مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

التكييف القانوني لعقود الاشتراك في الإنترنت

-دراسة تحليلية-

رۆشنا اكرم سعد

قسم القانون- كليه القانون- جامعه صلاح الدين/اربيل –العراق

roshna.saad@su.edu.krd

معلومات البحث

تاريخ البحث:
الاستلام:2020/7/28
القبول:2020/9/7
النشر:صيف 2020

الكلمات المفتاحية:
continuation contract, exemption from liability, arbitrary conditions, Adhesion contract.

Doi:

10.25212/lfu.qzj.5.3.13

الملخص

هدف هذا البحث الى بيان التكييف القانوني لعقود الاشتراك في الإنترنت التي تتضمن مجموعة الشروط التي اعدت من قبل الشركة المزودة لخدمات الإنترنت وتفرضها على المشترك دون مناقشة عليها.

أتفق المشرعون وفقهاء القانون على تسمية نوعية العقد الذي يذعن فيه طرف في العقد لإرادة وشروط الطرف الآخر دون مراعاة رغبة الطرف المقابل، بعقد الإذعان.

وقد توصلنا في البحث الى أن عقد الاشتراك في الإنترنت يتضمن شروطاً تعسفية والتي تتعلق بالإعفاء من المسؤولية أو تخفيف الشركة من إلتزاماتها أو تتعلق بزيادة الإلتزامات والأعباء على المشتركين أو حرمانهم من بعض الحقوق القانونية، وتفرضها الطرف القوي وهي الشركة على المشترك وهو الطرف الضعيف من خلال استعمال الشركة قوتها الإقتصادية، وتحصل الشركة بوجود هذا الشرط على ميزات كبيرة جداً ونقدية أو غير ميزات نقدية على حساب الطرف الآخر وهو الطرف الضعيف، ولكن لايمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بعقد الإذعان بالمعنى الذي ورد في القانون المدني العراقي، بل يمكن تكييفه بأنه عقد ذات إذعان مخفف؛ لأنه في الوقت الحاضر توجد عدة شركات في مجال الإتصالات، لذلك لا تستطيع الشركة فرض الشروط التعسفية كثيرة على المشترك أو إعفاء ذاتها من المسؤولية، الأمر الذي يؤدي إلى إنتفاء سلطة الاحتكار لشركة واحدة، وأيضاً يكون المشترك أمام عدة خيارات،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فيستطيع إبرام العقد مع الشركة التي تقدم خدمة الإنترنت بجودة أفضل وبشروط أسهل بحيث يتم التوازن في الحقوق والالتزامات في العقد.

المقدمة

أولاً:- التعريف بموضوع البحث:-

لاشك أن لخدمة الإنترنت أهمية كبيرة في جوانب الحياة البشرية بحيث لا يمكن الإستغناء عنها، ولها أهمية إقتصادية في مجال التجارة الدولية، والانتفاع من هذه الخدمة يكون من خلال إبرام عقد محدد بين مزود الخدمه يكون في الغالب شخصاً معنوياً كشركة إتصالات وبين المشترك في خدمات الإنترنت، ومن البديهي أن يتضمن العقد مجموعة من الشروط والتي أعدت من قبل الشركة مسبقاً حسب رغبتها دون اتفاق بين أطراف العقد بغض النظر عن رغبة المشتركين في هذه الشروط من عدمها.

لذلك فإن أمر التكييف القانوني لعقود الاشتراك في خدمة الإنترنت ليس بالأمر السهل للقاضي أن يعطيها التكييف القانوني السليم على اعتبار أنها عقود غير مسماة، إذ تكتنفها صعوبات كثيرة ومنها الطبيعة الخاصة من حيث محلها وهي الخدمة المعلوماتية وشكلية إبرامها وتنوع الشروط الواردة فيها بحيث يطبق عليها بعض القواعد العامة في القانون المدني إن كانت تتفق معها في جهة وتختلف عن بعضها الآخر من جهة أخرى؛ وذلك كونها عقداً خاصاً يتميز عن غيره من العقود الأخرى ببعض الخصائص في مجال القانون المدني والتجاري.

ثانياً :- أهمية البحث:-

تتمثل أهمية موضوع البحث في أنها تتعلق بخدمة الإنترنت التي تتصل بأمور كثيرة في حياتنا اليومية في جميع قطاعات العمل؛ لذلك يحتاج كل شخص في المجتمع إلى هذه الخدمة، وفي ذات الوقت توجد العديد من شركات للإتصالات تقدم هذه الخدمة تحت سقف فرض شروط تعسفية على المشتركين من تلك الخدمة دون أن يكون لهم الحق في مناقشة بنود العقد الذي يتضمن تلك الشروط، لذلك للقاضي حق التدخل بأن يعدل في هذه الشروط بما يرفع على المشترك أو يعفيه من تلك الشروط ومنع الشركات من استغلال حاجة المشترك لخدمة الإنترنت وذلك يحتاج إلى تحديد التكييف القانوني لهذا العقد بقانون خاص، وتنظيم البنود العقدية له من خلال النصوص التشريعية سواء بقانون خاص أو بتعليمات صادرة من الجهة المختصة بها.

ثالثاً :- إشكالية البحث:-

على الرغم من وجود مجموعة من الشركات في مجال تقديم خدمة الإنترنت، ولكن بسبب عدم وجود قانون خاص بتقديم خدمات الإنترنت وتعليمات خاصة لتحديد مضمون عقد الاشتراك في الإنترنت في إقليم كوردستان والعراق فإنه لايزال تستغل الشركات حاجة المشتركين للإنترنت من خلال فرض شروطهم بصورة تعسفية، وأيضاً لا يمكن تطبيق بعض أحكام القانون المدني على عقد الاشتراك في الإنترنت، وذلك أمر أدى إلى وضع الصعوبات والعقبات أمام القاضي عند قيامه بالتكييف القانوني لهذا العقد، كما أنه لايمكن تكييفه تحت طائفة من العقود الواردة في القانون التجاري بسبب الطبيعة الخاصة لعقد الاشتراك في الإنترنت، وكذلك إخضاع المشتركين لشرط اللجوء إلى القضاء في المجال الذي يتعلق بالإجراءات وحل النزاعات دون

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الحق في اللجوء للوسائل البديلة والودية غير القضائيتين، وذلك يؤدي إلى تنازل المشتركين عن حقوقهم بسبب صعوبة الإجراءات والتكاليف القضائية، وفي بعض الحالات تمنع الشركة المشترك من طلب بعض حقوقه مستقبلاً أو الطعن في بعض أعمال الشركة التي تقوم بها مستقبلاً حتى بالطرق القضائية ايضاً.

رابعاً :- أهداف البحث:-

نهدف من وراء بحثنا هذا إلى تحديد التكييف القانوني لعقد الاشتراك في الإنترنت؛ وذلك ببيان مفهوم هذا العقد من حيث تعريفه وأهم خصائصه التي يتميز به عن باقي العقود الأخرى، وكذلك مقارنة مضمونه وخصوصيته مع العقود الأخرى، وأيضاً تحديد الشروط الواردة فيه وخاصةً الشروط التي تعد تعسفية سواء تلك التي تعفي المزود ذاته من مسؤوليته او تخفف من التزاماته أم الشروط التي تتعلق بالتزامات وحقوق المشتركين، وأخيراً هل يمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد إذعان بالمعني الذي ورد في القانون المدني أم لا؟

خامساً :- تحديد نطاق البحث:-

تشمل عقود الاشتراك في مجال خدمة الاتصالات عدة جوانب، ولكن يتحدد نطاق بحثنا هذا في عقد الاشتراك في خدمة الإنترنت فقط أي اشتراك إشخاص المجتمع في إنترنت مقدم من قبل شركة إتصالات وذلك ضمن إطار القانون العراقي، ولا يشمل المشاركة لخدمات الهاتف النقال، إذن يشمل دراستنا هذا التكييف القانوني لعقود الاشتراك في الإنترنت سواء عن طريق الجهاز الخاص به أو عن طريق جهاز الموبايل الذكي، ومن ثم يخرج الإشتراك في خدمات الهاتف النقال التي يشترك فيها المشتركون عن طريق رقم البطاقة عن نطاق هذا البحث.

كما ويخرج من نطاق هذا البحث العقود التي تبرمها شركات الإتصالات في العراق مع الشركات الأجنبية ذات الإختصاص لإدخال خط الإنترنت إلى العراق عبر المعابر الدولية، البرية منها والبحرية.

سادساً :- منهج البحث:-

نعتمد في بحثنا هذا المنهج التحليلي، من خلال تحليل بنود عدة عقود اشتراك في الإنترنت في إقليم كوردستان، والنصوص القانونية في القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951 وفي قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 حول العقود التي أحكامها قريبة من عقد الاشتراك في الإنترنت، وذلك بهدف تحديد مدى إمكانية تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بهذه العقود.

سابعاً:- هيكل البحث:-

على ضوء ما سبق بيانه، وبغية تحقيق أهداف البحث، قسمنا البحث إلى ثلاث مباحث وعلى الوجه الآتي:

المبحث الأول/ ماهية عقود الاشتراك في الإنترنت.

المبحث الثاني/ تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت من خلال قصدها وشكليتها التعاقدية.

المبحث الثالث/ تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت على أنها عقد إذعان.

وسنختم البحث بالإستنتاجات التي سنتوصل إليها، وسنقدم أيضاً جملة من التوصيات التي سنراها ضرورية بخصوص موضوع البحث.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المبحث الأول

ماهية عقود الاشتراك في الإنترنت

على الرغم من وجود خدمات الإنترنت منذ عدة سنوات، فضلا عن النواقص والمشاكل القانونية الكثيرة في هذا المجال وخصوصا أثناء تقديم خدمات الإنترنت من قبل مزود الخدمة، إلا أن المشرع العراقي لم ينظم الأحكام الخاصة بعقد الاشتراك في الإنترنت في ثنايا قانون خاص به أو من ضمن قانون الإتصالات، ومن ثم لم يبين أي قانون تعريف وخصائص هذا العقد سواء من ضمن العقود في مجال الإتصالات أم بصورة خاصة به.

