

المسؤولية المدنية المترتبة على استخدام عقد الهاتف النقال

م.م. ندى حمزة صاحب الربيعي
جامعة واسط/ كلية القانون

ألملخص

عقد الهاتف النقال هو عقد خاص للاشتراك بشبكة الهواتف النقالة يبرم بين الراغبين في الحصول على خدمات الهاتف النقال والشركات التي تقدم خدمة الإشتراك والقابل للدفع المسبق من قبل المشترك. ويتميز هذا العقد بخصائص عديدة منها انه عقد رضائي، وعقد زمني، وعقد ملزم للجانبين، وعقد معاوضة، وهو أيضا عقد يرد على المنقول. وبما إن عقد الهاتف النقال من عقود المعاوضة والملزمة للجانبين بإذ يصبح كل من طرفي العقد دائناً ومديناً في الوقت نفسه فإذا لم يتم مقدم الخدمة بتنفيذ التزاماته ولم يكن بالإمكان إجباره على تنفيذه تنهض المسؤولية العقدية إذا توافرت أركانها (الخطأ والضرر والعلاقة السببية). ويحق للمشارك المطالبة بالتعويض والحالة نفسها لو قام المشارك بعدم تنفيذ التزاماته فيحق لمقدم الخدمة المطالبة بالتعويض في حالة عدم إجبار المشارك على تنفيذه. وكذلك تنهض المسؤولية بسبب الأضرار التي يلحقها الفنيون الموظفون في أثناء قيامهم بأعمالهم وهذه هي المسؤولية التقصيرية تنهض إذا توافرت أركانها (الخطأ والضرر والعلاقة السببية).

Abstract

Held mobile phone is a special contract to join a network of mobile phones and which entered into between those wishing to obtain the services of mobile phone companies that offer subscription service and payable in advance by the Subscriber.

It is characterized by many of the characteristics of the contract he had a consensual, and the holding time, and a binding contract for both sides, and a netting, and also that it is held on the transferee.

Since the contract mobile phone contracts netting and binding for both sides so that each of the parties to the contract creditor and debtor at the same time, if does not have a service provider to the implementation of its obligations could not be forced to implement

it promotes responsibility Streptococcus if there corners (error, injury and causal link). And entitled to a claim for compensation in the same situation if the customer not to carry out its obligations to the Service Provider shall have the right to claim compensation in the absence of the joint force to implement it.

As well as promote responsibility because of the damage they inflict technicians and personnel, while performing their duties, and this is the tort play if there is pillars (the error and injury and causal link).

المقدمة

الحمد لله رب العالمين والصلاة والسلام على أفضل المرسلين محمد وعلى اله الطيبين الطاهرين .إما بعد ...إن العقد بوصفه مصدرا من مصادر الإلتزام لم يستقر بمفهومه الحالي إلا بعد مراحل طويلة من التطور والتغيير، إذ وإن القوانين القديمة لم تجز ورود العقود إلا على الأشياء المادية بمعنى إن الأشياء المعنوية والخدمات لم يكن بالمقدور التعاقد عليها، وبتطور المجتمعات أصبح باستطاعة الأشخاص إبرام عقود تكون الخدمة هي الدافع الأساس للتعاقد، ومن هذه العقود: عقد العمل، وعقد توريد الكهرباء،الخ.

تتسم عقود الهواتف النقالة بمميزات خاصة تميزها عن العقود التجارية غير المسماة الأخرى ولأن طرفي هذا العقد مختلفان، فالطرف الأول شركة الإتصالات (مقدم الخدمة)، والطرف الثاني المستهلك (المشترك) الأول ويكون بمركز اقتصادي قوي ويحتكر خدمة مهمة، في حين أن الطرف الثاني لا يملك سوى الموافقة على العقد بشروطه أو تركه مما يؤدي إلى ظهور صفة الإذعان في العقد.إن غياب تشريع قانوني خاص ينظم عمل هذه الشركات ومباشرة أعمالها في ظل ظروف الدولة العراقية الصعبة أدى إلى ظهور مشاكل ناجمة عن سوء توزيع الأبراج والمرسلات التي ألحقت أضرارا بالمواطنين مما دفع بالمواطن العراقي اللجوء إلى القضاء لوقف أعمال هذه الأبراج داخل المناطق السكنية والتعويض عن الأضرار، وخير دليل على ذلك ما تشهده المحاكم العراقية من دعوى على أساس المسؤولية التقصيرية ناهيك عن الأضرار التي تصيب البيئة . إن موضوع الهواتف النقالة وبسبب حداثة فهو يثير العديد من التساؤلات القانونية ولا يستطيع هذا البحث المتواضع الإلمام بجميعها.ولعل ما يجب أن نخرج به من هذا العرض الموجز هو أن كل شيء لا بد أن يلحقه التغيير والتطور وبالنتيجة فإن من شأن الباحث القانوني، بل من واجبه أن يعمل على ملائمة القانون للوقائع والظروف والتطور والتقدم. لهذا فقد حاولت في هذا البحث التطرق إلى تعريف ميسر لعقد الهاتف النقال مع بيان خصائص هذا العقد ثم البحث في المسؤولية المدنية لهذه الشركات، ولغياب قانون خاص استعنت بالقوانين الأخرى ذات الصلة كالقانون المدني، والقانون التجاري، وقانون حماية البيئة، والتعليمات الصادرة بشأن الإشعاعات الصادرة من الأبراج، وقانون حماية المستهلك.

ولقد كان الدافع الأساس الذي دفعني إلى اختيار هذا الموضوع هو حداثة وإنه لم يعالج بشكل دقيق من قبل رجال القانون المختصين في العراق فضلاً عن عدم تشريع قانون خاص ينظم عمل هذه الشركات ويحدد مسؤوليتها تجاه المشترك على وفق مبدأ العدالة والمساواة مما دفع هذه الشركات (مقدم الخدمة) إلى استغلال المشتركين بأساليب وطرق شتى، وأهمها سوء الخدمات والأجور الباهظة للإتصال هذا فضلاً عن عدم اطلاع القانونيين على القوانين ذات العلاقة بموضوع الإتصال، ومنها قانون حماية المستهلك العراقي، وقانون حماية وتحسين البيئة وتحسينها تعليمات الوقاية من الإشعاعات الصادرة من الأبراج التي حاولت التطرق إليها في هذا البحث.

(ومن الله التوفيق)

المبحث الأول

تعريف عقد الهاتف النقال مع بيان خصائصه

في سبيل تقديم خدمة الهاتف النقال، فإن مقدمي الخدمة وهي في الغالب شركات الإتصالات تقوم بإبرام العديد من العقود سواء مع أصحاب الأراضي بغية استئجارها أو مع الشركات لغرض تجهيزها بالمعدات الفنية أو لغرض صيانة الأجهزة وغيرها من العقود اللازمة لتوفير الخدمة ، والذي يهمننا في هذا البحث هو العقد المبرم بين مقدم الخدمة (شركة الإتصالات) وبين المشترك ، وسنحاول بيان ذلك في هذا المبحث الذي نقسمه على مطلبين الأول لتعريف العقد والثاني لبيان خصائصه وكالاتي:

المطلب الأول

تعريف عقد الهاتف النقال

يعني العقد لغة، الإحكام والشدة، يقال عقد الحبل أي شده، فهو بمعنى الربط المحكم^(١). وعقدت الحبل : إذا جمعت أجزاءه جمعا خاصا فهو يشمل الربط الحسي كالحبل والربط الحكمي كربط الكلام بين شخصين لذا يقال (العقد نقيض الحل ، عقده يعقده عقداً وإنعقاداً وعقده).^(٢) وقبل أن نعرف عقد الإشتراك بخدمة الهاتف النقال نبين المقصود بالعقد بصفة عامة إذ أن العقد هو(تطابق إرادتين أو أكثر على ترتيب آثار قانونية سواء كانت هذه الآثار في إنشاء الإلتزام أو نقله أو تعديله أو إنهائه)^(٣) ولقد عرف المشرع العراقي العقد في القانون المدني المرقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ إذ نصت المادة(٧٣)على (أن العقد هو ارتباط الإيجاب الصادر من أحد العاقدين بقبول الآخر على وجه يثبت أثره في المعقود عليه) ولم يعرف المشرع المصري العقد في القانون المدني المرقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ اما المشرع الفرنسي عرف فقد العقد في القانون المدني لسنة ١٨٠٤ وفي المادة (١١٠١) منه (هو اتفاق يلتزم بمقتضاه شخص أو عدة أشخاص نحو شخص أو عدة أشخاص آخرين بإعطاء شيء أو الإمتناع من فعله). أما عن تعريف عقد الإشتراك بخدمات الهاتف النقال الذي يعد من عقود الإشتراك الحديثة ، والتي ظهرت بسبب التطور والتقدم في مجال الإتصالات فإننا لا بد من القول بأنه لا يوجد تعريف محدد لهذا العقد ، لكن يوجد تعريفات لعقد الإشتراك بشبكة الإنترنت الذي يمثل جزء من خدمة الإتصالات إذ عرف بأنه (عقد خاص للإشتراك بشبكة الإنترنت يبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة للترويج عن بضائعهم أو للحصول على بيانات علمية أو ثقافية أو ترفيهية وبين الشركات التي تقدم خدمة الإشتراك)^(٤). ومنهم من عرف عقد الإشتراك بخدمة الهاتف النقال (عقد خاص للإشتراك بشبكة الهواتف النقالة الذي يبرم ما بين الراغبين في الحصول على خدمات الهاتف النقال والشركات التي تقدم خدمة للإشتراك مقابل الدفع المسبق من قبل المشترك)^(٥). مما تقدم نلاحظ بأنه لا يوجد تعريف محدد لعقد الهواتف النقالة، ومن المعلوم بان الحصول على خدمة والدخول إلى الشبكة والإتصال لا يتم إلا بعد إبرام عقد الإلتفاق مع تلك الشركات التي تقدم هذه الخدمات والتي ينشأ عنها التزامات متبادلة بين الطرفين ، وعليه يمكن أن نعرف عقد الإشتراك بخدمة الهاتف النقال [انه من العقود الخاصة غير المسماة تبرم بين مقدم هذه الخدمات (شركات الإتصالات) وبين الراغب بالحصول على هذه الخدمة (المشترك) يلتزم بموجبه الطرف الأول بتقديم خدمة الإتصال للطرف الثاني عن طريق تأمين اتصاله بالشبكة خلال فترة زمنية محددة مقابل دفع مادي معلوم من الثاني].

