

الإثبات في العقود الإدارية الإلكترونية أمام القضاء الإداري.

Evidence in Electronic Administrative Contracts in front of the Administrative Court.

مكلل بوزيان

مخبر المرافق العمومية والتنمية - جامعة جيلالي ليابس -
سيدي بلعباس ، الجزائر

Bouzianemelkel2020@gmail.com

نطاح مريم*

مخبر المرافق العمومية والتنمية - جامعة جيلالي ليابس -
سيدي بلعباس ، الجزائر

mdmmeriem@yahoo.com

- تاريخ الإرسال: 2020/10/20 - تاريخ القبول: 2020/11/25 - تاريخ النشر: 2020/12/21

الملخص: إن ثورة تكنولوجيا الاتصال والمعلومات كان لها الصدى العميق في تعديل وتطوير النصوص والمصطلحات القانونية في مختلف القوانين، وقد نتج عن هذه الثورة "العقود الإلكترونية" التي يتم إبرامها عن بعد، بحيث تفاعل المشرع الجزائري إيجاباً مع هذا النوع من العقود بالسماح للإدارة بالتعاقد عن طريق وسيلة النت، آخذاً بعين الاعتبار الظروف الصعبة التي مرت بها الجزائر من خلال نقشي جرائم الفساد وعرقلة المشاريع التنموية، الأمر الذي دفع المشرع الجزائري للبحث عن آليات قانونية إلى تبنيه إستراتيجية جديدة، تمثلت في إقرار البعد الوقائي بتعزيز الدور الرقابي للقاضي الإداري أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية سواء التقليدية منها أو الإلكترونية.

الكلمات الافتتاحية: العقود الإدارية الإلكترونية - الإثبات - القضاء الإداري - ثورة تكنولوجيا الاتصال والمعلومات - الحكومة الإلكترونية.

Abstract: Information and Communication Technologies revolution has had a deep impact in the amendment, and development of legal texts and terminology in a range of laws. Such a revolution resulted in "electronic contracts" that are concluded remotely which made the Algerian legislator interact positively with this type of contract, by allowing the administration to make contracts via the Internet; taking into account the difficult conditions Algeria went through during the spread of corruption crimes, and the hindrances the development projects faced. Effectively that prompted the Algerian legislator to search for legal mechanisms by adopting a new strategy represented in the validation of the preventive dimension that strengthens the supervisory role of the administrative judge during the stage of concluding administrative contracts comprising either traditional or electronic ones.

Keywords: Electronic administrative contracts - Evidence - Administrative judiciary - Information and Communication technologies - Revolution - E-government

* المؤلف المرسل: يواو شهرزاد.

مقدمة:

إن الظروف التي عرفها العالم في الوقت الراهن وكذا الثورات ومنها ثورة تكنولوجيا الاتصال والمعلومات كان لها الصدى العميق في تعديل وتطوير النصوص والمصطلحات القانونية في مختلف القوانين، سواء كان ذلك في القانون المدني أو التجاري أو الإداري وقد نتج عن هذه الثورة نوع جديد من العقود يتم عبر الوسائط الإلكترونية وهي العقود الإلكترونية التي يتم إبرامها عن بعد، وانتشار هذه الأداة الحديثة دفعت التشريعات إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذه العقود وإثباتها وتنفيذها لأن قانون العقود التقليدية أصبح لا يستوعب هذا النوع من العقود.

ولقد تفاعل المشرع الجزائري إيجاباً مع هذا النوع من العقود، بالسماح للإدارة بالتعاقد عن طريق وسيلة النت نظراً لعالمية هذه الإدارة والوسيلة العصرية آخذاً بعين الاعتبار الظروف الصعبة التي مرت بها الجزائر من خلال تفشي جرائم الفساد وعرقلة المشاريع التنموية، ولإضعاف قدرات الخزينة العمومية بتبديد المال العام الأمر الذي دفع المشرع الجزائري للبحث عن آليات قانونية سواء بمراجعة المنظومة القانونية أو الارتقاء بمستوى القاعدة القانونية وجودتها بتبني استراتيجية جديدة تمثلت في إقرار البعد الوقائي بتعزيز الدور الرقابي للقاضي الإداري أثناء مرحلة إبرام العقود الإدارية سواء التقليدية منها أو الإلكترونية، حيث استحدثت هذه الآلية بموجب قانون الإجراءات المدنية والإدارية¹ الصادر في 2008/02/25م وخصص لها المادتين 946 و947 منه.

وتعد مرحلة الإبرام أكبر مجال للتعدي على المال العام وسوء توجيهه، مما دفع المشرع الجزائري خاصة إلى إحاطتها بمجموعة من القوانين لمكافحة الفساد مع تعزيز تدخل القاضي الاستعجالي الإداري أثناء مرحلة الإبرام، والذي كيف على أنه وسيلة لتقوية شفافية التعاقد العمومي ومراقبته وتقييمه، إذ لا يمكن تصور استقامة ونجاعة تحصيل وإنفاق الأموال العامة دون وجود سلطة مستقلة وفعالة توكل إليها المهمة الرقابية الأمر الذي يتطلب ضرورة تحصين المال العام بالرقابة القضائية.

وعليه وانطلاقاً مما سبق التطرق إليه، نطرح الإشكالية التالية:

- ما مدى تأثير عالمية الإنترنت على العقود الإدارية وظهور العقود الإلكترونية؟

- وما هي أهم المتغيرات التي طرأت على النظام التعاقدي التقليدي في مادة إبرام العقد والمنازعات التي قد تنجم عنها؟

¹ قانون رقم 08 - 09، مؤرخ في 18 صفر عام 1429 الموافق لـ 25 فبراير سنة 2008، يتضمن قانون الإجراءات المدنية والإدارية، العدد 21 ص 86.

وكيف يمكن إثبات العقود الإدارية الإلكترونية أمام القضاء؟ وما مدى ضبطها لتدخل القاضي بشأنها؟ وما هي العقود التي تخرج من اختصاص القاضي الاستعجالي ودوره في تحقيق البعد الوقائي من الفساد.

وللإجابة عن ذلك سوف نتطرق إلى طبيعة العقد الإداري الإلكتروني (المبحث الأول).

ثم نتطرق إلى إثبات العقد الإداري الإلكتروني (المبحث الثاني).

المبحث الأول: طبيعة العقد الإداري الإلكتروني.

إن ولوج الوسائل التكنولوجية في مختلف مجالات القانون، غير المصطلحات التي رسخت منذ زمن طويل، حيث تحول مفهوم الهجوم المسلح من القانون الدولي العام إلى الهجوم الإلكتروني وتحول معنى الإدارة في القانون الإداري ليظهر ما يعرف بالإدارة الرقمية وامتد ذلك ليشمل مختلف نشاطاتها وأعمالها القانونية فوجد العقد الإداري الإلكتروني، القرار الإداري الإلكتروني، كما شهد القانون الدستوري ميلاد الحكومة الإلكترونية وامتد ذلك التحول ليشمل الشريعة العامة بحيث طغت المصطلحات التقنية على فروع القانون المدني لتظهر فكرة العقد الإلكتروني، الإثبات الإلكتروني، الكتابة الإلكترونية، التوقيع الإلكتروني ولم يقف هذا التأثير عند هذا الحد بل شمل أيضا القانون التجاري بحيث برزت الشركات الافتراضية والوفاء الإلكتروني، عقود التجارة الإلكترونية.

