



Journal of

STEPS

for Humanities and Social Sciences

Volume 1 | Issue 3

Article 14

Legal problems arising from the electronic administrative contract Legal consultant

Zena F. Alhyali

Law, University of Tikrit, Iraq, zena.fuad3@gmail.com

Dhafir M. Aldoory

Law, University of Tikrit, Iraq

Follow this and additional works at: <https://www.steps-journal.com/jshss>



Part of the Arts and Humanities Commons, Business Commons, Education Commons, Law Commons, and the Political Science Commons



This work is licensed under a [Creative Commons Attribution-NonCommercial-No Derivative Works 4.0 International License](https://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/4.0/).

Recommended Citation

Alhyali, Zena F. and Aldoory, Dhafir M. (2022) "Legal problems arising from the electronic administrative contract Legal consultant," *Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences*: Vol. 1 : Iss. 3 , Article 14.

Available at: <https://doi.org/10.55384/2790-4237.1076>

This Original Study is brought to you for free and open access by Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS). It has been accepted for inclusion in Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences by an authorized editor of Journal of STEPS for Humanities and Social Sciences (STEPS).

المشكلات القانونية الناجمة عن العقد الاداري الالكتروني

زينة فؤاد صبري الحيايى*

أ.م.د. ظافر مدحي فيصل الدوري

تاريخ القبول: 2022/08/12

تاريخ الاستلام: 2022/04/21

المستخلص

أخذ التطور التقني مساحة كبيرة من قطاعات عمل الإدارة ومنها العقود الإدارية لكونها عمل من أعمالها القانونية وقد أدى ذلك التطور إلى أحداث نقلة نوعية في مجال عمل الإدارة الذي انعكس إيجاباً على نشاطها من خلال تبسيط إجراءاتها ودقتها وسهولة إنجاز معاملات أفراد المجتمع، وتكمن أهمية العقود الإدارية الإلكترونية في كون تطبيقها في مؤسسات الدولة أصبح لا يثير الجدل إذ يتم إبرامها بكل ثقة ومشروعية ولا تخالف المبادئ العامة للقانون.

الكلمات المفتاحية : عقد الكتروني، توقيع الكتروني، إدارة الكترونية، المرفق العام، حجبية قانونية.

* طالبة دراسات عليا، كلية الحقوق، جامعة تكريت، العراق.

zena.fuad3@gmail.com

Legal problems arising from the electronic administrative contract Legal consultant

Zena F Alhyali, Administrative law, College of Law, University of Tikrit, Tikrit, Iraq

Dr. Dhafir M Aldoory, Administrative law, College of Law, University of Tikrit, Tikrit, Iraq

Received: 21/04/2022

Accepted: 12/08/2022

Abstract

Technical development has taken a large area of management's work sectors, including administrative contracts, as they are one of its legal activities. Electronic administrative contracts in that their application in state institutions has become uncontroversial, as they are concluded with confidence and legitimacy and do not violate the general principles of law.

keywords: electronic contract, electronic signature, electronic management, General Annex, legal authority.

المقدمة

لقد ترتب عن الثورة المعلوماتية ظهور نوع جديد من العقود يتم عبر الوسائط الالكترونية وهي العقود الالكترونية وبظهورها أصبحت الحاجة ملحة إلى إيجاد قانون خاص بإبرام هذه العقود وإثباتها وتنفيذها لان النظام الخاص بالعقود التقليدية لم يعد كافيا لتنظيم هذا النوع الجديد من العقود كما ان انتشار هذه العقود كان له الدور البارز في تطور النشاط الإداري حيث اتجهت القوانين الى إمكانية إبرام العقود الإدارية بالوسائط الالكترونية ويرجع ذلك إلى تبني مشاريع الحكومة الالكترونية كحتمية لتسيير المرافق العامة وإدارتها.

اهمية البحث: يتمثل هذا النظام من انظمة الادارة الالكترونية الذي انعكس ايجابا على اعمال الادارة القانونية منها العقد الاداري الالكتروني الذي اصبح وسيلة التعاقد الحديثة في التعاملات الادارية.

هدف البحث : مواكبة التطورات الحاصلة في ميدان العلم والتكنولوجيا الحديثة في مختلف جوانب الحياة والعمل على ادخال تلك التقنيات ضمن نشاط الإدارة من أجل ضمان سير المرفق العام بانتظام واطراد.

اشكالية البحث: في ضوء التطورات التي حصلت في الادارة واعمالها القانونية التي شهدتها الحياة الادارية نتجه مشكلة الدراسة حول معرفة مدى وجود العقد الاداري من الناحية القانونية والتطبيقية من خلال اجراءات ابرامه و اثباته و تنفيذه.

صعوبات البحث: تكمن صعوبة البحث الى حداثة هذا النوع من العقود الادارية وذلك لعدم وجود نظام خاص يلزم اطرافه عند تنفيذ العقد الاداري الالكتروني كما هو بطبيعة الحال عند ابرام العقد الاداري العادي.

منهجية البحث: بغية الوصول الى افضل النتائج المرجوة من البحث اعتمدنا في دراستنا على المنهج التحليلي الذي يحاول تشخيص المشكلة وعرضها من جميع جوانبها وتحليل النصوص القانونية التي نظمتها التشريعات التي تناولت هذا النوع من العقود.

هيكلية البحث: سيتم تقسيم البحث الى ثلاثة مطالب نتناول في المطلب الاول ماهية العقد الاداري الالكتروني ونخصص المطلب الثاني لمعرفة القيود الواردة على حرية التعاقد في العقد الاداري الالكتروني ونبين في المطلب الثالث المشكلات الناجمة عن اثبات العقد الاداري الالكتروني.

