكة الإنترنت، وبذلك يمكن تسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية بنفس آليات إبرامها بإستخدام شبكة المعلومات، ودونما حاجة إلى التواجد المادي لطرفي الوساطة والوسيط في مكان واحد.

فالوساطة الإلكترونية لا تختلف عن الوساطة العادية التقليدية، ولكنها تكتسب الصفة

¹ في هذا الصدد يتفق غالبية فقه القانون الإداري أنه لا يمكن تسوية منازعات الإدارية المتعلقة بمبدأ المشروعية بغير الطريق الطبيعي المتمثل في القاضي الإداري، ولا يمكن تسويتها بالطرق البديلة لتسوية النزاعات، ضماناً لمبدأ المشروعية وحماية له من أي تجاوز أو انتهاك، بعكس قضاء الحقوق الذي يمكن تسوية منازعاته بالطرق القضائي أو بالطرق الودية لتسوية النزاعات ومن بينها الوساطة.

الإلكترونية من الوسيلة أو الكيفية التي تتم بها. وتمارس الوساطة الإلكترونية من خلال مراكز ومؤسسات الوساطة التي تقدم خدمة الوساطة الإلكترونية عبر شبكة الإنترنت حيث يوجد في موقع كل منها أمانة عامة تتلقى طلبات الوساطة الإلكترونية التي يقوم المدعي بإرسالها بعد ملء نموذج طلب الوساطة المعد سلفاً على موقع مركز الوساطة بشبكة الإنترنت مرفقاً بالطلبات والأدلة والمستندات الإلكترونية والورقية، ومن ثم يقوم المركز بإخطار المدعي عليه في الوساطة، فإذا كان جوابه بالرفض، تنتهي إجراءات الوساطة، أما إذا كان رده بالقبول، يفتح ملف للقضية، ويحرر إتفاق الوساطة، ويعد الوسيط صفحة للنزاع على موقع مركز الوساطة بشبكة الإنترنت، ويزود طرفي الوساطة والوسيط بكلمة السر لدخول الموقع واستعراض النزاع. وتدار جلسات الوساطة الإلكترونية من خلال شبكة الإنترنت ثم يحرر في نهاية كل جلسة محضراً يرسل إلى طرفي الوساطة بصورة إلكترونية لقراءته والتوقيع عليه إلكترونياً، ثم يعاد إرساله من طرفي الوساطة إلى الوسيط عبر موقع قضية الوساطة على الإنترنت، ويقوم الوسيط بعد الاطلاع وسماع الادعاء والدفاع وفحص أدلة الإثبات بقفل باب المرافعة تمهيداً لإصدار التوصية بصورة إلكترونية، وتوقع التوصية بتوقيع إلكتروني من الوسيط وطرفي النزاع، وترسل التوصية عن طريق البريد الإلكتروني لطرفي النزاع، وتوضع على موقع القضية بشبكة الإنترنت¹.

وعليه يتضح لنا بأن شبكة المعلومات الدولية بإعتبارها عالم رقمي لا حدود له جغرافياً، وأن هذه الجغرافيا التي ظهرت في مرحلة لاحقة على وضع القواعد التقليدية لحل التنازع القضائي، وأمام هذا الواقع يثار التساؤل حول ما إذا كانت القواعد التقليدية التي تنظم إختصاص المحاكم الوطنية من الناحية الدولية صالحة للانطباق على المنازعات الحاصلة على شبكة المعلومات الدولية، خاصة أن القواعد التقليدية ينحصر مفعولها بحدود المنازعات التقليدية المرتبطة مكانياً أو شخصياً بدولة ما، بينما تقوم شبكة المعلومات على نظام خاص من المعلومات والبيانات أو العلاقات التي تتجاوز الحدود عند تداولها، مما يفتح الطريق أمام احتمالية إختصاص جميع الدول التي تمتد إليها شبكة المعلومات. وهذا ما يطرح صعوبة تحديد الإختصاص القضائي لمحكمة دولة معينة². لذلك يتطلب هذا الطرح إيجاد قواعد وسبل قانونية لتنظيم حلول من خلال سن قوانين جديدة أو تطويع القواعد التي تحكم التعاقد الإداري بشكله التقليدي وطرق تسوية منازعاته، لتحكم العقد الإداري الإلكتروني والمنازعات التي تتولد عنه، حيث تكون تلك القوانين

¹ - حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة- مصر، 2006، ص. 55.

² - بوليس أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الأنترنت، ط. 1 منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت- لبنان، د. س. ن، ص. 101.

ملائمة مع طبيعتها.

البند الثاني: التحكيم الإلكتروني.

بالنظر إلى التطورات الغير عادية التي شهدتها مجال إبرام العقود الإدارية، والتي أدت إلى تداخل النشاط الإداري في العلاقات الاقتصادية والإستثمارات الداخلية والأجنبية مع أشخاص القانون العام، وكذا القطاع الخاص، فإن ذلك أدى إلى ظهور التحكيم في محاولة لإخراج النزاعات المتولدة عن هذه التطورات من ولاية القضاء، تفرد بعملية التسوية في حالات كثيرة لتمييزه السريع في حسم هذه النزاعات، ما رتب إلزاماً لدى الدول بضرورة تعديل تشريعاتها لمواكبة هذه التطورات على غرار المشرع الجزائري الذي نص في قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية التحكيم في العقود الإدارية.

وكنتيجة للإعتراف بإمكانية المصلحة المتعاقدة اللجوء إلى الوسائط الإلكترونية لإبرام عقودها الإدارية، والإعتراف بحجية المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في إثبات هذا النوع من العقود أمام جهات القضاء الإداري وهيئات التسوية الأخرى، خاصة الهيئات التحكيمية، كان لا بد أن يمس هذا التطور صورة التحكيم التي إنتقلت من صورتها التقليدية إلى صورة إلكترونية تتم بالإستخدام التقنية الإلكترونية.

وتأسيساً على ماسبق، نتساءل عن الدور الذي يلعبه التحكيم في تسوية المنازعات الناشئة عن العقود الإدارية بصفة عامة والعقود الإدارية الإلكترونية بصفة خاصة. لذلك سنقوم بتعريف التحكيم الإلكتروني، ثم بيان مدى قابلية أعمال التحكيم في منازعات العقود الإدارية الإلكترونية، لنتيم في الأخيرة التعرض لنموذج عن إجراءات التحكيم في العقود الإدارية الإلكترونية، وذلك على الشكل التالي:

أولاً: تعريف التحكيم الإلكتروني:

يعرف التحكيم بأنه " نظام قضائي خاص، يختار فيه الأطراف قضاتهم، ويعهدون إليهم بمقتضى إتفاق مكتوب بمهمة تسوية المنازعات التي تنشأ أو نشأت بالفعل بينهم بخصوص علاقاتهم التعاقدية أو غير التعاقدية، والتي يجوز حسمها بطريقة التحكيم وفقاً لمقتضيات القانون والعدالة وإصدار قرار قضائي ملزم لهم".¹

¹ - دويب حسن صابر، حدود إختصاص القضاء الإداري ببطلان التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014، ص. 12.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

ويمكن تعريف التحكيم بأنه إتفاق أطراف النزاع على اختيار بعض الأشخاص من غير أطراف النزاع، وعلى ضوء شروط يحددها مسبقاً للفصل في المنازعة بدلاً من القضاء المختص على ان يقبلوا قرارهم في النزاع باعتباره فاصلاً للخصومة¹.

وعليه يمكن تعريفه بأنه طرح نزاع على شخص معين أو أشخاص معينين ليفصلوا فيها دون المحكمة المختصة، فهو عملية مركبة تقوم على إتفاق أطراف نزاع معين، على عرض خلافهم على محكم أو أكثر للفصل فيه، تحت ضوء قواعد القانون ومبادئه العامة التي تحكم إجراءات التقاضي، أو على ضوء قواعد العدالة وفقاً لما ينص عليه الإتفاق، مع تعهد أطراف النزاع بقبول الحكم الذي يصدر عن المحكمين، والذي يحوز حجية الأمر المقضي فيه، ويصدر بتنفيذ أمر السلطة القضائية في الدولة التي أراد تنفيذه بها. ومن ثم فإن التحكيم هو اصطلاح عام يقترن به مسميات فرعية تختلف بحسب المنازعة التي يراد حسمها، فإذا كانت المنازعة تجارية سمي التحكيم التجاري، وإذا كانت المنازعة مدنية اطلق عليه تحكيمياً مدنياً، وإذا كانت المنازعة إدارية سمي تحكيمياً إدارياً.

وانطلاقاً من مقتضيات الدراسة، نرى أنه لا بد من إيراد تعريف للتحكيم الإداري، حيث يمكن تعريفه بأنه الوسيلة التي بمقتضاها يسمح للجهات الإدارية أن تعهد لهيئات التحكيم بالفصل في المنازعات التي تنشأ بينها وبين الأشخاص الطبيعية أو الاعتبارية سواء كانت وطنية أو أجنبية². وعليه يمكن للباحث أن يعرف التحكيم الإداري في مجال العقد الإداري بأنه وسيلة يلجأ بمقتضاها طرفا العقد الإداري - الإدارة والمتعاقد - إلى إخراج المنازعات الناشئة عن العقد المبرم بينهما ومن ولاية القضاء الإداري، وطرحها على المحكم أو هيئة تحكيم مع إلزامها بالحكم الصادر عن هيئة التحكيم في إطار الضوابط التي يضعها المشرع بهذا الصدد، وذلك بمساعدة القضاء وتحت رقابته.

إن مسألة التحكيم الإلكتروني هي من أهم الموضوعات التي من الممكن أن تغني موضوع البحث، حيث يعد التحكيم الإلكتروني أكثر الوسائل ملائمة لفض المنازعات العقود الإدارية إلكترونياً. ويقصد بالوسائل الإلكترونية في مجال التحكيم في منازعات العقود الإدارية تلك الوسائل غير القضائية لنظر النزاع والفصل فيه من خلال الشبكات الإلكترونية مثل الإنترنت. ويجب أن

¹ - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ط2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010، ص. 10.

² - دويب حسن صابر، المرجع السابق، ص. 15 و16.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

نشير إلى أن التحكيم الإلكتروني يمكن أن يشمل كافة المنازعات سواء من وقعت في العقد الإداري المبرم إلكترونياً أو المبرم بشكل تقليدي، أي بغض النظر عن الآلية التي تم من خلالها التعاقد¹. أما بالنسبة للتحكيم في مجال العقود الإدارية الإلكترونية، فهو اتفاق الأطراف على إخضاع المنازعات الناشئة أو المحتمل نشوؤها عن عمليات التعاقد الإداري بالوسائل الإلكترونية إلى شخص آخر يحكم فيها بموجب سلطة مستمدة من اتفاق أطراف النزاع، وذلك بالاعتماد على وسائل تكنولوجية متطورة، وهو لا يختلف عن معنى التحكيم الإداري التقليدي، فقط الاختلاف موجود بينهما يتمثل في أن التحكيم الإلكتروني يتم بوسائل إلكترونية لكونه يتم من خلاله تسوية المنازعات والخلافات دون الحاجة إلى الحضور المادي لأطراف المنازعة المعروضة على التحكيم في مكان واحد. فهو -التحكيم الإداري الإلكتروني- يعتبر أكثر سرعة وتوفيراً للوقت من التحكيم الإداري التقليدي، ومن اللجوء إلى القضاء لكونه لا يشترط التواجد المادي لأطراف المنازعة في محكمة التحكيم، ما يؤدي إلى تقادي مشقة الانتقال إلى المحكمة، بالنظر إلى الميزة التي يوفرها من إمكانية تبادل أطراف النزاع وهيئة التحكيم للوثائق والأدلة فيما بينهم في وقت واحد عن طريق وسائل إلكترونية².

وبهذا فإن التحكيم الإلكتروني في العقود الإدارية الإلكترونية لا يختلف عن التحكيم التقليدي في العقود الإدارية سوى في الوسائل المستخدمة لإتمام إجراءات التحكيم، حيث تتم عملية التحكيم في فضاء افتراضي عبر شبكة الإنترنت في الأول دون حضور الأطراف أمام هيئة التحكيم، وكذلك يتم صدور الحكم بطريق إلكتروني، وهذه الوسائل كلها إلكترونية، غير موجودة في التحكيم التقليدي في العقود الإدارية³.

وعليه يعرف الباحث التحكيم الإلكتروني في العقود الإدارية الإلكترونية بأنه "الاتفاق بين طرفي العقد الإداري الإلكتروني على تضمين هذا العقد بندا ينص على اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لتسوية أي خلاف ينشأ بشأن هذا العقد، أو جعل هذا الاتفاق في عقد مستقل يشار به إلى أن أي خلاف أو نزاع ينشأ بين الطرفين يخضع للتحكيم الإلكتروني عبر شبكة الإنترنت أو وسائل الاتصال الحديثة الأخرى، وسواء أكان هذا النزاع فيما يخص العقد في مرحلة الإبرام

¹ - لقد صدرت العديد من التشريعات المحلية والدولية حول الوسائل الإلكترونية البديلة لفظ المنازعات الإلكترونية و العادية، منها القانون الإماراتي والاسباني. أشار إلى ذلك: محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 13.

² - مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010، ص. 88.

³ - فادي محمد عماد الدين توكل، المرجع سابق، ص. 198.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أو مرحلة التنفيذ للعقد الإداري الإلكتروني، حيث يختار الطرفان محكما واحدا أو أكثر وفقا لما إتفق عليه الطرفان مسبقا، شريطة أن يكون هذا التحكيم الإلكتروني قبل اللجوء للقضاء المختص".
ونؤكد على هذه العبارة الأخيرة لأننا نرغب في أن تكون كل إجراءات التعاقد الإداري الإلكتروني، وتسوية منازعاته بشكل إلكتروني تماشيا مع السرعة التي غزت العالم بكل كيانه القانوني.

ثانيا: قابلية أعمال التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية في التشريعات

المقارنة:

حاول المشرعون في الدول المقارنة النص على التحكيم كأسلوب من أساليب فض وتسوية النزاعات في العقود الإدارية، وهذا ما سنوضحه في كل من فرنسا ومصر والجزائر

1. في فرنسا:

اعترف المشرع الفرنسي بالتحكيم منذ زمن طويل لحل منازعات العقود الإدارية، لكن كان ذلك مقتصرًا على العقود الإدارية الدولية دون العقود الإدارية الداخلية، حسب القانون الفرنسي رقم 86-972 الذي يحدد الأحكام المختلفة التي تتعلق بالتجمعات المحلية¹، وقبله ما نصت عليه المادتين رقم 83 و1004 من تقنين الإجراءات المدنية الفرنسي القديم لسنة 1906 على مبدأ حظر التحكيم في العقود الإدارية الداخلية.

كما سمحت المادة 69 من قانون الإجراءات المدنية لسنة 1906 للدولة والمحافظات بتسوية المنازعات المتعلقة بعقود الأشغال العامة وعقود التوريد (الدولية) عن طريق التحكيم إذا كان النزاع منصبا على تحديد قيمة مبلغ مالي واجب الأداء. وبالتالي لا تخضع للتحكيم المنازعات التي تتعلق بتصفية النفقات الناشئة عن أي عقد إداري آخر غير هذين العقدين.

