التكييف القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول "دراسة مقارنة"

المدرس المساعد
كاظم فخري علي
الكلية الاسلامية الجامعة ـ النجف الأشرف

المقدمة:

خير ما نبتدأ به افضل الصلاة والسلام على سيدنا محمد وعلى آله الطيبين الطاهرين وصحبه الخيرين المعتدلين، أما بعد فإن مقدمة الموضوع تتألف من الفقرات الاتية:-

أولاً:- موضوع البحث.

من المعروف ان وسائل الاتصالات لها دور كبير في ازدهار الحياة البشرية وعلى وجه الخصوص تؤدي دورا مؤثرا في عملية النشاط الاقتصادي والتبادل التجاري بين اشخاص القانون العام والخاص على حد سواء، فعلى صعيد العراق كانت هذه الوسائل محدودة النوع والانتشار بين افراد المجتمع قبل احداث عام ٢٠٠٣ ،في حين شوهد بعد هذا التاريخ تحولا كبيرا بحيث كان اشبه بالثورة التكنولوجية والعلمية التي تدفقت الى العراق، إذ اصبح بإمكان كل فرد عراقي اقتناء جهاز اتصال يتمكن من خلاله إنجاز اعماله الشخصية والتجارية بكل سهولة ودون اية تعقيدات. فكان الوضع القانوني الابرز خلال هذه الفترة هو ظهور عقد يبرم بين مورد الاتصالات الذي يكون بشكل شركة متخصصة في مجال الاتصالات والمشترك الذي يمثل الطرف المستهلك في العلاقة التعاقدية، وقد اقيمت امام القضاء العراقي دعاوى عدة تتعلق بمشاكل هذا العقد الذي ظهر الى الساحة القانونية نتيجة مستجدات العصر وضرورات الحياة مما ينبغي على القضاء الالمام بما يتعلق بهذا العقد وخصوصا مسألة اعطائه وصفا قانونيا يتلائم مع احكامه وصولا الى العقد المسمى او العقد المتداولة افكاره واحكامه فقها او قضاء والذي يتوجب رد عقد خدمات الهاتف المحمول اليه وبالتالي تطبيق احكامه على هذا العقد الجديد الذي يخلو من اي تنظيم قانوني له او اتفاق فقهي او قضائي على احكامه.

ثانياً:- مشكلة البحث واسباب اختياره.

يمثل عدم التنظيم القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول واختلاف الفقه في مسالة تكييفه هو المشكلة الرئيسة التي دفعت الباحث الى محاولة التقصي والبحث عن التكييف القانوني الملائم لأحكام هذا العقد الذي افرزته التطورات الاخيرة في ميدان الاتصالات، ولعل اهمية الخدمة التي يرد عليها هذا العقد وانتشاره وشيوعه بين افراد المجتمع وكثرة المشاكل التي يتخللها تنفيذه من الاسباب الاخرى التي دفعتنا الى الخوض في غمار تكييفه القانوني.

ثالثاً:- نطاق البحث.

سنحدد دراسة الموضوع بالبحث عن التكييف القانوني لعقد خدمات الهاتف المحمول من حيث احكامه اي رد هذا العقد باعتباره عقدا غير مسمى الى احكام عقد اخر تم تسميته من قبل المشرع وتنظيم احكامه او الى عقد تم الاتفاق على احكامه فقها او قضاء ويخرج عن الدراسة بحث التكييف من حيث طريقة ابرام العقد كونه من عقود المساومة او من عقود الاذعان.

رابعاً:- منهجية البحث.

سنتبع في دراستنا الاسلوب التحليلي الذي نحاول من خلاله تحليل الافكار والمفردات الرئيسة الى اجزاء وتفاصيل تلبي طموح الباحث في عرض الموضوع من خلال افكار وآراء قانونية تتلائم مع حداثة الموضوع وقلة الابحاث المكتوبة فيه كما سنتبع الاسلوب المقارن في نطاق القانون العراقي والمصري والفرنسي لبيان جدوى الدراسة وفائدتها.

خامساً:- خطة البحث.

سنحاول معالجة الموضوع من خلال خطة علمية مكونة من اربعة مباحث يكون الاول منها تحت عنوان عقد خدمات الهاتف المحمول عقد بيع خدمات والثاني بعنوان عقد خدمات الهاتف المحمول عقد ايجار خدمات اما الثالث فهو تحت عنوان عقد خدمات الهاتف المحمول عقد مقاولة، في حين كان الرابع والاخير بعنوان عقد خدمات الهاتف المحمول عقد توريد خدمات. وسيكون كل مبحث من المباحث الاربعة يتألف من مطلبين

نعرض في الاول الفكرة ونقيمها في الثاني، على ان نبتدأ البحث في مقدمة توضيحية عن الموضوع ونختمه بخاتمة تتضمن أهم النتائج التي يتم التوصل اليها والمقترحات التي نرى ضرورة الاخذ بها.

المبحث الأول

عقد الهاتف المحمول عقد بيع خدمات

سنحاول طرح فكرة هذا المبحث وتقييمها من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: عرض فكرة بيع خدمات

يشير جانب من الفقه، الى أن التكييف القانوني(هو اضفاء وصف قانوني معين على العقد يتفق مع حقيقية قصد المتعاقدين، يترتب على التكييف إنزال الحكم القانوني الصحيح على العقد)[١].

ويلتزم القاضي بتكييف العقد حتى يتسنى له معرفة القانون واجب التطبيق عليه، ولا يستطيع الفصل في النزاع المعروض امامه بصدد عقد الا بعد تكييفه واعطائه الوصف الصحيح، ويعد ذلك من صميم عمل القاضي، وهو يقوم به من تلقاء نفسه[٢]، إذ يقوم القاضي بالتكييف استناداً الى حقيقة قصد المتعاقدين، بعد استخلاصه من واقع شروط العقد وما اتجهت اليه الارادة المشتركة لهما، فالعبرة بالغرض العملي الذي قصده الطرفان، الذي يستشفه القاضي من طبيعة الالتزامات الموجودة في العقد، من خلال تقدير الادلة والقرائن المقدمة في الدعوى واستخلاص ما يقتنع به منها، متى كان ذلك متفقاً مع ما مثبت في الاوراق.

لذا فان القاضي لا يتقيد بالوصف الذي يطلقه المتعاقدان على العقد، متى ما كان مخالفاً للحقيقة، فهو له السلطة في التعرف على ما قصده المتعاقدان، ولكن عملية التكييف هذه، تكون خاضعة لرقابة محكمة التمييز لأنها من المسائل القانونية[٣].

إن عقد خدمات الهاتف المحمول، كما سبق ذكره، هو عقد غير مسمى، يتسم بحداثته، لذا فإن محاولة تكييفه تكون في اطار مقاربة مع العقود المسماة التي تتصف بمرونتها، ومن ثم لها القدرة على استيعاب العقود الحديثة، إذ أن تكييف عقد خدمات الهاتف المحمول عبر

احد العقود المسماة، يضعنا في ساحة الامان القانوني، لوجود الحل المناسب دائماً من خلال القواعد العامة من جهة، وتفادي الغلو في سلطان الارادة الذي يتم على حساب الطرف الضعيف من جهة اخرى.

فعلى صعيد فكرة بيع الخدمات يعرف المشرع العراقي عقد البيع في المادة (٥٠٦) من القانون المدني بأنه (مبادلة مال بمال)[٤]، ويرد عقد البيع على كافة الاموال أي على كل حق له قيمة مادية.

على الرغم من ان هذا العقد من العقود الرضائية في الأصل، الا أن ذلك لا يعد من النظام العام، إذ يمكن لأطراف العقد الاتفاق على استيفاء العقد شكلاً معيناً، لكي ينعقد العقد بينهما[٥]، لذا يُلاحظ في الواقع العملي، أن عقد خدمات الهاتف قد درج أطرافه على أن يكون العقد بينهما مكتوباً.