المطلب الثاني

خصائص عقد الهاتف النقال

إن عقد الهاتف النقال يتميز بخصائص عامة شأنه شأن غيره من العقود وله خصائص خاصة تميزه عن سائر العقود، وسنتكلم عن هذه الخصائص تباعاً .

الفرع الأول / عقد رضائي

العقد الرضائي هو العقد الذي يتم أو الذي يكفي لانعقاده مجرد التراضي^(٦) أي مجرد ارتباط الإيجاب بالقبول وتوافقهما وتعد الرضائية القاعدة العامة في العقود في القانون العراقي إلا ما استثنى بنص^(٧) . على ضوء ما تقدم يعد عقد الهاتف النقال من العقود الرضائية لأنه يتم بمجرد ارتباط الإيجاب لكل من طرفي العقد وهما شركة الاتصالات (مقدم الخدمة) والمشارك ولا يشترط لانعقاده أي إجراء شكلي وإن هذا العقد يبرم حتى وإن كان شفهيًا ويقودنا هذا الأمر إلى معرفة كيفية تبادل التعبير عن الإرادة بين الطرفين^(٨) (مقدم الخدمة) والمشارك إذ يكون الإيجاب صادراً من مقدم الخدمة والقبول من المشارك^(٩) وعند تلاقي الإيجاب قبولا مطابقاً له يقوم العقد^(١٠) متى استوفى باقي شروطه القانونية وغالباً ما تكون عقود الهاتف النقال (بخصوص الإشتراك) بشكل مكتوب بحسب إنموذج معد مسبقاً يتضمن الشروط والعبارات التعاقدية وبالتالي يجب أن تكون عباراته واضحة وألفاظ العقد دقيقة وهذه الصياغة لا تخل بكون هذا العقد رضائياً^(١١) لهذا نلاحظ بان عقد الهاتف النقال عقد رضائي بصورة عامة.

الفرع الثاني / عقد مستمر (زمني)

العقد المستمر أو الزمني أو عقد المدة هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه والذي تحدد فيه الإلتزامات بقدر الزمن لتنفيذها، والذي يكون الغرض منها إشباع حاجات مستمرة^(١٢) . عليه يعد عقد الهاتف النقال من العقود الزمنية المستمرة التنفيذ، ويكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه وغالباً ما تتحدد المدة بموجب العقد وقد تكون هذه المدة قابلة للتجديد ، والمشارك يحصل على خدمة الإتصال خلال تلك المدة والتزامه بدفع المقابل المالي يتحدد بحسب هذه المدة وبخصوص مقدم الخدمة (شركة الاتصالات) يلتزم بتوفير الخدمة للمشارك طوال مدة العقد فهو التزام مستمر ولا ينتهي عند أول تنفيذ العقد والأمر نفسه ينطبق بخصوص حقه المالي وعليه فأن المنفعة التي يحصل عليها المشارك هي منفعة مرتبطة بمدة زمنية طالما انه متقيد ببند العقد المبرم^(١٣) . ويظهر دور المدة في هذا العقد بشكل واضح من خلال ملاحظة بعض النماذج من عقود الإشتراك بخدمات الاتصالات في العراق وما يرد فيها من بنود إذ تنص بعض هذه البنود مثلاً (يحق للشركة وقف الخدمة فوراً في حالة عدم قيام المشارك بإعادة شحن وزيادة الرصيد في المدة المحدودة ومدة السماح التي تحددها الشركة لكل فئة من الكروت)^(١٤) وبعضها تنص في بنود (تبدأ مدة سريان الإشتراك من تاريخ تفعيل بطاقة السيم ولمدة عام وأحد قابل للتجديد تلقائياً وللمشارك إلغاء تجديد العقد)^(١٥) . وفضلاً عن ذلك يعد عقد الهاتف النقال من عقود المدة لأن شركات الاتصالات (مقدم الخدمة) تعمل في الغالب بموجب تراخيص أو تصاريح من جهات مسؤولة ولمدة^(١٦) وبالتالي فإن حق المشارك مرتبط بهذه المدة أي بمدة الترخيص .

الفرع الثالث / عقد ملزم للجانبين

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة بين الطرفين فكل منهما يصبح دائناً ومديناً في الوقت نفسه ويسمى كذلك بالعقد التبادلي أو المتبادل^(١٧) ويشترط لاعتبار العقد ملزماً للجانبين توفر عدة شروط، هما أن تكون هناك التزامات مترتبة على كل عاتق كل من المتعاقدين وإن يكون العقد هو مصدر الإلتزامات وإن تكون هذه الإلتزامات مرتبطة ببعضها البعض بالاعتماد المتبادل سببياً أي أن التزام كل منهما هو سبب التزام الآخر^(١٨). عليه فإن عقد الهاتف النقال (الإشتراك) هو من العقود الملزمة للجانبين إذ انه يلقي على عاتق كل طرف من أطرافه التزامات متقابلة ومتبادلة ويعد كل منها سبباً لإلتزام الآخر فمقدم الخدمة يلتزم في المقام الأول بتأمين اتصال المشترك بالشبكة وتوفير الوسائل الفنية لذلك فضلاً عن مجموعة من الإلتزامات الأخرى والمشارك (الطرف الثاني في العقد) يلتزم تجاه شركة الإتصالات بعدد من الإلتزامات ويتم الإتفاق عليها بموجب العقد .

الفرع الرابع / عقد معاوضة.

من ناحية أخرى يتسم عقد الهواتف النقالة بكونه من عقود المعاوضة النفعية ، إذ يتلقى فيه كل من المتعاقدين عوضاً لما أعطاه ، فتمكين المشترك من الإنتفاع من خدمات الهاتف النقال هو العنصر الجوهرى الأول والعوض أو المقابل المادي هو العنصر الجوهرى الثاني ؛ وهو بهذا لا يعد من عقود التبرع^(١٩)، إذ أن الأخيرة لا تدخل في نطاق القانون التجاري ، وذلك لكون فكرة التبرع منافية للعمل التجاري^(٢٠).

الفرع الخامس / عقد يرد على المنقول

يرد عقد الهواتف النقالة على منقولات وليست لعقارات والتي تتمثل بالتكنولوجيا المنقولة وبحسب التصور القانوني لها تمثل محل العقد^(٢١) ، إذ أن العقارات في قانون التجارة المصري مستبعدة في الأصل من نطاق العقود التجارية^(٢٢) . ويعزى السبب الى وراء ذلك أن العقارات تنفر من روح السرعة والتبسيط التي تقوم عليها الأعمال التجارية وذلك لثباتها وخضوع تداولها القانوني لإجراءات عديدة ومعقدة لاتتفق مع روح التجارة^(٢٣). وفي الواقع نحن لانجد مبرراً من إستبعاد العقارات من نطاق العقود والإعمال التجارية ، وهذا ما يتفق معه المشرع العراقي من خلال ما نصت عليه الفقرة (أولاً) من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي النافذ .

الفرع السادس/ عقد إذعان

لقد عرف الفقه القانوني عقد الإذعان عدة تعريفات ومنها انه (العقد الذي يسلم فيه أحد الطرفين بشروط مقرره يضعها الطرف الآخر ولا يسمح بمناقشتها، وذلك فيما يتعلق بسلع أو مرافق ضرورية تكون محل احتكار قانوني أو فعلي ، أو تكون المنافسة محدودة النطاق بشأنها)^(٢٤). ونادراً ما يوجد تعريف لعقد الإذعان في التشريع لأن التشريع كثيراً ما يحجم عن تعريف الظواهر القانونية وبحسب ما توفر لدينا من المعلومات لم نجد نصوصاً تحمل تعبير (عقد الإذعان) إلا في القانون اللبناني وفي مشروع تنقيح القانون المدني المصري^(٢٥) .