سنحاول في هذا المبحث تعريف عقد الاشتراك في الإنترنت وثم سنركز على أهم الخصائص التي يتميز بها عن سائر العقود غير المسماة والعقود الأخرى، وذلك من خلال مطلبين وعلى الشكل الآتي:

المطلب الأول

تعريف عقد الاشتراك في الإنترنت

لم تبين القوانين الخاصة بالاتصالات وخدمة شبكة الإنترنت مفهوم عقد اشتراك الإنترنت ولم يبين أي تعريف دال على عقد اشتراك الإنترنت أو الإنتفاع بها، لذلك كان مثاراً للجدال عند الفقهاء القانونيين وحتى أنهم لم يتفقوا على تسمية واحدة لهذا العقد وأختلفوا في تسميته، حيث استخدموا تسمية الدخول إلى شبكة الإنترنت، عقد الاشتراك بالإنترنت، عقد استخدام شبكة المعلومات الدولية، عقد الانتفاع بشبكة الإنترنت، عقد الاشتراك بخدمة الاتصالات، عقود الخدمات الإلكترونية)، فقد عرفه (منصور، 2006، ص22) بأنه (عقد يبرم بين الشركة التي تقدم خدمة الاشتراك والعميل الراغب في استعمال الشبكة، ويؤدي هذا العقد إلى إلحاق العميل بالشبكة من الناحية الفنية، حيث يتم توصيل جهاز الكومبيوتر بالشبكة وتقديم الأدوات اللازمة لذلك، والقيام ببعض الخطوات الفنية اللازمة لتسجيل العميل الجديد مقابل سداد مبلغ معين يسمى الاشتراك).

ويعرفه البعض الآخر (محمد أمين، 2015، ص10) بأنه (عقد يبرم بين مقدم الخدمة والمشترك على شكل يتمكن المشترك من الاتصال بشبكة الإنترنت لمدة زمنية معلومة مقابل مال معلوم قابل للتجديد باستمرار وفقاً للشروط التي يحددها مقدم الخدمة).

وكذلك عرف (محمد، 2007، ص156) بأنه (عقد خاص للاشتراك بشبكة الإنترنت والذي يبرم بين الراغبين في استعمال الشبكة ولترويج بضائعهم أو للحصول على بيانات عملية أو ثقافية او ترفيهية وبين الشركات التي تقدم خدمة الاشتراك).

وضح لنا لم تذكر التعاريف اعلاها طريق إشتراك في خدمة الإنترنت، لذلك يمكن تعريف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه (العقد الذي يبرمه المشترك في خدمة الإنترنت مع الشركة المزودة لخدمات الإنترنت عن جهاز خاص بها أو عن طريق الهاتف الذكي ، وبموجبه يحق له التزود من هذه الخدمة لمدة محددة مقابل دفع مالي يلتزم المشترك بدفعه إلى الشركة).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المطلب الثاني

خصائص عقد الاشتراك في الإنترنت

لعقد الاشتراك في الإنترنت عدة خصائص كسائر العقود الأخرى في المجالين المدني والتجاري، وإضافة إلى تلك الخصائص له خصائص خاصة به والتي يتميز به عن العقود الأخرى وهي:

1- العقد من العقود الرضائية:

يعد عقد الاشتراك في الإنترنت من العقود الرضائية التي تنعقد بمجرد ارتباط إرادة المشترك للاشتراك في الخدمة مع إرادة مزود الخدمة لتقديم خدمة الإنترنت، فلا يشترط لانعقادها إي شكلية لازمة. أما فيما يتعلق بنموذج العقد المكتوب على شكل الاستمارة بين المشترك والمزود، فلا يخل بصفة الرضائية لهذا العقد ولم يفرض القانون لإبرام هذا العقد أية شكلية، إذ إن ملء الاستمارة في مثل هذه العقود هنا هو من أجل الإثبات وليس لانعقاد عقد الاشتراك والغاية منها هي حماية حقوق الأطراف وإثباتها في حالة ظهور نزاع بينهما.

2- العقد من العقود الملزمة للجانبين:

العقد الملزم للجانبين هو العقد الذي ينشئ التزامات متقابلة في ذمة كل من المتعاقدين (السنهوري، 2005، ص170). وفي عقد الاشتراك في الإنترنت، تلتزم الشركة بتوفير خدمة الإنترنت للمشترك بموجب العقد، كما يلتزم المشترك بعدة التزامات ومن أهمها دفع مبلغ مالي.

3- العقد من العقود المعاوضة:

يعرف عقد المعاوضة بأنه العقد الذي يأخذ فيه كل من المتعاقدين مقابلا لما يعطى، ويعطي مقابلا لما يأخذ (بكر، 2011، ص81). وفي عقد اشتراك الإنترنت، فإن المشترك يتلقى خدمة الإنترنت مقابل المبلغ المالي الذي يعطيه للشركة، والشركة تعطي الخدمة لقاء المبلغ المالي.

إذن لا يعد عقد اشتراك الإنترنت من عقود التبرع؛ لأنه لا يتصور إنتفاع المشترك من الخدمة دون دفع المال، إذ أن المقابل المالي هو عنصر جوهري للانتفاع بخدمة الإنترنت. وعادة ما يكون المقابل المالي على شكل مبالغ نقدية محددة القيمة.

4- العقد من العقود مستمرة التنفيذ:

العقد المستمر هو العقد الذي يكون الزمن عنصراً جوهرياً فيه، بحيث يكون هو المقياس الذي يقدر به محل العقد (السنهوري، 2005، ص179). ينعقد عقد الاشتراك في الإنترنت لتقديم الخدمة مستمراً لمدة محددة حسب بنود العقد المعد من قبل الشركة، وبموجبه تقوم الشركة بتقديم خدمة الإنترنت بصورة مستمرة، وهو قابل للتجديد بدفع مبلغ مالي مستمر من قبل المشترك دون الحاجة إلى إبرام عقد جديد.

إذاً تلتزم الشركة بتقديم خدمة الإنترنت بصورة مستمرة مادام المشترك يلتزم بتنفيذ بنود العقد ومن أهمها دفع المبلغ المالي.

5- محل العقد إلكتروني:

ويقصد به محل العقد متعلق بخدمة الإنترنت هو إلكتروني، إذ محله ذات طابع معنوياً بحت والذي يتمثل الخدمة، فيتم تنفيذه داخل الشبكة، مثل الحصول على معلومات أو برامج معينة. (الشوك، 2011، ص15 و 19).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

6- انه عقد نموذجي من حيث الإبرام والشكل:

يعرف العقد النموذجي بأنه (ما يقوم به أحد المتعاقدين "الطرف القوي" في العلاقة التعاقدية من إعداد نماذج عقدية موحدة في حدود نشاطه، تنطبق على الطرف الأخر بقبوله لها) (الزقرد، 2001، ص193).

يعد عقد الاشتراك في الإنترنت عقداً نموذجياً، لأن الشركة المزودة لخدمة الإنترنت بإعتبارها الطرف القوي بإعداد العقد وبيان شروطه وأحكامه فيه مسبقاً قبل التعاقد مع المشترك بخدمة الإنترنت وذلك على شكل إستمارة، وتترك فيها الفراغات لإسم وعنوان وتوقيع المشترك إذا كان اشتراكه غير الكتروني، أي اشتراك بواسطة تأسيس خط أو جهاز خاص بهذه الخدمة. إذن تعد الشركة صورة مطبوعة من العقد سلفاً وتحدد بنوده دون مفاوضات مع المشترك واتفاق عليها، ثم يقبل المشترك بنوده كاملاً دون حذف أو مناقشة بعضها.

وكذلك يمكن الاشتراك إلكترونياً أي الاشتراك عن طريق جهاز الهاتف الذكي، وذلك يحصل المشترك على بطاقة الاشتراك ويدخلها في جهاز الهاتف وتظهر على الشاشة مجموعة من البنود والشروط على شكل عقد نموذجي ويكون املاؤها من جانب المشترك، ثم يدخل المشترك الرقم السري للبطاقة الإئتمانية إلى الفراغ الذي يظهر على شاشة الهاتف الذكي.

المبحث الثاني
تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت من خلال قصدها وشكليتها التعاقدية

سنحاول في هذا المبحث أن نتوقف على تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت من خلال تحليل الآراء والأحكام حول العقود التجارية والعقود النموذجية وعقود المقاولة، ومن ثم تحديد مدى انسجام أحكامها مع عقد الاشتراك في الإنترنت من حيث القصد من تعاقدها وشكلية هذه العقود، سنبين كل ذلك في ثلاث مطالب وكالآتي:

المطلب الأول
تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت على أنها عقود تجارية

لتحديد مدى اعتبار عمل مزود خدمة الإنترنت تجارياً أو مدنياً، وكذلك مدى اعتبار عقد الاشتراك في الإنترنت عقداً تجارياً قياساً على الأعمال الواردة في المادة (الخامسة) من قانون التجارة العراقي رقم (30) لسنة 1984، يجب الرجوع إلى النظريات التي تميز بين الأعمال التجارية والأعمال المدنية وتحليلها.

وضع الفقهاء في مجال التفرقة بين العمل التجاري والعمل المدني نظريات كثيرة أهمها: نظرية المضاربة ونظرية التداول ونظرية المشروع ونظرية الحرفة ونظرية السبب. فبموجب نظرية المضاربة فإن العنصر الجوهري في العمل التجاري هو عنصر المضاربة أي قصد تحقيق الربح. فوفقاً لهذه النظرية فإن عمل مزود الخدمات يعد تجارياً لأنه يركز – حسب رأينا - على إستثمار أموال طائلة لأجل تحقيق الربح

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

المادي، في حين لايمكن اعتبار عمل مزود الخدمات عملاً تجارياً وفقاً لنظرية التداول التي ترى أن الأعمال التجارية هي الأعمال التي تتعلق بالوساطة في تداول الثروات في وقت خروجها من يد المنتج إلى وقت وصولها إلى يد المستهلك، ذلك انه في عقد الاشتراك في الإنترنت يتم توصيل خدمة الإنترنت من يد مزود الخدمة إلى يد المشترك دون وساطة الآخر.

أما بموجب نظرية المشروع التي يمارس الشخص عملاً في شكل مشروع تجاري، إذن بموجب هذه النظرية يعد عمل مزود خدمة الإنترنت تجارياً، لانه حسب طبيعة هذا النوع من الخدمة التي يقوم بها المزود بصيغة مشروع وتستعين الشركة بكادر ضخم من الفنيين والهندسيين والإداريين لإنجاز تقديم خدمة الإنترنت. كما ويمكن إعتبار عمل مزود الخدمة الإنترنت تجارياً وفقاً لنظرية الحرفة، لأن خدمة الإنترنت تقدم من قبل شركات متخصصة، وكذلك الشيء ذاته اذا أخذنا بنظرية السبب أي الباعث والدافع إلى التعاقد، وذلك بتحليل باعث (حافز) الشركة الموجه لخدمة الإنترنت فيظهر أن هذا العمل هو عمل تجاري؛ لأن حافز الشركة في تقديم الخدمة هو عمل تجاري بحت (طه، 2012، ص44 وما بعدها؛ صالح، بلا سنة النشر، ص32 وما بعدها).

