كلية الحقوق
قسم القانون العام

المشاكل القانونية للعقد الإداري الإلكتروني
"دراسة مقارنَة"

رسالة لنيل درجة الدكتوراه في الحقوق

مقدمة من الباحث:

محمد سيد محمد عيسى غيضان

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور / صبري محمد السنوسي
(مشرفاً ورئيساً)
أستاذ القانون العام، وعميد كلية الحقوق -جامعة القاهرة

الأستاذ الدكتور /رجب محمود أحمد طاجن
(عضواً)
أستاذ القانون العام، وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث - جامعه القاهرة

الأستاذ الدكتور /
منصورمحمدأحمدمحمد (عضواً)
أستاذ القانون العام، وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث- جامعة المنوفية

2018م

"بِسْمِ اللَّهِ الرَّحْمَنِ الرَّحِيمِ"

{يَرْفَعِ اللهُ الَّذينَ آمَنُوا مِنْكُمْ وَالَّذِينَ أُوتُوا الْعِلْمَ دَرَجَات}

" صدق الله العظيم"

سورة المجادلة الآية "11"

" إهـــــــــداء "

- إلى مَن كلل العرق جبينه، وشققت الأيام يديه انتظارًا لهذا اليوم، إلى مَن علمني أن الأعمال الكبيرة لا تتم إلا بالصبر والعزيمة والإصرار؛ جزاك الله عني كل خير يا والدي، وأطال الله عمرك.

- إلى أحب نداء، واجمل الأسماء، ومنبع الحب والعطاء، إلي القلب الصافي والوفاء، كم عانت وكم تمنت الدنيا كلها لي! إليكِ أماه، فهذا قطرة في بحرك العظيم، محبةً وطاعة وبراً، أطال الله في عمرها؛ والدتي جنة حياتي .

- وبكل الحب إلى رفيقة دربي، إلى مَن سارت معي نحو الحُلم خطوة خطوة، دون كلل أو ملل، شربنا كأس الصبر معًا. فهذا ما بذرناه سويًّا، وها نحن نحصده اليوم أيضًا سويًّا. جزاكِ الله خيرًا زوجتي العزيزة.

- بكل معاني الحب والاهتمام والرعاية والتشجيع؛ أشكر والدي بالمصاهرة حفظهما الله وَجَزَاهُم بِمَا صَبَرُوا جَنَّةً وَحَرِيرًا.

- إلى جميع إخوتي وأسرتي وأهلي، كم كنتم وقوداً للتشجيع ودفعاً للأمام.فأشكركم كل الشكر والتقدير.

- إلى أبنائي شموع حياتي، ونجوم سمائي، من رحيق شذاهم انتشي، وبديع رؤيتهم أبدأ يومي أجمل رحيق شذاهم وأبدع منظر رؤيتهم .أستمد طاقتي منهم، فهم نسمات وزهور عمري، المعتز بالله، و معتصم، وزهره الندا

محبةً وتقديراً واحتراماً

محمد سيد محمد عيسى

"شكـــــــــر وتقـــــــــديـــــــــر "

(لا يَشْكُرُ اللَّهَ مَنْ لا يَشْكُرُ النَّاسَ) ثابتٌ عن النبي «ﷺ»

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أشرف الأنبياء والمرسلين سيدنا محمَّد وعلى آلة وصحبه ومن تبعهم بإحسان إلى يوم الدين، وبعد .....

فإني أشكر الله تعالى على فضله حيث أتاح لي إنجاز هذا العمل البسيط بفضله، فله الحمد لا ينفد أوله ولا ينقطع أخره، وبعد.... - تتسابق الكلمات وتتزاحم العبارات ويعجز اللسان عن تسطير آيات الشكر والتقدير. كلمات الثناء لا توفيكم حقكمومهما جسدت الروح معانيهاتظلّ مقصّرة أمام روعتكم وعلوّ مقامكم معالي الأستاذ الدكتور / صبري محمد السنوسي عميد كلية الحقوق جامعة القاهرة،والذي شرفنيبقبولالإشراف على أطروحتي، وذلل لي كل الصعوبات الإدارية والعلمية، ولمست في سيادته تواضع العلماء، وحنين الآباء فلا أملك إلا أن أسأل الله له دوام الصحة، والعافية، والتقدم العلمي.