وبشأن الآراء الفقهية التي تؤيد فكرة بيع الخدمات، فقد ذهب جانب من الفقه الفرنسي[٦] الى أن الخدمات يمكن أن تكون محلاً لعقد البيع، لأن هذه الخدمات لها قيمة مادية، وهو نتيجة لذلك أمر لا يتعارض مع التعريفات التشريعية لعقد البيع، وان الخدمة التي تقبل بطبيعتها الانتقال، يمكن ان يرد عليها عقد البيع، ومن ثم نقل الملكية كما يرد بيع شيء من شخص لآخر مقابل الوفاء بالثمن.

ويؤكد هذا الجانب من الفقه، أن نصوص القانون المدني الفرنسي المنظمة لعقد البيع تتسم بالمرونة بشكل يسمح بإدراج بعض الافكار القانونية الجديدة، منها فكرة بيع الخدمات.

وقد عرف انصار هذا الاتجاه عقد بيع الخدمة بأنه (العقد الذي ينقل بمقتضاه البائع الى المشتري خدمة تستهلك بمجرد ان وضعت تحت تصرف الاخير، ومنها بيع الطاقة من خلال التيار الكهربائي، بيع خدمة المشاهدة عبر القنوات الفضائية، بيع خدمات الاتصالات عن طريق شبكات الهواتف السلكية واللاسلكية).

كما يرى اصحاب هذا الرأي أن أحكام عقد البيع يمكن تطبيقها على عقد الخدمات، فليس هناك اختلاف بين عقد الخدمات وعقد البيع التقليدي سوى تبادل شيء غير مادي أي خدمة في الأول مقابل مبلغ من النقود، كما أن البيع في عقد الخدمات لا يعني نقل

الملكية بالمعنى التقليدي لنقل ملكية الاشياء المادية، لأنه ينصب على بيع خدمة تستهلك عندما توضع تحت تصرف المشتري، وأن هذا الأمر لا يؤثر في وصفها بالبيع طالما أن هذه الخدمة لها آثارها في المستهلك، فالمهم في الامر أن تكون بصدد قيمة تقدر بمال[٧].

وهذا ما ذهب اليه جانب من الفقه المصري[٨]، إذ انه تقبل فكرة بيع الخدمات، كما أن هناك اتجاهاً قضائياً في فرنسا اخذ بهذا الرأي وخاصة في مجال المشورة، إذ يقوم المستشار ببيع خدماته التي تتمثل في إنتاجه الذهني لبرنامجه الذي يستهلك بعد الحصول على الفائدة منه لقاء ثمن لهذا الشيء المستهلك[٩].

المطلب الثاني: تقييم فكرة بيع خدمات

قد يثار تساؤل حول مدى إمكانية اعتبار مورد خدمة الاتصالات بائعاً لها، ومستهلك الخدمة أو المشترك مشترياً لها؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول انه بالرغم من الخصائص المشتركة بين العقدين، إلا أن جانباً من الفقه[١٠]، يذهب الى عدم إمكان إطلاق وصف البيع على العلاقة التعاقدية بين مورد الخدمة والمشترك للأسباب الآتية:-

١- ان عقد البيع هو عقد فوري التنفيذ في الاصل[١١]، فلا يعد الزمن عنصراً جوهرياً فيه، في حين أن عقد خدمات الهاتف المحمول هو من العقود المستمرة، التي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه.

٢- الالتزامات الواقعة على الطرفين في عقد خدمات الهاتف المحمول، قد تستمر الى ما بعد إبرام العقد وتنفيذه، وانتهاء الرابطة العقدية بين الطرفين، وخاصة تلك الخاصة بعدم إفشاء المكالمات والمراسلات[١٢]، وهذا الأمر لا وجود له في عقد البيع، إذ تنتهي العلاقة بين البائع والمشتري بمجرد التنفيذ.

٣- لا يمكن أن نتصور تسليماً مادياً لخدمات الهاتف المحمول، في حين أن من أهم التزامات البائع في عقد البيع هو التزامه بتسليم المبيع[١٣].

٤- يرتب عقد البيع أثراً أو التزاما مهما على عاتق البائع وهو الالتزام بنقل ملكية الشيء المبيع[١٤]، وهو أساس عقد البيع وجوهره، بينما لا وجود لمثل هذا الأثر في عقد خدمات الهاتف المحمول وذلك لعدة أسباب:-

أ - من خصائص حق الملكية، أنه حق دائم غير مؤقت ولا يمكن توقيت الملكية بمدة معينة[١٥]، على خلاف عقد خدمات الهاتف المحمول الذي يكون محدداً بمدة معينة، مع انه قد يكون قابلاً للتجديد حسب مقتضى العقد وإرادة الطرفين.

ب - حق الملكية حق جامع[١٦]، بحيث يخول صاحبه حق الاستعمال والاستغلال والتصرف، وهو أمر كذلك لاوجود له في عقد خدمات الهاتف المحمول، إذ إن للمشترك الحق في استعمال خدمات الاتصالات فقط وليس له أن يتصرف بهذه الخدمات، الا بعد أخذ موافقة مورد الخدمة[١٧]، كما أن الحقوق التي تنتقل للمشتري في عقد البيع، لا توجد في عقد خدمات الهاتف المحمول، بل تقل بشكل كبير، لأن مورد الخدمة يحتفظ لنفسه بعدد كبير من هذه الحقوق بشكل يتعارض مع فكرة نقل ملكية الشيء المبيع[١٨].

ج - الملكية تخول صاحبها الحق في الحصول على كل أو بعض منافع الشيء من غير حاجة الى وساطة شخص معين[١٩]، بينما في عقد خدمات الهاتف المحمول لا يمكن للمشترك الحصول على خدمات الاتصالات الا بواسطة مورد الخدمة.

د - بالنسبة للملكية، لا يجوز أن يحرم احد من ملكه إلا في الاحوال التي نص عليها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك لقاء تعويض عادل يدفع اليه مقدماً[٢٠].

أما في عقد خدمات الهاتف المحمول، فيكون لمورد الخدمة ايقاف تقديم الخدمة في حالات ولأسباب معينة.

ونظراً لما سبق ذكره، لا يمكن عد عقد خدمات الهاتف المحمول، عقد بيع خدمات، لوجود تعارض بين احكامه واحكام عقد البيع، خاصة فيما يتعلق بصعوبة نقل ملكية خدمة الاتصالات للمشترك.

المبحث الثاني

عقد خدمات الهاتف المحمول عقد ايجار خدمات

من أجل الالمام بفكرة هذا المبحث لابد لنا من تقسيمه الى مطلبين وكالآتي:-

المطلب الأول: عرض فكرة ايجار خدمات

لقد ذهب جانب من الفقه الى محاولة التقريب بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد الايجار، إذ بادر جانب من الفقه الفرنسي[٢١]،الى القول إنه يمكن تطبيق احكام عقد الايجار أو ان تكون الخدمات محلاً لهذا العقد، واستند اصحاب هذا الاتجاه في دعم وجهة نظرهم بالقول ان مورد الخدمة لا يقصد ولا يرغب بنقل كل حقوقه الواردة على الخدمات الى متلقيها أو المستخدم لها، وإنما هو يهدف فقط الى تمكينه من الانتفاع بها مقابل حصوله على مقابل مادي عن هذا الانتفاع، وان هذا الامر يتطابق مع مفهوم عقد الايجار، ويتفق معه بصفته عقداً يلتزم به المؤجر من أن يمكن المستأجر من الانتفاع بشيء معين مدة معلومة لقاء اجر معلوم[٢٢].