ليتم بعد ذلك توسيع حقل تطبيق قانون 1906 سابق الذكر بصدور المرسوم رقم 60-724² بأن قام المشرع في هذا المرسوم بالنص على جواز التحكيم في العقود التي تبرمها البلديات، ونقابات البلديات المشتركة، والمراكز الحضرية، وقطاعات البلدية، والمؤسسات العامة الإقليمية والبلدية، بعدما كان يخص فقط العقود الذي تبرم من طرف الدولة والمحافظات والبلديات، ومن الجانب الموضوعي قام المشرع الفرنسي في ظل هذا المرسوم بإضافة المنازعات الخاصة بتصفية

¹- Loi n°86-972 du 19 août 1986, portant dispositions diverses relatives aux collectivités locales, J.O.R.F. du 22 août 1986.

²- Décret n°60-724, du 25 juillet 1960, NOUVELLE REGLEMENTATION DES MARCHES PASSES AU NOM DES DEPARTEMENTS, COMMUNES, SYNDICATS DE COMMUNES ET ETABLISSEMENTS PUBLICS DEPARTEMENTAUX OU COMMUNAUX, J.O.R.F. n° 173, du 27 juillet 1960,

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

النفقات العامة بأعمال البناء إلى جانب المنازعات المتعلقة بتصفية نفقات عقود الأشغال العامة وعقود التوريد.

وفي عام 2004 وضع المشرع أهم وأوسع إستثناء عرفه القانون الإداري الفرنسي والمتعلق بعقود الشراكة « PPP » Le Partenariat Public Prive وكان ذلك بموجب الأمر رقم 1599 - 2004، ويقصد بهذا العقد أن يعهد أحد أشخاص القانون العام أحد أشخاص القانون الخاص خلال مدة محددة القيام بمهمة إجمالية تتعلق بتمويل الإستثمارات الخاصة بالأعمال والتجهيزات الضرورية للمرافق العامة، وإدارتها وإستغلالها وصيانتها، حيث أجاز هذا الأمر إمكانية اللجوء إلى التحكيم كآلية لتسوية النزاعات المترتبة بهذا النوع من العقود.

ويترتب على هذا كله إمكانية تطبيق التحكيم في منازعات العقود التي سبق ذكرها، والتي حددها القانون على سبيل الحصر في حال ماتم إبرامها بالشكل الإلكتروني لعدم وجود مانع قانوني، حيث اعترف المشرع الفرنسي بإمكانية إبرام العقود الإدارية الإلكترونية على نحو ما بينا سابقا، من جهة، ومن جهة ثانية إقراره بالحجية الكاملة للمستندات الإلكترونية في الإثبات كما لاحظنا.

II. في مصر:

أشار القانون المصري رقم 27 لسنة 1994 إلى التحكيم في المواد المدنية والتجارية، واختلف في شموله للتحكيم في العقود الإدارية أم لا، لينقسم الفقه في مصر بين مؤيد ومعارض للتحكيم في العقود الإدارية في ظل هذا القانون، حيث ذهب جانب من الفقه المصري إلى القول أنه لا يجوز اللجوء إلى التحكيم، وذلك لأن إختصاص مجلس الدولة بنظر هذه المنازعات محدد في نص المادة 10 من القانون مجلس الدولة رقم 47 لسنة 1972، وثم لا يجوز تعديل هذا الإختصاص إلا بقانون، لا بقرار أو عقد أي لا يجوز تعديل اختصاص مجلس الدولة بمقتضى اتفاق بين الطرفين باللجوء إلى التحكيم بدلا من اللجوء إلى مجلس الدولة.

وظل هذا الوضع قائما إلى أن عدلت المادة الأولى من القانون رقم 27 لسنة 1994 السابق ذكره بالقانون رقم 9 لسنة 1997 بإضافة التحكيم في منازعات العقود الإدارية بشرط موافقة الوزير المختص أو من يتولى إختصاصه بالنسبة للأشخاص العامة، ولا يجوز التفويض في ذلك²، والملاحظ أن قرار المشرع المصري كان أكثر نضجا من قرار المشرع الفرنسي، ذلك أن المشرع

¹ - Ordonnance n° 2004-559, du 17 juin 2004, sur les contrats de partenariat, J.O.R.F. n°141, du 19 juin 2004.

² - جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، د. س. ن، ص. 32 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

المصري هو أول من أجاز التحكيم في العقود الإدارية بشكل عام دون الحظر الذي ورد من قبل المشرع الفرنسي على الداخلية منها¹.

ويشمل القانون رقم 9 لسنة 1997 جميع منازعات العقود الإدارية سواء حدثت في مرحلة إبرام العقد أو تنفيذه أو ما ترتب عليه من آثار، غير أنه وبصدور القانون رقم 182 لسنة 2018 المنظم للتعاقدات التي تبرمها الجهات العامة المشار إليه سابقا، نجده قد إترف بمبدأ جواز التحكيم المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري فقط، وذلك في نص المادة 91 سابقة الذكر، والمادة 180 من لائحته التنفيذية، مما يطرح إشكالية تعارض بين المادة 1 من القانون رقم 9 لسنة 1997 الذي اقر بإمكانية اللجوء إلى التحكيم في كامل منازعات العقود الإدارية سواء حدثت في مرحلة الإبرام أو مرحلة التنفيذ، والمادة 91 من القانون رقم 182 لسنة 2018 التي قصرت إمكانية اللجوء إلى التحكيم على المنازعات الناشئة عن تنفيذ العقد الإداري.

III. الجزائر:

وضع قانون الإجراءات المدنية والإدارية إطارا قانونيا مشتركا للتحكيم في القضايا غير الإدارية، كما ميز القضايا الإدارية بإطار قانوني للتحكيم خاص بها، وذلك ابتداء من نص المواد 975 إلى 977 من القانون 08-09 المشار إليه سابقا، بينما يتمثل الإطار العام للتحكيم في جميع النزاعات بما فيها المنازعات الإدارية في المواد 1006 إلى 1038 من نفس القانون.

وقد عرف المشرع الجزائري إتفاقيات التحكيم في صورتين مختلفتين هما شرط التحكيم، وإتفاق التحكيم، حيث تعرف المادة 1007 من القانون 08-09 المشار إليه سابقا شرط التحكيم بأنه " إتفاق سابق يحدد الجهة المكلفة بالنظر في نزاع محتمل بمناسبة تنفيذ العقد، ومتمى تم الإتفاق على ذلك لا يجوز للأطراف المتعاقدة اللجوء إلى القضاء إلا إذا فشل التحكيم."، فيما بينت المادة 1008 من نفس القانون كيفية إثبات هذا الشرط، وكيفية تعيين المحكمين، ونصت على الحالة التي تتعثر فيها عملية تعيين المحكمين بعقل أحد أطراف النزاع أو بسبب إجراءات تعيين المحكمين، عندها يقوم رئيس الجهة القضائية الواقع في دائرة اختصاصها محل إبرام العقد أو محل تنفيذه بتعيين محكم أو عدة محكمين طبقا لأحكام المادة 1009 من نفس القانون.

أما بالنسبة للصورة الثانية من إتفاقيات التحكيم، فهي إتفاق التحكيم الذي عرفته المادة 1011 من القانون رقم 08-09 بأنه " الإتفاق المبرم بين الخصوم في نزاع معين قائم بينهم بالفعل ، يلزمون بمقتضاه على عرض النزاع على محكم أو محكمين يختارونهم للفصل فيه بدلا

¹ - أفتى مجلس الدولة المصري ممثلا بجمعيته العمومية بإجازة التحكيم في العقود الإدارية في 10 / 3 / 1993 .

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

من المحكمة المختصة.¹، فيها بينت المادة 1012 شروط صحة إتفاق التحكيم، من ضرورة أن يكون إتفاق التحكيم مكتوباً، ووجوب أن يتضمن إتفاق التحكيم تحت طائلة البطلان موضوع النزاع وأسماء المحكمين أو كيفية تعيينهم.

وبالرجوع إلى مجال أعمال التحكيم في العقود الإدارية، فقد عنى المشرع الجزائري بذلك أشد العناية، وهو مانستشفه من النظام القانوني الذي وضعه للتحكيم في المادة الإدارية، حيث نصت المادة 975 على أنه " لا يجوز للأشخاص المذكورة في المادة 800 أعلاه أن تجري تحكيميا إلا في الحالات الواردة في الإتفاقات الدولية التي صادقت عليها الجزائر وفي مادة الصفقات العمومية".¹، وعليه يتضح أن المبدأ العام هو عدم جواز التحكيم في طرف الأشخاص المذكورة في المادة 800 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية، أما الإستثناء على هذه القاعدة فقد ورد في حالتين، الأولى في حالة وجود إتفاقية دولية تكون الجزائر قد صادقت عليها تتيح لهذه الأشخاص اللجوء إلى التحكيم، والثانية النزاعات في مادة الصفقات العمومية. كما أضافت المادة 976 من نفس القانون أن اللجوء إلى التحكيم في المنازعات المترتبة عن الإستثنائين السابقين (وجود إتفاقيات دولية مصادق عليها من طرف الجزائر - مادة الصفقات العمومية) يكون بمبادرة الوزير المعني أو الوزراء المعنيين عندما يتعلق الأمر بالدولة، أو الوالي أو رئيس المجلس الشعبي البلدي عندما يتعلق الأمر بالولاية والبلدية، أو الممثل القانوني أو ممثل السلطة الوصية التي يتبعها عندما يتعلق الأمر بمؤسسة عمومية ذات صبغة إدارية.

وتجدر الإشارة إلى نقطة مهمة أن نطاق أعمال التحكيم في منازعات الصفقات العمومية حسب المادة 1006 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية يقتصر على التحكيم في المنازعات التي تتعلق بالحقوق المالية فقط، وهو ما نستخلصه من نص المادة المذكورة " يمكن لكل شخص اللجوء إلى التحكيم في الحقوق التي له مطلق التصرف فيها "، وهذا مايؤدي إلى استبعاد أوجه النزاعات الأخرى في مادة الصفقات العمومية من التحكيم والمتمثلة في مايلي:

- النزاعات الناشئة عند إبرام الصفقات العمومية.
- النزاعات التي تتعلق بمشروعية أعمال الإدارة كدعوى إلغاء القرارات الإدارية المنفصلة المتعلقة بالصفقة العمومية.

¹ - المادة 800 من القانون رقم 08-09 المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية سابق الإشارة إليه، والتي تحدد الإختصاص النوعي للمحاكم الإدارية.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

- النزاعات التي تنشأ في مرحلة التنفيذ والتي لا تتعلق بالالتزامات المالية بين أطراف الصفقة العمومية،

كما يستبعد أيضا من التحكيم النزاعات المتعلقة بالنظام العام وحالة الأشخاص. وفي ختام الحديث عن مدى استيعاب التشريعات المقارنة للتحكيم في المنازعات العقد الإداري يمكن أن نقول إمكانية اللجوء للتحكيم الإلكتروني في تسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني ممكنة، حسب النصوص القانونية الموجودة في الدول المقارنة كما بينا، ولكن تبقى في الحاجة الملحة لنصوص تشريعية تخص تعريف هذا النوع من التحكيم الإلكتروني، وتبين صورته المختلفة وإجراءاته¹.

ثالثا: نموذج عن إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني.

إرتائنا في ختام هذا الباب أن نقوم ببيان خطوات التحكيم الإلكتروني في مجال العقود الإدارية الإلكترونية، مع التنويه أن الحديث عن هذه الخطوات والإجراءات التي نحن بصدد التطرق لها سيكون بشكل عام، وأن هذه الإجراءات والضوابط استتبتها الباحث من التشريعات العالمية الرائدة، وبعض الإتفاقيات الدولية في مجال إبرام العقد الإداري الإلكتروني وتسوية منازعاته، كذا بعض إتفاقيات التحكيم التجاري الدولي على وجه الخصوص مع مراعاة خصوصية العقد الإداري طبعاً.

وتجدر الإشارة بداية إلى أن عملية اختيار المحكمين في نظام التحكيم التقليدي يكون على عاتق طرفي النزاع سواء بالنص عليهم مسبقاً، أو بالإتفاق لاحقاً بعد إبرام العقد الإداري الإلكتروني، لكن بالنسبة للتحكيم الإلكتروني فيتم في أغلب الأحوال عن طريق محاكم وهيئات تحكيمية تتولي إدارة عمليات التحكيم الإلكتروني.

وعليه يتم تعيين المحكمين في التحكيم الإلكتروني بمعرفة محكمة التحكيم، وهذا ما نصت عليه المحكمة القضائية²، حيث تختار الأمانة الخاصة بالمحكمة محكماً واحداً أو ثلاثة، إلا في

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، 2007 ص. 15 وما بعدها.

² - المحكمة القضائية: هي من أهم التنظيمات الذاتية لتسوية المنازعات بطريقة إلكترونية، قد أنشأت في كندا في مونتريال في سنة 2001، كما قد أنشئت محاكم أخرى في أمريكا بموجب القانون رقم 262 لسنة 2001، وكذلك في ماليزيا أنشئت محكمة العدل القضائية، والهدف من إنشاء هذه المحاكم هو وضع نظام وآلية لحل وتسوية المنازعات الناشئة عن استخدام الفضاء المعلوماتي، (cyberspace) بتقديم خدمات التحكيم عبر الوسائط الإلكترونية. وقد خلصت لائحة الإجراءات التي وضعتها المحكمة القضائية إلى التنفيذ في 20 ديسمبر 2005، ويجب القول أن إجراءات هذه المحكمة تختلف عن الإجراءات القضائية الإلكترونية، فالأولى تتم إجراءاتها كلياً عبر الإنترنت أو وسائل الإتصال الحديثة، بينما يجري جزء واحد من إجراءات الثانية عبر الإطار الإلكتروني. أنظر: المادة 8 من لائحة المحكمة القضائية، أشار إلى ذلك: سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع سابق، ص. 40 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

حالة اتفاق الأطراف على تعيين المحكمين صراحة، وقبل هذا كله هنالك مسألة مهمة، هي أنه وقبل أي إجراء يجب أن تؤخذ موافقة الجهات ذات العلاقة، ففي فرنسا مثلا إشتراط المرسوم رقم 2000-764 المشار إليه سابقا ضرورة تصديق مجلس إدارة المؤسسة على قرار اللجوء إلى التحكيم، وفي جميع المنازعات دون تحديد.