وبكل الفخر أتوجه لمعالي الأستاذ الدكتور/ رجب محمود أحمد طاجن :وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث - قسم القانون العام. جامعه القاهرة. بالشكر والتقدير لسيادته إزاء تفضله بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم علي عملي البسيط وجهدي المتواضع مما يضفي علي الرسالة إثراء وقيمة ما يكفي الباحث شرفاً يعتز به. أسال الله ان يجزي سيادته خير الجزاء لقاء ما خصصه من وقت، وما بذله من جهد رغم عظم مسئولياته.

وأيضاً بكل الشكر أتوجه لمعالي الأستاذ الدكتور/ منصورمحمد أحمد محمد:وكيل الكلية لشئون الدراسات العليا والبحوث. جامعة المنوفية، وذلك لتفضل سيادته بقبول الاشتراك في لجنة المناقشة والحكم علي الرسالة. شاكراً لسيادته تحمله مشقة وعناء السفر. أسأل الله العظيم أن يجزيه عني وعن كل جهد وسعي في سبيل العلم، وعن كل وقت خصصه في سبيل ذلك خير الجزاء وأن يجعل الله ذلك في ميزان حسناته، وأن يحفظه من كل سوء.

وكما لا يفوتني في هذا المقام أن أخص بالذكر معالي المستشار الدكتور:صلاح سالم جودة: نائب رئيس مجلس الدولة علي تواصله الدائم ومتابعة البحث رغم كثرة ارتباطاته.

ولا يسعني في هذه المناسبة إلا أن أتوجه بالشكر والامتنان لمعالي الأستاذالدكتور / محمد أنس قاسم جعفر .أستاذ القانون العام جامعة بني سويف، ونائب رئيس جامعة القاهرة الأسبق، ومحافظ بني سويف الأسبق بكل العرفان والتقدير لتفضله بمتابعة البحث ورعايته الكريمة فالشكر موصول لسيادته .

كما لا أنسي فقيه وعالم جليل كان صاحب الفضل في تسجيل هذه الأطروحة معالي الأستاذ الدكتور / محمود عاطف البنا. رحمة الله

رحمة واسعة وأسكنه فسيح جناته بكل الاحترام والتقدير أشكره شكرا يثقل كاهلي عرفانا وجميلا له لقبوله موضوعي للتسجيل للحصول علي درجة الدكتوراه.

أخيراً وليس آخراً أود القول "كن عالماً .. فإن لم تستطع فكن متعلماً، فإن لم تستطع فأحب العلماء، فإن لم تستطع فلا تبغضهم" فشكراً لكل معلم وأستاذ ساهم وساند في أخراج هذا البحث البسيط بهذا الشكل ولعلة يليق بالمكتبة العربية .....

فالشكر موصول لكم جميعاً

الباحث ....

مُـقـدِّمـــــة :

يشهد العالَم اليوم بشكل كبير تطورًا هائلاً في مجال التكنولوجيا وعالم الاتصالات والوسائط الإلكترونية التي شملت جميع ميادين الحياة، وتدخلت في كافة المجالات على المستوى العام للدولة والفرد في شتى مجالات حياته ونشاطاته اليومية؛ حيث تخطت البشرية عصور البداءة، وقد أدت هذه الثورة التكنولوجية إلى بداية ثورة المعرفة وتشييد حضارة العولمة خاصة في مجال تكنولوجيا الاتصال والمعلومات، ووقف العالم مندهشًا من عصر العولمة التي ربطت وصهرت العالم جميعًا في قرية إلكترونية صغيرة[1]، ونتج عن هذا ما يُمكِّنُ الأشخاص من الاتصال بمَنْ هم في أقصى الأرض في لحظات معدودة بل يمكن للفرد أن يتسوق من خلال منزله وشاشته الإلكترونية الصغيرة بضغطة زِرٍّ؛ مما جعل إمكانية تمتع الفرد بالحكومة الإلكترونية في يومياته البسيطة من خلال الصراف الآلي والهاتف وغيرهما[2]، ونتيجة لهذه التكنولوجيا التي سهلت الحياة على الإنسان؛ أصبح العالَم مفتوحًا على مصراعيه أمامه، ولا توجد حدود للمكان ولا للزمان أمام متصفح الإنترنت وغيره من الوسائط

---

(1) باسل عبد المحسن القاضي، تداول المعلومات عبر الإنترنت وأثره في تشكيل الوعي في عصر العولمة، الجامعة العربية المفتوحة في الدنمارك، 2007م،ص4.