إن لعقد الإذعان مجموعة خصائص وشروط تميزها^(٢٦) ومنها:-

- ١- احتكار هذه السلع أو المرفق احتكاراً قانونياً أو قيام منافسة محدودة النطاق بشأنه وهذه الميزة تجعل الموجب في مركز اقتصادي قوي ومتغلب لما يتمتع به من احتكار قانوني او فعلي يجعل التفوق الإقتصادي واضحاً ولمدة طويلة وإن هذه الخاصية هي الميزة الوحيدة التي تحضي باتفاق يكاد

- يكون عاما بين الشراح الذين عالجوا هذا الموضوع .
- ٢- أن يتعلق العقد بسلع أو مرفق يعد من الضروريات بالنسبة للمستهلك أو المنتفع على الأقل في حدود ما وصلت إليه العقود المدنية الحديثة^(٢٧).
- ٣- أن يكون الإيجاب عاماً وواضحاً، يوجه لأشخاص غير محددين ويحتفظ به لمدة غير محدودة وقد يكون لزمان معين.
- ٤- يصدر الإيجاب في قالب إنموجي ويعرض ككل يقبل جملة أو يرفض ويغلب أن يكون في صيغة مطبوعة. هنالك من يرى بأن عقد الهاتف (عقد الإشتراك) هو عقد إذعان^(٢٨)، إذ إن جمهور المشتركين يتعرضون للإستغلال من شركات الإتصالات، ويدعن له العامة لحاجتهم إلى خدمة الإتصالات وإن هذه الشركات مارست ولا تزال تفرض إرادتها على جمهور المشتركين لاحتكارها في تقديم هذه الخدمة الضرورية.
- فقد ثبت أن هذه الخدمة ضرورية للمواطن من أجل التواصل مع الآخرين ولاسيما في ظل ظروف العراق الحالية^(٢٩) وبالتالي فإن هذه الشركات تحتكر هذه الخدمة لذا تتميز عقودها بسمة الإذعان، ولذا فإن عقد الهاتف النقال (الإشتراك في الخدمة) يعد من عقود الإذعان^(٣٠)، ذلك لانطباق تعريف الإذعان على العقد، وكذلك من إذ شروطه التعسفية التي اشترنا إليها سلفاً في العقد ومن إذ النظر إلى أطراف العلاقة العقدية الطرف الأول مقدم الخدمة (شركة الإتصالات) قوي اقتصادياً ويحتكر تقديم خدمة وإن الخدمة محل المنافسة فيها ضيق وهذه الخدمة ضرورة من ضروريات الحياة العصرية وخاصة في ظل ظروف العراق الراهنة وإن هذه الشركات العاملة في العراق تفرض إرادتها على المشتركين وإن لها دور كبير في دوائر الدولة ذات العلاقة بحجة إنها تقدم خدمة ذات نفع عام وهنالك العديد من الكتب التي صدرت من جهات حكومية تطلب فيها تسهيل عمل هذه الشركات^(٣١). وكذلك غياب قانون حدي للإتصالات وغياب الرقيب الحقيقي على عمل هذه الشركات كل ذلك يجعل صفة الإذعان واضحة في عقود الهاتف النقال في العراق^(٣٢).

المبحث الثاني

المسؤولية المدنية المترتبة على استخدام عقد الهاتف النقال

إن الحياة المدنية تنشئ علاقات متقابلة بين أعضاء المجتمع وهذه العلاقات تتضمن بطبيعة الحال نشوء التزامات وواجبات على عاتق هؤلاء الأفراد وبالتالي تنهض مسؤولية أطراف العلاقات تجاه بعضهم البعض وكما إن الفرد في المجتمع قد يلحق أضراراً بالغير في أثناء نشاطه في المجتمع وبالتالي تنهض مسؤوليته تجاه المضرور وهاتان صورتان من المسؤولية بالمسؤولية المدنية، و تكون على نوعين: مسؤولية عقدية تظهر من إخلال ناشئ عن عقد صحيح، و مسؤولية تقصيرية ناشئة عن عمل غير مشروع، وإن كلا من هاتين المسؤوليتين تنهضان في عقد الهاتف النقال وكذلك عند قيام مقدم الخدمة بتوفير خدمة الإتصال.... لذا سنتناولهما في مطلبين: الأول للمسؤولية العقدية في عقد الهاتف النقال و الثاني للمسؤولية التقصيرية الناجمة عن توفير خدمة الإتصال .

المطلب الأول

المسؤولية العقدية

المسؤولية العقدية ، هي المسؤولية التي تنشأ أو التي يترتبها القانون بسبب الإخلال بتنفيذ التزام أنشأه العقد^(٣٣) فإذا لم يتم المدين بتنفيذ التزامه الذي أنشأه عليه العقد وليس بالإستطاعة إجباره على تنفيذه وكذلك إذا أصبح تنفيذ الإلتزام مستحيلاً بخطئه فإنه يسأل عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه نتيجة ذلك وكذا الحال عند تأخر المدين بتنفيذ التزامه وسبق إن وضحنا بان عقد الهاتف النقال هو عقد شأنه شأن سائر العقود الأخرى ، وهو من عقود المعاوضة و الملزمة للجانبين، بإذ يصبح كل من طرفي العقد دائناً ومديناً في الوقت نفسه. فإذا لم يتم مقدم الخدمة بتنفيذ التزاماته ولم يكن بالإمكان إجباره على تنفيذه أو أصبح مستحيلاً بخطئه تنهض المسؤولية العقدية ويحق للمشارك المطالبة بالتعويض والحالة نفسها لو قام المشترك بعدم تنفيذ التزاماته فيحق والحالة هذه لمقدمالخدمة(شركة الإتصالات)المطالبة بتعويض في حالة عدم إمكان إجبار المشترك على تنفيذه. وللمسؤولية العقدية أركان ثلاثة هي الخطأ و الضرر والعلاقة السببية^(٣٤) وإنه من الممكن التعديل والتخفيف والإعفاء من المسؤولية العقدية . عليه نخصص الفرع الأول من هذا المطلب لبحث أركان المسؤولية العقدية والفرع الثاني لبحث جواز تعديل المسؤولية العقدية.

الفرع الأول / أركان المسؤولية العقدية

للمسؤولية العقدية أركان ثلاثة : خطأ، وضرر، وعلاقة سببية.وسنتكلم عنها تباعاً:-

أولاً:- الخطأ

بمجرد عدم قيام المدين بتنفيذ التزامه يعد خطأ موجبا لمسؤوليته التعاقدية ويوجب عليه تعويض الدائن عما أصابه من ضرر. يستوي في ذلك أن يكون عدم تنفيذ الإلتزام ناشئاً عن عمد أو إهمال أو تقصير، واعتبار المدين مخلاً بالتزامه يختلف حسب التزامه بتحقيق غاية أو التزام ببذل عناية^(٣٥). إن معظم التزامات مقدم لخدمة (شركات الإتصالات) تجاه المشترك هي التزامات بتحقيق نتيجة لذا تنهض مسؤولية مقدم الخدمة ويعتبر مسؤولاً في حالة عدم تحقيقه النتيجة والخطأ في هذه الحالة مفترض. وكذلك يعتبر مخطئاً في حالة تأخره في تنفيذ الإلتزامات الناشئة عن عقد الهاتف النقال أو تنفيذها بشكل معيب أو مخالف لما يفرضه عليه العقد أو أصول المهنة.

ثانياً:- الضرر

يعد الضرر الركن الأهم في المسؤولية العقدية ومعه تدور المسؤولية وجوداً وعمداً وشده وخفه لا تقوم المسؤولية بدونه ، فلا مسؤولية إذ لا ضرر وعبء إثبات الضرر يقع على عاتق الدائن لأنه هو الذي يدعيه ولا يكفي مجرد إخلال المدين بتنفيذ التزامه للقول بوقوع الضرر فقد لا يترتب على ذلك أي ضرر للدائن^(٣٦) . وعرف الضرر (بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه أو في مصلحه مشروعة له)^(٣٧)والضرر إما أن يكون مادياً أو أدبياً كما يمكن أن يكون مباشراً أو غير مباشراً ، ومتوقفاً أو غير متوقع

والضرر المادي:- هو الأذى الذي يصيب الشخص بخسارة مالية كإتلاف. الضرر الأدبي :-فهو الأذى الذي يصيب الشخص في شرفه أو شخصه أو مكانته الإجتماعية أو عاطفته وشعوره والضرر المباشر بحسب القانون المدني العراقي هو ما كان نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالإلتزام أو التأخر فيه. وإذ إن مسؤولية مقدم الخدمة هي مسؤولية عقدية ، فهولا يسأل عن الضرر المباشر المتوقع ألا في حالة ارتكابه غشا أو خطأ جسيما وعندها يسأل عن الضرر المباشر بنوعيه المتوقع وغير المتوقع وتكون المسؤولية بهذه الحالة كما هو الحال في المسؤولية التقصيرية وهي تشمل الخسارة اللاحقة والكسب الفائت^(٣٨). وكما يجب إن يكون الضرر محققا أي مؤكد سواء كان حالا أم تراخي وقوعه إلى المستقبل ويعتبر فوات الفرصة حسب ما استقر عليه الفقه والقضاء ضررا محققا كما يجب إن يكون متوقعا عند إبرام العقد . وإن معيار توقع هذا الضرر هو معيار الشخص المعتاد إذا وجد في نفس ظروف التعاقد^(٣٩). ولا يمكن حصر صور الضرر الواقع سواء من مقدم الخدمة (شركة الإتصالات) أو المشترك. وقد ألقى القانون الدائن من إثبات الضرر إذا كان محل الإلتزام دفع مبلغ من النقود ففي هذه الحالة يلزم المدين بدفع الفوائد التأخيرية^(٤٠).