ويرى جانب آخر[٢٣] أن عقد خدمات الهاتف المحمول هو أكثر انسجاماً مع أحكام عقد الإيجار، إذ إن الطرف الأول في هذا العقد هو شركة الاتصالات التي تتعهد بتوفير الخدمة الى المشترك دون أن يؤدي ذلك الى انتقال ملكية هذه الخدمة بشكل نهائي الى المشترك، وأن خدمات الاتصالات التي يقدمها مورد الخدمة للمشترك تبقى ملكيتها للمورد الذي له حق ايقافها في حالات معينة. ويعرف المشرع العراقي، عقد الإيجار في المادة (٧٢٢) من القانون المدني التي تنص على أنه: (الايجار تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة، وبه يلتزم المؤجر أن يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور)[٢٤].

وواقع الأمر، أن هنالك خصائص مشتركة اخرى بين العقدين، اضافة الى الخصائص العامة المشتركة والتي تشمل الرضائية، وكون العقدين من عقود المعاوضة ومن العقود الملزمة لجانبين، وهذه الخصائص تشمل:-

١- يرد كلا العقدين على المنفعة، فالمؤجر يمكن المستأجر من الانتفاع بالمأجور لمدة معينة، ولا يمكن للمستأجر التصرف بالمأجور خلال هذه المدة[٢٥].

كذلك الحال بالنسبة للمشترك، فهو لا يستطيع التنازل عن الانتفاع بالخدمة للغير الا بموافقة كتابية من مورد الخدمة، فهو له حق الاستعمال الشخصي وليس له أي حق تصرف بالخدمة[٢٦].

٢- يعد كل من العقدين، من العقود الزمنية أو عقود المدة، لأن الزمن يعد عنصراً

جوهرياً فيه[٢٧].

المطلب الثاني: تقييم فكرة ايجار خدمات

بالرغم من وجود خصائص مشتركة بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد الايجار، ودعم عدد من الآراء الفقهية لفكرة إيجار الخدمات، إلا أنه لا يمكن التسليم بهذه الفكرة للأسباب الآتية:-

١- توجد التزامات جوهرية تترتب على عقد الايجار يصعب تنفيذها في العلاقة بين مورد الخدمة والمشترك في عقد خدمات الهاتف المحمول ومنها الالتزام بتسليم المأجور الذي يقع على عاتق المؤجر في عقد الايجار، فمن غير الممكن ان يفرض على مورد الخدمة التزاماً بتسليم خدمات الاتصالات الى المشترك تسليماً حقيقياً[٢٨].

٢- أن من شروط المحل في عقد الايجار، عدم قابلية الشيء المأجور للاستهلاك[٢٩]، لأن الايجار لا يمكن أن يرد على اشياء يمكن ان تسهلك من أول استعمال لها، وأن هناك التزاماً على عاتق المستأجر، وهو المحافظة على المأجور ورده في نهاية المدة المحددة للانتفاع بالشيء[٣٠].

وهذا أمر لا ينطبق على خدمات الاتصالات التي تمثل محل عقد خدمات الهاتف المحمول بصفتها من الاشياء التي تستهلك بمجرد استعمالها، وفي الوقت نفسه فهي تكون من الاشياء، التي من المستحيل ردها الى صاحبها.

٣- الأجرة في عقد الايجار يمكن ان تكون من النقود، ويمكن أن تكون أي مال آخر[٣١]، كجزء من محصول أو الانتفاع بشيء، مقابل الانتفاع بالعين المؤجرة أو تكون بشكل تحسينات يدخلها المستأجر على هذه العين، وقد تكون بضاعة، في حين أنه في عقد خدمات الهاتف المحمول، يكون المقابل أو البدل الذي يلتزم المشترك بدفعه هو مقابل مالي وهو مبلغ من النقود، كذلك بالنسبة للأجرة قد يغفل المتعاقدان عن الاتفاق على الاجرة في عقد الايجار أو يساء تقديرها أو يتعذر اثباتها، فتكون الأجرة هي أجرة المثل[٣٢]، وهذا الامر لا وجود له في عقد خدمات الهاتف المحمول.

٤- من خصائص عقد خدمات الهاتف المحمول، انه في الأصل من عقود الاذعان، اذ إن المشترك يذعن لشروط محددة مسبقاً يضعها مورد الخدمة ولا يقبل فيها مناقشة، وخاصة تلك الشروط المتعلقة بأسعار هذه الخدمات[٣٣]، ولا يمكن بأي حال من الاحوال عد عقد الايجار الذي يبرم بين المؤجر والمستأجر من عقود الاذعان، وخصوصاً فيما يتعلق بتحديد الأجرة، اذا انها تتم غالباً بالاتفاق بينهما والموافقة الصريحة أو الضمنية من المستأجر بها، فضلا" عن ذلك، الشروط الاخرى الخاصة بالتخلص من المسؤولية وغيرها التي لا يمكن وجودها أو تصور وجودها في عقد الايجار، بينما هي موجودة في عقد خدمات الهاتف المحمول[٣٤].

يبدو من خلال ما تقدم، أنّ من غير المناسب عد عقد خدمات الهاتف المحمول، عقد ايجار خدمات.

المبحث الثالث

عقد خدمات الهاتف المحمول عقد مقاولة

سنحاول بحث هذه الفكرة من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: عرض فكرة عقد مقاولة

ظهرت محاولات فقهية اخرى، انصبت على تكييف العقود التي محلها خدمات، على انها من عقود المقاولة، ويعرف المشرع العراقي عقد المقاولة في المادة (٨٦٤) من القانون المدني التي تنص على أنه: (عقد به يتعهد احد الطرفين ان يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الأخر)[٣٥]، وهو من العقود المسماة التي نظمها المشرع العراقي بأحكام خاصة[٣٦].

وسنحاول عرض الخصائص المشتركة بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد المقاولة من خلال ما يأتي:-

١- يتميز كل من العقدين بالرضائية، إذ ينعقد عقد المقاولة بارتباط الايجاب الصادر من احد الطرفين بقبول الطرف الآخر، ويمثل المقاول الطرف الأول في هذا العقد، أما الطرف الثاني فيتمثل برب العمل، ويقع تراضي الطرفين على عنصرين هما

العمل المطلوب تأديته من قبل المقاول، والاجر الذي يتعهد به رب العمل[٣٧].

ويقابل مورد الخدمة في عقد خدمات الهاتف المحمول، المقاول في عقد المقاولة، إذ يلتزم مورد الخدمة بالقيام بعمل وهو تقديم خدمة الاتصالات للمشترك الذي يقابل رب العمل، فهو يلتزم بدفع المقابل النقدي الى مورد الخدمة، أي يتم التراضي في عقد خدمات الهاتف المحمول بين الطرفين على خدمة الاتصالات والمقابل النقدي وهذين العنصرين يقابلان العمل والاجرة في عقد المقاولة.

٢- كلا العقدين ملزم لجانبين، يلتزم المقاول في عقد المقاولة بإنجاز العمل وفقاً لما هو متفق عليه في العقد، وكذلك يلتزم بتسليم هذا العمل بعد انجازه والالتزام بضمان العمل بعد تسليمه، واذا لم تكن هناك شروط توضح طريقة تنفيذ العمل، فيجب على المقاول اتباع العرف واصول الفن أو الصناعة في العمل، وتتلخص التزامات رب العمل بتمكين المقاول من انجاز العمل وتسلمه وقبوله بعد انجازه ودفع الاجر المتفق عليه، كذلك على رب العمل تزويد المقاول بأدوات معينة قد يحتاجها في العمل، وقد يتعهد المقاول بإحضار مادة أو أداة، فضلاً عن العمل الذي يقوم به[٣٨].

ومن التزامات مورد الخدمة التي تشابه التزامات المقاول، هي قيامه بتقديم الخدمة للمشترك، كذلك يتعهد بتقديم خدمة ذات جودة عالية حسب ما هو متفق عليه في العقد ووفقاً للمواصفات العالمية لهذه الخدمة، كذلك يتعهد بتوفير الوسائل الفنية اللازمة لتأمين خدمة الاتصال كالشريحة مثلاً. أما التزامات المشترك التي تقابل التزامات رب العمل فهي التزامه بدفع المقابل النقدي، كذلك إحضار أدوات ضرورية في تنفيذ العقد كجهاز الهاتف المحمول.

