كليـة الحقوق
قسم القانون العام

العقود الإدارية فى ظل الحكومة الإلكترونية

دراسة مقارنة

رسالة مقدمة لنيل درجة الدكتوراه في الحقــوق

مقدمة من

الباحثة / مها حمد العصيمى

لجنة المناقشة والحكم على الرسالة

الأستاذ الدكتور/ صبرى محمد السنوسى أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة	مشرفاً ورئيساً
الأستاذ الدكتور/ محمد سعيد امين أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق جامعة عين شمس	عضواً
المستشار الدكتور/ ممدوح صديق درويش نائب رئيس مجلس الدولة	عضواً

٢٠١٦

بسم الله الرحمن الرحيم

﴿وقُل رَّبِّ أَنزِلْنِي مُنزَلاً مُّبَارَكاً وأَنتَ خَيْرُ المُنزِلِينَ﴾

صدق الله العظيم

سورة المؤمنون : الآية : ٢٩

شكر وتقدير

بسم الله الرحمن الرحيم

(والصلاة والسلام على أشرف المرسلين سيدنا محمد وعلى آلة وصحبة أجمعين).

إن الشكر كلمة طيبة أصلها ثابت وفرعها فى السماء ، لا يلجأ إليها الإنسان إلا عندما يثقل كاهله عظيم الإحسان ، ومن هنا لا يسعنى فى هذا المقام إلا أن أتقدم بخالص آيات الشكر والعرفان بالجميل الى **أستاذى الدكتور / صبرى محمد السنوسى** –أستاذ القانون العام بكلية الحقوق جامعة القاهرة المشرف على الرسالة رئيس لجنة الحكم والمناقشة على تشريفة لى بقبول الاشراف على هذه الرسالة رغم مشاغلة الجمة ووقتة الثمين .والذى كان دائم النصح والتوجية والإرشاد لى طيلة فترة اعداد الرسالة .فلسيادته كل الشكر والتقدير وأسأل المولى جلت قدرته أن يديم عليه الصحة والعافية .

– وإنه لفخر لى أن يكون ضمن لجنة المناقشة أستاذاً كبيراً وعالماً جليلاً **الاستاذ الدكتور / محمد سعيد امين** – أستاذ ورئيس قسم القانون العام بكلية الحقوق – جامعة عين شمس –والذى تفضل مشكوراً بالمشاركة فى لجنة الحكم والمناقشة رغم أعبائة ومشاغله الجمه وتحمله عناء قراءة الرسالة فله منى جزيل الشكر.

– ومما يزيد إرساء دعائم هذه الرسالة علما وفصاحة وبلاغة وفكر قانونيا أن يكون أحد اعضاء اللجنة **المستشار الدكتور / ممدوح صديق درويش نائب رئيس مجلس الدولة** فجزاه الله عنى خير الجزاء

مقدمة

أولا :- موضوع البحث :

ساعد التطور المستمر لتكنولوجيا معالجة المعلومات ونقلها عبر الإنترنت علي إيجاد اتصال أكثر سرعة وإيجابية بين الأفراد والجهات الإدارية في شتي بقاع الأرض ؛ وقد كان من الطبيعي في هذه البيئة التقنية أن يطال التغيير سلوكنا ، وأن تتحول أنماط التعاقدات من النمط اليدوي (المادي) إلي النمط التكنولوجي (اللامادي) ، هذا التغيير في السلوك بوصفه أثراً طبيعيًا لشيوع تكنولوجيا المعلومات كان السبب الرئيسي وراء انتشار طائفة جديدة من العقود التي تبرم عن طريق الإنترنت من خلال الحاسب الآلي تلك التي يطلق عليها العقود الإلكترونية .

وعلي هذا النحو : بدأت الجهات الحكومية تخطو خطوات واسعة نحو التعاقدات الإلكترونية وأصبحت تلك الشبكة أداة رئيسية للتعاقد ، وانتشر استخدامها في التفاوض علي العقود وإبرامها بل وتنفيذها في بعض الحالات بسبب ما توفره من إمكانية إجراء حوار متبادل بين الطرفين وتلاقي الإرادات التعاقدية بصورة تفاعلية وفورية ، وعدم تقيدها بالحدود الجغرافية بين الدول لكونها تتم في مجال افتراضي يتحرر بطبيعته من مقتضيات التوطين الجغرافي أو التركيز المكاني (١).