ثالثا:- العلاقة السببية

العلاقة السببية هي الصلة بين الخطأ والضرر إذ يجب أن يكون الضرر نتيجة طبيعية لخطأ المدين بعدم الوفاء بالتزامه ، وفي حالة انعدامها تنتفي المسؤولية وأن العلاقة السببية مفترضة بدون حاجة للدائن في إثباتها إلا انه فرض قابل لإثبات العكس^(٤١)، ويقع عبء إثبات انقطاع العلاقة السببية على عاتق المدين وهو لا يستطيع ذلك إلا بإثبات السبب الأجنبي ، والسبب الأجنبي هو كل ما يمكن ان يؤدي إلى وقوع الضرر ولكنه لا يرجع إلى فعل أو خطأ المدين والسبب الأجنبي أما أن يكون قوة قاهرة أو حادثا فجائيا أو خطأ المدين أو المتضرر أو فعل الغير.

وعليه لانعدام المسؤولية العقدية في عقد الهاتف النقال يجب أن تتوفر قوة قاهرة أو حادث فجائي أو خطأ المشترك أو فعل الغير وبعبكسه فان المسؤولية العقدية تنهض ويلزم التعويض.

الفرع الثاني / تعديل أحكام المسؤولية العقدية

يمكن تعديل أحكام المسؤولية العقدية سواء بالتشديد أو التخفيف أو بالإعفاء إذ أن العقد شريعة المتعاقدين مادام ذلك الإتفاق في حدود النظام والآداب العامة وأن تعديل أحكام المسؤولية العقدية هو تطبيق للقواعد العامة في العقد. لذا يجب البحث عن مدى إمكانية أعمال مثل هذا الإتفاق في مجال عقد الهاتف النقال.

أولاً:- الإتفاق على تشديد مسؤولية مقدم الخدمة

يجوز الإتفاق على تشديد مسؤولية مقدم الخدمة تطبيقا للقواعد العامة واستنادا الى إن العقد شريعة المتعاقدين أما عن صحة مثل هذا الإتفاق في عقد الهاتف النقال فقد اتجه جانب من الفقه^(٤٢) في مجال عقد المشورة المعلوماتية والذي سنعتمده في القياس على عقد الإشتراك إلى القول بأنه توجد عدة مظاهر

يمكن من خلالها اعتمادها في قبول هذا الإتفاق كالاتي :-

أ- التزام مقدم الخدمة التزام بنتيجة إن التزام مقدم الخدمة بتقديم خدمات الإتصالات وخاصة فيما يتعلق بتأمين الإتصال بالشبكة هو التزام بنتيجة إذ أن المشترك يهدف من عقد الهاتف النقال الحصول على هذه النتيجة وهي إمكانية الإتصال بالشبكة ليتمكن بعدها من الحصول على بقية الخدمات.

ب - توسيع التزام مقدم الخدمة:-

إن مقدم الخدمة في هذه الحالة لا يسأل عن تحقيق النتيجة فقط وإنما يسأل حتى في حالة عدم تحقيق هذه النتيجة ولوجود سبب أجنبي متمثل بقوة قاهرة أو حادث فجائي وكقاعدة عامة يجوز إن يتم مثل هذا الإتفاق بين المشترك ومقدم الخدمة^(٤٣).

ج - التعويض عن الأضرار غير المتوقعة :-

لا يسأل المتعاقد في المسؤولية العقدية إلا عن الأضرار المتوقعة إلا إذا ارتكب غشا أو خطأ جسيما^(٤٤)، فعندها يسأل عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة ، ويجوز بحسب القواعد العامة للإتفاق على إن يكون مقدم الخدمة مسؤولا عن تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وقت إبرام العقد .

أما عن وجود مثل هذه الإتفاقيات فنقول إن هذه القواعد العامة عمليا غير معمول بها في عقد الهاتف النقال إذ إن مقدم الخدمة ينفرد بوضع الشروط وهو الطرف القوي اقتصاديا في العقد. وخلاصة القول انه نظريا يمكن إن يوجد مثل هذه الإتفاقيات وإنه صحيح وموافق للقانون ألا أنه عمليا لا وجود لها.

ثانيا:- إعفاء مقدم الخدمة من المسؤولية

تعتمد الشركات التي تقدم خدمة الإتصالات بشكل عام إلى أن يتضمن عقد الهاتف النقال شروطا للإعفاء من المسؤولية أو للتخفيف منها وتعتمد بذلك إلى تحويل التزاماتها من التزام بنتيجة إلى الإلتزام بوسيلة حتى لا تقوم مسؤوليتها إلا إذا اثبت المشترك خطأ مقدم الخدمة وتقصيره في بذل العناية اللازمة^(٤٥)، وإن هذه الشركات عادة ما تضمن عقودها شروطا تنص فيها على أنها تلتزم بتقديم أفضل الخدمات الممكنة، وإنها غير ملزمة بتقديم الخدمات في جميع أنحاء البلاد وإنها غير مسؤولة عن أية مشكلة أو تأخير أو توقف يمكن إن يحدث للشبكة في أي وقت ومهما كان نوع الخدمة المستعملة أو عن أي إضرار تلحق بالمشارك ناشئة عن خدمة الإتصال^(٤٦)، وهذا يعني ان شركة الإتصالات تحاول تحويل التزاماتها إلى التزام ببذل عناية وأحيانا تهدف إلى الإعفاء من المسؤولية بشكل كامل وإن مثل هذه الشروط تدرج صراحة في العقد، فما مدى صحة وقبول عقد الهاتف النقال لتلك الشروط ؟. يرى جانب من الفقه إن مثل هذا الشرط صحيح^(٤٧) ويمكن إدراجه في العقد ذلك إن العقد شريعة المتعاقدين ولكن يجب عدم إعمال هذا الشرط في حالة إذ تنافى مع جوهر العقد وأساسه . أي أن مثل هذه الإتفاقيات لم تلق الترحيب أو القبول من جانب بعض الفقهاء في عدد من العقود كعقد المشورة المعلوماتية مثلا باعتبار إن التوسع في إعمال مثل هذه الشروط يؤدي إلى التقليل من جوهر العقد و أساسه^(٤٨). أما في القوانين فلا يوجد ما يمنع من وجود مثل هذه الإتفاقيات وصحتها في أي عقد للتخفيف أو للإعفاء من المسؤولية العقدية كقاعدة عامة من إذ المبدأ ألا ما ينشأ عن الغش والخطأ الجسيم ،

ويجوز أيضا حسب القواعد العامة إن يشترط المدين عدم مسؤوليته عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ العقد^(٤٩). أي انه من الناحية التشريعية فان وجود مثل هذه الإتفاقيات

في عقد الهاتف النقال صحيحة في مواجهة المشترك وإن مقدم الخدمة يستطيع في جميع الأحوال التخلص من المسؤولية الناشئة من فعله ما لم يرتكب خطأ جسيماً أو غشاً وإن مقدم الخدمة يستطيع التخفيف من مسؤوليته بان يجعل التزامه التزام ببذل عناية وليس بتحقيق غاية وبذلك يقلب عبء الإثبات على المشترك الذي عليه إثبات خطأ و تقصير مقدم الخدمة، وكما يستطيع مقدم الخدمة الإعفاء من المسؤولية الناشئة عن الغش والخطأ الجسيم الصادر من الأشخاص الذين يستخدمهم في تنفيذ التزامه. و خلاصة القول فنحن نميل إلى الرأي الفقهي الغالب في مجال عقد المشورة المعلوماتية ونقول إن شروط الإعفاء أو التخفيف من المسؤولية العقدية في مجال عقد الهاتف النقال هي شروط غير صحيحة لأنها تنال من جوهر وأساسه العقد وتؤدي إلى إعفاء مقدم الخدمة من المسؤولية وتعطيه سلطة وقوة اكبر في مواجهة المشترك فضلاً عن كونه الطرف الأقوى في العلاقة العقدية والذي يتمتع بالخبرة الفنية والعملية ، لذا نرى ضرورة إبطال مثل هذه الشروط في عقد الهاتف النقال وفي غيره من عقود الإذعان بشكل عام لكونها أساساً تتسم بعدم التكافؤ بين أطرافه وكونها لا تتلاءم مع طبيعة أداء مثل هذه الخدمات وإنها من الشروط التعسفية^(٥٠).