وبالرجوع إلى المادة (الخامسة) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 لتحديد عمل الشركة المزودة لخدمة الإنترنت بالعمل التجاري ثم تحديد عقد الاشتراك في الإنترنت بالعقد التجاري، نلاحظ ان المشرع العراقي لم يشر في هذه المادة لا صراحة ولا ضمناً إلى إعتبار عمل شركات تزويد الإنترنت عملاً تجارياً، حيث أن تعداد الأعمال التجارية المذكورة في تلك المادة جاء خالياً من ذكر عمل شركات الإنترنت وبالتالي فإن عمل هذه الشركات لاتعد تجارياً.

وكذلك لا يمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بعقد توريد البضائع والخدمات، والذي يعرف بأنه (عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز شخص آخر ببعض الأموال المنقولة على دفعات متتابعة خلال فترة زمنية معينة لقاء ثمن أو أجرة متفق عليها) (صالح، بلا سنة النشر، ص69)، حيث يعد عقد التوريد من العقود التجارية، ونصت عليه المادة (الخامسة) من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984 من أنه (تعتبر الأعمال التالية تجارية إذا كانت بقصد الربح. ويفترض هذا القصد مالم يثبت العكس..... ثانياً- توريد البضائع والخدمات).

ويعد عقد التوريد وعقد الاشتراك في الإنترنت من العقود الزمنية (المدة) لأن الزمن فيه عنصر جوهري فيه؛ لأنه يتكرر بشكل دوري ومنتظم، أي أن الزمن هو النقطة بين عقد التوريد وعقد الاشتراك في الإنترنت، ولكن تنقسم العقود الزمنية (المدة) على عقود مستمرة وعقود دورية التنفيذ.

فالعقد المستمر التنفيذ هو العقد الذي يتكون من أداءات مستمرة، وتتحدد المنفعة الناشئة عن هذا العقد بمعيار الزمن فلا يمكن تصور الانتفاع في هذا العقد من غير الزمن، أما العقد الدوري التنفيذ فهو العقد الذي يتكون في الأصل من أداءات فورية التنفيذ ولكن يتفق المتعاقدان على تكرار هذه الأداءات لمدة من الزمن لغرض إشباع حاجات تتكرر في خلال أزمان متعاقبة متكررة ودورية ويصبح العقد المُنشيء لهذه الأداءات عقداً دوري التنفيذ (حجازي، 1982، ص499؛ السنهوري، 2005، 179).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ونؤيد الرأي (الحيدر، 2012، ص164) الذي يقول: أن عقد التوريد من العقود الدورية التنفيذ، وذلك لأن الأداءات التي تتكون منها هي في الأصل فورية التنفيذ ولكن يتفق المتعاقدان على تكرارها وتنفيذها بصورة دورية متعاقبة، وأما في عقد الاشتراك في الإنترنت فهو عقد من العقود المستمرة التنفيذ وليس من العقود الدورية التنفيذ، لأن يلتزم مزوّد خدمة الإنترنت بتوفير الإنترنت للمشترك حسب اشتراكه مقابل الدفع المالي أسبوعياً أو شهرياً من أجل إمكانية المشترك من الانتفاع من خدمة الإنترنت بصورة مستمرة وطيلة مدة العقد المبرم وليس بشكل متكرر كما هو الحال في عقد التوريد وهو عقد من العقود الدورية التنفيذ. ((الشوك، 2011، ص30).

لذلك نتوصل إلى أنه لايمكن إعتبار عقد اشتراك في الإنترنت انه نوع من عقود توريد الخدمات وهو عقد دوري التنفيذ، بل هو عقد مستمر التنفيذ يكون بمجرد التنفيذ. ومن ثم لا يمكن عده عقداً تجارياً كباقي العقود الواردة في المادة (الخامسة) من قانون التجارة العراقي، وعلى الرغم من أن مزود خدمة الإنترنت يقوم بعمل تقديم هذه الخدمة بقصد الربح ويزاوله بشكل محترف وينجز أعماله في صورة مشاريع ضخمة بمشاركة مجموعة من الكوارد الإداريين والهندسيين والفنيين أيضاً والذي أوضحناه سابقاً.

لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة بعض الأعمال التجارية والعقود إلى المادة (الخامسة) وخصوصاً تلك المتعلقة منها بتوفير خدمات الإنترنت وغير ذلك من العقود الجديدة في مجال الأعمال التجارية.

المطلب الثاني

تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت على أنها عقود نموذجية

إن العقود النموذجية هي ثمرة التطورات الاقتصادية والتجارية في الوقت الحاضر، وأعد هذا العقد سلفاً من قبل الجهة التي تمارس المهنة الإقتصادية والتجارية وذلك لتسهيل عمليات التبادل التجارية، وتضع الجهة الصيغ والبنود العقدية المتعلقة بنوعية عملها.

لم تعرف العقود النموذجية في القوانين الوطنية لعدم إهتمام المشرعين الوطنيين بهذه العقود، في حين عرفه البعض بأنها صياغة عقدية معدة سلفاً في صورة عادة ما تكون مطبوعة، بحيث تكون جاهزة للإستخدام من أطراف العقد، ولا تكون حجة إلا على الأشخاص الذين أرتضوا بها كأن يقوموا بالتوقيع عليها (الصاوي، 2013، ص18).

كما عرفه بأنها صيغة قائمة بذاتها حيث يستطيع الطرفان الاعتماد عليها بشكل كامل دون حاجة إلى صيغة كتابية أخرى بما يلائم مقتضيات التعامل بينهما، وما عليها سوى إدراج أسمائهما وملء البيانات الأخرى، كالثمن والكمية وميعاد التسليم. (الشنطي، 2008، ص41).

وعليه يمكن تعريف العقود النموذجية بأنها عقود تضم مجموعة من الشروط والبنود العقدية المكتوبة التي تقوم جهات مختصة بإعدادها سلفاً في مجال نشاطها لأطراف إفتراضية لتسهيل التعامل، دون مشاركة أحد الطرفين بإعدادها.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وتتسم العقود النموذجية بمجموعة خصائص كما يأتي:-

أولاً: إنها صيغة مكتوبة ومطبوعة أعدت مسبقاً من قبل المنظمات المهنية الدولية، والتي تتضمن مجموعة من الشروط الشائعة في عادات التجارة الدولية، وتستعمل كنماذج للعقود التي ستبرم في المستقبل (سلامة، 2008، ص133).

ثانياً: على الرغم من تضمن العقود النموذجية على مجموعة كاملة من شروط وبنود التعاقد حول كافة المسائل المثارة بشأن العقد، إلا أنها لا تعد عقوداً بالمعنى القانوني الدقيق (جهاد و فتاك، 2020، ص245)، أي المعروف في النظرية العامة للالتزامات.

ثالثاً: ليست للعقود النموذجية قوة إلزامية وتلقائية بل يتوقف نفاذها على اختيار وإرادة المتعاقدين، ولهم مطلق الحرية في تعديل في بعض أحكامها والحذف والإضافة إليها طبقاً لما يناسب ظروف التعاقد (رؤوف، 2007، ص337).

رابعاً: إن الهدف من العقود النموذجية هو توفير الوقت والنفقات في إعدادها من خلال التفاوض، ولا تهدف إلى احتكار الطرف القوي وإستغلاله للطرف الضعيف، كما أن العقود النموذجية تستخدم بمعرفة أطراف ذات قوة تعاقدية متساوية، وغالباً مايتم تعديل هذه العقود لتحقيق التوازن الإقتصادي فيما بين أطراف العقد (الشنطي، 2008، ص46).

إذن، تشترك عقود الاشتراك في الإنترنت مع العقود النموذجية في أنهما معدان بصورة مطبوعة من قبل أحد طرفيه، ولكن لا يمكن اعتبار العقود النموذجية عقوداً بالمعنى القانوني الدقيق، حيث إنها تفتقر إلى توافق إرادة الأطراف في الإعتداد بها ((الصاوي، 2013، ص18)، وأيضاً يستعمل هذا العقد كنموذج لعقد يتم إبرامه في المستقبل؛ لأن الهدف من العقود النموذجية هو السرعة ووفرة الوقت وتوفير الجهد والنفقات وإعداد العقود المشابهة.

وأيضاً لأطراف هذه العقود مناقشة بنودها وتعديلها بإتفاقهم على إدخال التعديلات على أحكام العقود النموذجية وإستبدالها بغيرها بما تحقق توازن مصالح الأطراف إقتصادياً وذلك في ضوء الصفة الإختيارية التي تتسم بها العقود النموذجية، لأن للعقود النموذجية صفة الإختيارية كما بينا فيما سبق.

إذن تختلف عقود الاشتراك في الإنترنت عن العقود النموذجية ولا يمكن تكييف الأول بالثاني، لأن عقود الاشتراك في الإنترنت يعد عقداً بالمعنى الدقيق والتي تم بيانه في نظرية العقد في القانون المدني، حيث تكون الحقوق والإلتزامات لأطراف العقد محددة وتحتاج إلى موافقة المشترك على الشروط والبنود التي يتضمنها العقد ثم يوقع عليها، وإن تعديل العقد سواء باتفاق الأطراف أو بإرادة طرف واحد منها (كما سنبينه لاحقاً) إلا بتنازل مزود الخدمة عن حقوقه وذلك بتقديم التسهيلات في أثناء الاشتراك في الخدمة. كما أن عقد الاشتراك في الإنترنت عقد نهائي حيث لايبرم عقد آخر بين أطرافه مستقبلاً خلافاً للعقود النموذجية التي يليها عقد نهائي يبرمه أطراف العقد.

وإضافة إلى ذلك فإنه في العقود النموذجية لطرفي العقد قوة نفوذية متساوية وغالباً يكون لهم حق التعديل حسب مصالحهم لتحقيق التوازن الإقتصادي ولكن في عقود الاشتراك في الإنترنت ليس لاطراف العقد نفس المكانة العقدية والقوة في العقد، لان مزود الخدمة يعتبر الطرف الأقوى إقتصادياً في هذا العقد

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

مما يدفع المشترك وهو الطرف الأقل قوة إلى قبول الشروط الواردة في العقد دون إعتراض عليها، ويفرض مزود خدمة الإنترنت الشروط والواجبات الواردة في العقد على المشترك، لذلك يعتبر المشترك الطرف الضعيف ولا يحق له مناقشة بنود العقد وقت إبرامهِ.

