عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال

الدكتور

سلام منعم مشعل

كلية الحقوق/جامعة بغداد

خلاصة

لم تجز القوانين القديمة ورود العقود الا على الأشياء المادية، بمعنى آخر ان الأشياء المعنوية والخدمات لم يكن بمقدور الأشخاص ان يتعاقدوا على ان تكون محلا في عقد ما، ولكن بتطور المجتمعات أمسى باستطاعة الأشخاص إبرام عقود تكون الخدمة هي الدافع الرئيس للتعاقد، ومن هنا فإن عنوان بحثنا الموسوم ب (عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال) يدور حول هذا الأمر، فالخدمات التي ترد عليها هذه العقود لم تظهر الا في عهد ليس بالبعيد، الى جانب ذلك ان الشركات التي تقدم هذه الخدمات – وهي متخصصة في هذا المجال – لا تخضع لأي تقييد قانوني، إذ يلاحظ غياب التنظيم القانوني الخاص لعمل هذه الشركات حيث تبقى العقود التي يبرمها العملاء معها محكومة بالقواعد العامة ولا سيما في ظل النظام القانوني العراقي الذي يفتقر الى قانون خاص في هذا السياق ينظم عملها وينظم عملها ويحدد حقوقها وواجباتها.

Abstract

The address of our study is "the contract of providing of telecom services", as we know persons can only contracted on material things or objective things, while the services they can not to be contracted on, thus with the development of societies, persons became possess the ability to contract on, not only objective things but also the services may be the contact. The goal of our research relates with the telecommunication services, especially mobile telecom. In Iraq this service can be described as a modern service in the Iraqi legal system which is poor to private rules regulates these kind of services and contract such kind, therefore we deal with

this problem by classifying the research in to two chapters, first chanter deals with the definition of this type of contract and its characteristics, while the second chapter relates with the legal nature of the contract and its effects.-

مقدمـة

العقد باعتباره مصدراً من مصادر الالتزام مر بمراحل تطورات مختلفة الى ان استقر بشكل واضح في ظل القوانين الحديثة، إذ أنه (أي العقد) لم يكن يرد في القوانين القديمة الا على الأشياء المادية أما الحقوق المعنوية أو الأموال المعنوية فلم يعترف بصحة العقود اتي ترد عليها، بل أكثر من ذلك ان العقود التي ترد على المنافع لم يعترف بصحتها أيضاً كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار والمقاولة وعقد العمل، حيث تم الإقرار بجوازها بعد سلسلة طويلة من التطور في المفاهيم القانونية.

بيد ان الحال لم تستمر على هذا المنوال إذ شهدت الحياة القانونية العديد من التغيرات على صعيد الكثير من الأفكار القانونية وأصبح ما لم يكن جائزاً فيما مضى مسموحاً به وغير ممنوع ما دام أنه يدخل في الحدود التي رسمها القانون، وأضحت الحاجة الى تنظيم تشريعي للأفكار الجديدة أمراً ملحاً فظهرت القوانين الخاصة التي تعالج حالات بعينها، من جهة أخرى اصبحت العقود بما تمثله من مصدر رئيس في إنشاء الحقوق والالتزامات ترد على أموال ليست فقط مادية وانما أيضاً معنوية كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار وعقد الترخيص وعقود المعرفة التقنية وعقود الاستشارت والعقود التي على شاكلتها.

وبالمعنى الاقتصادي فان ما يدخل في عملية الاستهلاك ليس السلع بمختلف أنواعها بل كذلك الخدمات التي يقدمها الأشخاص المتخصصون في مجال عملهم، فإذا ما انتقلنا من نطاق علم الاقتصاد الى علم القانون لوجدنا ان هذه الخدمات يصح التعاقد عليها باعتبار أنها يمكن ان تكون محلا في عقد ما، وهذا الأمر قاد الى وجود عقود الخدمات التي تكون الخدمة التي يقدمها شخص معين هي الدافع الرئيس الى التعاقد.

وعقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يعد من العقود الحديثة وهو أيضاً من العقود التي لم تحظ باهتمام من قبل الباحثين ولاسيما المتخصصين في المجال القانوني،لذلك ارتأينا بحث

هذا الموضوع وخصوصاً في ظل التنظيم القانوني العراقي الذي يفتقد الى نصوص تشريعية خاصة في هذا المجال وانما بقي حال هذا العقد يبحث وينظم وفقاً للقواعد العامة التقليدية التي قد تكون غير كافية من أجل إعطاء وصف وفكرة واضحة عنه، وكان ديدننا هو تحقيق الغرض المتقدم وذلك في إطار خطة علمية وزعت على فصلين خصصنا الفصل الأول إلى تعريف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال والذي قسمناه الى مبحثين تناولنا في المبحث الأول التعريف بهذا العقد أما المبحث الثاني فعرضنا فيه خصائص العقد، في حين كانت احكام العقد عنواناً للفصل الثاني والذي وزع على مبحثين أيضاً، المبحث الأول تناول أطراف العقد أما المبحث الثاني فكان مخصصاً للطبيعة القانونية للعقد.

وبعد فإن وفقنا في ما عرضناه من الأفكار السابقة فتلك عناية الله بعباده وان كانت الأخرى فخير ما نستجير به ﴿**ربنا لا تؤاخذنا ان نسينا أو أخطأنا**﴾.

الفصل الأول

تعريف عقد تجهيز خدمات النقال

العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد المتعاقدين بالقبول الصادر من المتعاقد الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه[١]، وهذا يعني ان اعقد ما هو الا توافق ارادتين وهاتان الارادتان هما اللتان تحددان ما ينطوي عليه هذا العقد مضمون ومن آثار حسبما يقضي به مبدأ سلطان الإدارة.

وعقد تجهيز خدمة الهاتف النقال هو عقد شأنه في ذلك شأن أي عقد آخر، بيد ان السؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا المجال هو ما مفهوم هذا العقد وعلى ماذا ينطوي ؟

للإجابة عن هذا التساؤل يلاحظ ان من العقود ما ينطوي على نقل الملكية من طرف الى طرف آخر[٢]. ومنها ما تؤدي الى تمكين احد المتعاقدين من الحصول على منفعة

---

[١] انظر: المادة/ ٧٣ من القانون المدني العراقي.

[٢] أنظر:المادة/٥٠٨ وامادة/ ٦٠١ من القانون المدني العراقي.

المعقود عليه دون انتقال الملكية[٣]، ومن العقود أيضاً ما ينطوي على قيام أحد متعاقديها بتأدية أعمال معينة لمصلحة متعاقد آخر[٤]، كما ان هناك عقوداً تلزم احد أطرافها بتقديم خدمات لمصلحة الطرف الآخر في العقد[٥].

واستناداً لما تقدم ولأجل بيان مفهوم عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال فإننا سنقسم هذا الفصل الى مبحثين نتناول في الأول التعريف بالعقد أما خصائص العقد فستكون عنواناً للمبحث الثاني.

المبحث الأول

التعريف بالعقد

بادئ ذي بدء لابد من الإشارة الى أن العقد ينطوي على التزام من قبل الطرف الأول فيه (وهو شركة الاتصالات) تجاه الطرف الثاني (وهو العميل أو المشترك أو المستهلك) يتمثل بتجهيزه (أي تجهيز العميل) بخدمة اشتراك بنظام البطاقة المدفوعة مقدما[٦]، الا التساؤل الذي يمكن ان يطرح وبحق في هذا المقام هو ما طبيعة العقد الذي يلتزم به كل من طرفيه ؟

قد يبدو للوهلة الأولى ان الإجابة عن التساؤل المتقدم إجابة يسيرة لا تحتاج الى تعمق، غير ان الواقع ليس كذلك، فهذا العقد يثير إشكالاً معيناً يتعلق بمفهومه ومعناه، فهل الخدمة التي تلتزم شركة الاتصالات بتقديمها للعميل مستندة الى عقد بيع أم عقد إيجار، بمعنى آخر هل الملكية فيما يتعلق بهذا العقد ستنتقل- أي ملكية الخدمة- من الشركة الى العميل أم ان حق العميل هو حق محدد بمدة معينة، هذا هو موضوع الخلاف بصدد مفهوم

---

[٣] كمل هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار. انظر: المادة /٧٢٢ من القانون المدني العراقي؛ لمزيد من التفصيل أنظر: د.سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج- ١- البيع والإيجار، ط ٣، بغداد، ١٩٧٤، ص ٦.

[٤] انظر: المادة/ ٢٩ من قانون العمل العراقي النافذ.

[٥] وهو جوهر موضوع البحث الذي سنبينه لاحقاً.

