العقد الإداري الإلكتروني بموجب التشريع العراقي

أ.م.د. صـــالح عـبد عـايـد صـالح
كلية الحقوق جامعة تكريت
Dr.sal.aa@tu.edu.iq

تاريخ الاستلام: ٢٠-١٢-٢٠٢١
تاريخ قبول النشر: ١٧-٤-٢٠٢٢

المستخلص

بحسب القواعد العامة في القانون المدني فإن العقد ينعقد بمجرد ارتباط الايجاب بالقبول، إذا كان محله وسببه معتبرين قانوناً، من دون إخلال بما يقتضيه القانون من أوضاع خاصة لانعقاد قسم من العقود وفي هذا الدراسة سنستعرض لنوع من انواع الأوضاع الخاصة وهي التعاقد الالكتروني، بدأً من تحديد مفهوم العقد الإلكتروني وآلية انعقاده بموجب التشريع العراقي وبعض التشريعات الأخرى، من دون الدخول في كافة التفاصيل التقنية للمعاملات الإلكترونية، فالعقد الإلكتروني هو نوعٌ من العقود التي تتطلبها العمل الإداري، إذ يتم من خلال التفاعل ما بين الإدارة وأحد الاشخاص الطبيعية أو المعنوية عبر الوسائل الإلكترونية المختلفة مثل: البريد الإلكتروني التلكس والهاتف والويب، من خلال (الإيجاب والقبول): فالإيجاب والقبول في العقد الالكتروني لا يختلفان عنهما في العقد العادي إلا من ناحية الوسيلة المستعملة في التعبير عن الرغبة بالتعاقد بواسطة الوسائل الإلكترونية ؛ فإن الإيجاب الإلكتروني يمكن أن يكون ملزمًا إذا كان مقترنًا بأجل، إذ يبقى الموجب ملتزمًا طيلة مدة الأجل، لكن هناك حالة خاصة يكون فيها الإيجاب الإلكتروني ملزمًا، كما لو بقي الإيجاب معروضًا على الصفحة الإلكترونية للموجب، أما بالنسبة للقبول الإلكتروني، فإنه يتم بالوسائل الإلكترونية.

الكلمات المفتاحية : العقد الإلكتروني – الايجاب الإلكتروني –القبول الإلكتروني - مجلس التعاقد – شبكة المعلومات الدولية – المحكمة المختصة.

Abstract.

According to the general rules of civil law, the contract is concluded as soon as the offer is linked to the acceptance, if its place and reason are considered legal, without prejudice to the special conditions required by law for the conclusion of a section of contracts. The concept of the electronic contract and the mechanism of its convening according to the Iraqi legislation and some other legislation, without entering into all the technical details of electronic transactions. Such as: E-mail, telex, telephone and web, through (offer and acceptance): The offer and acceptance in the electronic contract do not differ from them in the ordinary contract except in terms of the means used to express the desire to contract by electronic means; The electronic offer can be binding if it is associated with a term, as the offerer remains committed for the duration of the term, but there is a special case in which the electronic offer is binding, as if the offer remained displayed on the electronic page of the offeror, As for electronic acceptance, it is done by electronic means..

Keywords: **Electronic contract - electronic offer - electronic acceptance - contracting council - international information network- competent court.**

المقدمة

إن الله سبحانه تعالى اخبرنا بالقرآن الكريم على أمكانية قيام الإنسان بعمل وانجازه قبل أن يقوم من مقامه حتى وان كان مكان محل العمل بعيد جداً بشرط أن يكون لديه علم، إذ ذكر القرآن ذلك على لسان نبي الله سليمان عندما قال سبحانه وتعالى: **قَالَ يَا أَيُّهَا الْمَلَأُ أَيُّكُمْ يَأْتِينِي بِعَرْشِهَا قَبْلَ أَنْ يَأْتُونِي مُسْلِمِينَ ٣٨ قَالَ عِفْرِيتٌ مِنَ الْجِنِّ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ تَقُومَ مِنْ مَقَامِكَ وَإِنِّي عَلَيْهِ لَقَوِيٌّ أَمِينٌ ٣٩ قَالَ الَّذِي عِنْدَهُ عِلْمٌ مِنَ الْكِتَابِ أَنَا آتِيكَ بِهِ قَبْلَ أَنْ يَرْتَدَّ إِلَيْكَ طَرْفُكَ فَلَمَّا رَآهُ مُسْتَقِرًّا عِنْدَهُ قَالَ هَذَا مِنْ فَضْلِ رَبِّي لِيَبْلُوَنِي أَأَشْكُرُ أَمْ أَكْفُرُ وَمَنْ شَكَرَ فَإِنَّمَا يَشْكُرُ لِنَفْسِهِ وَمَنْ كَفَرَ فَإِنَّ رَبِّي غَنِيٌّ كَرِيمٌ ٤٠﴾**[1].

هذا الكلام اصبح الآن واقع، ولاسيما في مجال العقود الإلكترونية، إذ ان الإنسان يمكن له التعاقد مع من يشاء هو جالس في بيته عبر شبكة المعلومات الدولية.

أولاً: أهمية موضوع الدراسة

تبرز أهمية دراسة هذا الموضوع؛ في كون العقد الالكتروني يتميز بخصائص لا تتوفر في العقود المبرمة بالوسائل التقليدية، كونه مبرم في بيئة افتراضية غير مادية وعبر شبكات الاتصال العلمية التي لا تعترف بالحدود الجغرافية للدول، كما انه غالبا ما يكون محرراً على دعامات غير ورقية مخزنة داخل الأنظمة المعلوماتية الحديثة .

ثانيًا: إشكالية موضوع الدراسة

سعت الدول وعلى جميع المستويات للولوج في العالم الافتراضي من خلال التطور التقني، إلا أننا على الرغم من مضي ما يقارب ثلاثين سنة على هذه الجهود لم نلمس نتائج ذلك على واقعنا العراقي فلم تتبنى الدولة لحد الان منهاج علمي للتحول إلى الإدارة الإلكترونية، ولم يتم تشريع قوانين عراقية تساير هذا التطور، وهذا يدل على وجود إشكالية في هذا المجال، وهنا تظهر إشكالية موضوع دراستنا الرئيسية وهي: هل أن العقد الإداري الإلكترونية يختلف عن العقد الإداري التقليدي من ناحية اركانه وسائل ابرامه؟ وهل الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني يختلف؟ وهل أن مجلس الانعقاد يكون بين حاضرين أم غائبين؟ وما هو التكيف القانوني للحاسوب، هل هو وكيل أم نائب أم مجرد وسيلة اتصال؟ وماهي الجهة المختصة بفض نزاعات العقود الإلكترونية؟ وغير من الأسئلة التي سنجد اجاباتها في طيات البحث بالاستناد إلى معطيات الواقع الفعلي ونتائج ذلك في حياتنا.

ثالثًا: منهجية الموضوع

سنتبع في دراستنا لهذا الموضوع المنهج الاستقرائي المقارن، وذلك بدراسة واستقراء المواد الخاصة بالعقد الإلكتروني وخصائصه وطبيعته من خلال استقراء النصوص القانونية في التشريعات الفرنسية والمصرية والعراقية الخاصة بالعقود الإدارية الإلكترونية، والكشف عن مكامن الخلل والقصور فيها، وقد نستأنس بقسم من تشريعات الأخرى للوصول إلى أفضل الآليات التي يمكن أن تخدم البحث.

رابعًا: هيكلية الموضوع

لعرض الموضوع بشكل منطقي مبسط، ولتوضيح جوانبه المتعددة، بدا لنا من المفيد أن نقسم هذا الموضوع على مبحثين: تناول في الأول: مفهوم العقد الإداري الإلكتروني ، بينما خصصنا الثاني: لبيان تنظيم العقد الإداري الالكتروني في التشريع العراقي وطرائق ابرمه.

المبحث الأول

مفهوم العقد الإلكتروني

بعـد بـزوغ فجـر القـرن الحـادي والعشـرين، الـذي تـزامن مـع الثـورة المعلوماتيـة والانتشـار الواسـع للتكنولوجيـة المعلومـات اختراعـاً واسـتعمالاً، تحـول العـالم بشـكل سـريع مـن عصـر الصـناعة إلـى عصـر المعلومـات، وكـان مـن أثـر ذلـك الانتقـال ذيـوع مصـطلحات ومفـاهيم قانونيـة لـم تعـرف سـابقاً، ومـن بينهـا الإدارة الإلكترونيـة، والتوقيـع الإلكـتروني، والعقـد الإلكـتروني وغيرهـا مـن المفـاهيم الجديـدة التـي تنعـت بالإلكترونيـة والناجمـة عـن اسـتغلال الإدارة لتكنولوجيـة المعلومـات، وهـذا مـا دفعنـا أن نبحـث في هـذا المبحـث أن نبحـث أحـد المفـاهيم الجديـدة وهـو مفهـوم العقـد الإلكـتروني مـن خـلال تقسـيمه علـى مطلبـين: نبحـث في الأول: تعريـف العقـد الإداري الإلكـتروني وبيـان خصائصـه، أمَّـا الثـاني: فخصـص لتوضيح آلية التعاقد في العقد الإداري الالكتروني.

المطلب الأول

تعريف العقد الإداري الإلكتروني وبيان خصائصه

مـن المسـلم بـه في معظـم التشـريعات القانونيـة في دول العـالم، أنهـا لـم تضـع تعـاريف تحـدد بموجبهـا مفـاهيم المصـطلحات القانونيـة التقليديـة أو الحديثـة، والقصـد مـن وراء ذلـك هـو تـرك هـذا الموضـوع لاجتهـادات الفقـه والقضـاء، ومـن هـذه المصـطلحات العقـد الإداري الإلكـتروني، والسـبب هـو اخـتلاف الوضـع القـانوني للعقـد الإلكـتروني بـين دولـة وأخـرى، وكـذلك يرجـع إلـى صـفة التجـدد المضـطرد للقـانون الإداري، لـذا أكتفـت أغلـب التشـريعات المتعلقـة بالعقـد الإلكـتروني بتحديـد خصائصـه في مجـال التطبيـق، وهـذا مـا سيتضـح عـن طريـق مـا أشـارت لـه قسـم مـن التشـريعات المحـددة في هـذه الدراسـة ، ولفهـم هـذا الموضـوع سـيتم تقسـيم هـذا المطلـب علـى فـرعين: نبـيِّنُ في الأول تعريـف العقـد الإداري الإلكـتروني، ونوضـح في الثاني: خصائص العقد الإداري الالكتروني.

الفرع الأول

تعريف العقد الإداري الإلكتروني

إذ لـم يخـرج المشـرع الفرنسـي مـن هـذه القاعـدة العامـة، إذ أنـه لـم يـورد تعريـف للعقـد الإلكـتروني فقـط اشـار إلـى اجـراءات ابرامـه في المادة(٥٦) من قانون العقود الادارية[٢].

إذ الـزم اطـراف العقـد الاداري كافـة بـالتزام بالأسـس العامـة في تنفيـذهم لهـذا النـوع مـن العقـود سـواء تـم بطريقـة تقليديـة ام تـم بطريقـة مـن طـرق وسـائل الاتصـال الالكترونيـة، أمـا التنظـيم التشـريعي للعقـد الإداري الإلكـتروني في فرنسـا فجـاء بموجـب قـانون العقـود الإداريـة الصـادر بالمرسـوم ذي العـدد (٢١٠) لسـنة ٢٠٠١ المعـدل بالمرسـوم ذي العـدد (١٥) لسـنة ٢٠٠٤ والـذي نـص علـى إمكانيـة إبـرام العقود الإدارية عن طريق الوسائل الإلكترونية[٣].

أمـا المشـرع المصـري فقـد سـار علـى نهـج المشـرع الفرنسـي ولـم يضـع تعريـف للعقـد الإداري التقليـدي أو الإلكـتروني في القـوانين الخاصـة بتنظـيم التعاقدات العامة[٤].

ولكنـه ذكـر قسـم مـن المفـاهيم العامـة لمجموعـة مـن العقـود الإداريـة علـى سـبيل المثـال لا الحصر[٥].

ولـذلك يـرى الفقـه والقضـاء المصـري بـأن العقـود الإداريـة أصـبحت عقـود إداريـة بطبيعتهـا وفقـاً لخصائصـها الذاتيـة لا بتحديـد القـانون ولا وفقـاً لإرادة المشرع[٦].

