

مجلة العلوم القانونية والاجتماعية

Journal of legal and social studies

Issn: 2507-7333

Eissn: 2676-1742

آليات التراضي في العقود الالكترونية بين المعاملات المدنية والإدارية

The mechanisms of consent in electronic contracts between civil and administrative transactions

لحول دراجي*

جامعة زيان عاشور، الجلقة، (الجزائر)، d.lahouel@mail.univ-djelfa.dz

تاريخ النشر: 2021/09/01	تاريخ القبول: 2021/08/01	تاريخ ارسال المقال: 2021/06/05
-------------------------	--------------------------	--------------------------------

* المؤلف المرسل

الملخص:

إنطلاقاً من مبدأ سلطان الإرادة يقوم الأفراد بإبرام العقود المدنية الإلكترونية مثلها مثل العقود المدنية العادية حيث تتوافق إرادة الأطراف إلكترونياً من خلال إيجاب وقبول يتم عن بعد عبر وسائط الكترونية وقد يكون ذلك على نطاق دولي أو محلي، لكن كل ذلك لا يؤثر سلباً في المبادئ العامة التي تحكم العقود المدنية بل قد يقدم بعض الإيجابيات كإثبات العقد بواسطة المحررات الالكترونية والتوقيع الالكتروني.

وفي المقابل ومن خلال مبادئ المنافسة وحرية الوصول للطلبات العمومية ومتطلبات الشفافية في تسيير المال العام تعمل الحكومات والهيئات الإدارية على إبرام العقود الإدارية الالكترونية وذلك باعتماد وسائل اتصال الكترونية بين الأطراف تضمن وتدعم معظم المبادئ السالفة الذكر، غير أنه ما يحكم توافق إرادة المتعاقدين في العقود الإدارية العادية هو ذاته في العقود الإدارية الالكترونية نظراً لعدم تكافؤ طبيعة الأطراف المتعاقدة كما هو متعارف عليه.

الكلمات المفتاحية: التراضي وعناصره؛ الإرادة في المعاملات الالكترونية؛ العقد المدني الالكتروني؛ العقد الإداري الالكتروني.

Abstract :

Based on the principle of the autonomy of will, individuals conclude electronic civil contracts like ordinary civil contracts. The will of the parties corresponds electronically from a distance through offer and acceptance via electronic means, which may be on an international or local scale. However, all of this does not adversely influence the general principles governing civil contracts, but may even offer some positives, such as proof of contract by electronic documents and electronic signature.

On the other hand, through the principles of competition, free access to public requests, and transparency requirements in the management of public funds, Governments and administrative bodies are working to conclude electronic administrative contracts by adopting electronic means of communication between the parties that guarantee and support most of the above-mentioned principles. However, what controls the compatibility of the contractors will in

ordinary administrative contracts is the same in electronic administrative contracts, as the nature of the contracting parties is unequal as is customary.

Keywords: Consensus and its elements; The will in electronic transactions; electronic civil contract; electronic administrative contract.

مقدمة :

على إثر المواكبة الحتمية لمختلف مقتضيات العولمة بات من الضروري على الأفراد والحكومات انتهاز طرق التعاقد الالكترونية الحديثة في مختلف التصرفات خاصة مع تحين التشريعات الوطنية والدولية المتعلقة بمختلف التعاملات، وأصبح للعقد الالكتروني مكانة في الأنظمة القانونية المقارنة كمكانة باقي العقود التقليدية.

ولقد عرف المشرع الجزائري العقد الالكتروني في المادة 06 من القانون 05-18 المؤرخ في 2018/05/10 المتعلق بالتجارة الإلكترونية¹ على أنه: ((العقد بمفهوم القانون رقم 04-02 المؤرخ في 5 جمادى الاولى عام 1425 الموافق 23 يونيو سنة 2004 الذي يحدد القواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ويتم ابرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه بالجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني)).²

وتوالى اجتهادات الفقهاء والباحثين حول العقد الالكتروني حيث عرفه بعضهم بأنه ذلك العقد الذي يتم ابرامه بواسطة مختلف الوسائل الالكترونية، فقد يكون ذا طابع دولي وقد يتم بين أطراف متواجدين في نفس المنطقة، وليس بالضرورة أن يكون أطرافه من الأفراد كالتجار والمستهلكين فقط فقد يكون أطرافه من الهيئات الحكومية والادارية فيما بينها المستهلكين³، أي أنه قد يكون عقداً مدنياً إلكترونياً وقد يكون عقداً إدارياً إلكترونياً لكن الأهم ليس في طبيعته بل في مدى توفر الأركان المتعارف عليها في العقود.

ولعل أهم ركن في العقود المدنية هو التراضي أو الرضا والذي ينبنى على أقوى المبادئ القانونية الأساسية والمتمثل في مبدأ سلطان الإرادة والذي لا يجب أن يتأثر بمتطلبات العولمة مهما كانت إيجابياتها، وفي المقابل لا يجب أن تؤثر هذه العولمة في مبادئ العقود الإدارية كمبدأ حرية المنافسة ومبدأ الشفافية وغيرها من المبادئ.

