

**المسؤولية المدنية عن الاستخدام الضار لبطاقة (SIM CARD) غير****المسجلة -دراسة تحليلية مقارنة- (\*)****Civil Responsibility for the Harmful Use of an Unregistered SIM Card: A Comparative Analytical Study****تحسين حمد سمايل طالب برايم سليمان صدقي محمد أمين عيسى****كلية القانون والعلوم السياسية والإدارة / جامعة سوران**Tahsin Hamad Smael Talib Braim Sulaiman Sidqi Muhamad Amin Esa  
College of Law, Political Science and Management/ University of Soran  
Correspondence:

Tahsin Hamad Smael

E-mail: tahsin.smael@soran.edu.iq

**المستخلص**

إن ظهور وسائل الاتصالات الحديثة، التي تعد أبرزها الهواتف المحمولة، أدى إلى نشوء علاقات قانونية متعددة بين الأشخاص، ويعد عقد خدمات الهواتف المحمولة من أهم هذه الروابط يبرم بين شركة الاتصالات التي تكون عادة على شكل شركة تجارية محترفة ومتخصصة في مجال الاتصالات، وبين المستخدم المستهلك الذي عادة ما يكون شخصاً طبيعياً يستهلك ويستخدم خدمة الاتصالات، وبما أن الهاتف المحمول أصبح ضرورة تلازم الإنسان، ولا يمكن الاستغناء عنه، وبات امتلاكه أمراً ضرورياً كوسيلة من وسائل الاتصال، وهذه الوسيلة كما هو معلوم تعمل بواسطة بطاقة (SIM)، ومن المفروض أن يتم توزيع وبيع تلك البطاقات من قبل جهات معنية ومرخصة قانوناً، وتسجيلها باسم مشتريها، إلا أنها أضحت تباع وتشترى في الشوارع وعلى الأرصفة، والمحلات غير المرخصة، ودون اتخاذ الإجراءات اللازمة لتسجيلها، مما حدى إلى امتلاكها واستعمالها من قبل اشخاص غير مسؤولين وغير مؤهلين، وأصبحت وسيلة لإزعاج الناس والحاق الضرر بهم، وتكمن أهمية

(\*) أستلم البحث في ٢٠٢٢/١/١٥ \*\*\* قبل للنشر في ٢٠٢٢/٢/٢٧.

(\*) received on 15/1/2022 \*\*\* accepted for publishing on 27/2/2022.

Doi: 10.33899/alaw.2022.132769.1185

© Authors, 2023, College of Law, University of Mosul This is an open access article under the CC BY 4.0 license

(http://creativecommons.org/licenses/by/4.0).

موضوع الدراسة هنا حول تحديد المسؤولية المدنية، هل تقع المسؤولية على الحائز لتلك البطاقات أم على بائعها، أم على شركات الاتصالات التي توزعها، أم الدولة هي المسؤولة باعتبار أنها هي المعنية بحفظ أمن المجتمع وسلامته، وبيان الأساس القانوني للمسؤولية، كما تتناول هذه الدراسة تحديد طبيعة التعامل بهذه البطاقات، فيما إذا كان يعد موافقاً للقانون أم لا، وتحديد مبررات تلك التعامل، وكذلك وجود فراغ تشريعي بخصوص عدم تنظيم أمور التعامل ببطاقات السيم الكارد، وتنتهي بحلول تلك الإشكالية في خاتمة الدراسة، نبينها حين الانتهاء منها.

**الكلمات المفتاحية: المباشر، المتسبب، التعسف، تحمل التبعة، طبيعة التعامل.**

### **Abstract**

The emergence of modern means of communication, such as mobile phones, has led to the emergence of multiple legal relations between people. One of the most important of these relations is the mobile services contract concluded between the telecommunications company. It is usually achieved in the form of a professional and specialized commercial company in the field of communications, and the costumer, who is usually a natural person using the telecommunications service. However, since the mobile phone has become inevitable that people, as it is known, works via using SIM card, and those SIM cards are supposed to be distributed and sold by specialized and legally licensed institutions, and registered in the name of its consumer. However, it can be seen that these SIM cards are sold and bought illegally. This has led to owning it and using it by unliable and unqualified people, and it has become a means to annoy and harm others. The importance of the subject of the study lies in determining civil liability. Does the responsibility lie with the holder of those cards, or with the seller of them? or with the telecommunications companies that distribute them? or with the State, as it is responsible for maintaining the security of society, and stating the legal basis for liability This study also deals with determining the nature of dealing with these cards, whether it is following

the law or not, and determining the justifications for such dealings, as well as the existence of a legislative caps regarding the non-regulation of matters dealing with SIM cards, and ends with providing solutions to this problem at the end of this study.□