المطلب الثاني

المسؤولية التقصيرية

في سبيل توفير خدمة الإتصال للمشاركين في عقد الهاتف النقال فإن مقدم الخدمة (شركة الإتصالات) تقوم بإبرام العديد من العقود المختلفة وكذلك تقوم بنصب الأبراج والمعدات التكنولوجية اللازمة لتأمين خدمة الإتصال ومنها الهوائيات والمرسلات وكذلك تقوم بنصب المولدات الكهربائية لتأمين الكهرباء واستئجار الأراضي لنصب تلك المعدات وتوظيف العديد من الموظفين الفنيين والإختصاصيين في هذا المجال وهي كما تقوم بذلك وكنتيجة طبيعية لنشاطها فإنها قد تلحق أضراراً بالآخرين وهذه الأضرار ليست لها صورة وأحدة بل متعددة ومختلفة وهذه الأضرار قد تلحق نتيجة الأمواج والإشعاعات الصادرة من الأبراج أو بسبب المولدات الكهربائية وكذلك تنهض المسؤولية بسبب الأضرار التي يلحقها الفنيون الموظفون في أثناء قيامهم بأعمالهم وهذه المسؤولية هي مسؤولية تقصيرية^(٥١) تنهض إذا توفرت أركانها ، ويطلق عليها تسميات متعددة منها المسؤولية الفعلية والمسؤولية عن الفعل الضار وإنها تعرف (التزام الشخص بتعويض الضرر الناشئ عن فعله الشخصي أو عن فعل من هم تحت رعايته أو رقابته من الأشخاص أو اتباع أو تحت سيطرته الفعلية من الحيوان أو البناء أو الأشياء غير الحسية الأخرى في الحدود التي يرسمها القانون)^(٥٢) . سنحاول التكلّم في هذا المطلب على أركان هذه المسؤولية ومدى تحققها بالنسبة لمقدم الخدمة (شركة الإتصالات) في الفرع الأول، وأما الفرع الثاني نتكلّم عن حكم تحققها وجواز تعديل حكمها بالنسبة لمقدم الخدمة.

الفرع الأول / أركان المسؤولية التقصيرية

لتحقق المسؤولية التقصيرية لمقدم خدمة الإتصال (شركة الإتصالات) لابد من توافر أركانها وهي الخطأ و الضرر والعلاقة السببية بينهما حينذاك يتحقق حكم المسؤولية على مقدم الخدمة وسنتناول هذه الأركان الثلاثة تباعاً .

اولاً:- الخطأ

ركن ضروري من أركان المسؤولية التقصيرية ويعرف الخطأ بأنه إخلال بالتزام قانوني سابق يصدر عن إدراك وهذا الإلتزام القانوني هو التزام باحترام حقوق الناس الكافة وعدم الإضرار بهم وهو التزم ببذل عناية والخطأ التقصيري يقوم على عنصرين هما التعدي أو الإخلال وهو العنصر الموضوعي والإدراك أو التمييز وهو العنصر الشخصي^(٥٣). وفي مجال خدمة الإتصال فإن على مقدم الخدمة المالك للمنظومة أن يتقيد بالتعليمات الخاصة بنصب الأبراج والهوائيات وعدد المرسلات في كل برج وكذلك المسافات المطلوبة وكما إن هناك أجهزة والآلات تستخدم لتأمين الإتصال وهذه وآلات تتطلب عناية خاصة ولاسيما فيما يتعلق بقياس الإشعاعات الصادرة منها فعلى مقدم الخدمة متابعة الإشعاعات الصادرة وقياسها لأن في عدم مراعاة التعليمات وزيادة نسبة الإشعاعات الصادرة من الأبراج يؤدي إلى قيام مسؤولية مقدم الخدمة في حالة إلحاق أضرار بالآخرين علما بان قيم التعرض للإشعاعات الصادرة من الأبراج والمحطات الرئيسية والثانوية هي ٠,٧٥ ملي وأحد /سم^٢ بالنسبة للتردد (٩٠٠-٨٠٠) ميكا هرتز ٠,١ ملي واط /سم^٢ للتردد (١٨٠٠-٢٠٠٠) ميكا هرتز حسب المادة الثالث عشر من تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة .

ثانياً:- الضرر

يعرف الضرر بأنه الأذى الذي يصيب الشخص في حق أو مصلحة مشروعة وهو ركن أساسي لأن المسؤولية تعني التعويض والتعويض يقدر بحجم الضرر وبانتقائه تنتفي المسؤولية ولا يبقى محل للتعويض^(٥٤) فالمسؤولية التقصيرية تدور وجودا وعدما مع الضرر ، وفي سياق التكلم عن الضرر لا بد من الإشارة إلى انه قد يلحق ضرر البيئة ناجم عن الإشعاعات الصادرة من الأبراج والهوائيات والضوضاء من المولدات والقانون أعطى الحق لمراقب البيئة بإزالة الضرر والمطالبة بالتعويض على وفق أحكام قانون حماية البيئة وتحسينها رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩ وبالتالي فهي تخرج من نطاق بحثنا^(٥٥). وقد قسم الفقهاء الضرر إلى نوعين هما الضرر المادي والأدبي وهناك شروط في الضرر أن يكون محققا ومباشرا وإن يصيب حقا أو مصلحة مالية مشروعة^(٥٦). وفي نطاق تقديم خدمة الهاتف النقال فأننا يمكن إن نورد بعض صور الضرر الناجمة عن تقديم خدمة الإتصال.

أ- الأضرار التي تلحق بسبب الإشعاعات غير المؤينة الصادرة من الأبراج والهوائيات :-

لقد أثار هذا النوع من الأضرار جدلا واسعا في مختلف أنحاء العالم وقام الباحثون والناشطون في مجال الصحة البيئية بإجراء البحوث لإثبات الضرر على الإنسان وإن محطات الهاتف النقال تعمل على موجات المايكروويف الراديوية وبنطاق ترددات (٩٠٠ - ١٨٠٠) ميكا هرتز وتتفق كل الهيئات المختصة بهذا الموضوع على ضرورة الوقاية من التعرض لهذه الموجات لمدة طويلة لأنها تسبب أضرارا وتلفاً في خلايا المخ والدماغ ويؤدي إلى ارتفاع حرارة الجسم^(٥٧).

ويبدو أن محكمة التمييز الإتحادية الموقرة لم تأخذ بنظر الاعتبار هذه الأضرار المختلفة وفي قرارها المرقم ٤٦٢ / الهيئة المدنية منقول ٢٠٠٩ لم يعد وجود الأبراج والهوائيات والمرسلات بالقرب من الدار المدعي ضررا إذ ورد (ذلك لان الثابت من الكتب المبرزة في الدعوى بان شركة آسيا سيل قد استحصلت الموافقات الأصولية لتقديم خدمات الإتصالات / الهاتف النقال في أنحاء العراق وكما وجد إن كتاب مديرية

البيئة في محافظة ديالى المرقم ٣٩٤ في ٢٠٠٩/٣/١٢ تضمن عدم ممانعتهم من ناحية المحدودات البيئية لنصب المعدات في مكانها الحالي. مما تكون دعوى المدعين فاقدة لسندها القانوني وموجبة للرد.... الخ (وفي قرار آخر لمحكمة التمييز الاتحادية الموقرة^(٥٨)) [إذ إن محكمة الموضوع قد أجرت التحقيقات الوافية في الدعوى وقد تأيد من خلالها ومن تقارير الخبراء القضائيين عدم وجود ضرر حال أو محتمل يصيب المميز في جزء من الأجهزة ومولدات الكهرباء، مما تكون دعوى المدعي موجبة للرد ... الخ] بالرغم إن محكمة التمييز قد استندت في قراراتها إلى تقارير الخبراء القضائيين وكتب رسمية صادرة من مديرية البيئة ألا إننا نقول بهذا الصدد بان مديريات البيئة في كافة أنحاء العراق ليست لها الخبرة الوافية بهذا الصدد وإن أمانة مجلس الوزراء طلب من الدوائر ذات العلاقة بخدمة الإتصال بتسهيل مهمة هذه الشركات بالفضلاً عن إن أجهزة قياس الإشعاعات الصادرة من الأبراج الموجودة في مديريات البيئة مزودة أصلاً من قبل هذه الشركات مما يكون تقريرها محل نظر هذا من جهة ومن جهة أخرى أن أثار (أضرار) هذه الإشعاعات الصادرة من الأبراج ليست فورية وإنما تحتاج للوقت ومدة لكي تظهر ويثبت بشكل قاطع وجازم فكان على المحكمة إن تأخذ بنظر الاعتبار هذه الأمور .

ب- الإضرار الناجمة عن نصب المولدات الكهربائية من قبل مقدم الخدمة .

لغرض توفير خدمة الإتصال بشكل مستمر فإن مقدم الخدمة يقوم بنصب المولدات اللازمة مع الأبراج لتوفير الكهرباء للأبراج على مدار الساعة لديمومة عمل هذه الأجهزة ومما لاشك فيه إن هذه المولدات تصدر منها ضوضاء وتحتاج إلى صيانة دائمة بالرغم من أن شركات الإتصالات تقوم بتوفير مولدات كاتمة للصوت ولا تحدث ضوضاء ولكن نعتقد بان نصب هذه المولدات على أسطح المنازل يلحق ضرراً مباشراً ومحقق بأصحاب الدور المجاورة .