وللإشارة فإن عقود التجارة الإلكترونية هي نتيجة التزاوج الحاصل بين تكنولوجيا الاتصال وتكنولوجيا المعلومات، وفي ظل ظهور مشروع الحكومة الإلكترونية، تنافست الدول وخاصة الأوروبية منها لتطور إبرام العقود الإدارية وذلك بتعديل قانون العقود الإدارية لإيجاد نظام قانوني خاص بالعقود الإدارية عبر الإنترنت، وعليه سوف نحاول الوقوف على أسباب ظهور العقد الإداري الإلكتروني وخصائصه ومعايير تميزه عن العقد الإداري.

المطلب الأول: ظهور العقد الإداري الإلكتروني.

لقد تباينت الآراء حول تاريخ ظهور شبكة الإنترنت كوسيلة للاتصال في ظل تكنولوجيا الاتصال والمعلومات وفي هذا الإطار، ورغم التطور التقني وانفجاره مع مطلع القرن العشرين، إلا أن بدايته ترجع إلى سنة 1964 حيث صمم العالم الأمريكي (بول باران) شبكة انترنت لا تعتمد على أية إدارة مركزية لينقل سنة 1968م ما بدأه لوزارة الدفاع الأمريكي، حيث أنشأت هذه الأخيرة وكالة مشاريع الأبحاث

المتقدمة وحفزت من خلالها علماء الحاسب الآلي والاتصالات لتصميم شبكة تصل بين عدد من الشبكات تضمن الوصول لأمن البيانات والرسائل التي تنتقل بين أجهزة الكمبيوتر في مرحلة الحرب².

وفي سنة 1983م استخدمت شبكة وكالة مشاريع الأبحاث المتقدمة في المجال العلمي وبصفة خاصة من قبل الجامعات³.

وظهر إلى جانب الشبكة شبكة (Nilna) لخدمة المواقع العسكرية فقط، وفي سنة 1990م، شهدت الشبكة دخول شبكة أخرى عززت قدراتها من الإمكانيات وزودتها بالصوت والصورة وأدوات الإعلام المتقدمة وهي شبكة (Web)⁴. وبالرغم من هذا التطور الملحوظ إلا أن اندلاع تجارة الإنترنت تضاعفت منذ سنة 1994م، بحيث استخدمتها المواقع المتخصصة للأنشطة التجارية لتأسيس ما يعرف اليوم باسم السوق الإلكترونية العالمية والتي تعرف على أنها "المواجهة بين العرض والطلب على الشبكات الإلكترونية المفتوحة"⁵.

الأمر الذي دفع إلى تكاثف الجهود وتنظيم المؤتمرات لإيجاد حلول تتفق ومعطيات البيئة الرقمية فصدرت العديد من النصوص القانونية والتي نشأ في ظلها التعاقد الإداري عبر الإنترنت، ومن بين النصوص القانونية المشرعة في ظل ثورة تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، قانون العقود الإدارية الفرنسي وكذا القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية والقانونية النموذجي للتوقيع الإلكتروني.

الفرع الأول: مفهوم وتعريف شبكة الإنترنت.

كان لثورة الاتصالات والمعلومات الأثر العميق في التعاملات والمبادلات الإلكترونية، باعتماد الناس الكمبيوتر والإنترنت في قضاء حاجاتهم، حيث أصبحت الإنترنت تساهم في نقل المعلومات وتبادلها فوراً بالصوت والصورة بما فيها البيانات عبر أنحاء العالم، في شتى مناحي الحياة العلمية والاقتصادية والسياسية والاجتماعية.

ويقصد بشبكة الإنترنت أي (شبكة الاتصالات الدولية)، أنها: عبارة عن مجموعة من الحاسبات الآلية موصلة مع بعضها البعض، بحيث يمكن تبادل الملفات والمعلومات فيما بينها، وقد يكون هذا الربط

² صلاح محمد سالم، العصر الرقمي و ثورة المعلومات، دراسة في نظم المعلومات وتحديث المجتمع، ب ط، دار الكتاب، مصر، 2002، ص 81.

³ خوخة اشرف فهمي، التوثيق الإعلامي و تكنولوجيا المعلومات، ب ط، دار المعرفة الجامعية، الإسكندرية، مصر، 2008، ص 80.

⁴ علم الدين محمود، تكنولوجيا المعلومات والاتصال و مستقبل صناعة الصحف، ط1، دار السحاب للنشر والتوزيع، القاهرة، 2005، مصر، ص 251-252.

⁵ CF, Élie CHAKHTOURA, Le droit international privé à l'épreuve du commerce électronique, Mémoire de Maîtrise Montréal. Université du Québec, octobre 2011, p.1.

باستخدام الأسلاك أو بوسائل الاتصال اللاسلكية أو باستخدام شبكة الهاتف عن طريق الأقمار الصناعية⁶.

وهناك تعريف آخر للإنترنت بأنها "تشكل شبكة أو فضاء معلوماتي تنتقل من خلاله المحطات الرقمية بين حواسيب مرتبطة ببعضها البعض"

كما يمكن إعطاء تعريف شامل موحد لشبكة الإنترنت على أنها "مجموعة من أجهزة الحاسب الآلي المتواجدة عبر العالم، والمرتبطة مع بعضها البعض بواسطة أنظمة الاتصالات الإلكترونية التي تستعمل لنقل البيانات وهي: "نظام نقل المعلومات في فضاء افتراضي (T.C.P)⁷ يمكن دخوله عن طريق الاشتراك بين أحد مقدمي خدمة الإنترنت مع تزويد جهاز الكمبيوتر بجهاز المودم Modem"⁸.

وبذلك أصبح الإنترنت يستخدم في أغراض غير الأغراض العلمية بعدما كان حكرا على مجموعة من العلماء والباحثين بصفة خاصة، ولهذا أصبحت شبكة الإنترنت عالما افتراضيا، يتم من خلاله تبادل السلع والخدمات والمعلومات وحتى تبادل النقود وظهرت مصطلحات قانونية جديدة كالتجارة الإلكترونية العقود الإلكترونية، الحكومة الإلكترونية أو الإدارة الإلكترونية⁹.

لفرع الثاني: الحكومة الإلكترونية

إن شبكة الإنترنت لم تعد وسيلة لإبرام العقود أو التفاوض فيها أو الإعلان منها فقط، بل أصبحت وسيلة من وسائل إدارة المرافق العامة وتلبية الحاجات العامة، حيث أصبح لكل إدارة موقع الكتروني يحمل بطاقة تعريفها والتي تسمح لها بإدارة جميع تعاملاتها الإدارية الداخلية والخارجية، ومن هنا ظهرت ما تسمى بالحكومة الإلكترونية والتي حظيت باهتمام أغلبية دول العالم الفقيرة منها والغنية.

وتجدر الإشارة إلى أنه ليس هنالك تعريف فقهي تشريعي دقيق للحكومة الإلكترونية بغض النظر عن بعض المحاولات لتعريفها¹⁰، والتي يمكن حصرها فيما يلي:

الحكومة الإلكترونية هي "الانتقال من تقديم الخدمات العامة والمعاملات من شكلها الروتيني (التقليدي) إلى الشكل الإلكتروني عبر الإنترنت".

⁶ فرج فريد عبد المعز، التعاقد بالإنترنت مجلة الحقوق الفقهية والقانونية، كلية الشريعة والقانون، جامعة الأزهر، ع 18، 2003، القاهرة، مصر ص473.

⁷ Protocol Transmission Control.

⁸ إبراهيم خالد ممدوح، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، ب ط، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2008، ص22.

⁹ الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، سنة 2007م، ص 22 - 25.