---

(١) د. تامر محمد سليمان الدمياطي ، إثبات التعاقد الإلكتروني عبر الإنترنت ، دراسة مقارنة ، بدون دار نشر ، الطبعة الأولي ، ٢٠٠٩ ، ص ٢ وما بعدها ، د. محمد حسام لطفي ، الإطار القانوني للمعاملات الإلكترونية ، دراسة في قواعد الإثبات في المواد المدنية والتجارية مع إشارة لبعض قوانين البلدان العربية ، بدون دار نشر ، ٢٠٠٢ ، ص ٧ ، د. سمير حامد عبد العزيز ، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة ، دار النهضة العربية ، ٢٠٠٦ ، ص١ ، د. صفاء فتوح جمعة ، العقد الإلكتروني ، دار الفكر والقانون ، المنصورة ، ٢٠١٤ ، ص ٣ ، (=)

الفهرس

مقدمة ١
أولا :- موضوع البحث ١
أهمية موضوع البحث ٢
منهج البحث : ٢
خطة الدراسة ٣
فصل تمهيدي ٨
نشأة وأهداف الحكومة الالكترونية ٨
المبحث الاول ١٠
نشأة وأهدف الحكومة الالكترونية ١٠
المطلب الأول ١١
نشأة الحكومة الإلكترونية ١١
متطلبات تطبيق الحكومة الإلكترونية ١٣
المطلب الثاني ١٥
أهداف الحكومة الإلكترونية ١٥
المبحث الثاني ١٧
صور العقود الإدارية ١٧
المطلب الاول ١٨
نشأة العقد الإداري ١٨
الفرع الأول ١٩
نشأة العقود الإداري في مصر ١٩
الفرع الثاني ٢١
نشأة العقود الإدارية في دولة الكويت ٢١
رأي الباحثة ٢٥

المطلب الثاني ٢٥
معيار العقد الإداري ٢٥
– معايير العقد الإداري الإلكتروني..... ٢٧
الفرع الأول ٢٨
المعيار العضوي للعقد الإداري الإلكتروني..... ٢٨
الفرع الثاني..... ٣٢
اتصال العقد بنشاط مرفق عام ٣٢
الفرع الثالث ٣٦
وجود شروط استثنائية في العقد ٣٦
المطلب الثالث ٤٣
صور العقود الإدارية الإلكترونية ٤٣
الفرع الأول ٤٤
عقد الإلتزام..... ٤٤
– أشكال عقود البوت..... ٤٦
١– البناء والتمليك والتشغيل ونقل الملكية B.O.O,T ٤٦
٢– البناء والتملك والتشغيل B.O.T..... ٤٦
٣– البناء والإيجار ونقل الملكية BLT ٤٧
٤– الايجار والتجديد والتشغيل ونقل الملكية L.B.O.T ٤٧
٥– البناء ونقل الملكية والتشغيل B.T.O..... ٤٧
– القانونان المنظمان لمشروعات البناء والتشغيل ونقل الملكية في الكويت :٤٧
الفرع الثاني..... ٤٩
عقد الأشغال العامة..... ٤٩
الفرع الثالث ٥٣
عقد التوريد..... ٥٣

الباب الأول ٥٥
التنظيم القانوني للعقود الإدارية ٥٥
الفصل الاول..... ٥٨
تكوين العقد الإداري ٥٨
المبحث الاول..... ٦٠
قواعد الشكل والاختصاص ٦٠
١-أخذ رأي بعض الجهات وفقا للقانون الكويتي ٧٥
٢-أخذ رأي بعض الجهات وفقاً للقانون المصري ٧٨
المبحث الثاني ٨٠
أساليب ووسائل ابرام العقود الإدارية ٨٠
المطلب الأول..... ٨١
طرق التعاقد وفقا لقانون المناقصات العامة الكويتي..... ٨١
طرق التعاقد وفقا للقانون الكويتي :..... ٨٨
أولاً : الوضع قبل صدور القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٨ : ٨٩
التعاقد وفقا لقانون المناقصات العامة رقم ٣٧ لسنة ١٩٦٤ :..... ٨٩
أولاً : المناقصة العامة المفتوحة : ٨٩
ثانياً : المناقصة العامة المحدودة ٩٠
٢- الممارسة :..... ٩٢
٣- الأمر المباشر :..... ٩٣
التعاقد بالمزاد العلني :..... ٩٤
ثانياً : الوضع بعد صدور القانون رقم ٦٦ لسنة ١٩٩٨ :..... ٩٩
المطلب الثاني ١٠١
طرق التعاقد وفقا لقانون المناقصات ١٠١
والمزايدات المصري.....١٠١