بينما التنظيم التشريعي للعقد الإداري الإلكتروني فقد ورد بالقانون ذي العدد(٨٩) لسنة ١٩٩٨ الخاص بالمناقصات والمزايدات وتعديلاته، وكذلك ما تضمنه القانون ذي العدد(١٥) لسنة ٢٠٠٤ بشأن تنظيم التوقيع الإلكتروني، وإنشاء هيئة تنمية صناعة تكنولوجيا المعلومات، أما المشرع الاتحادي العراقي فقد سار أيضاً على النهجين السابقين، علماً أن النظام القانوني العراقي الاتحادي يفتقر إلى تشريع خاص بالعقود الإدارية التقليدية أو الإلكترونية، ولم يحدد مفاهيم هذه العقود وترك ذلك للاجتهادات الفقه والقضاء، أما تعريف العقد الإلكتروني في التشريعات العرقية فقد ورد بقانون "التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ذي العدد(٧٨) لسنة ٢٠١٢"، فقد عرف العقد الالكتروني في الفقرة (العاشرة) من المادة (١) بأنه: (ارتباط الايجاب الصادر من احد العاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه والذي يتم بوسائل الكترونية) وبموجب هذا التعريف يتحقق الايجاب الالكتروني في حالة ارسال العرض المباشر على الايميل الالكتروني للمتعاقدين او الاعلان عن المناقصة أو المزايدات المفتوحة على الموقع الالكتروني لجهة التعاقد ويكون الرد من القابل (الموجب) من خلال اظهار القبول برسال رسالة على البريد الالكتروني وادخال البيانات الخاصة بالعقد المعروض على الموقع الالكتروني[٧].

وعلى المستوى الدولي فلم ينص قانون الاونسترال[٨].

النموذجي بشأن التجارة الالكترونية على تعريف للعقد الالكتروني، أما تعريف الفقه للعقد الإداري الإلكتروني فقد اختلف حول تحديد مفهوم العقود الإلكتروني سواء من ناحية تعريفها أم من ناحية خصائصها التي تميزها عن غيرها من العقود بصفة عامة، ويعود الاختلاف بسبب الزاوية التي ينظر بها كل فقهيه إلى هذا النوع من العقود، وكذلك إلى الاختلاف الشديد في تنوع هذه العقود لأن العقد الإلكتروني يعد من التصرفات القانونية المستحدثة التي ظهرت في السنين الأخير من القرن الماضي مع انطلق الثورة الرقمية، وهناك تعريفات فقهيه عديدة لهذا النوع من العقود منها أنه: "عبارة عن اتفاق يتلاقى فيه الإيجاب بالقبول على شبكة دولية مفتوحة للاتصال عن بعد ، وذلك بوسيلة قد تكون مسموعة مرئية تتيح التفاعل بين الموجب والقابل"[٩].

يلاحظ أن هذا التعريف قد اشترط وجود وسيلة اتصال مسموعة أو مرئية لكي يعد العقد إلكترونيا، غير أنه يمكن إبرام العقود الإلكترونية من دون استعمال الوسائل المسموعة أو المرئية مثل التعاقد عبر البريد الإلكتروني، الذي يكون فيه التعبير عن الإرادة بواسطة الكتابة، وكذلك أن هذا التعريف لم يبين النتيجة المترتبة على التقاء الإيجاب بالقبول، وهي إحداث أثر قانوني وإنشاء التزامات بين الطرفين، ولكن هذا التعريف يعد مهم لأنه ركز على خصوصية هذا العقد التي تتمثل في الوسيلة التي يبرم بها، فضلاً عن أنه لم يغفل صفة هامة من صفاته وهي انتماؤه إلى طائفة العقود التي تبرم عن بعد ، وعرف أيضاً بأنه "اتفاق يبرم وينفذ جزئياً وكلياً عبر شبكة اتصالات دولية باستعمال التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية، وذلك

بإيجـاب وقبـول يمكـن التعبيـر عنهمـا مـن خـلال ذات الوسيط"[١٠].

ويلاحـظ أن هـذا التعريـف ركـز علـى آليـة الإيجـاب والقبـول بـين المتعاقـدين لغـرض انشـاء التزامـات تعاقديـة يثبـت أثرهـا في المعقـود عليـه والـذي يـتم بوسـيلة الكترونيـة، ومـن خـلال اسـتعراض التعريفـات السـابقة، يمكـن القـول: إنـه مـن الصـعب جداً في الوقـت الحاضـر وضـع تعريـف عـام شـامل للعقـد الإداري الإلكـتروني في ظـل التطـورات الرقميـة المتتاليـة يسـلم مـن سـهام النقـد، ومـع ذلـك يمكننـا اقـتراح تعريـف جـامع للعقـد الإداري الإلكـتروني بأنـه : " اتفـاق محلـي أو دولـي تبرمـه الإدارة أو احـد الأشـخاص التـابعين لهـا متوسـمه بهـذا بأسـاليب القـانون العـام، ويعنـي هـذا انطـواء العقـد علـى شـرط أو اكثـر مـن الشـروط غيـر المألوفـة في عقـود القـانون الخـاص بقصـد إقامـة أو تسـير أو إدارة أو تنظـيم مرفـق عـام لتحقيـق المنفعـة العامـة مسـتبدلة الأسـلوب التقليـدي الـورقي بالأسـلوب الإلكـتروني المعتمـد علـى وسـائل الاتصالات الرقمية".

الفرع الثاني

خصائص العقد الإداري الالكتروني

ينفـرد العقـد الإداري الإلكـتروني بخصـائص تميزه عن غيره من العقود التقليدية وهي:

١. العقـد الإداري الالكـتروني: اتفـاق محلـي أو دولـي تبرمـه الإدارة أو احـد الأشـخاص التـابعين لهـا علـى أن يكـون موضـوعه علـى علاقـة وثيقـة بعمـل احـد المرافـق العامـة ، ويكـون لـلإدارة سـلطة واضـحة في الرقابـة والإشـراف علـى كافـة مراحـل التنفيـذ، كمـا يتضـمن العقـد علـى شـروط غيـر متعـارف عليهـا في عقود القانون الخاص.

٢. مـن خصائصـه اخـتلاف اسـلوب التعاقـد المتبـع في العقـود التقليديـة المعتمـد علـى الكتابـة الورقيـة، في حـين أن التعاقـد في العقـود الإلكترونيـة يعتمـد علـى الوسـائل الإلكترونيـة من دون التبادل الورقي.

٣. إن خصـائص العقـد الإداري الإلكـتروني اجتمعـت في طـابع واحـد وهـو الطـابع الإلكـتروني، وتتفـق في بـاقي الخصـائص الأخـرى، إذ إن مـن أهـم خصـائص العقـد الإداري الإلكـتروني هـو إن التعاقـد بـين المتعاقـدين يـتم عـن بعـد مـن خـلال وسـائل الاتصالات الحديثة [١١].

٤. مـن ناحيـة التسـمية تختلـف تسـمية العقـود بـاختلاف الانظمـة القانونيـة بالـدول، فـإذا كـان في الدولـة تشـريع فيطلـق عليهـا العقـود المسـماة مثـل الفرنسـية، إذ تكـون محـددة بـنص القـانون، أمـا العقـود الإداريـة المصـرية فتعـد عقـودًا إداريـة بطبيعتهـا ووفقًـا لخصائصـها الذاتيـة مـن دون نـص قـانون أو تعبيـر عـن إرادة المشـرع أمـا في العـراق فتسـمى بـالعقود غيـر المسـماة لأنـه لـم ينظمها بتشريع خاص حتى الان.

المطلب الثاني

آلية التعاقد في العقد الإداري الالكتروني

لا يمكـن أن يـتم العقـد إلاَّ إذا اقـترن الايجـاب بـالقبول ، وبعـد ذلـك يـتم التعاقـد بتوافـق الإرادتـين الحـرتين في مجلـس افتراضـي ، إذ يصـدر مـن احـد الاطـراف الايجـاب ويقابلـه القبـول مـن الطـرف الاخـر، علـى شـرط أن تكـون الإرادة خاليـا مـن كـل العيـوب؛ وهـذه هـي الحالـة الاصـلية في التعاقـد وتعتـد الطريـق الطبيعـي في التعاقـد الإلكـتروني ، وهـذا مـا نبحـث بـه بهـذا المطلـب مـن تقسـيمه علـى

فرعين : نتحدث في الأول: عن الايجاب، ونبحث في الثاني القبول.

الفرع الاول

الإيجاب في العقد الالكتروني

مسيرة الف ميل تبدأ بالخطوة الأولى، فالإيجاب في العقود يمثل الخطوة الأولى في إبرام كل عقد ، وتبدء هذه الخطوة بقيام احد المتعاقدين بعرضه ايجابه على الأخر بعد أن يكون قد استقر رأيه نهائياً عليه، ولا يختلف عن ذلك العقد الالكتروني، ولذلك يعرف الفقه الفرنسي الايجاب بأنه:" تعبير عن إرادة من جانب واحد يدل على انصراف رغبة مصدره إلى التعاقد ، ويتضمن بالضرورة العناصر الأساسية للعقد المراد إبرامه"(١٢).

وعرف بأنه : " هو التعبير البات الصادر من احد المتعاقدين والموجه الى الطرف الاخر بقصد احداث أثر قانوني اي ابرام عقد(١٣).

أما الايجاب الالكتروني فعرفه الفقه بأنه " كل اتصال عن بعد يتضمن كافة العناصر اللازمة لتمكين المرسل إليه الإيجاب من أن يقبل التعاقد مباشرة ويستبعد من هذا النطاق مجرد الإعلان"(١٤).

وهناك من الفقه من يرى أن: " وصف الإيجاب الالكتروني لا يعدل من ذاتية الإيجاب لمجرد حدوثه الكترونياً فلفظ الكتروني إذا ما أضيف إلى الإيجاب فلا ينال من أصله المتمثل في المعنى المراد منه وفقاً للنظريات التقليدية في الالتزامات وقانون العقد، فالمسالة مجرد وصف لا أكثر بسبب اختلاف وسيلة التعبير عن الإرادة في تعاقد يتم الكترونياً عن طريق شبكة المعلومات الدولية" (١٥).

واهم ما يشترط في الإيجاب الالكتروني مثلما هو الحال في الايجاب التقليدي أن يكون واضحاً وجازماً ومحدداً وباتاً لا رجعة فيه ، فمن ناحية الوضوح يتطلب التعاقد أن يكون التعبير بشكل واضح وصريح او ضمني يدل على ارادة الموجب الحقيقة، ويتحقق ذلك من خلال احتوى على العناصر الجوهرية التي يسعى الموجب على تحقيقها من وراء ابرام العقد، وبمعنى أدق أن يتضمن الايجاب وصف كامل لمحل العقد، ومن اجل أن يكون الايجاب بشكل واضح يجب ان يكون موجها الى فرد محدد او عدة افراد او إلى الجمهور مباشرة، أما من ناحية ان يكون الايجاب باتاً فيعني أن العقد ينعقد بمجرد حصول القبول من قبل من وجه اليه ، ونستنتج من ذلك أن ليس كل اقتراح للتعاقد يمكن عده ايجاباً(١٦).

وهذا التصرف يتطلب منا التفرقة بين الإعلانات التي تظهر على مواقع مختلفة وبين ما إذا كان الهدف من هذا الإعلان يقصد به ايجاباً بالمعنى القانوني للكلمة، أم أنه عبارة عن دعوة أولية للتفاوض ، ومن ثم والتعاقد ، فإذا عد هذا التصرف ايجاباً فإن العقد الالكتروني ينعقد بمجرد حصول القبول ، أما إذا اعد مجرد دعوة للتفاوض فإن العقد لا ينعقد، فيعدم بذلك أثره القانوني ، لكن يوجد استثناء على ذلك، إذ يكون الإيجاب ملزماً إذا كان مقترناً بأجل القبول ، إلا إن العدول لن يرتب أي اثر قانوني، إلا بعد علم الموجب له ، ويتحمل عبء إثبات ذلك الموجب(١٧).

وبذلك سيثير التساؤل حول معيار التمييز بين التفاوض والإيجاب الالكتروني ، فهناك من

الفقــه مــن يقــول: " إن الفــارق بــين الإيجــاب والــدعوة للتفــاوض هــو فــارق وظيفــي، فوظيفــة الثانيــة مجــرد الإعــلان مــن صــاحبها عــن رغبــة في التعاقد بقصد اكتشاف من تكون لديه رغبة مقابلة، بينمــا يرمــي الإيجــاب إلــى صــياغة مشــروع محــدد المعــالم قابــل للتحــول إلــى عقــد متكامــل الأركــان بمجــرد إعــلان مــن يوجــه إليــه عــن قبولــه كــذلك إذا كــان التعبير الصــادر مــن طــرف إلى آخــر مجــرد دعــوة إلــى التفــاوض، لا تتــوافر فيهــا مقومــات الإيجــاب فــان الاستجابة لهــذه الــدعوة لا تمثــل قبــولاً ينعقــد بــه العقــد وإنمــا تمثــل قبــولاً للتفــاوض عليــه" (١٨). وتبــدو أهميــة التمييــز بــين الإيجــاب والــدعوة إلــى التفــاوض في كــون الأخيــرة تــدل علــى إن الأمــر مــا زال في مرحلــة التفــاوض علــى العقــد، يمكــن للأطــراف الانســحاب منــه ، أمــا الإيجــاب فانــه يــدل علــى رغبــة الموجــب بعــدم الــدخول في التفــاوض وانما الذهاب مباشرة إلى التعاقد(١٩).

فالإيجــاب الالكــتروني لا تكــن لــه أي قيمــة قانونيــة بمجــرد اظهــار الموجــب نيتــه للتعاقــد؛ مــن دون أن يعرضــه علــى الطــرف الأخــر عــبر شــبكة المعلومــات الدوليــة أو إرســاله بالبريــد الالكــتروني أو باي وسيلة من وسائل التعبير الالكتروني (٢٠).