وبعد أخذ الموافقات السابقة، تبدأ خطوات التحكيم بإرسال طلب التحكيم الإلكتروني إلى موقع المركز التحكيمي الإلكتروني، وهنا يجب أن يحدد المدعي سواء أكانت الإدارة أو المتعاقد معها، شخصية المدعى عليه بصورة دقيقة، إضافة إلى تحديد موضوع النزاع الذي يرغب الطرفان تسويته وإخضاعه للتحكيم. ويتطلب إتمام هذا الطلب دقة عالية من خلالها يقوم المدعي ب:-
- يقوم الطرف الأول المدعي بتعبئة نموذج التحكيم الإلكتروني المعد سلفا على الموقع الإلكتروني التابع لمركز التحكيم بعد النقر على مفتاح (Create a case)، والمتضمن عدة بيانات هي:

- 1- إسم المحكمين الكامل، وهذا الإسم هو الرسمي طبعاً، فإذا كانت جهة إدارية يرسل اسمها الرسمي، مع شرح بإيجاز طبيعة النزاع وأسبابه مع طلبات مقدم الطلب.
 - 2- يذكر في الطلب أسماء ممثلي مقدم الطلب إن وجدوا و وكلائه كذلك، مع العناوين والأرقام الخاصة بهم لغرض الإتصال بهم وقت الحاجة، (هاتف ، فاكس، بريد إلكتروني).
 - 3- يجب أن يحدد مقدم الطلب عدد المحكمين بالفرد واحداً أو ثلاثة وإن أغفل ذلك، يعد أنه قد إختار محكما واحداً (Sole arbitrator) لحل النزاع.
 - 4- تحديد إجراءات نظر النزاع، وإذا لم يحدد سيعتمد المركز على الإجراءات الخاصة به¹.
 - 5- يقوم المدعي -المحتكم- بإرسال نسخة من إتفاق التحكيم للمركز، مع نسخة الطلب المحال فيه النزاع²، ويحق لمقدم الطلب إرسال بيانات في قائمة، على أن لا تتجاوز واحد ميغابايت 1 mb كما حددها مركز التحكيم، وأما الوثائق غير الإلكترونية فتُرسل بالبريد المستعجل.
- يرسل الطلب للمركز بالنقر على مفتاح الإرسال (SEND) إلى المكتب المركز، وقد يخطر المحتكم ضده بنسخة إلكترونية منه أو يترك ذلك لمركز التحكيم الإلكتروني³، وبالإمكان إرسال الطلب عبر البريد العادي.

¹ - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 71 و ما بعدها.

² - نصت على ذلك المواد 3 و4 من قواعد غرفة التحكيم الدولية، والمادة 1/ب من قواعد محكمة لندن للتحكيم الدولي.

³ - هذا ما نصت عليه المادة 1 من القواعد المنظمة لغرفة التجارة الدولية بباريس C.C.I.

- يقوم مقدم الطلب بأداء الرسوم المحددة حسب جدول للرسوم الموجودة على موقع المركز الإلكتروني، بعد ذلك يستلم المركز طلب التحكيم، ويراجعه ويقبل النزاع، وبذلك يبدأ تاريخ نظر النزاع بغض النظر عن إخطار المحكم ضده أو أداء الرسوم الإدارية¹. بعد كل ما سبق يقوم المركز بإخبار المحكم ضده، و يتم إخطاره كما ذكرنا من قبل المحكم، ويعطي مهلة 20 يوما في الغالب للجواب الذي يجب أن يتضمن:

- 1- دفعه واعتراضات المحكم ضده على الإدعاء، وذكر طلباته.
- 2- إعداد قائمة بالبيانات والوثائق التي يستند فيها لدفاعه، وإرسالها إلكترونيا مع الجواب.
- 3- له أن يحدد عدد أعضاء هيئة التحكيم 1 أو 3، مع أن هذا الحق يسقط إذا كان المحكم قد اختار ثلاثة محكمين، وبذلك يرسل ثلاثة أسماء محكمين في قائمة يطلق عليها قائمة (Internet corporation for Assign names and Number -ICANN -)، حيث يعين المركز واحدا منهم في هيئة التحكيم، وإن لم يرسل القائمة يختار المركز المحكم الأنسب مع مراعاة جنسيته، ومحل إقامته، وكذلك أطراف النزاع، أما إذا كان المحكم قد اختار محكما واحدا للنظر في النزاع، فينتقل الخيار للمحكم ضده في القبول أو الرفض، وإذا أيدته المحكم ضده، يجب إخبار المركز خلال 15 يوما، وإلا بقي الخيار للمركز في تعيين المحكم المفرد، وإذا عارض المحكم ضده وجود محكم واحد، فعليه أن يرسل أسماء ثلاثة محكمين، وأداء الرسوم الإدارية المقررة لهم، وهنا يقوم مركز التحكيم بإخبار المحكم لإرسال فارق الرسوم الإدارية خلال 10 أيام، وإلا اعتبر منسحبا من السير في إدعائه، وهنا تعاد رسوم المحكم ضده الإدارية، وتخصم تكاليف اختيار الهيئة من رسوم المحكم².

وتجدر الإشارة إلى أن بدء سريان المدة القانونية يبدأ من تاريخ تعيين الهيئة، ومن الأفضل أن يكون من تاريخ إخطار المحكم ضده، حسب القواعد العامة المعمول بها في أغلب القوانين.

وبعد ذلك يقوم المركز خلال أسبوع بتسلم الجواب من المحكم ضده، ويطلب إكمال النقص في البيانات خلال يومين فقط إن وجد، ويعطيه الحق في القيام بإدعاء مقابل (Counter Claim)، ودفع رسوم هذا الإدعاء أيضا، ويعطي نسخة للمحكم، ويمهله لتقديم جواب والدفع والبيانات إن وجدت، وبذلك تقوم الهيئة بالفصل في الإدعاءين معا.

¹ - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، المرجع السابق، ص. 73.

² - محمد إبراهيم أبو الهيجاء، نفس المرجع، ص. 74 وما بعدها.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

وبإكتمال جميع البيانات، يقوم مركز التحكيم الإلكتروني بتحديد موعد للمحاكمة، وتحديد تاريخ صدور القرار، خلال 30 يوما من تاريخ استلام المركز جواب المحتكم ضده. إن جميع الإجراءات السابقة تتم بشكل إلكتروني، فإذا رغب الأطراف مثلا الخضوع للمحكمة التحكيمية، فإن هذه المحكمة تزود كل من المحتكم والمحتكم ضده أرقاما سرية وشخصية لغرض تمكين الطرفين من الدخول إلى الموقع الخاص بها، والمتضمن المعلومات المتعلقة بالمنازعة، وصدور الحكم الإلكتروني، وتقيده على الموقع الإلكتروني للمحكمة، فنكون هنا أمام حكم مكتمل¹.

تبدأ جلسات المحاكمة في اليوم المعين عنه، وذلك بعد أن أعطيت مهلة كافية للخصوم لتقديم أي وثائق إضافية أو تعديل في البيانات المقدمة مسبقا. ولا يتم الحضور إلا من خلال تبادل الأصوات والصور بين الخصوم عبر شبكة الإنترنت، أو أي وسيلة الاتصال حديثة، كما يتم في المؤتمرات المنعقدة عن بعد، وكأن الأطراف حاضرة فعليا². وينبغي نؤكد أن أي حضور شخصي للأطراف يفرغ التحكيم الإلكتروني من غايته، ويجعله أشبه بالتحكيم العادي.

وبعد إنتهاء محكمة التحكيم من جميع الإجراءات السابقة، وسماع الإدعاءات الدفاع، وفحص جميع الوثائق والبيانات الإلكترونية المقدمة من الطرفين، تقوم بإنهاء المرافعة وإصدار الحكم بالتشاور مع الأعضاء. ويصدر الحكم بشكل كتابة إلكترونية على الأغلب، وموقع بالتوقيع الإلكتروني للمحكمة تحقيقا لشرط الشكل في التشريعات الوطنية³، وذلك لما للكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني من حجية كاملة في الإثبات كما ذكرنا سابقا، بعدها يرسل مركز التحكيم نسخة من الحكم لكل طرف عبر شبكة الإنترنت والعنوان الإلكتروني الذي سجله أثناء تقديم طلبات التحكيم الإلكتروني، كما يوضع الحكم على الموقع الإلكتروني للقضية في شبكة الإنترنت، ويخطر المحكم أو هيئة التحكيم الأطراف بالحكم⁴.

أما فيما يخص عملية تنفيذ الحكم، فإن على طرفي النزاع (الإدارة والمتعاقد معها) تنفيذ الحكم الصادر من محكمة التحكيم دون تأخير، وإذا تخلف الطرف الخاسر عن التنفيذ، فيرجع الطرف الآخر للقضاء الوطني لدولة التنفيذ لطلب تنفيذ الحكم، ذلك أن التشريعات الوطنية تطلب تقديم أصل إتفاق التحكيم عند طلب تنفيذ الحكم، لذلك يجب على الطرف الذي يدعي به تقديمه

¹ - سامي عبد الباقي أبو صالح، المرجع السابق، ص. 43.

² - فادي محمد عماد توكل، المرجع السابق، ص. 234.

³ - فادي محمد عماد توكل، نفس المرجع، ص. 236 وما بعدها.

⁴ - أنظر المادة 25 / 3 من اللائحة الخاصة بالمحكمة القضائية.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

إلى الجهات المختصة لتنفيذه، والحكم المقدم يكون على شكل كتابة إلكترونية موقعة إلكترونيا. وهنا يجب أن يكون مشرع هذه الدولة قد اعترف بهما، وإلا نكون أمام إشكال في التنفيذ، هذا ونؤكد أن كل من التشريعات المقارنة - فرنسا ومصر والجزائر - تعترف بحكم التحكيم الإلكتروني كنتيجة لاعترافها بكل من الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني كأدلة إثبات كاملة كما وضحنا من قبل.

وفيما يخص الطعن في حكم التحكيم، فبالرجوع إلى المشرع الفرنسي يمنع الطعن في أحكام التحكيم الداخلية بالمعارضة أو النقض، ولكن يجوز الطعن ضدها بالاستئناف، أما أحكام التحكيم الدولية الصادرة في فرنسا لا يمكن الطعن ضدها.

أما المشرع المصري فإنه لم يعطي الحق في الطعن في أحكام التحكيم الصادرة طبقا لقانون التحكيم المصري بأي طريقة من طرق الطعن المنصوص عليها في قانون المرافعات المدنية والتجارية، هذا ما نص عليه قانون التحكيم المصري، حيث يعد حكم التحكيم نهائيا، ولكن سمح فقط بالطعن بالحكم الصادر بالبطلان وأسباب محددة¹، وهذا ما يتماشى مع التحكيم الإلكتروني حيث أشارت لائحة المحكمة القضائية إلى أن حكم التحكيم الإلكتروني نهائي، ولا يجوز الطعن فيه بالاستئناف، كما أشارت نفس اللائحة في فقرة أخرى إلى أن الأطراف المتفقة على التحكيم تكون قد تنازلت عن حقها في الطعن في الحكم بمجرد الإتفاق على إخضاع النزاع للتحكيم²،

أما في الجزائر فقد نصت المادة 1033 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية على إمكانية الطعن بالاستئناف في أحكام التحكيم في أجل شهر واحد أمام المحكمة التي يقع في دائرة إختصاصها حكم التحكيم، مالم يتنازل الأطراف عن الحق في الإستئناف في إتفاق التحكيم. كما أجاز المشرع الجزائري إمكانية الطعن في الحكم التحكيمي عن طريق إعتراض الغير الخارج عن الخصومة أمام الجهة القضائية المختصة قبل اللجوء إلى التحكيم، وهو ما نصت عليه المادة 1032، التي في نفس الوقت منعت الطعن في أحكام التحكيم عن طريق المعارضة.

ونشيد بما ذهب إليه المشرع الفرنسي في هذا المجال حيث أجاز الطعن بالاستئناف ضد أحكام التحكيم الداخلية، دون أحكام التحكيم الدولية التي تصدر نهائيا غير قابلة لأي طعن، وهو ما يتناسب مع التحكيم الإلكتروني في مجال العقود الإدارية، ونهيب بالمشرع الجزائري السير على نفس ما ذهب إليه المشرع الفرنسي.

¹ - نص المادة 1/25 من قانون التحكيم المصري رقم 9 لسنة 1997.

² - نص المادة 6/5/25 من اللائحة الخاصة بالمحكمة القضائية.

الباب الثاني : إبرام العقد الإداري الإلكتروني إشكالات إنعقاده

أما فيما يخص الطعن ضد حكم التحكيم الإلكتروني بالبطلان، فمن الصعب تحديد مكان هذا التحكيم الذي تم في فضاء إلكتروني مفتوح، وفكرة مكان التحكيم فكرة قانونية لا تتلاءم مع طبيعة البيئة الإلكترونية، وهنا قد تكون دولة منشأ الحكم هي الأسهل قاعدة للتطبيق.

أما فيما يخص حفظ الحكم، فإنه يمكن أن يوثق في أي جهة توثيق إلكتروني لحفظ الحكم وجميع الوثائق للرجوع إليها أي وقت. إذا فالتحكيم الإلكتروني يشمل على إجراءات آلية غاية في الدقة والرصانة، مما يحدو بالجهات المتعاقدة في العقد الإداري الإلكتروني إلى إتباعه بشكل دائم للمزايا التي ذكرناها، وللسهولة التي يتمتع بها.

خاتمة

خاتمة

كشف التطور التكنولوجي في الوقت الراهن، على أن الواقع الإلكتروني أصبح موطننا جديدا للأعمال والتصرفات القانونية أيا كان أطرافها، وبما تحتويه من إيجابيات وما تفرضه من تحديات على الصعيدين الفني والقانوني.

ولم تكن الإدارة العامة بمعزل عن هذا التطور، بل حرصت على مسايرة كل جديد فيه، رغبة في تطوير نشاطها الإداري الذي أصبح مرهونا بتطبيق نظام الإدارة الإلكترونية، مما أدى إلى نقل معظم أعمالها إلى الواقع الإلكتروني، وأرسى الثقافة الإلكترونية على حساب نظيرتها الورقية. وبناء على ذلك خرج إلى الوجود العقد الإداري، الذي يعتمد على إجراءات إلكترونية في إبرامه على وجه التحديد أو تنفيذه في بعض الأحيان، الأمر الذي أدى إلى التشكيك في مدى مشروعية كل ذلك، ومدى إنسجامه مع القواعد القانونية الحالية.

ومن هذا المنطلق سلطت الدراسة الضوء على أهم جوانب التطور الحاصل في مجال التعاقد الإداري في إطار القانون العام، الذي أفرز نظاما قانونيا تعاقديا قائم على دعائم إلكترونية لم تكن الإدارة تلجأ إليها من قبل، والإطلاع على تطبيقات المشرعين في الدول المقارنة - خاصة فرنسا - لهذا الوجه الجديد من التعاقد الذي يحكمه القانون الإداري، بدء بتوضيح تأثير التحول إلى نظام الإدارة الإلكترونية على أعمال الإدارة التعاقدية، من خلال دراسة مدى صلاحية المعايير التقليدية للعقد الإداري لتمييز العقد الإداري الإلكتروني، وكذا تبيان مدى تأثر المبادئ الأساسية للإبرام العقد الإداري في ظل التعاقد الإداري الإلكتروني، نظرا للخصوصية التي يتمتع بها هذا العقد، الذي يستند إلى واقع افتراضي للتعبير عن الإدارة.

ولعل أهم جانب يعبر عن تميز العقد الإداري الإلكتروني عن نظيره التقليدي هو أساليب الإبرام، التي تقوم على إجراءات ومراحل تختلف عن تلك المعروفة في العقد الإداري التقليدي، وهو ما أكدته التوجيهات الأوروبية المتعلقة بإبرام العقود عبر الوسائط الإلكترونية، والقانون الفرنسي الذي تميز في هذا المجال بقواعد إستثنائية، سواء على مستوى أساليب التعاقد الجديدة التي أقرها لإبرام العقد الإداري الإلكتروني كأسلوب المزادات الإلكترونية، أو على مستوى مراحل الإبرام من مرحلة تقديم العروض إلكترونيا، ومرحلة إختيار المتعاقد مع الإدارة التي تتم إلكترونيا كذلك.