أولاً : المناقصة (العامة والمحدودة والمحلية) : ١٠١
٢ – المزايـدة : ١٠٦
٣ – الممارسة : ١٠٦
٤ – الاتفاق المباشر : ١٠٩
الفصل الثاني ١١٢
الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري ١١٢
المبحث الاول ١١٣
تعريف وخصائص العقد الإلكتروني ١١٣
المطلب الأول ١١٤
تعريف العقد الالكتروني ١١٤
أولا :– موقف التشريعات من تعريف العقد الالكتروني ١١٤
١ – موقف المشرع الفرنسي : ١١٤
٢ – موقف بعض التشريعات العربية ١١٥
ثانيا : موقف الفقه من تعريف العقد الإلكتروني : ١١٥
– تعريف العقد الإلكتروني في رأي الباحثة : ١١٧
المطلب الثاني ١١٨
خصائص العقد الالكتروني ١١٨
المطلب الثالث ١٢٥
العقود والأدوات اللازمه لإبرام العقد الإلكتروني ١٢٥
المبحث الثاني ١٣١
مجلس العقد الإلكتروني ١٣١
المبحث الثالث ١٣٧
التوقيع الإلكتروني علي العقد الإداري ١٣٧
المطلب الأول ١٣٧

الجوانب التقنية للتوقيع الإلكتروني علي العقد الإداري.....١٣٧
المطلب الثاني ١٤٢
التوقيع الإلكتروني علي العقد الإداري.....١٤٢
– مواصفات التوقيع الإلكتروني الحكومي :.....١٥٣
الباب الثاني ١٥٨
آثارالعقد الاداري.....١٥٨
الفصل الاول.....١٦٠
سلطات الإدارة في مواجهة المتعاقد معها ظل العقود الإلكترونية.....١٦٠
المبحث الاول.....١٦٢
سلطة الإدارة في الرقابة علي تنفيذ العقد ١٦٢
المطلب الأول.....١٦٣
ماهية سلطة الرقابة وأساسها القانوني ١٦٣
المطلب الثاني ١٧٠
حدود سلطة الرقابة ونطاقها ١٧٠
المطلب الثالث ١٧٢
تطبيقات سلطة الرقابة في بعض العقود الإدارية ١٧٢
أولا :مظاهر سلطة الإدارة في الرقابة علي عقود التزام المرافق العامة ١٧٢
٢– مظاهر سلطات الرقابة علي عقود الأشغال العامة ١٧٣
٣– مظاهر سلطة الرقابة علي عقود التوريد ١٧٤
المبحث الثاني ١٧٥
سلطة الإدارة في تعديل شروط العقد ١٧٥
المبحث الثالث ١٨١
سلطة الإدارة في توقيع جزاءات علي المتعاقد.....١٨١
المطلب الأول.....١٨٢

الخصائص العامة للجزاءات في العقود الإدارية ١٨٢
المطلب الثاني ١٨٨
أنواع الجزاءات التعاقدية ١٨٨
الفرع الأول ١٨٩
الجزاءات المالية ١٨٩
الفرع الثاني..... ١٩٨
الجزاءات الضاغطة ١٩٨
الفرع الثالث ٢١٠
الجزاءات الفاسخة ٢١٠
المبحث الرابع..... ٢١٥
سلطة الإدارة في إنهاء العقد دون خطأ من المتعاقد معها..... ٢١٥
الفصل الثاني ٢٢٣
حقوق والتزامات المتعاقد مع الادارة في العقود الالكترونية ٢٢٣
المبحث الاول..... ٢٢٤
حقوق المتعاقد مع الادارة في العقود الالكترونية..... ٢٢٤
المطلب الأول..... ٢٢٥
حق اقتضاء المقابل المالي ٢٢٥
المطلب الثاني ٢٣٦
حق إعادة التوازن المالي للعقد ٢٣٦
المطلب الأول..... ٢٣٩
نظرية عمل الأمير ٢٣٩
المطلب الثاني ٢٤٦
نظرية الظروف الطارئة ٢٤٦
المطلب الثالث ٢٥٣

نظرية الصعوبات المادية غير المتوقعة.....٢٥٣
المبحث الثاني ٢٥٨
التزامات المتعاقد مع الادارة في العقود الالكترونية ٢٥٩
المطلب الأول.....٢٦٠
الالتزام بالتنفيذ الشخصي ٢٦٠
المطلب الثاني ٢٦٨
الالتزام بالتنفيذ في المواعيد المحددة ٢٦٨
المطلب الثالث ٢٧٣
الالتزام بتشغيل وإدارة المرفق ٢٧٣
المطلب الرابع.....٢٧٦
الالتزام بتسليم المرفق إلي الجهة الإدارية المتعاقدة.....٢٧٦
الباب الثالث ٢٧٨
الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود الإدارة الالكترونية.....٢٧٨
الفصل الاول.....٢٧٩
حدود اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية.....٢٧٩
المبحث الأول.....٢٨١
حدود اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في فرنسا ٢٨١
المبحث الثاني ٢٨٥
حدود اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية في مصر والكويت
.....٢٨٥
المطلب الأول.....٢٨٦
حدود اختصاص الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية في مصر ٢٨٦
المطلب الثاني ٢٨٨
حدود اختصاص الإداري بنظر منازعات العقود الإدارية في الكويت ٢٨٨