¹⁰ الحلو ماجد راغب، المرجع السابق، ص29-32.

وهناك تعريف آخر "هي قدرة القطاعات الحكومية المختلفة على توفير الخدمات الحكومية التقليدية للمواطنين بوسائل الكترونية وبسرعة وقدرة متناهيتين وبتكاليف ومجهود أقل من خلال موقع واحد على شبكة الإنترنت"¹¹، حيث تعتبر المواطن زبونا تسعى إلى إرضائه¹².

وكما عرفت الحكومة الإلكترونية "بأنها استغلال تكنولوجيا المعلومات والاتصالات لتطوير وتحسين تدبير الشؤون العامة وبتجسيد الخدمات الحكومية الرسمية بين القطاعات الحكومية أو بينها وبين المتعاملين معها بطريقة معلوماتية معتمدا في ذلك على الإنترنت، وفق ضمانات أمنية، تحمي المستفيد والجهة صاحبة الخدمة"¹³.

وكتعريف جامع للإدارة الإلكترونية أو الحكومة الإلكترونية بأنها: تسير المرافق العمومية من خلال الشبكة المعلوماتية، بغية تقديم أحسن الخدمات، في أقصر وقت، بأقل جهد وتكلفة.

وعليه فإن عصنة الإدارة وتحديثها تتطلب التكيف وهذه المعطيات الجديدة بقبولها تحول الإدارة من إدارة أوراق إلى إدارة تدار وتسير بالحاسوب والإنترنت.

المطلب الثاني: تعريف العقد الإداري الإلكتروني ومعايير.

يعتبر العقد أساس الحياة الاقتصادية والاجتماعية والمساهمة الأساسي في تطور المجتمعات كونه مصدر من مصادر الالتزام، الأمر الذي دفع مختلف التشريعات لأفرادها بتنظيم قانوني شامل، وبالرغم من تطور المجتمعات ظل العقد متميزا ومحتفظا بأهميته القانونية، مواكبا للتنمية الاقتصادية والدليل على ذلك تكيفه وثورة المعلوماتية التي عرفها العالم في الفترة الأخيرة والتي سطرت طريقا جديدا للعقد بظهور عقود التجارة الإلكترونية، والعقود الإدارية الإلكترونية، والإمضاء الإلكتروني... الخ.

والعقد الإداري الإلكتروني في الواقع لا يختلف في بناءه وطبيعته عن العقد التجاري الإلكتروني وعن العقد الإداري التقليدي ومن ثم يخضع في تنظيمه للأحكام الواردة في النظرية العامة للعقد، الفرق بينهما هو تأثير الطابع الإلكتروني على العقد الإداري الإلكتروني، والوسائط الإلكترونية وخاصة شبكة الإنترنت التي يبرم من خلالها.

¹¹ ساعد نمديلي رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية مقارنة)، ب ط، دار الجامعة الجديدة، الإسكندرية، مصر، 2007 ص31

¹² الأهرام للبحث العلمي، العدد 23، 2004م، منقول عن الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 32.

¹³ عبد الفتاح مراد، الحكومة الإلكترونية، د د ن، د ب ن، د س ن، ص 23 منقولة عن الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 31.

أما عن تعريف العقد الإداري الإلكتروني: بأنه "ذلك العقد الذي يتم إبرامه، سواء عن طريق الإنترنت، أو من خلال وسائل الاتصال الإلكترونية الأخرى كالفاكس وغيره"¹⁴، كما عرفه البعض الآخر بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل"¹⁵.

ومن خلال هذين التعريفين نلاحظ أن العقد الإلكتروني من حيث وسيلة التعاقد : له تعريف واسع يشمل العقد الإلكتروني الذي يبرم بجميع الوسائل الإلكترونية، والآخر ضيق والذي يتم عن طريق شبكة الاتصالات الدولية (الإنترنت)، كما يغلب عليه الطابع الدولي بشرط أن لا يتم بين شخصين متواجدين في نفس المنطقة.

أما من حيث العلاقة القانونية: لا تنحصر فيما بين التجار أو المستهلكين فقط، بل يمتد إبرامه بين الهيئات الحكومية فيما بينها في تسيير وتنظيم المرافق العمومية والتي يكون محلها العقد الإداري الإلكتروني.

غير أن الجدل الفقهي توصل إلى وضع تعريف جامع للعقد الإلكتروني بأنه "اتفاق يبرم وينفذ جزئياً أو كلياً عبر شبكة الاتصالات الدولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية وذلك بالإيجاب والقبول، يمكن التعبير عنهما من خلال ذات الوسيط"¹⁶، وما ينبغي الإشارة إليه في هذا المقام والخاصة بالالتزامات التعاقدية كأثار قانونية للعقد يترتب عليه نفس الآثار التي تترتب على بطلان العقود الخاصة فلا ينعقد ولا ينتج آثاراً ويجوز لكل ذي مصلحة أن يتمسك ببطلانه وللمحكمة أن تقضي بالبطلان من تلقاء نفسها دون أن تكون إجازة ذلك العقد صحيحة، وإذا تقرر البطلان فيعاد المتعاقدان إلى الحالة التي كانا عليها قبل إبرام العقد¹⁷.

الفرع الأول: خصائص العقد الإداري الإلكتروني.

يظهر من خلال ما تقدم أن للعقد الإداري الإلكتروني خصائص تميزه عن العقود الإدارية التقليدية والتي يمكن حصرها فيما يلي:

1- أن كل من العقد الإداري الإلكتروني والعقد الإداري التقليدي يشتركان في تسيير وتنظيم المرافق العامة، غير أن العقد الإداري الإلكتروني يتميز بإبرامه عن طريق الوسائل الإلكترونية عكس

¹⁴ أبو الليل إبراهيم الدسوقي، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق، الكويت، عدد خاص، 2003م، ص 05.

¹⁵ المنزلاوي صالح، القانون الواجب تطبيقه على عقود التجارة الإلكترونية، بدون طبعة، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر، 2005م، ص 12.

¹⁶ الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 45.

¹⁷ عدنان عمرو، مبادئ القانون والإدارة، بدون طبعة، منشأة المعارف، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص 155.

العقد الإداري التقليدي وبوسائل إثبات متميزة، كما يتم إبرام العقد بين الأفراد والأشخاص المعنوية العامة من مؤسسات وهيئات عامة¹⁸.

2- العقد الإداري الإلكتروني هو عقد من نوع خاص كونه يبرم عن بعد بدون حضور مادي متزامن بينه وبين المتعاقد، كاستخدام تقنية الاتصال عن بعد بغية تجسيد موضوع العقد أو محله، بمعنى أن العقود الإدارية الإلكترونية تتم بين غائبين دون الحضور المادي للطرفين، غير أن ما يمكن ملاحظته هو صعوبة الإثبات في هذا النوع من العقود والتنفيذ، إلا أن العقود الإلكترونية التي تبرم عن طريق شبكة الإنترنت تتم وفق نظام ووجود افتراضي، يسمح بحوار شامل للعقد وتنفيذه مع تزامن الإيجاب والقبول على الشبكة بما فيها الوفاء بتفاعل أطراف العقد وتفاوضهما على شبكة الإنترنت عكس استخدام الوسائل التقليدية المسموعة والمرئية كالتليغراف مثلا ... الخ، مما يجعل العقود الإدارية الإلكترونية تتم بين غائبين في المكان حاضرين في الزمان.