المطلب الاول : ماهية العقد الاداري الالكتروني

عند التصدي لدراسة اية ظاهرة او مشكلة اجتماعية يتوجب علينا منذ البداية تحديد المفاهيم المحورية التي تقوم عليها هذه الظاهرة، كون هذه المفاهيم تمثل المفاتيح الرئيسية التي نتمكن من خلالها بناء القانون او الفرضية التي تصف الظاهرة الاجتماعية موضوع الدراسة، إذ ان العلوم الاجتماعية تعاني من دلالات كثيرة لكل مفهوم من المفاهيم لذلك سوف نستعرض في هذا المطلب تعريف العقد الاداري الالكتروني في الفرع الاول وخصائص العقد الاداري الالكتروني في الفرع الثاني.

الفرع الاول : تعريف العقد الاداري الالكتروني

عرف العقد بصورة عامة على أنه "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني في إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه" (1)، كذلك تم تعريفه على أنه "توافق إرادتين على إحداث أثر قانوني، أو توافق إرادتين على إنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو إنهائها" (2)، فإذا طبقنا هذا المبدأ على العقد الإداري الإلكتروني نجد أنه لا يختلف من حيث المضمون عن العقد الإداري العادي فكلاهما تبادل عن التعبير الإرادي بين شخصين على إحداث الأثر القانوني إلا أن تميز العقد الإلكتروني في ذاتيته يكمن في الوسيلة القانونية والتقنية التي يبرم فيها (3).

واختلف فقهاء وشرح العقود الإلكترونية في تحديد تعريف العقد الإلكتروني فعرّفه بعض الفقهاء بأنه "العقد الذي تتلاقى فيه عروض السلع والخدمات التي يعبر عنها بالوسائط التكنولوجية المتعددة خصوصاً شبكة المعلومات الدولية من جانب اشخاص متواجدين في دولة أو دول مختلفة" (4)، وعرّفه القسم الآخر من الفقه بأنه "اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب والقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد وذلك بوسيلة مسموعة مرئية بفضل التفاعل بين الموجب والقابل" (5)، ومنهم من عرفه بالاعتماد على إحدى وسائل إبرامه معتبراً أن "العقد الإلكتروني هو العقد الذي يتم إبرامه عبر الأنترنت" (6)، أما التعريف القانوني فقد عرفه المشرع العراقي في قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 النافذ العقد الإلكتروني بأنه "ارتباط الإيجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه والذي يتم بوسيلة الكترونية" (7)، ومن التعاريف ما يكفي بأن يكون العقد مبرماً ولو جزئياً بوسيلة إلكترونية لاعتباره عقداً إلكترونياً، ومنه القائل: "بأن العقد الإلكتروني هو الاتفاق الذي يتم انعقاده بوسيلة إلكترونية كلياً أو جزئياً أصالة أو نيابة" (8)، ومنها ما شمل جميع الوسائل الإلكترونية لكنه اشترط لكي يعتبر العقد إلكترونياً أن تكتمل كافة عناصره عبر الوسيلة الإلكترونية حتى إتمامه، معتبراً أنه: "كل عقد يتم عن بعد باستعمال وسيلة إلكترونية وذلك حتى إتمام العقد" (9).

ومن خلال تحليلنا للتعريفات التي تم عرضها للعقد الإلكتروني نرى بأنه يمكن تعريف العقد الإداري الإلكتروني على أنه "التقاء إرادتين تكون إحداها شخصاً معنوياً عاماً بأي عقد، خدمات أو سلع تتعلق بنشاط المرفق العام بإحدى الوسائل الإلكترونية عن طريق شبكة الاتصالات بشكل كلي أو جزئي أو باتفاق طرفي العقد على إحداث أثر قانوني للعقد ويخضع لأحكام القانون العام أو التعليمات والأنظمة الصادرة عنه.

الفرع الثاني : خصائص العقد الاداري الالكتروني

يتميز العقد الاداري الالكتروني بخصائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية وتتمثل عموماً فيما يلي:

اولاً: يجب ان تتوفر فيه خصائص العقد الاداري التقليدي من حيث اشخاصه فيتميز العقد الاداري الالكتروني بأن يكون احد اطرافه او كلاهما من اشخاص القانون العام، وان يتصل العقد الالكتروني بنشاط مرفق عام (10)، على سبيل المثال العقد المبرم بين مديرية تربية محافظة صلاح الدين ومصرفي الرافدين والرشد لتوطين رواتب

موظفيها ، كذلك العقد المبرم بين جامعة تكريت ومصرف الرافدين لنفس الغرض وبهذه الحالة تحول استلام الرواتب من الطريقة اليدوية الى الطريقة الالكترونية عن طريق بطاقات الدفع الالكتروني التي تسمى (master card) استناداً الى هذا العقد الالكتروني (11).

ثانياً: العقد الاداري الالكتروني عقد مبرم عن بُعد بوسيلة اتصال حديثة

من اهم مظاهر خصوصية هذا العقد هو ابرامه بوسيلة اتصال حديثة من خلال استخدام الاجهزة الالكترونية الذكية والملاحظ أنه لا يمكن حصر جميع هذه الوسائل في الوقت الحاضر نظراً لارتباطها مع التطور التكنولوجي غير أنه يمكن توضيحها على سبيل التعداد لا الحصر كالتلكس والفاكس والهاتف المرئي واجهزة الكمبيوتر اضافة الى الهاتف المحمول وتعتبر هذه الخصوصية من اهم ما يميز العقد الاداري الالكتروني عن باقي العقود فهما لا يختلفان من حيث الموضوع و الاطراف بل من حيث طريقة الابرام والوسيلة المتبعة في ابرامه ، فالتعاقد الالكتروني يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي لحظة تلاقي ارادتهما لذلك فهو ينتمي الى طائفة العقود عن بُعد (12) ، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن متباعدة، وهذا باستعمال وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد كما عرفتھا المادة (121-16) من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993 بأنه: "...كل بيع لمال أو أداء لخدمة يبرم دون الحضور المادي المتعاصر للأطراف بين مستهلك ومهني، وللذين يستخدمان لإبرام هذا العقد، على سبيل الحصر، وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد" (13)، فالسمة الأساسية لهذا النوع من العقود تتمثل في:

-عدم الحضور المادي المتعاصر لأطرافه في لحظة تبادل الرضا بينهم، فهو عقد مبرم بين طرفين لا يتواجدان وجهاً إلى وجه في لحظة التقاء إرادتهما.