المطلب الثالث

تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت على أنها عقد مقاولة

عرف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في المادة (864) منه عقد المقاولة بأنه (عقد به يتعهد أحد الطرفين أن يصنع شيئاً أو يؤدي عملاً لقاء أجر يتعهد به الطرف الآخر).

أي أن هذا العقد يلزم المقاول بتأدية عمل أو بتقديم المادة التي يستخدمها أو كليهما لمصلحة رب العمل، و يلزم رب العمل بدفع الأجر.

وبذلك يتميزعقد المقاولة بمجموعة خصائص، وهي:

1- أنه عقد من العقود الرضائية: فهو ينعقد بمجرد ارتباط قبول أحد الطرفين بايجاب الطرف الآخر وتطابقهما، فلا يحتاج لانعقاده إستيفاء شكل معين (الفضلي، 2013، ص7)، مالم يتفق الطرفان على اتباع شكل معين ولا يؤثر على نوعية العقد رضائياً؛ لانه هناك الشكلية للإثبات وليس للانعقاد.

2- أنه عقد من العقود الملزمة للجانبين، فالمقاول يلتزم بانجاز العمل ثم تسليمه ويقع عليه الضمان، كما يلتزم رب العمل بأن يتسلم العمل بعد إنجازه بدفع الأجر.

3- أنه عقد من عقود المعاوضة، لأن كلاً من المقاول ورب العمل يأخذ مقابلاً لما يعطي.

4- يقع التراضي على عنصرين هما الشيء المطلوب صنعه أو العمل المطلوب تأديته من المقاول وهو أحد المتعاقدين، والأجر الذي يتعهد به رب العمل وهو المتعاقد الآخر (الفضلي، 2013، ص7).

هناك من يرى (لطفي، 1994، ص164) (الجريدلي، 2012، ص103) بتكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بعقد المقاولة استناداً على عدة مبررات منها أن كلا العقدين لا ينقلان الملكية، ففي عقد المقاولة يعمل المقاول مستقلاً عن رب العمل، ويعمل باسمه الخاص وإنجاز عمل معين لحساب المتعاقد الآخر في مقابل أجر دون أن يخضع لإشرافه ورقابته، أي عدم وجود رابطة تبعية قانونية بينهما ، فهو ينطبق على عقد الاشتراك في الإنترنت بحيث إن مزود خدمة الإنترنت يقوم بتقديم خدمة الإنترنت إلى المشترك دون رقابة وإشراف من قبل المشترك.

ويعد عقد المقاولة باطلاً إذا أدج فيه إعفاء المقاول أو الحد من الضمان استناداً إلى الفقرة (1) من المادة (870) من القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951.

إذن، فإن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد مقاولة يعطي ضمانة كبيرة للمشترك في عقد الاشتراك في الإنترنت، إلا أنه وعلى الرغم من هذه المبررات فإننا لا نؤيد تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد مقاولة، وذلك للمبررات الآتية:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

1- في عقد المقاولة للأطراف حق المناقشة والتفاوض أثناء إبرام العقد، ولكن في عقد الاشتراك في الإنترنت ليس للمشترك حق المناقشة والإعتراض على بنود العقد التي اعدت من قبل مزود خدمة الإنترنت.

2- إن أصل فكرة عقد المقاولة هو العمل المادي، أما فكرة العمل في عقد الاشتراك في الإنترنت فهي تقديم الخدمة من قبل مزود خدمة الإنترنت.

3- في عقد المقاولة يتم تحدد الأجر إجمالاً فيتفق رب العمل مع المقاول على مبلغ إجمالي يقدر مقدماً عند إبرام المقاولة، وإذا ارتفعت الأسعار في أثناء تنفيذ المقاولة أو ارتفعت الأجور فإن المقاول يتحمل تبعة ذلك لأن الأجر قدر إجمالياً (الفضلي، 2013، ص27)، في حين في عقد الاشتراك في االإنترنت لا يحدد الأجر إجمالاً بل يدفع على شكل أقساط قابلة للزيادة حسب ارتفاع الأسعار، ويتحمل المشترك تبعة ارتفاع وزيادة الأسعار.

4- تنتقل ملكية الشيء محل العقد في عقد المقاولة بعد إنجاز العمل من المقاول إلى رب العمل، في حين في عقد الاشتراك في الإنترنت لا تنقل ملكية المعلومات من مقدم المعلومات أي مزود الخدمة إلى المشترك بل يستفيد المشترك من الخدمة فقط (محمد أمين، 2015، ص58).

5- في عقد المقاولة، يعد باطلاً كل إتفاق على إعفاء المقاول من المسؤولية والضمان، ولكن في بعض عقود الاشتراك في الإنترنت يعفي مزود الخدمة ذاته من المسؤولية سواءً العقديه أم التقصيرية (عقد الاشتراك في خدمات كوران نت، البند (ثانياً/4)).

المبحث الثالث
تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت على أنها عقد إذعان

يستحسن قبل إبداء المبررات حول تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت بأنها عقد إذعان توضيح الشروط الواردة في عقد الإذعان والتي غالباً هي شروط تعسفية أعدت في العقد من قبل مزود خدمة الإنترنت ويقبل بها المشترك دون المناقشة عليها.

لذلك سنبين ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية في مطلب أول، وكذلك الشروط التعسفية الواردة في عقود الاشتراك في الإنترنت في مطلب ثاني، ومن ثم نتناول بالبحث مدى إمكانية تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت بأنها عقد إذعان في مطلب ثالث.

المطلب الأول
ماهية عقد الإذعان والشروط التعسفية

لم يعرف القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951 في الفقرة (1) من المادة (167) تعريفاً جامعاً ومانعاً لعقد الإذعان ولكن ذكر فيها بعض الإشارات عن ماهية عقد الإذعان بأنه (القبول في عقود الإذعان ينحصر في مجرد التسليم بمشروع عقد ذي نظام مقرر يضعه الموجب ولا يقبل فيه مناقشة).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

فتعريف عقد الإذعان عند بعضهم صيغة من صيغ إبرام العقود تعتمد على إستخدام نموذج نمطي للعقد يعده أحد طرفي العلاقة التعاقدية بصورة منفردة ويعرضه على الطرف الآخر الذي ليس له إلا الموفقة عليه كما هو أو رفضه كلياً دون أن يكون له أن يغير في العبارات الواردة أو الشروط أو الأحكام التي يتضمنها ولا يدخل في مجاذبة أو مساومة حقيقية على شروطه مع الطرف المعد لهذا العقد (السنهوري، 2005، ص247)، وكذلك عرف بأنه هو العقد الذي يسلم فيه القابل بشروط مقررة يضعها الموجب ولا يقبل المناقشة فيها، وذلك فيما يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري تكون محل احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق في شأنها).

(محمد، https://www.researchgate.net/Last visited20/7/2020

ولعقد الإذعان عدة خصائص سنلخصها في النقاط الآتية:

1- أن يكون الموجب في مركز إقتصادي متغلبٍ لما يتمتع به من احتكار قانوني أو فعلي أو تكون المنافسة محدودة النطاق بالنسبة إليه (الحيصة، 2011، ص26).

2- العقد يتعلق بسلعة أو مرفق من ضرورات الحياة الحديثة.

الايجاب يصدر للناس كافة وبشروط واحدة وعلى نحو مستمر، ويغلب أن يكون ذلك في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لايجوز النقاش فيها، وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسؤوليته العقدية وتارة أخرى تشدد من مسؤولية الطرف الآخر (الحكيم والبكري والبشير، 2009، ص45).

بعد أن بينا المقصود بعقد الإذعان، نأتي على بيان الشروط التعسفية، حيث لم يعرف المشرع العراقي الشرط التعسفي في القانون المدني، ولكن بين الفقهاء القانونيون تعريف الشرط التعسفي، فمنهم من (أحمد، 2010، ص205) قال ان الشرط يكون تعسفياً إذا كان مجحفاً أو في غير مصلحة المستهلك بشرط مفرط ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات وهو يكون تعسفياً على الأخص إذا كان مخالفاً أو غير متوافق في فكرة أساسية لتنظيم قانوني أو محدداً للحقوق والإلتزامات الناشئة عن صيغة العقد)، وعرفه بعض الآخر (الروازق، 2016، ص98) استناداً إلى مصدر وطريقة فرضه بأنه (هو الشرط الذي يفرضه المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية على المتعاقد الضعيف من الناحية نفسها، ولا يسطيع هذا الأخير إلا ان قبولها نظراً لضعف مركزه الإقتصادي، بحيث لو لم يكن في هذا المركز الضعيف لما قبلها).

ونستخلص من التعريفات المذكورة الخصائص الآتية للشرط التعسفي:

1- هو شرط مجحف ومبالغ فيه بما يتنافى وحسن النية الواجب في المعاملات، ويؤدي إلى اختلال توازن العقد من حيث الحقوق والإلتزامات لأطراف العقد.

2- الشرط التعسفي يفرض من قبل المتعاقد القوي من الناحية الاقتصادية وغالباً هي الشركات ذات النفوذ القوي إقتصادياً.

3- شرط غير قابل للتفاوض والمناقشة من قبل الطرف الضعيف.

4- يفرض الشرط في بداية إبرام العقد والمعد مسبقاً بصيغة مطبوعة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أما بخصوص معايير تقدير الشروط التعسفية، فهناك معياران أساسيان لتقدير هذه الشروط في العقد بصورة عامة، وهما المعيار الشخصي والمعيار الموضوعي، وينسجمان لتقدير الشروط التعسفية الواردة في عقود الاشتراك في الإنترنت أيضاً.

أولاً: المعيار الشخصي: وهو معيار إستغلال النفوذ الإقتصادي:

يعتمد هذا المعيار بشكل أساسي على صفة المهني الشخصية وقدراته التقنية، لذا يبدو هذا المعيار شخصياً في مضمونه، والذي تمكن المهني من فرض شروط تعسفية تخدم مصالحه الخاصة المترتبة على إبرام العقد مع المستهلك. وفي هذه الحالة يكون المهني هو الطرف القوي في التعاقد إذ يمتلك القدرة التي تمكنه من تحديد شروط العقد (الشنطي، 2008، ص110).