3- العقد الإداري الإلكتروني غالبا ما يكون له طابع دولي لأن الوسيلة المستعملة في الإبرام هي شبكة الإنترنت التي تربط معظم دول العالم، وهذه الخاصية تثير عدة إشكالات قانونية ومنها معرفة القانون الواجب التطبيق والجهة المختصة في نظر المنازعات المترتبة عن إبرام العقد الإداري الإلكتروني.

4- ويتميز العقد الإلكتروني عن العقد التقليدي بالإثبات والوفاء حيث يمكن إثباته بالمحرر الإلكتروني وكذا الإمضاء الإلكتروني وكذلك استخدام وسائل الدفع الإلكترونية للوفاء بالثمن، مثل النقود الإلكترونية والبطاقات البنكية والبريدية.

5- وإن حق العدول الذي يتميز به العقد الإداري الإلكتروني يعتبر من أهم الخصائص مقارنة بالقواعد العامة في العقود التقليدية، حيث يسمح القانون للقابل أن يعدل عن التعاقد نظرا لعدم إمكانية المعاينة الفعلية لمحل العقد¹⁹ والتأكد من خصائصه قبل الإبرام.

6- أن هذا النوع من العقود يحكمه قانون خاص ينظم العلاقات القانونية في العقد الإلكتروني وهو قانون المعاملات الإلكترونية مثل القانون النموذجي للتجارة بالمعاملات الإلكترونية العالمي وقوانين الإمضاء الإلكتروني.

¹⁸ منصور محمد حسين، المسؤولية الإلكترونية، بدون طبعة، دار الجامعة الحديثة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2003م، ص 19.

¹⁹ ساعد نمديلي رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية مقارنة)، مرجع سابق، ص 48.

الفرع الثاني: معايير العقد الإداري الإلكتروني.

إن العقد الإداري يحظى بأهميتين أحدهما علمية والأخرى عملية، أما عن هذه الأخيرة، فاعتمدتها الإدارة كأسلوب لممارسة نشاطها وعملها الإداري ومن الناحية العلمية فقد كان محل اهتمام تشريعي خاص وجدال فقهي دقيق بعد صدور القانون النموذجي التجاري، من قبل لجنة القانون التجاري الدولي المنبثقة عن الأمم المتحدة. وعليه سوف نقوم بدراسة معايير العقد الإداري الإلكتروني:

أولاً: المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني وثانياً: المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني.

أولاً: المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني.

بعد جدال فقهي وقضائي، استقر القضاء في فرنسا ومصر وكذا الجزائر على تعريف العقد الإداري بأنه "ذلك الاتفاق الذي يكون أحد أطرافه شخصاً معنوياً عاماً بقصد إدارة أحد المرافق العامة أو تسييرها مع نية الأخذ بأسلوب القانون العام وتضمين العقد شروط غير مألوفة في التعامل بين الأفراد سواء بتمتع الإدارة بامتيازات وسلطات لا يتمتع بها الأفراد أو بمنح المتعاقد سلطات استثنائية في مواجهة الغير لا يتمتع بها لو تعاقد مع غيره من الأفراد"²⁰، غير أن ما يمكن التطرق إليه عقب التعريف هو أن العقد الإداري في الأصل يتم إبرامه بين أشخاص القانون العام، إلا أن أحكام القضاء الإداري في فرنسا ومصر وحتى الجزائر سمحت لأشخاص القانون الخاص إبرام عقد إداري لصالح الإدارة عن طريق الوكالة ضمنية كانت أو صريحة مع انصراف آثار العقد إلى الوكيل وهو الشخص المعنوي العام في حدود الوكالة طبعاً وهذا ما أكدته محكمة التنازع الفرنسية في حكمها الصادر في 12/01/1970م عند نظرها لعقد تم تنفيذه من طرف شركة خاصة نيابة عن مرفق عام خاص بالغاز الطبيعي²¹، كما أن الشخص المعنوي العام سواء أكانت الدولة، المؤسسات العامة أو الهيئات، أو الجماعات الإقليمية، يمكنه استغلال شبكة الإنترنت عند إقدامه على إبرام عقد إداري إلكتروني، واستعمال التوقيع الإلكتروني لإثبات العقد بمحررات الكترونية دون تأثير ذلك على الوكالة.

ثانياً: المعيار الموضوعي للعقد الإداري الإلكتروني.

إن العقد الإلكتروني لا يختلف عن العقد التقليدي، غير أن العقد الإلكتروني يتم إبرامه بالوسائط الإلكترونية أي عن طريق الإنترنت، وهما يشتركان من حيث توفير الأركان والآثار المترتبة عنها وأن الوسائط الإلكترونية لا تؤثر في محتوى العقد ومضمونه.

²⁰ الحلو ماجد راغب، العقود الإدارية والتحكيم، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، مصر، 2004م، ص: 15.

²¹ الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص: 51.

مما يسمح بوجود عقد إداري يتضمن شروط غير مألوفة في العقد الخاص أو خضوعه لنظام استثنائي خاص يميزه عن العقد المدني، مع إمكانية التعاقد عن طريق اتخاذ الإدارة عقوداً نموذجية تضعها على موقعها الإلكتروني والتعاقد مع الراغبين بعد الاطلاع على شروط التعاقد²². أما فيما يخص اتصال العقد بتنظيم وتسيير المرافق العامة في تمييز العقد الإداري، فقد نص عليه قانون العقود في فرنسا سنة 2004 مع تبنيه التوجيهات الأوروبية²³ المتعلقة بكيفية إبرام العقود عن طريق الوسائط الإلكترونية²⁴ والخاصة بالأشغال العامة والخدمات والتوريد، بالإضافة إلى ما أكدته مجلس الدولة الفرنسي على أن الأعمال التي يكون موضوعها تنظيم وتسيير المرافق العامة تعد من الأعمال الإدارية سواء أكانت انفرادية أو تعاقدية²⁵.

وبهذا يمكن وجود العقد الإداري الإلكتروني وفقاً لمبادئ وأحكام القضاء الإداري الفرنسي وهو المعتمد كمرجعية في نوعية العقد الإداري.

وبناء على المعطيات التي سبق سردها، يمكننا تعريف العقد الإداري الإلكتروني كما يلي "هو ذلك العقد الذي تبرمه الدولة وهيئاتها العامة مع شخص معنوي عام أو شخص من أشخاص القانون الخاص أصالة أو عن طريق الوكالة بهدف تنظيم وتسيير المرافق العامة بواسطة شبكة الإنترنت وبتضمينه شروط غير مألوفة في المعاملات والتبادلات الإلكترونية في القانون الخاص".

المبحث الثاني: إثبات العقد الإداري الإلكتروني أمام الجهات القضائية.

الإثبات هو تلك الوسائل المختلفة المستخدمة لإقناع القاضي، وإقامة الدليل أمامه على حقيقة أمر مدعى به، بالطرق المقبولة قانوناً بما قد يترتب عليه من آثار قانونية، ويكتسي الإثبات أهمية عملية وعلمية²⁶ وعليه تعتبر نظرية الإثبات ذو طبيعة مزدوجة.

غير أن لنظرية الإثبات في المنازعات الإدارية طبيعة خاصة، وهذا راجع للطابع التحقيقي للإجراءات الإدارية، فالتحقيق في المنازعات الإدارية ذو طابع إجباري. وهذا عكس المواد المدنية²⁷ فإنه

²² Kessler DELPHINE: « le contrat administratif face l'électronique », DZA Droit de l'internet université, pandhear, Paris, 2002, p: 20.