**Key words:** Civil Responsibility, mobile phones, harmful use of an unregistered SIM card.□

## ألتقدمة

وتتضمن النقاط التالية:

### أولاً- مدخل تعريفى:

شهدت الآونة الأخيرة ثورة تكنولوجية هائلة في مجال الاتصالات، وخصوصاً في القرن الحادي والعشرين، حيث غطت وسائل الاتصالات نواحي عدة من حياة الانسان، وظهرت بوسائل ونماذج عصرية وجديدة، حيث غدت جزءاً من حياة الانسان لا تفارقه، وأحد تلك الوسائل هي الهواتف المحمولة الذكية، حيث تشتغل بواسطة بطاقة (SIM CARD)، ومن المفروض أن تباع تلك البطاقات من قبل الشركات المختصة، ولا تمنح إلا بعد تسجيلها باسم مستخدمها بعد أخذ المعلومات والمستمسكات التي تثبت هوية المستخدم، وهذا هو المتبع في أغلب دول العالم، حيث لا يسمح للمستخدم بشراء هذه البطاقات، إلا من قبل شركات الاتصالات التابعة لها هذه البطاقات، أو من منافذ بيع مرخصة رسمياً، إلا أنه في العراق عموماً وإقليم كوردستان العراق خصوصاً تباع وتشتري هذه البطاقات من قبل منافذ بيع غير مرخصة، ومن قبل أشخاص في الشوارع، ومحلات بيع الموبايلات دون تسجيلها باسم المشتري، حيث أصبح تداول هذه البطاقات من الأمور الطبيعية، وفي تناول كل الأفراد حتى من قبل الذين لم يتجاوزوا السن القانوني، مما حدا بالبعض إلى استعمالها في ازعاج الناس، أو أصبحت وسيلة تهديد وأكراه في بعض الأحيان، وانتهاك حرمة الحياة الخاصة، وكل ذلك يرجع إلى الفراغ التشريعي الموجود في العراق بخصوص تنظيم أمور التعامل ببطاقات السيم الكارد، مما أدى إلى حدوث جرائم ونشوء المسؤولية الجزائية، والحاق الأضرار بالناس، وقيام المسؤولية المدنية بهذا الخصوص.

### ثانياً- إشكالية الدراسة:

إن التعامل ببطاقات (SIM CARD) للهواتف المحمولة غير المسجلة أصبح وسيلة لإزعاج الناس والحاق الضرر بهم، والاشكالية تكمن هنا حول تحديد المسؤولية

المدنية، فيما إذا كانت تقع على الحائز لتلك البطاقات، أم على بائعها، أم من المفروض أن تقع هذه المسؤولية على عاتق شركات الاتصالات التي توزعها؟ أو على الدولة باعتبارها الراعية والمسؤولة عن حفظ الأمن المجتمعي، وبيان الأساس القانوني للمسؤولية، كما تهدف هذه الدراسة إلى تحديد طبيعة التعامل بهذه البطاقات، ومدى موافقة هذا التعامل للقانون من عدمه، وتحديد مبرراته، وكذلك وجود فراغ تشريعي بخصوص عدم تنظيم أمور التعامل ببطاقات السيم الكارد، وتنتهي بطول تلك الاشكالية في خاتمة الدراسة، نبيها حين الانتهاء منها.

### ثالثاً- أهمية الدراسة:

ترجع أهمية هذه الدراسة في تناولها لموضوع حساس يتعلق بأفراد المجتمع العراقي كافة، ولم يحظ بالتنظيم من قبل المشرع العراقي والكوردستاني، ولم يتناوله الباحثون بالدراسة من حيث بيان المسؤول مدنياً عن أضرار استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة، وأسباب تداولها في تناول كل شخص، حيث تباع وتشتري دون وجود رقابة عليها مما جعلها وسيلة تستخدم في أمور غير محبذة، وتثير مشاكل اجتماعية كبيرة.