-بالإضافة الى أن إبرامه يتم عبر وسيلة أو أكثر من وسائل الإتصال عن بعد.

واعتبار العقد الإلكتروني من العقود المبرمة عن بعد يتطلب أن يتمتع ببعض القواعد الخاصة التي لا نجد لها مثيلاً في العقود المبرمة بالطرق التقليدية، فالأمر يكون سهلاً بالنسبة للعقود التي تبرم بالحضور المادي للأطراف الذي يسمح بضمان بعض المسائل القانونية أهمها:

-استطاعة كل من الطرفين التحقق من أهلية الآخر وصفته في التعاقد.

-التحقق من تلاقي الإرادتين، إذ تم ذلك بشكل متعاصر بحيث يتم صدور الإيجاب من أحدهما فيتبعه القبول من الطرف الآخر.

-التحقق من تاريخ التصرفات والمستندات.

-الإعداد المسبق لأدلة الإثبات.

-التحقق من مكان إبرام العقد.

-إعتماد مجموع هذه العناصر وذلك بتوقيع المتعاقدين.

أما تبادل التعبير عن الإرادة في العقود المبرمة عن بعد، فإنه يثير الشك بالنسبة للعناصر السابقة(14).

ثالثاً: من حيث الإثبات فان العقد الاداري الالكتروني يتم اثباته بالمحركات والسندات الالكترونية ، بينما يتم اثبات العقود غير الالكترونية -ادارية كانت ام مدنية- اما بالمحركات الكتابية او بأي وسيلة من وسائل الإثبات التي حددها القانون، وقد منحت العقود الادارية الالكترونية القوة القانونية الكاملة في الإثبات وهي القوة نفسها التي منحت للمحركات والسندات العادية ، اذ ساوت قوانين التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية من حيث الحجية بين المحركات الالكترونية والمحركات الورقية ومنها قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي النافذ اذ نصت المادة (13) منه على انه " للمحركات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات

الحجية القانونية لمثلها الورقية" (15)، وعود التصرف القانوني الذي ينشأ عن هذه المحررات والسندات منتجة لآثارها القانونية تجاه المتعاقد (16).

رابعاً: يتم تنفيذ بعض العقود الكترونياً أي بالتسليم المعنوي للمنتجات أو الخدمات المتعاقد عليها كما في برامج الكمبيوتر ونتائج الأبحاث العلمية والأفلام والفيديوهات، وهذا ما أفرزته معطيات التقدم التقني في ميدان الحاسب الآلي والاتصالات (17).

المطلب الثاني: القيود الواردة على حرية التعاقد في العقد الإداري الإلكتروني

لما كانت الإدارة تعمل من أجل المصلحة العامة فقد وضع القانون الإداري من القواعد ما يحاول به ضمان سلوكها في تعاقدها، وقد جاءت قواعد القانون الإداري مقيدة لحرية الإدارة في التعاقد من نواح متعددة وذلك خلاف القواعد العامة في القانون الخاص (18)، ومن هذه الشكليات التي تقيد الإدارة في تعاقدها احترام المبادئ العامة التي تقوم عليها طرق إبرام العقود الإدارية مثل مبدأ المنافسة ومبدأ السرية والشفافية بين المتعاقدين، كما أن على الإدارة قبل إبرامها لعقد إداري مراعاة هذه الشكليات (19)، وفي ظل العقد الإداري الإلكتروني فإن قوانين العقود الإدارية نصت على شكليات جديدة منها استعمال التوقيع الإلكتروني والكتابة الإلكترونية في إبرام هذه العقود، وسنأتي إلى بيان هذه القيود من خلال تقسيم هذا المطلب إلى فرعين نبيين في الفرع الأول مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة في العقد الإداري الإلكتروني وخصص الفرع الثاني لبيان مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني وكما يلي:

الفرع الأول: مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة في العقد الإداري الإلكتروني