وهو ما يجزنا لطرح الاشكالية الموالية:

ما هي آليات التراضي في كل من العقود المدنية الإلكترونية والعقود الإدارية الالكترونية ؟

ومن خلال ذلك تتفرع عن هذه الاشكالية مجموعة من التساؤلات الفرعية أهمها:

- هل يحقق هذا التراضي التوفيق بين متطلبات العولمة والتقييد بالمبادئ القانونية العامة؟

- هل توجد ضمانات قانونية كافية لأطراف العقد؟

- هل من آثار قانونية ناتجة عن مختلف عمليات التعاقد الالكتروني؟

ولأجل ذلك سنعمد لمناقشة هذا التساؤل المنهج الوصفي لتوضيح كل هذه الآليات الحديثة في ركن التراضي والمنهج التحليلي للربط بينها وبين ما هو متعارف عليه في العقود التقليدية سواء كانت ذات طبيعة مدنية أو طبيعة إدارية.

ولعل أهم الفرضيات التي قد تنجر عن هذه الاشكالية تتمثل فيما يلي:

- رغم أن التعاقد يتم عن بعد إلا أن معظم الوسائل الالكترونية تفي بالغرض لتوافق إرادة الأطراف،
- يمكن تصور عيوب في الإرادة في العقود الالكترونية مثلما يوجد ذلك في العقود التقليدية بل قد يتسع مجال هذه العيوب نظراً لأن مجلس العقد يتم عن بعد فقط،
- قد تساهم الوسائل الالكترونية في فرض بعض المبادئ القانونية العامة المتعارف عليها في مختلف العقود. كما تجدر الإشارة إلى أن الأهداف المرجوة من هذا البحث تصب في إطار التوفيق بين متطلبات العولة والتقيد بالمبادئ القانونية العامة التي تحكم مختلف العقود وكذا التعرف على مختلف الآليات الحديثة المستعملة في ركن التراضي فيها والكشف عن مدى فعاليتها مقارنة بما هو تقليدي وعن مدى تواجد عيوب الإرادة فيها وللاجابة عن هذا التساؤل سنعمد الخطة الموالية:

المبحث الأول: التراضي في العقود المدنية الالكترونية

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية المدنية

المطلب الثاني: الضمانات القانونية في العقود المدنية الالكترونية وأثرها على ركن التراضي

المبحث الثاني: توافق إرادة الأطراف في العقود الإدارية الالكترونية

المطلب الأول: صور التراضي في العقود الادارية الالكترونية

المطلب الثاني: أثر التقنيات الالكترونية على التراضي في العقود الادارية الالكترونية

خاتمة

.....

المبحث الأول: التراضي في العقود المدنية الالكترونية

تعتبر العقود المدنية النواة الأولى للقواعد القانونية ككل وذلك لأن المعاملات المدنية كانت ولا زالت منبعاً للمنازعات وهو ما نلمسه كذلك في المعاملات الالكترونية، وتبني العقود المدنية على أركان متعارف عليها في الوسط الأكاديمي والقانوني، والأكد أن العقود الالكترونية ذات الطبيعة المدنية لا تقوم إلا بنفس هذه الأركان مع تكيفها فقط وفق طريقة التعاقد الحديثة هذه.

يعتبر الرضا ركناً أساسياً في التعاقد لا غنى عنه فلا يتم التعاقد إلا بتوافق إرادة الأطراف، وقد يكون الرضا في شكل معين في بعض العقود الشكلية، لكنه يجب أن يكون موجوداً وصحياً⁴ خاصةً ونحن أمام عقد الكتروني له خصوصيات معينة أهمها عدم تواجده الأطراف.

وعادة ما يأخذ التعبير عن الإرادة صورتين؛ فقد يكون تعبيراً صريحاً وقد يكون ضمناً، فالتعبير في العقود الالكترونية غالباً ما يكون صريحاً لأنه قد يتمثل في رسالة معلومات إلكترونية⁵ أو في خطاب مسجل أو نشرة أو

اعلان مسجل⁶ مثلما نشاهده اليوم على مختلف المواقع الالكترونية ، فهذه الصور مماثلة لما نعرفه في التعاقد التقليدي أو العادي أي بواسطة الكتابة أو اللفظ أو الإشارة للتعاقد.

ورغم ذلك فإن توافق الارادتين في العقد الالكتروني لا يكون إلا بوجود تطابق بين إيجاب وقبول المتعاقدين عن بعد (المطلب الأول) ولا يختلف الأمر كثيراً عن العقود المدنية العادية، بينما تتمثل الضمانات القانونية لذلك في الاعتراف بحجية الآليات الالكترونية المستعملة في اثبات رضا الطرفين (المطلب الثاني):

المطلب الأول: الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية المدنية

إن التطابق المفترض في الإيجاب والقبول في العقود الالكترونية المدنية لا يكون إلا بعد أخذ ورد من طرف الأطراف عبر وسائل الكترونية أدت بتسميتهم بالإيجاب الالكتروني والقبول الالكتروني وهو ما سنتطرق له آتياً.

1) الإيجاب في العقود الالكترونية ذات الطبيعة المدنية:

باعتبار أن الإيجاب هو الخطوة الأولى في كافة العقود فإنه يجب أن يكون هذا الإيجاب جازماً وكاملاً وباتاً وواضحاً ومتضمناً لكل شروط العقد⁷، ولهذا فالإيجاب الالكتروني يختلف فقط عن ما هو تقليدي بأنه يعتمد على وسائل الكترونية حديثة في التعبير عن الإرادة.