[٦] انظر: نموذج العقد المبرم بين شركة الاتصالات والعميل الملحق بهذا البحث.

العقد، لذلك فإننا سنقسم هذا المبحث الى مطلبين نخصص الأول لفكرة البيع أما الثاني فسيكون لفكرة الإيجار.

المطلب الأول

فكرة البيع

ان من الفقه من يشير إلى القول بأن عقد التجهيز في حقيقته ما هو الا عقد توريد، وعقد التوريد وفقاً لهذا التصور هو عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص آخر ببعض الخدمات أو الأموال المنقولة عله دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن أو اجرة متفق عليها[٧].

وإذا كان مفهوم عقد التجهيز ينصرف الى عقد توريد الخدمة فإن هذا الأمر يقتضي بالضرورة تعريف الخدمة، فعلى مستوى التشريع نجد ان قانون حماية المستهلك العماني رقم/ ٨١ لسنة ٢٠٠٢ ينص في المادة الأولى منه على (الخدمة كل عمل تقوم به جهة متخصصة مقابل اجر متفق عليه أو محدد أو بموجب تسعيرة معلنة)[٨].

أما في العراق فيلاحظ ان قانون تنظيم التجارة رقم/٢٠ لسنة ١٩٧٠ قد عرف الخدمات وذلك في الفقرة/ ٨ من المادة الأولى منه والتي تنص على ان (الخدمات – كل شيء غير مادي ذي منافع اقتصادية لسد حاجات الجمهور أو دعم الاقتصاد القومي كالنقل والمواصلات والتخزين أو ما يقدم للأفراد بمقابل أو بدونه كالخدمات التعليمية والصحية)[٩]، ومن جهة أخرى نجد ان هناك إشارة الى الخدمات باعتبارها عملاً تجارياً، حيث تنص

---

[٧] انظر: د.باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، بغداد ١٩٨٧، ص ٦٣-٦٤؛ د.سميخة القليوبي، الوسط في شرح القانون التجاري المصري، ج-١ج، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٣٢.

[٨] أما السلعة فقد عرفتها ذات المادة أعلاه بأنها (السلعة: كل منتج صناعي أو حيواني أو تحويلي بما في ذلك العناصر الأولية والمواد والمكونات والمنتجات نصف المصنعة).

[٩] اما السلع فقد عرفتها المادة اعلاه أيضاً وذلك في الفقرة/ ٧ والتي تنص على (السلع- كل شيء مادي لا يخرج عن التعامل بطبيعته أو بحكم القانون كالبضائع والمواد الخام والمنتجات الصناعية والزراعية والطبيعية والحيوانية والغذائية وسائر السلع والمنتجات الأخرى سواءكانت محلية أو مستوردة استيرادا دائمياً ومؤقتاً أو عن طيق المرور عبر العراق. الترانسيت).

المادة/ ٥ من قانون التجارة العراقي رقم/ ٣٠ لسنة ١٩٨٤ على أنه (تعتبر الأعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح. ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس). ثانياً: (توريد لبضائع والخدمات).

أما على مستوى الفقه فأنه يشير إلى ان عقد التوريد عبارة عن عمليات بيع متعاقبة، الا أنه يأخذ شكلاً خاصاً له أحكامه وأسسه التي تميزه عن عقد البيع بصورته التقليدية[١٠].

من جانب آخر يلاحظ ان المقصود بتوريد الخدمات هو التوريد الصناعي كتوزيع المياة والكهرباء والغاز وخدمات التلفون[١١]، أو هو العقد الذي يلتزم به المورد تجاه الطرف المتعاقد معه بتقديم خدمات معينة كما لو التزم شخص لجامعة أو لمؤسسة حكومية أو غير حكومية بتنظيف بناياتها خلال مدة معينة[١٢].

وانسجاماً مع القول بأن عقد التجهيز هو عقد توريد خدمة والذي يعد بدوره عبارة عن عقد بيع، فإن هذا الأمر يستتبع القول بأن العقد المبرم بين شركة الاتصالات والعميل ينطوي على نقل الملكية من جانب البائع (شركة الاتصالات) لمصلحة العميل (المشتري)، فالبائع يلزم بتسليم البطاقة (أو الشريحة) المدفوعة مقدماً الى المشتري نظير التزام هذا

---

[١٠] انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤.

لقد اختلف الفقه في الطبيعة التجارية لعقد التوريد، إذ ذهب رأي الى القول ان التوريد لا يمكن اعتباره عملاً تجارياً إلا كان المتعهد (المورد) قد قام بعملية شراء للمواد التي تعهد بتوريدها، أي ان الشراء شرط أساسي لتجارية التوريد بانتقائه يعد عملاً مدنياً على أساس ان التوريد لا يعد سوى شراء بقصد البيع، بينما يرى اتجاه آخر في الفقه أنه لا يشترط في عقد التوريد لكي يكون تجارياً ان ينصب عل بتقديم سلع أو خدمات سبق ان اشتراها المورد، وانما يعتبر هذا العقد تجارياً طالما كان يتصف بالدورية في تقديم تلك السلع والخدمات،هذا ويبدو ان الراجح لدى الفقه هو أنه لا ضرورة لاشتراط الشراء لتجارية عقد التوريد استناداً لإطلاق نص المادة/ ٥ من قانون التجارة العراقي.

لمزيد من اتفصيل انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤؛ د.عادل علي البغدادي القانون التجاري، ج-١ -عمان ٢٠٠٣، ص ٥٥؛ د.عبد القادر حسين العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، عمان ١٩٩٩، ص ٦٠.

[١١] انظر: د.عادل علي المقدادي، مصدر سابق، ص ٥٤.

[١٢] انظر: د.عبد القادر حسين العطير، مصدر سابق، ص ٦٠.

الأخير بدفع ثمنها مع بقية الالتزامات التي يرتبها عقد البيع[١٣]، فالمبيع (الشريحة) تنتقل ملكيته من البائع الى المشتري بمجرد انعقاد العقد وبحكم القانون ما دام هذا المبيع (الشريحة) مملوكاً للبائع (شركة الاتصالات)[١٤].

وإذا كان التصور المتقدم يعد عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال عقد بيع، الا أنه من ناحية أخرى لا يمكن التسليم به، فعقد التجهيز هذا لا يمكن عدة كذلك، والدليل هو ان عقد البيع يمثل أهم العقود الناقلة للملكية في حين ان العقد موضوع البحث ليس كذلك، إذ يشير احد بنود خدمة نظام البطاقة المدفوعة مقدماً إلى أنه (في حالة وقف الخدمة نهائياً يلتزم المشترك بتسليم بطاقة التشغيل (الشريحة) الى شركة الاتصالات)[١٥]، ويشير بند آخر الى أنه (تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة للشركة).

ومما تقد يتضح ان مضمون هذه البنود يتعارض وفكرة البيع، فهذه الأخيرة بمقتضاها يتمكن المشتري من القيام بالتصرف بالمبيع الذي أمسى جزاً من ذمته المالية ان يتصرف به بمختلف التصرفات القانونية[١٦]، في حين ان عقد الاشتراك بنظام البطاقة المدفوعة مقدماً لا يوفر مثل هذا الضمان لمصلحة المشترك (العميل أو المستهلك) في هذه الخدمة استناداً الى البنود السابقة[١٧].

المطلب الثاني
فكرة الإيجار

---

[١٣] انظر: المادة/٥٣٢ م نالقانون المدني العراقي؛ وانظر كذلك: دسعدون العامري، مصدر سابق، ص ٩٣ وما بعدها؛ المحامي محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترنت، عمان ٢٠٠٢، ص ١٧ وما بعدها.

[١٤] أنظر: المادة/ ٢٤٧ والمادة/ ٥٣١ من القانون المدني العراقي.

[١٥] أنظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

[١٦] أنظر: المادة/ ١٠٤٨ من القانون المدني العراقي.

[١٧] وفوق ما تقدم ينص بند آخر على لنه (هذه الخدمة تقدم الى المشترك شخصياً ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة).

أمام الاعتراضات المتعلقة بعقد البيع يبقى السؤال قائماً عن طبيعة العقد المبرم بين شركة الاتصالات والمشترك، وهنا يلاحظ ان القانون المدني العراقي ينص في المادة/ ٧٢٢ على ان عقد الإيجار هو (تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر ان يمكن المستأجر من الانتفاع بالشيء المؤجر في مقابل التزام المستأجر بدفع الأجرة للمؤجر دون ان يؤدي ذلك إلى انتقال ملكية الشيء محل عقد الإيجار الى المستأجر، فالملكية تبقى خالصة للمالك المؤجر، إذ جل ما في الأمر هو ان المستأجر يحق له الانتفاع بالمأجور ما دام العقد قائما وهو (أي المستأجر) يلزم بإعادة الشيء محل العقد الى المؤجر عند انقضاء العقد[١٨].