ومــما تجــدر الاشــارة إليــه هنــا أن الإيجــاب الإلكــتروني قــد يســقط في بعــض الحــالات : فالحالــة الأولــى إذا رفضــه الشــخص الــذي وجــه إليــه ، ويعــد رفضــاً للإيجــاب الالكــتروني أن يقــوم الموجــه إليــه بإرســال رســالة الكترونيــة بــرفض الإيجــاب أو بعــدم الإجابــة رغــم انقضــاء المــدة الزمنيــة المحــددة أو إغــلاق الجهــاز، الحالــة الثانيــة إذا كــان معلقــا علــى شرط ولم يتحقق الشرط (٢١) .

الفرع الثاني

القبول في العقد الالكتروني

يعــد القبــول التعبيــر الضــروري لإنشــاء العقــد وهــو التصــرف القــانوني الثــاني الــذي يعتــد بــه ويصــدر مــن المتعاقــد الموجــه لــه الايجــاب وبقبولــه يــتم العقــد، هــذا مــا تضــمنته ســابقاً مجلــة الاحكــام العدلية(٢٢).

والقبــول هــو الإرادة الصــادرة ممــن وجــه إليــه الإيجاب، واهــم مــا يشــترط بــه القبــول هــو أن يتضــمن النيــة القاطعــة في التعاقــد أي يصــدر كــاملاً بــلا قيــد أو شــرط ، وينبغــي أن يصــدر القبــول مطابقــاً للإيجــاب، والمقصــود بتطــابق الإيجــاب للقبــول تطابقهمــا في ناحيــة المســائل الجوهريــة وعــدم اختلافهمــا في المســائل التفصــيلية، وكــذلك ان يصــدر القبــول والايجاب ومجلس العقد مازال قائما أو ما يعرف بـ(اتحاد مجلس العقد)(٢٣).

وقــد عــرف الفقهــاء المســلمون مجلــس العقــد بانــه: "اجتمــاع المتعاقــدين في ذات المكــان والزمــان، إذ يــرى أحــداهما الآخــر ويســمع كلامــه مباشــرة، حالــة كونهمــا منصــرفين إلــى التعاقــد لا يشــغلهما عنــه شــاغل، وعليــه ينفض مجلــس العقــد بالمفارقــة الجســدية للمكــان مــن احــد العاقــدين أو كليهمــا، ولكنــه يعــد منفضــاً كــذلك ولــو لــم يــبرح العاقــدان المكــان، إذا شــغلهما أو شــغل احــدهما عــن التعاقــد شــاغل"، ويعــرف الفقــه الحــديث القبــول بأنــه: " تعبيــر عــن إرادة الطــرف الآخــر الــذي تلقــى الإيجــاب يطلقــه نحــو الموجــب ليعلمــه بموافقتــه على الإيجاب"(٢٤).

ومــن هــذين التعــرفين نســتنتج أن القبــول الالكــتروني لا يختلــف عــن القبــول التقليــدي ســوى انــه يــتم بواســطة الأتمتــة الكترونيــة عــن طريــق شــبكة المعلومــات الدوليــة، فضــلاً علــى أن المتعاقــدين

يكونان بمجلسين منفصلين، وبالتالي فإنه لا يخضع للقواعد والأحكام المألوفة في تنظم القبول العادي، إلاَّ أنه يتميز بخصوصية بسبب طبيعته الالكترونية، وإن القبول الإلكتروني يجب أن يطابق الإيجاب مطابقة تامة ولا يتضمن على أي تحفظ ، وبخالف ذلك فإنه يعد رفضاً، ولا يشترط في القبول الالكتروني أن يصدر بشكل معين، إلاَّ في حالة أن الموجب اشترط أن يكون القبول بصيغة معينة(٢٥).

ويصح التعبير عن القبول الالكتروني بالوسائل المتعارف عليها في القبول العادي كالكتابة مع التوقيع سواء كان الإلكترونياً أم عادياً أو عن طريق المحادثة عبر وسائط الاتصالات المختلفة أو من خلال وسائل التعبير الإلكتروني الأخرى التي تؤدي الغرض ذاته(٢٦).

ولكن قد يتبادر إلى الذهن تساؤل عن السكوت هل يعد بمثابة تعبير عن إرادة احد الأطراف في التعاقد الالكتروني؟ نحن نعلم إن السكوت في حد ذاته ولاسيما في العقود، إذا كان مجرد من أي ظرف مصاحب له لا يمكن أن يعد تعبيراً عن الإرادة والقبول، إلاَّ في حالة وجود اتفاق سابق صريح أو ضمني بين طرفي التعاقد ، وعلى ضوء ذلك يمكن عد السكوت قبولاً أو رفضاً بحسب طبيعة الأحوال، فمثلاً في حالة أن هناك تعامل سابق بين الطرفين يتم بهذه الصيغة، وهناك حالة أخرى أيضاً عندما يقترن السكوت بظروف ملامس له؛ يرجح معه دلالة السكوت على القبول، والسكوت في القانون الفرنسي لا يعد قبولًا باستثناء ظروف خاصة، وهناك بعض الأحكام في القضاء الفرنسي تعد السكوت قبولًا إذا اقترنت به ظروف معينة كالتعامل السابق مثلًا ، والتعاقد في القانون الفرنسي لا يكون إلا وفقًا لإحدى الحالات المنصوص عليها، وهي "المناقصة العامة – الممارسات العامة – الممارسة المحدودة – الممارسة المحلية – الاتفاق المباشر"، أما السكوت في القانونين المصري والعراقي فيعد قبولاً خاصاً ولاسيما إذا وجد تعامل سابق بين الطرفين أو في حالة اتصال الإيجاب بهذا التعامل، أو إذا تحقق من الإيجاب منفعة للقابل، والسكوت عموما موقف سلبي محض لا يصلح إن يكون وسيلة للتعبير عن الإرادة لن الساكت ساكتا والا ينسب إلى ساكت قولاً وقد تضمنت هذا المعنى الفقرة(١) من المادة (٨١) من القانون المدني العراقي ولاسيما إذا كان التعبير إيجابا فلا يمكن تصور الإيجاب عن طريق السكوت، إما القبول فيمكن إن يكون السكوت قبولاً إذا البسته ظروفا يفسر معها قبولاً ويسمى السكوت بالسكوت الملابس وقد أشارت الفقرة(٢) من ذات المادة إلى حالات السكوت الملابس هي:

١. إذا تمخض الإيجاب لمنفعة من وجه إليه
٢. إذا كان هناك تعامل سابق بين طرفين واتصل الإيجاب هذا التعامل
٣. إذا قضت بذلك الأعراف والعادات التجارية"، وفي القانون المصري يجب أن يكون التعاقد وفقًا لأحكام قانون المناقصات والمزايدات ذي العدد (٨٩) لسنة ١٩٩٨ وفقًا للحالات الآتية: "المناقصة العامة – الممارسة العامة – الممارسة المحدودة – الممارسة المحلية – الاتفاق المباشر" أما في القانون العراقي ذي العدد (٢١) سنة ٢٠١٣(٢٧).

فيكـون التعاقـد وفقًـا لـلآتي: "المناقصـة العامـة وتكـون المناقصـة علـى مـرحلتين: مناقصـة محـدودة – الممارسـة – المسـابقة – الاتفـاق المباشـر." وهنـاك حالـة أخـرى يـتم فيهـا القبـول مـن دون أن يكـون رأي للقابـل فيهـا مثـل عقـود الإذعـان فعقـد الإذعـان: هـو ذلـك العقـد الـذي يسـلم او يخضـع فيـه القابـل لشـروط يضـعها الموجـب ولا يقبـل فيهـا إي مناقشـة كونهـا تتعلـق بسـلعة او مرفـق ضـروري لا يمكـن الاسـتغناء عـن خدماتـه ومثالهـا :عقـود النقـل التأمين تجهيز الماء والكهرباء والخدمة الهاتفية.

المبحث الثاني

تنظيم العقد الإداري الالكتروني في التشريع العراقي وطرائق ابرمه

العقـد الإلكـتروني يعـد مـن التصـرفات القانونيـة المسـتحدثة التـي ظهـرت مـع التطـور التكنولـوجي ، إذ أتـت هـذه البيئـة الجديـدة بأسـاليب حديثـة للتعاقـد لـم تكـن معلومـة ومتعـارف عليهـا في المجـال التعاقـدي مـن قبـل، وبـذلك احتـل التنظـيم التعاقـدي للعقـد الإلكـتروني مكانـًا بـارزاً ومهمـا في اغلـب الأنظمـة التشـريعية الحديثـة، وبنـاءً علـى ذلـك سنقسـم هـذا المبحـث علـى ثلاثـة مطالـب: نبحـث في الأول: ونخصـص الثـاني: لبيـان مجلـس التعاقـد في العقـود الإلكترونيـة، وسـنفرد الثالـث: لتوضـيح التنظـيم القـانوني والتعبيـر الالكـتروني عـن الارادة للعقد الاداري الالكتروني في التشريع العراقي.

المطلب الأول

طرائق إبرام العقد الإداري الإلكتروني

تعـد المناقصـات والمزيـدات العامـة في العـراق مـن أكثـر طرائـق إبـرام العقـود الإداريـة اسـتعمالاً مـن قبل الإدارة[٢٨].

إذ يلزمهـا المشـرع في كثيـر مـن الحـالات باسـتعمال هـذا الأسـلوب في التعاقـد، والهـدف مـن وراء ذلـك ضـمان اختيـار أفضـل المتقـدمين للمناقصـة مـن النـاحيتين الفنيـة والماليـة، وحمايـة المصـالح العامـة للدولـة عـن طريـق اختيـار المتعاقـد الـذي يتقـدم بأقـل عطـاء، أي الـذي يطلـب مـن الإدارة الأقـل وبـنفس المواصـفات المطلوبـة عنـدما تكـون الإدارة هـي التـي تـدفع، عكـس المزايـدة التـي ترسـو علـى مـن يـدفع أكثـر إلـى الإدارة مثـل بيـع وإيجـار أموالهـا، ومـن اجـل الالمـام بهـذا الموضـوع سنبحثه من خلال الفرعين الآتيتين:

الفرع الأول

الناقصة العامة الإلكترونية

والمناقصـة العامـة مـن ناحيـة الأشـخاص فهـي توجـه إلـى عـدد غيـر محـدد مـن الاشـخاص الطبيعيـة أو المعنويـة ، أمَّـا أن تكـون محليـة في حالـة توجيـه الـدعوة إلـى الأشـخاص الـراغبين بالتعاقـد داخـل البلد[٢٩].

أو تكـون الـدعوى خارجيـة وتوجـه إلـى جميـع الـراغبين في التعاقـد داخـل وخـارج البلـد، ولا يوجـد في العـراق تشـريع موحـد يـنظم كيفيـة إبـرام الإدارة لجميع عقودها[٣٠].

تمـرُّ عمليـة المناقصـة بعـدة مراحـل، أولهـا الإعـلان عـن المناقصـة في الصـحف المحليـة وبمـا لا يقـل عـن ثـلاث صـحف فضـلًا عـن لوحـة الإعلانـات للجهـة الإداريـة طالبـة التعاقـد وأن هـذا الإعلان هو بمثابة دعوة للتعاقد[٣١].

وقـد تغيـرت وسـائل الإعـلان القديمـة واصـبحت الأن تعلـن عـن طريـق الوسـائل الإلكترونيـة، فالإنترنـت اصـبح وسـيلة ممتـازة للإعـلان عـن المناقصـة، إذ يمكـن توجيـه دعـوة إلـى عشـرات الملايـين، بـل وعشـرات الـدول في مختلـف أرجـاء المعمـورة، وقـد جـاء في قـانون العقـود

الحكومية العامة وتعليمات تنفيذها رقم (١) لسنة ٢٠٠٨ وجوب نشر إعلان المناقصة[٣٢].

وأن الإعلان عبر شبكة المعلومات الدولية عن طريق(الإنترنت) [٣٣].

يمنح فرصة مفتوحة لكافة الشركات المحلية والدولية الصغيرة أو كبيرة للاشتراك في المناقصة، لأنه يسهل التفاوض بينهما عن طريق البريد الإلكتروني أو شبكة الويب أو غرفة المحادثة، وبذلك تكون حرية المنافسة في العقد الإداري الإلكتروني عبر الوسائل الإلكترونية أفضل بكثير من الوسائل التقليدية لأنها تتضمن كافة عناصر الشفافية والعلنية ، أما مرحلة تقديم العروض فإن الانظمة الإلكترونية تحتوي على نموذج معد خصيصاً للمثل هذه المناقصة يتضمن كل البيانات المطلوبة وكيفية التعامل بها عن طريقة الأتمتة، وهذه المرحلة تتسم بأعلى درجات السرية، ويكون هناك موعد ثابت لغلق موقع التقديم على البوابة الإلكترونية الخاصة بالجهة المعنية بالمناقصة، وبعدها تجري علمية فتح العطاءات إلكترونياً، ومن ثم نشر الاسعار النهائية للمتناقصين بصورة تلقائية على موقع الإدارة عبر شبكة المعلومات الدولية الإنترنيت، ويمكن توقيع العقد إلكترونياً مع صاحب افضل العطاءات وهذه العملية ستوفر المال والوقت والجهد، وتتوقع حكومة شيلي توفير مبلغ (٢٠٠مليون دولار) من المشتريات بعد عرضها على المواقع الإلكترونية، أما ولاية واشنطن فقد وفرت نسبة ٢٠٪ من المشتريات عن هذا الطريق[٣٤].