٣- كلاهما من عقود المعاوضة، إذ يأخذ كل طرف مقابلا لما يعطيه[٣٩].

٤- كلاهما من العقود الواردة على العمل، إذ إن الاداء الرئيسي المطلوب من المقاول هو القيام بعمل معين[٤٠]، وكذلك الالتزام الاساسي في عقد خدمات الهاتف المحمول الذي يقع على عاتق مورد الخدمة هو تقديمه خدمة أي قيامه بعمل.

٥- من الخصائص الجوهرية للعقدين، هي استقلالية المقاول ومورد الخدمة إذ لا يخضع كل منهما لإشراف وادارة رب العمل والمشترك، بل يعمل كل منهما بشكل مستقل

وذلك حسب شروط العقد، فلا يكون مورد الخدمة تابعاً للمشترك، كذلك لا يكون المقاول تابعاً لرب العمل(٤١).

٦- يكون كل من المقاول ومورد الخدمة مسؤولاً عن اعمال الاشخاص الذي يستعين بهم في تنفيذ التزاماته طالما كان هؤلاء الاشخاص يعملون تحت اشراف ورقابة المقاول أو مورد الخدمة، وذلك استناداً الى مسؤولية المتبوع عن اعمال تابعيه(٤٢).

٧- كلاهما من عقود المدة.

بعد أن وضحنا نقاط التشابه الكثيرة بين عقد خدمات الهاتف المحمول وعقد المقاولة، وخاصة أن تكييف عقد خدمات الهاتف المحمول على أنه عقد مقاولة قد حظي بتأييد البعض من الفقه(٤٣)، الذي عد عقود الخدمات من عقود المقاولات بغض النظر عن التسميات التي يطلقها عليها اطرافها، وذلك من خلال النظر للملامح والخصائص الرئيسة لعقد المقاولة، على الرغم من عدم وجود التطابق التام بين هذه العقود وعقد المقاولة، طالما توافرت في هذه العقود القواعد الثابتة والمستمرة لعقد المقاولة، وعدوا أنه طالما كان العقد رضائياً وملزماً لجانبين ومعاوضة، وارداً على عمل ، أياً كانت طبيعته فانه يعد عقد مقاولة، باعتبار أن المشرع اورد احكاماً وقواعد عامة للمقاولات، وبغض النظر عن طبيعة الاداءات التي يلتزم المقاول القيام بها. فمقدم الخدمات يعد بمثابة المقاول الذي يؤدي عملاً الى العميل أو متلقي الخدمة، الذي يعد بمثابة رب العمل طالما هو الذي يدفع الأجر، إذ أن هذه المقاولة هي بثوب جديد فرضته التقنية الحديثة في مجال المشروعات، ومن ثم فأن عقود الخدمات من الممكن أن تكون إحدى صور العقود التي تستوعب الأحكام العامة والخاصة لبعض صور المقاولات لاشباع حاجة العميل، ومثلها مثل العقود التي موضوعها عمليات حسابية ومراجعتها أو تلقي التلميذ العلم على يد معلمه مقابل اجر وغيرها(٤٤).

فضلاً عن أن عقد المقاولة فيه من المرونة والسعة بشكل يسمح باستيعاب ما يستجد من صور الخدمات الحديثة التي يكشف عنها التقدم العلمي والتكنولوجي، على اعتبار ان مورد الخدمة لا يقوم فقط بتقديم هذه الخدمة، وإنما بتسهيل العمل فيها من خلال الوسائل الفنية التي تمكن من ذلك، ومن ثم فأن عقد المقاولة كما يرد على عقود الابنية والانشاءات، فإنه يرد أيضاً على عقود الخدمات(٤٥).

المطلب الثاني: تقييم فكرة عقد مقاولة

قد يبدو اسناد وتكييف عقد خدمات الهاتف المحمول على أنه من عقود المقاولة أمراً مقبولاً من قبل البعض، لوجود خصائص مشتركة بين العقدين، وتأييد جانب من الفقه لهذه الفكرة.

ولكن بالمقابل ظهر جانب آخر[٤٦] من الفقه، يرفض فكرة تكييف عقد خدمات الهاتف المحمول على أنه عقد مقاولة مستنداً في ذلك الى الصعوبات والمعوقات التي تقف امام تكييف هذا العقد بهذه الصورة، لذا يمكن أن نحدد اسباب الرفض بالآتي:-

١- نجد من الصعوبة قبول اطلاق تسمية المقاول على مورد الخدمة، وكذلك اطلاق تسمية رب العمل على المشترك، اذ أنه من الصحيح أن المشترك هو الذي يدفع الاجرة أو مقابل الاشتراك، إلا أنه يقبل ذلك مذعناً لشروط مورد الخدمة الذي نجد انه هو رب العمل في مجال خدمات الاتصالات فهو المتحكم والمسيطر على كل تفاصيل هذا العمل وليس المشترك.

٢- في عقد المقاولة نجد ان رب العمل يلتزم بأن يمد المقاول بكل المعلومات اللازمة لتنفيذ العقد، بينما ما نجده في عقد خدمات الهاتف المحمول، أن مورد الخدمة هو من يلتزم باعلام المشترك بجميع التفاصيل والمعلومات اللازمة للاستفادة من خدمات الاتصالات بالشكل الامثل.

٣- التزام المقاول في عقد المقاولة بإنجاز العمل، قد يكون التزاماً بتحقيق غاية، أو بذل عناية وذلك حسب طبيعة العمل[٤٧]، في حين أن التزام مورد الخدمة في عقد خدمات الهاتف المحمول هو التزام بنتيجة، إذ يلتزم بتأمين الاتصال بالشبكة ومن ثم لا يستطيع التخلص من المسؤولية في حالة عدم تحقيقيه هذه النتيجة إلا بإثبات السبب الأجنبي[٤٨].

٤- في عقد المقاولة، على رب العمل ان يمكن المقاول من انجاز العمل، من حيث القيام بكل ما هو ضروري لإنجاز العمل كالحصول على تراخيص من جهات معينة أو غيرها[٤٩]، إلا أن الأمر يكون على العكس في عقد خدمات الهاتف المحمول، إذ يلتزم مورد الخدمة بالقيام بكل ما هو ضروري لتقديم خدمة الاتصالات وخاصة

من حيث الحصول على التراخيص اللازمة لمباشرة هذا العمل[٥٠].

٥- في عقد المقاولة، يتفق الطرفان على الاجر، وفي حالة عدم ذكر الاجر في العقد، فان القانون يتكفل بتحديده حسب العمل الذي اتمه المقاول، وما تكبده من نفقات[٥١]، في حين ينفرد مورد الخدمة في عقد خدمات الهاتف المحمول بتحديد الاجر أو مقابل الخدمة، ولا يظهر للمشترك أي دور في ذلك.

وللأسباب التي ذكرناها، يجدر بنا البحث عن فكرة اخرى تنسجم احكامها تماماً مع احكام عقد خدمات الهاتف المحمول.

المبحث الرابع

عقد خدمات الهاتف المحمول عقد توريد خدمات

يمكن عرض فكرة هذا المبحث وتقييمها من خلال المطلبين الآتيين:-

المطلب الأول: عرض فكرة توريد خدمات

يذهب جانب من الفقه الى تعريف عقد التوريد بأنه (عقد يلتزم شخص بمقتضاه بأن يقدم أشياء بصفة دورية أو مستمرة لمصلحة شخص آخر)[٥٢].

كما يعرفه جانب آخر من الفقه بأنه (التعهد الذي يلتزم بموجبه شخص بتجهيز آخر ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتالية خلال مدة معينة لقاء ثمن أو أجرة متفق عليها بحسب ما إذا كان تسليم الأموال على سبيل البيع أو الإجارة)[٥٣].