### رابعاً- الهدف من الدراسة:

هذه الدراسة هي محاولة أكاديمية لبيان أسباب حدوث ظاهرة بيع وشراء بطاقات السيم الكارد خارج اطار شركات الاتصالات، والحد منها من خلال ايجاد حل قانوني لها.

### خامساً- منهجية الدراسة: تتبع هذه الدراسة:

١- المنهج التحليلي: حيث يتم تحليل النصوص التشريعية، وذلك لإبراز مدى ملاءمة الأحكام العامة للمسؤولية المدنية في القانون المدني العراقي مع القوانين المقارنة، ومن خلاله تحديد مواضع الضعف، والنقص في القانون، وطرق معالجتها بالنسبة لموضوع هذه الدراسة.

٢- المنهج المقارن: وذلك لمقارنة القوانين العراقية كالقانون المدني رقم (٤٠) لسنة ١٩٥١ النافذ، مع القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦، وقانون المعاملات المدنية الاماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥، والقوانين المتعلقة بالاتصالات عند المقتضى.

### سادساً- هيكلية الدراسة:

تم تقسيم هذه الدراسة إلى مبحثين، حيث تناولنا في المبحث الأول الاطار التعريفي لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة، وقسمناه إلى مطلبين، تناولنا في المطلب الأول مفهوم

بطاقة السيم الكارد للهواتف المحمولة وخصائصها، أما المطلب الثاني فخصصناه لطبيعة التعامل ببطاقات السيم الكارد غير المسجلة ومبرراتها“ أما المبحث الثاني فقد تناولنا فيه المسؤولية المدنية المترتبة عن الاستخدام الضار لبطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، وقد قسمناه أيضا إلى مطلبين، حيث خصصنا الكلام في المطلب الأول لتحديد المسؤول عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة، أما في المطلب الثاني فقد بينا أساس المسؤولية المدنية عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة للهواتف المحمولة، ثم انتهت الدراسة بخاتمة تتضمن أهم النتائج والتوصيات والمقترحات.

## المبحث الأول

### الإطار التعريفي لبطاقات (SIM CARD) غير المسجلة

أصبح استخدام الهواتف المحمولة شائعاً بين الناس، وبات امتلاكها أمراً ضرورياً لكل فرد كوسيلة للاتصالات، وهذه الوسيلة تعمل لإجراء المكالمات بواسطة بطاقة ( SIM CARD)، ومن المفروض أن يتم توزيع وبيع تلك البطاقة من قبل جهات مرخصة ومجازة قانوناً، إلا أنها أصبحت تباع وتشترى في الشوارع وعلى الأرصفة وفي محلات غير مرخصة لذلك، دون اتباع الاجراءات اللازمة لتسجيلها باسم من يمتلكها رسمياً، فعدت هذه البطاقات غير المسجلة تستغل وتستهمل في ازعاج الناس والاضرار بهم، ولأجل تحديد الاطار التعريفي لهذه البطاقات نتناول تعريفها، وخصائصها، وطبيعة العمل بها من خلال مطلبين كما يأتي:

## المطلب الأول

### مفهوم بطاقة (SIM CARD) للهواتف المحمولة وخصائصها

لتسليط الضوء على مفهوم بطاقة (SIM CARD) للهواتف المحمولة نقوم بتعريفها أولاً، ومن ثم بيان خصائصها ثانياً، وذلك من خلال الفرعين الآتيين.

## الفرع الأول

### تعريف بطاقة (SIM CARD) للهواتف المحمولة

إن بطاقة الهاتف المحمول عموماً والمعروفة بـ (SIM CARD)، وهي اختصار لـ (Subscriber Identity Module)، (بطاقة هوية المشترك)، وهي الحلقة التي تربط الهاتف المحمول، أو المحمول مع الشبكة الخلوية اللاسلكية، وهي عبارة عن بطاقة

صغيرة تدخل إلى جهاز الهاتف المحمول، وفي الوقت الحاضر هي على ثلاثة اشكال، الأولى هي (Mini Sim)، ويمكن الحصول عليها على الهواتف الذكية القديمة<sup>(١)</sup> والثانية (Micro Sim)، وهذا المعيار تقبل في جميع الهواتف المحمولة الذكية التي تعمل بنظام الاندرويد<sup>(٢)</sup> والثالثة (Nano Card)، وهي أصغر بطاقات الهواتف الذكية المحمولة، وأصبحت هي المعمول بها من قبل شركات الاتصالات.