ولقد عرف التوجيه الأوروبي رقم 97/07 الإيجاب الالكتروني بمناسبة تقنيته لحماية المستهلك بأنه: "كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"⁸، كما جاء في القانون النموذجي للتجارة الالكترونية للأمم المتحدة بأن: "في سياق تكوين العقود، وما لم يتفق الطرفان على غير ذلك، يجوز استخدام رسائل البيانات للتعبير عن العرض وقبول العرض وعند استخدام رسالة البيانات في تكوين العقد لا يفقد ذلك العقد صحته أو قابليته للتنفيذ لجرد استخدام بيانات لذلك العرض"⁹.

وبالإضافة إلى ذلك فقد جاء البند 2/3 من مشروع العقد النموذجي بشأن التجارة الالكترونية الصادر عن الأونيسترال¹⁰ ما يلي: "تمثل الرسالة إيجاباً إذا تضمن إيجاباً لإبرام عقد مرسل إلى شخص واحد أو أشخاص محددين ما داموا معروفين عن نحو كاف وكانت تشير إلى نية مرسل الإيجاب أن يلتزم في حالة القبول"¹¹

الخصائص العامة للإيجاب الإلكتروني: من بين خصائص الإيجاب الإلكتروني أنه يتم عن بعد ويتم عبر وسيط الكتروني، كما أنه يمثل في حقيقة الأمر إيجاباً دولياً¹²، وهي بالفعل خصوصيات غير متوفرة في العقود المدنية العادية.

- الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب يتم عن بعد نظراً لأن مجلس العقد هو مجلس عقد حكمي، حيث أن هذا التعاقد يعتبر تعاقدًا بين حاضرين فالبرغم من تباعد الطرفين من حيث أماكنهم إلا أنهما في إتحد زمني مما يجعلهما في مجلس عقد واحد¹³ وذلك لأن التفاوض بينهما يتم في لحظة واحدة مثله مثل الحالة العادية للتعاقد، وهو ما يجعل البعض بأن يصف العقود الالكترونية عمومًا بأنها عقود تفاوضية¹⁴؛

- بالإضافة إلى الأطراف المتعارف عليها في التعاقد يوجد عنصر آخر حديث بالنسبة للعقد الإلكتروني وهو الوسيط الإلكتروني، حيث يعتبر البعض بأن كل مساهم في توفير خدمة الانترنت بمثابة الوسيط الإلكتروني¹⁵، كما أنه من ينشئ المواقع الالكترونية وكذا صفحات مواقع التواصل الاجتماعي الخاصة بالتجارة والبيع هو كذلك بمثابة الوسيط الإلكتروني؛

- الإيجاب الإلكتروني هو إيجاب دولي وبالتالي فهو موجه للعديد من الأشخاص على عكس الحالات العادية للإيجاب في العقود المدنية التقليدية؛ وبهذا فهو إيجاب صادر للجمهور¹⁶ دون تحديده لفئة معينة لا من حيث صنفها ولا من حيث توأجدها.

صور الإيجاب الإلكتروني: تختلف صور الإيجاب الإلكتروني بحسب التقنية المستعملة في التعبير عن هذا الإيجاب فتتعد صوره إلى:

- الإيجاب عن طريق البريد الإلكتروني¹⁷ (Email) : حيث يقوم البائع بالتواصل مع زبائنه عن طريق صناديقهم البريدية الالكترونية ويعرض عليهم مبيعاته المتوفرة، ليتواصلو معه عن طريق رسائل البريد الإلكتروني بقبولهم أو رفض عرضه.

- الإيجاب عن طريق شبكة المواقع الواب (web): وقد يلجأ البائع إلى عرض مبيعاته بوضعها على أحد مواقع الواب (web) المختصة أو غير المختصة على شبكة الانترنت ويتفاعل معه الزبائن بالنقر على زر "موافق"¹⁸ وغالباً ما يملأ استمارة الكترونية بمعلوماته الشخصية كالاسم واللقب والعنوان ورقم الهاتف وغيرها من المعلومات.

- الإيجاب بواسطة مواقع التواصل الاجتماعي: يلجأ معظم البائعين مؤخراً إلى عرض مبيعاتهم على مواقع التواصل الاجتماعي والتي تعتبر فضاءات الكترونية يلتقي فيها الأفراد توفر أغلبها خدمة الصورة والصوت معاً وعلى المباشر ليكون مجلس العقد حينئذ أشبه كثيراً بالمجلس العادي أو التقليدي.

وقبل ظهور هذه الصور السابقة للتعاقد كانت هناك وسائل أخرى للتعبير عن الإيجاب كالهاتف أو التلفاز أو الفاكس أو التلكس لكنها واجهت صعوبات في الإثبات¹⁹ وصعوبات في التطور المتسارع للمعاملات الالكترونية، ولهذا اتجهت العديد من الدول إلى توفير أكثر الضمانات القانونية لنجاح هذه المعاملات الالكترونية مثل الشروط المتعلقة ببيانات البائع والتي كان أهمها ما يلي:

- تحديد هوية البائع بذكر كل معلوماته على هذه المواقع الالكترونية؛

- تحديد وصف دقيق للمبيعات أو الخدمة؛

- تحديد مدة الإيجاب

- تحديد الثمن وآليات الدفع.²⁰

(2) القبول في العقود الالكترونية ذات الطبيعة المدنية:

يُعرف القبول بأنه التعبير اللاحق للإيجاب الصادر من وجه إليه هذا الإيجاب ليؤكد تطابق أو توافق الإرادتين²¹، وقد عرفته اتفاقية فيينا لسنة 1980 المتعلقة بالبيع الدولي للبضائع في مادتها 1/18 بأنه "يعتبر قبولاً أي بيان أو أي تصرف آخر صادر من المخاطب يفيد الموافقة على الإيجاب"²².