ونظرا للشكلية التي تتميز بها إجراءات التعاقد في القانون الإداري، فقد سلطت الدراسة تسليط الضوء كذلك على إشكالات إثبات عمليات التعاقد الإداري الإلكتروني كونه يتم عبر واقع إلكتروني غير ملموس من خلال البحث في أثر الوسائل الإلكترونية على الإثبات في مجال

خاتمة

القانون الإداري، ودور الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في ذلك، نظرا لأهمية الإثبات في صون حقوق أطراف العقد، إدارة كانت أو متعاقدًا معها، خاصة في حالة نشوب نزاعات بينهما، والتي مسها التطور التكنولوجي خاصة في جانب آليات تسويتها، حيث ألزمت التشريعات تسويتها بالطرق الودية أولاً، وفي حالة فشل التسوية الودية يتم اللجوء إلى الآليات الأخرى كالوساطة الإلكترونية والتحكيم الإلكتروني ليبقى القضاء كآخر طريق قد يلجأ إليه أطراف العقد لتسوية النزاع الناشئ بينهما. لننتهي في الأخير إلى ذكر أهم النتائج والإقتراحات التي توصلنا إليها في هذه الدراسة وذلك على الشكل التالي:

أولاً: النتائج

1- إن العقد الإداري في صورته الجديد -العقد الإداري الإلكتروني- ينطلق من جوهر نظام الإدارة الإلكترونية التي تتولى إبرامه من خلال وسائل الإتصال الحديثة المتاحة لدى الإدارة والأفراد معاً، ومن ثم فإن مشروعيتها مبنية على أساس مشروعية النظام المذكور.

2- على الرغم من المخاوف والتشكيك الذي يحوم حول نظام الإدارة الإلكترونية بحجة أن تعسف الإدارة وتجاوزها لأحكام القانون إنتقل بدوره مع أعمالها وإمтиازاتها إلى الواقع الإلكتروني الجديد، الأمر الذي أدى بالبعض رفض القبول به، إلا أنه يوجد ما يبين مشروعية هذا النظام إنطلاقاً من المزايا العديدة التي قدمها بالمقارنة مع نظام الإدارة التقليدية. كما أن القانون الإداري فيه من المرونة والتطور مايسمح بذلك، وهذا خلافاً لما يراه هؤلاء في تعارض هذا النظام مع أصول القانون الإداري الذي يخاطب الإدارة لا الحاسوب، ذلك أن الإدارة تبقى حاضرة من خلال عنصرها البشري، وما الحاسوب ووسائل الإتصال الأخرى إلا أدوات جديدة في يدها للقيام بالتعبير عن إرادتها أو نقلها بصورة إلكترونية دون أن يحل محلها في إبرام العقد الإداري. وهو ما يتماشى مع الإتجاه الحديث للتشريعات بإرساء قوانين للتصرفات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني.

3- إن كان ماتقدم يؤسس لميلاد العقد الإداري الإلكتروني، فوجوده واستمراره يقتضي إحترامه للأركان والإجراءات التي أرساها المشرع والقضاء في هذا المقام، ولا يختلف الأمر عما هو معمول به بالنسبة للعقد الإداري التقليدي، مع الأخذ بعين الإعتبار أن مفهوم التعاقد التقليدي يتسع في ظل هذا التطور ليشمل فكرة التعاقد الإلكتروني في

إبرام العقد الإداري، كما أن أساليب إبرام تعد الأكثر تأثراً في هذا المقام، لكن جوهر الإجراءات الواجبة قانوناً هو المتبع، ولكن بألية فنية جديدة.

4- أجمعت التشريعات المقارنة على أن الأصل في العقود الإدارية أنها مكتوبة، وهذا لأن الكتابة تعد شرطاً من شروط العقد، وبالتالي فإن مخالفة الشكل الكتابي يربط بطلان العقد، وما يهمننا في مجال دراستنا، أنه يمكن الإحتجاج بالشكلية الإلكترونية في إثبات التصرفات القانونية كافة إلا ما استثنى منها بنص صريح، بشرط أن تكون مفهومة وقابلة للحفظ والإستمرار وعدم التعديل، وهو ما ينطبق على العقد الإداري الإلكتروني. وتتمثل الشكلية الإلكترونية في الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني، الذي يجب مراعاة أن يكون وفقاً للضوابط الفنية والقانونية التي أسسها المشرع في القوانين المنظمة لهما حتى ينتجا أثرهما القانوني والإعتراف بحجيتهما في إثبات هوية أطراف العلاقة في العقد الإداري الإلكتروني، والتأكيد على انصراف إرادتهم لما جاء فيها. وفي هذا الصدد فإن التوقيع الإلكتروني له أهمية في الكشف عن جهة الإدارة التي أبرمت العقد، وإثبات حضورها لحظة القيام بعملية التعاقد تمهيداً لإبرامه وتنفيذه.

5- إن تعميم إستخدام الوسائل الإلكترونية في إبرام العقود الإدارية في الدول التي أقرت ذلك، أدى إلى تخفيض إجمالي تكاليف تعاقدات الحكومية، وساهم في تعزيز قدرات المؤسسات الصغيرة والمتوسطة في مجال التكنولوجيا بما يعزز فرصها في المنافسة، كما ساهم في تبسيط إجراءات إبرام العقود الإدارية.

6- تتنوع أساليب إبرام العقود الإدارية في ظل القوانين المقارنة بين طرق أصلية وأخرى استثنائية، كأسلوب المناقصة والمزايدة والطلب العروض وأسلوب الممارسة المتميز بمرونته وحرية الإدارة في الاختيار، وإنفرد كل من المشرع الفرنسي والمصري في تنظيمه وبيان إجراءاته دون المشرع الجزائري، حيث إتفقت التشريعات على أن لكل من هذه الأساليب ضوابط وإجراءات وحالات تلتزم المصلحة المتعاقدة باحترامها، غير أنها اختلفت في مدى تمكين الإدارة من اللجوء إلى إبرام العقد وفق هذه الأساليب عبر الوسائل الإلكترونية.

7- يعد أسلوب المزايدات الإلكترونية من أهم أساليب إبرام العقود الإدارية الإلكترونية، والذي ظهر نتيجة المزج بين إجراءات المزايدة في القانون المدني، وإجراءات العقود الإلكترونية، من جهة، وإجراءات إبرام العقود الإدارية من جهة أخرى.

خاتمة

8- يمكن اللجوء إلى إبرام العقد الإداري الإلكتروني باتباع الأساليب إبرام العقود الإدارية التقليدية خاصة أسلوب طلب العروض وأسلوب الإستشارة الانتقائية التحاور التنافسي في فرنسا وأسلوب الممارسة مع ضرورة تكيف إجراءات هذه الأساليب في ظل التعاقد التقليدي مع خصوصية الواقع الإلكتروني في ظل غياب النصوص الإجرائية التي تجسد هذه الخصوصية.

9- للإدارة أن تستفيد من مواقف المشرعين المرنة بخصوص طرق الإعلان وكيفية إجرائه، حيث نلاحظ تمتعها بحرية ملموسة في هذا الشأن طالما أنها في النهاية هي ملتزمة بتحقيق مبدأ العلانية، الذي يتجسد في أقصى درجاته بالطرق والإجراءات الإلكترونية، مع التأكيد على أن طرق الإعلان الجديدة هي ذاتها التقليدية ولا تختلف عنها في شيء سوى من حيث موطنها الذي تنطلق منه ومظهرها الخارجي الذي تتخذه.

10- لقد ساهم ظهور النشر أو الإعلان الإلكتروني وحلوله محل الورقي في نقل العلم بمضمون دعوات التعاقد في مجال العقد الإداري إلى الجميع، من خلال وسائل إلكترونية محددة تتفق مع غاية تحقيق مبدأ العلانية في مجال إبرام العقود الإدارية، نظرا لما تتمتع به من سرعة ودقة، وخاصة التصفح المفتوح أمام الجميع.

11- يتبين من خلال الدراسة أن الانتقال بعمليات إبرام العقد الإداري إلى الواقع الإلكتروني أدى إلى ظهور تحديات على صعيد إثباتها نظرا لقيامها على دعامة إلكترونية وليست ورقية كما هو مستقر عليه، وهو ما يدعونا للقول أن التطور الناتج عن تطبيق نظام الإدارة الإلكترونية لا يؤثر في طبيعة العمل الإداري فحسب، بل في كيفية إثباته.

12- رغم توجه المشرع الجزائري ورغبته الواضحة في مواكبة تطورات العصر في مجال الصفقات العمومية، والتي نلاحظها من خلال إدراجه بعض المواد في الفصل السادس من المرسوم الرئاسي رقم 15-247 والمتضمن أربع مواد تمكن من التعاملات الإلكترونية في مجال إبرام الصفقات العمومية، إلا أن هذه النصوص التي أصدرها في هذا الشأن تبقى غير كافية، باعتبار أن مجال الصفقات يعد مجالاً حساساً وخطيراً في آن واحد، ويمس باقتصاد الدولة، وأربعة مواد تعتبر مجحفة في شأن التعاقد الإداري الإلكتروني .

13- المواد الأربع جاءت في سياق عام غير واضح تحت عنوان " الاتصال وتبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية"، وليس التعاقد الإداري الإلكتروني، وهو ما يجعلنا نقول أن المشرع الجزائري لم يتجاوز بعد مرحلة التعامل الإلكتروني في مجال الصفقات العمومية إلى مرحلة التعاقد الإداري الإلكتروني، فرغم أن نص المادة 204 في فقرتها 3 قد نصت على أن كل عملية في مجال إبرام الصفقات العمومية تكون على حامل ورقي، يمكن أن تكون محل تكييف مع إجراءات الواقع الإلكتروني، وهو ما يعد إقراراً من المشرع الجزائري بإمكانية إبرام صفقة عمومية إلكترونية، إلا أن هذا غير ممكن من الناحية الواقعية على الأقل حالياً في ظل عدم توافر البنية الفنية اللازمة لدى الإدارات العمومية معنية بتطبيق بهذا المرسوم، وضعف التكوين لدى مستخدمي الإدارات العمومية في تعامل مع الإجراءات الإلكترونية في مجال الصفقات العمومية من جهة، وجهة أخرى عدم وجود البنية القانونية الإجرائية التي توضح كيفية تطبيق المواد الواردة في الفصل السادس سابق الذكر، خاصة وأن المادة 204 المشار إليها أعلاه نصت على صدور قرار من وزير المالية يحدد كليات تطبيق هذا النص ولحد الآن لم يصدر هذا القرار.

14- لحد الآن لم تصدر اللوائح التنظيمية التي تبين كيفية تطبيق نص المادتين 204 و206 السابقتين. ولا نعلم سبب هذا التخوف من طرف المشرع الجزائري في إصدار هذه اللوائح. خاصة إذا علمنا أن الجزائر قد وقعت عدة اتفاقيات بخصوص المعاملات الإلكترونية في إطار برنامج الحكومة الإلكترونية (2002-2013)، ورغم المشاريع الضخمة التي تبنتها الجزائر في هذا المجال إلا أن مجال الصفقات العمومية لم يشهد تقدماً فيما يخص التعامل الإلكتروني.

15- باستثناء النص القانوني المتضمن إنشاء بوابة إلكترونية للصفقات العمومية في الجزائر سنة 2013، وهو القرار المؤرخ في 17 نوفمبر 2013 الذي يحدد محتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفية تسييرها وكيفية تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، إلا أن طريقة تسيير الصفقات العمومية مازالت تتم بالطرق التقليدية، والتي تتميز بضبابية المعلومة وصعوبة الوصول إليها، ولا وجود لحد الآن أي تطبيق عملي لهذا النص القانوني رغم مرور أزيد من 5 سنوات عن صدوره

16- رغم وجود موقع متخصص في الصفقات العمومية، تحت تسمية " البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية "، والتي تعد فضاء افتراضيا واسعا لجميع المتعاملين الاقتصاديين في مجال الصفقات العمومية، وتهدف إلى السماح بنشر ومبادلة الوثائق والمعلومات المتعلقة بالصفقات العمومية وكذا إبرام الصفقات العمومية بالطريقة الإلكترونية مستقبلا، واستحداث قاعدة بيانات تسمح عن طريق البوابة الإلكترونية بجمع المعلومات المتعلقة عن: المصالح المتعاقدة، التعامليين الاقتصاديين وملفاتهم الإدارية، الصفقات العمومية، بطاقات الإحصاء الاقتصادي للطلب العمومي، تبادل الوثائق بين المصالح المتعاقدة والمتعاملين الاقتصاديين، منشورات البوابة، إلا أن هذا لا يكفي للقول بإمكانية إبرام عقود إدارية إلكترونية في الجزائر حاليا.

ثانيا: الإقتراحات

1- في ضوء ما تقدم تأتي إقتراحات الباحث لدعوة المشرع والقضاء والفقهاء خاصة في الجزائر بمتابعة مستجدات الواقع الإداري لمساواة هذا القانون مع غيره من فروع القانون الأخرى التي وجدت لها مكانا في الواقع الإلكتروني تجاه التصرفات القانونية القائمة فيه.

2- لا بد من إرساء نظام قانوني كامل يتضمن كافة الأحكام المتعلقة بتنظيم المعاملات الإدارية الإلكترونية في مختلف مراحلها ويضفي عليها صفة المشروعية بشكل واضح وصريح بالقدر الذي يستفيد منه العقد الإداري الإلكتروني وفقا لما حاولت الدراسة إظهاره وكافة التصرفات الإدارية المختلفة.

3- زيادة الإهتمام التشريعي من خلال إتخاذ خطوات تشريعية متكاملة تهدف إلى إقرار المزيد من الأحكام المتعلقة بالإثبات الإداري الإلكتروني في ظل التحديات التي يفرضها هذا النوع من الإثبات ومنح وسائله حجية ثبوتية صريحة، وهو ما ينسحب على ضرورة تقنين أحكام إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإثباته، ذلك أنه حتى في ظل وجود نصوص قانونية في بعض القوانين تحكم التصرفات الإلكترونية، إلا أن هذه الأخيرة يمكن إعتبارها الشريعة العامة، ولا تصلح لفرضها كما هي على المعاملات الإدارية نظرا لأن هذه الأخيرة تختلف عن غيرها من المعاملات العادية من جهة، ومن جهة أخرى تعلقها بأطراف غير متساوية، وبأعمال تعكس سلطات وإمكانيات تملكها الإدارة في مواجهة الأفراد لتحقيق الصالح العام.

خاتمة

- 4- لا بد على المشرع الجزائري مضاعفة الإهتمام في قوانين الصفقات العمومية مستقبلا بهذا المجال، وتخصيص باب تحت مسمى التعاقد الإداري الإلكتروني على غرار نظيره الفرنسي والمصري، يضمنه العديد من المواد التي توضح وتبين إجراءات ومراحل إبرام الصفقات العمومية إلكترونيا بشكل واضح وصريح.
- 5- كما نطلب من كافة الإدارات العمومية في الدولة الخروج من واقع الإدارة الورقية والتخلص من إجراءاتها الروتينية، وإستفادة من التوجه الرسمي في هذا الشأن، والبدء في تجهيز مقراتها بكافة البنية الفنية والوسائل الإلكترونية اللازمة تجسيدا للقيام بمختلف تعاقداتها عبر هذه الوسائل، وكذلك الحال بالنسبة لكافة صور النشاط الإداري الأخرى، بإضافة إلى السعي لتأهيل وتكوين العنصر البشري من خلال الدورات التدريبية التي تمكنه من الإستخدام السهل لهذه الوسائل الإلكترونية.
- 6- تصميم نماذج عقود إدارية إلكترونية على غرار ما ذهبت إليه التوجيهات الأوربية في هذا المجال مثل عقد التوريد وغيرها من العقود، وتعميمها على الإدارات العمومية.