إن حرية الدخول إلى المنافسة في العقد الإداري تعني حرية الدخول إلى المناقصة أو الممارسة التي تعلن عنها الإدارة ضمن الحدود التي يحددها القانون ويعتبر هذا المبدأ من أهم المبادئ العامة لأبرام العقود الإدارية وذلك بما يتلاءم والغرض الذي أراده المشرع من المناقصات والمزايدات كأسلوب لإبرام العقود الإدارية (20)، وأن مبدأ حرية الدخول إلى المنافسة ليس مطلقاً بل يتحدد للإدارة من سلطة في تقدير حرمان أحد الأشخاص أو المشروعات من التقديم للمنافسة التي تعلنها الإدارة والتي يمر بها الأشخاص ويكون قرار الإدارة بالحرمان مؤقتاً وفي أحيان أخرى يكون غير محدد المدة كما يكون مانعاً من تقدم الأشخاص أو المشروعات إلى جميع المناقصات والمزايدات المعلنة أو قد يقتصر على بعضها (21)، ولقد أدى التطور التكنولوجي بإدخال الوسائط الإلكترونية في إبرام العقود بصفة عامة وإبرام العقود الإدارية بصفة خاصة على التأثير لمبدأ حرية الدخول إلى المنافسة (22)، ذلك أن الدخول إلى المنافسة في إبرام العقود الإدارية الإلكترونية ليست على المستوى الداخلي فقط بل حتى على المستوى الدولي وهذا ما يؤكد فعالية المنافسة حيث تشارك فيه المؤسسات الصغيرة والكبيرة سواء الدولية أو الداخلية مما يتيح فرصة أكبر للإدارة للاختيار بين العروض المقدمة لها، وعليه فإن حرية التقدم أو الدخول إلى المنافسة تأكدت أكثر في ظل العقد الإداري الإلكتروني ففي ظل هذا العقد يفتح باب التفاوض بين الإدارة والمتعاقد من أجل الحصول على أفضل العروض، كما أن الإعلان على شبكة الإنترنت يعطي فرصة لجميع المؤسسات للاشتراك في العروض التي تطرحها الإدارة فيسهل التفاوض بينهما عن طريق شبكات الاتصال الإلكترونية أو البريد الإلكتروني (23).

الفرع الثاني: مبدأ السرية والشفافية في العقد الإداري الإلكتروني

إن من أهم المبادئ العامة في إبرام العقد الإداري الإلكتروني هو مبدأ الشفافية الذي نصت عليه غالبية قوانين العقود الإدارية ومنها قانون العقود الإدارية في فرنسا رقم 18 لسنة 2004 إذ نصت المادة الأولى منه على أن " في العقود الإدارية مهما كانت قيمتها يجب احترام مبادئ حرية الدخول إلى المنافسة المساواة بين المتعاقدين والشفافية في الإجراءات"، ذلك أن مبدأ الشفافية في الإجراءات يحقق المساواة بين المتعاقدين ويوفر تكافؤ الفرص بين الموردين ليمثل ضماناً هاماً لتلافي أي تحايل أو اتفاق جانبي لرفع الأسعار أو إبعاد أحد المتناقصين من المنافسة (24)، ذلك أن المناقصة المعروضة من قبل الإدارة تحقق ضمانات أكثر للمصلحة العامة ولا يتم ذلك إلا

إذا احيطت هذه العملية بالسرية التامة وجعل مبدأ المساواة بين المتناقضين هو المبدأ السائد دون تمييز بين المتناقضين أو استثناءً والأختل توازن العملية واضطرب حبل المنافسة الذي يقوم على تكافؤ الفرص مما يخرج المناقصة على الهدف الذي تقررت من أجله ويتحقق الغرض من عقدها ، وشروط المنافسة على هذا الوضع هي بمثابة قانون التعاقد، وعليه تعتبر القواعد العامة في ابرام العقود الادارية التي يجب احترامها من جميع الاطراف سواء الادارة او المتناقضين حتى دون النص عليها في القانون هي مبادئ قضائية استقر عليها القضاء الاداري (25).

المطلب الثالث : المشكلات الناجمة عن اثبات العقد الاداري الالكتروني

ان دور الادارة هو السمة الغالبة على عملية التعاقد باعتبارها السلطة العامة التي تهدف الى مصلحة المرفق العام وهذا الدور يترتب آثاراً على عملية التعاقد من حيث صحة العقد المبرم عبر الوسائل الالكترونية وكيفية اثباته كونه عقداً يبرم عن بعد وكيفية اتخاذ الحيطة والحذر وتوفير المزيد من الثقة من الناحية القانونية لدى المتعاقدين على الشبكة، ولغرض بيان ما تقدم ارتأينا الى تقسيم هذا المطلب الى فرعين سنبيين في الفرع الاول اثر الكتابة الالكترونية في الاثبات، ونوضح في الفرع الثاني اثر التوقيع الالكتروني في الاثبات.

الفرع الاول : اثر الكتابة الالكترونية في الاثبات

ان بيان حجة المعطيات الالكترونية في ظل النصوص القانونية المقررة يقتضي منا ابتداءً تحليل هذه النصوص تارةً وتفسيرها تفسيراً واسعاً تارةً اخرى دون الخروج عن الغاية التي ابتغى المشرع تحقيقها من وراء اقرارها، فقد عرفت المادة (78) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 لسنة 1979 مبدأ الثبوت بالكتابة بأنه " كل كتابة تصدر من الخصم يكون من شأنها ان تجعل وجود الحق المدعى به قريبا الاحتمال" (26)

والذي يبدو للوهلة الاولى ان المعطيات الالكترونية يمكن ان تعد مبدأ ثبوت بالكتابة فلما كان اعتبار الكتابة الالكترونية (كتابة) بمعناها العام امر لا يختلف عليه اثنان وان لفظ الكتابة الواردة في النص اتت بصيغة عامة ولم تبين وصف هذه الكتابة بل ان كلمة (كل) التي سبقتها تعطي هذه العبارة من العمومية ما يمكن القول بأن هذه المعطيات تدخل ضمن منطوق هذه المادة (27).

إذا فالمقصود بالكتابة الالكترونية هي (ذلك التسلسل في الحروف او الاوصاف او الارقام او اية علامات او رموز ذات معنى مفهوم، المكتوبة على دعامة الكترونية ومهما كانت طرق ارسالها ومثال ذلك تلك المعلومات والبيانات التي تحتويها الاقراص الصلبة او المرنة او تلك التي يتم كتابتها بواسطة الكومبيوتر وارسالها او نشرها على شبكة الانترنت) (28).