وتأكيداً على مبدأ جواز التعاقد الإلكتروني وصحته نصت المادة (٧/ ١) من قانون إمارة دبي في شأن المعاملات والتجارة الإلكترونية على أنه: " لا تفقد الرسالة الإليكترونية أثرها القانوني، أو قابليتها للتنفيذ لمجرد أنها جاءت في شكل الإلكتروني"، أما فيما يخص أسلوب المناقصة الخاصة أو الدعوة المباشرة فإن هذا الأسلوب يحصر حق الاشتراك بعدد محددٍ من الأشخاص أو الشركات للاشتراك فيها عن طريق توجيه دعوات مباشرة إليهم وذلك وفقاً لاعتبارات قدرة المشتركين المالية، وكفاءتهم الفنية، وهنا تستطيع الإدارة اختيار المتعاقد من بين مجموعة من الراغبين المعروفين لديها سلفاً ، وقد أشارت تعليمات تنفيذ العقود الحكومية رقم (١) لسنة ٢٠٠٨م، إلى الدعوة المباشرة في المادة (٤) البند رابعاً والتي جاء فيها:(توجه الدعوة المباشرة من جهات التعاقد إلى مالا يقل عن (٣) من المقاولين أو الشركات أو المؤسسات المعتمدة لقدرتها وكفاءتها الفنية والمالية عند تنفيذ العقود العامة بمختلف أنواعها وعند الضرورة ولوجود أسباب مبررة). وتسري ذات الأحكام التي تسري على المناقصة العامة على الدعوة المباشرة باستثناء حرية الاشتراك إذ تقتصر على المدعوين فقط، أما في مجال العقد الإداري الإلكتروني، فإن الإعلان عن الممارسة يمكن التعرف عليه من خلال نص المادة (٢) من المرسوم الفرنسي رقم (٢٠٠٢-٦٩٢) الذي بينت فيه أن الإعلان يكون على موقع الإدارة المسؤولة عن العقد، وبعد الإعلان عن الممارسة وتقديم العطاءات عبر شبكة المعلومات الدولية (الإنترنت) تقوم الإدارة بنشر قائمة بأسماء اصحاب العطاءات المقبولة عروضهم على موقها على شبكة الإنترنت لغرض التفاوض معهم للوصول إلى أفضل العروض فنياً ومالياً، ويكون انعقاد العقد الإداري الإلكتروني

بعـد وصـول أخطـار الإدارة إلـى المرشـح المقبـول عرضـه، ومـن ثـم التفـاوض معـه علـى كافـة التفاصـيل حتـى يـتم الاتفـاق النهـائي بـين الطـرفين علـى ابـرام العقـد وتوقيعـه ، ويجـب توثيـق هـذا الاتفـاق مـن اجـل إعطائـه الحجيـة القانونيـة ليكـون حجـة علـى الجميـع، أمـا الـدعوة المباشـرة أو مـا يعـرف بـ (أسـلوب العطـاء الوحيـد) ويقصـد بـه الاتصـال المباشـر مـع الشـركات الأجنبيـة مـن أجـل تنفيـذ مشـاريع التنميـة مـن دون إتبـاع إجـراءات المناقصـة العامـة أو الخاصـة، ، وقـد أشـارت تعليمـات تنفيـذ العقـود الحكوميـة رقـم (١) لسـنة ٢٠٠٨ إلـى الاتفـاق المباشـر في البنـد (خامسـاً) مـن المـادة (٤) والتـي جـاء فيهـا أسـلوب العطـاء الوحيـد (ويـتم بتوجيـه الـدعوة مجانـاً مـن جهـات التعاقـد لمنـاقص واحـد فيمـا يتعلـق بـالعقود ذات الطبيعـة الاحتكاريـة لتجهيـز أو تنفيـذ الأعمـال أو الخـدمات الاستشـارية أو التصـنيع وذلـك عنـد الضـرورة ولوجـود أسـباب مـبررة تسـتدعي ذلـك) لـذلك يتوجـب علـى الإدارة عـدم التوسـع بالأخـذ بـه وتطبيقـه في أضـيق نطـاق لأنَّـه يمثـل خروجـاً عـن القاعـدة العامـة في التعاقـد، أمـا في مجـال العقـود الإداريـة الإلكترونيـة فيـتم مباشـرةً بـين الإدارة والمرشـح، وذلـك بـإعلان إيجابـه الإلكـتروني مـن خـلال شـبكة الويـب أو البريـد الإلكـتروني، وتقـوم الإدارة بعـدها بالتفـاوض مـع المتعاقـد بإرسـال القبـول مـن خـلال الوسـيط الإلكـتروني، فينعقـد العقـد بمجـرد علـم المرشـح بـذلك، ولاسـيما إذ كانـت هنـاك تعـاملات سـابقة بـين الطرفين[٣٥].

الفرع الثاني

المزايدات الإلكترونية

يتوجـب علـى الإدارة في أسـلوب المزايـدات الإلكترونيـة إتبـاع جميـع الإجـراءات الخاصـة بالمزايدة الاعتيادية [٣٦].

ويقصـد بالمزايـدات الإلكترونيـة ذلـك الإجـراء الـذي يتقـدم بموجبـه المتقـدم علـى المزايـدة بأرسـال العطـاء عـن طريـق وسـيط الكـتروني، ضـمن المـدة الزمنيـة التـي تحـددها الإدارة لجميـع المتقدمين[٣٧].

وتكمـن إجـراءات المزايـدة الإلكترونيـة بـالتزام الإدارة بـالإعلان عـن المزايـدة عـن طريـق موقـع الإدارة علـى شـبكة المعلومـات الدوليـة الإنترنـت، إذ يتضـمن هـذا الإعـلان اسـم المزايـدة، واوصـافها وشـروط المشـاركة وبهـا وتاريخهـا بـذكر اليـوم والسـاعة المـدة التـي تجـري المزايـدة خلالهـا، فضلاً عن التأمين المبدئي للعقد[٣٨].

وهـذا النـوع مـن المزايـدات لا يختلـف عـن المـزادات العلنيـة المعروفـة في القـانون المـدني، إذ ظهـر هـذا النـوع مـن المزايـدات لأول مـرة في هولنـدا، إذ يتقـدم المرشـحون بعطـاءاتهم في مظـاريف مغلقـة وبطريقـة سـرية إلـى الإدارة، ويقـوم احـد الاشـخاص – الـدلال- بـالإعلان عـن بـدء المـزاد العلنـي عـن طريـق شـبكة الإنترنـت، ثـم يبـدأ التنـافس بـين المتقـدمين ويرسـوا المـزاد علـى الـذي يقـدم أكثـر ، إذا كانـت الإدارة تقـبض، إمـا إذا كانـت تـدفع فترسـوا عـل العطـاء الأقـل، أمـا في حالـة المزايـدة محـدودة، فيتطلـب الأمـر القيـام بنشـر اسـماء المتقـدمين علـى موقـع الإدارة، ويكـون تقـديم العطـاءات بإرسـال المرشـحين توقيعـاتهم الإلكترونيـة، مـن ثـم تجـري المزايـدة ويتوجـب علـى الإدارة إعـلام جميـع المتقـدمين بالعطـاءات المقدمـة في كـل مرحلـة مـن

مراحل المزايدة، ويتم ترتيب المتقدمين من الثمن الأعلى إلى الثمن الأقل، من دون أن تعرف هويتهم في كراسة الشروط، ويحق للإدارة تمديد المدة القانونية للمزايدة ،ة إذا لم تحصل على مبتغاها، بشرط أن ينص على ذلك في كراسة الشروط الخاصة بالمزايدة الإلكترونية مع بيان أسباب التمديد، وكذلك يحق للإدارة غلق باب التنافس بعد التوصل إلى العطاء الأفضل من الناحية المالية والفنية، ويعد الإيجاب المقدم من قبل المتقد الفائز بمثابة الإيجاب الإلكتروني، الذي يجب أن يتطابق مع القبول الذي يكون باعتماد الإدارة المختصة بإبرام العقد الإداري، وتبليغ الفائز عبر الوسيط الإلكتروني.

المطلب الثاني

مجلس التعاقد في العقود الإلكترونية

ينعقد العقد الإداري سواء كان بالوسائل الإلكتروني أم كان بالوسائل تقليدياً وفقاً للقواعد الشرعية والتشريعية العامة في اللحظة الزمنية التي يقترن بها قبول القابل للإيجاب ولحظة الاقتران هذه إما أن تكون في مجلس واحد يجمع كافة الاطراف وهو ما يسمى بالتعاقد بين حاضرين أو يسمى في بعض الاحيان (بتعاقد الحقيقي) أو قد يكون الاطراف في مجلسين منفصلين عن بعضهما ويسمى عندها بالتعاقد بين غائبين أو (التعاقد الحكمي)، ولا توجد صعوبة في تحديد زمان ومكان التعاقد بين الحاضرين ، لأن الايجاب والقبول يكون في ذات المجلس، ولكن الصعوبة تظهر في اغلب الأحيان عند تحديد زمان ومكان انعقاد العقد بين غائبين بسبب وجود مدة زمنية فاصلة بين حصول القبول وعلم الموجب به وبناءً على ذلك سنتطرق في هذا الفرع إلى المقصود بالتعاقد بين الحاضرين في الفرع الأول، ومن ثم على نتناول التعاقد بين الغائبين في الفرع الثاني ونبحث في الفرع الثالث: الفرق بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين.

الفرع الأول

التعاقد بين الحاضرين

يقصد به توافق اطراف العقد بتمامه خلال اجتماعهم بمجلس واحد قبل أن يفترقا، فيبادر احدهما بالإيجاب ويقبل الأخراٌ وهذا هو الاسلوب الطبيعي في التعاقد بين الحاضرين، إلاَّ أن الفقهاء المسلمون قد اجازوا التعاقد بين حاضرين حتى لو كانوا في مجلسين منفصلين ما دام يوجد بينهم اتصال مباشر بأي وسيلة كان ، إذ انهم: اعدو الكتاب كالخطاب من خلال اعترافهم بوجود مجلس العقد حكميا، عندما يكون هناك تبادل لوجهات النظر بين الطرفين مباشرة ينتج عنه ايجاب وقبول بذات الوقت عن طريق الرسائل المباشرة أو الاتصال المباشر بينهم ، هذا المعنى تضمنه كتاب الهداية ، إذ جاء فيه الكتاب كالخطاب، وكذلك عد الرسول سفيراً ومعبراً عن كلام المرسل ناقلا كلامه الى المرسل اليه أن كان حضر بنفسه او حين البيع، ولتوضيح آلية التعاقد بين الحاضرين يتوجب علينا بحث مسألة مجلس العقد، وذلك من اجل معرفة المدة الزمنية التي تفصل بين إيجاب الموجب وقبول القابل، ويعرف مجلس العقد حسب الاصطلاح الشرعي على أنه: " اجتماع المتعاقدين في ذات الزمان والمكان الواقع لعقده وعلى وجه التحديد الحالة التي يكون الطرفان المتعاقدان مشغولين بالتعاقد سواء طالت ام قصرت وقد يكون اجتماعهما حقيقيا بتواجدهما في مكان واحد احدهما امام الاخر ينظره ويسمعهاٌ او حكميا كافيا حال التعاقد بالتلفون او باي طريقة مشابهة " [٣٩].

ويقـوم مجلـس العقـد في الفقـه الإسـلامي علـى وحـدة المكـان، ووحـدة الزمـان ومـؤدى ذلـك ضـرورة أن يصـدر الإيجـاب والقبـول في ذات المكان وذات الجلسة [٤٠].

أمـا بشـأن العقـد الإداري الإلكـتروني فقـد اختلـف الفقـه في تحديـديهم لزمـان انعقـاد العقـد الالكـتروني، فمـنهم مـن عـد التعاقـد عـبر شـبكة المعلومـات الدوليـة بأنـه لا يختلـف عـن التعاقـد بالمراسـلة (تعاقـد بـين غـائبين) سـوى في الوسـيلة التـي تنقـل الايجـاب والقبـول فغالبـاً مـا يكـون الايجـاب في زمـان يختلـف عـن زمـان القبـول اي وجـود فاصـل زمنـي بـين صـدور القبـول وعلـم الموجـب بـه وعنـده نطبـق عليـه احكـام التعاقـد بـين غائبين من حيث الزمان والمكان[٤١].

١. وهـذا مـا نـص عليـه المشـرع العراقـي في القـانون المـدني ذي العـدد(٤٠) لسـنة ١٩٥١، في الفقـرتين (١-٢) مـن المـادة (٨٧) التـي جـاء فيهـا: يعتـبر التعاقـد مـا بـين الغـائبين قـد تـم في المكـان والزمـان اللـذين يعلـم فيهمـا الموجـب بـالقبول مـا لـم يوجـد اتفـاق صـريح او ضـمني او نص قانوني يقضي بغير ذلك.