²³ قانون الأونيسترال النموذجي بشأن التجارة الإلكترونية الصادرة عن هيئة الأمم المتحدة في مجلسها رقم 605 المنعقدة 1997/12/16 من الموقع الإلكتروني: https://uncitral.un.org/ar/texts/ecommerce/modellaw/electronic_commerce، تاريخ التصفح: 09-12-2020.

²⁴ ساعد نمديلي رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق، ص53.

²⁵ CE 14/01/1958, Syndicat national des personnels des affaires sanitaires et sociales, JO, 1998, p: 97.

²⁶ بن شيخ آث ملويا لحسين، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، بدون طبعة، دار هومة، الجزائر، سنة 2005م، ص: 10.

²⁷ القانون رقم 05-10 المؤرخ في 20 جوان 2005 المعدل والمتمم للأمر رقم 75 - 58 المتضمن القانون المدني، الجريدة الرسمية عدد 44 بتاريخ 26 جوان 2005.

يلجأ فيها للتحقيق على سبيل الاختيار، وإن كانت نظرية الإثبات في القانون الإداري بصفة عامة ودعوى العقود الإدارية بصفة خاصة لا تختلف عن نظرية الإثبات في القانون المدني من حيث وسائل الإثبات وشروطها وإجراءاتها، بل الفرق بينهما يكمن في دور القاضي الإداري الفعال في الدعوى الإدارية من حيث تحضير للمستندات وعدم تقييده بالأحكام المنصوص عليها قانونا للحفاظ على التوازن بين الفرد والإدارة²⁸.

أما فيما يخص العقد الإداري الإلكتروني فإبرامه يتم بوسائل الكترونية وإثباته بوسائل خاصة وشروط حددها القانون في نصوصه، ولذا فإن إثبات هذا العقد أمام القضاء يثير عدة إشكاليات قانونية وعملية واجهت استعمال واستخدام شبكة الإنترنت في التعاقد.

المطلب الأول: موقف نظم الإثبات من المحررات الإلكترونية.

مما لا شك فيه أنه يوجد ميل نحو توسيع سلطات القاضي في المواد المدنية، والدليل في القانون الجزائري، إذ يوجد قانون إجراءات واحد يطبق على المنازعات المدنية والإدارية في آن واحد، كما أن طرق الإثبات هي واحدة كالتحقيق والمعاينة والخبرة، ومن حيث الترتيب فإن الإجراءات المدنية مرتبة قبل الإدارية، هذا من جهة، أما عن وسائل الإثبات، فاستخدام تقنيات المعلومات والاتصال في المعاملات الإدارية آثار جدال بين فقهاء القانون الإداري والقضاء وكذا القانون المقارن.

حيث أن الإثبات في العقود الإدارية يتم بالكتابة أو بالمحررات الإلكترونية حفاظا على حقوق المتعاملين مع الإدارة صاحبة الامتياز في الإثبات، غير أن هذه المحررات كانت محل تحفظ من قبل الفقه والقضاء كون أنها معرضة للتلف والسرقة وتغيير معالمها نظرا لوجودها في دعامات غير ورقية²⁹ سواء كانت أقراصا ممغنطة أو سجلات الكترونية...، عليه تثار إشكالية طبيعة هذه المحررات الإلكترونية حول ما إذا كانت رسمية أو عرفية.

ونظرا لتمتع القاضي الإداري بسلطة واسعة في التعامل مع المحررات الإلكترونية وتحديد طبيعتها فإن له دور إيجابي في دعاوى الإدارية وهذا بتمتعه بسلطة تقديرية في قبول الدليل أو رفضه بهدف تحقيق التوازن بين الأفراد والإدارة.

²⁸ الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص 121.

²⁹ ساعد نمديلي رحيمة الصغير، العقد الإداري الإلكتروني، (دراسة تحليلية مقارنة)، المرجع السابق ص 125.

الفرع الأول: نظرة الفقه والقانون المقارن من طبيعة المحررات الإلكترونية.

لقد اهتم كل من الفقه والقانون المقارن بطبيعة المحررات الإلكترونية بسبب انتشار العقود الإلكترونية قبل صدور قوانين المعاملات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في فرنسا، ومصر والجزائر وجعلها تتكيف والتطورات التي عرفها نظام الإثبات.

أولاً: طبيعة المحررات الإلكترونية وموقف الفقه منها.

عرف الفقيه الفرنسي لورنز Lorenz التوقيع الإلكتروني بما يتفق ودوره الوظيفي لاستيعاب كل أنماط التوقيع والمحررات الجديدة كأدلة إثبات كتابية على شكل المحررات التقليدية، وقد خلص الفقيه إلى أن "هناك ضرورة ملحة لإزالة كل الشكوك حول قيمة المحررات الإلكترونية وما ي صاحبها من توقيعات الكترونية. وفي نفس الإطار أضاف د. حسن عبد الباسط جميعي أن موقف الفقيه لورنز Lorenz من مساواة المحررات الإلكترونية بالمحررات التقليدية جنب الفقه والقضاء محاولة إحلال نظام الإثبات الحر محل نظام الإثبات المقيد، ووضع المحررات الإلكترونية في وضع أقل من المحررات الكتابية الأخرى في المنازعات المعروضة أمام القضاء وبالتالي إلقاء عبء إثبات صحتها على المتمسك بها.

وعليه يمكننا القول أن الإثبات بالمحررات الإلكترونية يدعم الإثبات الحر ويخص الإثبات في العقد الإداري الإلكتروني بخصوصية متميزة.

وما يمكن ملاحظته أن موقف د. حسن عبد الباسط جميعي من المحررات الإلكترونية وضعفها في درجة الإثبات أمام القضاء كان نتيجة تعديل ومراجعة قانون العقود الإدارية في ظل التطور السريع الذي عرفه نظام الإنترنت، بما يتيح عصرنه إجراءات إبرام هذه العقود، بهدف تطوير طرق الإثبات بما يتفق والتوجيهات الأوروبية الخاصة بالعقود الإدارية وأحكامها الخاصة بالتوقيعات الإلكترونية³⁰.

كما أن الغرفة التجارية الفرنسية لمحكمة النقض الفرنسية أكدت أن الكتابة لا تشمل فقط الوثائق الورقية بل تعدتها إلى قبول كتابة أخرى، ولو دونت على دعائم أخرى متعارف عليها في التعامل بين المتخصصين في مجالات متعددة مع إمكانية التحقق منه بدون نزاع³¹.

وكل ما تمت الإشارة إليه ومنها أحكام القضاء الإداري والمدني تدل وتؤكد أن للمحررات الإلكترونية حجية مساوية للمحررات الكتابية في الإثبات.

³⁰ قنديل سعيد السيد، التوقيع الإلكتروني - ماهيته - صورته - حجبه من الإثبات بين التدويل والاقتباس، بدون طبعة، دار الجامعة الجديدة الإسكندرية، مصر، 2004، ص: 04.

³¹ L'écrit peut être établi conservé sur tout support, 4 compris par télécopies, 601 lorsque son intégrité et imputabilité de son contenu à l'auteur désigné ont été vérifiées ou ne sont pas contestées 35. CC 21/12/1997, J.C.P, 1998, p : 178

ثانياً: موقف القانون المقارن والقضاء من طبيعة المحررات الإلكترونية.

إن المجلس الدستوري الفرنسي أقر عند مراجعته لنصوص قانون المالية لسنة 2002م، شرعية المحررات الإلكترونية للجهات الضريبية، وقبولها كأدلة إثبات عند الطعن في مدى حجيتها³²، وتناولتها فرنسا كذلك بالاعتراف صراحة عند صدور قانون العقود الإدارية سنة 2001م، والمعدل بالمرسوم رقم 15/4، وأعطى لها حجية قانونية كدليل كتابي كامل سواء تعلق بالمزايدات الإلكترونية أو بإجراءات إبرام العقود الإدارية بالوسائل الإلكترونية.

