مجلة الاجتهاد القضائي: المجلد 12 - عدد خاص (العدد التسلسلي 22) أفريل 2020 - (ص ص: 557 – 570)
مخبر أثر الاجتهاد القضائي على حركة التشريع - جامعة محمد خيضر بسكرة

المسؤولية العقدية لمقدمي خدمات الهاتف النقال

Contractual liability of telecommunications companies for mobile services

ط. د زحزاح محمد [1]

باحث دكتوراه

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)

zehza03@yahoo.fr

د. يوسفي نور الدين

أستاذ محاضر "أ"

كلية الحقوق والعلوم السياسية

جامعة محمد خيضر - بسكرة (الجزائر)

ndyousfi@yahoo.fr

تاريخ الارسال:	تاريخ القبول:	تاريخ النشر
03 أكتوبر 2019	25 ديسمبر 2019	05 أفريل 2020

الملخص:

إن الهدف من تنفيذ عقد الهاتف النقال هو حصول المشترك على خدمة الاشتراك، إلا أن تنفيذ العقد الرئيسي والمتمثل في تقديم خدمات الاتصالات اللاسلكية قد يتطلب سلسلة متلاحقة ومتشابكة من العلاقات القانونية (تعاقدية، غير تعاقدية)، لذا فشركات الاتصالات في إبرامها للعقود (عقد الهاتف النقال) نجدها تفرض من الشروط ما تراه يخدم مصلحتها دون قيد أو شرط وهو ما يطلق عليه في هذا السياق بالشروط التعسفية حيث تقوم الشركات بإعداد نماذج العقود عند وضع الشروط والبنود باعتبارها الطرف الأقوى في العقد لاحتكارها تقديم الخدمات فيتعرض المشترك إلى استغلال أذعن له نتيجة لحاجته إلى الخدمة التي تقدمها هذه الشركات، والتي أصبحت من الحاجات الضرورية والتي لا يمكن الاستغناء عنها، ونظراً لوجود عقد مبرم بين الشركة والمشترك فان مصدر التزام الشركة بالتعويض يكون عند إخلالها بالتزاماتها العقدية الناشئة عن العقد حيث تترتب مسؤوليتها العقدية

الكلمات المفتاحية: شركات الاتصالات، الهاتف النقال، المشترك، خدمات الهاتف النقال .

Abstract :

The purpose of the mobile phone contract is to obtain the subscriber service, but the implementation of the main contract, which is to provide wireless telecommunications services, may require a succession and interlocking chain of legal relations (contractual, non-contractual), and the company may be contracted with several other companies involved The legal nature of the mobile phone contract is the idea of assigning a contractual relationship with the company. It is important that the contract concluded between the telecommunications companies and the subscriber is a compliance contract, and that the telecommunications company in the conclusion of contracts (mobile phone contract), it imposes from the conditions what it deems to serve its interest unconditionally, which is called in This context is subject to arbitrary conditions where companies prepare contract forms when setting terms and conditions as the strongest party in the contract for monopolizing the provision of services. Due to the existence of a contract between the company and the subscriber, the source of the company's obligation to indemnity is when it breaches its contractual obligations arising from the contract where its contractual responsibility arises.

key words: *Telecom companies, mobile phone, subscriber, mobile services*

[1] المؤلف المرسل: ط. د زحزاح محمد ـــــــــــــــــــــ *Email: zehza03@yahoo.fr*

مقدمة:

يعتبر الهاتف النقال[1] من أهم وسائل الاتصال الحديثة في الفترة الراهنة وأكثرها انتشارا وتأثيرا فهو يستخدم لأغراض شخصية ومهنية ويقدم خدمات مهمة وفوائد جمة وأدخلت عليه تقنيات جديدة وإضافات مبهرة ولم يعد الهاتف النقال مجرد وسيلة اتصال هاتفي فحسب ووسيلة لنقل البيانات والتكنولوجيا وكذلك إمكانيات التسجيل الصوتي والتصوير بنفس نقاء ووضوح الكمرات الرقمية ذاتها، وأمكن كذلك إرسال واستقبال صور المتحادثين هاتفيا واستقبال الإرسال الإذاعي، وأضيف إليها نظم تبادل المعلومات بالأشعة دون الحمراء (*MMS*)إضافة إلى خدمة إرسال رسائل نصية عبر نظام (*SMS*)، واستخدام البريد الالكتروني الفوري (*IM*)، ويمكن استخدامه كآلة حاسبة وجهاز لممارسة الألعاب الالكترونية إضافة إلى دمج تقنيات مختلفة الوظائف بهذه الهواتف مثل مشغلات الموسيقى[2].

وأدت هذه التقنيات الحديثة إلى نشوء روابط قانونية متعددة بين الأشخاص ,يعد عقد خدمات الهاتف المحمول من أهم هذه الروابط ,الذي يبرم بين شركة الاتصالات التي تكون عادة على شكل شركة محترفة ومتخصصة في مجال الاتصالات ,وبين المستهلك الذي عادة ما يكون شخصا طبيعيا يستهلك خدمة الاتصالات وهذا من خلال عقد خدمات الهاتف النقال، فعقد الهاتف النقال وهو عبارة عن عقد خاص للاشتراك بشبكة الهواتف النقالة، والذي يبرم بين الراغبين في الحصول على خدمات الهاتف النقال وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك مقابل الدفع المسبق من قبل المشترك وهو يتسم بخصوصية ذاتية يختلف من خلاله عن العقود التقليدية المسماة، وتنبع هذه الخصوصية من طبيعة محل الالتزام وهي خدمة الاتصالات[3]، إذ تناول الفقه تعريف الخدمة باعتبارها "المحل الذي يشملها نطاق الاستهلاك حيث عرفت بأنها كل أداء يكمن تقويمه نقداً في ما عدا تقويم الأموال ذاتها"[4].