٢. ويكـون مفروضـا ان الموجـب قـد علـم بـالقبول في المكـان والزمـان اللـذين وصـل اليـه فيهمـا"، ومـنهم مـن ذهـب إلـى القـول: أنـه لا يمكـن عـد التعاقـد عـبر شـبكة المعلومـات الدوليـة تعاقـد بـين حاضـرين او حتـى تعاقـد بـين غـائبين في مختلـف الأحـوال، لأن هنـاك اختلـف في تحديـد زمـان ابـرام العقـد الالكـتروني، ولاسـيما في وقـت ارسـال القبـول ووصـوله الـى جهـاز المرسـل (الموجـب) واطلاعـه وعلمـه بـالقبول ، ومـنهم مـن ذهـب إلـى القـول: إن التعاقـد عـن طريـق الانترنيـت هـو تعاقـد بـين حاضـرين بالنسـبة للزمـان لأنـه اشـبه بالتعاقـد عـن طريـق الهاتف[٤٢].

الفرع الثاني
التعاقد بين غائبين

وهـذا هـو الطريـق غيـر الطبيعـي للتعاقـد إذ قـد يتعـذر علـى المتعاقـدين الحضـور في مكـان واحـد لإبـرام العقـد لـذا يتـيح لهمـا القـانون امكانيـه التعاقـد عـن طريـق المراسـلة سـواء بالبريـد ام التلفـون ام الرسـول أو عـبر شـبكة المعلومـات الدوليـة ونعنـي بـذلك ان يـتم التفـاوض مـا بـين طـرفين كـل منهمـا في مكـان مختلـف ، إذ تفصـل مـدة زمنيـة بـين صـدور التعبيـر عـن الإرادة (الايجـاب) مـن احـد مـا وعلـم الاخـر بـه وقـد تـتم هـذه العمليـة التفاوضـية بصـورة متعـددة ، إذ يمكـن أن يـتم جـزء منهـا بشـكل مباشـر مـا بـين الطـرفين الأصـليين أو تـتم بوسـاطة رسـول مـن دون ان تثبـت لـه صـفة النيابـة، أو أن تـتم بواسـطة وسـائل الاتصـالات الحديثـة التـي جعلـت مـن السـهولة إجـراء الاتصـالات وإنشـاء العقـود بـين الأشـخاص سـواء علـى المسـتوى الـوطني أم الـدولي مـع مـن هـم داخـل أو خـارج البلـد، كالتعاقـد بـين أفـراد الـدول المختلفـة والمتباعـدة وفي هـاتين الحـالتين للتعاقـد يوصـف بأنـه تعاقـد بـين غـائبين لكـون الأطـراف المتعاقـدة لا يجمعهـا مجلـس واحـد في مكـان واحـد بخـلاف التعاقـد المعهـود الذي يجمع الموجب والقابل في ذات المكان[٤٣].

لـذا يجـب تحديـد وقـت انعقـاد العقـد عنـدما لا يجمعهمـا مجلـس واحـد، وكـذلك يمكـن ان يكـون هنـاك تعاقـد بـين غـائبين مـن حيـث المكـان وحاضـرين مـن حيـث الزمـان عنـدما لا يكـون هنـاك اتحـاد في مجلـس العقـد بـين الموجـب والمقابـل وهكـذا يكـون هنـاك اتصـال مباشـر مـن حيـث الزمـان

الا انه هناك اختلاف مباشر في المكان بين مكان الموجب ومكان المقابل(٤٤) .

أما فيما يخص التعاقد بين غائبين في العقود الإدارية الالكترونية، فمثلما بينا سابقاً فإن هذا النوع من العقود يسمى بعقود المسافة، أي أنها تبرم عن بعد ، الامر الذي يحتم احترام القواعد الخاصة بهذه الطائفة من العقد، لأن التعاقد يجري عبر شبكة المعلومات الدولية، إذ يجري تبادل التعبير عن الارادة مع الغياب المادي التام للطرفين المتعاقدين لان التعاقد يتم عن بعد، وبالتالي لا يتيح للمتعاقد التحقق اليقيني من اهلية المتعاقد الاخر، وصفته، وانه لا يتيح تحديد وقت الانعقاد بدقة، ثم ان اليقين الكافي بشأن ادلة الاثبات قد لا يكون موجود لان تبادل المستندات الورقية لم يتم يداً بيد، ناهيك عن صعوبة تحديد مكان انعقاد العقد، إذا كان قد انعقد في موطن الموجب ام موطن القابل ام موطن ثالث غيرهما، ومن ثم ان التوقيع على العقد من قبل الاطراف لن يكون بكل تأكيد تقليدي مثلما هو معتاد، وأن كان كذلك فإنه لن يكن ابدا متعاصر، وهذا عائد إلى طبيعة العقود الالكترونية المتأتية من طريقة انعقادها عن بعد، وبسبب هذه الخاصية اصبحت لها احكام تختلف عن احكام العقود المبرمة بين حاضرين، والتي يكون الحضور المادي للأطراف فيها مساعداً على تذليل كثير من الصعوبات التي تتمثل في تحقيق كل منهم من شخصية الاخر القانونية، والتثبت من تلقيه التعبير الارادي الصادر عن المتعاقد الاخر، وضبط تاريخ العقد ومكانه، وسلامة المستندات المتعلقة به، فضلا عن كثير من المسائل القانونية التي يضمنها الحضور المادي للأطراف في التعاقد بين حاضرين، ولهذا تعد العقود الإلكترونية من العقود المبرمة عن بعد مما يثير القلق والغموض وعدم اليقين بالنسبة للجوانب العملية التعاقدية مثل التأكد من هوية الشخص المتعاقد وفيما إذا كان هو أم لا ومن طبيعة المحل والضمانات التي يتم تقديمها لتحقيق غاية التعاقد وطرق الوفاء بالالتزامات(٤٥).

وأبرز ما يترتب على التعاقد عن بعد، سواء عبر شبكة المعلومات الدولية او عبر غيره من الوسائل الحديثة، هو عدم تمكن متلقي الخدمة من الحكم الدقيق عيها بشكل جازم، مهما بلغ الوصف الذي يصفه بها ، وقد تنبهه المشرع الفرنسي الى هذه الحالة ونص عليها في المادة الاولى من القانون الصادر بتاريخ ٦/ كانون الثاني/ ١٩٨٨، عندما منح لمشتري الحق في اعادة المبيع الى البائع واسترداد ما دفعه او استبدال المبيع خلال مدة (٧) ايام من تاريخ تقديم المبيع، ثم عاد المشرع الفرنسي وكرر المبدأ ذاته عند اصداره قانون الاستهلاك الفرنسي، ونلاحظ على النص أنه منح المشتري الخيار، او الرخصة في رجوع المستهلك على الطرف الأول عند عدم ملاءمة المبيع وخلال مدة سبعة ايام تبدأ من يوم تسليم المعقود عليه، وهذا امر جدير بالاهتمام، لذا نأمل أن يأخذ به المشرع العراقي في القوانين التي تنظم التعاملات الالكترونية مستقبلاً، ومنح مثل هذا الخيار يستلزم ايجاد ما يعرف بـ (الاستمارة الضامنة) التي يقصد بها، استمارة ترافق العقد تقوم بوظيفة اعلان الطرفين بوجود الخيار او الرخصة، ووظيفة بدء حساب مدة الايام السبعة، وهي تشبه الى حد ما استمارة الضمان التي يمنحها قسم من التجار الى العملاء في السلع

التـي يعلـن بائعهـا – عنـد التعاقـد – انهـا مضـمونه لمدة يحددها سلفا.

الفرع الثالث

الفرق بين التعاقد بين حاضرين والتعاقد بين غائبين

لبيـان الفـرق بـين التعاقـد بـين حاضـرين والتعاقـد بـين غـائبين، لابـد مـن بيـان معيـار للتفرقـة بينهمـا، وهـو المـدة الزمنيـة التـي تفصـل بـين صـدور القبـول وعلـم الموجـب بـه، ففـي التعاقـد مـا بـين حاضـرين في مجلـس واحـد لا يكـون لهـذه المـدة مـن الـزمن أهميـة لأن الموجـب سـيعلم بـالقبول مباشـرة في الوقـت الـذي يصـدر فيـه، أمـا في التعاقـد بـين غـائبين لا يجمعهـم مكـان محـدد فـإن القبـول عنـدما يصـدر تكـون هنـاك مـدة زمنيـة (الوقـت المسـتغرق) تفصـل بـين صـدور القبـول وعلـم الموجـب (الإدارة) ، وبـذلك يختلـف وقـت حصـول القبـول عـن وقـت العلـم بـه، ووفقـاً لهـذا الفـارق الزمنـي تكـون العـبرة ليسـت بالمكـان أي اتحـاد المجلـس أو اختلافـه، بـل تكمـن في أن تتخلـل مـدة زمنيـة بـين صـدور القبـول والعلـم بـه[٤٦]. وقـد اسـهم التطـور التكنولـوجي المـذهل الـذي نعـيش الآن ذروتـه في ظـل مـا يعـرف بـالثورة الرقميـة التـي الغـت جميـع الحـدود الجغرافيـة المكانيـة بـين الـدول ، وهـذه التقنيـة سـهلت عمليـة الاتصـال والتعاقـد بـين الأشـخاص في كافـة أرجـاء العـالم مـن دون تواجـد مـادي لأطـراف العقـد في مجلـس واحـد، فضـلا عـن عـدم اشـتراط القـانون للوجـود الثنـائي الفعلـي لأطـراف العقـد في مكـان واحـد لحظـة تبـادل الإيجـاب والقبـول، إذ يمكـن أن يـتم تبادلهمـا عـن طريـق وسـائل الاتصـال الحديثـة والفوريـة مـن الهـاتف أو الـتلكس أو الفـاكس أو عـن طريـق أجهـزة الحاسـب الآلـي، ممـا يجعـل إمكانيـة مواءمـة هـذا الرأي غاية في الصعوبة[٤٧].

وهـذا مـا عـبرة عنـه بشـكل صـريح المـادة (٨٨) مـن القـانون المـدني العراقـي ذي العـدد (٤٠) لسـنة ١٩٥١، عنـدما نصـت: " يعتـبر التعاقـد (بـالتليفون) او بأيـة طريقـة مماثلـة كأنـه تـم بـين حاضـرين فيمـا يتعلـق بالزمـان وبـين غـائبين فيمـا يتعلـق بالمكـان"، ويمكـن أن نتصـور تعاقـداً تـم مـا بـين غـائبين لا يفصـل زمـن فيـه مـا بـين صـدور القبـول والعلـم بـه، فعنـدما نطبـق قواعـد التعاقـد مـا بـين حاضـرين، والعكـس صـحيح فـإذا حصـل تعاقـد بـين حاضـرين يفصـل فيـه زمـن مـا بـين صـدور القبـول والعلـم بـه ومـع ذلـك تطبـق عليـه قواعـد التعاقـد بـين غـائبين، ومـن ذلـك الحالـة التـي يـتم فيهـا الإيجـاب والمتعاقـدين في مجلـس واحـد، كمـا لـو حـدد الموجـب ميعـاد القبـول وافـترق الطرفـان المتعاقـدان، ثـم أرسـل الموجـب لـه القبـول عـن طريق رسالة عبر البريد الالكتروني[٤٨].

وبـذلك يبقـى المعيـار الزمنـي هـو المعيـار المعـول عليـه في الوقـت الحاضـر للتفرقـة بـين التعاقـد بـين حاضـرين والتعاقـد بـين غـائبين بوصـفه قاعدة عامة[٤٩].

المطلب الثالث

التنظيم القانوني للعقد الاداري الالكتروني وحجية اثباته في التشريع العراقي

نسـتعرض في هـذا المطلـب تجربـة التنظـيم القـانوني للعقـد الاداري الالكـتروني وحجيـة اثباتـه في التشـريع العراقـي و المراحـل التـي وصـل اليهـا فضـلا عـن التطـرق عـن وسـائل الاثبـات ذات العلاقـة بموضـوع بحثنـا بموجـب القـوانين العراقـي هـذا سـنبينه في هـذا المطلـب مـن خـلال تقسـيمه علـى فـرعين : نبحـث في الأول: التنظـيم القـانوني للعقـد الاداري الالكـتروني في التشـريع العراقـي ، ونتنـاول في الثاني: وسائل الأثبات.

الفرع الأول

التنظيم القانوني للعقد الاداري الالكتروني في التشريع العراقي

لو نرجع إلى المادة (٧٣) من القانون العراقي ذي العدد(٤٠) لسنة ١٩٥١ المعدل التي عرفت العقد بأنه:(ارتباط الايجاب الصادر من احد المتعاقدين بقبول الاخر على وجه يثبت اثره في المعقود عليه)، ونلاحظ من التعريف ان اهتمام المشرع منصب اساسا على فكرة تطابق الارادتين (أي ارتباط الايجاب بالقبول) وتوافقهما وانصرافهما الى احداث الاثر القانوني الذي يظهر في المعقود عليه، اما طريقة التعبير عن الارادة، وكيفية وصول الايجاب والقبول الى علم المتعاقد الاخر فيبدوا لنا أنها تأتي في المقام الثاني من اهتمام مشرعنا العراقي قياسا بمسألة تطابق الارادتين، ولم تشترط المادة (٧٩) من القانون المدني، وهي بصدد عد طرق التعبير عن الارادة ان يتم ذلك بشكل خاص او بوضع معين، فالتعبير عن الارادة بوصفه اصلا عاما لا يستلزم شكلا خاصا او وضعا يتم به(٥٠).