تأسيساً على ما تقدم يبدو ان عقد الاشتراك بنظام البطاقة المدفوعة أو عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال أكثر انسجاماً وتوافقاً مع معنى عقد الايجار ومفهومه منه الى عقد البيع، ذلك ان الطرف الأول في العقد وهو شركة الاتصالات تتعهد بتوفير الخدمة (أي تقديم شريحة الاتصال) الى الطرف الثاني (المشترك) دون ان يؤدي ذلك الى انتقال ملكية الخدمة بشكل نهائي الى المشترك، ويتضح ذلك من خلال القول بأن المشترك سيحصل على منفعة الشريحة أو خدمة الاتصال التي توفرها الشركة خلال مدة معينة تعود بعدها ملكية الشريحة الى شركة الاتصال والتي تعد مثابة المؤجر وهو ما ينسجم مع بنود العقد الذي يبرم بين الطرفين، وهنا نجد أحد بنود مثل هذه العقود ينص على (تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة للشركة)، وينص بند آخر على أنه (ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انهاء أو انتهاء اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات)[١٩].

ومفهوم البنود السابقة ان ليس للعميل حق ملكية على بطاقة التشغيل واما حقه يمكن ان يشبه بحق المستأجر في الانتفاع بالمأجور، فضلاً عن ذلك يعد القول بأن حق المشترك هو حق ملكية مستمد من عقد البيع يتنافى ونص المادة/٢٩٢ من القانون المدني العراقي والتي تقضي (لا يصح في العقد اقتران الملكية بأجل)، فحق الملكية حق مؤبد، فلذلك لو كان للعميل حق ملكية بموجب عقد البيع لما انقضى حقه بعد انتهاء رخصة شركة الاتصالات، لذلك العقد هو عقد إيجار.

---

[١٨] المزيد من التفصيل، أنظر: د.سعدون العامري، مصدر سابق، ص ٢٨١.

[١٩] انظر: نموذج العقد الملحد بهذا البحث.

من ناحية أخرى يلاحظ ان المشرع[٢٠] لم يشترط على حد قول الفقه – ان يسبق عملية التوريد عملية (شراء سواء كان ذلك بالنسبة للسلع أو الخدمات)[٢١]، وهذا يعني ان السلع أو الخدمات التي سيقوم المورد بتجهيزها قد لا تكون مملوكة له وانما مملوكة للغير بموجب سبب قانوني يجيز للمورد التصرف بها، فإذا تم التعاقد مع المورد على تجهيز هذه السلع أو الخدمات لمصلحة الطرف الآخر، فإن هذا الأخير ملزم بإعادة المال محل عقد التوريد الى المورد بعد انقضاء المدة المحددة له، وهذا القول يدعم مسألة كون العقد المبرم بين شركة الاتصال والمشترك ليس عقد بيع وانما يمكن القول بأنه عقد ايجار[٢٢]، لذلك فإن الحق الذي يخوله العقد المبرم مع شركة الاتصال لمصلحة العميل ما هو الا حق مستمد من عقد الإيجار وهو حق مؤقت بمدة محددة.

المبحث الثاني

خصائص العقد

يعد عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال عقداً رضائياً وملزماً لجنبين كما أنه من عقود المعاوضة المحددة بفترة زمنية معينة، وعليه فإننا سنتناول هذه الخصائص المتعلقة بهذا النوع من العقود في هذا المبحث الذي سنقسمه الى ثلاثة مطالب وعلى النحو الآتي:

المطلب الأول

عقد رضائي

الأصل الذي تقرره القاعدة العامة هو ان جميع العقود تتعقد بمجرد توافق إرادتي طرفي العقد إلا ما استثني من ذلك بنص خاص[٢٣]، وعقد تجهيز خدمات الهاتف النقال لا

---

[٢٠] انظر: المادة/٥ من قانون اتجارة العراقي رقم/ ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٢١] انظر: د.باسم محمد صالح، مصدر سابق، ص ٦٤؛ د.عبد القادر حسين العطير، مصدر سابق، ص ٦٠؛ د.عادل علي المقدادي، مصدر سابق، ص ٥٥.

[٢٢] انظر: د.سميحة القليولي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، ج-٢- الالتزاما والعقود التجارية وعمليات البنوك، ط٤، القاهرة ٢٠٠٥، ص ١٧٤.

[٢٣] انظر: على سبيل المثال المادة/ ٥٠٨ من القانون المدني العراقي والتي تنص على (بيع العقار لا ينعقد الا إذا سجل في الدائرة المختصة واستوفى الشكل الذي نص عليه القانون).

يخرج عن هذه القاعدة فهو عقد رضائي ينعقد باتحاد إرادة العميل مع إرادة شركة الهاتف النقال دون حاجة الى أي إجراء آخر.

أما فيما يتعلق بالطرف الآخر في العقد وهو شركة الهاتف النقال، فهذه الشركة يشترط فيها توفر الشروط التي نص عليها قانون الشركات العراقي رقم/٢١ لسنة ١٩٩٧ لكي يحق لها مباشرة الأعمال رإبرام العقود، بمعنى ان تخضع للإجراءات التي نص عليها القانون من حيث التسجيل والإشهار[٢٤].

وبخصوص الصيغة الكتابية أو العقد المنظم بصورة مكتوبة بين العميل وشركة الاتصال والمعد مقدماً، فان هذا الأمر لا يخل بمبدأ رضائية عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال، كون هذه المسألة تتعلق بالإثبات، فتنظيم هذا العقد جاء لغرض تيسير الإثبات إذا ما ثار نزاع بين الطرفين، حيث يحتكم إلى نصوص العقد المكتوبة التي تسهل على المحكمة فض وحل النزاع عند قيامه.

المطلب الثاني

عقد معاوضة

يتصف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال بأنه عقد ملزم لجانبين الى جانب كونه عقد معاوضة، فهو عقد ملزم لجانبين لأنه ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من شركه الهاتف والعميل (أو المشترك)، فالشركة ملزمة بتجهيز وتوفير الخدمة للعميل، ويعد هذا اللالتزام من أهم التزامات الشركة وهو ما يتضح من بنود العقد الذي تبرمه مع عملائها، وفي هذا المقام ينص أحد هذه البنود على (تقدم الشركة خدمة الهاتف المحمول الآلي الممنوحة لها بموجب اتفاقية الترخيص ...)[٢٥].

---

[٢٤] انظر: في إجراءات تأسيس الشركات في العراق المادة/ ١٧ وما بعدها من قانون الشركات اعلاه.

[٢٥] ونص بند أخر عل ى(تبذل الشركة أقصى جهدها لتضمن أفضل مستوى خدمة اتصال في كل الأوقات).

المزيد من التفصيل، انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

أما من جانب المشترك فهذا الأخير ملزم تجاه الشركة بالتزامات عدة لعل أهمها التزامه بدفع المقابل نظير حصوله على الخدمة، حيث ينص أيضاً أحد بنود العقد على (يلتزم المشترك بقيمة الاسعار التي تحددها وبالقيمة والفئات التي يعلن عنها)[٢٦].

هذا وتنوع المقابل الذي يلتزم المشترك بدفعه حسب النظام القانوني لكل دولة وحسب طبيعة الترخيص ونوعه[٢٧]، من ناحية أخرى نجد ان احد بنود العقد يضع التزاما على عاتق المشترك مقتضاه (يحق للشركة في حالة تأكدها ان العميل قد استخدم الخدمة لأغراض غير مشروعة في إيقافها فوراً)، فعلى العميل التقيد بالحدود القانونية في استعماله وانتفاعه من الخدمة وان لا يتعسف في هذا الانتفاع فضلاً عن عدم الإضار بالغير جراء حصوله على الخدمة التي توفرها الشركة.

وتأسيساً على ما تقدم وانطلاقاً من كون العقد المبرم بين شركة الهاتف النقال والعميل عقداً ملزما لجانبين فانه يمكن القول أيضاً بأنه عقد معاوضة، ذلك ان كلاً من المتعاقدين بأخذ مقابلاً لما يعطي، فهو ليس عقد تبرع وانما الشركة ملزمة بتقديم الخدمة في مقابل حصولها على أجرة ما تقدمه من خدمة، والمشترك ملزم بدفع أجرة الخدمة التي توفرها هذه الشركة، وهذا هو شان العقود التي ترتب التزامات متقابلة جميعاً وشأن عقود المعاوضات أيضاً.