يعتبر الاثبات بالكتابة الالكترونية كالاثبات بالكتابة بشكلها التقليدي (على الورق) يشترط امكانية التأكد من هوية الشخص الذي اصدرها، كون التعاقد الالكتروني الذي تم عن طريق الوسائل الالكترونية يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد الادارة من هوية المتعاقد معها وثقتها بأن الشخص الذي تعاقد معها هو ذاته الذي قدم لها اسمه وعنوان بريده الالكتروني وغير ذلك من المعلومات، وقد يمتد هذا الاشكال في حالة المنازعة حول حجية هذه الوثيقة الالكترونية، فما الذي يضمن للقاضي ان الوثيقة الالكترونية المقدمة له كدليل اثبات صادرة او متعلقة بذات الشخص الذي تعاقد مع الادارة، وتعد هذه المشكلة من بين اهم المشكلات التي تواجه العقود الادارية (29).

في هذا المجال حاول التقنيين ايجاد بعض الحلول لهذه المشكلة باستعمال وسائل التعريف الشخصية عبر كلمة السر او الارقام السرية وكذا وسائل التشفير او ما يسمى بوسيلة المفتاح العام والمفتاح الخاص ووسائل التعريف البيولوجية للمستخدم، كبصمات الاصابع المنقولة رقمياً او تناظرياً وسمات الصوت او حدقات العين او غيرها، وهي وسائل أريد منها ضمان تأكيد الاتصال من جهة اخرى، لكن تأكد بعد تجربتها ان لكل منها ثغرات امنية ولذلك تعد غير كافية للاثبات وهذا ما استدعى اللجوء الى فكرة الشخص الوسيط بالعلاقة العقدية او ما يسمى سلطات الموثوقية وهي عبارة عن شركات ناشطة في ميدان الخدمات الالكترونية تقدم شهادات تتضمن تأكيداً بأن

القبول قد صدر من الموقع المعني وتحدد تاريخ صدور القبول، وحتى تضمن الإدارة تأكيد شخصية المتعاقد معها تستعمل تقنيات التعرف على الشخص بدءاً من كلمة السر وانتهاءً بتقنيات التشفير (30)

وفي النهاية لا يعتد بالكتابة سواء اكانت الكترونية او تقليدية كدليل كامل في الاثبات الا اذا كانت موقعة من قبل اطراف العقد، فالتوقيع هو الدليل المعد للإثبات وهو شرط اساسي لصحة العقد الاداري الالكتروني او التقليدي (31).

الفرع الثاني : اثر التوقيع الالكتروني في الاثبات

ان التوقيع بشكل عام هو الوسيلة الابرز للتعبير عن ارادة صاحبه وموافقته على مضمون السند ، فان التوقيع بشكله الالكتروني قد يجعل المسالة في التشريعات التقليدية اكثر تعقيدا وذلك لغياب الوسائط المادية او التقليدية التي يثبت عليها ، ولذلك فقد حظي بأهمية خاصة ، فالكثير من التشريعات الحديثة سواء كانت عالمية او وطنية ، عرفت التوقيع الالكتروني ونظمت احكامه ولذلك كان لزاما على الباحثين الاهتمام بدراسته والتعرف على كل ما يتعلق به من منظومة الكترونية بهدف الوقوف على كيفية إثبات التصرفات القانونية التي تتم عبر الانترنت ، دون استخدام الأوراق التقليدية ومعرفة مدى حجية مخرجات هذه الوسائل في الإثبات ، لاسيما وان دولاً كثيرة مازالت لم تنظم هذا الشأن بقواعد قانونية تتسجم مع خصوصيته ، وحاجة المجتمع اليه (32).

لذا سيتم التعرف على مفهومه في بادئ الامر ومن ثم التطرق الى اثره في الاثبات ، فقد عرف التوقيع الالكتروني (بانه اجراء معين يقوم به الشخص المراد توقيعه على المحرر بغض النظر عن شكله سواء اكان رقم او شفرة معينة ، مما يحفظ السرية ويعطي الثقة في دلالة التوقيع على صاحبه) وهو من التعريفات الفقهية تلك التي حاول اصحابها الجمع بين التعريف التقني للتوقيع الالكتروني الذي يركز على الوسائل التقنية التي يقوم عليها التوقيع الالكتروني ، والتعريف الوظيفي له (33).

ويعرفه اخر بانه : بيان مكتوب في شكل الكتروني يتمثل في حرف او رقم او رمز او اشارة او صوت او شفرة خاصة ومميزة ينتج من اتباع وسيلة امانة ، وهذا البيان يلحق او يرتبط منطقياً ببيانات المحرر الالكتروني للدلالة على هوية الموقع على المحرر والرضاء بمضمونه (34).

اما قانوناً فقد وردت الكثير من التعريفات للتوقيع الالكتروني في ثنايا القوانين المقارنة من ذلك مثلا ما ورد في قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية لعام 1996 التوقيع بانه : اذا اشترط القانون وجود توقيع من شخص يستوفي ذلك اذا استخدمت طريقة لتعيين هوية الشخص والتدليل على موافقته للمعلومات الواردة في رسالة البيانات (35).

أمّا المشرع العراقي فلم يخل قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية من تعريفه للتوقيع فقد عُرف بأنه " علامة شخصية تتخذ شكل حروف أو أرقام أو رموز أو إشارات أو أصوات أو غيرها وله طابع متفرد يدل على نسبه إلى الموقع ويكون معتمداً من جهة التصديق " (36).