وبدورنا نؤيد الرأي (عبدالسلام، 1998، ص57) الذي يرى بأن المعيار الشخصي لم يعد كافياً أمام الإستعمال الواسع للشروط التعسفية في مجال إبرام العقود، لا سيما أن السلطة الإقتصادية ليست مرادفة للقوة والإحتكار اللذان يمتلكهما المهني، حيث أن المهني البسيط يستطيع أن يستعمل نفوذه المسيطر، كما يمكن أن يكون هناك مهني محترف يخشى فرض نفوذه الاقتصادي حفاظاً على سمعته.

يبدو من تحديد الشرط بموجب المعيار الشخصي بأنه تعسفي أم لا ليس له جدوى من الناحية العملية، لصعوبة إثباته، كما أن مسألة العقود المتضمنة شروطاً نموذجية وصياغتها بشكلٍ مسبق من قِبل المهني منفرداً ليست حقاً شخصياً ينطبق عليه قواعد التعسف في إستخدام الحق، وإنما يمارس المهني هذه السلطة نتيجة الإقبال المتزايد على السلع والخدمات الضرورية، وحاجة المستهلك إليها، لذلك لا يُمكن القول بإن الشرط تعسفي لمجرد أنه تطبيق لمفهوم التعسف في استعمال الحق (الشنطي، 2008، ص111)، كما ورد في النظرية العامة للإلتزام (القانون المدني العراقي رقم 40 لسنة 1951، المادة (7) بفقراتها)، لذلك من الضروري أن يؤخذ وضع المستهلك بعين الإعتبار أيضاً والذي في أغلب الحالات ليست لديه الحرية في الإختيار سواءً بالتعاقد أم عدمه لعدم إمكانيته مناقشة العناصر الأساسية للعقد (أحمد، 2010، ص210).

ثانياً: المعيار الموضوعي: وهو معيار الميزة الفاحشة:

يرتكز المعيار الموضوعي على مزية المبالغة أو الفحش الذي يحصل عليه الطرف القوي نتيجة إستعمال نفوذه الإقتصادي، كيفما كان نوع هذه المزية، أي لا تكون نقدية فقط، فينظر إليها بحسب الأثر الذي تخلفه في العقد وهو عدم التوازن بين الحقوق والتزامات أطراف العقد، لغرض تحقيق حماية أشمل للطرف الضعيف، وعدم حصر المزايا الفاحشة في هذا المجال الضيق (الجميلي، 2002، ص29).

إذن الميزة الفاحشة التي تكون نتيجة لإعمال الشروط التعسفية، تؤدي إلى الإخلال بالتوازن العقدي في مجال حقوق والتزامات طرفيه، وبهذا يقترب هذا المعنى من فكرة الغبن، ولكن الاختلاف يظهر بينهما في المحل الذي يقع عليه التعسف، ففي الغبن ينصب التعسف على الثمن في حين أن الشروط التعسفية تنصب على شروط العقد، فإذا تعلقت الميزة الفاحشة بالشرط المعني بمبلغ في العقد، فهنا تكون الميزة ذات طابع مالي بشكل مباشر ولكن هناك شروط تعسفية تتعلق بجوهر الشيء أو التسليم أو عبء المخاطر أو شروط التنفيذ، وهذه الشروط ليست ذات طابع مالي بشكل مباشر ((الروازق، 2016، ص106).

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

إذن فإنه لإعتبار الشرط تعسفاً لابد أن يكون الذي فرضه هو الطرف القوي من خلال قوته الإقتصادية، أن يحصل بوجود هذا الشرط على ميزة فاحشة لهذا الطرف على حساب الطرف الآخر وهو الطرف الضعيف.

ونرى أنه يمكن الاستناد إلى المعيارين المذكورين لتحديد الشروط التعسفية الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت، لأن تلك الشروط قد تم فرضها من قبل مزود الخدمة على المشترك من خلال إستعمال المزود نفوذه الإقتصادي، وأيضاً يحقق المزود من هذه الشروط ميزة فاحشة سواءً ميزة نقدية أو غير نقدية، إذ إن هذه الشروط التي يحصل عليها مزود الخدمة في الإنترنت من المزايا الفاحشة التي أدت إلى عدم التكافئ بين الحقوق والإلتزامات بين الطرفين الناشئة عن عقد الاشتراك في الإنترنت بحيث إستخدم المزود نفوذه الإقتصادي.

المطلب الثاني

الشروط التعسفية الواردة في عقود الاشتراك في الإنترنت

وفقاً للمعيار الموضوعي والمعيار الشخصي لتحديد الشروط التعسفية، فإن عقد الاشتراك في الإنترنت يتضمن هذه الشروط، وهذه الشروط تظهر الصفة التعسفية خلال مرحلة تكوين العقد أي إبرامه أو خلال مرحلة تنفيذه، وتؤدي إلى حصول المنفعة أو الميزة لمزود خدمة الإنترنت من جانب، ومن جانب آخر تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمشترك.

أولاً: الشروط التي تؤدي إلى حصول المنفعة أو الميزة لمزود خدمة الإنترنت:

وهي شروط إما تؤدي إلى تخفيف أو إعفاء أعباء أو التزامات لمزود الخدمة، أو تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة له بسبب إبرام العقد، على النحو الآتي:

1- الشروط التي تؤدي إلى تخفيف التزامات مزود الخدمة أو إعفاءه:

إن كل شرط يهدف إلى تخفيف أعباء الطرف القوي فيما يخص مسؤوليته عن أعمال تابعيه على حساب الطرف الضعيف يعد شرطاً تعسفياً أو فيما يخص العيوب الخفية أو تقييد مسؤوليته عن طريق تحديدها في بعض أجزاء المبيع دون غيرها (أحمد، 2010، ص215).

على سبيل المثال تدرج بعض الشركات المزودة لخدمة الإنترنت شرط إعفاء نفسها من المسؤولية عن أية نواقص أو خلل أو عطل في خدماتها لأي سبب من الأسباب له صلة بالجهات المساهمة للشركة أو بسبب الظروف الطبيعية والأعمال التجريبية. ونرى أن هذا الشرط يعطي صلاحية بالغة للشركة بحيث يمكن إستعمالها تعسفياً، وأحياناً يتم إستعمالها بصورة غير طبيعية (ينظر: البند (ثانياً/4) من عقد الاشتراك في خدمات كوران نت)، لذلك نقترح تحديد تلك الأسباب التي تؤدي إلى خلل أو عطل الخدمة في العقد بخصوص قطع بسبب كوارث طبيعية أو قرار حكومي وليس ترك الأمر للشركة لتحديدها وفقاً لمصالحها وتخفيف المسؤولية المترتبة عليها نتيجة لخلل في تقديم الخدمة أو إعفاء ذاتها من مسؤوليتها، لأنه لايجوز إعفاء الشركة من مسؤولية تعويض المشتركين عن الضرر الناجم عن حدوث عطل أو خلل في الخدمة دون إبلاغ المشتركين قبله بمدة معقولة وينبغي إلغاء هذا الشرط في العقد أو تعديله.

2- الشروط التي تؤدي إلى زيادة الحقوق الممنوحة لمزود الخدمة:

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

وهي الشروط التي تؤدي إلى أن يحتفظ الطرف القوي لنفسه بحق تعديل العقد بإرادته المنفردة وتغير بعض أحكامه أو تقديم الخدمة بجودة كيفما يشاء دون تدخل المشترك فيه، إن هذه الشروط تمنح الحقوق زائدة لمزود الخدمة مقارنة بالحقوق المحددة في العقد.

وبموجب بعض عقود الاشتراك في الإنترنت للشركة الحق في إيقاف تشغيل الخدمة من تلقاء نفسها دون إعذار المشترك إذا لم يستخدم المشترك الخدمة خلال مدة محددة (تنظر: الفقرة (8) من نموذج عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة نورؤز تيلكوم (ADCL)، وكذلك الفقرة (6) من البند (فسخ العقد) من عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net) لخدمة فايبر اوبتك FTTH)، ويعتبر هذا الشرط تعسفياً لانه منح العقد حق ايقاف تشغيل الخدمة للشركة في حالة عدم الإستمرارية في تشغيلها دون مراعاة حالة المشترك أو مراعاة أسباب عدم الإستمرارية هل السبب يرجع إلى المشترك أو إلى سبب خارج عن إرادته كالحرب أو الأحداث الطبيعية أو يرجع إلى خطأ الشركة.

ومن الشروط الأخرى الواردة في عقود الاشتراك في الإنترنت هي حق الشركة في زيادة أو تعديل أسعار البطاقة الإئتمانية لتشغيل الخدمة دون الرجوع أو الإتفاق مع المشتركين (ينظر: البند (رابعاً/5) من لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في خدمة الإنترنت في شركة كورەك تيلكوم. والبند (ثانيا/7) من عقد الاشتراك في خدمات كوران نت. وكذلك (الفقرة (4) من لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت في شركة آسياسيل). أي للشركة إمكانية تعديل الثمن بزيادته، ونرى تعسفاً في هذا الشرط وخطورة هذا الشرط أكبر؛ لانه عقد الاشتراك في الإنترنت عقد ملزم للجانبين بحيث لا يمكن لأحد المتعاقدين القيام بتعديل العقد دون إتفاق مع المتعاقد الآخر كزيادة الثمن مثلاً، وأيضاً تستعمل الشركة نفوذها الإقتصادي وتحصل على المنفعة المادية على حساب المشترك، ولا تدخل وزارة النقل والمواصلات في إقليم كوردستان لحد من الشروط التعسفية من ضمنها تحديد الثمن في حين من واجب الوزارة أن تراقب وإشراف عملية تقديم خدمة الإنترنت وتدقيق عقود الاشتراك لمنع فرض شرط تعسفي من قبل الشركة على المشترك. لذلك نقترح إلغاء هذا الشرط في العقد، وتدخل الوزارة لتحديد الثمن الثابت في بداية إبرام العقد، لأن هذا الشرط تسمح للشركات بزيادة الثمن بإرادتها المنفردة بعد إبرام العقد دون تحديد موضوع تلك الزيادة وقبولها من قبل المشترك في حين يحدد الثمن في بداية إبرام العقد ويعدل بإرادة الطرفين في العقد، وأيضاً عدم مراعاة إلحاق الضرر بمصلحة المشترك في مقابل تلك الزيادة، وكذلك تؤدي إلى إستغلال حاجات المشترك في الإنترنت من قبل الشركة.