وتعرف بطاقة الهواتف المحمولة (SIM CARD) عموماً، بأنها بطاقة، أو شريحة صغيرة ودقيقة بالإضافة إلى وحدة معالجة يتم بها تخزين البيانات المشتركة بعد بيعها من الشركات المتخصصة، أو الأماكن المرخصة ببيعها<sup>(٣)</sup>، ويتم ذلك بعد شرائها وتمكين المشترك من الانتفاع من خدماتها مقابل الدفع المسبق بعد تعبئتها برصيد، وبالمقابل تلتزم الشركة بتقديم خدماتها المتنوعة كإمكانية الاتصال بالآخرين، وارسال الرسائل القصيرة (SMS) واستقبالها، وخدمات حجب رقم معين، وخدمة الانترنت وغيرها من الخدمات، كما تُطالب الشركة بتقديم الخدمات، ويكون التزامها بتحقيق نتيجة<sup>(٤)</sup>، أما طبيعة الالتزام بتقديم أفضل الخدمات هو التزام ببذل عناية<sup>(٥)</sup>، وهذا ما يلاحظ على سبيل المثال في شروط عقد الاشتراك النموذجي لشركة كورك تليكوم في البند (١) من الفقرة (ثالثاً) بأن: (تقوم الشركة ببذل أقصى جهد لتوفير الخدمة للمشارك بعد توقيعه عقد طلب الخدمة، والموافقة على الشروط والبنود الخاصة بذلك، وشريطة أن يكون جهاز المشارك يتلاءم مع نظام الشركة المستخدم وطبيعة الخدمة المقدمة)<sup>(٤)</sup>.

(١) سعد جاد الله الحيدر، النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة (الهاتف النقال)، (دار الكتب القانونية، القاهرة/ ١٤٣٣ هـ - ٢٠١٢ م)، ص ١٥.

(٢) حوراء علي حسين، التنظيم القانوني لعقد الهاتف النقال، (بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، كلية الحقوق - جامعة كربلاء، العدد الأول، السنة السابعة/ ٢٠١٥)، ص ٣١٨.

(٣) بيمو برويز خان الدولي، تكييف حقوق المشارك في عقد خدمات الهاتف النقال، (بحث منشور في مجلة دراسات قانونية وسياسية، يصدرها مركز الدراسات القانونية والسياسية في كلية القانون والسياسة، جامعة السليمانية، السنة الخامسة، العدد (٩)، حزيران/ ٢٠١٧)، ص ١١.

(٤) العقد النموذجي بين المشارك وشركة كورك تليكوم.

وبذلك يمكننا القول من خلال تعريف بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة بأنها عبارة عن (بطاقة تتضمن سعة صغيرة من الذاكرة، ووحدة معالجة تحفظ فيها بيانات ومعلومات عن المشترك بعد تخصيص رقم خاص بها، ولا يتم تفعيلها إلا بعد تسجيلها كأصل، وتعبئتها برصيد مقابل مبلغ مالي في مقابل التزام الشركة بتقديم خدمات الاتصال السريع، وإرسال الرسائل القصيرة، واستقبالها وخدمات الانترنت وغيرها من الخدمات).

أما بالنسبة لبطاقة السيم الكارد للهواتف المحمولة غير المسجلة وهي محور بحثنا، فهي أيضاً عبارة عن (بطاقة أو شرائح تتضمن مساحة صغيرة من الذاكرة، ووحدة معالجة لا تحفظ فيها البيانات، والمعلومات عن المشترك، ويتم تخصيصها برقم معين مسبقاً دون تسجيلها خلافاً للعادة باسم المشتري، ويتم بيعها في المنافذ غير المرخصة عادة خارج إطار الشركة، ولها نفس مزية البطاقات المسجلة من الاتصال السريع، وإرسال الرسائل القصيرة، واستقبالها، والخدمات الأخرى بعد تعبئتها برصيد بواسطة كارت الشحن بعد إدخال الكود (PIN) الخاص بها).

يلاحظ أن هذه الشراح هي نفسها التي تباع من شركة الاتصالات، إلا أنه لا يتم تسجيلها باسم المشتري وتباع على الشوارع والأرصفة والمحلات غير المرخصة، أو من خلال اشخاص بالتداول اليدوي، وبإمكان أي شخص شراؤها بغض النظر عن أهليته، وسنه، وجنسه، وجنسيته، مما يشكل خطورة على هؤلاء الأشخاص، لأنه قد يستعمل لأغراض غير مشروعة، وغير قانونية، كإزعاج الناس، أو التهديد والاكراه، أو في شتم وابتزاز، وما إلى ذلك.