وكما يشترط في الكتابة الالكترونية التعرف على هوية المتعاقد مع الإدارة لأعتبره حجة في الاثبات فان التوقيع الالكتروني يعد تعبيراً عن هوية المتعاقد متى صدر صحيحاً وهذا لا يأتي الا بسيطرة الموقع على عناصر التوقيع الالكتروني حتى ينتج آثاره القانونية، وهذا لا يعني ان التوقيع الالكتروني يغني عن بطاقة الاثبات الشخصية للمتعاقد ولا يحل محل الاسم المستعار ولكن المقصود بمعرفة هوية الموقع من خلال التوقيع ان تكون وسيلة التوقيع الالكتروني تحت سيطرة الموقع وحده دون غيره (37) ، ويتم التوقيع باستخدام وسيلة آمنة لتحديد هوية الموقع وضمان صلته بالعقد الذي وقع عليه واذا تم التوقيع بمعرفة موظف عام فهو يعكس شرعية وصحة هذا العقد، وقد اعتبرت محكمة النقض المصرية في حكم حديث لها صدر في 2004/9/18 ان التوقيع يمكن ان يكون دليلاً على نية الموقع وقرار منه بتحريره ويعتبر دليلاً للإثبات في حالة النزاع بين الاطراف على مضمون العقد الاداري وهو ايضا وسيلة لتوثيق العقد وتأمينه من التعديل عليه (38)، ان الحفاظ على صحة التوقيع الالكتروني يعتبر مطلباً ضرورياً للاعتراف بصحته في الاثبات خاصة في ظل المخاطر التي تتعرض لها الوسائل الالكترونية

كتغييرها او الاطلاع عليها او حذفها او الاضافة اليها من لحظة ارسالها الى لحظة وصولها(39) ، وكما هو معلوم فان للتوقيع الالكتروني ثلاثة اشكال معروفة تقليدياً وهي الامضاء والختم والبصمة ونظراً لكون التوقيع الالكتروني يعد من قبيل البيانات الالكترونية في صورها المختلفة التي تستخدم الرموز والحروف والتشفير وغيرها فإنه لا يمكن ان يعد امضاءً ولا ختماً ولا بصمة وعموماً فإنه لكي يعد التوقيع الالكتروني شكلاً من اشكال التوقيع ذات الحجية لا بد ان يحقق شرطين رئيسيين:

اولاً: ان يحقق التوقيع الالكتروني شروط التوقيع التقليدية (أي يكون له علامة مميزة للشخص الموقع ويكون التوقيع متصلاً بالعقد الموقع عليه)

ثانياً: ان يحقق وظائف التوقيع (أي يرتبط بشخص الموقع ويحدد هويته ويعبر عن ارادته في ابرام العقد وموافقاً على مضمونه)، فإذا تحقق هذين الشرطين في التوقيع الالكتروني فإنه يعتبر حجة في الاثبات وتستطيع الادارة استخدامه في اجراء و ابرام عقودها الالكترونية والاعداد به كحجة ملزمة في الاثبات عند النزاع (40).

الخاتمة

بعد البحث في المشكلات القانونية الناجمة عن العقد الاداري الالكتروني وبيان الاثار القانونية المترتبة على هذا العقد توصلنا الى جملة من الاستنتاجات وخلصنا الى عدة توصيات نبينها وفق ما يلي:

اولاً: الاستنتاجات

1. العقد الاداري الالكتروني هو التقاء إرادتين تكون إحداهما شخصاً معنوياً عاماً بأي عقد، خدمات أو سلع تتعلق بنشاط المرفق العام بإحدى الوسائل الإلكترونية عن طريق شبكة الاتصالات بشكل كلي أو جزئي أو باتفاق طرفي العقد على إحداث أثر قانوني للعقد ويخضع لأحكام القانون العام أو التعليمات والأنظمة الصادرة عنه.

2. ان التعاقد الالكتروني يتم بين عاقدين لا يجمعهما مجلس عقد حقيقي لحظة تلاقي ارادتهما لذلك فهو ينتمي الى طائفة العقود عن بُعد المبرمة بواسطة احدى الوسائل الالكترونية.

3. إن حرية الدخول الى المنافسة تأكدت ظل العقد الاداري الالكتروني اذ يفتح باب التفاوض بين الادارة و المتعاقد من اجل الحصول على افضل العروض، كما ان الاعلان على شبكة الانترنت يعطي فرصة لجميع المؤسسات للاشتراك في العروض التي تطرحها الادارة فيسهل التفاوض بينهما عن طريق شبكات الاتصال الالكترونية.

4. ان مبدأ الشفافية في الاجراءات يحقق المساواة بين المتعاقدين عبر الوسائل الالكترونية ويوفر تكافؤ الفرص بين الموردين ليمثل ضماناً هامة لتلافي اي تحايل او اتفاق جانبي لرفع الاسعار او ابعاد احد المتناقصين من المنافسة.

5. ان التعاقد الالكتروني الذي تم عن طريق الوسائل الالكترونية يثير مسألة هامة تتعلق بإمكانية تأكد الادارة من هوية المتعاقد معها وثقتها بأن الشخص الذي تعاقد معها هو ذاته الذي قدم لها اسمه وعنوان بريده الالكتروني وغير ذلك من المعلومات في الوثيقة الالكترونية وان التوقيع الالكتروني يعد تعبيراً عن هوية المتعاقد متى صدر صحيحاً منه ويكون منتجاً لآثاره القانونية.

6. ان الحفاظ على صحة التوقيع الالكتروني يعتبر مطلباً ضرورياً للاعتراف بصحته في الاثبات خاصة في ظل المخاطر التي تتعرض لها الرسائل الالكترونية كتغييرها او الاطلاع عليها او حذفها او الاضافة اليها من لحظة ارسالها الى لحظة وصولها.