لإضافة فإن المشرع الجزائري في المادة 07 من القانون رقم 04/15³³ أشار إلى أن يعد المحرر الإلكتروني والعقد الإلكتروني والرسالة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني منتجاً للآثار القانونية التي تترتب على الوثائق أو المستندات الخطية والتوقيع الخطي بموجب الأحكام التشريعية المنصوص عليها والناصة على التزامات أطرافها وصلاحياتهم في الإثبات.

أما عن موقف مصر من المحررات الإلكترونية، نجد أن المادة 14 من قانون التوقيع الإلكتروني رقم 15-2004³⁴ تنص على أن "للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات في المواد التجارية والمدنية، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون"³⁵.

وتباعاً لما تقدم نرى أن المشرع المصري على غرار المشرع الفرنسي والجزائري وكذا أحكام التوجيهات الأوروبية والقانون النموذجي للتجارة الإلكترونية باعتبارها مصدر القرارات الإلكترونية، قد ساوى بين الكتابة العادية والكتابة الإلكترونية في المعاملات الإدارية، وكذا التوقيع الخطي والتوقيع الإلكتروني، واعترف للمحررات الإلكترونية بقوة الدليل الكتابي.

³² Marlou GERARD, Le régime de l'acte administratif face à l'électronique, acte du colloque organisé à paris 22 Janvier 2002, par le cc et l'université paris 1 Sorbonne, Bruylant, 2003, p : 102.

C.C. 27/12/2004 – 2001 – 456 cons 19, (50. 29/12/2001), p : 21159.

³³ القانون رقم 15 – 04 المؤرخ في 01 فيفري 2015 المتضمن تحديد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الإلكترونيين. (الجريدة الرسمية العدد 06 بتاريخ 10 فيفري 2015).

³⁴ قانون التوقيع الإلكتروني المصري رقم 15-2004 الصادر ربيع الأول سنة 1425 هـ (الموافق 21 أبريل سنة 2004).

³⁵ أضافت المادة 15 من نفس القانون أن "الكتابة الإلكترونية والمحررات الإلكترونية في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية، ذات الحجية المقررة للكتابة والمحررات الرسمية والعرفية في أحكام قانون الإثبات في المواد المدنية والتجارية، متى استوفت الشروط المنصوص عليها في هذا القانون وفقاً للضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون".

الفرع الثاني: القضاء وطبيعة المحررات الإلكترونية.

إن مهمة القضاء تتجسد في تحقيق العدالة وهذه حقيقة قضائية إلى جانب سعيه إلى استقرار المعاملات، وهذه هي الحقيقة الواقعية، وأن جانب العدالة يطلق للقاضي الحرية في تقديرها والوصول إليها (الحقيقة) بينما الجانب الآخر (استقرار المعاملات) يدفعه إلى تقييد القاضي في الأدلة التي يأخذ بها فيحدد له القانون طرق الإثبات والقوة التدرجية لكل دليل والتي يمكنه من احترام بعض الأوضاع المستقرة بين الناس في ظل الأمن القانوني³⁶، حيث أقر مجلس الدولة بقانونية وشرعية المحررات الإلكترونية مع استغلالها في الإثبات مثلها مثل المحررات الكتابية التقليدية في الكثير من الأحكام قبل صدور قانون العقود الإدارية.

كما كان لمحكمة النقض الفرنسية قبل إقرار مجلس الدولة بحجية الكتابة الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني في الإثبات، في حكم لها صادر سنة 1989م، وحينها اعتبرت البطاقة البنكية يتم التوقيع عليها بتوقيع الكتروني صحيح نظرا لاعتمادها على كود سري (Code secret) لا يدركه سوى الموقع لا غير، وللإشارة فإن تقرير مجلس الدولة الفرنسي الخاص باستخدام المحررات الموقعة الكترونيا والمقدم للحكومة الفرنسية جاء مطابقا لموقف الفقه والقانون إزاء حجية هذه المحررات والتي جاءت بذات الحجية المقررة للمحررات العرفية في الإثبات.

ونستخلص مما تقدم أن للقاضي الإداري سلطة تقديرية واسعة في التعامل مع المحررات الإلكترونية، على خلاف القاضي المدني كونه يتحكم بالدعوى الإدارية، بطلبه للخصوم وخاصة الإدارة منهم توفير جميع الوثائق والمستندات المتعلقة بالدعوى كما لا توجد أمامه طرق أو وسائل ثابتة للإثبات إلا إذا وجد نص مخالف لذلك، ويمكن إثبات العقد بالمحررات الرسمية أو العرفية أو القرائن³⁷.

المطلب الثاني: شروط المحررات الإلكترونية لإثبات العقد الإداري الإلكتروني.

إن غاية المحررات الإلكترونية والتوقيع الإلكتروني هو إضفاء القوة الثبوتية على التصرف القانوني وحجية الإثبات، ولا يتحقق ذلك إلا بتوفر شروطه .

الفرع الأول: شروط الكتابة الإلكترونية لإثبات العقد الإداري الإلكتروني.

الكتابة الإلكترونية ينبغي أن تستجيب لشروط أساسية قانونية وهي تلك الشروط الخاصة بالورقة بصفة عامة، تقليدية كانت أم الكترونية، بأن تكون الكتابة مقروءة، دائمة، ومستمرة، يمكن الرجوع إليها

³⁶ بن شيخ آث ملويا لحسين، مبادئ الإثبات في المنازعات الإدارية، مرجع سابق، ص: 24.

³⁷ الحلو ماجد راغب، العقد الإداري الإلكتروني، المرجع السابق، ص: 142.

في أي وقت دون تحريف أو تعديل، بحيث تكون مدونة بحروف واضحة سهلة القراءة، كما أن القوانين المقارنة كالقانون الفرنسي، الجزائري، المصري والتوجيهات الأوروبية الخاصة بالتوقيع الإلكتروني وكذا مجلس الدولة الفرنسي اتفقوا على هذه الشروط الخاصة التي تجعل من الكتابة الإلكترونية دليل إثبات للعقد الإداري الإلكتروني. وللإشارة أن القانون أعاد تعريف الإثبات الخطي في ظل المتغيرات والمستجدات بتجاوزه الدعامات الورقية المخطوطة والمادية وامتداده ليشمل كل صور التعبير عن إرادة المتعاقدين³⁸، وهذا ما نصت عليه المادة 1316 من القانون المدني الفرنسي³⁹ بأن " الإثبات الخطي أو الإثبات بالكتابة ينتج عن تتابع الحروف، للخصائص، للأرقام ولكل رمز إشارة مخصصة لعلامة مفهومة واضحة أيا ما كان دعاماتها وشكل إرسالها"، غير أن المشرع الجزائري لم ينظم هذه المسألة عكس نظيره الفرنسي، رغم تبنيه رسمية الكتابة الإلكترونية في المعاملات الإلكترونية ذات الطابع الإداري وعليه يمكننا حصر شروط الكتابة فيما هي:

أولاً: أن تكون الكتابة مقروءة ومفهومة.

أي أن يكون المحرر الكتابي مدوناً بحروف أو رموز معروفة وواضحة بالنسبة للمتعاقل أو المتعاقد الذي يرغب الاحتجاج عليه به.