ومثلما رأينا بالنسبة للإيجاب الالكتروني بأنه يختلف فقط عن ما هو تقليدي بأنه يعتمد على وسائل الكترونية حديثة في التعبير عن الإرادة فالأمر كذلك ينطبق عن القبول الالكتروني، أي أنه يتميز بنفس خصائصه العامة ويتأثر بالتعاقد عن بعد ليميز بخصائص أخرى:

- يعتبر القبول الالكتروني كذلك قبولاً يتم عن بعد نظراً لأن مجلس العقد هو مجلس عقد حكمي؛

- لا ينعقد العقد إلا بعلم الموجب للقبول وتكون لحظة القبول محددة في معظم المعاملات الالكترونية حيث يتم النقر على أيقونة القبول بعد ملء استمارة التعاقد التي تتضمن معلومات القابل وبعض المعلومات عن المنتج ليتم تأكيد القبول بعد ذلك؛

- اتساع المجال الزمني للقبول يعطي القابل فرصة لاختيار المبيع بدقة ويعطيه امكانية العدول عنه²³، حيث أن العديد من التشريعات كالقانون الفرنسي والتوجيه الأوروبي والأمريكي والانجليزي أقرت أحقية المستهلك أو الزبون في العدول بشأن العقود الالكترونية خلال فترة السماح حيث تختلف هذه المدة من تشريع لآخر²⁴.

وكما رأينا سابقاً بأن الإيجاب الالكتروني له صور متعددة فإنه كذلك تتعدد صور القبول الالكتروني بحسب التقنية المستعملة في التعاقد، فقد يتعامل الطرفان عن طريق الصناديق الالكترونية (Email) وقد يكون عن طريق مواقع الواب (web) وقد يكون عن طريق مواقع التواصل الاجتماعي.

ومثلما قد يشوب ركن التراضي في العقود المدنية التقليدية من عيوب فالعقود المدنية الالكترونية هي كذلك عرضة لها بل وأكثر منها بكثير خاصة التدليس والغلط والاستغلال وحتى الإكراه يمكن تصوره في هذه العقود²⁵، ولعل بُعد المسافة بين أطراف العقد هو السبب الرئيسي لوقوع هذه العيوب.

المطلب الثاني: الضمانات القانونية في العقود المدنية الالكترونية وأثرها على ركن التراضي

تتمثل ضمانات الأطراف المتعاقدة في العقود المدنية الالكترونية في توفير آليات حديثة تمتاز بقوة اثبات مميزة كالتوقيع الالكتروني والبطاقة الالكترونية والقدرة على حفظ المحررات الالكترونية بسهولة؛ وذلك لأن كل التعاملات الالكترونية بها آليات التسجيل الالكتروني ومرتبطة كذلك مع البريد الالكتروني لكل متعامل، كما أن الرسائل الالكترونية تبقى محفوظة بكل محتوياتها والمعلومات المتعلقة بها.

- **التوقيع الالكتروني:** وهو مجموعة من البيانات المتعلقة بشخصية الموقع تعبر عن موافقته على رسالة البيانات، ومن خلال بعض التشريعات الوطنية والدولية فإن هذه البيانات قد تكون في شكل الكتروني يتضمن إما صوتاً أو رمزاً أو إجراء²⁶، ولهذا فهو يتخذ العديد من الصور أهمها: التوقيع الرقمي، التوقيع الكودي (الرقم السري)، التوقيع البيومتري (بالحواس الذاتية)، التوقيع بالقلم الالكتروني، وللتذكير فإنه يوجد كذلك ما يسمى بالشيك الالكتروني والذي لم يلق رواجاً واهتماماً كبيرين نظراً لتفوق آليات الدفع الالكتروني الحديثة في مجال التجارة الالكترونية²⁷، ولم يتوقف الأمر إلى هذا الحد بل يوجد ما يسمى بالنقود الالكترونية (المحفظة الإلكترونية والمحفظة الافتراضية) والتي لقت الرواج في بعض الدول²⁸.

ولهذا فقد عرف المشرع الجزائري التوقيع الالكتروني في المادة الثانية من القانون 15-04 المؤرخ في 2015/02/01 المحدد للقواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين²⁹ على أنه: ((بيانات في شكل إلكتروني، مرفقة أو مرتبطة منطقياً ببيانات إلكترونية أخرى، تستعمل كوسيلة توثيق))، وعلى

أساس ذلك أعطاه المشرع الجزائري قوة إثبات ذات حجية عالية الدرجة من خلال الفصل الأول من الباب الثاني من القانون 04-15 السالف الذكر، حيث جاء عنوان هذا الفصل بمبادئ المماثلة وعدم التمييز تجاه التوقيع الالكتروني ليليه فصلا ثاني يتضمن آليات إنشاء التوقيع الالكتروني الموصوف والتحقيق منه.

ويعتبر التوقيع الالكتروني المرحلة النهائية لتثبيت توافق الارادة بين الأطراف ووضع العقد محل اتفاق وابرار مكتمل، كما يعتبر من بين إحدى الشكليات المطلوبة في بعض العقود المدنية الالكترونية.