وعلى الأقل من ناحية إدامة هذه المولدات التي تحتاج إلى فحصها من الفنيون مما يجعل المناطق السكنية عبارة عن مناطق تجارية وصناعية وبالتالي يفقد أصحاب - الدور المجاورة الراحة والطمأنينة المنشودة من المسكن ولا بد للقضاء العراقي إن يقول كلمته بهذا الصدد علماً إن هنالك العديد من القرارات الصادرة من محكمة التمييز بهذا الخصوص ومنها قرار المرقم ٢٠٠١/٤٣٢ في ٢٠٠١/٣/٥ الذي جاء فيه (لقد ثبت من تقارير الخبراء القضائيين الضرر الحاصل للمدعي من ناحيتين الأولى المتمثلة بتدهور حالته الصحية كونه مصاب بداء الربو والثانية عن تشغيل المولدات جواره ... عليه تقرر تصديق القرار الخاص برفع المولد). ونلاحظ إن موقف القضاء العراقي إزاء المولدات يعتمد على القواعد العامة في نطاق التعسف في استعمال الحق^(٥٩)، لذا فإننا نرى بان الضرر وارد من جراء نصب الأبراج والمولدات على أسطح المنازل ولاسيما إن تعليمات الوقاية من الأشعة غير المؤينة رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ اشترطت مواصفات خاصة بهذه الأسطح وذلك في المادة الحادية عشرة التي نصت على إن (تغلق الأسطح المشغولة بالأبراج بسور غير معدني بمسافة (٦) أمتار من جميع الاتجاهات) ولا اعتقد أن هنالك أسطح بهذه المسافات الواسعة .

ثالثاً:- العلاقة السببية

لكي تثبت المسؤولية التقصيرية على مقدم الخدمة لا يكفي الضرر والخطأ بل لا بد من توافر الرابطة السببية بين الخطأ والضرر وهو ركن ضروري ومهم فيجب توافر الرابطة السببية بين خطأ مقدم

الخدمة والضرر الذي لحق بالآخرين وفي حالة عدم توافر العلاقة أو الرابطة لا تنهض المسؤولية واثبات العلاقة بين الخطأ والضرر يقع على عاتق المتضرر ، وبحسب القواعد العامة في الإثبات، فلا بد من إثبات إن خطأ مقدم الخدمة هو الذي كان السبب في الضرر الذي أصابه^(٦٠).

الفرع الثاني / حكم تحقق المسؤولية ومدى جواز تعديل أحكامها سنتناول في هذا الفرع حكم تحقق المسؤولية التقصيرية بالنسبة لمقدم الخدمة، ومدى جواز تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية بالنسبة لمقدم الخدمة. وكما يأتي:-

أولاً:- حكم تحقق المسؤولية التقصيرية إذا تحققت أركان المسؤولية التقصيرية من الخطأ والضرر والعلاقة السببية تنهض مسؤولية مقدم الخدمة وحكم المسؤولية هو التعويض وتقام هذه الدعوى عن العمل غير المشروع من المتضرر أو من ينوب عنه قانوناً، والتعويض هو وسيلة القضاء لجبر الضرر محواً أو تخفيفاً والتعويض يدور مع الضرر وجوداً وعدماً ولا تأثير لجسامة الخطر فيه، والتعويض النقدي هو الشائع وقد يكون التعويض إزالة الضرر وقد تطرقت المادة (٢٠٧) / مدني عراقي على عناصر التعويض وهي مالحق المتضرر من ضرر وما فاتته من كسب ولا يتطلب دعوى المسؤولية التقصيرية توجيه أضرار إلى مقدم الخدمة

لكي تحكم المحكمة بالتعويض ، ولقد استقر القضاء على إن يحكم بالتعويض وقت صدور الحكم^(٦١). ثانياً:- مدى جواز تعديل أحكام المسؤولية التقصيرية بالنسبة لمقدم الخدمة يعد أكثر أحكام المسؤولية التقصيرية من النظام العام ولا يجوز الإتفاق على ما يخالفها فلا يستطيع الأشخاص تعديل أحكام دعاها من إذ الإثبات والتقادم ولكن يجوز تعديل حكم تحقيق المسؤولية التقصيرية فيما يتعلق بتشديد المسؤولية إما الإعفاء من المسؤولية فهذا لا يجوز ويقع باطلا استناداً لأحكام المادة (٢٥٩) / مدني عراقي إذ نصت على الأتي: (ويقع باطلا كل شرط يقضي بالإعفاء من المسؤولية المترتبة على العمل غير المشروع)^(٦٢) ، لذا فان مقدم الخدمة (شركة الإتصالات) يكون مسؤولاً عن الأضرار التي تلحق بالمتضررين عند ممارسة نشاطه ولا يتصور أن هذه الشركات تستطيع التخلص من المسؤولية استناداً إلى أحكام المادة (٢٥٩) / مدني عراقي .

المبحث الثالث

دور التشريع في تنظيم عقد الهاتف النقال

وكان لانتشار خدمة الإتصال عبر الهاتف النقال في جميع أنحاء العالم دور مهم في حث الدول على إصدار التشريعات الخاصة بها لتنظيم أعمالها وبيان أحكامها، وقد أصدرت بعض الدول قوانين تنظيم ذلك وهناك دول في طور الإصدار لتلك القوانين ومنها العراق . لذا سنتكلم في هذا المبحث عن دور التشريع المقارن في المطلب الأول وفي المطلب الثاني عن دور التشريع في تنظيم الإتصال في العراق.

المطلب الأول

دور التشريع المقارن

لقد أحدثت خدمة الهاتف النقال ثورة تكنولوجية عالمية وساهمت بشكل كبير في أحداث التواصل بين أفراد وسكان الأرض وبكل سهولة وبالرغم من فوائدها الجمة إلا إن فيها بعض المساوئ لذلك اتجهت معظم الدول إلى إصدار قوانين وتعليمات بخصوص عمل هذه الخدمة وتحديد أماكن نصب الأبراج وارتفاعها وعدد الهوائيات في كل برج... وقد بذلت جهود دولية لمواجهة مشاكل التقنيات العلمية الحديثة ومنها الهواتف النقالة إذ أصدرت الجمعية العامة للأمم المتحدة قرارها برقم (٣٣٨٤) (d-30) بتاريخ ١٠/١٠/١٩٧٥ والذي سمي بالإعلان الخاص باستخدام التقدم العلمي والتكنولوجي لصالح اسلامة وخير البشرية هذا بالفضلاً عن انه تم إنشاء الاتحاد الدولي للاتصالات السلكية واللاسلكية ، إذ يختص بتنظيم الحصول على المواقع المدارية وتفاذي حصول التشويش الضار^(١٣) ولقد أصدرت العديد من الدول قوانين تنظم عمل الإتصال في أراضيها فقد أصدرت ألمانيا قانون خدمات الإتصالات والمعلومات عام ١٩٩٧ وأصدرت فرنسا العديد من القوانين بهذا الخصوص^(١٤) ومنها القانون الخاص بحرية الإتصالات الرقم ١٠٧٦ في ١٩٨٦/٩/٣٠ رقم ٦٤٦ في ١٠/ يوليو / ١٩٩١ وقانون تنظيم الإتصالات رقم ٦٦ الصادر في / يوليو / ١٩٩٦ وصدرت عدة تعليمات تنفيذا له . وكما صدر قانون رقم ٧١٩ لسنة ٢٠٠٠ المعدل لقانون سرية الإتصالات رقم ١٠٧٦. وقد أصدرت الدول العربية مجموعة قوانين متعلقة بالإتصالات فقد أصدر المشرع المصري قانون الإتصالات رقم (١٠) في ٢ / فبراير / ٢٠٠٢ وكذلك أصدر قانون حماية المستهلك رقم ٦٧ في ٢٠ / ٥ / ٢٠٠٦ ، وكذلك أصدر المشرع القطري قانون رقم ٤٣ لسنة ٢٠٠٦ والخاص بالإتصالات وكذلك أصدر قانون حماية المستهلك رقم ٨ في ١٥ / ٥ / ٢٠٠٨^(١٥) . وكما أصدر المشرع اللبناني قانون حماية المستهلك اللبناني رقم ٦٥٩ في ٤ / ٢ / ٢٠٠٢ ، قد أصدر المشرع العماني قانوناً للإتصالات رقم ١٢ / مارس / ٢٠٠٢ وقانون حماية المستهلك العماني رقم ٨١ في ٢٨ / ٨ / ٢٠٠٢ وكما إن هنالك دول عربية أخرى قد أصدرت قوانين مماثلة ومن خلال عرضنا للتشريعات المقارنة نلاحظ بأن معظم الدول والهيئات الدولية تولي خدمات الإتصال اهتماماً بالغاً كونها روح العصر وإنها دخلت في الحياة العامة للمجتمع فكان من الضروري تنظيمها على وفق قواعد القانون .