إن الهدف من تنفيذ عقد الهاتف النقال هو حصول المشترك على خدمة الاشتراك، إلا أن تنفيذ العقد الرئيسي والمتمثل في تقديم خدمات الاتصالات اللاسلكية قد يتطلب سلسلة متلاحقة ومتشابكة من العلاقات القانونية (تعاقدية، غير تعاقدية)، وقد تكون الشركة متعاقدة مع عدة شركات أخرى تشترك معها بروابط قانونية واقتصادية أخرى، لذلك نجد عقد الهواتف النقالة يتسم بخصوصية ذاتية تكمن بطبيعة الأداء الذي يتوجب على الشركات القيام به والذي يقتضي بطبيعة الحال خضوعها لقواعد خاصة تتلاءم مع ظروف العقد[5]، فالطبيعة القانونية لعقد الهاتف النقال تمثل فكرة إسناد العلاقة العقدية الناشئة بين شركة الاتصالات والمشترك مسألة على درجة من الأهمية كون العقد المبرم بين شركات الاتصالات

والمشترك عقد إذعان، كما أن شركة الاتصالات في إبرامها للعقود (عقد الهاتف النقال)، فأنها تفرض من الشروط ما تراه يخدم مصلحتها دون قيد أو شرط وهو ما يطلق عليه في هذا السياق بالشروط التعسفية، حيث تقوم الشركات بإعداد نماذج العقود عند وضع الشروط والبنود باعتبارها الطرف الأقوى في العقد لاحتكارها تقديم الخدمات فيتعرض المشترك إلى استغلال أذعن له نتيجة لحاجته إلى الخدمة التي تقدمها هذه الشركات، والتي أصبحت من الحاجات الضرورية والتي لا يمكن الاستغناء عنها.

ومن هنا يتم طرح الاشكالية الاتية: ماهى الضمانات القانونية لحماية المتعاقد في علاقته بشركات الاتصالات الهاتف المحمول؟

نظراً لوجود عقد مبرم بين الشركة والمشترك فان مصدر التزام الشركة بالتعويض يكون عند إخلالها بالتزاماتها العقدية الناشئة عن العقد حيث تترتب مسؤوليتها العقدية، ولكي يتسنى لنا تحديد نطاق الالتزام التعاقدي لا بد من أن نشير إلى أن الشروط الواجب توفرها لتحقق هذه المسؤولية والمتمثل في كل من الخطأ (المطلب الأول)، والضرر (المطلب الثاني) والعلاقة السببية (المطلب الثالث)، وهذا ما سوف نتناوله في هذا المبحث كما نتناول تعديل أحكام المسؤولية العقدية (المطلب الرابع).

المطلب الأول: الخطأ في المسؤولية العقدية عن خدمات الهاتف النقال لشركات الاتصالات

المسؤولية العقدية هي التي تنشئ ويرتبها القانون بسبب الإخلال بتنفيذ التزام أنشئه العقد[6]، فإذا لم يقم المدين بتنفيذ التزامه الذي نشئ عليه العقد وليس بالاستطاعة إجباره على تنفيذه وكذلك إذا أصبح تنفيذ الالتزام مستحيلا بخطئه فانه يسال عن تعويض الدائن عن الضرر الذي يصيبه، وكذلك عند تأخر المدين عن تنفيذ التزامه[7]، ويمكن القول أن الخطأ العقدي يتخذ أكثر من شكل أو مظهر يختلف باختلاف نوع الإخلال الذي يرتكبه المدين وهو مقدم الخدمة لذا يتوجب عليه احترام الالتزامات التي نشأت في ذمته بمقتضى العقد الذي ابرمه وإخلاله بالتزامه يعتبر هو الخطأ العقدي، وعند الرجوع إلى الالتزامات العقدية التي نشأت في ذمة شركة الاتصالات نجد أن بعضها يقوم على تحقيق نتيجة والبعض الأخر يكون ببذل عناية، وعليه عدم تنفيذ الالتزام المكون للخطاء العقدي يتخذ صورتين وهي عدم تحقق النتيجة آو القصور في بذل العناية[8].

إن اغلب التزامات شركات الاتصالات اتجاه المشترك هي التزامات بتحقيق نتيجة لذا يعتبر مقدم الخدمة مسؤولا في حالة عدم تحقق النتيجة، والخطأ في هذه الحالة هو مفترض،

كما يعتبر مخطأ في حالة تأخره عن تنفيذ التزاماته الناشئة عن عقد خدمات الهاتف وتنفيذها بشكل معيب أو مخالفا لما بفرضه عليه العقد [9].