وبالرجوع إلى المحررات الإلكترونية، نجد أنها تدون على الوسائط بلغة الآلة الواضحة والمفهومة باستخدام الحاسب الآلي (الكمبيوتر). وفي حالة النزاع يمكن للقاضي الاستعانة بأهل الخبرة في هذا المجال عندما تكون المحررات الإلكترونية غير واضحة وغير مفهومة إن كانت مشفرة بشأن المراسلات المشفرة ذات الطابع السري (كودي)، خاصة تلك المتعلقة بالمسائل الأمنية، عن طريق وسيط التيلكس (TELEX) أو محمية بنظام تقني خاص⁴⁰. ولإثبات العقد الإداري الإلكتروني يكفي في الكتابة الإلكترونية أن تتوفر فيها شروط الكتابة العادية ومنها الوضوح والقابلية للقراءة والفهم ما دام أن المشرع الفرنسي سوى بين هذه الأخيرة والكتابة العادية من حيث الحجية القانونية.

ثانياً: أن تكون الكتابة الإلكترونية قابلة للحفظ والاستمرار وعدم الإتلاف.

يعتبر الحفظ والاستمرار من مميزات الكتابة الإلكترونية والتي تجعل منها أداة للإثبات أمام القضاء والتي تسمح بالرجوع إلى المحرر كلما اقتضت الضرورة، ذلك كمراجعة بنود العقد في حالة نزاع مطروح أمام القضاء.

³⁸ قنديل سعيد السيد، التوقيع الإلكتروني - ماهيته - صوره - حجيته من الإثبات بين التوثيل والاقتباس، المرجع السابق، ص: 12.

تاريخ التصفح: 12-09-2020 https://www.legifrance.gouv.fr/liste/code?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF

⁴⁰ CAPRIOB (E): Le Juge et la preuve d'électronique : article passé sur le site: www.juriscom.net 2005 (pdf) p:3.

غير أن افتقار الوسائط الإلكترونية إلى مادية الوسائط الورقية تحول دون تحقيق هذا الشرط، كون أن التكوين المادي للأقراص المغناطيسية المستعملة في التعاقد عن طريق الإنترنت يتميز بقدر من الحساسية بما يعرضها للضياع عند تدفق قوة التيار الكهربائي، مما يؤثر على قدرة تخزين هذه الوسائط ويضعف قدرتها على التحفظ أو الاحتفاظ بالمعلومات والبيانات لمدة أطول، ولكن التطور الإلكتروني السريع تغلب على هذه الصعوبة الفنية والتقنية باستخدام أجهزة ووسائط أكثر قوة لحفظ المعلومات تفوق مادية الوسائط الورقية، مثل تقنية الضغط الإلكتروني أو حفظها عن طريق التصديق الإلكتروني.

إن سلطة القاضي التقديرية في المنازعات الإدارية تسمح له أن يتأكد من صحة وقابلية الكتابة الإلكترونية للحفظ والاستمرار كشروط للمحركات الإلكترونية وكتابتها، وكذا حرية الإثبات في المنازعات الإدارية عند إتلاف المستندات والمحركات الكتابية لأي سبب كان عكس المنازعات المدنية الذي يتقيد فيها القاضي بطرق ووسائل معينة طبقاً للقانون.

الفرع الثاني: شروط الإمضاء الإلكتروني لإثبات العقد الإداري الإلكتروني.

قام كل من المشرع الجزائري والفرنسي وكذا المصري بإضفاء الحجية القانونية على الإمضاء الإلكتروني مع توفير الثقة بين المتعاقدين⁴¹. ويستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله وهذا ما أكدته المادة 06 من قانون 04/15 بنصها "يستعمل التوقيع الإلكتروني لتوثيق هوية الموقع وإثبات قبوله مضمون الكتابة في الشكل الإلكتروني".

وبالرجوع إلى القانون الفرنسي فنجد أن المادة 01 فقرة 01، 02 من المرسوم 272/2001 يتضمن نفس محتوى التوقيع الإلكتروني الذي تبناه المشرع الجزائري والذي سبق ذكره، أما المشرع المصري فقد نص في المادة 14، 15 من قانون الإثبات بأنه "يعتبر المحرر العرفي صادراً ممن وقع ما لم ينكر صراحة ما هو منسوب إليه من خط أو إمضاء أو ختم أو بصمة...".

وعليه فإن القانون رقم 2000-230 المعدل والمتمم للقانون المدني الفرنسي نصت مادته 1314 فقرة 04 على شروط التوقيع الإلكتروني لإثبات المعاملات الإلكترونية، كما نصت عليه المادة 05 فقرة 02 من التوجيه الأوروبي رقم 93/99⁴³ الخاص بالتوقيع الإلكتروني.

وبناء على ما تقدم، فإن شروط التوقيع الإلكتروني في إثبات المعاملات الإدارية هي كالتالي:

⁴¹ بن غانم أسامة، حجية التوقيع الإلكتروني من الإثبات، من الموقع الإلكتروني <http://www.nauss.edu.sa/.../1434/0.0>، تاريخ التصفح:

2020-09-12. ص: 147.

⁴² La loi 2000-230 portant sur la signature électronique.

⁴³ Directives Européen 99-93 portant sur la signature électronique (JOCL 19/01/2000).

1- صدور التوقيع الإلكتروني صريحا معبرا عن هوية الموقع.

2- ضرورة الحفاظ على المحرر الإلكتروني المتضمن التوقيع تحت رقابته الحصرية، وهذا ما يدفعنا إلى معرفة هوية الموقع من خلال التوقيع الإلكتروني ثم المحافظة على صحة التوقيع الإلكتروني.

أولاً: هوية موقع التوقيع.

طبعاً فإن التوقيع الإلكتروني لا يحدث آثاره القانونية إلا إذا كان يعبر عن هوية صاحبه، ويكون وسيلة في يد الموقع لوحده دون غيره ولا يسمح باستغلاله إلا بصور شهادة من جهة مختصة بالمصادقة عليه، تكون بمثابة بطاقة هوية الكترونية للموقع⁴⁴، وقد عرفت المادة 3 مكرر من المرسوم التنفيذي 07/162⁴⁵ الموقع: "أنه شخص طبيعي يتصرف لحسابه الخاص أو لحساب شخص طبيعي أو معنوي الذي يمثله ويضع موضع التنفيذ جهاز تنفيذ إنشاء التوقيع الإلكتروني"، وبموجب هذا التعريف فالموقع دائماً هو شخص طبيعي يوقع إما لمصلحته الشخصية الخاصة أو لمصلحة غيره.

أما فيما يخص دور بطاقة إثبات هوية الموقع الإلكتروني، هو تأكيد وجود علاقة تربط بين محتوى المحرر والإمضاء، أين تنبع من الإرادة الشخصية للممضي، حيث يكون على بينة من أمره، قاصدا الالتزام بمحتويات المحرر، وعند انتهاء هذه العلاقة يفقد المحرر قوته الثبوتية و بطاقة إثبات هوية الموقع الإلكتروني هي تلك الشهادة التي تصدر عن عملية إنشاء التوقيع الإلكتروني، وفي هذا الصدد أقر مجلس الدولة الفرنسي في تقريره الصادر في ماي 1998م على حتمية وجود طرف محايد عن العقد، مهمته إصدار شهادة تؤكد الثقة والصلاحيات والأمانة من التوقيع الإلكتروني وإثبات هوية الموقع، كما أن في مصر اتخذ نفس الموقف.

ثانياً: الحفاظ على التوقيع الإلكتروني.