المطلب الثاني

دور التشريع في العراق

مما لاشك فيه أن العراق قد تأخر في إصدار تشريعات تنظم وتحكم عمل خدمة الإتصالات الحديثة في العراق لتأخر هذه الخدمة إلى العراق بسبب الحصار الإقتصادي الذي كان مفروضاً على العراق وبعد أحداث عام ٢٠٠٣ أصبح العراق ساحة مفتوحة لا يوجد فيها قانون وقد عملت بعض الشركات ومنها آسيا سيل وعراقنا لتقديم خدماتها وبصورة فورية بعد أحداث ٢٠٠٣ . وقد أصدر سلطة الائتلاف المؤقتة أوامر بخصوص هذه الخدمات ومنها الأمر رقم (٦٥) القسم (٦-٥) والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٣٩٨٢ في ٢٠ / ٣ / ٢٠٠٤ التي أعطت المفوضية العراقية للإتصالات والإعلام فرض العقوبات المناسبة على عمل الشركات المرخصة لها بالعمل في العراق في مجال الإتصالات السلكية واللاسلكية . في حالة إخلالها بالتزامها^(١٦) . ولها صلاحية سحب الرخص الممنوحة لها .

وبعد انتشار خدمة النقال في العراق ، وتوسع عمل الشركات المقدمة ، ونصبها العديد من الأبراج والمرسلات والهوائيات داخل المدن وبطرق عشوائية وجد المشرع العراقي لا بد من إصدار تعليمات لتنظيم توزيع الأبراج والهوائيات والمرسلات بشكل يقلل من الآثار السلبية للموجات والترددات والإشعاعات الغير المؤينة الصادرة من هذه الأبراج فصدرت تعليمات الوقاية من الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الأبراج الرئيسية والثانوية للهواتف النقالة رقم (١) لسنة ٢٠٠٧ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤٠٥٥ في ١٦/كانون الثاني/ ٢٠٠٧^(٦٧) وإن صدور مثل هذه التعليمات أمر ضروري لضمان حماية البيئة وعناصرها (الإنسان والحيوان والنبات) من التأثيرات البيولوجية للإشعاع غير المؤين ، وتضمنت هذه التعليمات مجموعة تعليمات والمسافات اللازمة توافرها لنصب الأبراج وضرورة استحصال موافقة وزارة البيئة قبل نصب الأبراج داخل المدن بالرغم من أهمية هذه الخطوة إلا إن التعليمات يشوبها بعض الغموض ومنها عدم منعها نصب الأبراج داخل المناطق السكنية . هذا فضلاً عن أن توفير أجهزة لقياس مستوى الإشعاع الصادر من الأبراج يتم من قبل الشركات العاملة الأمر الذي يكون محل شك حول مواصفات هذه الأجهزة وجودتها في قياس الإشعاعات الصادرة من الأبراج ، كما إن المشرع العراقي قد أصدر عدد من القوانين ذات العلاقة بخدمة الإتصال (الهاتف النقال) فقد صدر قانون حماية وتحسين البيئة رقم (٢٧) لسنة ٢٠٠٩ المنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٢ في ٢٥/كانون الثاني/ ٢٠٠١ ، وقد اعتبر القانون وفي المادة (٢) الفقرة (٦) الهواء من عناصر البيئة والواجبة حمايتها من التلوث والحد من الضوضاء وقد اعتبر المادة (١٥) الفقرة (٥) منه (ممارسة النشاطات الباعثة للأشعة الكهرومغناطيسية غير المؤينة والمنبعثة من محطات الرئيسية و الأبراج والهوائياتإذا تجاوزت حدها من ملوثات الهواء^(٦٨) وكما تضمن القانون أحكاماً عقابية في المواد (٣٣- ٣٥) ، وكذلك من القوانين ذات العلاقة بخدمة الهاتف النقال قانون حماية المستهلك رقم (١) لسنة ٢٠١٠ والمنشور في الوقائع العراقية بالعدد ٤١٤٣ في ٨ شباط / ٢٠١٠ وهو من القوانين المهمة وذات الصلة المباشرة بتقديم خدمة الهاتف النقال)^(٦٩).

الخاتمة

في ختام البحث في موضوع عقد الهاتف النقال لابد لنا بيان أهم المقترحات والتوصيات التي تم التوصل إليها أولاً:- ضرورة معالجة الغياب التشريعي فيما يخص تنظيم عقد الهاتف النقال وخدمة الإتصال. ثانياً:- النص في قانون الإعلام والإتصال على ضرورة إبطال الشروط التعسفية في العقد. ثالثاً:- النص في قانون الإعلام والإتصال على عدم تعديل وتغيير الأسعار إلا بعد الإتفاق مع المستهلكين خاصة وان قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ اجاز تشكيل مجلس حماية المستهلكين ويتمتع بالشخصية المعنوية. رابعاً:- استبدال لفظ المستفيد الوارد في مسودة قانون الإعلام والإتصال بلفظ المشترك لان الاستفادة تكون بعد الإشتراك. خامساً:- ضرورة إنشاء شركة وطنية للإتصالات لتقديم خدمة الهاتف النقال ولاسيما إن العراق لديه الإمكانيات البشرية والمالية مما يقلل من احتكار هذه الشركات علماً أن هناك دراسة سابقة بهذا الخصوص. سادساً:- إن تعليمات الوقاية من الإشعاعات غير المؤينة الصادرة عن الأبراج الرئيسية والثانوية للهاتف النقال(١) لسنة ٢٠٠٧ رغم كونها خطوة مهمة لتنظيم الأبراج والوقاية منها إلا إن فيها بعض النواقص الآتية:-

- أ- ضرورة النص على منع نصب الأبراج والهوائيات داخل المناطق السكنية لتلافي الأضرار المستقبلية.
- ب- ضرورة معالجة الأبراج والهوائيات التي نصبت قبل صدور تعليمات الوقاية من الإشعاعات.
- ت- هناك تناقضات وردت في التعليمات لاسيماً ما يتعلق بالمسافة بين الأبراج ورياض الأطفال والمدارس العادية التي نصت إن تكون (٨٠م) في حين نصت على ابتعاد الأبراج عن الدور والشبابيك المجاورة مسافة (١٢م) ونقول إلا يوجد في الدور والمسكن أطفال أيضا يستحقون حماية!!!
- سابعاً:- إلزام شركات الإتصالات بتفعيل خدمة تحديد موقع المتصل لما له من أهمية ودور مهم في جرائم الاختطاف والتهديد للكشف عن مواقعهم .

(تم بعون الله)

المصادر :

- (١) القاموس المحيط ، فعل العين .
- (٢) مختار الصحاح : ابن عبد القادر الرازي ، طبعة بيروت ، ص ١٦٨
- (٣) د. عبد المجيد الحكيم ، د. عبد الباقي البكري ، د. محمد طه البشير، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي، مصادر الإلتزام ، ج ١ ، دار الكتب للطباعة والنشر ، الموصل ، ١٩٨٠ ، ص ٣
- (٤) د. عصمت عبد المجيد بكر ، اثر التقدم العلمي في العقد ، الناشر صباح صادق جعفر الانباري ، بغداد ، ٢٠٠٧ ، ص ٣١ .
- (٥) هالة صلاح الحديثي، النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة، جامعة كركوك، بحث منشور، على شبكة الانترنت، ص ٦
- (٦) التراضي :- هو توافق الإرادتين إذ لا يمكن تصور قيام روابط تعاقدية بين الطرفين إذا لم تتلاق إرادتهما لإتمام العقد ويعتبر التراضي أهم ركن للعقد والعنصر الجوهرى. لمزيد من التفصيل انظر، د. سليمان مرقص، الوافي في شرح القانون المدني في الإلتزامات، المجلد الأول-نظرية العقد والإرادة المنفردة، ج ١، ط ١٩٨٧، ص ١٣٢،
- (٧) استناداً للمادة (٩٠) القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ التي نصت (إذا فرض القانون شكلا معيناً للعقد فلا يعقد إلا باستيفاء هذا الشكل مالم يوجد نص بخلاف ذلك)
- (٨) للمزيد من التفاصيل انظر . د. ياسين محمد الجبوري، المبسوط في شرح القانون المدني، ج ١، مصادر الحقوق الشخصية ، المجلد الأول - نظرية العقد، القسم الأول ، انعقاد العقد ، دراسة مقارنة في القانون المدني الأردني والفقهاء الإسلامي والإشارة إلى القانون المدني العراقي والمصري والفرنسي ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٢، ص ١٧٣ وما بعدها .
- (٩) المادة (٧٧) من القانون المدني العراقي نصت على ان (الإيجاب والقبول كل لفظين مستعملين عرفاً لإنشاء العقد وأي لفظ صدر أولاً فهو إيجاب والثاني قبول).
- (١٠) استناداً للمادة (٧٣) من القانون المدني العراقي.
- (١١) د. احمد السعيد الزقرد ، نحو نظرية عامة لصياغة العقود ، دراسة مقارنة في مدى القوة الملزمة لمستندات التعاقد ، مجلة الحقوق، العدد الثالث، السنة الخامسة والعشرون، ٢٠٠١، ص ١٧٨ .
- (١٢) للمزيد من التفاصيل عن هذه العقود، ينظر د. حسن علي ذنون، دور المدة في العقود المستمرة، مطبعة دار الكتب للطباعة والنشر، جامعة الموصل، ١٩٨٨، ص ٦، وما بعدها.
- (١٣) د. سلام منعم مشعل ، عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال، مجلة كلية الحقوق ، جامعة النهريين، المجلد ٩، العدد ١٧ ، كانون الأول، ٢٠٠٦ ، ص (١٦٤-١٦٦)
- (١٤) انظر فقرة (٧) من (٢) من إنموذج عقد اوراسكوم تيليكوم للهاتف النقال
- (١٥) انظر فقرة (٥) من لائحة الشروط لخدمات اسياسيل للهاتف النقال وهي جزء ملحق للاشتراك بالخدمة (جزء من العقد)
- (١٦) الجهة المسؤولة عن منح تراخيص العمل في العراق هي (هيئة الإعلام والاتصالات) .
- (١٧) د. حسن علي ذنون ، شرح القانون المدني ، أصول الإلتزام ، مطبعة المعارف، بغداد ، ١٩٧٠، ص ٢٥.
- (١٨) د. محمد وحيد الدين سوار ، شرح القانون المدني ، النظرية العامة للإلتزام ، مصادر الإلتزام ، ١٨ مديرية الكتب

والمطبوعات الجامعية ، دون مكان للطبع (١٩٨٩-١٩٩٠)، ص٤٢.