فالخطاء العقدي في مجال عقود الاشتراك هو الخطأ المتحقق من عدم تنفيذ مقدم الخدمة للالتزام الناشئ عن العقد المبرم بينه وبين المستخدم، وهذا الالتزام قد يكون تحقيق نتيجة آو بذل عناية، فبالنسبة للالتزام بتحقيق نتيجة نجد أن الإخلال به يكون صادرا عن خطاء مقدم الخدمة مثل التزامه بالإفضاء والسرية، فيقوم الخطاء في جانبه إذا لم يفضى للمشترك عن المعلومات الضرورية للتعاقد والمتعلقة بالجوانب الفنية والمالية فالمحترف لا يمكنه التحلل من مسؤوليته بمجرد ادعائه انه لفت انتباه المشترك إلى الخطر الموجود بمحل الخدمة لأنه يفترض عدم فهم المشترك لهاته التحذيرات [10]، التي لم يوضح فيها مقدم الخدمة الطريقة المثلى للاستعمال، هنا يعتبر مقدم الخدمة مخلا بالتزامه بالتعاون لان الإفضاء بالمعلومات اللازمة لم يتحقق، كما يترتب خطأ مقدم الخدمة العقدي في حالة عدم توفير خدمة الخط الساخن أو المساعدة التليفونية [11]، وكذلك عند قيام مقدم الخدمة بإفشاء أسرار المعلومات والبيانات الخاصة بالمشتركين[12]، مثل انتهاك سرية المراسلات الخاصة بالمشتركين، فركن الخطأ يتمثل في اعتراض الرسائل وقراءتها وانتهاك السرية المحيطة بالرسائل من خلال برامج معينة، يعد مقدم الخدمة مخطئاً أيضا إذا لم تكن الخدمة مطابقة للمواصفات المعلن عنها أو على الأقل المتعارف عليها في مجال هذه الحرفة وهي تشمل مثلاً (جودة الشبكة، جودة الاتصال وسرعته، سرعة الخط) لان هذه الخدمة يجب أن تكون صالحة للاستخدام وذلك حسب طبيعتها وحسب الغرض الذي تم التعاقد من اجله[13].

أما بالنسبة للالتزام ببذل عناية فانه من الممكن تحقق الخطأ الشخصي، حيث لمقدم الخدمة في الالتزامات التي عليه فيها بذل العناية المطلوبة، مثل الالتزام بإسداء النصيحة في مدى ملائمة العقد المراد إبرامه لتحقيق غرض المشترك، حيث أن المدين بإسداء النصيحة يعتمد كثيرا في تنفيذ هذا الالتزام على إفصاح الدائن عن احتياجاته بشكل واضح ودقيق، كون هذا الإفصاح يتأثر إلى حد كبير بالمستوى الاجتماعي للدائن[14].

وعليه تنعقد المسؤولية العقدية لمقدم الخدمة في حالة إخلاله بالتزاماته التعاقدية، سواء اتخذ هذا الإخلال صورة عدم التنفيذ الكلى، أو التنفيذ المعيب، آو التأخير في التنفيذ، ولما كان الحكم على مدى توافر الخطاء العقدي يتوقف على طبيعة التزامات شركة الاتصالات، لذا فان الخطأ العقدي لمقدم الخدمة يتمثل في عدم تنفيذ الالتزام في حالة اعتبار التزامه التزام بتحقيق نتيجة أو عدم بذله العناية المطلوبة في حالة اعتبار التزامه التزام ببذل عناية[15].

المطلب الثاني: الضرر في المسؤولية العقدية عن خدمات الهاتف النقال لشركات الاتصالات

يعتبر الضرر الركن الثاني من أركان المسؤولية العقدية، فيجب أن يترتب الخطأ ضررا من اجل قيام المسؤولية العقدية، ويقصد به الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه، آو في مصلحة مشروعة له سواء كانت مادية أو أدبية، و يعرفه البعض انه الأذى الذي يصيب الشخص في حق من حقوقه آو في مصلحة له معتبرة شرعا سواء اتصلت هذه المصلحة المشروعة بسلامة جسمه آو بماله آو في اعتباره آو في كرامته آو في أحاسيسه[16].

وعليه لا يكفي لقيام المسؤولية العقدية الناشئة عن عقود الاشتراك في الاتصالات وجود الخطأ عقدي من مقدم الخدمة، بل لابد من إصابة المشترك بضرر نتيجة الإخلال بالتزام كي يمكنه المطالبة بتعويض عما أصابه من ضرر ويخضع هذا لتقدير قاضي الموضوع والذي ينبغي أن يراعى كافة الأضرار التي أصابت المشترك سواء كانت أضرار مادية آو أدبية [17]، آو تمثلت في تفويت فرصة كان يرجى من ورائها تحقيق نفع أو فائدة للمشترك[18]. ونجد أن الضرر الذي يصيب المشترك في خدمة اتصالات الهاتف النقال تختلف

الفرع الأول: الضرر المادي

الضرر المادي هو الأذى الذي يصيب الإنسان في جسمه أو في ماله، أو نقص في حقوقه، أو فوت عليه فرصة مشروعة يمكن تقويمها بالمال، ومن الصعوبة تقدير جسامة الضرر المادي إذ ما عرفنا قيمة الشيء الذي أصابه التلف وذلك بفعل محدث الضرر، ويقصد بالضرر المادي الناجم عن شركات الهاتف النقال ذلك الأذى الذي يصيب الذمة المالية للمشترك من جراء الخدمات التي تقدمها عندما تكون دون المستوى المطلوب، مثل فشل تأمين الاتصال من المرة الأولى فيضطر المشترك إلى إعادة الاتصال عدة مرات او انقطاع المكالمة في الثواني الأولى من الاتصال مما يؤدي إلى استنزاف رصيد المشترك الذي يضطر إلى تكرار عملية الاتصال[19]، بالإضافة إلى وضع سقف زمني لنفاذ الرصيد وبعد انتهاء المدة لا يمكن الاتصال إلا بعد إعادة شحن الجهاز برصيد جديد، وسعر الكارت الحقيقي أعلى من السعر الموضوع على كارت الشحن، ولا يوجد تساوٍ في الأسعار بين الثانية الأولى ومايليها من ثوانٍ أثناء المكالمة الواحدة[20]، إضافة إلى خدمات الانترنت الموجودة في جهاز النقال، إذ تقوم الشركة بالاستقطاع من رصيد المستخدم بمجرد عرض صفحات الشبكة (*dis play web*) وليس على أساس التحميل (*loading*) مما يلحق خسارة مالية للمشترك.