- **المحررات الالكترونية:** قد يشترط القانون وجود ركن الشكلية في بعض العقود المدنية الالكترونية والذي قد يرتبط بإجراءات معينة يشترطها القانون بالإضافة إلى إفراغ هذه العقود في شكل كتابي³⁰، ولعل الكتابة الالكترونية تتوفر على كل الضوابط المطلوبة كأن تكون مقروءة ومفهومة وتكون قابلة للحفظ والاستمرار وعدم الاتلاف³¹؛ وذلك لتوثيق العقد وفق مقتضيات مبدأ المشروعية ولضمان حقوق والتزامات الأطراف المتعاقدة.

ولعل أشهر وأهم هذه المحررات الالكترونية شهادة التصديق الالكتروني، وهي تلك الوثيقة الالكترونية التي تؤكد صحة التوقيع الالكتروني حيث يعتبر البعض هذه الشهادة بمثابة وسيط الكتروني أو طرف ثالث محايد مهمته تنظيم وتوثيق هذه الرابطة أو العلاقة التعاقدية³²، ولقد عرف المشرع الجزائري شهادة التصديق الالكتروني بأنها: ((وثيقة في شكل إلكتروني تثبت الصلة بين بيانات التحقق من التوقيع الإلكتروني والموقع)) وذلك بموجب المادة الثانية من القانون 04-15 السالف الذكر، حيث خصص له الباب الثالث منه ليجمع فيه كل الآليات التي تدعم قوة حجته وكل ضماناته وكل الهيئات والأطراف التي الفاعلة في عملية التصديق الإلكتروني.

- **البطاقة الالكترونية:** أو ما يسمى بالبطاقة الذكية حيث تحمل بداخلها جميع البيانات الخاصة بصاحبها كإسمه وعنوانه والمؤسسة المالية أو البنكية التي يتعامل معها، وتتميز بتسهيل جميع التعاملات المالية وحماية وسرية مميزة نظراً لكون صاحبها يحوز رقم سري خاص بها³³ يمكنه من الولوج لحسابه المالي أو البنكي دون غيره من الأشخاص، حيث تعمل هذه البطاقات الالكترونية على الاستعمال المباشر للأرصدة الموجودة في حساب صاحبها سواءً بتحويل الأموال إلى حساب آخر أو سحبها أو تسديد مختلف المستحقات.

ومن خلال ذلك فإن التعاقد الالكتروني المتكرر وبواسطة هذه الوسائل الالكترونية يجعل المعلومات الشخصية للأطراف عرضة للاستعمال أو التشهير وما إلى ذلك وهو ما أدى ببعض الدول إلى اعتماد تشريعات لحماية المعلومات الشخصية لكل مستعملي التجارة الالكترونية³⁴، وذلك على غرار المشرع الجزائري الذي عزز كل المعاملات الالكترونية بشرعية كل وسائل الدفع الالكتروني المرخصة³⁵.

المبحث الثاني: توافق إرادة الأطراف في العقود الإدارية الالكترونية

يختلف التراضي في العقود الإدارية عموماً عما هو متعارف عليه في العقود المدنية وذلك لاختلاف الطبيعة القانونية لكل منهما، فالعقود الإدارية هي تلك العقود التي يكون أحد أطرافها من الجهات الإدارية ويكون موضوعها متصل بمرفق عمومي وأن يتضمن في بنوده شروطاً استثنائية وغير متعارف عليها في القانون الخاص بكل فروعه (المدني والتجاري)³⁶، وعلى العكس من ذلك فإن العقد المدني هو تبادل الأطراف التعبير عن إرادتهم المتطابقة مع أحداث إثر قانوني سواء بإنشاء التزام أو تعديله أو إنهائه³⁷، ولا يختلف الأمر كثيراً عند الحديث بأن هذه العقود الالكترونية لأن ذلك لا يغير سوى في طبيعة الوسيلة المستخدمة في توافق إرادة الأطراف.

ولعل أهم ما يميز بينهما هو طبيعة الأطراف والقانون الساري عليهما وبالتالي هناك عدم تكافؤ بين الأطراف المتعاقدة في العقود الادارية، فالإدارة تعتبر طرفاً أسمى وأقوى من الطرف الآخر نظراً لما تحوزه من امتيازات السلطة العامة في مواجهة كل ما يعوق نشاطها لأجل تحقيق المصلحة العامة.

ومن خلال ذلك فإن العقود الإدارية الالكترونية تأخذ ذات المميزات مع تواجد وسائط الكترونية في ربط العلاقة التعاقدية بين الإدارة والمتعامل المتعاقد معها، ولهذا فإن التراضي في هذه العقود يتخذ صوراً مختلفة بحسب أصنافها (المطلب الأول) مما قد ينتج عنه آثاراً إيجابية (المطلب الثاني) لتبسيط وتسهيل عمل المرافق العمومية وبالتالي تحسين الخدمة العمومية.

المطلب الأول: صور التراضي في العقود الادارية الالكترونية

إن أصل الإيجاب في العقود الإدارية الإلكترونية هو أحد صور الإيجاب الصادر للجسمه ور والمتمثل في الإيجاب عن طريق الاعلانات والنشرات لهذا يعتبر هذا العرض إيجاباً باتاً³⁸، حيث تقوم الهيئات الحكومية والإدارية بعد تحديد حاجياتها بالإعلان عن نية تعاقدتها عبر مواقعها الالكترونية الرسمية أو عبر والوكالات الاعلامية الدولية أو المحلية سواء في قنواتها التلفزيونية أو عبر مواقعها الالكترونية.