جدير بالذكر عند شراء تلك البطاقات غير المسجلة، فإن المشتري لا يبرم ولا يوقع على العقد النموذجي الموجود داخل العلبة الخاصة بها، لأن التوقيع على العقد، والشروط الموجودة ضمنه يؤثر على قيام مسؤولية الشركة، وهذا ما سنتناوله في المبحث الثاني من هذا البحث.

## الفرع الثاني

### خصائص بطاقة (SIM CARD) للهواتف المحمولة

بعد عرض وتعريف البطاقات (SIM CARD)، تبين لنا أنها توافق البطاقات التي تسجل باسم المشترك في بعض خصائصها وتختلف في بعضها الأخرى.

بالنسبة للخصائص المشتركة بينهما، فإن البطاقات المسجلة في الشركة، وغير المسجلة لا تختلفان عن بعضهما البعض من حيث خاصية الاتصالات السريعة، والطوارئ، وكذلك خدمات إرسال الرسائل القصيرة واستقبالها، وكذلك خدمات الانترنت الموجودة والمتوفرة من قبل الشركة، كما أنهما لا يعملان إلا بعد تعبيتهما بالرصيد بواسطة كارت الرصيد المهيأ مسبقاً من قبل شركة الاتصال نفسها، إلا أنهما تختلفان من حيث التسجيل وإمكانية الحصول عليهما بسهولة.

من حيث التسجيل، فإن النوع الثاني من البطاقات لا يخضع لإجراءات التسجيل كما يخضع لها النوع الأول، والتي تشتري من الشركة مباشرة، أو من منافذ البيع المرخصة من قبل الشركة، حيث تخضع لعدة إجراءات قبل إعطاء البطاقة للمشارك، كإعطاء بطاقة، أو هوية للمستخدم، وإبرام العقد، والتوقيع، وأخذ صورة شخصيه له من قبل الشركة، أما النوع الأول، والذي يشتري من قبل المستخدم من منافذ البيع غير المرخصة، فإنه لا يجبر على إبرام العقد، ولا يسجل باسمه، إلا إذا أراد هو تسجيله، أو عند مراجعة الشركة لأسباب تتعلق ببطاقة (SIM CARD)، كتوقفه عن العمل لعدم تعبئة الرصيد لمدة من الزمن، وفي هذه الحالة فإن حائز هذه البطاقات يكون غير معروف لدى شركات الاتصالات، إلا بعد تعقيبات معقدة، ودقيقة عن طريق الإشارة، والتردادات، والذبذبات التي تتلقاها الأبراج من هاتف المشتري، أو عن طريق الحصول على معلومات المشتري، أو المشترك من مشغل الخدمة، ويسمى بتحميل كافة معلومات البرج (Tower Dump)، وذلك من خلال طلب الجهات المسؤولة من مشغل الخدمة الهاتفية، وتزويدها بقائمة عن جميع المشتركين الذين يتواجدون في منطقة ما، وفي وقت ما لمعرفة الشخص الذي قام بجريمة، كالتشهير والتهديد، أو الذي يقوم بإزعاج الآخرين، وما إلى ذلك<sup>(١)</sup>.

ولتجنب كل هذه الاجراءات المعقدة لمعرفة مستخدم البطاقات (SIM CARD) غير المسجلة، فإن شرط التسجيل المسبق لهذه البطاقات، أو من خلال فترة زمنية قصيرة من استخدام تلك البطاقات يعد تدبيراً وقائياً جيداً للقضاء على المشاكل التي تحدث بواسطة تلك الشرائح، ويأتي ذلك من خلال إلزام شركات الاتصالات بذلك، لأن تلك الشركات تستمر في خدماتها لتلك البطاقات غير المسجلة مادام مستخدموها يقومون بتعبئة

(١) مشاكل الهواتف النقالة، (مقال متوفر على الموقع الالكتروني:

(www.ssd.eww.org)، تاريخ الزيارة/ ١٦/٧/٢٠٢١.