ويشترط للحكم بالتعويض عن الضرر المادي أن يكون محقق الوقوع وان يكون مباشرا، ونقصد بمحقق الوقوع أن يكون الضرر محققا ومؤكدا أي لا يكون احتماليا أو مفترضا بل يجب

أن يكون وقع فعلا أو محقق الوقوع في المستقبل، أما الضرر المباشر هو ذلك الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية لعدم الوفاء بالالتزام أو في التأخير بالوفاء به ويعتبر الضرر نتيجة طبيعية لخطاء المدين إذا لم يكن في استطاعة الدائن أن يتوقاه ببذل جهد معقول ولفظ المباشر لا يعنى صفة خاصة يشترط توافرها في الضرر وإنما يعنى ضرورة توافر رابطة السببية مباشرة بين الخطاء والضرر[21]، وعليه نجد أن التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع وغير متوقع في إطار المسؤولية التقصيرية، أما في إطار المسؤولية العقدية فان التعويض يشمل الضرر المباشر المتوقع فقط، ومثال الخطأ المباشر.

المتوقع هو ما تتسبب فيه المعلومات الخاطئة مثل الضرر الذي يكون نتيجة طبيعية للإخلال مقدم الخدمة في التزامه بتوفير معلومات على قدر من الدقة والشمولية.

ففي مجال خدمة الاتصالات إذا كان الخطاء الذي ارتكبه مقدم الخدمة عقديا فان الضرر الذي يستطيع المضرور المطالبة به هو الضرر المادي المباشر المتوقع إلا إذا ارتكب مقدم الخدمة غشا وخطأ جسيما فيسأل عندها عن الضرر المادي المباشر كله متوقع وغير متوقع [22]

الفرع الثاني: الضرر المعنوي

يقصد بالضرر المعنوي ذلك الضرر الذي يصيب الشخص في شعوره وإحساسه وكرامته وعواطفه، و يعرفه البعض انه الضرر الذي يلحق الشخص في غير حقوقه المالية، أو في مصلحة غير مالية، فهو ما يصيب الشخص في كرامته أو شعوره، أو في شرفه أو في معتقداته الدينية أو في عاطفته[23]، وتنص المادة 182 مكرر من قانون مدني جزائري "يشمل التعويض عن الضرر المعنوي كل مساس بالحرية أو السمعة آو الشرف "فالمشرع الجزائري لم يقم بتعريف الضرر المعنوي وإنما اكتفى بتعداد صوره والتي حددها بالحرية والسمعة والشرف [24]، أما المشرع المصري في نص مادة 222 قانون مدني أشار إلى شمول التعويض الضرر الأدبي دون تعريفه آو ذكر صوره، أما المشرع الأردني في نص مادة 167 من قانون مدني نص" يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته آو في عرضه آو في شرفه آو في سمعته آو في مركزه الاجتماعي آو في اعتباره المالي يجعل المعتد مسؤولا عن الضمان "فالمشرع الأردني حدد صور الضرر المعنوي دون تعريفه[25]، ما فيما يتعلق بشروط التعويض عن الضرر المعنوي، عند الرجوع لنص المادة 124 من قانون مدني جزائري والتي تنص "كل فعل أيا كان يرتكبه الشخص بخطئه، ويسبب ضررا للغير يلزم من كان سببا في حدوثه بالتعويض"، فلوجوب التعويض [26] يجب وجود الضرر والذي يجب أن يكون محققا، وهو الضرر المؤكد الحدوث سواء كان حالا، أي وقع فعلا أو كان مستقبلا إذا كان وجوده مؤكدا، وان تراخى وجوده إلى زمن لاحق، و لعل الأشعة التي تتعرض لها خلايا جسم المستخدم الناجمة عن تعرضه للأشعة غير مؤينة خير

مثال، حيث أن هذه الأشعة تبدو في الوهلة الأولى طفيفة إلا انه سرعان ما تؤدى إلى ضرر في المستقبل، حيث أن التأثيرات الضارة لهذه الأشعة يمكن أن تظهر على المدى الطويل، إذ أن مرض السرطان لا يمكن اكتشافه إلا بعد مرور أكثر من 10 سنوات من بداية التعرض لهذه الأشعة[27]، كما يجب أن يصيب الضرر حقا آو مصلحة مالية مشروعة للمضرور أيأن يشكل الضرر إخلالا بحق أو بمصلحة مشروعة للمستخدم.