ويعتبر الإشهار الالكتروني أحد هذه التقنيات الحديثة التي انتشرت بصورة واسعة خاصة بعد إقرارها من خلال التشريعات الوطنية والدولية، وذلك على غرار المشرع الجزائري الذي اعترف بالإشهار الالكتروني مؤخراً في نص المادة 06 من القانون 05-18 المتعلق بالتجارة الإلكترونية وعرفه بأنه: ((كل إعلان يهدف بصفة مباشرة أو غير مباشرة إلى ترويج بيع سلع أو خدمات عن طريق الاتصالات الإلكترونية)).

ولعل الاعلان في العقود الإدارية الالكترونية له من الخصوصيات المتنوعة تنوع هذه العقود مثله مثل العقود الإدارية العادية، حيث انه ومن خلال التوجيه الأوروبي قم 2004-18 المتعلق باتصال العقد بتنظيم وإدارة المرافق العامة؛ ولتحديد العقد الإداري قد خص عقود التوريد وعقود الأشغال وعقود الخدمات بالإبرام بواسطة مختلف الوسائط الالكترونية، وهو ما أكدته كذلك قانون العقود الإدارية الفرنسي فضلاً عن مجلس الدولة الفرنسي³⁹، وذلك بالأخص عندما نكون أمام عقود إدارية ذات طابع دولي والتي تتوافق مع خصائص العقود الإدارية الالكترونية من حيث نطاقها.

وتختلف كيفية الاعلان باختلاف نوعية الخدمة أو المرفق العمومي المراد التعاقد لأجله فهناك أصناف عديدة من العقود الإدارية الالكترونية كعقود التوريد وعقود الأشغال وعقود الخدمات وعقود الدراسات وعقود القرض العام وعقود الوظيف العمومي...، فلكل صنف خصوصيات معينة كاختلاف الفئة المستهدفة واختلاف الآجال الزمنية للتعاقد وللعقد واختلاف التزامات وحقوق المتعاقدين.

وباعتبار عقود الصفقات العمومية كمثال للعقود الادارية الالكترونية فالاعلان عنها يجب أن يتضمن دفتر الأعباء أو الشروط وطريقة تنفيذ العقد بتحفظات مهنية تتعلق بمبدأي السرية والشفافية في آن واحد⁴⁰، كما يجب أن يتضمن الاعلان مختلف الآجال المتعلقة بالعقد مثل آجال تلقي العروض أو المتعلقة بالطعون أو المتعلقة بإبرام العقد أو تنفيذه.

وتتم المشاركة في عروض هذه العقود الادارية في صورة قبول الكتروني له من الخصائص المتعلقة بخصوصية العقد الاداري وأخرى متعلقة بكونه عقداً الكترونياً، فالمرشح لهذه العقود الادارية يجب أن تتوفر فيه بعض الشروط المحددة في الاعلان حتى يصبح مؤهلاً للمشاركة فيها، ويجب أن يحترم آجال إيداع الملفات الكترونياً أثناء إرساله لملفه الإداري عبر الانترنت بالموقع الالكتروني الخاص بالجهة الادارية المتعاقدة.

المطلب الثاني: أثر التقنيات الالكترونية على التراضي في العقود الادارية الالكترونية

إن مختلف الآليات الالكترونية الحديثة جاءت عموماً لتسهيل عمل المرافق العامة وللتسهيل على المرتفقين بها لاختصار الوقت وتقليص المسافات، لكنه أيضاً ينعكس إيجاباً على ركن التراضي في العقود الادارية الالكترونية المتعلقة بهذه المرافق، حتى وإن كانت هذه العقود ذات طبيعة تنظيمية وليست تعاقدية لكن إيجابيات هذه الوسائل الالكترونية تصب في توفير مبادئ لها علاقة بركن التراضي وخاصة بالمساواة بين المترشحين لهذه العقود وحماية عروضهم، وسنذكر أهم هذه الإيجابيات فيما يلي:

- الوسائل الالكترونية أكثر تحقيقاً لمبدأ الشفافية: يعتبر مبدأ الشفافية من أهم مقتضيات العقود الإدارية عموماً باعتبارها تتعلق بتسيير المال العام وهو الموضوع العام والهام لكل الشعوب والحكومات؛ ولأجل ذلك أنشأت له أجهزة رقابية متعددة، بالإضافة الى أن مبدأ الشفافية يضمن النزاهة وصيانة الإرادة من العيوب التي قد تشوبها في إبرام العقود الإدارية الالكترونية.
- الوسائل الالكترونية أكثر توفيراً لحرية الوصول للطلبات العمومية: من خلال اعلانات العقود الإدارية الالكترونية يصبح لجميع من تتوفر فيه الشروط أن يترشح لهذه العقود تحت رقابة السلطات العمومية ورقابة الرأي العام للحيلولة أن تصبح الطلبات العمومية حكراً على شخص معين بذاته أو هيئة معينة بذاتها.
- الوسائل الالكترونية أكثر تحقيقاً لمبدأ حرية الدخول للمنافسة: إن كل هذه المبادئ السالفة الذكر الغرض منها هو الوصول إلى منافسة شريفة وشفافة بين مختلف المرشحين ووضعهم في مراكز قانونية متساوية وذلك انطلاقاً من مبدأ المساواة أمام القانون، دون أن ننسى الإيجابيات الأخرى لتوفير مبدأ المنافسة كالحصول على العروض الأقل تكلفة مالية والأقل تكلفة للوقت وبالمواصفات المطلوبة.
- الوسائل الالكترونية هي وسائل إثبات سهلة الممارسة والحفظ: تعتمد عملية التعاقد عن بعد في العقود الإدارية الالكترونية على مجموعة من المحررات الالكترونية التي تمتاز بقوة ثبوتية مميزة وفق ما تقتضيه من شروط قانونية لصايتها، وهو ما اتفق عليه معظم الفقهاء وأطرته معظم التشريعات الوطنية والدولية⁴¹ كما أن عملية حفظ هذه المحررات باتت سهلة ولا تحتاج إلى أي عناء كبير؛ فتقنيات تخزين الملفات الالكترونية أصبحت جد متطورة لا من حيث حجم الملفات ولا من حيث مكان تخزينها⁴².
- الوسائل الالكترونية تضمن حق العدول عن العقد الإداري الالكتروني: حيث يرى البعض بأن الحق العدول هو حق مكفول في هذه العقود وذلك نظراً لعدم تمكن المتعاقد مع الإدارة من معاينة محل العقد معاينة فعلية والتأكد من خصائص وظروف العمل قبل إبرام العقد⁴³، خاصة عندما يتعلق الأمر بإنشاء أو تسيير مرفق عمومي، ونظراً لأن هذا الأخير له خصوصيات تتعلق بتكليفه مع مختلف الظروف وأخرى تتعلق بالمصلحة العامة.