(2) ابراهيم الباز مصطفى الباز، تبسيط الإجراءات في مجال العقود الإدارية رسالة دكتوراه كلية الحقوق جامعة المنصورة، ص 71.

"الفهـــــــــــــرس "

مُـقـدِّمـــة.....7

أهمية البحث.....14

أهداف البحث 17

صعوبات البحث 20

منهج البحث 21

الفصل التمهيدي : ماهية العقد الإداري وخصائصه.....22

أولاً: تطور فكرة العقد الإداري في فرنسا..... 23

ثانياً- تطور فكرة العقد الإداري في مصر..... 25

المبحث الأول: العقد الإداري التقليدي والعقد الإلكتروني.....28

المطلب الأول: العقد الإداري التقليدي.....29

المطلب الثاني: العقد الإلكتروني بصفة عامة.....35

أولا : تعريف العقد الإلكتروني في التشريع.....36

ثانياً: تعريف الفقه للعقد الإلكتروني.....44

المبحث الثاني :ماهية العقد الإداري الإلكتروني وخصائصه.....47

المطلب الأول : تعريف العقد الإداري الإلكتروني.....48

أولاً :موقف المشرع الفرنسي..... 50
ثانياً :موقف الفقه من تعريف العقد الإداري الإلكتروني..... 52
ثالثاً: تعريف الباحث للعقد الإداري الإلكتروني.....56
المطلب الثاني: خصائص العقد الإداري الإلكتروني.....59
أولاً: من حيث الإبرام 60
ثانيًا: يتم إبرام العقد من خلال وسيط إلكتروني 61
ثالثاً :العقد الإداري الإلكتروني هو عقد عن بُعد 62
رابعاً : من حيث التنفيذ 64
خامساً: الطابع المميز للعقد الإداري الإلكتروني.....65
الباب الأول: الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري.....72
الفصل الأول: وسائل وطرق إبرام العقود الإدارية الإلكترونية..... 75
المبحث الأول: طرق إبرام العقود الإدارية التقليدية.....77
المطلب الأول: سمات ومتطلبات العقد الإداري الإلكتروني..... 80
مجلس العقد.....83
تطابق الإيجاب والقبول.....84
وجود تواصل زمني بين المتعاقدين.....85

خضوع العقد الإداري الإلكتروني لاختصاص مجلس الدولة.....86
أولا : أهم جوانب نظام التعاقد الإداري الإلكتروني.....87
ثانياً: متطلبات نظام المشتريات العامة الإلكترونية.....88
بنية تكنولوجية.....88
أهم الجوانب الفنية الداعمة للتعاقد الإداري الإلكتروني.....89
الجوانب التنظيمية للعقد الإداري الإلكتروني..... 91
المقدرة الاقتصادي..... 92
المطلب الثاني: طرق التعبير عن الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني.93
أولاً: ماهية الوسائل الإلكترونية.....93
ثانيًا: خصائص الوسائل الإلكترونية.....96
ثالثاً :مدى جواز التعبير عن الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني....99
رابعًا: كيفية التعبير عن الإرادة بالوسائط الإلكترونية.....102
استخدام المواقع المعدة سلفًا (Ok-box).....103
التعبير عن الإرادة بالضغط على أيقونة القبول..... 104
التعبير عن الإرادة عن طريق المحادثة.....104
التعبير عن الإرادة عن طريق البريد الإلكتروني.....106