فتأثير الأشعة غير مؤينة على جسم المستخدم يعد مساسا بحق من حقوقه الأساسية المتمثلة في حق العيش بسلام، فالضرر المعنوي يتسم بكونه ضررا لا يمكن لمسه أو رؤيته أو إنه لا يقع تحت الحواس، فالضرر المعنوي الناجم عن أبراج الهاتف النقال عبارة عن الضرر الذي لا يمس الذمة المالية للشخص بل يمس الشعور والعواطف، كالآلام التي تنتاب الشخص نتيجة إصابة أحد أحبائه بمرض عضال نتيجة تعرضه لإشعاع كهرومغناطيسي صادر عن أبراج الهواتف النقالة، أو خشية الإصابة بمرض عضال نتيجة الإشعاعات الصادرة عن هذه الأبراج، فتطور الحياة وما رافقه من استخدام الآلة والتكنولوجيا الحديثة أفرزت صوراً جديدة من الأضرار المعنوية ولاسيما بعدما أضحى العالم يعاني من مشكلة التلوث البيئي والتي أفرزت مشاكل جديدة تم إخضاعها للقواعد الخاصة بالمسؤولية المدنية، لذا وجب تطويع تلك القواعد أي العمل على توسيعها لكي تستوعب كل الصور الجديدة من الأضرار[28].

المطلب الثالث: العلاقة السببية

إن وقوع الخطأ من طرف مقدم الخدمة وحصول ضرر للمشترك لا يعنى بالضرورة قيام مسؤولية مقدم الخدمة مالم يكن الضرر الذي أصاب المستخدم ناتجا عن ذلك الخطأ كنتيجة طبيعية له ومرتبطة به ارتباطا مباشرا ويعنى ذلك وجود علاقة مباشرة بين الخطأ والضرر، وتتحقق هذه الرابطة أن اثبت آن الضرر كان نتيجة مباشرة للفعل الضار الذي أحدثه مقدم الخدمة وقد يثور الإشكال في الحالة التي تتعدد فيها الأفعال المحدثة للضرر والتي قد يكون مصدرها الإنسان والأشياء[29].

في مجال المسؤولية العقدية في عقود الهواتف النقالة حيث يجب أن تتوافر علاقة السببية بين إخلال مقدم الخدمة والضرر الذي أصاب المشترك، أي يجب أن يكون عدم تنفيذ المورد (الشركة) لالتزامه الذي رتبه عليه عقد الهاتف النقال هو سبب الضرر المادي الذي أصاب المشترك، لان عقد الهاتف النقال من العقود الملزمة للجانبين التي ترتب التزامات متقابلة في ذمة طرفيه، وهذه العلاقة في هذا الشأن يفترض وجودها ذلك إن التزام طرفي عقد نقل التكنولوجيا هو التزام بتحقيق نتيجة، وبناء على ذلك إذا اثبت المدين في هذا العقد إن عدم

تنفيذ مقدم الخدمة لالتزامه أو التأخر في التنفيذ يعود إلى سبب أجنبي لا يد للمدين (الشركة) فيه مثلا سبب عدم وجود تغطية يعود إلى الظروف الجوية، فلا يتحمل مسؤولية ذلك، وإذا كان الإخلال في تنفيذ عقد الاشتراك المبرم بين شركات الاتصالات والمشترك لا يعدو إخلالا من المدين بالتزامه، فانه يجب أن يكون الضرر ناتجا عن الإخلال، بحيث يكون عدم تحقيق النتيجة المقصودة في هذا العقد، وهي التزام الشركة المزودة لخدمة الهاتف النقال بنقل الخدمة الجيدة إلى المستهلك بصورة مستمرة في أي وقت وفي أي مكان وكذلك التزام المشترك بدفع المقابل[30].

المطلب الرابع: تعديل أحكام المسؤولية العقدية لمقدم خدمة الهاتف النقال

يمكن كقاعدة عامة تعديل أحكام المسؤولية العقدية سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، لكون العقد شريعة المتعاقدين مادام ذلك في حدود النظام العام والآداب [31]، فتعديل أحكام المسؤولية العقدية هو تطبيق للقواعد العامة في العقد، لكن كيف يتم تطبيق مثل هذه التعديلات في مجال عقود الاشتراك بخدمات الاتصالات بصفة العامة وخدمة الهاتف النقال بصفة خاصة ؟

الفرع الأول: الاتفاق على تشديد مسؤولية مقدم الخدمة

يجوز الاتفاق على تشديد مسؤولية[32] مقدم الخدمة تطبيقاً للقواعد العامة واستناداً إلى أن العقد شريعة المتعاقدين، أما عن مدى وجود وصحة مثل هذا الاتفاق في عقد الاشتراك، فقد اتجه جانب من الفقهي مجال عقد المشورة المعلوماتية والذي يتشابه مع عقود خدمات الاتصالات إلى القول بأنه توجد عدة صور يمكن من خلالها اعتماد أو إعمال هذا الاتفاق وكالاتي:

أولا- التزام مقدم الخدمة التزاماً بتحقيق بنتيجة:

إن التزام مقدم الخدمة بتقديم خدمات الاتصالات وخاصة ما يتعلق منها بتأمين الاتصال بالشبكة هو التزام بنتيجة إذ إن المشترك يهدف من عقد الاشتراك إلى تحقيق هذه النتيجة وهي إمكانية الاتصال بالشبكة ليتمكن بعدها من الحصول على بقية خدمات الاتصالات التي يرغب بها، لذا فعدم تحقق هذه النتيجة يعد خطأ على مقدم الخدمة، [33] و نظرا لكون مزود الخدمة يعتبر مهني متخصص فيمكن القول بان المسؤولية المهنية التعاقدية ترجح بوجه عام فكرة الالتزام بتحقيق نتيجة على فكرة الالتزام ببذل عناية ومن ثم يكون مسؤولا لمجرد عدم تحقق النتيجة، ولا يعفيه من المسؤولية إلا إثبات السبب الأجنبي الذي حال دون تحققها [34].