المطلب الثالث

عقد من عقود المدة

العقد فوري التنفيذ هو ذل كالعقد الذي لا يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وهو الذي يرد على أداء يمكن تنفيذه في الحال، مثال ذلك عقد البيع الذي يلتزم فيه البائع ينقل ملكية الشيء المبيع الى المشتري، أما العقد المستمر أو العقد الزمني أو عقد المدة فهو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه كما هي الحال بالنسبة لعقد الإيجار وعقد التوريد، فالانتفاع

---

[٢٦] انظر: نموذج تاهفد تاكاجف بهذا المحث.

[٢٧] شركة اوراسكوم تليكوم التي تعمل في العراق تعرض صيغ عدة للمقابل.

أنظر: نموذج العقد الملحق بها البحث.

بالشيء محل عقد الإيجار لا يتصور الا ممتداً في الزمان وكذلك فان الأجرة تحسب على أساس المدة[٢٨].

هذا ويتفرع عن الأساس المتقدم ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يعد من عقود المدة أيضاً، إذ يلعب الزمن دوراً جوهرياً في هذا العقد، فالمشترك الذي يرغب بالحصول على خدمة الهاتف النقال يحصل عليها بصورة دورية ومستمرة، حيث ان التزام الشكة تجاهه لا ينتهي عند اول تنفيذ للعقد وانما يظل التزام الشركة ما دام العقد قائماً، بمعنى آخر ان المنفعة اتي سيحصل عليها العميل المتعاقد مع شركة الهاتف النقال هي منفعة مرتبطة بمدة زمنية يحصل عليها العميل بصورة مستمرة وعلى دفعات متى ما كان هذا الأخير متقيداً ببنود العقد المبرم بينه وبين الشركة.

ويظهر دور المدة في هذا العقد بشكل جلي من خلال استقراء نصوص بنود العقد التي تضعها شركة الاتصالات، إذ ينص احد هذه البنود على أنه (يحق للشركة وقف الخدمة فوراً في حالة عدم قيام المشترك بإعادة شحن وزيادة الرصيد المدة المحددة ومدة السماح التي تحددها الشركة لكل فئة من الكوت)[٢٩].

والذي يتضح من النص المتقدم الدور الجوهري للمدة في هذا النوع من العقود، حيث ان حق المشترك محدد بالمدة التي عينتها الشركة للانتفاع والحصول على خدمة الهاتف النقال، ذلك ان هناك مدة معينة (كان تكون شهر أو شهرين أو أي مدة يتم الاتفاق عليها بين الطرفين) يسمح للعميل بموجبها التمتع بهذه الخدمة، على ان العقد المبرم بين الطرفين لا ينتهي ما دام المشترك سيقوم بإعادة شحن رصيده ضمن المدة المحددة وهو ما يجعل هذا العقد من عقود المادة التي يلعب الزمن دوراً أساسياً فيه.

هذا من ناحية ومن ناحية ثانية يلاحظ ان القانون المدني العراقي ينص في المادة/٧٧٩ في الفقرة الأولى على أنه (ينتهي الايجار بانتهاء المدة المحددة في العقد ...)، فعقد الايجار هو عقد مؤقت فلابد ان ينتهي وفقاً للقواعد العامة إذا انقضت مدته[٣٠]، فعقد

---

[٢٨] لمزيد من التفصيل، أنظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز فينظرية الالتزام في القانون المدني العراقي –ج–١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي ١٩٨٠، ص ٢٨.

[٢٩] انظر: نموذج العقد الملحق بها البحث.

[٣٠] انظر: سعدون العامي، مصدر سابق، ص ٢٠٤.

الايجار هو عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال من عقود المدة فكرة منح الرخصة لعمل مثل هذه الشركات، إذ يلاحظ ان التزام الشركة بتقديم خدماتها لمصلحة العملاء مرتبط بمدة الترخيص التي تمنح لها، حيث لا يكتفي من اجل بقاء العقد قائماً بين الطرفين (المشترك وشركة الاتصالات) التزام العميل بأداء الالتزامات المترتبة بذمته في مقابل تأدية الشكة للالتزامات المترتبة بذمتها، بل يشترط فوق ذلك بقاء الترخيص الممنوح من قبل الجهة المختصة[٣١]، إذ ان عمل شركة الهاتف النقال مرتبط بالمدة المحددة لها بموجب الترخيص الذي تحصل عليه، وهذا يعني ان حق المشترك بخدمة الهاتف النقال مرتبط ليس فقط بالعقد المبرم بينه وبين الشركة وانما أيضاً مرتبط بالعقد المبرم بين شركة الهاتف النقال والجهة المختصة، فمتى ما انتهى العقد الأصلي (الشركة والجهة المختصة) انقضى بالتبعية العقد المبرم بين المشترك والشركة، بمعنى ان العقد الثاني (المشترك والشركة) عقد يستند الى العقد الأصلي المبرم بين المشترك والجهة المختصة، فإذا زال الأصل زال العقد التابع وهذا ما يستشف من بنود عقد الاشتراك بخدمة الهاتف النقال التي ينص احدها على (ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انهاء أو اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات)[٣٢].

هذا ويجدر الاشارة أخيراً الى مسألة تتعلق بشخصية المتعاقد المشترك مع شركة الهاتف النقال فيما إذا كانت محل اعتبار من عدمه ؟

يلاحظ ان العقد الذي يبرم بين المشترك والشركة ينص على (هذه الخدمة تقدم شخصياً الى المشترك ..).

ان الذي يتضح من النص المتقدم يبدو للوهلة الأولى أنه يعد شخصية العميل المشترك في خدمة الهاتف النقال محل اعتبار، بعبارة أخرى ان شركة الاتصالات لم تتعاقد الا بالنظر لاعتبارات معينة موجودة في هذا الأخير، وهو الأمر الذي يقود إلى القول بعدم إمكانية المشترك من تحويل الخدمة الى الغير بأية وسيلة قانونية كانت، فالخدمة محصورة بشخص المشترك فقط، بيد ان الواقع هو غير ما تقدم وذلك بالاستناد الى الشق الأخير من نص البند المتقدم والذي ينص على (... ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية

---

[٣١] وهي في العراق وزارة الاتصالات.

[٣٢] أنظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

مسبقة من الشركة)[٣٣]، وهذا يشير الى امكانية العميل من نقل أو التنازل عن هذه الخدمة الى الغير ولكل بشرط الحصول على موافقة من قبل الشركة، كل هذا يعني ان شخصية العميل بالنتيجة هي ليست محل اعتبار عند التعاقد على هذه الخدمة ولكن مع مراعاة القيد المنصوص عليه في العقد وهو أخذ الاذن من الشركة إذا ما رغب المشترك في تحويل الخدمة التي حصل عليها بموجب عقد مع الشركة الى الغير.

[٣٣] انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

الفصل الثاني

أحكام العقد

يمثل العقد تطبق ارادتين أو أكثر لغرض ترتيب قانونية، ومعنى هذا ان إرادة واحدة لا يمكن ان تكون عقداً بل يجب لتكوينه اجتماع ارادتين لترتيب أثر قانوني معين[٣٤]، وينبني على ما تقدم ان للعقد أكثر من طرف، إذ لابد ان يكون هناك طريقان لكي يمكن القول بوجود عقد ما، هذا من جهة ومن جهة أخرى تقتضي حالات معينة تحديد الطبيعة القانونية للعلاقة العقدية الناشئة بين طرفين، حيث تتوقف على هذا التحديد العديد من الأمور المهمة، بعبارة ثانية يجب تحديد الوصف القانوني في غير حالة للعقد المبرم بين طرفين وبيان هذا الوصف ضمن الإطار العام في نظرية العقد.

ويتفرع على ما تقدم ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال لا يخرج عن الأصل اعلاه فيجب ان تكون هناك ارادة صادرة من طرف يمكن ان تحظى بقبول طرف آخر، فضلاً عن ذلك تعد مسألة اعطاء التكييف القانوني لهذا العقد أمراً مهماً، وهذا ما نتناوله في هذا الفصل الذي سنوزعه الى مبحثين، نخصص المبحث الأول الى التعريف بأطراف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال في حين سنحدد في المبحث الثاني الطبيعة القانونية لهذا العقد.

---

[٣٤] انظر: المادة/ ٧٣ من القانون المدني العراقي.