رأي الباحث..... 106

المبحث الثاني: تطور أساليب إبرام العقد الإداري

والإجراءات الشكلية السابقة على التعاقد 108

المطلب الأول: تطور اساليب إبرام العقود الإدارية 112

أولاً: تعريف المناقصة الإلكترونية.....113

ثانياً: الفرق بين المزايدة والمناقصة والممارسة والمزاد العكسي...114

المطلب الثاني: طبيعة العقد والإجراءات السابقة على التعاقد 124

أولا :الاختلاف حول طبيعة العقد الإلكتروني 126

ثانياً :الاختلاف حول طبيعة العقد الإداري الإلكتروني.....128

ثالثاً : الإجراءات السابقة على إبرام العقد الإداري الإلكتروني.....131

حصر الاحتياجات الفعلية للجهة الإدارية.....137

ثانيًا: الإذن المالي.....145

ثالثاً: إمساك السجلات الإدارية.....150

الفصل الثاني: الإجراءات التمهيدية لاختيار الإدارة المتعاقد معها الكترونياً

.....154

المبحث الأول: كراسة الشروط والقيود الواردة على الإدارة.....156

المطلب الأول: إعداد كراسة الشروط إلكترونيًّا.....158
تداول كراسة الشروط بالطرق الإلكترونية..... 169
المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية الإدارة.....173
أولاً: القيود على حرية الإدارة في التعاقد.....175
العلانية..... 176
تكافؤ الفرص..... 179
حرية الدخول إلى المنافسة.....179
المساواة بين المتنافسين.....181
إرساء العقد بناء على السعر الأقل.....184
المبحث الثاني: أركان العقد والإعلان عن العقد الإداري الإلكتروني 187
المطلب الأول: عيوب الإرادة في العقد الإداري الإلكتروني..... 189
أولاً: عيب الرضا.....189
ثانيًا: عيب التدليس.....194
ثالثًا: عيب الغَبْن.....197
المطلب الثاني :الإعلان عن العقد الإداري الإلكتروني..... 203
أولاً: الإعلان عن العقد.....205

ثانياً: التنظيم القانوني للإعلان.....208
ثالثاً : تعريف الإعلان الإلكتروني في التشريع 2018
رابعاً: خصائص الإعلان الإلكتروني.....221
الباب الثاني :أهم مشاكل تنفيذ العقد الإداري بالوسائل الكترونياً... 228
الفصل الأول :المشاكل الإجرائية التي يثيرها العقد الإداري الإلكتروني 232
المبحث الأول: مشاكل تبادل الإرادة وإجراءات التعاقد الإداري الإلكتروني..... 234
المطلب الأول: الوكيل الإلكتروني 238
أولاً: تعريف الوكيل الإلكتروني.....240
تعريف الوكيل الإلكترون في التشريعات العربية.....240
ثانياً :تعريف الوكيل الإلكتروني في التشريعات الأجنبية 242
ثالثاً– مشروعية التعاقد بالوكيل الإلكتروني.....245
رابعاً– تأثير فكرة الاعتبار الشخصي بالوكيل الإلكتروني.....247
المطلب الثاني :أهم المشاكل الإجرائية والتقنية 251
أولاً: المعاملة الضريبية للعقود الإدارية الإلكترونية.....251
ثانيًا: الاختلاف حول المعيار المميز للعقد الإداري الإلكتروني.....253

ثالثاً : صور المشاكل التي تواجه الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري.. 261
المبحث الثاني :تبادل الإيجاب والقبول والوفاء الإلكتروني..... 273
المطلب الأول :مشاكل الإيجاب والقبول في العقد الإداري الإلكتروني 276
ثانيًا: القبول الإلكتروني.....295
المطلب الثاني :المعوقات التي تواجه الوفاء الإلكتروني..... 302
أولاً: الوفاء الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني.....302
ثانياً: تعريف الوفاء الإلكتروني.....304
ثالثاً: :تعريف التشريعات الدولية للوفاء الإلكتروني 306
رابعاً: تعريف الباحث للوفاء الإلكتروني.....308
الفصل الثاني :مشاكل الإثبات والتوقيع الخاصة بالعقد ألإداري الإلكتروني309
المبحث الأول :الإثبات بالكتابة في العقد الإداري الإلكتروني.....312
المطلب الأول: الكتابة في العقد الإداري 314
أولاً: مفهوم الكتابة في العقد الإداري الإلكتروني 316
ثانيًا: الوضع في أمريكا.....322
ثالثًا: الوضع في المملكة العربية السعودية.....325
رابعاً: اشتراط الكتابة في العقد الإلكتروني.....326