ثانيا – توسيع التزام مقدم الخدمة:

إن مقدم الخدمة لا يسأل في هذه الحالة عن تحقق النتيجة فقط، وإنما يسأل حتى في حالة عدم تحقق هذه النتيجة أو لوجود سبب أجنبي متمثل بقوة قاهرة أو حادث فجائي، وكقاعدة عامة يجوز أن يتم مثل هذا الاتفاق بين المشترك ومقدم الخدمة[35].

ثالثا – التعويض عن الأضرار غير المتوقعة:

لا يسأل المتعاقد في المسؤولية العقدية إلا عن الأضرار المتوقعة، إلا إذا ارتكب غشاً أو خطأ جسيماً[36]، فعندها يسأل عن الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة. ويجوز حسب القواعد العامة الاتفاق بين المتعاقدين على أن يكون مقدم الخدمة مسؤولاً عن تعويض الأضرار المتوقعة وغير المتوقعة وقت إبرام العقد[37].

فالاتفاق على التشديد من مسؤولية مقدم الخدمة ممكن نظرياً واستناداً للقواعد العامة، إلا إن هذه القواعد غير معمول بها عملياً في مجال عقد الاشتراك بخدمات الاتصالات، إذ لا وجود لمثل هذه الاتفاقيات التي تهدف إلى التشديد من مسؤولية مقدم الخدمة وذلك لأنه الطرف الأقوى وهو الذي يضع بنود وشروط التعاقد بالشكل الذي يحقق مصلحته ويخفف من مسؤوليته إلى أقصى حد ممكن على حساب المشترك الذي هو الطرف الضعيف الذي يذعن لشروط مقدم الخدمة دون أن يكون له حتى الحق في مناقشة هذه الشروط وإنما عليه أن يقبلها كما هي، لذا فمقدم الخدمة لا يضع شروطاً تشدد من مسؤوليته التعاقدية [38]

الفرع الثاني: إعفاء مقدم الخدمة من المسؤولية

عادة ما ينص مزود الخدمة في عقوده مع المشترك شروطا للتخفيف من المسؤولية لو الإعفاء منها بشكل كامل، وتكون هذه الشروط صحيحة ومنتجة لأثارها، مالم يثبت أنها تتصف بالتعسف أو انطوائها على الغش أو الخطاء الجسيم حيث يعمد إلى تحويل التزامه من التزام بتحقيق نتيجة إلى التزام ببذل عناية، كي لا تقوم مسؤوليته إلا إذا اثبت المشترك تقصي مزود الخدمة في بذل العناية ألازمة، ويكون للقاضي السلطة التقديرية في تقدير هذه الشروط ومدى صحتها ومحالفتها لأحكام القانون[39]، وان هذه الشركات عادة ما تضمن عقودها شروطا تنص فيها على إنها تلتزم بتقديم أفضل الخدمات الممكنة، أو إنها غير ملزمة بتقديم الخدمات في جميع أنحاء البلاد، أو إنها غير مسؤولة عن أية مشكلة أو تأخير أو توقف أو تقطع يمكن أن يحصل في أي وقت للشبكة.[40]

يرى جانب من الفقه صحة الاتفاق على الإعفاء من المسؤولية العقدية إلا انه لا يؤدي إلى الإعفاء من المسؤولية وإنما يؤدي فقط إلى قلب عبئ الإثبات على الدائن الذي عليه أن يثبت خطأ المدين حتى لو كان يسيراً، لكن جانباً آخر من الفقه اعدّ هذا الشرط صحيحاً ويمكن

إدراجه في العقد وذلك بصفة إن العقد شريعة المتعاقدين لكن يجب عدم إعمال هذا الشرط في حالة إذا تناقض مع جوهر وأساس العقد، أي إن مثل هذه الاتفاقيات لم تلق الترحيب أو القبول من جانب بعض الفقهاء في عدد من العقود كعقد المشورة المعلوماتية مثلاً، باعتبار إن التوسع في إعمال مثل هذه الشروط يؤدي إلى النيل من جوهر وأساس العقد[41]

خاتمة:

نظراً لوجود عقد مبرم بين الشركات المقدمة لخدمة الهاتف النقال والمشترك فان مصدر التزام الشركة بالتعويض يكون عند إخلالها بالتزاماتها العقدية الناشئة عن العقد، حيث تترتب مسؤوليتها العقدية، ولكي يتسنى لنا تحديد نطاق الالتزام التعاقدي لا بد من تحقق الشروط الواجب توفرها لتحقق هذه المسؤوليةو هى كل من الخطأ العقدي والضرر والعلاقة السببية، يمكن كقاعدة عامة تعديل أحكام المسؤولية العقدية سواء بالتشديد أو التخفيف أو الإعفاء، لكون العقد شريعة المتعاقدين مادام ذلك في حدود النظام العام والآداب العامة.

قائمة المصادر والمراجع:

قائمة المراجع:

أ- الكتب:

1- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996.

2- إبراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيليه لتقدير التعويض، ، مطبوعات جامعة الكويت، 1995.

3- صدام بن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمى شبكة الهواتف النقالة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017.

4-عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطاء والضرر، /ط1، منشورات عويدات، بيروت، 1983.

5- عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، دراسة مقارنة، القاهرة، 1914.

6- محمد السعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون، ال جزء1، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002.

7- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، طبعة1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2002.

ب- الرسائل الجامعية:

1 - احمد حمد الله احمد، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاستعمال الغير مشروع لخدمة الهاتف النقال، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2014

2-احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العيا، جامعة النجاح الوطنية نابلس، 2006.

3- باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009.

5-حوراء على حسين، المسؤولية المدنية لشركات الهاتف النقال، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة كربلاء، العراق، 2014

4- درار نسيمه، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير كلية الحقوق، ، جامعة تلمسان، 2012

5- رافع خضر صالح، الحق في الحياة الخاصة وضماناته في مواجهة استخدامات الكومبيوتر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1993، ص 12.

6- طيب ولد عمر، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010.

7 – ندى محمود ذنون احمد، عقد الاشتراك بخدمات الاتصالات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة الموصل، العراق، 2009

ج- المقالات على مواقع الانترنت:

1- تاريخ أول هاتف نقال في العالم، مقال متاح على الموقع الكتروني:
http://www.radioalgerie.dz/news/ar/article/20150107/25549.html
تاريخ الاطلاع:2019/08/05

2- هل تسكن بجوار أبراج الهاتف النقال، مقال متاح على موقع *https://www.sasapost.com/mobile-towers*
تاريخ الاطلاع:2019/09/09

د- المقالات في المجلات:

1- ندى حمزة صاحب الربيعي، المسؤولية المدنية المترتبة على الهاتف النقال، مقال منشور بمجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 21.

الهوامش:

[1]- أجريت أول مكالمة بأول هاتف محمول طرح في بريطانيا في جانفي من عام 1985، وكانت بداية ثورة الاتصالات الشخصية، بلغ وزن أول هاتف محمول 5 كيلوجرامات، فلم يكن من السهل حمل ذلك الهاتف، فكان ينقل بالسيارة، ولذلك كان يطلق عليه اسم "هاتف السيارة" أو "كارفون". أما سعره، فقد بلغ في ذلك الحين 1650 جنيهاً إسترلينياً، ووفقاً لسعر الصرف الحالي للجنيه الإسترليني، فإنه يقدر بنحو 4500 جنيه أو ما يزيد على 7 آلاف دولار حالياً، وكان الجهاز يحتاج إلى فترة شحن تصل إلى 10 ساعات، ويمكن الحديث فيه لمدة نصف ساعة كاملة انظر مقال بعنوان تاريخ أول هاتف نقال في العالم، مقال متاح على الموقع الكتروني:
http://www.radioalgerie.dz/ news/ ar/ article/ 20150107/ 25549.html

[2]- احمد حمد الله احمد، المسؤولية الجنائية الناشئة عن الاستعمال الغير مشروع لخدمة الهاتف النقال، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق، 2014، ص 32 .

[3]- حوراء على حسين، المسؤولية المدنية لشركات الهاتف النقال، رسالة ماجستير، كلية الحقوق، جامعة كربلاء، العراق، 2014، ص 18.

[4]- نوري حمد خاطر، عقود المعلوماتية، دراسة في المبادئ العامة في القانون المدني، طبعة1، دار الثقافة للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص 55.

[5]- حوراء على حسين، مرجع سابق، ص 23.

[6]- محمد السعيد رحو، الوجيز في النظرية العامة للالتزام، مصادر الالتزام، دراسة مقارنة بالفقه الإسلامي والقانون، الجزء الاول، دار وائل للنشر، عمان، الأردن، 2002، ص 205.

[7]- ندى حمزة صاحب الربيعي، المسؤولية المدنية المترتبة عن استخدام عقد الهاتف النقال، مقال منشور بمجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد21، ص 8.

[8]- صدام بن رحيمة الساعدي، الحماية المدنية لمستخدمى شبكة الهواتف النقالة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، 2017، ص 419 .

[9]- ندى حمزة صاحب الربيعي، مرجع سابق، ص 8.

[10]- صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 422.

[11]- حوراء على حسين، مرجع سابق، ص 29.

[12]- رافع خضر صالح، الحق في الحياة الخاصة وضماناته في مواجهة استخدامات الكومبيوتر، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة بغداد، 1993، ص 12.

[13]- ندى محمود ذنون احمد، مرجع سابق، ص 114.

[14]- صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 423.

[15]- نافان عبد العزيز رضا، مرجع سابق، ص 399.

[16]- عاطف النقيب، المسؤولية الناشئة عن الفعل الشخصي، الخطاء والضرر، - ط1، منشورات عويدات، بيروت، 1983، ص 255.

[17]- نافان عبد العزير رضا، مرجع سابق، ص 405.

[18]- إبراهيم الدسوقي ابو الليل، تعويض الضرر في المسؤولية المدنية، دراسة تحليلية تأصيليه لتقدير التعويض، ، مطبوعات جامعة الكويت، 1995، ص 18.

[19]- حوراء على حسين، مرجع سابق، ص 80.

[20]- عزة محمود أحمد خليل، مشكلات المسؤولية المدنية في مواجهة فيروس الحاسب، دراسة مقارنة، القاهرة، 1914، ص 77.

[21]- نافان عبد العزير رضا، مرجع سابق، ص 409.

[22]- صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 464.

[23]- العربي بلحاج، أبحاث ومذكرات في القانون والفقه الإسلامي، الجزء1، ديوان المطبوعات الجامعية، الجزائر، 1996، ص 72.

[24]- طيب ولد عمر، النظام القانوني لتعويض الأضرار الماسة بأمن المستهلك، دراسة مقارنة، أطروحة دكتوراه، جامعة تلمسان، 2010، ص 138.

[25]– باسل محمد يوسف قبها، التعويض عن الضرر الأدبي، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة النجاح الوطنية، فلسطين، 2009، ص 17.