المبحث الثالث ٢٩٠
الاستثناءات الواردة علي اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية
..... ٢٩٠
المطلب الأول ٢٩٠
المسائل الأولية ٢٩٠
المطلب الثاني ٢٩١
اتفاق التحكيم ٢٩١
الفصل الثاني ٢٩٣
طبيعة اختصاص القضاء الإداري بمنازعات العقود الإدارية ٢٩٣
المبحث الأول ٢٩٥
نطاق ولاية القضاء الكامل في منازعات العقود الإدارية ٢٩٥
المبحث الثاني ٣٠٠
نطاق ولاية قضاء الإلغاء في منازعات العقود الإدارية ٣٠٠
الباب الرابع ٣١١
مدي جواز التحكيم في العقد الإداري الإلكتروني ٣١١
الفصل الأول ٣١٣
الأحكام العامة للتحكيم في القانون المقارن ٣١٣
المبحث الأول ٣١٤
ماهية التحكيم وصوره وآثاره ٣١٤
المطلب الأول ٣١٥
ماهية التحكيم في رأي الفقه والقضاء والتشريعات الوضعية ٣١٥
المطلب الثاني ٣٢٢
آثار اتفاق التحكيم ٣٢٢
المبحث الثاني ٣٢٨

أنواع التحكيم ٣٢٨
الفصل الثاني ٣٣٥
التحكيم في العقد الاداري الإكتروني ٣٣٥
المبحث الاول..... ٣٣٧
مدي جواز التحكيم في العقد الادري الالكتروني ٣٣٧
المطلب الأول..... ٣٣٨
مدي جواز اللجوء للتحكيم في العقود الإدارية ٣٣٨
الفرع الأول ٣٣٩
الوضع في فرنسا ٣٣٩
الفرع الثاني..... ٣٤٣
الوضع في مصر..... ٣٤٣
الفرع الثالث ٣٥٨
الوضع في الكويت ٣٥٨
المطلب الثاني ٣٦٤
الأحكام العامة لتسوية منازعات العقود الإدارية الإلكترونية ٣٦٤
المبحث الثاني ٣٦٩
التحكيم في عقود الفيديك النوذجية ٣٦٩
الخاتمة..... ٣٨٠
أولاً : نتائج الدراسة :..... ٣٨٠
ثانيا : التوصيات..... ٣٨٦
قائمة المراجع..... ٣٨٦
الفهرس..... ٤١٧

مستخلص الرسالة

تعرضت الدراسة في الفصل التمهيدي لنشأة الحكومة الإلكترونية وأهدافها وأهم صور العقود الإدارية ، ثم قسمت الدراسة إلى أربعة أبواب عرضت في الباب الأول بيان التنظيم القانوني للعقود الإدارية والتي شملت تكوين العقد الإداري ،حيث بينت قواعد الشكل والاختصاص كما بينت أساليب ووسائل إبرام العقود الإدارية ، كما ضمَّنْتُ الدراسة في هذا الباب طرق التعاقد وفقا لقانون المناقصات العامة الكويتي .وطرق التعاقد وفقا لقانون المناقصات والمزايدات المصري.

كما تناولت الدراسة الإبرام الإلكتروني للعقد الإداري ، حيث عرضتُ تعريف وخصائص العقد الإلكتروني ومجلس العقد الإلكتروني والتوقيع الإلكتروني فى مجال العقود الإدارية .

وفى الباب الثاني تناولتُ آثار العقد الإداري من خلال بيان سلطات الإدارة فى مواجهة المتعاقد معها عقوداً إلكترونية

وفى الباب الثالث : تناولت الدراسة الاختصاص القضائي بنظر منازعات عقود الإدارة الإلكترونية ، حيث بينتُ حدود اختصاص القضاء الإداري بنظر المنازعات الإدارية وطبيعته .

أما الباب الرابع من الرسالة : فقد خصصناه لبيان مدى جواز التحكيم في العقد الإداري الإلكتروني؛ وذلك بإلقاء الضوء علي الأحكام العامة للتحكيم في القانون المقارن ومدى إمكانية التحكيم في العقد الإداري الإلكتروني.

وجاءت خاتمة البحث لتشمل أهم النتائج التي توصلت إليها الباحثة وما نقترحه من توصيات

الكلمات الدالة :

(الحكومة الإلكترونية – العقود الإدارية الإلكترونية – آثار العقد الإداري – الاختصاص بنظر منازعات عقود الإدارة الإلكترونية – التحكيم في العقد الإداري الإلكتروني) .