وتقرر الفقرة (١) من المادة(١٥٥) من القانون المدني ان (العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للألفاظ والمباني) فأي لفظ او مبني دل على حقيقة المعنى المقصود فهو معتبر قانونا، ومحترم بوصفه محققا للنتيجة التي ارادها المتعاقدان(٥١).

أما بخصوص العقد الإلكتروني في التشريع العراقي، فقد بينت المادة(٨٨) من القانون المدني انه: (يعتبر التعاقد بالتلفون او بأية طريقة مماثلة كأنه تم بين حاضرين فيما يتعلق بالزمان وبين غائبين فيما يتعلق بالمكان) ونستنتج من هذا النص التشريعي بأن المشرع العراقي قد أخذ في الحسبان التطور التقني وما يستجد من طرق في التعاقد او في التعبير عن الارادة بفضل تطور العلوم والتكنلوجيا المعاصرة، ومن ثم يمكن اخضاع التعاقد عبر شبكة المعلومات الدولية والتعبير الالكتروني عن الارادة لنصوص هذه المادة قياسا على التعاقد بواسطة التلفون، وتشترط القواعد العامة في القانون المدني العراقي، ان يعبر طرفا العقد عن ارادتيهما بنفسيهما، او بواسطة نائب، فإذا تبادلا تعبيرا متطابقا عن ارادتين متفقتين انعقد العقد فأصبح الحاسب الالي، من هذه الناحية القانونية، (وسيلة) لإبرام العقد بين طرفين، والتشريع العراقي الوحيد الذي تناول العقد الإلكتروني فهو قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية العراقي ذي الذي العدد (٧٨) لسنة ٢٠١٢، إذ تناولت المواد (١٨ -٢١) منه آلية التعاقد في العقود الإدارية الالكترونية، فنصت المادة (١٨) من القانون أعلاه بجواز ان يكون الايجاب والقبول في العقد الإلكتروني عن طريق وسيلة الكترونية صادرة عن الطرف الأول سواء صدرت منه أم نيابة عنه او بوساطة وسيط الكتروني معد للعمل أوتوماتيكيا، ولم يتوقف الامر عند هذا الحد فحسب، بل منحت للمرسل اليه ان يعد المستندات الالكترونية صادرة عن الموقع وان يتصرف على هذا الاساس، أما المادة(١٩) من قانون التوقيع الالكتروني فعالجت حالة طلب الموقع من المرسل اليه بموجب مستند الكتروني اعلامه بتسلم ذلك المستند او كان متفقا معه على ذلك، اذ ان قيام المرسل اليه بأعلام الموقع بالوسائل الالكترونية او بأية وسيلة اخرى او قيامه بأي تصرف او اجراءات يشير الى انه تسلم المستند يعد استجابة لذلك الطلب او الاتفاق،

وتكفلت المادة(٢٠) من القانون بتحديد تاريخ الايجاب و القبول، اذ تعد المستندات الالكترونية مرسلة من وقت دخولها نظام معالجة معلومات لا يخضع لسيطرة الموقع او الشخص الذي ارسله نيابة عنه مالم يتفق الموقع و المرسل اليه على غير ذلك ، اما اذا كان المرسل اليه قد حدد نظاما لمعالجة المعلومات لتسلم المستندات فتعد متسلمة عند دخولها الى ذلك النظام، فإذا ارسلت الى نظام غير الذي تم تحديده فيعد ارسالها قد تم منذ قيام المرسل اليه بإعادتها الى النظام المحدد منه لتسلم المعلومات، وبخلاف ذلك أي في حالة إذا لم يحدد المرسل اليه نظاما لمعالجة معلومات لتسلم المستندات الالكترونية فيعد وقت تسلمها هو وقت دخولها لأي نظام لمعالجة المعلومات تابع للمرسل اليه(٥٢).

اما بشأن تحديد مكان العقد فإن المادة (٢١) من القانون عالجت ذلك بالنص على ان:

اولا: تعد المستندات الالكترونية قد ارسلت من المكان الذي يقع فيه مقر عمل الموقع وانها استلمت في المكان الذي يقع فيه مقر عمل المرسل اليه واذا لم يكن لأي منهما مقر عمل يعد محل الاقامة قرار للعمل ما لم يكن الموقع و المرسل اليه قد اتفقا على غير ذلك.

ثانيا: اذا كان للموقع و المرسل اليه اكثر من مقر عمل فيعد المقر الاقرب صلة بالمعاملة هو مكان الارسال او التسلم وعند تعذر التحديد يعد مقر العمل الرئيس هو مكان الارسال او التسلم) ونستنتج مما سبق ان التعبير عن الارادة في العقد الاداري الالكتروني اما ان يتم من خلال البريد الالكتروني او عن طريق شبكة المعلومات الدولية او وسائل الاتصالات الحديثة والمشاهدة او الوسيط الالكتروني.

الفرع الثاني
وسائل الأثبات

أما بشأن الاثبات بالمستندات الإلكترونية فإن التطورات التقنية قد خرجت عن المألوف، فالعالم بدأ يتحول إلى الحكومة الإلكترونية بكل معانيها ويتجه نحو العالم الرقمي، وبذلك لم تعد المستندات الكتابية الوحيدة فقط في مجال الإثبات، بل أخذت المستندات الالكترونية مدها الواسع في كافة المجالات، وبذلك اصبحنا بحاجة ماسة لسن قوانين تناغم التطور التقني الحاصل في تكنولوجيا المعلومات، إذ استقر العمل سابقا على تدوين المحررات الرسمية والعادية على الأوراق وبالحروف الخاصة بلغة المتعاقدين أو اللغة التي يعتمدانها لتحرير العقد، وإن اللجوء إلى تدوين المحررات على وسائط إلكترونية يتم من خلال خوارزميات رقمية يفهمها الحاسب، ومن ثم يحولها إلى كلمات باللغة التي يفهمها المتعاقدين، والسؤال الذي يطرح هنا؛ عن مدى عد المحرر الإلكتروني من قبيل الكتابة، الامر الذي يتطلب ان نعرف ما هو السند الالكتروني، لم يرد للمستند الالكتروني تعريف واحد ومحدداً في قوانين الدول العربية ولكن وردت تعريفات متشابهة أمرتكزة في غالبيتها علي التعريف الذي ورد في القانون النموذجي للانوسترال، فقد نصت المادة (الأولى) من قانون الاونسترال النموذجي بشان التجارة الالكترونية - والتي اخذ علي نهجها عدد كبير من تشريعات الدول العربية -علي تعريف رسالة البيانات الالكترونية وهي بمثابة المستند الالكتروني أبانها: (المعلومات التي يتم انشاؤها او ارسالها او استلامها او تخزينها

بوسائل الكترونية او ضوئية او بوسائل مشابهة بما في ذلك على سبيل المثال لا الحصر تبادل البيانات الالكترونية او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي الفاكس) ونلاحظ في هذا التعريف إن قوام السند الالكتروني باعده رسالة معلومات الكترونية، هو اثباته علي دعامة الكترونية، وأيا كان شكل ذلك الاثبات صورة او صوتا او كتابة، فان ذلك الفعل يمثل انشأ لمستند الكتروني، ولقد نص المشرع الفرنسي علي ان الكتابة التي تتم بهذا الشكل، لها الحجية الكاملة في الاثبات، شأنها شأن الكتابة التقليدية علي دعامة ورقية، حسبما ورد في نص الفقرة (١) من المادة (١٣١٦) من القانون المدني الفرنسي، وبشرط وحيد هو ان يكون حفظها قد تم في ظروف تضمن وجودها بصورة كاملة ، اما المشرع العراقي في قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية ذي العدد (٧٨) لسنة ٢٠١٢، فقد عرف المستندات الالكترونية بأنها هي: المحررات والوثائق التي تنشأ أو تدمج أو تخزن أو ترسل أو تستقبل كليًا أو جزئيًا بوسائل الكترونية بما في ذلك تبادل البيانات الكترونيًا او البريد الالكتروني او البرق او التلكس او النسخ البرقي ويحمل توقيعا الكترونيا، كما أشارت المادة (١٣) من القانون المذكور الى حجية تلك المستندات وطرق إثباتها، إذ نصت اولا: تكون للمستندات الالكترونية والكتابة الالكترونية والعقود الالكترونية ذات الحجية القانونية لمثيلتها الورقية اذا توافرت فيها الشروط التالية:

أ- ان تكون المعلومات الواردة فيها قابلة للحفظ والتخزين بحيث يمكن استرجاعها في أي وقت.

ب- امكانية الاحتفاظ بها بالشكل الذي تم انشاؤها او رسالها او تسلمها بهاو باي شكل يسهل به اثبات دقة المعلومات التي ورد فيها عند انشائها او ارسالها او تسلمها بما لا يقبل التعديل بالإضافة او الحذف.

ت- ان تكون المعلومات الواردة فيها دالة على من ينشئها او يتسلمها وتاريخ ووقت ارسالها وتسلمها.

ثالثا: يجوز للموقع او المرسل اليه اثبات صحة المستند الالكتروني بجميع طرق الاثبات الاخرى ونستنج من ذلك بأن السند الكتابي لم يعد الاقوى بين أدلة الإثبات، إذ كانت كافة القوانين تعامل المحرر الكتابي على أنه أقوى أدلة الإثبات التي تقدم للقاضي في إثبات الحق محل الدعوى؛ إلا أن هذا الامر لم يعد كذلك في الوقت الحالي في ظل تكنولوجيا المعلومات ، التي نتج عنها دليل اثبات جديد هو المستند الإلكتروني والعقد الالكتروني والتوقيع الالكتروني، ونصت المادتان (٣ و ٤) من قانون الاثبات العرقي ذي العدد(١٠٧) لسنة ١٩٧٩ ، على ان من اهداف هذا القانون هي: (الزام القاضي بأتباع التفسير المتطور للقانون..) وتبسيط الشكلية الى الحد الذي يضمن المصلحة العامة ولا يؤدي الى التفريط بأصل الحق المتنازع فيه، وجاء في المادة (١٠٤) من قانون ذاته على ان: (للقاضي ان يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية) ورد في الفقرة (رابعًا) من المادة (١٤٢) من قانون النقل العراقي ٨٠ لسنة ١٩٨٣، جواز(ان يكون توقيع سند الشحن بخط اليد او بأية طريقة اخرى مقبولة) فيجوز – استنادا لهذا النص – اصدار الشحن بطريقة الكترونية نظرا للتطور الكبير الذي يشهد مجال النقل، ونستنتج

من نصوص هذه المواد الواردة في القانونين أعلاه بوجود اشارات صريحة واضحة الدلالة على ان المشرع العراقي نبه القضاء على أن يستفيد من وسائل التقدم العلمي في استنباط القرائن القضائية عند الحكم من دون أن يحدد هذه الوسائل، ومن ثم يمكن أن تطبق هذه بالقياس على أي وسيلة حديثة تستعمل في التعاقد، والمنطق والعقل لا يستقيمان ان يأخذ المشرع بمعلومات وتقنية وسائل التقدم العلمي في الانتهاء (أي عند الاثبات) ويمنع الاخذ بها في الابتداء (أي عند انعقاد العقد)، وإن التشريع الحديث والفقه القانوني والقضاء سواء في العراق ام في غيره، اصبح ملزما بإضفاء وصف (التعاقد) على عملية تبادل الايجاب والقبول عبر شبكة المعلومات الدولية، لا سيما وقد اخذ التعاقد عبر وسائل الاتصال الحديثة مكانة بارزة في ساحة التعامل الدولي، لأن التعاقد الالكتروني عبر الوسائل الحديثة للاتصال بات امراً جائز ومشروع في التشريع العراقي، وفقاً لمشروعية التعبير عن الارادة الواردة في التشريع العراقي، والتي يمكن أن نطبقها بالقياس على التعبير بالإرادة في العقود الإلكترونية، فضلاً عن ما ورد في القانون ذي العدد(٧٨) لسنة ٢٠١٢ المذكور أنفاً، وان هذه النصوص الجديدة تمهد للانطلاق نحو افق مواكبة التطور التشريعي في مجال التعاقد الالكتروني أما السند القانوني لرأياً هذا بجواز التعاقد الالكتروني، ومشروعية التعبير عن الارادة بالوسائل الالكترونية الحديثة، في ظل نصوص التشريع العراقي الحالي يتمثل بالاتي:

السند الاول: ان الاصل في التعاقد استنادا للقواعد العامة الرضائية، ومبدأ الرضائية هذا يقتضي التيسير ورفع الحرج كلما كان ذلك ممكنا، فلا توضع القيود القانونية الا للضرورات، حتى لو كانت هذه القيود في طرق التعبير عن الارادة، او وسائل ايصال العلم بها الى الطرف الاخر في عملية التعاقد، السند الثاني: وان الاصل في الاشياء الاباحة، ولم يرد في القانون المدني العراقي، و لا في غيره من القوانين العراقية الاخرى، نص عام او خاص، يمنع او يقيد التعاقد عبر الوسائل الالكترونية الحديثة، او يرفض التعبير عن الارادة متى حصل بالطرق و الوسائل الالكترونية المبتكرة، وحيث ان (المطلق يجري على اطلاقه ما لم يقم دليل التقييد نصا او دلالة)، فيمكن القول : بجواز التعبير عن الارادة بالطرق الالكترونية الحديثة، وجواز التعاقد عبر الانترنت في ظل النصوص القانونية النافذة

السند الثالث: من خلال الاستقراء الدقيق للنصوص التشريع العراقي اعلاه، وصلنا إلى قناعة مفادها أن مشرعنا اجاز التعاقد عبر الانترنت وغيره من وسائل الاتصال الحديثة، وكذلك جواز التعبير عن الارادة بالوسائل الالكترونية.