[26]– ثار جدال حول إمكانية التعويض عن الضرر المعنوي ففي البداية رفض القضاء الفرنسي والمصري التعويض عن الضرر المعنوي وذلك لاعتبارين:

أولا: صعوبة تقدير مدى الأدبي ومقدار التعويض، فالشرف والكرامة والعاطفة ليست أشياء مادية نجد لها ثمنا يمكن بموجبه تحديد التعويض إضافة إلى ذلك صعوبة تحديد مستحقي التعويض عن الضرر المعنوي خصوصا عندما يتعلق الأمر بفقد شخص عزيز.

ثانيا: أن الحزن لا يمكن أن يقيم بمال وذهب أنصار هذا الرأي إلى اعتبار التعويض عن الضرر المعنوي هو إثراء بلا سبب ووسيلة لتضخيم مبلغ التعويض، انظر درار نسيمه، واقع المسؤولية المدنية في المعاملات الالكترونية، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، جامعة تلمسان، 2012، ص 129.

[27]– صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 471، يعد خطر أبراج شبكات الهواتف الخلوية أكثر مما يتوقع كثيرون؛ إذ تكشف دراسات علمية أجريت في عام 2007، أن 25 % من الأشخاص الذين يقيمون في نطاق 300 متر من أبراج شبكات الهاتف الخلوي، يعانون اضطرابات هرمونية، مع اختلاف في إفرازات المواد الكيميائية التي يفرزها المخ، وأن من يسكنون في حدود تلك الأبراج لمدّة عشر سنوات، معرّضون للإصابة بالسرطان؛ مثل سرطان البروستاتا، وسرطان البنكرياس، وسرطان الثدي، وأمراض الرئة والجلد، وذلك بنسبة تفوق ثلاثة أضعاف عن غيرهم، كما أن الانبعاث الناتج عن هذه الأبراج يؤثر بشكل مؤقت على مستوى خصوبة الرجال، بجانب آثار سلبية على المخ والقلب، لما تسببه من قصور في الدورة الدموية في الجسم، مقال بعنوان هل تسكن بجوار أبراج الهاتف النقال متاح على موقع الالكتروني: *https:// www.sasapost.com/ mobile/towers*

[28]– حوراء على حسين، مرجع سابق، ص 84.

[29]– صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 471.

[30]– حوراء على حسين، مرجع سابق، ص 103.

[31]– تنص المادة 178 من قانون مدني جزائري على انه "يجوزا لاتفاق على أن يتحمل المدين تبعة الحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، و كذلك يجوز الاتفاق على إعفاء المدين من أية مسؤولية تترتب على عدم تنفيذ أي التزام تعاقدي إلا ما ينشئ عن غشه آو خطئه الجسيم، غير انه يجوز للمدين أن يشترط إعفائه عن المسؤولية الناجمة عن الغش آو الخطاء الجسيم الذي يقع من الأشخاص الذي يستخدمهم في تنفيذ التزامهم ".

[32]– يقصد بالشرط المشدد للمسؤولية العقدية، هو ذلك الشرط الوارد في العقد أو في ووثيقة منفصلة والذي يقضي بمسؤولية المدين في حالة أو في أحوال تكون فيها مسؤوليته غير قائمة بموجب القواعد العامة، ويكون ذلك بالاتفاق على أن يتحمل المدين مسؤولية عدم التنفيذ حتى ولو كان ذلك يرجع إلى سبب أجنبي كالحادث المفاجئ أو القوة القاهرة، ويعتبر ذالك الاتفاق في العقد نوعا من التأمين وعادة يكون ذلك مقابل الزيادة التي يتقاضاها المدين في مقابل العقد انظر احمد سليم فريز نصرة، الشرط المعدل للمسؤولية العقدية في القانون المدني المصري؛ أطروحة دكتوراه، كلية الدراسات العيا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس، فلسطين، 2006، ص 36.

[33]– ندى حمزة صاحب الربيعي، المسؤولية المدنية المترتبة على الهاتف النقال، مقال منشور بمجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 21، ص 9.

[34]– نافان عبد العزيز رضا، مرجع سابق، ص 426.

[35]- المادة (217) من القانون المدني المصري والتى تقابلها المادة (259) من القانون المدني العراقي .

[36]- المادة (221) من القانون المدني المصري، والمادة (1150) من القانون المدني الفرنسي المادة (169) من القانون المدني العراقي.

[37]- المادة 165 من القانون المدني المصري والتي تنص " إذا اثبت الشخص ان الضرر قد نشئ عن سبب أجنبي لا يد له فيه – كحادث مفاجي او قوة قاهرة او خطاء من المضرور، او خطاء من الغير، كان غير ملزم بتعويض هذا الضرر مالم يوجد نص او اتفاق على خلاق ذلك ".

[38]- ندى حمزة صاحب الربيعي، المسؤولية المدنية المترتبة على الهاتف النقال، مقال منشور بمجلة واسط للعلوم الإنسانية، العدد 21، ص 9.

[39]- نافان عبد العزيز رضا، مرجع سابق، ص 428.

[40]- ندى محمود ذنون احمد، عقد الاشتراك بخدمات الاتصالات، دراسة مقارنة، رسالة ماجستير، كلية القانون، جامعة الموصل، العراق، 2009، ص 121.

[40]- صدام بن رحيمة الساعدي، مرجع سابق، ص 423.

[41]- ندى محمود ذنون احمد، عقد الاشتراك بخدمات الاتصالات، دراسة مقارنة، مرجع سابق، ص 312.