ثانياً: الشروط التي تؤدي إلى إلحاق الضرر بالمشترك:

وهي الشروط التي تؤدي إلى حرمان المشترك من بعض الحقوق القانونية، أو تؤدي إلى زيادة أعباء أو التزامات المشترك بسبب الاشتراك في الخدمة، على النحو الآتي:

1- الشروط التي تؤدي إلى حرمان المشترك من بعض الحقوق القانونية:

أحياناً يمنح القانون بعض الحقوق لأطراف العقد، ولكن وجود بعض الشروط في عقد الاشتراك في الإنترنت تحرم المشترك من الحقوق لقاء مزود خدمة الإنترنت، وهذا يعني أن هذه الشروط تؤدي إلى حرمان المشترك من الحقوق الممنوحة له قانوناً، وكما لايحق للمشترك طلب التعويض عن الضرر الذي يلحق به

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

أثناء انقطاع الخدمة أو البطء في تشغيل الخدمة نتيجة لخلل فني أو بسبب أعمال الصيانة أو التوسعة على الشبكة (تنظر: الفقرة (1) من لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت في شركة آسياسيل)، في حين أنه يجب تبقى الشركة مسؤولة عن تقديم الخدمة للمشترك وبالجودة التي يتفق عليها ويعوضه أثناء إلحاق الضرر بالمشترك نتيجة لأي خلل يعود إلى الشركة، لانه يجب عليها توفير التقنيات الضرورية والمتقدمة لتقديم الخدمة التي تلتزم بها في العقد.

ومن الشروط التعسفية الأخرى، ما يتعلق بإجراءات وطرق فصل النزاع بين المشترك والشركة، بموجب عقد الاشتراك في الإنترنت يلزم المشترك باللجوء إلى المحاكم وليس له حق في الرجوع إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات وطرق التسوية الودية أو التحكيم (تنظر: الفقرة (4) من لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة نورؤز تيلكوم (ADCL))، بخلاف ذلك تسمح عقود أخرى باللجوء إلى الطرق الودية لتسوية المنازعات (تنظر: الفقرة (4) من البند (الأعمال) من نموذج عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net لخدمة فايبر اوبتك FTTH))، إذن لطرفي العقد الحق في اللجوء إلى التحكيم لحل النزاع بينهما بالإتفاق وعرض النزاع على الهيئة التحكيمية. لذلك نقترح تعديل هذا الشرط في العقد بأن يكون حق الطلب للأطراف لحل النزاع بطرق أخرى غير القضاء، أو قيام الجهة المعينة بتوفير قضاء خاص لحسم النزاعات في قطاع الإتصالات أو تأسيس اللجنة الخاصة بالنزاعات بين المشتركين وشركة الإتصالات وذلك لأجل الإسراع في حسم النزاعات، كل ذلك بهدف توفير الوقت للمحاكم والنفقة الباهضة في إجراءات المحاكم.

2- الشروط التي تؤدي إلى زيادة أعباء أو التزامات المشترك:-

هنالك الكثير من الشروط الواردة في العقود، والتي من شأنها زيادة الأعباء على عاتق الطرف الضعيف، ومن بين هذه الشروط الأكثر وقوعاً في العقود هو الشرط الجزائي، والذي هو عبارة عن التعويض المتفق على التزام المدين بأدائه عند إخلاله بالتزامه نحو دائنه، ويعتبر هذا الشرط صنفا من أصناف الشروط التعسفية، نظراً لأن المبالغة في تقدير قيمة التعويض لا يقبلها الطرف الأخر، ومن الأسباب التي تدفع الطرف القوي إلى إدراج هذا الشرط في عقده هو حصوله على الضمان الكافي ليقدم على التعاقد (الروازق، 2016، ص127).

ويمكن أن يدرج الشرط الجزائي كبند من بنود العقد الأصلي المبرم بين الطرفين ويفرض على طرفي العقد، ويمكن أن يتفقا عليه لاحقا في اتفاق يلحق بالعقد الأصلي (ذنون، 2006، ص233). وعلى هذا الأساس وجد اتفاق على الشرط الجزائي على المشترك في خدمة الإنترنت في ورقة منفصلة من العقد الأصلي (عقد الاشتراك)، ويتفق عليه مزود الخدمة والمشترك وقت إبرام العقد الأصلي ويوقع عليه المشترك، بموجبه يتعهد المشترك في حالة عدم الإستمرار في الخدمة يلتزم برد جهاز تشغيل الخدمة للمزود كاملاً كبداية وقت استلامه دون أي عيب، بخلاف ذلك يلتزم المشترك بدفع مبلغ باهظ أكثر من ثمن الجهاز (تنظر: الفقرة (3) من ورقة الاتفاق الملحق بعقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net لخدمة فايبر اوبتك FTTH) و (الفقرة (5) من البند (فسخ العقد) من عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net لخدمة فايبر اوبتك FTTH). وهذا يعتبر تعسفاً فالذي يقوم به المزود هو استغلال حاجة المشترك لهذه

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

الخدمة واستغلال قلة خبرة المشترك ولا يعلم بخطورة قبوله لهذا الشرط، ونرى أنه يجب مراجعة هذا المبلغ وإلغائه في العقد، لأنه في بداية إبرام العقد قد دفع المشترك ثمن الجهاز، وإن دفع هذا المبلغ الكبير يؤدي إلى زيادة العبء على عاتق المشترك.

المطلب الثالث
مدى إمكانية تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت على أنه عقد إذعان

الأصل أن تتوافر في العقد الإرادة الحرة الكاملة لكل من طرفيه على بنوده والمناقشة عليها، ولكن بعد حدوث بعض التطورات فإن الطرف القوي يقوم بإدراج شروط تعسفية في العقد ويفرض على أحد طرفيه من قبل الطرف الآخر دون مناقشة وإعتراض عليها ويطلق عليه عقد الإذعان.

وبينا سابقاً أن عقد الاشتراك في الإنترنت يتضمن شروطاً تعسفية، لذلك ثمة سؤال يطرح هل يمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد إذعان أم لا؟

لابد لتكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد إذعان أن يكون تحديد مدى إمكانية تطبيق الخصائص والأحكام القانونية لعقد الإذعان على عقد الاشتراك في الإنترنت على النحو الآتي:

أولاً: في عقد الإذعان يصدر الموجب الإيجاب إلى جميع الناس بشروط واحدة على صيغة مطبوعة ولايجوز النقاش والإعتراض فيها وأكثرها لمصلحة الموجب، بحيث تخفف المسؤولية على الموجب وتشددها على الطرف الضعيف وهو الطرف المذعن، وكذلك نفس الحال بالنسبة لعقد الاشتراك في الإنترنت، لأنه عموماً عقد واحد بالنسبة لجميع المشتركين ويوجه إلى الجميع بالشروط نفسها، ويكون ملزماً بالبنود حتى لو يطلع على الشروط أم الا أثناء ابرام العقد.

ثانياً: القبول في عقود الإذعان وعقد الاشتراك في الإنترنت معناه إخضاع الطرف الضعيف لإرادة الطرف القوي وقبول كافة شروطه، ولا يقبل من المشترك أي مناقشة عليها، بحيث يقبل العقد بجملته أو يرفضه ويحرمه من الخدمة.

ثالثاً: عقد الإذعان يتعلق بسلعة أو مرفق ضروري من ضرورات الحياة الحديثة، وأيضاً يتعلق عقد الاشتراك في الإنترنت بخدمة ضرورية وتتعلق بأمور الحياة اليومية في جميع قطاعات العمل وكونها من متطلبات الحياة الحديثة.

رابعاً: في حالة النزاع في عقد الإذعان بموجب الفقرة (2) من المادة (167) إذا تضمن عقد الإذعان شروطاً تعسفيةً جاز للمحكمة أن تعدل هذه الشروط أو تعفي الطرف المذعن منها وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك، بموجب هذه المادة تقضي للقاضي واستثناءً من مبدأ العقد شريعة المتعاقدين، أن يعدل الشروط التعسفية ويعفي الطرف المذعن منها، وذلك وفقاً لما تقضي به العدالة، فالقاضي بناء على هذا النص له سلطة تقديرية واسعة، فهو الذي يقدر ما إذا كان الشرط تعسفياً اي جائزاً، وهو الذي يتخير الوسيلة التي تؤدي إلى ازالة هذا التعسف بتعديل الشرط أو الغائه (عبدالرحمن، 2010،

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

ص94)، وكذلك بالنسبة لعقد الاشتراك في الإنترنت الذي يتضمن شروط تعسفية على المشترك لمصلحة الطرف القوي وهو المزود، لذلك للقاضي سلطة تخفيف الشروط أو إلغاءها وإعفاء المشترك كطرف مذعن فيها وذلك لما تقضي به العدالة ويقع باطلاً كل اتفاق بين المزود والمشترك على خلاف ذلك.

خامساً: في عقد الإذعان يكون الشخص معنوياً غالباً كالشركات، التي لها مركز إقتصادي قوي يسمح لها فرض الشروط التعسفية، وأيضاً بالنسبة لعقد الاشتراك في الإنترنت تقوم شركات الاتصالات بتوفير خدمة الإنترنت ولها مركز إقتصادي قوي، ويتعرض المشترك للضغط من جانب المزود بسبب تعلق العقد بخدمة ضرورية، ولكن في الوقت الحاضر يوجد أكثر من شركة إتصالات لخدمة الإنترنت وخاصة في إقليم كوردستان والعراق وصارت المنافسة فيما بينهم لتقديم أفضل الخدمات للمشتركين سواء بزيادة السرعة أو بزيادة الجيجابت كمكافآت أو التخفيض في ثمن بطاقة الإئتمان لتوفير الإنترنت بلا حدود، إذن هذا لا يوفر عنصر الإحتكار من الناحية القانونية أو العملية مادام هناك المنافسة بينهم، لذلك في الوقت الذي تريد الشركة فرض شروطها التعسفية على المشترك، فإنه يمكن للمشترك أن لا يقبلها ويرفض العقد وإختيار خدمات شركة أخرى، مادام هناك عدة شركات للإتصالات مستعدة لتقديم نفس الخدمة بشروط أفضل ومخففة بقصد تنافسها مع الشركات الأخرى، والمشترك يستطيع إبرام العقد مع أية شركة من شركات الإتصالات حسب رغبته، ففي هذه الحالة تنتفي صفة إحتكار تقديم خدمة الإنترنت في يد شركة واحدة.