قائمة المراجع

قائمة المراجع

أولاً: الكتب

1. الكتب العامة

1- باللغة العربية

- 1- أحمد محيو، محاضرات في المؤسسات الإدارية، ترجمة محمد عرب صاصيلا، ط.5، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2009.
- 2- أحمد منصور، المشكلات العملية في المناقصات و المزادات، المجلد الأول، د. م. ن، 1996.
- 3- أسامة أبو الحسن مجاهد، الوسيط في قانون المعاملات الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 4- أسامة أحمد بدر، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني، -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، مصر، 2005.
- 5- السيد أحمد محمد مرجان، دور الادارة الالكترونية والادارة المحلية فى الارتقاء بالخدمات الجماهيرية - دراسة مقارنة بين الادارة المحلية فى مصر وبلدية دبي فى دولة الامارات العربية المتحدة، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2006.
- 6- المنزلاوي صالح، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الالكترونية، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005.
- 7- أنس جعفر، العقود الإدارية، ط.3، دار النهضة العربية، مصر، 2003.
- 8- أنور سلطان، مصادر الإلتزام في القانون المدني الأردني، ط. 1، منشورات الجامعة الأردنية، الأردن، عمان، 1987.
- 9- عبد الغني بسيوني عبد الله، النظرية العامة في القانون الإداري، ط. 1، الدار الجامعية، لبنان، بيروت، 1993.
- 10- بوعبد الله رمضان، أحكام عقد الوكالة في التشريع الجزائري، ط. 2، دار الخلدونية، الجزائر، 2008.
- 11- بوليس أنطونيوس أيوب، تحديات شبكة الأنترنت، ط.1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، د. س. ن.
- 12- ج ريبير- روبلو- فيليب ديلبيك- ميشال جرمان، المطول في القانون التجاري، ترجمة على مقلد، ج. 2، ط. 1، مجد المؤسسة الجامعية للدراسة والنشر والتوزيع، بيروت، 2008.

قائمة المراجع

- 13- جابر جاد نصار، التحكيم في العقود الإدارية -دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، د.س.ن.
- 14- جابر جاد نصار، المناقصات العامة - دراسة مقارنة في القانونين المصري والفرنسي والقانون النموذجي للأمم المتحدة الأونيسترال، ط. 1، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1996.
- 15- جورج فودال- بيار دلفولفيه، القانون الإداري، ج. 2، ترجمة منصور القاضي، ط. 1، المؤسسة الجامعية للدراسات والنشر والتوزيع، بيروت، 2001.
- 16- حسن المصري، التحكيم التجاري الدولي، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر، 2006.
- 17- حسني محمد نصر، الإعلام والإنترنت والصحافة الإلكترونية، ط. 1، مكتبة الفلاح للنشر والتوزيع، بيروت، لبنان، 2003.
- 18- حكيم السياب، الإعلام الآلي والقانون، ط. 1، دار وائل للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2013.
- 19- حمدي عبد الرحمن، الوسيط في النظرية العامة للالتزامات، الكتاب الأول، المصادر الإرادية للالتزام، دار النهضة العربية، 1999.
- 20- حوحو يمينة، عقد البيع الإلكتروني في القانون الجزائري، ط. 1، دار بلقيس للنشر والتوزيع، الجزائر، 2016.
- 21- خرشي النوي، تسيير المشاريع في إطار تنظيم الصفقات العمومية، دار الخلدونية، الجزائر، 2011.
- 22- دريد محمود علي، الشركة متعددة الجنسية -ألية التكوين وأساليب النشاط، ط. 1، منشورات حلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 23- دويب حسن صابر، حدود إختصاص القضاء الإداري ببطلان التحكيم، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2014.
- 24- ربحي مصطفى عليان، إدارة المعرفة، ط. 1، دار صفاء للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2008.
- 25- رشيد خلوفي قانون المنازعات الإدارية، ج. 3، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2013.

قائمة المراجع

- 26- سليمان محمد الطماوي، الأسس العامة للعقود الإدارية-دراسة مقارنة-، ط. 5، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2008.
- 27- شريف يوسف خاطر، مدى دستورية حرية الإدارة في التعاقد (دراسة مقارنة)، دار الفكر والقانون، المنصورة، مصر، 2013.
- 28- صلاح الدين الهيتي-نعمة عباس الخفاجي، تحليل أسس الإدارة العامة-منظور معاصر، دار اليازوري العملية للنشر والتوزيع، الأردن، 2009.
- 29- صلاح الدين فوزي، قانون المناقصات والمزايدات رقم 89 لسنة 1998 (المشاكل العملية والحلول القانونية) دراسة تحليلية تأصيلية مقارنة للعقود الإدارية، ط. 1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2012.
- 30- عادل بوعمران، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط. 1، دار الهدى، الجزائر، 2010.
- 31- عباس زبون عبید العبودي، التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجبتها في الإثبات المدني دراسة مقارنة، مكتبة دار الثقافة، الأردن-عمان، 1997 .
- 32- عبد الرزاق أحمد السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني- نظرية الالتزام بوجه عام-، ج1، ط. 1، دار إحياء التراث العربي، بيروت، لبنان، 1998.
- 33- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني - مصادر الالتزام، المجلد الأول، ط. 3، منشورات دار الحلبي، بيروت، لبنان، 1998.
- 34- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الإثبات في دعاوى الإدارية، ط. 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، 2010.
- 35- عبد العزيز عبد المنعم خليفة، الأسس العامة للعقود الإدارية (الإبرام-التنفيذ-الآثار-الإنقضاء)، ط. 1، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة، مصر، 2008.
- 36- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية - مصر، 2002.
- 37- عبد الفتاح بيومي حجازي، الحكومة الإلكترونية بين الواقع والطموح، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008.
- 38- عبد الفتاح صبري أبو الليل، أساليب التعاقد الإداري بين النظرية والتطبيق، دار الكتاب الحديث، القاهرة، مصر، 1994.

قائمة المراجع

- 39- عبد اللطيف قطيش، الصفقات العمومية تشريعا وفقها واجتهادا: دراسة مقارنة، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.
- 40- عبد المنعم عبد الحميد إبراهيم شرف، العقود الإدارية، ط1، دار النهضة العربية، مصر، 2002.
- 41- عدنان عمرو، مبادئ القانون الإداري - نشاط الإدارة ووسائلها-، ط. 2004، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 42- عصمت عبد الله الشيخ، دور نظم وتكنولوجيا المعلومات في تسيير وفعالية العمل الإداري، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 1998.
- 43- علي الدين زيدان- محمد السيد أحمد، الموسوعة الشاملة في شرح القانون الإداري(العقود الإدارية وكيفية إبرامها وآثارها)، ج. 2، المكتب الفني للإصدارات القانونية، المجموعة المتحدة، مصر، د.س.ن.
- 44- علي الدين زيدان- محمد السيد، الموسوعة الشاملة في شرح القضاء الإداري، ج. 6، المكتب الفني للإصدارات القانونية، مصر، د.س.ن.
- 45- علي الفحام، سلطة الإدارة في تعديل العقد الإداري، ط. 1، دار الفكر العربي، مصر، 1976.
- 46- عمار بوضياف، الصفقات العمومية في الجزائر، جسور للنشر والتوزيع، الجزائر، 2007.
- عمار عوابدي، القانون الإداري، ج. 2 - النشاط الإداري، ط. 3، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2005.
- 47- فادي محمد عماد الدين توكل، عقد التجارة الإلكترونية، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت-لبنان، 2010.
- 48- فاروق محمد الإباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2002.
- 49- فريد منعم جبور، حماية المستهلك عبر الإنترنت ومكافحة الجرائم الإلكترونية -دراسة مقارنة-، ط. 2، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2012.
- 50- قدوح حمامة، عملية إبرام الصفقات العمومية في الجزائر، ط. 2، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 2006.

قائمة المراجع

- 51- لزهرة بن سعيد، النظام القانوني لعقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2010.
- 52- ماجد راغب الحلو، القضاء الإداري، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 1995.
- 53- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية والتحكيم، ط. 1، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية- مصر، 2004.
- 54- ماجد راغب الحلو، العقود الإدارية، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، مصر، 2014.
- 55- مازن راضي ليلو، النظرية العامة للقرارات والعقود الإدارية، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، مصر، 2012.
- 56- مال الله جعفر عبد الملك الحمادي، ضمانات العقد الإداري - الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري، دار الجامعة الجديد للنشر، مصر، الإسكندرية، 2003.
- 57- محسن عبد الحميد النبيه، النظرية العامة للالتزامات، ج. 1- المصادر الإدارية، ط. 2، مكتبة الجلاء الجديدة بالمنصورة، مصر، 2004.
- 58- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2005.
- 59- محمد إبراهيم خيرى الوكيل، التظلم الإداري في ضوء الفقه وأحكام القضاء، دار النهضة العربية، مصر، 2012.
- 60- محمد الأعرج، نظام العقود الإدارية والصفقات العمومية وفق قرارات وأحكام القضاء الإداري المغربي، ط. 3، مطبعة المعارف الجديدة، الرباط، المغرب، 2011.
- 61- محمد أنور حمادة، قواعد وإجراءات تنظيم المناقصات والمزايدات والعقود الإدارية، دار الفكر العربي، مصر، الإسكندرية، 2003.
- 62- محمد حسين منصور، المسؤولية الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، مصر، 2007.
- 63- محمد خالد جمال رستم، التنظيم القانوني للتجارة والإثبات الإلكتروني في العالم، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2009.
- 64- محمد خلف الجبوري، العقود الإدارية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.

قائمة المراجع

- 65- محمد عبد العال السناري، وسائل التعاقد الإداري - حقوق والتزامات الإدارة والمتعاقد معها (دراسة مقارنة)، دار النهضة العربية، مصر، د.س.ن.
- 66- محمد عبد الوهاب رفعت، مبادئ وأحكام القانون الإداري، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2002.
- 67- محمد فؤاد عبد الباسط، أعمال السلطة الإدارية - القرار الإداري - العقد الإداري -، دار الجامعة الجديدة للنشر والتوزيع، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 68- محمد فؤاد عبد الباسط، القانون الإداري - تنظيم الإدارة - نشاط الإدارة - وسائل الإدارة -، دار الفكر العربي، مصر، د.س.ن.
- 69- محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية - دراسة مقارنة-، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، عمان، 2006.
- 70- محمد لبيب شنب، دروس في مصادر الالتزام - الإثبات-، دار النهضة العربية، مصر، 1999.
- 71- محمود حلمي، العقد الإداري، ط. 1، دار الفكر العربي للطباعة والنشر، مصر، 1977.
- 72- محمود عاطف البناء، العقود الإدارية، ط. 1، دار الفكر العربي، القاهرة، مصر، 2007.
- 73- مصطفى أبو زيد فهمي، القضاء الإداري ومجلس الدولة قضاء الإلغاء، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، 2005.
- 74- مفتاح خليفة عبد الحميد، المعيار المميز للعقد الإداري، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية-مصر، 2007.
- 75- مناني فراح، التحكيم طريق بديل لحل النزاعات حسب آخر تعديل لقانون الإجراءات المدنية والإدارية الجزائري، دار الهدى للنشر والتوزيع، الجزائر، 2010.
- 76- موفق حماد عبد، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة)، ط. 1، منشورات زين الحقوقية، لبنان، 2011.
- 77- ناصر لباد، الوجيز في القانون الإداري، ط. 2، سطيف، الجزائر، 2006.
- 78- نبيل إبراهيم سعد، النظرية العامة للالتزام، ج. 2، مصادر الالتزام، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2001.
- 79- نضال إسماعيل برهم، احكام عقود التجارة الإلكترونية، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.

قائمة المراجع

- 80- نواف كنعان، القانون الإداري، الكتاب الثاني، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2005.
- 81- نور الدين حروش-رفيقة حروش، علم الإدارة من المدرسة التطبيقية إلى الهندرة، ط. 1، دار الأيام للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2015.
- 82- هاني عبد الرحمن إسماعيل، النظام القانوني لعقد التوريد (دراسة مقارنة)، دار الجامعة الجديدة للنشر، مصر، الإسكندرية، 2012.
- 83- هاني على الطهراوي، القانون الإداري، ط.1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان- الأردن، 2006.
- 84- هناء العملي، كوثر أمين، منازعات الصفقات العمومية على ضوء النص القانوني ووقائع الإجتهد القضائي المغربي، ط. 1، طوب برس، الرباط، المغرب، 2010.
- 85- هيبه سردوك، المناقصة العامة كطريقة للتعاقد الإداري، ط. 1، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، مصر، 2009.
- 86- وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ج. 1، الناشرون المتحدون، إيجيبت للإصدارات والبرمجيات القانونية، مصر، د.س.ن.
- 87- وليد رمضان عبد التواب، الموسوعة الجامعة في المناقصات والمزايدات، ج. 2، الناشرون المتحدون، إيجيبت للإصدارات والبرمجيات القانونية، مصر، د. س. ن.
- 88- محمد لعقاب، الإنترنت وعصر ثورة المعلومات، ط.1، دار هومة للنشر والتوزيع، الجزائر، 1990.
- 89- إبراهيم السيد أحمد، قانون التجارة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني وقانون الملكية الفكرية والأدبية، الدار الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2005.
- 90- مهند مختار نوح، الإيجاب والقبول في العقد الإداري، ط. 2013، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان، 2013.

2- باللغة الأجنبية

- 1- Jeans ALAIS-AULOY et STEINMETZ, Prix des produits et services, droit de la consommation, 4^{ème} édition, Dalloz, 1996.
- 2- Jean- François AURY, Olivier RAYMUNDIE, Le service public, Le moniteur, Paris, 2003.

- 3- BEN JAMIN Wright & JANEK, Win the Löw of electronic commerce a division of Aspen publishing-INC-new York, USA, third edition, 2000.
- 4- Daniel CHABONAL, Jean-Pierre JOUGUELET, Marchés publics de travaux, droits et obligations des signataires, 3^{ème} éd., A.J.D.A le monteur, 1999.
- 5- Olivier D'AUZON, Le droit du commerce électronique, éd. du puits fleuri, France, 2004.
- 6- André DE LAUBADERE, Pierre DELVOLVE, Franck MODERNE, Traité des contrats administratifs, T1, L.G.D.J. Paris, 1983.
- 7- André DE LAUBADERE, Jean-Claude VENEZIA , Yves GAUDEMET, Droit Administratif, 17^{ème} éd., L.G.D.J., Paris, 2002.
- 8- André DE LAUBADERE, Traité de droit administratif, 6^{ème} ed., L.G.D.J, Paris, 1973.
- 9- André DE LAUBADERE, Traité élémentaire de droit Administratif, L.G.D.J, Paris, 1984.
- 10- Oliver HANES, Susan DIANNE, the new Virtual many-Löw and paraline, K lower Löw international press, 1999.
- 11- Dominique LE GOUPE, La meilleure offre dans les marchés publics, les éd. d'organisation, 1997.
- 12- Marceau LONG - D. Weil - G. Braibant, Les grands arrêts de la jurisprudence administrative, 7^{ème} éd., Paris, 1974.
- 13- Marceau LONG, Prosper WEIL, Guy BRAIBANT, Pierre DELVOLE et Bruno GENEVOIS, Les grands arrêts de la jurisprudence administratif, 16^{ème} éd., Dalloz, 2007.
- 14- M-A-Flamme, Traité de droit Administratif, t 2, Bruxelles, 1989.
- 15- Ahmed MAHIOU, Cours d'institution Administrative, 3^{ème} éd., Alger, 1981.
- 16- Laurent RICHER , Droit des contrats administratifs, 8^{ème} éd., l'extenso éd., Paris, 2012.
- 17- Jean RIVERO, Droit administratif, 2^{ème} éd., Dalloz, Paris, 1987.
- 18- Michel ROUX, appels d'offres rédiger, répondre, Analyser, Eyrolles, éd. d'organisation.