الخاتمة

بعونٍ من الله وتوفيقٍ منه أنهينا دراسة موضوع التنظيم القانوني للعقد الإداري الإلكتروني في التشريع العراقي، وفي هذه المرحلة لابد من جنيّ ثمار ذلك، وهي عبارة عن حقائق علمية قد بدتّ لنا من دراسة هذا الموضوع، سنصيغها على شكل نتائج توصلنا إليها، وتوصيات تبدو لنا أنها جديرة بالبيان في سبيل ووضع الأسس القانونية الكفيلة لتنظيم العقد الإلكتروني، وتفعيل دور الإدارة في ذلك

أولاً: النتائج

١. ان ظهور العقد الالكتروني فرضه انتشار التعامل عبر شبكة المعلومات الدولية لتسيير اعمال المرافق العامة و الهيئات الحكومية، بعد أن انتشر في مجال التجارة الإلكترونية.

٢. أن العقد الالكتروني يتميز عن بقية العقود الأخرى بطريقة ابرامه، إذ يبرم عن طريق الوسائل الإلكترونية الحديثة سواء عن طريق شبكة المعلومات الدولية أو وسائل الاتصالات الحديثة الأخرى، ويتميز هذا العقد أيضاً بخصوصية من جهة الإثبات.

٣. إن مجلس العقد في العقد الالكتروني حكمي افتراضي إذ يكون كل طرف من طرفين العقد في مكان منفصل عن الأخر ، وهذا هو الواقع الفعلي السائد بين المتعاقدين في العقد الإلكتروني، وذلك بسبب خصوصية الوسائل الإلكترونية المستعملة في ابرام العقد ، ولذلك فهو يعد عقد بين حاضرين من حيث الزمان، وبين غائبين من حيث المكان.

٤. لا يختلف الإيجاب الإلكتروني عن الإيجاب التقليدي إلا من ناحية الوسائل المستعملة للتعبير عنه.

٥. يكون القبول الإلكتروني في العقد المبرم عبر شبكة المعلومات الدولية صراحةً أو ضمنًا، ولهذا يعد السكوت قبولاً في بعض الحالات ولاسيما، إذ وجود تعامل سابق بين المتعاقدين وفق التشريع العراقي والمصري.

ثانيًا: التوصيات

١. ندعوا المشرع العراقي إلى وضع قواعد موحدة للعقود الإدارية سواء كان تقليدي أم الالكترونية ونقترح عليه أن تكون هذه القواعد على ضوء قواعد الانسترول كونها قواعد عالمية نظراً لعالمية الوسائل التي يتم عقدها من خلالها شبكة المعلومات الدولية.

٢. ندعوا المشرع العراقي إلى إضافة مواد قانونية جديدة إلى القانون المدني اسوة بالمشرع الفرنسي تتناسب مع التقنيات الحديثة والوسائل الالكترونية في التعاقد لأنه لو تركت الى القواعد العامة فإن هذه القواعد يجب ان تعدل حتى لا تتعارض مع الطبيعة الخاصة للعقود الإلكترونية .

الهوامش

(١) القرآن الكريم، سورة النمل، آيات(٣٨*٣٩*٤٠).

(2) Moreau Jacques, Droit administratit, 1er ed. p.u.f.paris, 1989,p 276

(3) ch. Debbasch : institutions et dorit administratifs , paris, -p.u.f, 1984, Tome, 2. 202.

(٤) وعـرف القـانون المـدني المصـري العقـد في المـادة (١٢٢) في القـانون ذي العـدد(١٣١) لسـنة ١٩٤٨، بأنـه: (العقـد اتفـاق ما بين شخصين أو أكثر على أنشاء رابطة قانونية أو تعديلها أو أنهائها)

(٥) فمـثلاً أعطى مفهـوم لعقـد المقـاولات العامـة بأنـه: (كـل مـا يـدخل ضـمن التصـنيف الصـدار عـن الاتحـاد المصـري لمقـاولي التشـييد والبنـاء..... وتخطـر بـه الهيئـة العامـة للخـدمات الحكوميـة لنشـره علـى بوابـة التعاقـدات العامـة) ينظـر المـادة (١) مـن قـانون التعاقـدات المصـري الجديـد ذي العـدد(١٨٢) لسـنة ٢٠١٨، المنشـور في الجريـدة الرسـمية المصـرية بالعدد(٣٩) مكرر(د) في ٣/ تشرين الأول/ ٢٠١٨، ودخل حيز التنفيذ في ٣/ تشرين الثاني/ ٢٠١٨.

(٦) إذا جـاء في قـرار لمحكمـة القضـاء الإداري المصـرية: (لـم يعـد هـذا الاختصـاص مقصـوراً علـى عـدد معـين مـن عقـود الإدارة، بـل أنطـوى علـى كافـة العقـود الإداريـة وامتـد إلـى مختلـف المنازعـات بتلـك العقـود فقـد أصـبحت العقـود الإداريـة في مصـر عقـود إداريـة بطبيعتهـا وفقـاً لخصائصـها الذاتيـة لا بتحديـد القـانون ولا وفقـاً لإرادة المشـرع) نقـلاً عـن مازن ليلو راضي، مرجع سابق، ص ١٠٢.

(٧) عبد الرحمن عبد الله : الاحكام الفقهية للتعاملات الالكترونية ، ط١ ، دار الوراق ، بيروت ، ٢٠٠٤، ص١٢٥.

(٨) الأونسـترال لجنـة القـانون التجـاري الـدولي التابعـة لمنظمـة الأمـم المتحـدة تـم إنشـاؤها بموجـب القـرار رقـم ٢٢٠٥ المـؤرخ في ١٧/ ١٢/ ١٩٦٦ تضـم في عضـويتها غالبيـة الـدول الممثلـة للأنظمـة القانونيـة المختلفـة، أنشـئت مـن أجـل تحقيـق الانسـجام بـين القواعـد القانونيـة المنظمـة للتجـارة العالميـة. وقـد حققـت هـذه اللجنـة العديـد مـن الإنجـازات أهمهـا اتفاقيـة فيينـا للبيـوع الدوليـة عـام ١٩٨٠ ، صـدر هـذا القـانون عـن اللجنـة في ١٢/ ٠٦/ ١٩٩٦ ،وتـم إقـراره بنـاء علـى التوصـية رقـم ٥١/ ١٦٢ الصـادرة عـن الجمعيـة العامـة للأمـم المتحـدة في ١٦/ ١٢/ ١٩٩٦ وهـو يتكـون مـن ١٧ مـادة مقسـمة إلـى بـابين الأول يعـالج موضـوع التجـارة الإلكترونيـة في المـواد ٠١ إلـى ١٠ ،في حـين يتكـون البـاب الثـاني مـن فصـل وحيـد يتعلـق بعقـود نقـل البضـائع، وألحـق بهـذا القـانون خطـاب موجـه إلـى الـدول يوصـي بضـرورة اعتمـاده مـن طـرف الـدول عنـد سـن تشـريعاتها أو تنقيحهـا في اسـتعراض القـانون النمـوذجي ودليلـه التشـريعي، ينظـر: وائـل أنـور بنـدق: قـانون التجـارة الإلكترونيـة قواعـد الأونسـترال ودليلهـا التشـريعي مكتبـة الوفـاء القانونيـة، الإسـكندرية، ط١، ٢٠٠٩ ،ص ١٢ وما بعدها

(9) Oliver ITEANU. Internent et droit, aspects jaridiues du commerce electronique, editions Ayrolle, 1996, p.23.
وينظـر أيضـاً : د. أسـامة أبـو الحسـن مجاهـد: الوسـيط في قـانون المعـاملات الإلكترونيـة، دار النهضـة العربيـة، مصـر، ٢٠٠٧، ص١٢٠، د. عصـام عبـد الفتـاح مطـر: التجـارة الإلكترونيـة في التشـريعات العربيـة والأجنبيـة، دار الجامعـة الجديـدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ ، ص١٤٨.

(١٠) د. هـادي مسـلم يـونس: التنظـيم القـانوني للتجـارة الإلكترونيـة، دراسـة مقارنـة، اطروحـة دكتـوراه، مقدمـة إلـى كليـة القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢، ص٨٧.

(١١) نظم هذه العقود التوجه الأوربي ٩٧- ٠٧، والقانون الفرنسي لسنة ٢٠٠١، والخاص بالعقود عن بعد، ومن بين هذه العقود التعاقد عبر الفاكس والمحمول والميناتل، كما أن مجلس الدولة الفرنسي أقر في ٣٠/ ٦/ ١٩٧٨، صدور القرار الإداري بالفاكس، للمزيد من المعلومات ينظر: د. إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق عدد خاص ، الكويت، ص٢٠

(12)GHESTIN (j), traite de droit civil, la formation du. Contrat,3eme ed,1993, p258.

(١٣) د. عدنان ابراهيم سرحان ، ود. نوري حمد خاطر : شرح القانون المدني مصادر الحقوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع، ص ٦١.

(١٤) اسامة احمد بدر : الوسائط المتعددة بين الواقع والقانون ، دار النهضة العربية القاهرة ، بدون سنة طبع ، ص١٧٨.

(١٥) فايز عبد الله الكندري ، التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي ، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقد في دبي في للمدة من ١٠-١٢ أيار، ٢٠٠٣ م ، ص٦٠٤.

(١٦) نزيه محمد المهدي : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١ م ، ص٦٩.

(١٧) عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦ ، ص١٠١.

(١٨) سلطان انور : الموجز في مصادر الالتزام ، ج١ منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٥ ، ص٧٢.

(١٩) عبد الرزاق السنهوري: الوسيط في شرح القانون المدني – نظرية العقد، ط٣، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨١، ص٢٦٢ .

(٢٠) رجب كريم عبد الاله: التفاوض على التعاقد – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٠ م ، ص٨٩.

(٢١) محمد ابراهيم ابو الهيجاء : عقود التجارة الالكترونية ، ط١ ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٥ م ، ص٩٧.

(٢٢) وهي المجلة التي كانت تحكم المعاملات بين الناس في عهد الدولة العثمانية، وفقاً لإحكام الشريعة الإسلامية، وكانت سارية خلال المدة (١٨٦٩ -١٨٧٦) .

(٢٣) احمد خالد المجلوني: التعاقد عن طريق الانترنيت-دراسة مقارنة، الدار العلمية الدولية للنشر والتوزيع، عمان ٢٠٠٢، ص٧٩.

(٢٤) محمد امين الروحي : التعاقد الالكتروني عبر الانترنت ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ ، ص٢٦٣.

(٢٥) ابراهيم الدسوقي ابو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية ، مكتبة جامعة الكويت ، الكويت ، ٢٠٠٣ م ، ص٩٤.

(٢٦) محمد حسين منصور ، مصدر سابق، ص١١٣.

(٢٧) نشر القانون بجريدة الوقائع العراقية ذي العدد(٤٢٨٦) الصادر في ١٩/ ٨/ ٢٠١٣.

(٢٨) إن القاعدة العامة التي تحكم عملية اختيار المتعاقد مع الإدارة سواء في فرنسا أم مصر أم العراق هو اللجوء إلى المناقصات والمزايدات. راجع في هذا الشأن المادة (١) من القانون رقم ٨٩ لسنة ١٩٩٨ الخاصة بإصدار قانون تنظيم المناقصات والمزايدات في مصر. والمادة (١) والمادة (٣) من قانون بيع وإيجار أموال الدولة العراقي رقم ٢١ لسنة ٢٠١٣. واستثناء من

هـذه الطـرق يجـوز التعاقـد بأسـلوب الممارسـة المحـدودة والاتفـاق المباشـر. راجـع نـص المـادة (١) مـن قـانون تنظـيم المناقصـات والمزايـدات رقـم ٨٩ لسـنة ١٩٩٨. وفي إطـار مواكبـة قـانون العقـود الإداريـة في فرنسـا للتطـورات الحديثـة في مجـال المعلوماتيـة والإنترنـت، لـذا نـص قـانون العقـود في فرنسـا ومـن خـلال المـادة (٢٥٦) مـن المرسـوم ٢٠٠١-٢١٠ في ٧مـارس ٢٠٠٦ علـى إجـراءات إبـرام العقـود الإداريـة بوسـائط الكترونيـة، فضـلاً عـن المرسـوم رقـم ٢٠٠١-٨٤٦ في ١٨/ أيلـول/ ٢٠٠١ الخـاص بالمزايدات الإلكترونية.