خامسا: مدى إمكانية استخدام الكتابة الإلكترونية 333

سادساً: اشتراط الكتابة في العقود الإدارية الإلكترونية.....389

المطلب الثاني: اشتراط اللغة والحجية القانونية للنسخ الإلكترونية...338

أولاً : اشتراط الشكلية اللغة في كتابة العقد.....340

ثانياً: المعاملة القانونية للنسخ الإلكترونية.....346

ثالثاً: الوضع في مصر والدول العربية.....349

المبحث الثاني: مشاكل التوقيع الإلكتروني.....356

المطلب الأول :مفهوم التوقيع الإلكتروني.....359

أولاً : تعريف التوقيع الإلكتروني في التشريعات الأجنبية.....360

ثانياً: تعريف التوقيع الإلكتروني في الدول العربية.....366

ثالثاً: تعريف الفقه للتوقيع الإلكتروني 371

رابعاً: تعريف الباحث للتوقيع الإلكتروني.....374

المطلب الثاني: خصائص التوقيع الإلكتروني.....375

حجية التوقيع الإلكتروني.....378

حجية التوقيع الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني.....383

مدى إمكانية استخدام التوقيع الإلكتروني في العقد الإداري الإلكتروني378

السلطة المختصة بتوقيع العقد الإداري الإلكتروني.....389

التصديق الإلكتروني..... 391

الخـــاتمـــة.....395

مستخلص الرسالة

أن الأصل في العقود الرضائية أن يكفي تبادل الإرادتين لكي يتم إبرام العقد؛ ولكن هناك بعض العقود التي يشترط المشرع فيها شكلاً معينًا؛ حيث يجب أن يتم التعاقد في الشكل الذي حدده القانون؛ وإلا أصبح العقد باطلاً، لا سيَّما العقود الإدارية التي تكون الجهة الإدارية طرفًا فيها؛ ولذلك نص قانون المناقصات والمزايدات رقم (89) لسنة 1998م، في المادة (32) من القانون السابق على إجراءات معينة يجب أن يلتزم بها لكتابة العقد الإداري والتوقيع عليه؛ لذلك لا يمكن القول بخلاف ذلك في العقد الإداري الإلكتروني، ولا محل لمخالفة أحكام القانون لكون العقد يتم إبرامه بالوسائط الإلكترونية؛ لذلك في حين إذا تحدثنا عن حجية التوقيع الإلكتروني في القانون المصري؛ نجد أن المادة (14) من القانون رقم (15) لسنة 2004م، للتوقيع الإلكتروني نصت على: (للتوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات المدنية والتجارية والإدارية ذات الحجية المقررة للتوقيعات في أحكام قانون الإثبات، إذا روعي في إنشائه وإتمامه الشروط المنصوص عليها في هذا القانون، والضوابط الفنية والتقنية التي تحددها اللائحة التنفيذية لهذا القانون)؛ إذًا بالنظر إلى هذا النص نجد أنه تناول التوقيع الإلكتروني في نطاق المعاملات الإدارية الإلكترونية، الحجية القانونية متى توافرت فيه الشروط، ولم يترك المشرع للقاضي تحديد الأخذ بالحجية القانونية للتوقيع أم لا؛ حيث إنه أقر الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني متى توافرت فيه الشروط القانونية لصحته.

ولقد ساوى المشرع الفرنسي بين التوقيع الإلكتروني والتوقيع التقليدي من حيث وظيفته في الإثبات في القانون رقم (2000- 230) الصادر في (2000/3/13م)، المادة (1316) من التقنين المدني الفرنسي الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني متى حققت الوظيفة الشروط الخاصة بالتوقيع، ولقد أشارت قوانين العقود الإدارية الإلكترونية في فرنسا إلى تطبيق القوانين الخاصة بالقانون المدني في العقود الإدارية الخاصة بالكتابة والتوقيع الإلكتروني المواد رقم (1316-1)، (1316-4) ويمكن أن تطبق في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية. وفي المادة (19) من التوجيه الأوروبي للتوقيع الإلكتروني؛ لم تفرق بين أشخاص القانون العام وأشخاص القانون الخاص من حيث الحجية القانونية للتوقيع الإلكتروني.

الكلمات الدالة:

-العقد – الإلكترونى – المشرع – الإدارى – الحجية