قائمة المراجع

- 19- SABRI Mohamed, AOUDIA Khaled, LAHEM Mohamed, Guide de gestion des marchés publics, éd. de sahel, Algerie, 2000.
- 20- Didier TRUCHET, Droit administratif, 2^{ème} éd., 2009.
- 21- Georges VEDEL, Pierre DELVOLVE, Droit administratif, Thémis, P.U.F., 9^{ème} éd., 1984.

II. الكتب المتخصصة

1- باللغة العربية

- 1- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، جامعة الكويت، مجلس النشر العلمي، 2003.
- 2- أحمد خالد العلجوني، التعاقد عن طريق الانترنت دراسة مقارنة، ط. 1، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان-الأردن، 2002.
- 3- إيمان عبد المحسن زكي، الحكومة الإلكترونية مدخل إداري متكامل، منشورات المنظمة العربية للتنمية الإدارية، القاهرة، مصر، 2009.
- 4- أيمن سعد سليمان التوقيع الإلكتروني-دراسة مقارنة-، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2004.
- 5- برسيتون جبالا، التسوق عبر الإنترنت، ترجمة خالد العامري، دار الفاروق للنشر والتوزيع، القاهرة، مصر، 2001.
- 6- تامر محمد سليمان الدمياطي، إثبات التعاقد الإلكتروني، ط. 1، دار النهضة العربية للنشر والتوزيع، مصر، 2009.
- 7- توفيق عبد الرحمن، الإدارة الإلكترونية، مركز الخبرات المهنية للإدارة، القاهرة، مصر، 2003.
- 8- ثروت عبد الحميد، التوقيع الإلكتروني - ماهيته - مخاطرة - وكيفية مواجهتها - مدى حجيتها في الإثبات -، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 9- حازم صلاح الدين عبد الله، تعاقد جهة الإدارة عبر شبكة الانترنت - دراسة مقارنة -، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2013.
- 10- حسن بدوي، التعاقد عبر الإنترنت دراسة فقهية مقارنة، دار الكتب القانونية، مصر، سنة 2009.

قائمة المراجع

- 11- حسن عبد الباسط جمعي، إثبات التصرفات القانونية التي يتم ابرمها عن طريق الإنترنت دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2000.
- 12- حمد سعيد، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة، مطبوعات جامعة الكويت، الكويت، 1998.
- 13- حمدي سليمان القبيلات، قانون الإدارة العامة الإلكترونية، ط. 1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2014.
- 14- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني-دراسة مقارنة، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2006.
- 15- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، مصر، 2008.
- 16- داوود عبد الرزاق الباز، الحكومة الإلكترونية وأثرها على النظام القانوني للمرفق العام وأعمال موظفيه، ط. 1، منشأة المعارف، مصر، 2007.
- 17- رحيمة الصغير ساعد نمديلي، العقد الإداري الإلكتروني-دراسة تحليلية مقارنة، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007.
- 18- سامح عبد الواحد التهامي، التعاقد عبر الإنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2008.
- 19- سامي عبد الباقي أبو صالح، التحكيم التجاري الإلكتروني، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، 2007.
- 20- سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، 2006.
- 21- سمير عبد السميع الأودن، العقد الإداري الإلكتروني، ط. 1، منشأة المعارف، مصر - الإسكندرية، د. س. ن.
- 22- عباس بدران، الحكومة الإلكترونية من الإستراتيجية إلى التطبيق، ط. 1، المؤسسة العربية للدراسات والنشر، لبنان، 2004.
- 23- عباس زبون عبيد العبودي، تحديات الإثبات بالسندات الإلكترونية ومتطلبات النظام القانوني لتجاوزها، ط. 1، منشورات الحلبي الحقوقية، لبنان، 2011.
- 24- عبد الرحمن توفيق، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، إصدارات بميك، القاهرة-مصر، 2003.
- 25- عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية الحكومة الإلكترونية، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية-مصر، 2003.

قائمة المراجع

- 26- عبد الفتاح مطر عصام، الحكومة الإلكترونية بين النظرية والتطبيق، ط. 1، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية-مصر، 2008.
- 27- علاء عبد الرزاق السالمي، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، دار وائل للنشر والتوزيع، الأردن، 2008.
- 28- علاء محمد الفواعير، العقود الإلكترونية- التراضي والتعبير عن الإرادة-، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2014.
- 29- على محي الدين الفرداعي، حكم إجراءات العقود بآلات الإتصالات الحديثة على ضوء قواعد الفقه الإسلامي، ط. 1، مؤسسة الرسالة، سوريا، 1992.
- 30- عيسى غسان ربضي، القواعد الخاصة بالتوقيع الإلكتروني، ط. 1، دار الثقافة، الأردن، 2009.
- 31- فتيحة محمد قوراري، الحماية الجنائية للمعاملات المصرفية والإلكترونية، دراسة تطبيقية على الإسكندرية، كلية الحقوق، 2005.
- 32- لورنس محمد عبيدات، إثبات المحرر الإلكتروني، ط. 1، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2009.
- 33- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم الإلكتروني، ط. 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، الأردن، 2010.
- 34- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، عقود التجارة الإلكترونية العقد الإلكتروني -إثبات العقد الإلكتروني
- 35- حماية المستهلكين -وسائل الدفع الإلكترونية -المنازعات العقدية وغير العقدية -الحكومة الإلكترونية-القانون الواجب التطبيق، ط. 2، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، 2011.
- 36- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الإتصال الحديثة ومدى حجيتها، ط. 1، المكتبة القانونية، مصر، 2008.
- 37- محمد الشهاوي، شرح قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15 لسنة 2004 دراسة مقارنة، ط. 1، دار النهضة العربية، مصر، القاهرة، 2010.
- 38- محمد أمين الرومي، التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت، ط. 1، دار المطبوعات الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2004.
- 39- محمد حسام محمود لطفي، استخدام وسائل الاتصال الحديثة في التفاوض في العقود وإبرامها، د.د.ن، القاهرة، سنة 1993.

قائمة المراجع

- 40- محمد حسام محمود لطفي، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية - دراسة قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة إلى خاصة لبعض قوانين البلدان العربية-، النسر الذهبي للطباعة للطباعة، القاهرة، مصر، 2002.
- 41- محمد سمير أحمد، الإدارة الإلكترونية، ط. 1، دار المسيرة، الأردن، 2009.
- 42- محمود عبد الرحيم شريفات، التراضي في التعاقد عبر الإنترنت، ط. 1، دار الحامد للنشر والتوزيع، الأردن، 2005.
- 43- منير محمد الجنيهي - ممدوح محمد الجنيهي، الطبيعة القانونية للعقد الإلكتروني، ط. 1، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، د.س.ن.
- 44- ناجح أحمد عبد الوهاب، التطور الحديث للقانون الإداري في ظل نظام الحكومة الإلكترونية، دار النهضة العربية، مصر، 2012.
- 45- نور الدين الناصري، المعاملات والاثبات في مجال الاتصالات الحديثة، ط. 1، مطبعة النجاح الجديدة الدار البيضاء، المغرب.
- 46- ياسين سعد غالب، الإدارة الإلكترونية وآفاق تطبيقاتها العربية، ط. 1، معهد الإدارة العامة، السعودية، 2005.

2- باللغة الأجنبية

- 1-Etienne MONTERO, Les contrats de l'informatique et de l'internet, lorcier, Bruxelles, 2005.
- 2-SANTIAGO Cavanillas Mugica, Les contrat en ligne dans la théorie générale du contrat, éd. Delta, Beyrouth, Liban, 2001.

ثانيا: رسائل الدكتوراه

1. باللغة العربية

- 1- إبراهيم عبيد علي آل علي، العقد الإلكتروني، رسالة دكتوراه في الحقوق، كلية الحقوق جامعة حلوان، مصر، السنة الجامعية 2010.
- 2- بلقنشي حبيب، إثبات التعاقد عبر الانترنت البريد المرئي-دراسة مقارنة-، أطروحة دكتوراه في العلوم، تخصص قانون خاص، كلية الحقوق، جامعة وهران، 2011.
- 3- تياب نادية، آليات مواجهة الفساد في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص القانون، كلية الحقوق - جامعة مولود معمري تيزي وزو، 2013-2014.

قائمة المراجع

- 4- حامدي بلقاسم، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه في العلوم تخصص قانون أعمال، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة الحاج لخضر باتنة، 2015.
- 5- حيدر طالب محمد علي شذر، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري في العراق دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهريين، 2004.
- 6- خلدون عائشة، أساليب التعاقد الإداري في مجال الصفقات العمومية، رسالة دكتوراه في العلوم تخصص القانون العام، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، 2015-2016.
- 7- رجب كريم عبد الله، التفاوض على العقد، دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه كلية الحقوق، عين شمس، 2000.
- 8- سامي محمد الطوخي شفافية أعمال الإدارة مدخل رقابي للإصلاح الإداري، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة بني سويف، مصر، 2005.
- 9- صالح نصير العتيبي، دور الشروط الجوهرية القانونية في العلاقة العقدية، رسالة دكتوراه حقوق، عين شمس، 2001.
- 10- عايض راشد المري، مدى حجية الوسائل التكنولوجية الحديثة في اثبات العقود التجارية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، د. س. ن.
- 11- عبد المطلب عبد الرزاق اللطيف الهاشمي، النظام القانوني للإحالة في العقود الإدارية، أطروحة دكتوراه، كلية القانون، جامعة بغداد، 1997.
- 12- عجالي بخالد، النظام القانوني لإبرام العقد الإلكتروني في التشريع الجزائري-دراسة مقارنة، رسالة دكتوراه في العلوم، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة مولود معمري تيزي وزو، جوان 2014.
- 13- عمرو عبد الفتاح على يونس، جوانب قانونية للتعاقد الإلكتروني في إطار القانون المدني، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة عين شمس، مصر، 2008.
- 14- فيصل محمد كمال عبد العزيز، الحماية القانونية لعقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، 2008.
- 15- محمد إبراهيم عرسان أبو الهيجاء، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، رسالة دكتوراه، معهد البحوث العربية، قسم الدراسات القانونية، المنظمة العربية للتربية والثقافة والعلوم، جامعة الدول العربية، القاهرة، مصر، 2004.

قائمة المراجع

- 16- محمد خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق جامعة الإسكندرية، مصر، 2005.
- 17- محمد سعيد أحمد إسماعيل، أساليب الحماية القانونية لمعاملات التجارة الالكترونية، رسالة دكتوراه، كلية الحقوق - جامعة عين شمس، 2005.
- 18- محمد علي محمد عطالله، الإثبات بالقرائن في القانون الإداري والشريعة الإسلامية دراسة فقهية مقارنة، رسالة الدكتوراه في القانون، قسم القانون العام، كلية الحقوق، جامعة أسيوط، مصر، 2001.
- 19- ناصر عبد الحميد السلامات، نفاذ القرار الإداري في القانون الإداري الأردني - دراسة مقارنة - رسالة دكتوراه، قسم القانون العام، كلية الحقوق جامعة عين شمس، 2009.

II. باللغة الأجنبية

- 1- Michel DURUPTY, Les enjeux pratiques et juridiques des télé procédures – colloque de l'administration électronique aux services des citoyens, Université de Paris 1, Panthéon – Sorbonne, Paris, 2003.
- 2- Kessler DELPHINE, Le contrat administratif face a l'électronique, D.E.A, Droit de L'internet, Université du Paris, Panthéon-Sorbonne, 2002.
- 3- Mohamed KOBTAN , Le régime juridique des contrats du secteur public, Thèse de doctorat d'Etat, Université Alger, 23 janvier 1982.
- 4- ZAHY Younes, L'incidence des nouvelles technologies sur le droit traditionnel des actes juridiques, thèse Paris 1, 2002.

ثالثا: المقالات والمدخلات

I. باللغة العربية

- 1- أحمد عودة الغوييري، إجراءات التقاضي الإدارية أمام محكمة العدل العليا الأردنية دراسة مقارنة، مجلة جامعة مؤتة للبحوث والدراسات، المجلد السادس، العدد الثالث، 1991.
- 2- الكاهنة زاوي، إبرام الصفقات العمومية في ظل القانون رقم 15-247، مجلة الشريعة والاقتصاد، كلية الشريعة والاقتصاد جامعة الأمير عبد القادر للعلوم الإسلامية، قسنطينة - الجزائر، العدد الثاني، ديسمبر 2017.
- 3- باسيل يوسف، الجوانب القانونية للعقود التجارية عبر الحواسيب وشبكة الإنترنت والبريد الإلكتروني، مجلة دراسات قانونية، بيت الحكمة، بغداد - العراق، العدد 4، ديسمبر 2000.

قائمة المراجع

- 4- بشار خياط، العقد الإداري الإلكتروني، مجلة جامعة البعث، المجلد 39، العدد67، العراق، 2017.
- 5- بيل جيتس، المعلوماتية بعد الإنترنت طريق المستقبل، ترجمة عبد السلام رضوان، المجلس الوطني للثقافة والفنون والآداب، سلسلة عالم المعرفة، الكويت، العدد231.
- 6- حمدي سليمان القبيلات، النظام القانوني لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية، مجلة دراسات (علوم الشريعة والقانون)، المجلد 34، 2007.
- 7- حمودي ناصر، نزاعات العقود الإلكترونية: أزمة مناهج تنازع القوانين وظهور القانون الموضوعي الإلكتروني كبديل، مجلة معارف، جامعة العقيد آكلي محند أولحاج البويرة، العدد 5، ديسمبر 2008.
- 8- داوود الباز، المناقصة الإلكترونية وسيلة لاختيار المتعاقد مع الإدارة، مجلة الحقوق، الكويت، العدد الثالث، 2005.
- 9- راشدي صابر، المركز القانوني للكمبيوتر (الحاسب) في التعاقد الإلكتروني، مجلة المعارف، المركز الجامعي البويرة، العدد 9، 2010.
- 10- رامي محمد علوان، التعبير عن الإرادة عن طريق الإنترنت وإثبات التعاقد الإلكتروني، مجلة الحقوق الكويتية، السنة 26، العدد 4، ديسمبر 2002.
- 11- عادل حسن، الإطار القانوني لعقود المعاملات الإلكترونية، ج. 2، مجلة مركز بحوث الشرطة، مركز بحوث الشرطة بأكاديمية مبارك للأمن، العدد 33، يناير 2008.
- 12- عزاوي عبد الرحمن، خصوصية المصطلحات القانونية في القانون الإداري و انعكاساتها على مفهوم الأعمال الإدارية القانونية (حالة العقد الإداري)، المجلة الجزائرية للعلوم القانونية والإقتصادية والسياسية، كلية الحقوق، جامعة الجزائر، العدد الأول، مارس 2012.
- 13- علي سيد قاسم، بعض الجوانب القانونية للتوقيع الإلكتروني، مجلة القانون والإقتصاد، كلية الحقوق جامعة القاهرة، مطابع الطوبجي، العدد 72، 2002.
- 14- علي حسن باكير، المفهوم الشامل للإدارة الإلكترونية، مجلة آراء حول الخليج، مركز الخليج للأبحاث، الإمارات العربية المتحدة، العدد 23، 2006.
- 15- فؤاد العطار، وسائل تعاقد الإدارة، مجلة مجلس الدولة، السنة الخامسة، يناير 1954.