ويرجح جانب ثالث من الفقه بأن عقد التوريد هو (التعهد الذي يلتزم فيه المورد بتوريد البضائع والخدمات المتفق على توريدها خلال مدة معينة أو قابلة للتعيين مقابل مبلغ معين، ومثال ذلك توريد الأغذية والملابس والأدوات المدرسية للمدارس والمستشفيات أو توريد المواد الأولية للمصانع، والتوريد للسلع قد يكون لمجرد استعمالها ثم إعادتها للمورد كتوريد الملابس للمسرح لتقديم العروض ثم إعادتها ثانية مقابل آجر، وقد يتعلق التوريد بتقديم الخدمات بصفة دورية كالتعهد بتوريد الغاز أو الكهرباء أو اشتراكات المجلات والصحف)[٥٤].

وبالرغم من أن التعريف السابق، قد اتسم بالاسهاب، إلا أنه قد أشار بصورة واضحة

الى أن عقد التوريد قد يرد على خدمات. وقد اشار هذا الجانب من الفقه الى تعريف آخر كان جامعاً مانعاً، إذ يعرف عقد التوريد بانه (العقد الذي يلتزم فيه المورد بتوريد البضائع والخدمات المتفق على توريدها خلال مدة معينة او قابلة للتعيين مقابل مبلغ نقدي معين). ويذهب جانب من الفقه الفرنسي[٥٥] إلى أنه ليس من الضروري أن يكون محل التعهد بالتوريد مالاً، بل يمكن ان يذهب التعهد على تقديم الخدمات للأفراد، وتطبيقاً لذلك فقد حكم القضاء الفرنسي بتجارية اعمال المؤسسات التي تتعهد بترميم الدور والمباني أو تلك التي تتعهد برفع الانقاض.

فالسلع ليست هي الوحيدة التي تدخل في عملية الاستهلاك، بل ان الخدمات تصح أيضاً أن تكون محلاً للتعاقد اذ يذهب اتجاه الى أن عقد التجهيز في حقيقيته ما هو الا عقد توريد، وعقد التوريد وفقاً لهذا التصور، هو عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص آخر ببعض الخدمات على دفعات متتابعة خلال مدة زمنية لقاء مقابل مادي متفق عليه[٥٦].

بالرغم من اهمية عقد التوريد وشيوعه في الحياة العملية، إلا أن المشرع العراقي لم ينظمه بأحكام خاصة، وإنما ترك الامر الى القواعد العامة والاحكام الخاصة بغيره من العقود الأخرى.

وقد أفرزت التطورات الاقتصادية والتكنولوجية العديد من صور عقد التوريد سواء كان ذلك متعلقاً بالسلع أو الخدمات، اذ ان تطورات الحياة الاجتماعية والرفاه الاقتصادي للمجتمعات، ادت الى ظهور صور جديدة من الخدمات، بات الفرد يطلبها لإشباع حاجاته الشخصية أو العائلية، ويستطيع الحصول عليها من خلال التعاقد مع موردها، فالعقد وسيلة فعالة من وسائل التبادل الاقتصادي بين الافراد والمجتمعات لذا اصبح عقد التوريد لا يقل اهمية عن العقود المسماة كالبيع والايجار والمقاولة، وبات على المشرع الالتفات الى ضرورة تنظيمه بأحكام وأسس خاصة تميزه عن باقي العقود الاخرى، فعقد البيع الذي يعد الاقرب من حيث احكامه الى عقد التوريد، يتقاطع مع هذا العقد في الكثير من الاحكام، منها انه عقد فوري التنفيذ، بينما عقد التوريد من العقود الزمنية الذي يعد الزمن فيه عنصراً جوهرياً، كما ان مسألة تطبيق احكام عقد البيع في مجال الخدمات اصبح امراً منتقداً بين الفقه، الذي يرجح اغلبه تطبيق احكام عقد التوريد في مجال الخدمات[٥٧].

وبصدد تعريف عقد توريد الخدمات يمكن القول بانه التعهد بتقديم خدمات للغير، بصورة دورية أو على وجه الاستمرار لقاء مقابل نقدي معين.

وبعد عرض التعريفات السابقة لعقد التوريد يمكن استنتاج اهم خصائصه على النحو الآتي:

١- ان عقد التوريد يرد على اموال منقولة، فلا يمكن تصور توريد العقارات لأنه لا يمكن تحويلها أو نقلها من مكان الى آخر دون تلف.

٢- من العقود الرضائية.

٣- ملزم لجانبين ومن عقود المعاوضة.

٤- من عقود المدة.

المطلب الثاني: تقييم فكرة توريد خدمات

المهم من كل ما تقدم، هو ما مدى تطابق احكام عقد خدمات الهاتف المحمول وأحكام عقد التوريد؟

للإجابة عن هذا التساؤل، يمكن القول ان عقد خدمات الهاتف المحمول هو من العقود الحديثة والذي يمكن قياسه على عقود اخرى محلها خدمات، عدها الفقه من عقود التوريد كتوريد الكهرباء والماء والغاز.

كما ان خصائص عقد التوريد المشار اليها اعلاه متوافرة في عقد خدمات الهاتف المحمول، وعليه فإن عقد خدمات الهاتف المحمول تتطابق احكامه تماماً مع احكام عقد التوريد، لذا فان التكييف القانوني المناسب لأحكام هذا العقد هو انه عقد توريد خدمات.

إن تكييف عقد خدمات الهاتف بالصورة السابقة، يجعله خاضعاً لأحكام القانون التجاري النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤، وذلك استناداً الى الفقرة الثانية من المادة الخامسة من هذا القانون، اذ تنص على أنه: (تعتبر الاعمال التالية اعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح. ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس: ...ثانياً: - توريد البضائع والخدمات).

ولكن برز خلاف بين الفقه حول الطبيعة التجارية لعقد التوريد، فكان هناك رأيان في هذا الشأن، يذهب الأول منهما، الى أن التوريد لا يمكن عده عملاً تجارياً ألا اذا قام المتعهد

(المورد) بعملية شراء للسلع أو الخدمات التي تعهد بتوريدها للغير، أي أن الشراء شرط اساسي لتجارية التوريد، فإن انتفى هذا الشرط عّد التوريد عملاً مدنياً، بينما يذهب الاتجاه الثاني الى أن عقد التوريد لا يشترط فيه قيام المورد بشراء السلع أو الخدمات لكي يعد عملاً تجارياً، بل يعد العقد تجارياً طالما كان يتصف بالدورية أو الاستمرار في تقديم تلك السلع أو الخدمات(٥٨).

ويبدو ان الاتجاه الراجح في الفقه، هو الاتجاه الثاني، وهو ما نتفق وإياه، استناداً الى اطلاق نص المادة (٥) من قانون التجارة العراقي النافذ، فالمطلق يجري على اطلاقه، فلا يجوز تقييده دون دليل، إذ تنص المادة (١٦٠)من القانون المدني العراقي على انه: (المطلق يجري على اطلاقه اذا لم يقم دليل التقييد نصاً أو دلالة).

أما على صعيد التشريع المصري، فقد أشار قانون التجارة المصري النافذ رقم(١٧)لسنة ١٩٩٩، الى أن توريد البضائع والخدمات اذا ما تمت ممارسته على وجه الاحتراف فانه يعد عملاً تجارياً، اذ تنص المادة (٥/أ) منه على أنه: (تعد الاعمال الاتية تجارية اذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف: أ - توريد البضائع والخدمات).

وذكر المشرع المصري الاتصالات في الفقرة (ح) من هذه المادة، بوصفها عملاً تجارياً بشرط مزاولتها على وجه الاحتراف. اذ تنص هذه الفقرة على أنه: (تعد الاعمال الآتية تجارية اذا كانت مزاولتها على وجه الاحتراف:

ح - اعمال الدور والمكاتب وغيرها والترجمة والاذاعة والتلفزيون والصحافة ونقل الاخبار والبريد والاتصالات).