المبحث الأول

أطراف العقد

لعل السؤال الذي يمكن ان يطرح في هذا المقام هو من هم أطراف عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال ؟

تتمثل الإجابة عن السؤال المتقدم بالقول ان أطراف هذا العقد هم كل من المشترك وشركة الاتصالات، وهو ما نعالجه في هذا المبحث الذي سنقسمه الى مطلبين يكون المشترك عنواناً للمطلب الأول اما شركة الاتصالات فسنخصص لها المطلب الثاني[٣٥].

المطلب الأول

المشترك

يعد المشترك الطرف المتعاقد مع شركة الاتصالات والذي يرمي الى الحصول على الخدمات التي تقدمها هذه الشركة أو تلك، وفي هذا المقام يمكن وبحق ان يطرح تساؤل عن التعريف القانوني لهذا الطرف في العقد (المشترك) ؟

يلاحظ ان من الفقه من يذهب إلى اسباغ صفة المستهلك على المشترك أو العميل والمتعاقد مع شركة الاتصالات[٣٦]، بمعنى ان هذا المشترك الذي هو أحد أطراف العقد ما هو الا سمتهلكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات، ومع ذلك يبقى السؤال قائماً حول المفهوم القانوني للمستهلك وذلك بالنظر الى كون العميل المشترك في خدمة الاتصالات مستهلكاً ؟

يذهب رأي في الفقه الى القول ان التعريف القانوني للمستهلك يرتبط بالبعد الاقتصادي للاستهلاك، فالاستهلاك بمعناه الاقتصادي هو أخر العمليات الاقتصادية التي

---

[٣٥] اما فيما يتعلق بالعقاد العقد فيلاحظ ان عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يظل محكوماً بالقواعد العامة في هذا الشأن من حيث الأهلية والتعبير عن الإرادة وعيوب هذه الأخيرة، لذلك آثرنا عدم التطرق لهذه الأمور وحصر نطاق البحث في الخصوصية التي تتعلق به وهي أطرافه وطبيعته القانونية. لمزيد من التفصيل، انظر: المواد/ ٧٧ وما بعدها من القانون المدني العراقي.

[٣٦] انظر: مصطفى عطية. استاءة استعمال السلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات منظور اقتصادي. مداخلة متاحة على شبكة الانترنت على موقع: http:llwww.mohamoon.net

تخصص فيها القيم الاقتصادية لإشباع الحاجات، أما المستهلك في المفهوم الاقتصادي فهو الشخص الذي يقوم بعملية الاستهلاك على النحو السابق[٣٧].

أما على المستوى القانوني لمعنى الاستهلاك فيلاحظ ان القانون لن يهتم بفعل الاستهلاك بحد ذاته، إذ أنه (القانون) لا ينظم كيف يأكل الإنسان أو كيف يركب سيارته بل أنه يهتم وبالدرجة الأولى بالتصرف الذي يبرمه المستهلك للحصول على السلعة أو الخدمة التي يشبع بها حاجاته واحتياجاته الشخصية أو العائلية[٣٨]، وفي هذا السياق ينص قانون حماية المستهلك العماني– والذي يعد من أحدث القوانين الخاصة بحماية المستهلك – على تعريف للمستهلك وذلك في المادة/١ منه والتي تنص على (المستهلك– كل شخص طبيعي أو معنوي يشتري سلعة أو خدمة أو يستفيد من أي منهما)[٣٩].

أما عن الموقف الفقهي من تعريف المستهلك فنجد ان هناك من يذهب تعريفة بأنه (أي المستهلك) ذلك الشخص الذي يقوم بإبرام تصرفات قانونية من أجل الحصول على مال أو خدمة بهدف اشباع حاجاته الاستهلاكية الشخصية أو العائلية[٤٠].

---

[٣٧] أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، القاهرة. ١٩٩٦، ص ٨.

[٣٨] في هذا الشأن نجد ان من الفقه من يذهب الى القول، ان القانون يهتم بتصرف الشخص القانوني للحصول على السلع أو الخدمات، وهذا يعني ان المجالات التي يستهدفها الاستهلاك عديدة، فالتصرفات التي يعقدها الشخص يقصد الاستهلاك لا تنحصر في الأشياء القابلة للاستهلاك باستخدامها مرة واحدة كالغذاء ولكنها تمتد لتشمل كل الأشياء والسلع الدائمة كالسيارات والأجهزة المنزلية، أكثر من ذلك ان التصرف القانوني الذي يعتمد به علم القانون باعتباره مؤدياً لإشباع حاجة استهلاكية يشمل تلك النصرفات التي يكون محل الاستهلاك فيها أداء خدمة. أنظر: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ٨–٩.

[٣٩] أنظر: قانون حماية المستهلك العماني رقم/ ٨١ لسنة ٢٠٠٢.

[٤٠] هذا وقد أثار التعريف المتقدم للمستهلك خلافاً في الفقه حول موقف القانون من المهني الذي يبرم تصرفات قانونية تهدف الى خدمة مشروعه الحرفي أو الانتاجي، حيث ذهب رأي الى التوسع في المقصود بالمستهلك بحث يشمل هذا المصطلح كل من يبرم تصرفاً تخدم مهنته كما هي الحال بالنسبة للطبيب حين يشتري المعدات الطبية، وقد استند هذا الرأي الى نص المادة/ ٣٥ من القانون الفرنسي الصادر في ١٠/يناير/١٩٨١ والتي تنص على (ان نصوص القانون المتعلقة بالشروط التعسفية تخص العقود المبرمة بين المهنيين وغير المهنيين أو (المستهلكين)، وقد استنبط أصحاب هذا الرأي

ولاشك ان المشترك الذي يبرم عقداً مع شركة الاتصالات يسعى الى اشباع حاجاته الاستهلاكية وذلك من خلال الحصول على الخدمة التي تقدمها مثل هذه الشركات، لذلك فان يصدق وبحق وصف المستهلك عليه، فالعقد الذي يبرمه مع الطرف الآخر (الشركة) هو عقد تلبية حاجة لمصلحة المشترك الذي هو المستهلك في هذا العقد، وبالتالي فإن جميع الأحكام المتعلقة بالمستهلك تنطبق على المشترك، فهذا الأخير ما هو في حقيقته الا مستهلكاً للخدمة بالارتكاز على التعريف القانوني المتقدم للمستهلك.

المطلب الثاني
شركة الاتصالات

تعد شركة الاتصالات الطرف الآخر في عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال، وفي هذا الصدد يذهب البعض الى القول، ان فكره الاستهلاك تضع بحسب الأصل المستهلك في مواجهة من يطلق عليه بـ(المحترف) سواء كان المنتج أو الموزع للشيء أو الخدمة محل الاستهلاك[٤١]، هذا من جهة ومن أخرى هناك من يضيف الى ما تقدم، ان احتراف المدين يقتضي ان يتركز نشاطه المعتاد في القيام بإبرام عقود معينة وتنفيذها، بحيث يعتمد على هذا النشاط في اكتساب مورد رزقه، الى جانب ذلك ان المدين لا يكون محترفاً الا بالنسبة

من هذه المادة القول بأن المشرع استخدم مصطلح- غير المهنتين- مع الابقاء على مصطلح – المستهلك- فأنه قصد به امتداد الحماية الى من تؤهله مهنة وتخصصه للوقوف موقف الخبير العالم في مواجهة المهني الذي يبرم عقداً من عقود الاستهلاك، الا ان الرأي الآخر في الفقه يتجه الى تبني موقف ضيق للمستهلك يكون فيه مستهلكاً كل من يقوم بالتصرفات القانونية للازمة لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية ويخرد من وصف المستهلك وفقاً لهذا الرأي كل من يقوم بإبرام تصرفات قانونية موجهة لأغراض المهنة أو الحرفة.

أشار الى ذلك: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ٢٤.

[٤١] أنظر:

Luc Bihl: L a protection des consommateursparticulierementFragiles. J.C.P.N ١٩٨٥.P, ٣٩٧.

اشار الى ذلك: د.حسن عبد الباسط جميعي، مصدر سابق، ص ١٠-١-.

للالتزامات التي تتعلق بمهنته أما الأعمال التي يتعهد بتنفيذها ولا تدخل في مهنته التي يحترفها فيتساوى مع أي شخص عادي لعدم احترافه ذلك العمل[٤٢].

أما على مستوى التشريع فنجد ان قانون حماية المستهلك العماني قد أورد تعريفاً للمزود وذلك في المادة الأولى منه والتي تنص على (المزود– كل شخص طبيعي أو معنوي يقدم الخدمة أو يصنع السلعة أو يوزعها أو بتأجر بها أو يبيعها أو يوردها أو يصدرها أو يتدخل في انتاجها أو تداولها كالوكيل والوسيط أو السمسار).