ثانياً: التوصيات

1. ندعو الإدارات العامة في مؤسسات الدولة كافة على اتباع ثقافة الحكومة الإلكترونية واتباع أسلوب التعاقدات الإلكترونية في معاملاتها الإدارية كونها أسهل في الإبرام و التنفيذ و اقل جهداً وكلفة.
2. ندعو الجهات المتخصصة بالرقابة على أعمال الإدارة باستخدام الإرشفة الإلكترونية للعقود الإدارية المبرمة بوسائل الكترونية وحفظها وفق أنظمة غير قابلة للاختراق او التعديل او التلاعب بها.
3. ان يكون للقضاء دوره بممارسة حقه في الاجتهاد القضائي لحل الاشكاليات المستحدثة من خلال التوسع في تفسير النصوص التقليدية بما يتلاءم والتطور الحاصل في أعمال الإدارة الإلكترونية عند حدوث نزاع بين أطراف العقود الإدارية الإلكترونية.
4. ندعو المشرع العراقي بضرورة إفراد تنظيمًا خاصاً لإثبات العقود الإدارية المبرمة عبر الوسائل الإلكترونية من ضمن نصوص قانون الإثبات العراقي رقم (107) لسنة 1979 النافذ.

الهوامش

- 1- عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام- دار النهضة العربية، القاهرة، 1998، ص138.
- 2- امل المرشدي: تعريف العقد واركانه، مقال منشور على موقع محاماه، متاح على الرابط الآتي <https://www.mohamah.net> تاريخ آخر زيارة 2020/9/30.
- 3- د. نزيه الصادق مهدي: انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة، ص188.
- 4- المصدر نفسه، ص189.
- 5- د. مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص63.
- 6- د . عبد الفتاح بيومي حجازي: النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، 2002، ، ص47
- 7- المادة(1) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم(78) لسنة 2012 النافذ.
- 8- أحمد خالد العجولي: التعاقد عن طريق الأنترنت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، 2002، ص 123.
- 9- عبد الفتاح بيومي حجازي، الكتاب الاول، المصدر السابق، ص49.
- 10- بشار خياط: العقد الاداري الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة البعث ، سوريا، المجلد 39 العدد 67، 2017، ص 132.
- 11- زينة فؤاد صبري: اثر الادارة الالكترونية على العقد الاداري، بحث دبلوم عالي، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2020، ص16
- 12- راشدي محمد الامين: العقد الاداري الالكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور- بالجفلة، الجزائر، 2017، ص9-12.
- 13- المادة (121-16) من قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993.
- 14- د. أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002، ص 41 و 42.

- 15- المادة (13) من قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012 النافذ.
- 16- مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010، ص 133
- 17- المصدر نفسه، ص 155
- 18- ماجد راغب الحلو: العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004، ص 52
- 19- د. قيदार عبد القادر صالح: ابرام العقد الاداري الالكتروني واثباته، بحث منشور في مجلة الرافيدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 10 العدد 37، ص 149.
- 20- علي جبير عبيد الجنابي: الطبيعة القانونية للعقد الاداري، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الشرق الاوسط، الاردن، 2017، ص 81
- 21- احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في السلطة العامة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983، ص 151.
- 22- علي جبير عبيد الجنابي : مصدر سابق، ص 84
- 23- ماجد راغب الحلو: العقد الاداري الالكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2010، ص 68
- 24- عبد الغني بسيوني : النظرية العامة لقانون الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003، ص 543
- 25- علي جبير عبيد الجنابي : مصدر سابق، ص 87
- 26- المادة (78) من قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 في 1979
- 27- د. صدام فيصل المحمدي، د. اسماء جبر علوان: شهادة التعريف الالكترونية-دراسة في حجية الاثبات بالمعطيات الالكترونية مقارنة مع احكام قانون الاثبات العراقي النافذ- بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 3، عدد 8-9، 2010، بدون صفحة.
- 28- برني نذير: العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج من المدرسة العليا للقضاء، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2006، ص 45.
- 29- برني نذير: اثبات العقد الالكتروني/ بحث منشور على موقع المكتبة القانونية متاح على الرابط التالي <https://maktaba.taha/posts> تاريخ الزيارة 2022/3/15
- 30- المحامي يونس عرب: حجية الاثبات بالمستخرجات الالكترونية، مقال منشور على شبكة المكتبة القانونية العربية متاح على الرابط التالي <https://bibliotdroit.com> تاريخ الزيارة 2022/3/18
- 31- سامي بديع منصور : الاثبات الالكتروني في القانون اللبناني، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004، ص 343
- 32- عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي: المفهوم القانوني للتوقيع الالكتروني-دراسة مقارنة-بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل، كلية الحقوق، العدد 1، السنة 4، ص 135 .
- 33- د. سامح عبد الواحد التهامي : التعاقد عبر الانترنت، مصر، دار الكتب القانونية، 2008، ص 380

34- عبد العزيز المرسي حمود : مدى حجية المحرر الإلكتروني في الإثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الإثبات النافذة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد 11 ، السنة 11 ، 2002 ، ص 39 .

35- المادة (7 / 1 / أ) من قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الإلكترونية 1996 .

36- المادة (1) من قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي رقم 78 لسنة 2012النافذ.

37- د. عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الامارات العربية المتحدة، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003، ص217.

38- د. فيصل عبد الحميد الشوابكة: النظام القانوني للعقد الاداري الإلكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة العلوم الاسلامية العالمية للعلوم الاقتصادية والادارية ، مجلد 21، العدد 2، 2013، ص 356 و 357.

39- عبد الفتاح بيومي حجازي: مصدر سابق، ص 218.

40- مازن سعيد سعد المطيري: ابرام العقد الاداري الإلكتروني، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الاردن، 2017، ص 105 و 108.