وإذا تم التوصل الى أن عقد خدمات الهاتف المحمول هو عقد تجاري، ومن ثم فأنه يخضع لأحكام القانون التجاري، فهل تطبق احكام هذا القانون التي تتسم بالقسوة كالإفلاس مثلاً على طرفي العقد، خاصة ان المشترك يمثل الطرف المستهلك في العقد؟

يمكن القول ان المشرع العراقي لم يحسم الامر بنص صريح في قانون التجارة النافذ كما فعل المشرع المصري الذي اخذ بالنظرية المختلطة للعقد، اذ تنص المادة (٣) من قانون التجارة المصري على انه: (اذا كان العقد تجارياً بالنسبة لاحد طرفيه فلا تسري احكام القانون التجاري الا على التزامات هذا الطرف وحده وتسري على التزامات الطرف الآخر

أحكام القانون المدني ما لم ينص القانون على غير ذلك).

فالمشرع العراقي قد أخذ بالمذهب الموضوعي أي حدد الاعمال التجارية في المادة الخامسة منه[٥٩]، إذ إن أي عقد يكون محله أي من الاعمال الواردة في هذه المادة، بحيث تكون ممارسة هذا العمل بقصد الربح، فإن هذا العقد يكون تجارياً ويخضع طرفيه لأحكام القانون التجاري، ولكن التزامات المشترك التي من اهمها دفع المقابل النقدي تخضع لأحكام القانون المدني بوصفه مصدراً من مصادر القانون التجاري، اذ يتم الرجوع الى احكامه في حالة عدم وجود احكام في القانون التجاري، وبهذا الصدد تنص المادة (٤/ ثانياً) من قانون التجارة على أنه: (يسري القانون المدني على جميع المسائل التي لم يرد بشأنها حكم خاص في هذا القانون أو في أي قانون خاص آخر)، لذا فإن المشترك لا يخضع لنظام الافلاس، لأن هذا النظام يطبق على الشخص الذي يعد تاجراً وفقاً لأحكام القانون[٦٠]، بينما لا يعد المشترك تاجراً ومن ثم فانه يخضع لأحكام القانون المدني كما اشرنا في تنفيذ التزاماته التجارية.

وخلاصة القول، ان عقد خدمات الهاتف المحمول هو عقد قائم ومستقل بذاته، وهو يعد صورة خاصة لعقود توريد الخدمات.

الخاتمة:

نحاول في ختام البحث ايراد جملة من النتائج التي توصلنا اليها وكذلك المقترحات الواردة بشأنها وكالآتي:-

أولاً:- النتائج:-

١- عقد خدمات الهاتف المحمول من العقود التي افرزتها التطورات التكنلوجية في مجال الاتصالات في الآونة الاخيرة فلم ينظمه المشرع بأحكام خاصة.

٢- اختلف الفقه في مسالة تكييف العقد موضوع الدراسة فذهب جانب الى انه عقد بيع خدمات ورأى جانب اخر الى انه عقد ايجار خدمات، أما الجانب الثالث فذهب الى انه عقد مقاولة.

٣- نرجح فكرة توريد الخدمات أي ان عقد خدمات الهاتف المحمول هو عقد توريد خدمات لان احكامه المستقاة من الواقع العملي تتطابق مع احكام عقد التوريد.

٤- يخضع العقد موضوع الدراسة لأحكام القانون التجاري استنادا الى حكم الفقرة الثانية من المادة الخامسة من القانون التجاري النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤.

٥- تخضع شركة الاتصالات الى احكام القانون التجاري في حين يخضع المشترك لأحكام القانون المدني لعدم تنظيم التزامات الاخير بأحكام خاصة في القانون التجاري لذا فهو يخضع لأحكام القانون المدني بوصفه مصدراً عاماً للقانون التجاري استنادا الى الفقرة الثانية من المادة الرابعة من القانون التجاري.

ثانيا:- المقترحات:-

١- نقترح على المشرع العراقي تنظيم احكام عقد خدمات الهاتف المحمول بسبب اهميته وانتشاره ودوره في تنشيط الحركة الاقتصادية والتجارية باعتباره واردا على خدمة مهمة هي خدمة الاتصالات.

٢- نقترح على المشرع العراقي تنظيم احكام عقد التوريد باعتباره من العقود الشائعة في الحياة اليومية الذي يتميز بأحكام خاصة تميزه عن اقرب العقود اليه وهو عقد البيع خاصة فيما يتعلق بعنصر الزمن فيه الذي يعد عنصرا جوهريا فيه على عكس عقد البيع الذي يعد من العقود الفورية التنفيذ.

هوامش البحث

(١) د. محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية- منشأة المعارف - الاسكندرية- ٢٠٠٦ - ص٤٠، د. جلال محمد ابراهيم - مصادر الالتزام - ط١ -دار النهضة العربية -القاهرة- ٢٠١٠- ص٢٢٧.

(٢) قضت محكمة التمييز الاتحادية بأن (تكييف العقد من الناحية القانونية يعود الى المحكمة وليس لاحد المتعاقدين).القرار المرقم ١٥٦ /٧٤ في ١٩٧٤/٥/٢٦، المبادئ القانونية لمحكمة التمييز - ط٣ -بلا ناشر ومكان نشر- ١٩٧٤- ص٢٧٨.

(٣) د. منصور حاتم محسن،د. هادي حسين الكعبي- الاثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز - بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - كلية القانون - جامعة بابل - السنة الأولى- العدد الأول - ٢٠٠٩ - ص ٢٢.

(٤) بينما عرف المشرع المصري عقد البيع في المادة (٤١٨) من القانون المدني،بأنه(عقد يلتزم به البائع أن ينقل للمشتري ملكيه شيء أو حقاً مالياً آخر في مقابل ثمن نقدي)،وتقابلها المادة (١٥٨٢)من القانون المدني الفرنسي.

(٥) د. توفيق حسن فرج - عقد البيع والمقايضة - مؤسسة الثقافة الجامعية - بلا مكان نشر- ١٩٧٩- ص٢٨.

(٦) Rene savatier- laventede services - D.1971- chron-p.223.

أشار اليه د. احمد محمود سعد - نحو إرساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية - دار النهضة العربية- القاهرة-١٩٩٥- ص٢٩٩.

(٧) د. محمد سامي عبد الصادق - خدمة المعلومات الصوتية والاتزامات الناشئة عنها-دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥- ص٦٦.

(٨) اشار اليه د. احمد محمود سعد - مصدر سابق- ص٣٠١.

(٩) د. محمد سامي عبد الصادق - مصدر سابق-ص٦٧ وما بعدها.

(١٠) د. علي هادي العبيدي - شرح احكام عقدي البيع والايجار - ط١- المركز القومي للنشر والتوزيع - اربد- الاردن- ٢٠٠٠- ص١٨.

(١١) تنص المادة(٤٧) من مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية العراقي على أنه: (تعد المكالمات الهاتفية والاتصالات الخاصة من الأمور السرية التي لا يجوز مراقبتها أو التنصت عليها أو الكشف عنها الا وفقاً للقانون وبقرار من المحكمة).

(١٢) د. غني حسون طه -الوجيز في العقود المسماة-عقد البيع- ج١-مطبعة المعارف-بغداد -١٩٧٠-ص١٠٨ وما بعدها.

(١٣) الملكية: حق بمقتضاه يوضع شيء تحت ارادة شخص يكون له دون غيره أن يستعمله ويستغله ويتصرف به بكل التصرفات في حدود القانون، لمزيد من التفصيل ينظر: د. محمد كامل مرسي - شرح القانون المدني - الحقوق العينية الاصلية -ج١ - منشأة المعارف -الاسكندرية - ٢٠٠٥ - ص٢٤٦ وما بعدها.

(١٤) استناداً للمادة (٢٩٢) من القانون المدني العراقي، ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني المصري والفرنسي.

(١٥) استناداً للمادة (١٠٤٨) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادة (٨٠٢) من القانون المدني المصري والمادة (٥٤٤) من القانون المدني الفرنسي.