فضلاً عما تقدم يعتبر البعض ان الشركات والمؤسسات التي يرخص لها القانون مباشرة الأنشطة ذات الطبيعة الاقتصادية تحوز قدرة معينة على توجيه وإدارة عمليات الانتاج والتوزيع والتبادل، ويختلف نطاق هذه القدرة من مجتمع لآخر بحسب ما هو متاح من حقوق وحريات في الممارسة، ويبقى مع ذلك السؤال قائماً في محيط الحياة الاقتصادية والقانونية، هل يمكن أن يطلق اصطلاح (قوة أو سلطة) على تصرفت شركات الاتصالات)[٤٣].

يلاحظ ان مصطلح (السلطة) هو الأقرب – على حد قول هذا الرأي– الى الدقة والصواب بالرغم من أنه (رأي هذا المصطلح) غالباً ما يطلق لفظاً واصطلاحاً في الدراسات القانونية الى موضوع السلطات العامة وما يتفرع عن بحوثها، وبالتالي هل يحق – يتساءل من نادى بهذا الرأي– خلع وصف السلطة على الأفراد والجماعات مثلما يطلق مصطلح القدرة الاقتصادية، أم أنه أكثر ملائمة اطلاق مصطلح القوة الاقتصادية ؟

يبدو ان مصطلح (السلطة الاقتصادية) هو الشائع في الاستعمال في هذا المجال وذلك بالاعتماد على الترجمة الحرفية للكلمة الإنكليزية Power وان كان اطلاق هذا المصطلح (السلطة) في اللغة القانونية قد يكون محل مبالغة[٤٤].

ومهما يكن من امر فان الأشكال التي تتخذها الشركات المنوه عنها (شركات الاتصالات) من ممارسة ونفوذ والتأثير على سلوك الآخرين تندرج تحت مفهوم السلطة،

---

[٤٢] انظر: د.احمد شوقيمحمد عبد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدن مكان طبع ٢٠٠٣، ص ٣٠.

[٤٣] انظر: محمد عطية ، مصدر سابق.

[٤٤] انظر: المصدر السابق.

ويتضح ذلك من خلال العلاقة بين تلك الشركات والعملاء المتعاملين معها (المستهلكين أو المشتركين)، ويبدو التأثير الاقتصادي لهذه العلاقة عن طريق السياسات والتوجيهات التي تحددها المؤسسات الاقتصادية الخاصة الاقتصادي، إضافة الى الدور الذي تلعبه الجماعات ذات الأهداف المالية أو الاقتصادية كالمصارف واتحادات المنتجين لخدمات الاتصالات، فالسلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات تؤثر في قطاعات المواطنين المستهلكين أو العملاء وتحدد انماط الخدمات التي تنتجها ومستوى اسعارها ومستويات العرض لهذه الخدمات[٤٥].

وكل هذا يعني انه في مقابل وجود طرف يمكن ان نصفه بالضعيف في عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال يوجد طرف آخر يمكن ان يوصف بالقوي بالنظر للامكانات الاقتصادية والمالية الكبيرة التي يجوزها وبالنظر لدرجة التخصص والاحتراف في مجال عمله[٤٦] التي تؤهله لأن يفرض ما يراه من الشروط والبنود في العقد على المستهلك، كون هذا الأخير ما هو الا شخص يسعى لإشباع حاجاته ورغباته بما فيها الخدمات التي تعرضها شركات الاتصالات، لذلك فإن القول بأن المركز القانوني لشركات الاتصالات بمثابة مركز صاحب السلطة هو قول لا بجانب الحقيقة والصواب.

المبحث الثاني

الطبيعة القانونية للعقد

تمثل فكرة اسناد العلاقة العقدية الناشئة بين شركة الاتصالات والمشترك في عقد تجهيز خدمة الهاتف النقال مسألة على درجة من الأهمية[٤٧]، وفي هذا الصدد يذهب رأي

---

[٤٥] انظر: محمد عطية، مصدر سابق.

[٤٦] وهو ما ينسجم ونص المادة/١ من قانون حماية المستهلك العماني رقم/ ٨١ لسنة ٢٠٠٢ والتي اعتبرت ان تقديم الخدمة لا يتم الا من قبل شخص أو جهة متخصصة في العمل الذي تمارسه.

[٤٧] أكثر مجال تظهر فيه عملية اسناد العلاقة القانونية الى نظام قانوني معين هو القانون الدولي الخاص، حيث ان اسناد العلاقة القانونية ذات العنصر الأجنبي الى القانون المختص تستلزم قبل كل شيء تكييف تلك العلاقة، وهذه العملية أساسية يدب حلها أولاً، بيد ان هذا لا يعني ان التكييف مسألة خاصة بالقانون الدوليالخاص بل ان وجوده (التكييف) عام وفي جميع فروع القانون.

في الفقه الى القول ان الشركات والمؤسسات التي يرخص لها القانون مباشرة الأنشطة ذات الطبيعة الاقتصادية تحوز قدرة معينة على توجيه وادارة عمليات الانتاج والتوزيع وبالتبادل، وهذه المؤسسات قد أصطلح على تسميتها بالسلطة الاقتصادية وذلك بما لها من تأثير ونفوذ على سلوك جمهور المستهلكين، ومن هنا فان طبيعة العقود التي تبرم بين شركات الاتصالات والمشتركين (الذين يحملون وصف المستهلك) ما هي الا عقود إذعان، ذلك لأن هذه الشركات هي من أكثر شركات الخدمة التي تمارس فرض إرادتها على المشتركين فيها مستغلة احتكارها لتقديم الخدمة ناهيك عما تفرضه من شروط تعسفية تغلب فيها الشركة مصلحتها على مصلحة المشترك الذي يقاد اليها مذعناً صاغراً[٤٨].

ويفهم مما تقدم ان هناك فكرتين اساسيتين تدور حول هذا الأمر وهما تصبان باتجاه واحد، أولاهما ان طبيعة العقد الذي يبرم بين شركة الاتصالات والمشترك ما هو الا عقد إذعان، وثانيتهما ان شركة الاتصالات في ابرامها العقود فإنها تفرض من الشروط ما تراه يخدم مصلحتها دون قيد أو شرط وهو ما يطلق عليه في هذا السياق بالشروط التعسفية.

وفيما يتعلق بالفكرة الأولى يلاحظ الفقه يعتبر ان عقود الإذعان هي ثمرة التطور الاقتصادي، فمن حقها ان يفرد لها مكان في تقنين يتطلع الى مسايرة التقدم الاجتماعي الذي أسفرت عنه الظروف الاقتصادية[٤٩]، وعلى ذلك فإن عقد الإذعان يعرف على أنه ذلك العقد الذي يسلم فيه احد الطرفين بشروط مقررة يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي

لمزيد من التفصيل، أنظر: د.حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي. ط٢- جامعة الكويت، ١٩٧٤، ص ٦٣ وما بعدها.

[٤٨] انظر: مصطفى الشهراني. الاتصالات وعقود الإذعان. مالة متاحة على شبكة الانترنت وعلى موقع: http://www.mohamoon. net

[٤٩] انظر: الشيخ حسن الجواخري، عقود الإذعان. بحث متاح على شبكة الانترنت وعلى موقع: http://www.islamicfeqh.com/magazines.

تكون المناقشة محدودة النطاق بشأنها، وأمثلة هذه العقود عقد التأمين بأنواعه وعقد الاشتراك في الكهرباء والمياه والتعاقد مع مصالح البريد والتلفون وغيرها[٥٠].

من جهة أخرى نجد ان هناك من يقول ان الماد بهذا الصنف من العقود هو ما ينحصر القبول فيه بمجرد التسليم بشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه بمناقشة كالاشتراك في خدمات الكهرباء والاتصالات ونحوها،حيث جرت العادة ان تفرض مثل تلك الشركات شروطاً تمليها على المشترك لا يسعه الا ان يوافق عليها جملة أو يدع الاستفادة من مثل تلك الخدمات، وغالباً ما تكون حاجة المشترك لمثل هذه الخدمات حاجة أساسية لا يمكنه الاستغناء عنها او العيش بدونها[٥١].

وعقود الإذعان بلغة القانون الحديث هي كبقية العقود متكونة من إيجاب وقبول بي ان القبول فيها يتميز بأنه مجرد إذعان لما يمليه الموجب على القابل، ويسمى هذا العقد أيضاً بـ(عقد الانضمام) حيث ان من يقبل العقد ينضم اليه دون ان يناقشه، أما الإيجاب فيتميز أيضاً بكوننه واحداً بالنسبة لجميع الناس ويكون ملزماً المتعاقد وان لم يطلع على شروط العقد ما دام أنه يتمكن من الاطلاع عليها لكونها مطبوعة في متنازل الجميع فيتقيد بالشروط حتى من كان أمياً لا يعرف القراءة[٥٢].