إن كل من المشرع الجزائري والفرنسي، أحاط التوقيع الإلكتروني بحماية قانونية من الإنكار وعدم العلم والتزوير، إذ لا يمكن تحقيق أهداف التوقيع إلا بحفظه وتوفير حماية قانونية له من الجريمة المعلوماتية ومن القرصنة الإلكترونية، ولأجل الحفاظ ابتكر العلماء تقنيات متطورة، منها نظام التشفير الذي يحول المعلومات إلى صيغة غير مفهومة، يمنع الأشخاص الممنوع عليهم الاطلاع على المعلومات

⁴⁴ حجازي عبد الفتاح بيومي، مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية من دولة الإمارات العربية المتحدة، الكتاب الثاني، بدون طبعة، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، مصر، 2003م، ص: 217.

⁴⁵ المرسوم التنفيذي رقم 07 - 162 المؤرخ في 30 ماي 2007 المعدل والمتمم للمرسوم التنفيذي رقم 01-123 المؤرخ في 09 ماي 2001 المتعلق بنظام الاستغلال المطبق على كل نوع من أنواع الشبكات بما فيها اللاسلكية الكهربائية وعلى مختلف خدمات المواصلات السلكية واللاسلكية، أخضع خدمات التصديق الإلكتروني لنظام الرخصة. (الجريدة الرسمية عدد 37 بتاريخ 07 جوان 2007).

من استغلالها أو تزويرها، الأمر الذي اكسب الإمضاء الإلكتروني قوة ثبوتية والحجية في الإثبات وتجنباً لنشوب منازعات إدارية وما يترتب عنها من إشكالات⁴⁶ بين أطراف العقد. غير أن ما ينبغي الإشارة إليه أن كل من المشرع الجزائري والفرنسي رتب حماية مدنية وجزائية للإمضاء التقليدي من خلال المواد من 164 إلى 184 من قانون الإجراءات المدنية والإدارية والتي تقابلها المواد من 287 إلى 302 من قانون الإجراءات المدنية الفرنسية⁴⁷.

وقد تم إنشاء هيئة وطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيا الإعلام والاتصال ومكافحتها بموجب مرسوم رئاسي رقم 261/15⁴⁸ الصادر في 2015/10/08م.

كما نص المشرع الفرنسي في المادة 1316 فقرة 1 بقولها "تتمتع الكتابة الإلكترونية بالحجية في الإثبات شأنها في ذلك شأن الكتابة على دعامة ورقية بشرط أن تعد وتحفظ في ظروف من طبيعتها ضمان سلامتها".

والى جانب ذلك أقرت أحكام المرسوم رقم 692/2002 الخاص بإبرام العقود الإدارية هذا الشرط أين ألزمت الإدارة والمرشحين الحفاظ على صحة المستندات الإلكترونية وتأمين السرية للتوقيعات الإلكترونية، وأن كل من المشرع الجزائري والمصري انتهجا منهج المشرع الفرنسي فيما يخص حفظ التوقيع الإلكتروني وسريته قصد المحافظة على مصداقية جهة التصديق وحسن نية المتعاقدين في المعاملة الإلكترونية.

الخاتمة:

يعتبر موضوع العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية من نتاج ثورة تكنولوجيا الإعلام والاتصال وما ترتب عنه من انتشار التعاقد عبر الإنترنت، ظهور العقد الإداري الإلكتروني بصفة خاصة حيث تتجلى خصوصيته في وسائل وطرق إبرامه وتنفيذه باعتباره مراحل أساسية في التعاقد، وتطورها أدى إلى وجود مشاريع الحكومة الإلكترونية في غالبية دول العالم، ومساهمتها في عصنة إجراءات إبرام العقود الإدارية والتي أصبحت محل اهتمام وتركيز دولي من هيئة الأمم المتحدة ومنظمة التجارة العالمية، وهذا الاهتمام الدولي سهل ظهور العقد الإداري الإلكتروني نظراً للطابع الدولي للعقود الإدارية كما سبق الإشارة إليه وعليه اهتم كل من المشرع الفرنسي والجزائري والمصري كغيرهم من التشريعات الأوروبية بإجازته إبرام

⁴⁶ بربارة عبد الرحمن، شرح قانون الإجراءات المدنية والإدارية، ط1، منشورات بغدادي، الجزائر، 2009م، ص: 144 - 158.

⁴⁷ مرجع سابق تاريخ https://www.legifrance.gouv.fr/liste/code?etatTexte=VIGUEUR&etatTexte=VIGUEUR_DIFF 12.09.2020.

⁴⁸ مرسوم رئاسي رقم 15-261، المؤرخ في 24 من ذي الحجة عام 1436هـ/الموافق ل 8 أكتوبر 2015، يحدد تشكيلة وتنظيم وكيفيات سير الهيئة الوطنية للوقاية من الجرائم المتصلة بتكنولوجيات الإعلام والاتصال ومكافحتها، الجريدة الرسمية العدد 53، الصادرة في 08 أكتوبر 2015.

العقد الإداري بالوسائل الإلكترونية، كما أن تحرير العقد الإداري يكون بواسطة الكتابة الإلكترونية التي سواها المشرع الفرنسي ونظرائه مع الكتابة العادية من حيث القوة القانونية في الانعقاد والإثبات عن طريق التوقيع الإلكتروني باعتباره القاسم المشترك بينهما، والذي يخضع لإجراءات متميزة عن إجراءات التوقيع العادي من كل النواحي سواء الأمان والثقة أو الشكل. وفي هذا الصدد ينبغي تكملة المنظومة القانونية وخاصة الجزائية منها بإقرار نظام قانوني خاص ينظم ويضبط المعاملات الإلكترونية ويحمل في مضمونه تحديد المقصود بالوسائل الإلكترونية، ومكان وزمان انعقاد العقد الإلكتروني، وكذا موطن الأطراف، والبيانات التي يجب احترامها من قبل أطراف المعاملة الإلكترونية عند استخدام الوسائل الإلكترونية في التعاقد. ولعل من أهم الأمور التي ينبغي مراعاتها في هذا القانون خصوصيته ودقة التقنية بوضع قواعد قانونية مرنة تتكيف وسرعة المعاملات، بحيث يسهل عملية ضبطها. وعلى المشرع الجزائري استغلال تجربة الدول العربية في هذا المجال وخاصة صياغة أحكام هذا القانون أسوة بتونس، الإمارات العربية، الأردن، والتي بموجب هذا القانون يتيح ويسهل عملية الانضمام إلى اتفاقيات دولية ذات علاقة بالموضوع، ويضمن بذلك المحافظة على حقوق الرعايا التابعين لتلك الدول في ظل حماية حقوق الرعايا المقيمين في دول أجنبية وهو القانون الدولي العام والخاص.

طبعاً محاولة تطوير معايير العقد الإداري الإلكتروني لتحديد خصوصية العقد الإداري الإلكتروني في ظل مبادئ العلانية وشفافية الإجراءات وحرية الدخول في المنافسة، وتطور مبدأ الحرية، كون أن إجراءات إبرام العقد الإداري الإلكتروني عن طريق شبكة الإنترنت تخضع لإجراءات حماية خاصة والتركيز على مساواة المحررات الإلكترونية والمحررات العرفية في مجال الإثبات بدون إغفال شريعتنا الإسلامية السمحاء، بحيث على المشرعين العرب احترام مبادئ الشريعة الإسلامية عند تشريع قوانين العقود الإدارية الإلكترونية في ظل احترام الحق في خصوصية الإنسان واحترام الحرية المتاحة في إطار شرعي، ولا يتأتى ذلك إلا بتظافر جهود جميع المشرعين سواء الغربية منهم أم العرب.