خاتمة:

لقد ساهمت الوسائل الإلكترونية كثيراً في توفير العديد من الضمانات والآليات للتوفيق بين إرادة أطراف العقود المدنية الالكترونية؛ فقلصت المسافات ووفرت حرية للمتعاقدين في اختيار المنتج الأنسب ثمناً ونوعيةً، ولعل كل

هذه الضمانات هي إيجابيات توحى بتفوق العقد المدني الالكتروني عن نظيره التقليدي، كما يظهر ذلك أيضاً في العقد الإداري الالكتروني حيث أنه ورغم كون هذه العقود ذات طبيعة تنظيمية وليست تعاقدية إلا أنها أصبحت تتوفر على ضمانات قانونية تدعم ركن التراضي في هذه العقود وتفرض نوعاً من المساواة بين إرادة المترشحين لها وذلك من خلال اتساع نطاقها الاعلامي.

وعلى أساس ذلك تم استخلاص النتائج التالية:

- سهلت الوسائل الالكترونية عملية التوفيق بين إرادة الأطراف وأتاحت لهم الحرية في اختيار المنتج الأنسب لهم،
 - تمتاز العقود المدنية الالكترونية بحق العدول ولو خلال مدة معينة محددة مسبقاً،
 - تعتبر العقود الالكترونية عموماً مجال واسع لتواجد عيوب الرضا نظراً لتباعد الأطراف المتعاقدة ووجودهم في مجلس عقد حكمي أو افتراضي بالإضافة إلى عملية دفع الكتروني عادة ما تكون مسبقة،
 - ساهمت الوسائل الالكترونية في وصول العقود الادارية الالكترونية إلى أفضل مستويات الجودة والتكلفة،
 - فرضت الوسائل الالكترونية بعض المبادئ كمبدأ الشفافية وحرية الدخول للمنافسة وحرية الوصول للطلبات العمومية نظراً لاتساع نطاق نشرها الكترونياً.
- كما تم اقتراح بعض التوصيات تمثلت في النقاط التالية:
- يجب توفير ضمانات أكثر لأطراف العقود الالكترونية عموماً وتأطيرها في نصوصها القانونية الخاصة،
 - يجب إنشاء هيئات رقابية وطنية ودولية متعاونة فيما بينها للحد مما قد يعيق أو يقوض إرادة الأطراف،
 - يجب إعمال مبدأ سلطان الإرادة في مختلف مراحل التعاقد الالكتروني حتى لا تُستعمل إيجابيات الوسائل الالكترونية للإضرار بمصالح الأفراد.

الهوامش:

- ¹ قانون رقم 18-05 مؤرخ في 10/05/2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية، ج.ر عدد 28 مؤرخة في 16/05/2018.
- ² حيث حددت المادة 03 من القانون 04-02 المؤرخ في 23/06/2004 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، ج.ر عدد 41 المؤرخة في 27/06/2004 التعريف الواسع للعقود خاصة ذات الطابع التجاري.
- ³ قيدر عبد القادر صالح، إبرام العقد الإداري الالكتروني وإثباته، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد 10، العدد 37، العراق، 2008، ص152.
- ⁴ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، بيروت، 1998، ص137، 148.
- ⁵ المقداد هدى، العقد الإلكتروني، مجلة الدراسات القانونية، الجزائر، المجلد 03، العدد 02، بدون تاريخ، ص08.
- ⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوري، المرجع السابق، ص153.
- ⁷ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، العقد الالكتروني، مكتبة الرشد، الطبعة الأولى، الرياض، 2009، ص39.
- ⁸ خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الالكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، الطبعة الثانية، الاسكندرية، 2011، ص317.