قائمة المصادر

اولاً: الكتب القانونية المتخصصة

1. أحمد خالد العجولي: التعاقد عن طريق الأنترنت، دراسة مقارنة ، المكتبة القانونية، عمان ، الأردن، 2002.
2. د. أسامة أبو الحسن مجاهد: التعاقد عبر الأنترنت، دار الكتب القانونية، مصر، 2002.
3. د. سامح عبد الواحد التهامي : التعاقد عبر الانترنت ، مصر ، دار الكتب القانونية ، 2008.
4. د. سامي بديع منصور : الإثبات الإلكتروني في القانون اللبناني، الجزء الاول، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2004.
5. د. عبد الرزاق السنهوري : الوسيط في شرح القانون المدني-نظرية الالتزام- دار النهضة العربية، القاهرة، 1998.
6. د . عبد الفتاح بيومي حجازي، النظام القانوني لحماية التجارة الإلكترونية، الكتاب الأول نظام التجارة الإلكترونية وحمايتها مدنيا، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2002.
7. د. عبد الفتاح بيومي حجازي: مقدمة في التجارة الإلكترونية العربية، النظام القانوني للتجارة الإلكترونية في دولة الامارات العربية المتحدة، الكتاب الثاني، دار الفكر الجامعي، الاسكندرية، 2003.
8. عبد الغني بسيوني : النظرية العامة لقانون الادارية، منشأة المعارف، الاسكندرية، 2003.
9. ماجد راغب الحلو: العقود الادارية والتحكيم، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2004.
10. ماجد راغب الحلو: العقد الاداري الإلكتروني، دراسة تحليلية مقارنة، دار الجامعة الجديدة للنشر، الاسكندرية، 2010.
11. د. مصطفى موسى العجارمة: التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الانترنت، دار الكتب القانونية، القاهرة، 2010.

ثانياً: البحوث والرسائل والاطاريح الجامعية

1. احمد عثمان عياد: مظاهر السلطة العامة في السلطة العامة، اطروحة دكتوراه، جامعة القاهرة، 1983.
2. برني نذير: العقد الالكتروني على ضوء القانون المدني الجزائري، مذكرة تخرج ، المدرسة العليا للقضاء، وزارة العدل، الجزائر، 2006.
3. راشدي محمد الامين: العقد الاداري الالكتروني، رسالة ماجستير، كلية الحقوق والعلوم السياسية، جامعة زيان عاشور-بالجفلة، الجزائر، 2017.
4. زينة فؤاد صبري: اثر الادارة الالكترونية على العقد الاداري، بحث دبلوم عالي، كلية الحقوق، جامعة تكريت، 2020
5. علي جبير عبيد الجنابي: الطبيعة القانونية للعقد الاداري، رسالة ماجستير ،جامعة الشرق الاوسط، كلية الحقوق، الاردن، 2017.
6. مازن سعيد سعد المطيري: ابرام العقد الاداري الالكتروني، رسالة ماجستير، جامعة اليرموك، كلية القانون، الاردن، 2017.

ثالثاً: البحوث والمجلات العلمية القانونية

1. د. بشار خياط: العقد الاداري الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة البعث ، سوريا، المجلد 39 ، العدد 67، 2017.
2. د. صدام فيصل المحمدي، د. اسماء جبر علوان: شهادة التعريف الالكترونية-دراسة في حجية الاثبات بالمعطيات الالكترونية مقارنة مع احكام قانون الاثبات العراقي النافذ- بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للحقوق، مجلد 3، عدد 8-9، 2010.
3. عبد الرسول عبد الرضا، محمد جعفر هادي: المفهوم القانوني للتوقيع الالكتروني-دراسة مقارنة-بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية و السياسية، جامعة بابل ، كلية الحقوق ، العدد 1، السنة 4.
4. عبد العزيز المرسي حمود : مدى حجية المحرر الالكتروني في الاثبات في المسائل المدنية والتجارية في ضوء قواعد الاثبات النافذة ، بحث منشور في مجلة البحوث القانونية والاقتصادية ، كلية الحقوق بجامعة القاهرة ، العدد 11 ، السنة 11 ، 2002.
5. د. فيصل عبد الحميد الشوابكة: النظام القانوني للعقد الاداري الالكتروني، بحث منشور في مجلة جامعة العلوم الاسلامية العالمية للعلوم الاقتصادية والادارية ، مجلد 21، العدد 2، 2013.
6. د. قيदार عبد القادر صالح: ابرام العقد الاداري الالكتروني واثباته، بحث منشور في مجلة الرافيدين، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، المجلد 10 العدد 37، 2008.
7. د. نزيه الصادق المهدي: انعقاد العقد الإلكتروني، بحث مقدم في مؤتمر المعاملات الإلكترونية (التجارة الإلكترونية-الحكومة الإلكترونية)، كلية الحقوق، جامعة القاهرة.

رابعاً: المصادر الالكترونية

1. امل المرشدي: تعريف العقد واركائه، مقال منشور على موقع محاماه، متاح على الرابط الآتي
<https://www.mohamah.net>

2. المحامي يونس عرب: حجية الاثبات بالمستخرجات الالكترونية ، مقال منشور على شبكة المكتبة القانونية العربية متاح على الرابط التالي. <https://bibliotdroit.com>.
3. برني نذير: اثبات العقد الالكتروني، بحث منشور على موقع المكتبة القانونية متاح على الرابط التالي <https://maktaba.taha/posts> .

خامساً: القوانين

1. قانون الاثبات العراقي النافذ رقم 107 في 1979.
2. قانون الإستهلاك الفرنسي رقم 949 لسنة 1993.
3. قانون الاونسيترال النموذجي للتجارة الالكترونية 1996.
4. قانون العقود الادارية الفرنسي رقم 18 لسنة 2004.
5. قانون التوقيع الإلكتروني والمعاملات الإلكترونية العراقي النافذ رقم 78 لسنة 2012.