إذن يمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت على أنه عقد إذعان، ولكن ليس الإذعان الذي ورد في القانون المدني العراقي، بل يمكن تكييفه بعقد إذعان مخفف، وذلك لسبب وجود عدة شركات للإتصالات ولا تستطيع الشركة فرض شروطها التعسفية على المشترك أو إعفاء ذاتها من المسؤولية، وذلك يؤدي إلى إنتفاء سلطة الاحتكار لشركة واحدة، ومن ثم لا تستطيع إحتكار خدمة الإنترنت في منطقة محدودة بسبب وجود عدة خيارات أمام المشتركين فيستطيع ابرام العقد مع الشركة التي تقدم خدمة الإنترنت بجودة أفضل وبشروط اسهل والتي لمصلحة المشترك بحيث يتم التوازن في الحقوق والالتزامات في العقد، إذن في هذه الحالة ينتفي الإحتكار لدى شركة واحدة و لايمكن إعتبار عقد الاشتراك في الإنترنت بعقد الإذعان الوارد في القانون المدني العراقي.

ونقترح معالجة الشروط التعسفية في عقد الاشتراك في الإنترنت من خلال تطوير نصوص القواعد العامة في قانون المدني، أو من خلال قانون خاص بالإتصالات وإعطاء سلطة واسعة للقاضي في هذا المجال بحيث يحمي المشتركين من الشروط التعسفية، وكذلك يمكن تأسيس جهة خاصة أو لجنة دائمية مختصة من قبل وزارة النقل والمواصلات في إقليم كوردستان والعراق بأمور قطاع الإتصالات لأجل حسم المنازعات بشكل سريع ولتوفر الجهود والنفقة لأطراف العقد.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

الخاتمة

نختم بحثنا بخاتمة تتضمن أهم الاستنتاجات والتوصيات وهي:

أولاً/ الإستنتاجات:

1- يقصد بعقد الاشتراك في الإنترنت بأنه العقد الذي يبرمه المشترك في خدمة الإنترنت مع الشركة المزودة لخدمات الإنترنت، وبموجبه يحق له التزود من هذه الخدمة لمدة محددة مقابل دفع مالي يلتزم المشترك بدفعه إلى الشركة.

2- يعتبر عقد الاشتراك في الإنترنت من العقود المستمرة التنفيذ، لأن مزوّد خدمة الإنترنت يلتزم بموجبه بتوفير الإنترنت للمشترك حسب اشتراكه مقابل مبلغ المالي يدفع أسبوعياً أو شهرياً من أجل إمكانية الانتفاع من خدمة الإنترنت بصورة مستمرة وطيلة مدة العقد المبرم.

3- لايمكن اعتبار عقد الاشتراك في الإنترنت نوعا من العقود التجارية الواردة في المادة الخامسة من قانون التجارة العراقي رقم 30 لسنة 1984، لانه لم يشر إليه المشرع العراقي من خلال هذه المادة صراحة أو ضمناً حول كون عمل الشركة المزودة للخدمة تجارياً.

4- لايمكن تكييف عقود الاشتراك في الإنترنت بأنها عقود نموذجية، لأن لأطراف العقود النموذجية حق مناقشة بنودها وتعديلها بإتفاقهم وإدخال التعديلات على أحكام العقود النموذجية وإستبدالها بغيرها في المستقبل بما يؤدي إلى تحقيق التوازن لمصالح الأطراف إقتصادياً، ولهذه البنود صفة الإختيارية، إلا أن عقود الاشتراك في الإنترنت تعد عقوداً نهائية ولايبرم عقد آخر بين أطرافها مستقبلاً.

5- بالإعتماد على المعيار الشخصي والموضوعي يلاحظ وجود الشروط التعسفية في عقد الاشتراك في الإنترنت حيث تفرض هذه الشروط من قبل مزود الخدمة على المشترك من خلال إستعمال المزود نفوذه الإقتصادي، وأيضاً يحقق المزود من هذه الشروط ميزة فاحشة سواء أكانت ميزة نقدية أو غير نقدية.

6- لقد توصلنا من خلال دراسة بنود عقود الاشتراك في الإنترنت في هذا البحث إلى مجموعة من الشروط الواردة فيها التي تعتبر تعسفية وهي:-

أ- شروط إعفاء الشركة نفسها من المسؤولية في حالة وجود خلل أو عطل في خدماتها لأي سبب من الأسباب له صلة بالجهات المساهمة للشركة أو بسبب الظروف الطبيعية، وهذا الشرط يمكن الشركة من امتلاك صلاحية بالغة بحيث تمكنها من إستعمالها تعسفياً.

ب- يحق للشركة ايقاف تشغيل الخدمة مطلقاً في حالة عدم إستمرارية المشترك في تشغيل الخدمة، دون مراعاة حالة المشترك أو مراعاة أسباب عدم إستمراره حتى ولو كان السبب يرجع إلى خطأ الشركة.

ت- شرط صلاحية الشركة لزيادة الثمن بإرادتها المنفردة، وذلك يؤدي إلى استغلال الشركة لنفوذها الإقتصادي وتحصل الشركة على منفعة مادية على حساب المشترك.

ث- منع المشترك من طلب التعويض لأي ضرر يلحق به أثناء انقطاع الخدمة أو البطء في تشغيل الخدمة نتيجة لخلل فني أو بسبب أعمال الصيانة والتوسعة على الشبكة.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

ج- إلزام المشترك فيما يتعلق بإجراءات وطرق فصل النزاع بين المشترك والشركة، يلزم المشترك باللجوء إلى المحاكم وليس له الحق في الرجوع إلى الوسائل البديلة لحل المنازعات وطرق التسوية الودية أو التحكيم.

ح- إلزام المشترك بشرط جزائي في حالة رد جهاز تشغيل الخدمة للمزود معيباً، وفي هذا الوقت يلزم المشترك بدفع مبلغ باهظ أكثر من ثمن الجهاز.

7- يمكن تكييف عقد الاشتراك في الإنترنت بأنه عقد إذعان، ولكن ليس الإذعان بالمعنى الذي ورد في القانون المدني العراقي، بل يمكن تكييفه بعقد إذعان المخفف، بسبب وجود عدة شركات للإتصالات نتجت عنها منافسة قوية بينهم، ولا تستطيع شركة فرض الشروط التعسفية الكثيرة على المشترك أو إعفاء ذاتها من المسؤولية، وذلك أدى إلى إنتفاء سلطة الاحتكار لشركة واحدة.

ثانياً/ التوصيات والمقترحات:

1- نوصي المشرع العراقي بإضافة بعض الأعمال المتعلقة بتوفير خدمات الإنترنت وغير ذلك من العقود الجديدة على ساحة الأعمال التجارية إلى قانون التجارة العراقي.

2- نقترح لمشرع العراقي والكوردستاني تحديد الأسباب التي تؤدي إلى الخلل أو عطل الخدمة في العقد من خلال قانون خاص بالإتصالات، ومنع إعفاء الشركة ذاتها من مسؤوليتها، لأنه لايجوز إعفاء الشركة من تعويض المشتركين نتيجة لحدوث العطل أو الخلل في الخدمة دون إبلاغ المشتركين بمدة معقولة قبل ذلك وإلحاق الضرر بهم نتيجة الخلل.

3- نقترح على وزارة النقل والمواصلات في إقليم كوردستان بإلغاء شرط صلاحية الشركة في زيادة الثمن الوارد في بعض العقود ومنع الشركة منها، وتحديد ثمن ثابت في بداية إبرام العقد، لأن زيادة الثمن تؤدي إلى إلحاق الضرر بمصلحة المشترك، وكذلك إستغلال حاجات المشترك في الإنترنت من قبل الشركة.

4- تعديل شرط لجوء لأطراف لحل النزاع إلى القضاء فقط، بل السماح لهم باللجوء إلى الطرق الودية لتسوية المنازعات، أو قيام الجهة المعنية بالموضوع بتوفير قضاء خاص لحسم النزاعات في قطاع الإتصالات أو تأسيس اللجنة الخاصة بالنزاعات بين المشتركين وشركة الاتصالات وذلك لأجل الإسراع في حسم النزاعات، وتوفير الوقت للمحاكم والنفقة الباهضة في إجراءات المحاكم.

5- منع الشركة من فرض الشرط الجزائي على المشترك في حالة رد جهاز تشغيل الخدمة للمزود معيباً، لأن المشترك دفع ثمن الجهاز في بداية الاشتراك في الخدمة.

6- نقترح أن يتم معالجة الشروط التعسفية في عقد الاشتراك من خلال قانون خاص بالاتصالات وإعطاء سلطة واسعة للقاضي في هذا المجال بحيث يمكنه من حماية المشتركين من الشروط التعسفية.

7- نوصي وزارة النقل والمواصلات في إقليم كوردستان والعراق بتأسيس جهة خاصة أو لجنة دائمة مختصة بأمور قطاع الإتصالات لأجل حسم المنازعات بشكل سريع ولتوفر الجهود والنفقة لأطراف العقد.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

المصادر

أولاً: الكتب

1- أحمد، د. آمانج رحيم، (2010)، حماية المستهلك في نطاق العقد "دراسة تحليلية مقارنة في القانون المدني"، الطبعة الأولى، شركة المطبوعات للتوزيع والنشر، بيروت، لبنان.

2- سلامة، د. أحمد عبدالكريم، (2008)، قانون العقد الدولي مفاوضات العقود الدولية والقانون واجب التطبيق وأزمته، الطبعة الأولى، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

3- الصاوي، د. أحمد محمد، (2013)، الوسائل البديلة للتحكيم في العقود النموذجية للتشييد (نماذج عقود فيديك)، الطبعة الأولى، دائرة القضاء أبو ظبي، دولة الإمارات العربية المتحدة.

4- صالح، د. باسم محمد، (بلا سنة نشر)، القانون التجاري، المكتبة القانونية، جامعة بغداد.

5- الفضلي، د. جعفر محمد جواد، (2013)، الوجيز في عقد المقاولة، منشورات زين الحقوقية، بيروت، لبنان.

6- الجريدلي، د. جمال زكي إسماعيل، (2012)، عقد استخدام شبكة المعلومات الدولية – دراسة مقارنة بين الفقه الإسلامي والفقه القانوني-، دار الكتب القانونية، القاهرة، مصر.

7- ذنون، د. حسن علي، (2006) المبسوط في المسؤولية المدنية - الضرر، ج1، دار وائل للطباعة والنشر، عمان، الاردن.

8- الحيدر، سعد جاد الله، (2012) ، النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة: الهاتف النقال، الطبعة الأولى، دار الكتب القانونية، المحلة الكبرى، مصر.