(١٦) ينظر الشرط رقم(٨) من عقد اسيا سيل الذي ينص على انه (لا يمكن تحويل حيازة شريحة الهاتف النقال والرقم الى أي شخص آخر الا بموافقة اسيا سيل الخطية..).

(١٧) د. مدحت محمد عبد العال - الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة، البيع، الايجار) -،دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠١- ص٩٢.

(١٨) د. محمد وحيد الدين سوار - حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني - دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان - الاردن- ١٩٩٣ - ص٤٦-٥٤، د. علي هادي العبيدي - الوجيز في شرح القانون المدني -الحقوق العينية- دار الثقافة للنشر والتوزيع -عمان - الاردن- ١٩٩٩- ص٧.

(١٩) استناداً للمادة (١٠٥٠) من القانون المدني العراقي التي تنص على انه (لا يجوز ان يحرم احد من ملكه، إلا في الاحوال التي قررها القانون وبالطريقة التي يرسمها، ويكون ذلك في مقابل تعويض عادل يدفع اليه مقدماً)،تقابلها المادة (٨٠٥) من القانون المدني المصري والمادة (٥٤٥) من القانون المدني الفرنسي.

(٢٠) Schaf (s.)banauesde domes Guridiaues Analys- de sontrats proposes aux utilisateurs- DIT.- 1985 -n.7-p.4 ets.

(٢١) د.عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار والعارية) - المجلد الاول- ج٦ - دار النهضة العربية - القاهرة - ١٩٦٣ - ص٢٠٧ - ٦٢٧، كذلك د. عصمت عبد المجيد بكر - شرح احكام عقد الايجار - شركة الزاهر للنشر والتوزيع - بغداد- ٢٠٠٢- ص٨٣-١٤١.

(٢٢) د. سلام منعم مشعل -عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال - بحث منشور في مجلة الحقوق - كلية الحقوق-جامعة النهرين - العدد١٧ - ٢٠٠٦ - ص١٦١.

(٢٣) تقابلها المادة (٥٥٨)من القانون المدني المصري، والمادة (١٧٩) من القانون المدني الفرنسي.

(٢٤) د. جعفر الفضلي -الوجيز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاولة)- ط٢- دار ابن الأثير للطباعة والنشر- الموصل- ٢٠٠٥- ص٢٥٢.

(٢٥) ينظر الشرط رقم (٣) من عقد شركة زين للاتصالات، الذي ينص على أنه(هذه الخدمة تقدم الى المشترك شخصياً ولا يجوز تحويلها الى الغير عن طريق التأجير أو البيع أو التنازل بدون موافقة كتابية مسبقة من الشركة).

(٢٦) د. محمد يحيى مطر-عقد الإيجار- الدار الجامعية للنشر والتوزيع- بلا مكان نشر وتاريخ نشر-ص٢١.

(٢٧) د. محمد سامي عبد الصادق - مصدر سابق - ص٧٠.

(٢٨) د. سعيد مبارك وآخرون - الوجيز في العقود المسماة (البيع، الايجار، المقاولة)،- دار الحكمة للطباعة والنشر - بلا مكان نشر - ١٩٩٢ - ص٢٢٦.

(٢٩) ينظر المادة (٧٧٢) من القانون المدني العراقي، تقابلها المادتان (٥٨٣، ٥٩٠) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧٢٨)من القانون المدني الفرنسي.

(٣٠) استناداً للمادة (٧٣٦)من القانون المدني العراقي التي تنص على أنه: (يصح ان تكون الاجرة نقوداً، كما يصح أن تكون أي مال آخر) تقابلها المادة (٥٦١) من القانون المدني المصري، ولا يوجد ما يقابلها في القانون المدني الفرنسي.

(٣١) استناداً للمادة (٧٣٨) من القانون المدني العراقي، التي تنص على أنه (أذا لم يتفق المتعاقدان على مقدار الأجرة أو على كيفية تقديرها أو أذا تعذر اثبات الأجرة المدعى بها، وجب أجر المثل)، تقابلها المادة (٥٦٢) من القانون المدني المصري، والمادة (١٧١٦) من القانون المدني الفرنسي.

(٣٢) ينظر الشرط رقم (١٣) من عقد شركة زين، الذي ينص على انه: (يلتزم المشترك بقيمة الاسعار التي تحددها الشركة وبالقيمة والفئات التي تعلن عنها).

(٣٣) ينظر الشرط رقم (٦) من عقد شركة زين، الذي ينص على انه: (لا تكون الشركة مسؤولة عن اعادة أية مبالغ لقاء الوحدات غير المستخدمة من البطاقة في أي حال من الاحوال).

(٣٤) تقابلها المادة(٦٤٦) من القانون المدني المصري والمادة (١٧٨٧) من القانون المدني الفرنسي.

(٣٥) ينظر المواد من (٨٦٤ - ٨٩٠) من القانون المدني العراقي.

(٣٦) د. عبد الرزاق السنهوري -الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل (المقاولة، الوكالة، الوديعة والحراسة)- المجلد الأول -ج٧- دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٦٤ - ص٦.

(٣٧) استناداً للمادة (٨٦٥)من القانون المدني العراقي، لمزيد من التفصيل عن التزامات المقاول ورب العمل ينظر د. عبد الرزاق السنهوري - العقود الواردة على العمل - مصدر سابق- ص٦٤-٢٠٦.

(٣٨) د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص٤٤١.

(٣٩) د. سعيد مبارك وآخرون -مصدر سابق - ص٤٠٠.

(٤٠) د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص٤٤٥.

(٤١) استناداً للمادة (٢١٩) من القانون المدني العراقي التي تنص (١ - الحكومة والبلديات والمؤسسات الاخرى التي تقوم بخدمة عامة، وكل شخص يستغل احدى المؤسسات الصناعية أو التجارية، مسؤولون عن الضرر الذي يحدثه مستخدموهم اذا كان الضرر ناشئاً عن تعد وقع منهم اثناء قيامهم بخدماتهم)، تقابلها المادة (١٧٤) من القانون المدني المصري.

(٤٢) السيد محمد السيد عمران- الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي، البرامج، الخدمات) - مؤسسة الثقافة الجامعية -الاسكندرية-١٩٩٢-ص٣٣ وما بعدها، د. محمد حسام محمود لطفي- عقود خدمات المعلومات- بلا ناشر-القاهرة-١٩٩٤-ص١٣٦وما بعدها، د. مدحت محمد عبد العال- مصدر سابق - ص٨٠،د. فاروق الاباصيري- عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية-دار النهضة العربية-القاهرة-٢٠٠٣ -ص٥٠، د. محمد حسين منصور- المسؤولية الالكترونية- مصدر سابق-ص٤١.

(٤٣) د. احمد محمود سعد- مصدر سابق - ص٢٨٨.

(٤٤) د. محمد سامي عبد الصادق - مصدر سابق - ص٧٢.

(٤٥) د. احمد محمود سعد - مصدر سابق- ص٢٩٤-٢٩٥، عمر حميد مجيد - مصدر سابق - ص ٥٦.

(٤٦) د. سعيد مبارك وآخرون - مصدر سابق - ص٤٢٠.

(٤٧) استناداً للمادة (١٦٨) من القانون المدني العراقي.

(٤٨) د. جعفر الفضلي - مصدر سابق - ص٤٦٢ وما بعدها.

(٤٩) ينظر المادة (٢٧) من مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية التي تنص على أنه: (لا يجوز انشاء شبكات اتصالات عامة لاسلكية أو تشغيلها أو ادارتها أو تقدم خدمة الاتصالات العامة إلا بعد الحصول على ترخيص تردد وفق احكام هذا القانون)، تقابلها المادة (٢١)من قانون تنظيم الاتصالات المصري رقم(١٠)لسنة ٢٠٠٣.