- ⁹ محمد صالح بن عومر، التراضي الالكتروني بين المنتج والمستهلك في التشريع الجزائري، مجلة الحقيقة للعلوم الاجتماعية والانسانية، الجزائر، المجلد 18، العدد الأول، مارس 2019، ص362.
- ¹⁰ وهي الهيئة القانونية الرئيسية التابعة لمنظومة الأمم المتحدة في مجال القانون التجاري الدولي، وهي هيئة قانونية ذات عضوية عالمية متخصصة في إصلاح القانون التجاري على النطاق العالمي منذ ما يزيد على 50 سنة. وتتمثل مهمة الأونسيترال في عصنة ومواءمة القواعد المتعلقة بالأعمال التجارية الدولية، من موقعها الالكتروني: <https://uncitral.un.org/ar/about> يوم 2021/04/25 على الساعة 10:10.
- ¹¹ المقداد هدى، المرجع السابق، ص08.
- ¹² خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص-ص222-223.
- ¹³ ماجد محمد سليمان أبا الخليل، المرجع السابق، ص33.
- ¹⁴ Seid TEBANI, The nature of the électronique contract and its difference from other contracts, journal of legal studies and researches, volume 04, numéro 02, ALGERIE, p308.
- ¹⁵ خالد ممدوح ابراهيم، المرجع السابق، ص322.
- ¹⁶ عبد الرزاق أحمد السنهاوي، المرجع السابق، ص.ص255-258.
- ¹⁷ بوشنافة جمال، خصوصية التراضي في العقود الالكترونية، مجلة الأستاذ الباحث للدراسات القانونية والسياسية، الجزائر، المجلد الأول، العدد 10، جوان 2018، ص132.
- ¹⁸ بوشنافة جمال، المرجع نفسه، ص133.
- ¹⁹ Seid TEBANI, op.cit, p.p309-310.
- ²⁰ محمد صالح بن عومر، المرجع السابق، ص369-370.
- ²¹ إيمان بغداددي، صدور القبول في العقد الالكتروني وإمكانية العدول عنه، مجلة مفاهيم للدراسات الفلسفية والانسانية المعمقة، الجزائر، العدد 03، سبتمبر 2018، ص152.
- ²² المقداد هدى، المرجع السابق، ص08.
- ²³ إيمان بغداددي، المرجع السابق، ص153.
- ²⁴ المقداد هدى، المرجع السابق، ص09.
- ²⁵ بوقرط أحمد، إشكالية التراضي في العقود الالكترونية، المجلة الجزائرية للأبحاث والدراسات، الجزائر، المجلد 2، العدد 6، 2019، ص.ص111-114.
- ²⁶ أعمر جلطي، أثر الوسائل الإلكترونية على العقد الإداري في التشريع الجزائري مجلة القانون والمجتمع، الجزائر، المجلد الأول، العدد 2، 2015، ص164.
- ²⁷ Abdelkader MADADI, Le paiement électronique (expérience Québécoise et Française), revue nouvelle économie, volume 01, numéro 02, ALGERIE, 2012, p32.
- ²⁸ Khadidja NASSILI, Salah HAOUES, Paiement électronique: mécanismes et caractéristiques, revue d'économie et de statistique appliquée, volume 11, numéro 21, ALGERIE, p381.
- ²⁹ قانون رقم 04-15 مؤرخ في 2015/02/01 يحدد القواعد العامة المتعلقة بالتوقيع والتصديق الالكترونيين، ج.ر عدد 06 مؤرخة في 2015/02/10.
- ³⁰ محمد الصغير بعلي، القرارات والعقود الادارية، دار العلوم للنشر والتوزيع، الطبعة الثانية، الجزائر، 2017، ص241.
- ³¹ نطاح مريم، مكلل بوزيان، الإثبات في العقود الادارية الالكترونية أمام القضاء الإداري، مجلة القانون العام الجزائري والمقارن، الجزائر، المجلد 6، العدد 2، 2020، ص259.
- ³² بوقرط أحمد، المرجع السابق، ص109.
- ³³ بوقرط أحمد، المرجع نفسه، ص109، أنظر كذلك إلى:
- Khadidja NASSILI, Salah HAOUES, op.cit, p.p377-380.
- ³⁴ Abdelkader MADADI, op.cit, p28.
- ³⁵ مثلما جاء في نص المادة 06 من القانون 05-18 السالف الذكر أين اعترف المشرع الجزائري بشرعية كل وسائل الدفع المرخص بها طبقاً للتشريع المعمول به والتي تمكن صاحبها من القيام بالدفع عن قرب أو عن بعد عبر منظومة إلكترونية.
- ³⁶ محمد الصغير بعلي، المرجع السابق، ص203.

³⁷ العبداني محمد، زروق يوسف، العقد الإداري الإلكتروني وتطبيقاته في التشريع الجزائري، مجلة العلوم القانونية والاجتماعية، الجزائر، العدد 12، ديسمبر 2018، ص203.

³⁸ عبد الرزاق أحمد السنهوري، المرجع السابق، ص256.

³⁹ قيدير عبد القادر صالح، المرجع السابق، ص157.

⁴⁰ أعمار جلطي، المرجع السابق، ص163.

⁴¹ نطاح مريم، مكلكل بوزيان، المرجع السابق، ص.ص256-257.

⁴² أصبح اليوم يتم تخزين الملفات الالكترونية بأحجام خيالية دون أي تهديد لثلفها، كما أنه يمكن تخزينها في العديد من الأماكن مثل المواقع الالكترونية لهذه الهيئات الحكومية أو الادارية أو في بريدها الالكتروني أو توضع في ذاكرات الاقراص الصلبة المحمولة أو المرتبطة بأجهزة الاعلام الآلي لهذه الهيئات، أنظر إلى:

Maghnia HOUARI, Malika SLIMANI, L'administration public par l'archivage électronique; entre les impératifs de la modernisation et les obstacles règlementaires, revue d'économie et société, volume 10, numéro 10, ALGERIE, 2014, p.p111-130.

⁴³ نطاح مريم، مكلكل بوزيان، المرجع نفسه، ص252.