9- عبدالسلام، سعيد سعد، (1998)، التوازن العقدي في نطاق عقود الإذعان - دراسة فقهية مقارنة- ، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

10- حجازي، د. عبد الحي، (1982)، النظرية العامة للإلتزامات وفقاً للقانون الكويتي –دراسة مقارنة- ، المجلد الأول، الجزء الأول، جامعة الكويت، الكويت.

11- السنهوري، د. عبدالرزاق أحمد (2005)، الوسيط في شرح القانون المدني الجديد، المجلد الأول، الطبعة الثالثة، منشورات الحلبي الحقوقية، بيروت، لبنان.

12- الحكيم، د. عبدالمجيد و البكري، د. عبد الباقي و البشير، د. محمد، (2009)، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي – مصادر الالتزام، ج1، العاتك لصناعة الكتاب، القاهرة، مصر.

13- بكر، د. عصمت عبد المجيد، (2011)، النظرية العامة للألتزامات، الجزء الأول، الطبعة الأولى، منشورات جامعة جيهان الخاصة، أربيل.

14- عبدالرحمن، د. فائز احمد، (2010)، النظرية العامة للالتزام، دار النهضة العربية، القاهرة، مصر.

15- الروازق، فراس جبار كريم، (2016)، الحماية القانونية من الشروط التعسفية -دراسة مقارنة-، المركز العربي للدراسات والبحوث العلمية، القاهرة، مصر.

16- لطفي، د. محمد حسام محمود، (1994)، عقود خدمات المعلومات – دراسة في القانونين المصري والفرنسي-، دار الكتب المصرية، القاهرة، مصر.

17- منصور، د. محمد حسين، (2006)، المسؤولية الإلكترونية، منشأة المعارف، الاسكندرية، مصر.

18- طه، د. مصطفى كمال، (2012)، أساسيات القانون التجاري –دراسة مقارنة-، الطبعة الثانية، منشورات الحلبي الحقوقية، بيرو، لبنان.

ثانياً: الرسائل والأطاريح العلمية:

1- محمد أمين، رزكار عبدول، (2015)، المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الإنترنت – دراسة تحليلية مقارنة، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، السليمانية.

2- الجميلي، سليمان براك دايح، (2002)، الشروط التعسفية في العقود، أطروحة دكتوراه، مقدمة إلى كلية الحقوق، جامعة النهرين، العراق.

3- الشنطي، سهى نمر، (2008)، التنظيم القانوني لاستخدام الشروط النموذجية في العقود الإستهلاكية –دراسة مقارنة، رسالة ماجستير المقدمة إلى كلية الحقوق والإدارة العامة بجامعة بيرزيت، فلسطين.

4- الحيصة، علي مصبح صالح، (2011)، سلطة القاضي في تعديل مضمون عقد الإذعان، رسالة ماجستر المقدمة إلى كلية الحقوق بجامعة الشرق الأوسط، الاردن.

5- الشوك، محمد عبدالرزاق محمد عباس، (2011)، النظام القانوني لعقد الاشتراك في خدمة الإنترنت، رسالة ماجستير مقدمة إلى كلية القانون، جامعة كربلاء.

ثالثاً: البحوث القانونية:

1- الزقرد، د. أحمد سعيد، (2001)، نحو نظرية عامة لصياغة العقود، بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، المجلد 25، العدد 3. ص190-220.

2- محمد، د. أم كلثوم صبيح، الضوابط القانونية لسلطة القاضي التقديرية في عقود الإذعان، بحث متاح على العنوان الإلكتروني الآتي:

https://www.researchgate.net/publication/332223107_aldwabt_alqanwnyt.

3- جهاد، حاسى و فتاك، د.علي، (2020)، التنظيم القانوني للعقود النموذجية في قانون التجارة الدولية – بالتطبيق على قواعد اليونيدروا-، بحث منشور في المجلة الجزائرية للعلوم القانونية، السياسية والإقتصادية، المجلد:57 ، العدد:4، السنة. ص243-257.

4- محمد، سارة أحمد، (2007)، عقد الانتفاع بشبكة الإنترنت، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، جامعة الموصل، العدد 31. ص153-199.

5- رؤوف، د. نغم حنا، (2007)، العقود النموذجية للجنة الإقتصادية الأوروبية، بحث منشور في مجلة جامعة تكريت للعلوم الإنسانية، جامعة تكريت، المجلد 14، العدد 6. ص325-356.

رابعاً: عقود الاشتراك في الإنترنت:

1- عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net لخدمة فايبر اوبتك FTTH).

2- عقد الاشتراك في خدمات كوران نت.

3- لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت لشركة نوروز تيلكوم (ADCL).

4- لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في الإنترنت في شركة آسياسيل.

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

5- لائحة الشروط الواردة في عقد الاشتراك في خدمة الإنترنت في شركة كورك تيلكوم.

6- ورقة الإتفاق الملحق بعقد الاشتراك في الإنترنت لشركة (Kurdistan Net لخدمة فايبر اوبتك FTTH).

خامساً: القوانين:

1- القانون المدني العراقي رقم (40) لسنة 1951.
2- قانون التجارة العراقية رقم (30) لسنة 1984.

پوختە

ئامانجی ئەو توێژینەوەیە بریتیە لە دیاری کردنی گونجانە یاسایی گرێبەستەکانی بەشداری کردن لە ئەنتەرنێت کە کۆمەڵێ مەرج لە خۆ دەگرێ کە لە لایەن کۆمپانیای دابین کردنی خزمەتگوزاری ئەنتەرنێت ئامادەکراوەو بەسەر بەشداربوون دەسەپێنریت بەبێ گفتوگۆکردن لە سەری.

یاسادارنەرەکان و زانایانی یاسایی هاوران لەسەر ناونانی جۆری ئەو گرێبەستەی کە یەکێ لە لایەنەکانی گرێبەستەکە لەوەتاندنی ویست و مەرجەکانی لایەنی بەرامبەری دەکات بە بێ ی بوونی ئارەزووی ئەو لایەن، بە گرێبەستی ناچاری دایدەنێن.

لەو توێژینەوەیەدا گەیشتینە ئەو دەرئەنجامە کە گرێبەستی بەشداری کردن لە ئەنتەرنێت مەرجی لەوەتاندن لە خۆ دەگرێ کە پەیوەندیدارە بە لێبوردنی کۆمپانیا لە بەرپرسیاریەتی یان سووککردنی پابەندبوونەکانی سەری یان پەیوەندیدارە بە زیادکردنی پابەندبوونەکان و قورساییەکانی سەر بەشداربوون یان بێ بەشکردنیان لە هەندێ مافە یاساییەکانیان کە لایەنی بەهێز کە کۆمپانیایە ئەو مەرجانە دەیسەپێنی بە سەر لایەنە بێ هێزەکە کە بەشدار بووەکەیە لە ئەنجامی بەکارهێنانی هێزە ئابوورییەکەی کۆمپانیا، وە کۆمپانیا بە بوونی ئەو مەرجە سوودێکی زۆر گەورە بە دەست دەهێنێ ئەوجا سودەکە پارە بێ یان غەیری پارە بی لەسەر حسابی لایەنەکەی تر کە لایەنە بێ هێزەکەیە، بەڵام ناشوانرێت گونجانەی یاسایی بۆ گرێبەستی بەشداربوون لە ئەنتەرنێت بکرێت بە گرێبەستی ناچاری دابنرێت بەو واتایەی کە لە یاسای مەدەنی عێراقی هاتووە، بەلکو دەکرێ گونجاندنی بۆ بکرێت بە گرێبەستی سوکتر لە ناچاری، چونکە لە کاتی ئێستادا بە هۆی بوونی ژمارەیەک لە کۆمپانیاکان لە بواری پەیوەندی کردن کۆمپانیا ناتوانێ بە تەنها مەرجی لەوەتاندنی زۆر بسەپینی

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6566 (Online) - ISSN 2518-6558 (Print)

بەسەر بەشداربووون و خۆشی ببەخشێ لە بەرپرسیاریەتی، کە ئەمەش دەبێتە هۆی نەمانی دەسەڵاتی قۆرخکردن لەدەستی یەک کۆمپانیا، وە هەروەها بەشداربوو چەندین هەڵبژاردەی لەبەردەمە دەتوانی گرێبەست ببەستی لەگەڵ ئەو کۆمپانیایەی کە خزمەتگوزاری ئەنتەرنێت پێشکەش دەکات بە باشترین جۆرو بە مەرجی سووکتر بە جۆریک هاوسەنگی هەبێ لە نێوان ماف و پابەندبوونەکانیان.

The Legal Adaptation of Internet Subscription Contracts

-Analytical Study

Roshna Akram Saad
Department OF Law, College of Law, Salahaddin University, Erbil, Iraq
roshna.saad@su.edu.krd

Keywords: **continuation contract, exemption from liability, arbitrary conditions, Adhesion contract.**

Abstract

This research aims to clarify The Legal Adaptation of Internet Subscription Contracts that include a set of conditions prepared by the company providing Internet services and impose them on the subscriber without discussing them.

Legislators and legal jurists have agreed to name the type of contract in which one party to the contract complies with the will and conditions of the other party without observing the counterparty's desire to comply, with the Adhesion contract.

In this research we reached that the internet subscription contract contains arbitrary conditions that relate to an exemption from liability or to reduce the company from its obligations or relate to increasing obligations and burdens on the subscribers or depriving them of some legal rights, and imposed by the strong party, the company is on the subscriber and he is the weak party through the company's use of its economic strength, In the presence of this condition, the company obtains a very large advantages, whether monetary or non-monetary

مجلة قەڵای زانست العلمية
مجلة علمية دورية محكمة تصدر عن الجامعة اللبنانية الفرنسية – اربيل، كوردستان، العراق
المجلد(٥) – العدد (٣)، صيف٢٠٢٠
رقم التصنيف الدولي: ISSN 2518-6558 (Print) - ISSN 2518-6566 (Online)

advantages at the expense of the opposing party, which is the weak party, but the Internet subscription contract cannot be adapted to the Adhesion contract in the sense of what is mentioned in the Iraqi civil law, but it can be adapted as a contract with dilute Adhesion, because at the present time there are Several companies in the field of telecommunications, so the company cannot impose many arbitrary conditions on the subscriber or exempt itself from liability, and that leads to the monopoly authority for one company, and also the subscriber has several options before him, so he can hold the contract with a company that provides internet service with better quality and easier conditions so that the rights and obligations are balanced in the contract.