(٥٠) تنص الفقرة (١) من المادة (٨٨٠) من القانون المدني العراقي على أنه (١ - اذا لم تحدد الاجرة سلفاً أو حددت على وجه تقريبي، وجب الرجوع في تحديدها الى قيمة العمل ونفقات المقاول).

(٥١) د. مصطفى كمال طه - محاضرات في القانون التجاري والبحري - توزيع منشأ المعارف - الاسكندرية- ١٩٦٠ - ص٣٩.

(٥٢) د. باسم محمد صالح و د. اكرم ياملكي - القانون التجاري - القسم الأول - مطبعة جامعة بغداد - بغداد - ١٩٨٢ - ص٥٩.

(٥٣) د. سميحة القيلوبي- الوسيط في شرح قانون التجارة المصري - ج٢ -ط٤ - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥ - ص١٧٤.

(٥٤) اشار اليه: د. نوري طالباني - القانون التجاري العراقي -ج١ -النظرية العامة - ط١ - دار الطبع والنشر الاهلية- بغداد - بلا تاريخ نشر - ص١٣٢.

(٥٥) د. سلام منعم مشعل - مصدر سابق - ص ١٥٨-١٥٩.

(٥٦) د. هالة صلاح الحديثي - النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة-بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية-كلية القانون-جامعة القادسية-العددالاول-٢٠٠٩ - ص ١٠٧-١٠٨، عمر حميد مجيد - الطبيعة القانونية لعقود الهاتف النقال-بحث تخرج في المعهد القضائي- ٢٠١٠ - ص ٤٧.

(٥٧) ينظر المادة (١/٦٢) مدني عراقي.

(٥٨) د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - القسم الأول - دار الحكمة للنشر - بغداد-١٩٨٧ -ص٦٤.

(٥٩) كذلك أخذ المشرع الفرنسي بالمذهب الموضوعي في القانون التجاري الصادر عام ١٨٠٧.

(٦٠) تنص المادة (٧ /أولاً) من قانون التجارة النافذ على أنه: (يعتبر تاجراً كل شخص طبيعي يزاول باسمه ولحسابه على وجه الاحتراف عملاً تجارياً وفق أحكام هذا القانون).

قائمة المصادر والمراجع

أولاً:- الكتب القانونية

١ - د. احمد محمود سعد - نحو ارساء نظام قانوني لعقد المشورة المعلوماتية - دار النهضة العربية - القاهرة- ١٩٩٥.

٢ - د. السيد محمد عمران - حماية المستهلك أثناء تكوين العقد - منشأة المعارف - الاسكندرية - ١٩٨٦.

٣ - د. السيد محمد عمران - الطبيعة القانونية لعقود المعلومات (الحاسب الآلي- البرامج- الخدمات)- مؤسسة الثقافة الجامعية - الاسكندرية-١٩٩٢.

٤- د. باسم محمد صالح ود. أكرم يا ملكي-القانون التجاري- القسم الأول - مطبعة جامعة بغداد- ١٩٨٢.

٥- د. باسم محمد صالح - القانون التجاري - القسم الأول - دار الحكمة -بغداد- ١٩٨٧.

٦ - د. توفيق حسن فرج- عقد البيع والمقايضة - مؤسسة الثقافة الجامعية -بلا مكان نشر -١٩٧٩.

٧ - د. جعفر الفضلي - الوجيز في العقود المسماة (البيع -الايجار-المقاولة)-ط٢- دار ابن الاثير للطباعة والنشر- الموصل- ٢٠٠٥.
٨ - د. سعد مبارك وآخرون - الوجيز في العقود المسماة (البيع - الايجار-المقاولة)- دار الحكمة - بلا مكان نشر - ١٩٩٢..
٩ - د. سميحة القيلوبي - الوسيط في شرح قانون التجارة المصري - ج٢-ط٤- دار النهضة العربية- القاهرة -٢٠٠٥.
١٠ - د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على الانتفاع بالشيء (الايجار -العارية) - المجلد الأول- ج٦ - دار النهضة العربية - القاهرة -.١٩٦٣
١١ - د. عبد الرزاق السنهوري - الوسيط في شرح القانون المدني - العقود الواردة على العمل(المقاولة والوكالة والوديعة والحراسة)- المجلد الأول -ج٧ -دار احياء التراث العربي - بيروت - ١٩٦٤.
١٢ - د. عصمت عبد المجيد بكر - شرح احكام عقد الايجار - شركة الزاهر للنشر والتوزيع - بغداد - ٢٠٠٢.
١٣- د. علي هادي العبيدي-الوجيز في شرح القانون المدني-الحقوق العينية-دار الثقافة-عمان-الاردن-١٩٩٩.
١٤ - د. علي هادي العبيدي - شرح احكام عقدي البيع والايجار - ط١ - المركز القومي للنشر والتوزيع - اربد - الاردن -٢٠٠٠.
١٥ - د. غني حسون طه - الوجيز في العقود المسماة - عقد البيع -ج١ -مطبعة المعارف - بغداد - .١٩٧٠
١٦ - د. فاروق الاباصيري - عقد الاشتراك في قواعد المعلومات الالكترونية - دار النهضة العربية - القاهرة -٢٠٠٣.
١٧ - د. محمد حسين منصور - المسؤولية الالكترونية - منشأة المعارف - الاسكندرية -٢٠٠٦.
١٨ - د. محمد سامي عبد الصادق - خدمة المعلومات الصوتية والالتزامات الناشئة عنها - دار النهضة العربية - القاهرة - ٢٠٠٥.
١٩ - د. محمد وحيد الدين سوار-حق الملكية في ذاته في القانون المدني الاردني- دار الثقافة للنشر والتوزيع- عمان- الاردن -١٩٩٣.
٢٠- د. محمد يحيى مطر - عقد الايجار - الدار الجامعية - بلا مكان وتاريخ نشر.
٢١ - د. مدحت محمد عبد العال - الالتزامات الناشئة عن عقود تقديم برامج المعلومات (المقاولة -البيع - الايجار) - دار النهضة العربية - القاهرة -٢٠٠١).
٢٢ - د. مصطفى كمال طه - محاضرات في القانون التجاري والبحري -منشأة المعارف -الاسكندرية - ١٩٦٠.
٢٣- د. نوري طالباني - القانون التجاري العراقي - ج١ - النظرية العامة - ط١ - دار الطبع والنشر الاهلية - بغداد - بلا تاريخ نشر.

ثانياً: البحوث.

١ - د. سلام منعم مشعل - عقود تجهيز خدمات الهاتف النقال - بحث منشور في مجلة الحقوق- كلية الحقوق - جامعة النهرين - المجلد (٩) - العدد(١٧)- ٢٠٠٦.

٢- عمر حميد مجيد-الطبيعة القانونية لعقود الهاتف النقال-بحث تخرج في المعهد القضائي - ٢٠١٠.

٣- د. منصور حاتم محسن والـ د. هادي حسين الكعبي-الاثر الاجرائي للواقع والقانون في تحديد وصف محكمة التمييز-بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية - كلية القانون-جامعة بابل- السنة الاولى- العدد الأول - ٢٠٠٩.

٤- د. هالة صلاح الحديثي - النظام القانوني لعقود الهواتف النقالة - بحث منشور في مجلة القادسية للقانون والعلوم السياسية - كلية القانون - جامعة القادسية - المجلد الثاني - العدد الأول - ٢٠٠٩.

ثالثاً: القوانين.

١- القانون المدني العراقي رقم ٤٠ لسنة ١٩٥١ المعدل.

٢- قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

٣- القانون المدني المصري رقم ١٣١ لسنة ١٩٤٨ المعدل.

٤- قانون التجارة المصري رقم ١٧ لسنة ١٩٩٩.

٥- القانون المدني الفرنسي الصادر سنة ١٨٠٤ المعدل.

رابعا:- مصادر أخرى:-

١- عقد شركة زين للاتصالات

٢- عقد شركة اسيا سيل للاتصالات.