---

[٥٠] انظر: د.عبد المنعم فرج الصدة. في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول ١٩٤٩، ص ٧٧ وما بعدها.

[٥١]أنظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق.أما خصائص هذا العقد فإنها تتمثل بالآتي:

أ–الموجب في مركز اقتصادي يسمح له بفرض شروطه.

ب–العقد يتعلق بسلعة أو مرفق اقتصادي أو خدمة ضرورية من ضروريات الحياة الحديثة.

للمزيد من التفصيل، انظر: د.عبد المجيد الحكيم وآخرون، مصدر سابق، ص ٤٥.

[٥٢] انظر: الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق.

هذا وقد اختلف حول الطبيعة القانونية لعقد الإذعان. إذ ذهب رأي الى إنكار صفة العقد على عقود الإذعان، لأن العقد توافق ارادتين عن حرية واختيار، أما القبول فيعقد الإذعان فهو رضوخ وإذعان، فعقد الإذعان اقرب الى ان يكون قانوناً أخذت شركات الاحتكاربإتباعه، في حين يذهب رأي آخر الى عد عقد الإذعان عقداً حقيقياً يخضع للقواعد التي تخضع لها سائر العقود، فإذا كان أحد الطرفين في مركز ضعيف فهذه ظاهرة قانونية علاجها ان يتدخل المشرع بتنظيم عقود الإذعان وليس ان يترك القاضي يغير هذا العقد كما يشاء بحجة حماية الضعيف فتضطرب بذلك المعاملات وتفقد استقرارها.

اما الفكرة الثانية فهي غير بعيدة عن الفكرة الأولى، فالشروط التعسفية ترتبط ارتباطاً مباشراً بعقود الإذعان، ومع ذلك نعتقد أنه ومن الضروري بيان معناها والوقوف عندها والتعريف بها.

وفي هذا الشأن يلاحظ ان المشرع الفرنسي قد عرف الشروط التعسفية وذلك في المادة/ ٣٥ في الفقرة/ ١ في القانون الصادر في ١٩٧٧/١/١٠ على انها (تلك الشروط التي تفرض على غير المنهي أو على المستهلك من قبل المهني نتيجة تعسف اسعمال الأخير لسلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزات مجحفة)، هذا من ناحية ومن ناحية ثانية هناك من يشير أنه التعسفي هو كل شرط أو مجموعة الشروط المؤدية للاضرار بالمستهلك من خلال ايجاد عدم توازن ظاهر بين حقوق والتزامات الأطراف، في حين يعرف الشرط التعسفي أيضاً من قبل رأي آخر على أنه ذلك الشرط المحرر مسبقاً من جانب الطرف الأكثر قوة ويمنح لهذا الأخير ميزة فاحشة عن الطرف الآخر[٥٣].

وامام هاتين الفكرتين المترابطتين (عقد الإذعان والشروط التعسفية) فقد ذهب البعض الى القول ان طبيعة العقد المبرم بين شركة الاتصالات والمشترك هو عقد اذعان وذلك من خلال النظر الى ما يتعرض له جمهور المشتركين من استغلال اذعن له العامة لحاجتهم الى الخدمة التي تقدمها هذه الشركات، فضلاً عن ذلك فان هذه الشركان مارست ولا تزال تفرض ارادتها على المشتركين مستغلة احتكارها لتقديم الخدمة وعدم وجود منافس، ناهيك

أشار الى ذلك: الشيخ حسن الجواهري، مصدر سابق.

[٥٣] أشار الى ذلك: د.عبد اللخ حسين علي محمود. حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، ط-٢، دبي ٢٠٠٢، ص ١٤١.

هذا ويضع الفقه معيارين لمعرفة مدى اعتبار الشرط موضوع النزاع تعسفياً من عدمه، المعيار الأول شخصي يستند الى ان الشروط العسفية مفروضة من شخص ذي نفوذ اقتصادي ومركز احتكاري بمكنه من فرض شروطه، وبذلك فان القرة الاقتصادية هي الفيصل في القدرة على فرض الشروط، اما المعيار الثاني فهو موضوعي ويحقق لطرف الأقوى ميزة فاحشة، ولما كان تقدير الميزة فيما إذا كانت فاحشة أم لا هو تقدير نسبي غير محدد فانه تثور صعوبة في تحديد ذلك، ومع هذا فإن الميزة الفاحشة تحدد على أساس النظر الى مجموع العقد. ولمزيد من التفصل، انظر: المصدر نفسه، ص ١٤١ وما بعدها.

عما تفرضه من شروط تعسفية تغلب فيها الشركة مصلحتها على مصلحة المشترك الذي يقاد مذعنا صاغراً، ويستند هذا الرأي في دعم موقفه الى التساؤل عن:

١-الكيفية التي تفرض بها شركة الاتصالات على المشترك المستهلك رسوم الخدمة ولا تذره في التخلف عن سدادها على أساس شموليتها واستمراريتها، في حين تعفي نفسها عن قصورها في تعميم تلك الخدمة.

٢-لا تتردد شركة الاتصالات في قطع الخدمة عن المستهلك في حين تجيز لنفسها ان لا تقدم له الخدمة في كثير من الأحيان والأوقات والأمكنة[٥٤].

وإذا تم الاطلاع على بنود العقد الذي يبرم بين مشترك وشركة اتصالات لوجدنا ان ما تقدم لا يجانب الصواب، فشركة الاتصالات تحتكر تقديم هذه الخدمة وتفرض شروطها وما على العميل الا قبول العقد أو عدم التقاقد، الى جانب ذلك نجد شركة الاتصالات تنأى بنفسها عن المسرولية في كثير من بنود العقد من خلال تضمينها للعقد الكثير من الشروط والتي لا يمكن وصفها إلا على انها شروط تعسفية تعطي للشركة ميزة فاحشة في التحكم في الخدمة التي توفرها للمشترك، ويستدل على ذلك عن طريق النظر الى هذه البنود التي تنص في احداها على (لا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار تلحق المشترك كما لا تكن الشركة مسؤولة عن أيه اضرار تلحق المشترك كما لا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار يسببها المشترك للغير نتيجة تقديم الخدمة)، وينص بند آخر على (يحق للشركة إجراء أية تهديدات في نظام التشغيل أو التركيب أو الترقيم ...)[٥٥].

اما في العراق فيلاحظ ان الخدمة التي تقدمها شركات الهاتف النقال هي خدمة يمكن وصفها بالحديثة، إذ لم يسبق ان وجدت فيه مثل هذه الخدمات الا في عهد ليس بالبعيد، وهنا نجد ان شركات الهاتف النقال لا يستند الى تشريع خاص ينظم عملها، إذ انها تعمل وفقاً للترخيص الممنوح لها دون قيد أو شرط والمستند الى أحكام القواعد العامة في هذا الشأن والتي تكون قاصرة (القواعد العامة) في حماية المشترك في كثي من الأحيان، وهذه الشركات أيضاً تضع من الشروط ما يتناسب ومصلحتها دون الاعتداد بإرادة ومصلحة المشترك، ويساعدها في ذلك أيضاً افتقار النظام القانوني العراقي الى تشريع خاص بحماية

---

[٥٤] انظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق.

[٥٥] انظر: نموذج العقد الملحق بهذا البحث.

المستهلك، فالمشترك هو دون أدنى شك يعد مستهلكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات[٥٦]، فضلاً عن عدم وجود قانون خاص – وكما سبق القول – ينظم عمل هذا النوع من الشركات ويلزمها بالتزامات معينة في حالة مخالفتها تتعرض لجزاءات قانونية[٥٧].

خاتمة

لقد توصلنا من خلال بحثنا عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال الى جملة من النتائج والمقترحات أهمها:

١–يدخل عقد تجهيز خدمات الهاتف النقال ضمن إطار عقد الإيجار، إذ ان المنفعة (أو الخدمة) التي يحصل عليها المشترك مرتبطة بمدة زمنية معينة مهما طالب أو قصرت ينقضي بانقضائها هذا العقد.

٢–ان الخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات هي خدمة ليست شخصية، بمعنى أنه يجوز للمشترك التنازل عن هذه الخدمة الى الغير بأية وسيلة قانونية كانت بشرط المحافظة على قيد المدة اعلاه، بعبارة أخرى ان حق المتنازل اليه مرتبط أيضاً بمدة زمنية معينة.