قائمة المراجع

- 16- فيصل عبد الحافظ الشوابكة، النظام القانوني للعقد الإداري الإلكتروني، مجلة الجامعة الإسلامية للدراسات الاقتصادية والإدارية، جامعة العلوم الإسلامية العالمية، غزة، فلسطين، المجلد 12، العدد 2، جوان 2013،
- 17- مجيد حميد العنكي، إنشاء العقد في القانون الانجليزي، مجلة جامعة صدام، كلية الحقوق، المجلد الثالث، جويلية 1999.
- 18- محمد بودالي، التوقيع الإلكتروني، مجلة المدرسة الوطنية للإارة، مركز التوثيق والبحوث الإدارية، العدد 26، الجزائر، 2003.
- 19- محمد عبد الله حمود، النظام القانوني لإبرام العقد الإداري عن طريق تقنية المناقصات، دراسة مقارنة بين التشريعين الإماراتي و البحريني، مجلة الحقوق الصادرة عن كلية الحقوق بجامعة البحرين، المجلد الثانيين العدد الأول، 3 يناير 2005.
- 20- نور الدين الرحالي، الصفقات العمومية المحلية بين تحقيق التنمية والإضرار بالبيئة، مجلة الأبحاث والدراسات القانونية، العدد 2، جامعة محمد بوضياف المسيلة، 2013.
- 21- يزيد أنيس نصير، الإيجاب والقبول في القانون المدني الأردني والمقارن- القوة اللازمة للإيجاب-، مجلة دراسات علوم الشريعة والقانون، الجامعة الأردنية، العدد 1، عمان، 2003.

II. باللغة الأجنبية

- 1- J- M. Le Gard, La conciliation par le juge administratif, A.J.D.A, 2008.
- 2- BENNADJI Cherif, Marchés publics et corruption en Algérie, Revue d'études et de critique social, n° 25, Alger, 2008.
- 3- PHILIPPE Delelis, La dématérialisation des marchés publics principaux aspects juridiques et organisationnels, Revue legicom, Volume 2, n° 31, 2004.
- 4- Taze DEKEUWER, Consommateurs de la loi n° 98-60 du 18 janvier 1992 renforçant des consommateurs petites affiches, 29 janvier 1993.
- 5- Xavier LINANT, Commerce électronique et avenir des circuits de distribution (de l'expérience des Etats-Unis aux perspectives française, Aspects juridiques et fiscaux), publication dans la GAZETTE DU DROIT DES TECHNOLOGIES AVANCE2S, n° 291 à 293, du 18 au 20 Octobre 1998.

رابعاً: مواقع الإنترنت

- 1- <http://www.europa.eu.int>.
- 2- www.interieur.gov.dz/index.php/ar/80, 10/01/2017, 02:00.

قائمة المراجع

- 3- حمزة محمد ناجي خالد، المفهوم الشامل لتطبيق الإدارة الإلكترونية، بحث منشور على موقع: <http://ar.wikibooks.org/wiki.2017/11/12>.
- 4- أحمد السيد كردي، أهم مبادئ الإدارة الإلكترونية، بحث منشور على موقع: <http://Kenanaonline.com/users/ahmedkordy/posts/129026.12/12/2018>
- 5-Marie HELENE, Deschanps MARQUIS, nouvelles solutions en matière de commerce électronique: www.Legassenbly.sk.ca/progabill.htm.
- 6-www.europa.eu.int
- 7-<http://www.Arab-elaw.com>
- 8-Vautrais, le couleur du consentement électronique, 2003, disponible sur : www.Droit.Montréal
- 9-Verbiest (T), lof rance transpose la directive sur le contrat à distance Arts disponible sur www.Droit.technologie.Orge

خامسا: النصوص القانونية

I. النصوص الدولية

- 1- إتفاقية الأمم المتحدة النموذجية الأونسيترال بشأن التجارة الإلكترونية لسنة 1996.
- 2- التوجيه الأوربي رقم 97-07، الصادر في 20 ماي 1997، الجريدة الرسمية، ليوم 04 جوان 1997، عدد رقم 144.
- 3- إتفاقية الأمم المتحدة النموذجية الأونسيترال بشأن التوقيعات الإلكترونية لسنة 2001.
- 4- التوجيه الأوربي رقم 2004-17، الخاص بإجراءات إبرام عقود المياه والطاقة.
- 5- التوجيه الأوربي رقم 2004-18 الخاص بالتنسيق في إجراءات إبرام عقود الأشغال والخدمات والتوريد.
- 6- إتفاقية الأمم المتحدة بشأن استخدام الخطابات الإلكترونية في العقود الدولية نيويورك لسنة 2005.

II. النصوص الداخلية

1- النصوص الوطنية

أ. القوانين العادية

- 1- القانون رقم 83-03 المؤرخ في 05 فيفري 1983 المتعلق بحماية البيئة، ج.ر.ج.ج.، العدد 06، لسنة 1983، والملغى بالقانون رقم 03-10 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بحماية البيئة في إطار التنمية المستدامة، ج.ر.ج.ج.، العدد 43، لسنة 2003، المعدل بالقانون رقم

قائمة المراجع

- 06-07 المؤرخ في 13 ماي 2007، يتعلق بتسيير المساحات الخضراء وحمايتها وتنميتها، ج.ر.ج.ج.، العدد 31، لسنة 2007.
- 2- القانون رقم 88-01، المؤرخ في 12 ديسمبر 1988، المتضمن القانون التوجيهي للمؤسسات العمومية الاقتصادية، ج.ر.ج.ج.، العدد 1 لسنة 1988. المعدل والمتمم.
- 3- القانون رقم 2000-03 المؤرخ في 5 أوت 2000، يحدد القواعد العامة المتعلقة بالبريد والمواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج.، العدد 48، لسنة 2000.
- 4- القانون رقم 04-02 المؤرخ في 23 جوان 2004، يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر.ج.ج.، العدد 41، لسنة 2004.
- 5- القانون رقم 05-02، المؤرخ في 06 فبراير 2005، المعدل والمتمم للأمر رقم 75-59 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975 الذي يتضمن القانون التجاري، ج.ر.ج.ج.، العدد 11 لسنة 2005.
- 6- القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر سنة 1975 والمتضمن القانون المدني، ج.ر.ج.ج.، العدد 44، لسنة 2005.
- 7- القانون رقم 06-01، المؤرخ في 20 فيفري 2006، يتعلق بالوقاية من الفساد ومكافحته، ج.ر.ج.ج.، العدد 14، لسنة 2006، المعدل والمتمم بالأمر رقم 10-05 المؤرخ في 26 أوت 2010، ج.ر.ج.ج.، العدد 50، لسنة 2010، المعدل والمتمم بالقانون رقم 11-15، المؤرخ في 2 أوت 2011، ج.ر.ج.ج.، العدد 44، لسنة 2011.
- 8- القانون رقم 08-09 المؤرخ في 25 فبراير 2008، المتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ج.ر.ج.ج.، العدد لسنة 2008.
- 9- القانون رقم 09-03، المؤرخ في 25 فبراير 2009، يتعلق بحماية المستهلك وقمع الغش، ج.ر.ج.ج.، العدد 15، لسنة 2009.
- 10- القانون رقم 11-10 المؤرخ في 22 جويلية 2011، المتضمن قانون البلدية، ج.ر.ج.ج.، العدد 37 لسنة 2011.
- 11- القانون رقم 12-07 المؤرخ في 21 فيفري 2012، المتضمن قانون الولاية، ج.ر.ج.ج.، العدد 12 لسنة 2012.
- 12- القانون رقم 18-05، المؤرخ في 10 ماي 2018، يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج.، العدد 28، لسنة 2018.

قائمة المراجع

ب. الأوامر

- 1- الأمر رقم 67-145 المؤرخ في 17 جوان 1967، المتضمن قانون الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 52، لسنة 1967.
- 2- الأمر رقم 75-58 المؤرخ في 26 سبتمبر 1975، المتضمن القانون المدني، المعدل والمتمم، ج.ر.ج.ج.، العدد 78، لسنة 1975.
- 3- الأمر رقم 03-03 المؤرخ في 19 جويلية 2003، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 43، لسنة 2003، المعدل والمتمم بالقانون رقم 08-12 المؤرخ في 25 أوت 2008، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 36، لسنة 2008، المعدل والمتمم بالقانون رقم 10-05، المؤرخ في 15 أوت 2010، المتعلق بالمنافسة، ج.ر.ج.ج.، العدد 46، لسنة 2010.
- 4- الأمر رقم 03-11، المؤرخ في 26 أوت 2003 المتعلق بالنقد والقرض، ج.ر.ج.ج.، العدد 52، لسنة 2003.

ت. المراسيم الرئاسية

- 1- المرسوم رقم 82-145 المؤرخ في 10 أبريل 1980، المتضمن تنظيم صفقات المتعامل العمومي، ج.ر.ج.ج.، العدد 15، لسنة 1982.
- 2- المرسوم الرئاسي رقم 02-250 المؤرخ في 24 جويلية 2002، المتضمن تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 52، لسنة 2002.
- 3- المرسوم الرئاسي رقم 11-427 المؤرخ في 11 ديسمبر، يتضمن التصديق على الاتفاق بين حكومة الجمهورية الجزائرية الديمقراطية الشعبية وحكومة الجمهورية الإيطالية المتعلق بكيفيات تجسيد تحويل الدين إلى مشاريع تنمية، الموقع بالجزائر بتاريخ 12 جويلية 2011، ج.ر.ج.ج.، العدد 68، لسنة 2011.
- 4- المرسوم الرئاسي رقم 12-23 المؤرخ في 18 يناير 2012 المتضمن قانون تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 04، لسنة 2012.
- 5- المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المؤرخ في 16 سبتمبر 2015 يتضمن تنظيم الصفقات العمومية وتقويضات المرفق العام، ج.ر.ج.ج.، العدد 50، لسنة 2015.

ث. المراسيم التنفيذية

- 1- المرسوم التنفيذي رقم 91-434 المؤرخ في 9 أبريل 1991، المتضمن إعادة تنظيم الصفقات العمومية، ج.ر.ج.ج.، العدد 57، لسنة 1991.

قائمة المراجع

2- المرسوم التنفيذي رقم 07-162 المؤرخ في 30 ماي 2007 يعدل ويتم المرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 9 ماي 2001، المتعلق بنظام الإستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية، وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، ج.ر.ج.ج.، العدد 37 لسنة 2007.

ج. القرارات

- قرار مؤرخ في 17 نوفمبر 2013، محدد لمحتوى البوابة الإلكترونية للصفقات العمومية وكيفيات تسييرها وكيفيات تبادل المعلومات بالطريقة الإلكترونية، ج.ر.ج.ج.، العدد 21، الصادر بتاريخ 9 أبريل 2014.

2- النصوص الأجنبية

أ. في فرنسا

1- Ordonnance n° 2001-741 du 23 août 2001, portant transposition de directives communautaires et adaptation au droit communautaire en matière de droit de la consommation, J.O.R.F. n°196, du 25 août 2001.

2- Ordonnance n° 2005- 674, du 16 juin 2005, relative à l'accomplissement de certaines formalités contractuelles par voie électronique, J.O.R.F. n°140, du 17 juin 2005.

3- Ordonnance N° 2015-899 du 23 juillet 2015 relative aux marchés publics, J.O.R.F. n°0169, du 24 juillet 2015.

4- Décret n° 2001-210, du 7 mars 2001, portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°57, du 8 mars 2001.

5-Décret n° 2001-846, du 18 septembre 2001, pris en application du 3° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif aux enchères électroniques, J.O.R.F. n°217, du 19 septembre 2001.

6- Décret n° 2002-692, du 30 avril 2002, pris en application du 1° et du 2° de l'article 56 du code des marchés publics et relatif à la dématérialisation des procédures de passation des marchés publics, J.O.R.F. n°103, du 3 mai 2002.

7- Décret n° 2004-15, du 7 janvier 2004, portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°6, du 8 janvier 2004.

8- Décret n° 2006- 975 du 1er août 2006 portant code des marchés publics, J.O.R.F. n°179 du 4 août 2006.

قائمة المراجع

9- Décret N° 2016-360, du 25 mars 2016, relatif aux marchés publics, J.O.R.F. n°0074, du 27 mars 2016.

ب. في مصر

1- قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15 لسنة 2004، والمادة 10 من اللائحة التنفيذية للقانون السابق رقم 15 لسنة 2004.

2- القانون رقم 182 لسنة 2018، الخاص بإصدار قانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الجريدة الرسمية العدد 39 مكرر د، الصادرة في 3 أكتوبر 2018، والذي ألغى القانون رقم 89 لسنة 1998.

3- اللائحة التنفيذية الصادرة بموجب قرار وزير المالية رقم 692 لسنة 2019، الخاص بإصدار اللائحة التنفيذية لقانون تنظيم التعاقدات التي تبرمها الجهات العامة، الصادر بالقانون رقم 182، لسنة 2018.

ت. في دول أخرى

1- قانون إمارة دبي، القانون رقم 02، المتعلق بالمعاملات الإلكترونية والتجارة الإلكترونية، المؤرخ في 12 فيفيري 2002.

2- قانون المعاملات الإلكترونية الأردني رقم 85، لسنة 2001، الصادر في 11 ديسمبر 2001، الجريدة الرسمية للمملكة الأردنية الهاشمية رقم 4524.