(٢٩) البند أولاً من المادة(٤) من قانون رقم(١) لسنة٢٠٠٨ قانون تعليمات تنفيذ العقود الحكومية العامة

(٣٠) غيـر أن هنـاك تشـريعات مختلفـة علـى شـكل قـوانين وقـرارات لمجلـس قيـادة الثـورة المنحـل أو تعليمـات أو شـروط عامـة تلزمهـا بإتبـاع أسـلوب المناقصـة أو المزايـدة لإبـرام عـدد مـن العقـود وتنظـيم إجراءاتهـا منهـا : قـوانين تنفيـذ مشـاريع التنميـة الكـبرى رقـم (١٥٧) لسـنة ١٩٧٣م، ثـم القـانون رقـم (٦٠) لسـنة ١٩٨٥م، وقـانون شـركات المقـاولات رقـم(٦٦) لسـنة ١٩٨٧م، وقـرار مجلـس قيـادة الثـورة المنحـل رقـم (٨٦٤) لسـنة ١٩٨٠م، والقـانون رقـم (٣٢) لسـنة ١٩٨٦م، قـانون بيـع وإيجـار أمـوال الدولـة، فقـد حـددت مادتـه (الأولـى) مجـالات انطباقـه، إذ تسـري أحكامـه علـى أمـوال الدولـة والقطـاع العـام المنقولـة وغيـر المنقولـة عنـد بيعهـا أو إيجارهـا، إلاَّ إذا وجـد نـص تشـريعي يقضـي بخـلاف ذلـك، وكـذلك جـاء في تعليمـات تنفيـذ ومتابعـة مشـاريع وأعمـال خطـط التنميـة القوميـة الصـادرة مـن مجلـس التخطـيط بقـراره المـرقم (١٤) والمـؤرخ في ١٩/ ١/ ١٩٧٥م، والتعليمـات الجديـدة التـي حلـت محلهـا ابتـداءً مـن ١/ ٢/ ١٩٨٨م، وقـد نصـت المـادة الثالثـة مـن التعليمـات علـى مـا يـأتي: (١- يجـري تنفيـذ المشـاريع بإحـدى الطرائـق الآتيـة المناقصـة العامـة ....). وكـذلك أشـار قـانون تنفيـذ العقـود الحكوميـة رقـم(١) لسـنة٢٠٠٨م، في البنـد أولاً مـن المادة الرابعة إلى المناقصات.

(٣١) ويتضـمن الإعـلان عـدداً مـن الشـروط منهـا: اسـم المناقصـة ورقمهـا، ومكـان وموعـد بيـع مسـتندات المناقصـة، ومقـدار التأمينـات الأوليـة، وموعـد غلـق المناقصـة وسـعر مسـتندات المناقصـة، غيـر القابلـة للـرد، فضـلاً عـن درجـة تصـنيف المقـاول المطلـوب، هـذا مـا نصـت عليـه الفقـرة (٣) مـن القسـم الرابـع مـن قـانون العقـود الحكوميـة وتعليمـات تنفيـذها رقم(١) لسنة٢٠٠٨م.

(٣٢) إذ قضـت المـادة (٣) مـن البنـد (ثالثًـا) علـى أنـه: أ- يـتم نشـر الإعـلان في ثـلاث صـحف يوميـة وطنيـة واسـعة الانتشـار...ب- يـتم نشـر الإعـلان في شـبكة المعلومـات الدوليـة علـى الموقـع الإلكـتروني لجهـة التعاقـد ولوحـة الإعـلان فيهـا بالنسـبة للمناقصـة العامـة الوطنيـة إضـافة إلـى نشـر الإعـلان في الملحقيـات التجاريـة في السـفارات العراقيـة وموقـع الأمم المتحدة لتنمية الأعمال فيما يتعلق بالمناقصات العامة الدولية.

(٣٣) هذه المبادئ مؤكدة لدى أحكام التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤/ ١٨.

(٣٤) للمزيـد مـن المعلومـات ينظـر تقريـر الحكومـة الإلكترونيـة الصـادر عـن برنـامج الأمـم المتحـدة الإنمـائي، علـى الموقـع http\\www.un.org.

(٣٥) د. ماجد راغب الحلو، المصدر السابق، ص١٠٨.

(٣٦) راجع نص المواد ٢٨-٣٥ من قانون العقود الإدارية في فرنسا.

(٣٧) راجع المادة (١) من المرسوم الفرنسي رقم ٢٠٠١-٨٤٦. والمادة (١٢) من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤-١٨.

(٣٨) راجع نص المادة (٥٤) من التوجيه الأوربي رقم ٢٠٠٤-١٨.

(٣٩) محمود عبد المجيد المغربي : احكام العقد في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، المكتبة الحديثة ، لبنان ، ١٩٨٨، ص٥٤.

(٤٠) د. محمد ابراهيم ابو الهيجاء :عقود التجارة الالكتروني ، مصدر سابق ، ص٥٣.

(٤١) سمير حامد الجمال: التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة دراسة مقارنة، ط١، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦،ص٧٤.

(٤٢) ممدوح محمد جندي: مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنيت في القانون المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠ ، ص١٩-٢٠.

(٤٣) محمد حسين منصور، مصدر سابق، ص٥.

(٤٤) هدى عبد الله : دروس في القانون المدني – العقد –، ط١، منشورات المجلس الحقوقية ،٢٠٠٨ ،ص١٤٨ .

(45) SANTIGO Gavanillas Mugica, les contrats en ligne dans la theorie du contral, edition delta, Beyrouth,liban, 2001,p99.

(٤٦) محمد حسن العطار: البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٥ م، ص٥٤.

(٤٧) منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط١، ج١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦ ص ١٣٧.

(٤٨) عباس الودي : التعاقد عن طريق وسائل الاتصال الفوري وحجيتها في الاثبات المدني (دراسة مقارنة) ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧ ، ص١٤٥.

(٤٩) محمد حسام لطفي : الاطار القانوني للتجارة الالكترونية ، دراسة في قواعد الاثبات ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م ، ص١٩٧.

(٥٠) نص المادة (٧٩):" كما يكون الايجاب او القبول بالمشافهة يكون بالمكاتبة وبالإشارة الشائعة الاستعمال ولو من غير الاخرس وبالمبادلة الفعلية الدالة على التراضي وباتخاذ اي مسلك اخر لا تدع ظروف الحال شكا لأدلته على التراضي".

(٥١) نص المادة (١٥٥):" ١ – العبرة في العقود للمقاصد والمعاني لا للالفاظ والمباني. ٢ – على ان الاصل في الكلام الحقيقة اما اذا تعذرت الحقيقة فيصار الى المجاز".

(٥٢) د. عباس العبودي، شرح احكام قانون التوقيع الالكتروني و المعاملات الالكترونية العراقي ذي العدد (٧٨) لسنة ٢٠١٢، مكتبة السيسبان، بغداد، دون سنة نشر، ص٦٢ وما بعدها.

المصادر

أولاً: الكتب العربية

١. د. ابراهيم الدسوقي ابو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الالكترونية، مكتبة جامعة الكويت، الكويت، ٢٠٠٣.

٢. د. احمـد خالـد المجلـوني: التعاقـد عـن طريـق الانترنيـت-دراسـة مقارنـة، الـدار العلميـة الدوليـة للنشـر والتوزيع، عمان ٢٠٠٢.
٣. د. أسـامة أبـو الحسـن مجاهـد: الوسـيط في قـانون المعـاملات الإلكترونيـة، دار النهضـة العربيـة، مصـر، ٢٠٠٧.
٤. د. اسـامة احمـد بـدر : الوسـائط المتعـددة بـين الواقـع والقـانون ، دار النهضـة العربيـة القـاهرة ، بـدون سنة طبع.
٥. د. سلطان انور : الموجز في مصادر الالتزام ، ج١ منشاة المعارف ، الاسكندرية ، ١٩٩٥.
٦. د. سـمير حامـد الجمـال: التعاقـد عـبر تقنيـات الاتصـال الحديثـة دراسـة مقارنـة، ط١، دار النهضـة العربية، القاهرة، ٢٠٠٦.
٧. د. عبـاس العبـودي، شـرح احكـام قـانون التوقيـع الالكـتروني و المعـاملات الالكترونيـة العراقـي ذي العدد (٧٨) لسنة ٢٠١٢، مكتبة السيسبان، بغداد، دون سنة نشر.
٨. د. عبـاس الـودي: التعاقـد عـن طريـق وسـائل الاتصـال الفـوري وحجيتهـا في الاثبـات المـدني (دراسـة مقارنة) ، ط١ ، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان ، ١٩٩٧.
٩. د. عبـد الـرحمن عبـد الله : الاحكـام الفقهيـة للتعـاملات الالكترونيـة ، ط١ ، دار الـوراق ، بيـروت ، ٢٠٠٤،١٢٥.
١٠. د. عبـد الـرزاق السـنهوري: الوسـيط في شـرح القـانون المـدني – نظريـة العقـد، ط٣، دار النهضـة العربية، القاهرة، ١٩٨١.
١١. د. عبد المنعم فرج الصده: مصادر الالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٨٦.
١٢. د. عـدنان ابـراهيم سـرحان ، ود. نـوري حمـد خـاطر : شـرح القـانون المـدني مصـادر الحقـوق الشخصية (الالتزامات) دراسة مقارنة ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، بدون سنة طبع.
١٣. د. عصـام عبـد الفتـاح مطـر: التجـارة الإلكترونيـة في التشـريعات العربيـة والأجنبيـة، دار الجامعـة الجديدة، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .
١٤. د. محمـد ابـراهيم ابـو الهيجـاء : عقـود التجـارة الالكترونيـة ، ط١ ، دار الثقافـة للنشـر والتوزيـع ، عمـان ، ٢٠٠٥.
١٥. د. محمـد امـين الروحـي : التعاقـد الالكـتروني عـبر الانترنـت، ط١، دار المطبوعـات الجامعيـة ، الاسكندرية ، ٢٠٠٤ .

١٦. د. محمد حسام لطفي : الاطار القانوني للتجارة الالكترونية ، دراسة في قواعد الاثبات ، ط١ ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٩ م .
١٧. د. محمد حسن العطار: البيع عبر شبكة الانترنت (دراسة مقارنة)، ط١، دار الجامعة الجديدة، الاسكندرية ، ٢٠٠٥.
١٨. د. محمود عبد المجيد المغربي : احكام العقد في الشريعة الإسلامية ، دراسة مقارنة ، المكتبة الحديثة ، لبنان ، ١٩٨٨.
١٩. د. ممدوح محمد جندي: مشكلات البيع الالكتروني عن طريق الانترنيت في القانون المدني، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠٠.
٢٠. د. منذر الفضل: النظرية العامة للالتزامات (مصادر الالتزام)، ط١، ج١، مكتبة دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ١٩٩٦.
٢١. د. نزيه محمد المهدي : مصادر الالتزام ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، ٢٠٠١.
٢٢. د. هدى عبد الله : دروس في القانون المدني – العقد –، ط١، منشورات المجلس الحقوقية ،٢٠٠٨.
٢٣. د. وائل أنور بندق: قانون التجارة الإلكترونية قواعد الأونسترال ودليلها التشريعي، ط١، مكتبة الوفاء القانونية، الإسكندرية، ٢٠٠٩ .

ثانياً: الرسائل والاطاريح

١. د. رجب كريم عبد الاله: التفاوض على التعاقد – دراسة مقارنة – رسالة دكتوراه مقدمة الى كلية الحقوق ، جامعة عين شمس ، ٢٠٠٠.
٢. د. هادي مسلم يونس: التنظيم القانوني للتجارة الإلكترونية، دراسة مقارنة، اطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية القانون ، جامعة الموصل ، ٢٠٠٢.

ثالثاً: البحوث والمؤتمرات

١. د إبراهيم الدسوقي أبو الليل: الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلة الحقوق عدد خاص ، الكويت
٢. د. فايز عبد الله الكندري ، التعاقد عبر شبكة الانترنت في القانون الكويتي ، بحث مقدم الى مؤتمر الاعمال المصرفية الالكترونية بين الشريعة والقانون والذي عقد في دبي في للمدة من ١٠-١٢ أيار، ٢٠٠٣ م .

رابعـاً" المصادر الأجنبية

1. CH. Debbasch : institutions et dorit administratifs , paris, -p.u.f, 1984.
2. GHESTIN (j), traite de droit civil, la formation du. Contrat,3eme ed,1993.
3. Moreau Jacques, Droit administratit, 1er ed. p.u.f.paris, 1989.
4. Oliver ITEANU. Internent et droit, aspects jaridiues du commerce electronique, editions Ayrolle, 1996.
5. SANTIGO Gavanillas Mugica, les contrats en ligne dans la theorie du contral, edition delta, Beyrouth,liban, 2001.