٣–يعتبر المشترك مستهلكاً للخدمة التي تقدمها شركة الاتصالات وبالتالي فان جميع الأحكام التي تنطبق على المستهلك سوف تطبق على المشترك وذلك من أجل توفير أقصى حماية ممكنة له (المشترك).

٤–يفتقر النظام القانوني العراقي الى قوانين خاصة بشأن تنظيم عمل شركات الهاتف النقال في العراق بالنظر لحداثة الخدمات التي تقدمها الشركات على الواقع العراقي فضلاً عن عدم

---

[٥٦] في هذا الشأن يدعو البعض الى المطالبة بالتدخل من قبل المشرع لضبط عمل هذه الشركات وضبط تلك الممارسات وايقاف أكل أموال الناس بغير حق وتقديم المصلحة العامة على المصلحة الخاصة وتعديل النتيجة بدلاً من أن تكون خمسة لصالح الشركة مقابل صفر لصالح العميل، تصبح خمسة لصالح العميل مقابل صفر لصالح الشركة ولو لمرة واحدة فقط. أنظر: مصطفى الشهراني، مصدر سابق.

[٥٧] وتجدر الاشارة أخيراً ال بأننا لن نتناول في هذا الخصوص أمرين، الأول يتعلق بآثار العقد والثاني يتعلق بانتهاء العقد، فهذان الأمران لا يخرجان عن حكم القواعد العامة في هذا السياق، لذا لا نرى ضرورة في بحثها، إذ لا توجد خصوصية بشأنهما في هذا المقام.

وجود قوانين خاصة لحماية المستهلك في هذا الشأن، لذا بات من الضروري تدخل المشرع لحماية المستهلكين من جهة وحماية المشتركين في خدمة الهاتف النقال من جهة أخرى كي لا تبقى هذه الشركات تعمل دون ضابط محدد يحدد حقوقها ويبين التزاماتها.

المصادر

أولاً: الكتب

١–د. احمد شوقي علد الرحمن، المسؤولية العقدية للمدين المحترف، بدون مكان طبع، ٢٠٠٣.

٢–د. باسم محمد صالح، القانون التجاري، القسم الأول، بغداد، ١٩٨٧.

٣–د. حسن الهداوي، تنازع القوانين وأحكامه في القانون الدولي الخاص الكويتي، ط٢، جامعة الكويت، ١٩٧٨٤.

٤–حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك، القاهرة، ١٩٩٦.

٥–سعدون العامري، الوجيز في شرح العقود المسماة، ج–١–ج، البيع والإيجار، ط–٣، بغداد، ١٩٧٤.

٦–د.سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج١، نظرية الأعمال التجارية والتاجر، القاهرة، ٢٠٠٥.

٧–د. سميحة القليوبي، الوسيط في شرح القانون التجاري المصري، ج–٢– الالتزامات والعقود التجارية وعمليات البنوك، القاهرة، ٢٠٠٥.

٨–د. عادل علي المقدادي، القانون التجاري، ج–١، عمان، ٢٠٠٣.

٩–د. عبد القادر حسن العطير، الوسيط في شرح القانون التجاري، عمان، ٢٠٠٣.

١٠–د. عبد الله حسين علي محمود، حماية المستهلك من الغش التجاري والصناعي، ط٢، دبي، ٢٠٠٢.

١١–د. عبد المجيد الحكيم وآخرون، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، ج١، مطبعة وزارة التعليم العالي والبحث العلمي، ١٩٨٠.

١٢–د. عبد المنعم فرج اصدة، في عقود الإذعان، مطبعة جامعة فؤاد الأول، ١٩٤٦.

١٣–المحامي محمد ابراهيم أبو الهيجاء، التعاقد بالبيع بواسطة الانترانت، عمان، ٢٠٠٢.

ثانياً: البحوث والمقالات:

١-الشيخ حسن الجواهري، عقود الإذعان، بحث متاح على شبكة الانترنت على موقع:
http://www.islamicfeqh.com/magazines

٢-مصطفى الشهراني، الاتصالات وعقود الإذعان، مقالة متاحة على شبكة الانترنت على موقع:
http://www.mohamoon.net

٣-مصطفى عطية، اساءة استعمال السلطة الاقتصادية لشركات الاتصالات من منظور اقتصادي، مقالة متاحة على شبكة الانترنت على موقع:
http://www.mohamoon.net

ثالثاً: القوانين:

١-القانون المدني العراقي رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١.

٢-قانون تنظيم التجارة العراقي رقم (٢٠) لسنة ١٩٧٠.

٣-قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٤-قانون العمل العراقي رقم (٧١) لسنة ١٩٨٧.

٥- قانون حماية المستهلك العماني رقم (٨١) لسنة ٢٠٠٢.

نموذج العقد المبرم بين شركة أوراسكوم تليكوم والمشتركين

بنود وشورط لخدمة الكارت المدفوع مقدماً

١-نطاق الاتفاق:

تقدم شركة أوراسكوم تليكوم العراق عراقنا خدمة الهاتف المحصول الممنوحة لها بموجب اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات وفقاً للقوانين والتعليمات السارية في جمهورية العراق.

٢-الخدمات

-المشترك على علم تام بتغطية الخدمة ويقبل ويقر بأن جودة هذه الخدمة تتأثر بالظرف الجغرافية والمناخية مثل كافة الخدمات اللاسلكية.

-تبذل الشركة أقصى جهدها لتضمن أفضل مستوى خدمة اتصال في كل الأوقات، ولا تكون الشركة مسؤولة عن أية أضرار قد تصيب المشترك نتيجة تأثر مستوى الخدمة لأي سبب لا يرجع الى الشركة.

-هذه الخدمة تقدم شخصياً الى المشترك ولا يجوز تحويلها الى الغير بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة.

-تظل بطاقة التشغيل مملوكة ملكية تامة للشركة، ويكون المشترك مسؤولاً عن استخدام الغير لهذه البطاقة، وكذلك يكون المشترك مسؤولاً عن قفدان أو سرقة البطاقة حتى تتسلم الشركة إخطاراً كتابياً من المشترك يطلب وقف البطاقة بسبب الفقد أو السرقة.

- يلتزم المشترك بقيمة الأسعار التي تحددها عراقنا وبالقيمة وبالفئات التي يعلن عنها.

- يحق للشركة في حالة تأكدها ان العميل قد استخدم الخدمة لأغراض غير مشروعة في إيقافها فوراً.

- يحق للشركة وقف الخدمة فوراً في حالة عدم قيام المشترك بإعادة شحن وزيادة الرصيد في المدة المحددة ومدة السماح التي تحددها الشركة لكل فئة من الكروت.

- يقوم المشترك على نفقته بتوفير الجهاز الذي يتفق مع كافة التعليمات الحكومية السارية في العراق بما في ذلك تعليمات الشركة.

- للشركة مطلق الحق في تقرير اعادة تشغيل الخط من عدمه بعد سداد المشترك للرسوم التي تحددها الشركة.

– في حالة وقف الخدمة نهائياً يلتزم المشترك بتسليم بطاقة التشغيل (الشريحة) الى عراقنا.

٣– تعديلات:

يحق للشركة إجراء أية تعديلات في نظام التشغيل أو التركيب أو الترقيم أية أنظمة أخرى وفقاً للأسباب الفنية التي تراها في حالة تغيير رقم المشترك تلتزم الشركة بإخطار المشترك في ميعاد تغيير الرقم بثلاثين يوماً على الأقل ويسري الرقم الجديد بعد هذه المدة.

٤– أحكام عامة:

–لا تتحمل الشركة مسؤولية عن أي تسجيل أو اتصال أو أي عمل غير مرخص به من شأنه مخالفة القوانين العراقية.

–لا تكون الشركة مسؤولة عن اية أضرار تلحق المشترك كما لا تكون الشركة مسؤولة عن اية اضرار يسببها المشترك للغير نتيجة تقديم الخدمة.

–يجوز تعديل هذا الاتفاق وفقاً للتشريعات السارية وبشرط إخطار المشترك كتابة، وفي حالة عدم موافقة المشترك على التعديلات يحق للمشترك إخطار الشركة مالبى برغبته في انهاء الاتفاق وذلك خلال ثلاثين يوماً من إخطار الشركة له والا اعتبر ذلك قبولاً ضمنياً من المشترك على التعديلات.

–ينتهي هذا الاتفاق تلقائياً في حالة انهاء أو انتهاء اتفاقية الترخيص لإنشاء وتشغيل خدمات الاتصالات.

–أي نزاع يتعلق بهذا الاتفاق لا يتم حله ودياً خمسة عشر يوماً، يمكن تسويته وفقاً للقوانين العراقية ويكون خاضعاً لاختصاص المحاكم العراقية.