الفهرس

1.....	مقدمة
13.....	الباب الأول: التطورات التكنولوجية وأثرها على أعمال الإدارة التعاقدية
15.....	الفصل الأول: الإطار النظري لعملية التعاقد الإداري في ظل التطور التكنولوجي
17.....	المبحث الأول: مدخل إلى نظام التعاقد الإداري التقليدي
18.....	المطلب الأول: مفهوم العقد الإداري
19.....	الفرع الأول: تعريف العقد الإداري
21.....	الفرع الثاني: معايير تمييز العقد الإداري
22.....	البند الأول: المعيار العضوي في تمييز العقود الإدارية
26.....	البند الثاني: المعيار الموضوعي في تمييز العقود الإدارية
27.....	أولاً: اتصال العقد الإداري بالمرفق العام
29.....	ثانياً: تضمين العقد شروط استثنائية غير مألوفة في القانون الخاص
33.....	المطلب الثاني: صور عن بعض أساليب إبرام العقود الإدارية
35.....	الفرع الأول: المناقصة أسلوب التعاقد التقليدي والرئيسي
41.....	الفرع الثاني: أسلوب طلب العروض L appel d offres
45.....	الفرع الثالث: أسلوب التراضي كإستثناء
52.....	المبحث الثاني: تأثير التحول نحو الإدارة العامة الإلكترونية على مفهوم العقد الإداري
56.....	المطلب الأول: مفهوم الإدارة العامة الإلكترونية
57.....	الفرع الأول: تعريف الإدارة الإلكترونية
60.....	الفرع الثاني: تمييز الإدارة الإلكترونية عن الحكومة الإلكترونية
64.....	الفرع الثالث: خصائص الإدارة العامة الإلكترونية
65.....	البند الأول: إنتقاء المحررات الورقية في الإدارة العامة الإلكترونية
66.....	البند الثاني: عدم التقيد بعنصر المكان في الإدارة العامة الإلكترونية
68.....	البند الثالث: عدم التقيد بعنصر الزمان في الإدارة العامة الإلكترونية
68.....	البند الرابع: الإدارة الإلكترونية إدارة بلا تنظيمات جامدة
69.....	المطلب الثاني: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني
71.....	الفرع الأول: التعريف بالعقد الإلكتروني وبيان مشروعيته

- 71.....البند الأول: تعريف العقد الإلكتروني.
- 71.....أولاً: موقف الفقه من تعريف العقد الإلكتروني.
- 73.....ثانياً: موقف النصوص القانونية من تعريف العقد الإلكتروني.
- 78.....البند الثاني: مشروعية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية.
- 78.....أولاً: عدم مشروعية التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية.
- 79.....ثانياً: جواز التعاقد عبر الوسائل الإلكترونية.
- 82.....الفرع الثاني: تعريف العقد الإداري الإلكتروني.
- 88.....الفرع الثالث: خصائص العقد الإداري الإلكتروني.
- البند الأول: غياب التعاصر المادي بين أطراف العقد وتعويضه بالوسيط الإلكتروني (عقد عن بعد).....89.
- البند الثاني: خصوصية تنفيذ وإثبات العقد الإداري الإلكتروني.....91.
- البند الثالث: الزيادة في مجالات الاختيار أمام الإدارة.....93.
- الفصل الثاني: الإطار القانوني والتنظيمي لإبرام العقود الإدارية إلكترونياً.....94.
- المبحث الأول: القواعد العامة للتعاقد الإداري الإلكتروني.....95.
- المطلب الأول: الطبيعة القانونية للعقد الإداري الإلكتروني.....95.
- الفرع الأول: تأثير الوسائط الإلكترونية على معايير تمييز العقد الإداري.....96.
- البند الأول: صلاحية المعيار العضوي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.....96.
- البند الثاني: مدى صلاحية المعيار الموضوعي لتمييز العقد الإداري الإلكتروني.....98.
- الفرع الثاني: تأثير الوسائط الإلكترونية على المبادئ العامة لإبرام العقود الإدارية.....99.
- البند الأول: مبدأ حرية المنافسة.....101.
- البند الثاني: السرية والشفافية.....105.
- البند الثالث: مبدأ العلانية.....108.
- المطلب الثاني: الوسائل التقنية اللازمة لإبرام العقد الإداري الإلكتروني.....109.
- الفرع الأول: التبادل الإلكتروني للبيانات (رسالة البيانات) في مجال إبرام العقود الإدارية...111.
- الفرع الثاني: صور التبادل الإلكتروني للبيانات في مجال إبرام العقود الإدارية.....114.
- البند الأول: التعاقد عن طريق البريد الإلكتروني.....114.

117.....	البند الثاني: التعاقد عن طريق المواقع الإلكترونية (مواقع الويب)
119.....	البند الثالث: التعاقد عن طريق الوسيط الإلكتروني (البرامج المؤتمتة)
122.....	المبحث الثاني: الضوابط الشكلية السابقة على إبرام العقد الإداري الإلكتروني
123.....	المطلب الأول: الإجراءات السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني
123.....	الفرع الأول: دراسة موضوع التعاقد وتحديد الحاجيات
135.....	الفرع الثاني: إعداد دفاتر الشروط الإلكترونية
142.....	المطلب الثاني: القيود السابقة على عملية إبرام العقد الإداري الإلكتروني
142.....	الفرع الأول: قيد توافر الاعتماد المالي
151.....	الفرع الثاني: الإذن بالتعاقد
157.....	الفرع الثالث: الاستشارات السابقة على التعاقد
165.....	الباب الثاني: إبرام العقد الإداري الإلكتروني وإشكالات إنعقاده
167.....	الفصل الأول: ضوابط إبرام العقد الإداري الإلكتروني
168.....	المبحث الأول: منظومة إبرام العقد الإداري ومدى استجابتها لمتطلبات التعاقد الإداري الإلكتروني
168.....	المطلب الأول: إشكالية تحقق ركن الرضا في العقود الإدارية عامة والعقد الإداري الإلكتروني خاصة
169.....	الفرع الأول: خصوصية الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني
170.....	البند الأول: مفهوم الإيجاب في العقد الإداري الإلكتروني
171.....	أولاً: تعريف الإيجاب الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني
171.....	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في الإيجاب الإلكتروني
173.....	أ. أن يكون الإيجاب موجهاً إلى شخص أو أشخاص معينة أو للكافة
174.....	ب. ضرورة أن يتضمن الإيجاب للعناصر المؤدية لتحديد هوية الموجب
176.....	ج. وصف الطلب أو المنتج أو الخدمة وصفاً دقيقاً
177.....	د. تحديد كيفية تنفيذ العقد وشروطه الخاصة
178.....	هـ. المعلومات الخاصة بثمان المنتج أو مقابل الخدمة
179.....	ثالثاً: الحدود الفاصلة بين الإيجاب الإلكتروني وبعض الأنظمة المشابهة له

181.....	البند الثاني: مفهوم القبول في العقد الإداري الإلكتروني.
182.....	أولاً: تعريف القبول الإلكتروني في العقد الإداري.
183.....	ثانياً: الشروط الواجب توافرها في القبول الإلكتروني للعقد الإداري.
184.....	I. أن يكون القبول والإيجاب مازال قائماً.
184.....	II. ضرورة تطابق القبول مع الإيجاب.
186.....	الفرع الثاني: المسائل القانونية التي يثيرها ركن الرضا في العقد الإداري الإلكتروني.
186.....	البند الأول: زمان اقتران الإيجاب بالقبول في العقد الإداري الإلكتروني.
187.....	أولاً: النظريات التقليدية في تحديد زمان انعقاد العقد.
187.....	ثانياً: موقف التشريعات الدولية والوطنية من مسألة تحديد زمان انعقاد العقد الإلكتروني.
189.....	I. التشريعات الدولية.
189.....	1- القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية.
190.....	2- التوجيه الأوروبي.
190.....	II. التشريعات الداخلية.
190.....	1- التشريع الفرنسي.
191.....	2- موقف المشرع الجزائري.
191.....	ثانياً: صعوبات تطبيق النظريات التقليدية لتحديد زمان إنعقاد العقد في التعاقد الإلكتروني في مجال القانون الإداري.
194.....	البند الثاني: مكان إبرام العقد الإلكتروني.
195.....	المطلب الثاني: مدى إمكانية إبرام العقد الإداري إلكترونياً.
196.....	الفرع الأول: الأساليب التقليدية ومدى قابليتها لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية.
196.....	البند الأول: أسلوب الممارسة.
201.....	البند الثاني: الإتفاق المباشر الإلكتروني (التراضي).
206.....	البند الثالث: التحوار التنافسي Dialogue compétitif.
206.....	الفرع الثاني: الأساليب الحديثة لإبرام العقود الإدارية الإلكترونية (المزادات الإلكترونية).
211.....	

- 215.....المبحث الثاني: إجراءات ومراحل إنعقاد العقد الإداري الإلكتروني
- 216.....المطلب الأول: الإعلان عن العقد الإداري الإلكتروني
- 217.....الفرع الأول: تعريف الإعلان الإلكتروني ومضمونه
- 222.....الفرع الثاني: وسائل الإعلان الإلكتروني وآجاله
- المطلب الثاني: مراحل إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ومدى توافقها مع مراحل إبرام الصفقات
233.....العمومية
- 234.....الفرع الأول : مرحلة تقديم العروض إلكترونياً
- 242.....الفرع الثاني: مرحلة فحص العروض وإعتماد العقد الإداري الإلكتروني
- 243.....البند الأول: عملية فتح العروض
- 250.....البند الثاني: عملية تقييم العروض والبت فيها
- 255.....الفصل الثاني: إثبات العقد الإداري الإلكتروني وإشكالاته إنعقاده
- 257.....المبحث الأول: تأثير الوسائط الإلكترونية على قواعد الإثبات في المجال الإداري
- 259.....المطلب الأول: نظام الإثبات الإلكتروني في المجال القانون الإداري
- 260.....الفرع الأول: الإعراف بالوسائل الإلكترونية في مجال الإثبات
- 260.....البند الأول: الجهود الدولية لترسيخ وسائل الإثبات الإلكتروني في مجال القانون الإداري
- 252.....البند الثاني: موقف القضاء الإداري من المحررات الإلكترونية في مجال الإثبات
- 264.....البند الثالث: الإعراف التشريعي بالمحررات الإلكترونية في مجال الإثبات
- 268.....الفرع الثاني: شروط الكتابة الإلكترونية كوسيلة لإثبات العقد الإداري الإلكتروني
- 269.....البند الأول: إمكانية قراءة وفهم الكتابة
- 270.....البند الثاني: التدليل على هوية مصدرها
- 272.....البند الثالث: إمكانية الحفظ والاستمرار وعدم القابلية للتعديل
- 273.....المطلب الثاني: التوقيع والتصديق الإلكترونيين في مجال إثبات العقد الإداري الإلكتروني
- 274.....الفرع الأول: تحديد مفهوم التوقيع الإلكتروني وحجيته
- 274.....البند الأول: تعريف التوقيع الإلكتروني
- 277.....البند الثاني: صور التوقيع الإلكتروني
- 277.....أولاً: التوقيع بالقلم الإلكتروني

- 278..... ثانيا: التوقيع الرقمي.....
- 279..... ثالثا: التوقيع البيومتري.....
- 279..... البند الثالث: شروط حجية التوقيع الإلكتروني في مجال العقد الإداري الإلكتروني.....
- 280..... أولا: إرتباط التوقيع بالموقع وحده.....
- 281..... ثانيا: تحكم الموقع وحده في الوسيط الإلكتروني.....
- 283..... ثالثا: إمكانية الكشف عن أي تعديل في بيانات التوقيع الإلكتروني.....
- 283..... الفرع الثاني: نظام توثيق التوقيع الإلكتروني.....
- 284..... البند الأول: مفهوم مؤدي خدمات التصديق وشروط ممارسة هذا النشاط.....
- 284..... أولا تعريف مؤدي خدمات التصديق.....
- 285..... ثانيا: شروط ومتطلبات ممارسة نشاط التصديق الإلكتروني.....
- 288..... البند الثاني: شهادة التصديق الإلكتروني في مجال العقد الإداري الإلكتروني.....
- 291..... المبحث الثاني: منازعات العقد الإداري الإلكتروني وآليات تسويتها.....
- 292..... المطالب الأول: المنازعات المتعلقة بالعقود الإدارية الإلكترونية.....
- 293..... الفرع الأول: المنازعات المتعلقة بالإخلال بمبادئ إبرام العقود الإدارية الإلكترونية.....
- 293..... البند الأول: الإخلال بمبدأ الشفافية.....
- 297..... البند الثاني: الإخلال بمبدأ المساواة.....
- 298..... البند الثالث: الإخلال بمبدأ المنافسة الحرة.....
- 302..... الفرع الثاني: المنازعات المتعلقة بإجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني.....
- 302..... البند الأول: المنازعات المتعلقة بتقديم طلبات العروض إلكترونيا وتقييمها.....
- البند الثاني: المنازعات المتعلقة بالتوقيع الإلكتروني والقرصنة في مجال العقود الإدارية الإلكترونية.....
- 304.....
- 305..... البند الثالث: منازعات إثبات العقد الإداري الإلكتروني.....
- 306..... المطالب الثاني: آليات تسوية المنازعات في العقد الإداري الإلكتروني.....
- 307..... الفرع الأول: التسوية الودية والقضائية لمنازعات العقد الإداري الإلكتروني.....
- 307..... البند الأول: التسوية الودية كإجراء إلزامي أمام الجهات المختصة.....
- 312..... البند الثاني: التسوية القضائية لمنازعات العقود الإدارية الإلكترونية.....

أولا: في فرنسا.....	313
ثانيا: في مصر.....	314
ثالثا: في الجزائر.....	316
الفرع الثاني: الطرق البديلة لتسوية منازعات العقد الإداري الإلكتروني.....	319
البند الأول: الوساطة الإلكترونية.....	319
أولا: تعريف الوساطة الإلكترونية.....	319
ثانيا: إمكانية تطبيق الوساطة لتسوية النزاع الإداري.....	322
البند الثاني: التحكيم الإلكتروني.....	327
أولا: تعريف التحكيم الإلكتروني.....	327
ثانيا: قابلية أعمال التحكيم لتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية في التشريعات المقارنة.....	330
أ. في فرنسا.....	330
أ. في مصر.....	331
أ. الجزائر.....	332
ثالثا: أنموذج عن إجراءات التحكيم الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني.....	334
خاتمة.....	340
قائمة المراجع.....	348
الفهرس.....	370

ملخص:

لقد كان للثورة التكنولوجية التي شهدها العالم وانتشار العقود الإلكترونية في القانون الخاص أثر مباشر في تطوير النشاط الإداري، حيث اتجهت بعض القوانين خاصة في فرنسا إلى فتح المجال أمام إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية.

ويحكم العقد الإداري الإلكتروني منظومة قانونية مختلفة عن المنظومة القانونية للعقود الإدارية التقليدية خاصة من ناحية طرق إبرامها.

ولم يكن المشرع الجزائري بمنأى عن هذا التطور، حيث أبدى نوعاً من الإهتمام بهذا النوع من التعاقد الجديد من خلال منظومة الصفقات التي حينها وفقاً للتطورات الاقتصادية والتكنولوجية، وكان آخرها المرسوم الرئاسي رقم 15-247 المنظم للصفقات العمومية والتفويضات المرفق العام، حيث أقر بإمكانية لجوء الإدارة إلى الوسائل الإلكترونية لإبرام صفقات العمومية، فأصبحت الصفقة العمومية إحدى أهم مجالات تطبيق العقود الإدارية الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية: العقد الإداري الإلكتروني - الإدارة العامة الإلكترونية - المزادات الإلكترونية

Résumé:

La diffusion des contrats électroniques a joué un rôle de premier rang dans le développement de l'activité administrative, où les lois de certains pays permettent la conclusion de contrats administratifs avec les moyens de communication électroniques.

Ainsi, le contrat administratif électronique est régi par un système juridique différent du système juridique des contrats administratifs, surtout dans les méthodes utilisées pour le conclure.

Les marchés publics sont des domaines d'application les plus importants dans les contrats administratifs électroniques.

Le droit algérien connaît actuellement ce genre de contrats à travers le décret présidentielle n° 15-247 relative au code des marchés publics et la délégation des services publics.

Mots- clés : Contrat administratif électronique- enchères électroniques- Administration publique électronique.

Abstract :

The technological revolution and the dissemination of electronic contracts have played a major role in the development of administrative activity where comparative laws, especially in France have tended to allow the conclusion of administrative contracts with the electronic means. Thus, the electronic administrative contract governs a legal system different from the legal system of administrative contract with their former system, especially in the methods used to conclude it. Public procurement is one of the most important areas of application of electronic government contracts. The Algerian legislator tried to dedicate this through the new organization of public markets. Published by the Presidential Decree n° 15-247.

Key words: Electronic administrative contract- Electronic auctions- Electronic public administration.