- (١٩) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، الوجيز في نظرية الإلتزام في القانون المدني العراقي ، ج١، ١٩٨٠، ص٢٥.
- (٢٠) د. مصطفى كمال طه ود. علي البارودي ، القانون التجاري ، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠١، ص٤٧٦.
- (٢١) نداء كاظم محمد المولى ، الآثار القانونية لعقود نقل التكنولوجيا ، دار وائل للنشر والتوزيع ، عمان ، ٢٠٠٣، ص٥٠.
- (٢٢) نقلاً عن : د. مصطفى كمال طه ، مصدر سابق ، ص٤٧٦. د. محمد فريد العريني ، مبادئ القانون التجاري دراسة في الأدوات القانونية ، منشأة المعارف ، الاسكندرية ، ص٨٩.
- (٢٣) د. محمد فريد العريني ، ود. جلال وفاء البدري ود. محمد السيد الفقهي ، مبادئ القانون التجاري دراسة في الأدوات القانونية ، منشأة المعارف ، الأسكندرية ، ص٨٩.
- (٢٤) د. عبد المنعم فرج الصدة ، في عقود الأذعان في القانون المصري دراسة فقهية وقضائية . رسالة دكتوراه، القاهرة ، مطبعة جامعة الفؤاد الأول ، ١٩٤٦، ص٧٧.
- (٢٥) د. عبد المنعم فرج الصدة ، المصدر نفسه ، ص٧٤.
- (٢٦) المزيد من التفصيل عن شروط وخصائص الأذعان ينظر : د. عبد الرزاق السنهوري، المصدر السابق، ص٢٤٤-٢٥١.
- (٢٧) شيماء مصطفى احمد الشيلخي، عقد الأذعان - دراسة مقارنة - رسالة ماجستير، قدمت الى مجلس كلية صدام للحقوق - جامعة صدام، بغداد، ٢٠٠١، ص٥٦.
- (٢٨) د. سلام منعم مشعل، المصدر السابق ، ص١٧٥.
- (٢٩) د. هالة صلاح الحديثي، المصدر السابق ، ص٨.
- (٣٠) يحيى محمد الشهواني، شركة الإتصالات ... وعقد الأذعان، مقالة متاحة على شبكة الانترنت على الموقع www.oroblaw.org
- (٣١) كتاب هيئة الاعلام والإتصالات بالعدد ١٠٩٩ في ١٧/٦/٢٠٠٩ وكتاب الامانة العامة لمجلس الوزراء بالعدد ٦٤٥٠ في ٨/٣/٢٠٠٩
- (٣٢) عندما قامت شركات الإتصالات في العراق بتحويل تعبئة الرصيد من الدولار الأمريكي الى الدينار العراقي اعتمدت في سعر الصرف للدولار الأمريكي مقابل الدينار العراقي بـ ١٢٠ دينار في حين سعر الصرف في البنك المركزي ١١٨ دينار الاسواق ١١٨ دينار فأين الرقابة ؟
- (٣٣) د. حسن علي ذنون ، د. محمد سعيد الرحو ، الوجيز في النظرية العامة للإلتزام، مصادر الإلتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون، ج١، دار وائل للنشر ، عمان ، الأردن ، ٢٠٠٢، ص٢٠٥.
- (٣٤) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون . المصدر السابق، ص١٦٤.
- (٣٥) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق، ص١٦٥.
- (٣٦) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص١٦٧.
- (٣٧) د. حسن علي ذنون ، د. محمد سعيد الرحو ، المصدر السابق ، ص٢٠٨.
- (٣٨) استناداً للفقرة (٣،٢) من المادة ١٦٩ من القانون المدني العراقي.
- (٣٩) د. عبد الرزاق السنهوري ، المصدر السابق ، ص(٩٦٩-٩٩٠).
- (٤٠) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص٨٦٧.
- (٤١) د. عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص١٦٥.
- (٤٢) احمد محمود سعد ، نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٥ ، ص(٤٥٧-٤٥٩).
- (٤٣) المادة (٢٥٩) للفقرة (١) من القانون المدني العراقي..
- (٤٤) المادة (١٦٩) للفقرة (٣) من القانون المدني العراقي.
- (٤٥) د. محمد حسين منصور ، المسؤولية الالكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، ٢٠٠٦، ص(٩٠-٩١).
- (٤٦) ينظر الفقرة (١) من لائحة اسيا سيل، والفقرة (٢) من شروط شركة كورك اوراسكوم تيليكوم، الفقرة (١) من ثانية من تحرز الى عقد كورك تيليكوم .

- (٤٧) د. احمد محمود سعد ، المصدر السابق ، ص٤٦٣ .
- (٤٨) د. احمد محمود سعد ، المصدر السابق ، ص(٤٦٢-٤٦٥) .
- (٤٩) الفقرة (٢) من المادة (٢٥٩) مدني عراقي .
- (٥٠) شيماء مصطفى احمد الشبخلي ، المصدر السابق ، ص١٣٦ .
- (٥١) تكلم المشرع العراقي عن المسؤولية التقصيرية في المواد (١٨٦-٢٣٢) من القانون المدني .
- (٥٢) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص١٩٨ .
- (٥٣) د . عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص٢١٥ .
- (٥٤) عبد الحميد الحكيم وآخرون، المصدر السابق ، ص ٢١٢ .
- (٥٥) للمزيد حول حماية البيئة من الاضرار انظر : د. احمد محمد حشيش – المفهوم القانوني للبيئة في ضوء اسلمة القانون المعاصر ، دار الكتب القانونية ، مطبعة شتات ، مصر ، ٢٠٠٨ .
- (٥٦) عبد المجيد الحكيم وآخرون، المصدر السابق ، ص٢١٢ وما بعدها .
- (٥٧) السيد محمد طاهر قاسم الاوجار – المسؤولية لاضرار ابراج ومحطات الهاتف الجوال على البيئة وصحة الانسان ، بحث منشور في المؤتمر السنوي الثاني للحماية القانونية للبيئة(الواقع والافاق) جامعة الموصل – كلية القانون ، الجزء الاول، ص٣٣٧ وما بعدها
- (٥٨) قرار محكمة التمييز بالعدد ٨٦٥ / الهيئة المدنية / ٢٠٠٧ ، غير منشور في ١٦/٧/٢٠٠٧
- (٥٩) للمزيد : انظر حازم سليم وسحر حيال غانم ، الاثار القانونية لالية تشغيل المولدات الكهربائية الخاصة ، بحث منشور في المؤتمر السنوي الثاني للحماية القانونية للبيئة (العراق والافاق) ، ص٢٦١ وما بعدها .
- (٦٠) د . عبد المجيد وآخرون ، المصدر السابق ، ص٢٣٩ .
- (٦١) للمزيد حول المسؤولية التقصيرية ، انظر عبد المجيد الحكيم وآخرون المصدر السابق ، ص١٩٨ وما بعدها .
- (٦٢) عبد المجيد الحكيم وآخرون ، المصدر السابق ، ص ٢٥٠ .
- (٦٣) د. هالة صلاح الحديثي ، المصدر السابق ، ص٥
- (٦٤) انظر د. وائل انور بندق ، موسوعة القانون الالكتروني وتكنولوجيا الإتصالات والمعلومات ، ط١ ، دار المطبوعات الجامعية ، الإسكندرية ٢٠٠٧
- (٦٥) د. هالة صلاح الحديثي ، المصدر السابق ، ص٥
- (٦٦) د. هالة صلاح الحديثي ، المصدر السابق ، ص١٤
- (٦٧) للمزيد من التفصيل انظر تعليمات رقم (١) لسنة ٢٠٠٧
- (٦٨) للمزيد من التفصيل انظر قانون حماية وتحسين الهيئة رقم ٢٧ لسنة ٢٠٠٩
- (٦٩) للمزيد من التفصيل انظر قانون حماية المستهلك رقم ١ لسنة ٢٠١٠