الرصيد، لذلك فإن الكم الهائل من بطاقات (SIM CARD) التي تباع في منافذ بيع غير مرخصة تحتاج إلى تنظيم معين من قبل السلطات المختصة، سواء كان عن طريق منع تداولها، أو إعلام تلك الشركات بعدم بيعها إلا لجهات موثوقة ومرخصة ومعرفة من قبلها، وللزام المشتري بإبرام العقد، ومن ثم تسجيل تلك البطاقات باسم المشتري أو المستخدم، مما يؤدي ذلك إلى التقليل من مشاكلها، ومعرفة حائزها، أو مستخدميها بسهولة مما يسهل الأمر لمعرفة الشخص الذي يقوم بابتزاز الآخرين، أو ازعاجهم، أو تهديدهم، وغيرها من المشاكل التي تتعلق بخصوصية الأشخاص.

كذلك من خصائص تلك البطاقات غير المسجلة، أنها متوفرة وسهلة الحصول عليها، وبإمكان كل شخص شراؤها وحيازتها متى شاء، أو بيعها متى أراد لأشخاص دون اعتبار لسنه وأهليته، أو حالته العقلية والنفسية، وهذه الخاصية تعد خاصة غير محبذة بغض النظر عن جوانبها الإيجابية لتلك البطاقات، إلا أن هناك جوانب سلبية خطيرة في حال امتلاكها لأشخاص غير مؤهلين عقلياً، أو نفسياً، أو لا تتوفر فيهم الأهلية اللازمة، وقد تستخدم لأغراض إجرامية، أو إرهابية مما يشكل صعوبة معرفة مستخدميها، إلا بعد تعقيبات، وإجراءات معقدة قد تؤدي إلى تمكن المجرم من الفرار، والهرب إلى جهات غير معروفة.

## المطلب الثاني

### طبيعة التعامل ببطاقات (SIM CARD) غير المسجلة ومبرراتها

لاشك في أن الحصول على بطاقات (SIM CARD) للهواتف المحمولة بصورة عامة يكون عن طريق التعامل، واتفاق مسبق بين البائع والمستخدم، أو مشترك، والمفروض أن تسجل تلك البطاقات بأسمائهم لدى المبيعات الخاصة بالشركة، كما أن عرض كل تلك البطاقات، وبيعها في منافذ بيع غير المرخصة له مبرراته سواء كان قد تم تسجيلها، أم لا ، وللإلمام بموضوع هذا المطلب نتناوله خلال فرعين، حيث نخصص الفرع الأول للكلام عن مبررات (أسباب) التعامل ببطاقات (SIM CARD) غير المسجلة للهواتف المحمولة، وفي الفرع الثاني نتناول طبيعة التعامل ببطاقات (SIM CARD) غير المسجلة.

## الفرع الأول

### مبررات (أسباب) التعامل ببطاقات (SIM CARD) غير المسجلة

إن عرض البطاقات للهواتف المحمولة للتعامل بها في الأسواق والشوارع من خلال منافذ بيع غير مرخصة من قبل شركة الاتصالات له مبرراته، التي قد تكون لغرض ترويج البضاعة، أو الحصول على أكبر قدر من الربح، أو منافسة شركة اتصالات أخرى تمارس عملها في نفس المنطقة.

**أولاً: الترويج (Promotion):** يقصد بالترويج التنسيق بين جهود البائع في إقامة منافذ للمعلومات، وتسهيل بيع السلع والخدمات، أو قبول فكرة معينة<sup>(١)</sup>، وعرفه آخر بأن القصد من الترويج هو (الاتصال بالأفراد، والمجموعات بهدف تسهيل تناول المعلومات، وإقناع الجمهور بقبول منتجات المؤسسة)<sup>(٢)</sup>.

يلاحظ من التعريفين أعلاه أن الهدف من الترويج بصورة عامة هو عملية إنشاء علاقة واتصال مع العملاء والمستهلكين من أجل نشر وعي حول منتج معين، لغرض التفوق على المنافسين من خلال عرض منتج مميز عن الباقي، وهو نشاط تسويقي يهدف من خلاله تنوع وزيادة المشترين والمشاركين الذين يصل إليهم المنتج، وكذلك يمكن القول بأن الهدف منه زيادة المبيعات، أو تنشيطها خصوصاً عند انحدار مستوى الاستهلاك، كذلك للتدليل من بعد المنافسة بين تلك الشركات والمستخدم، ومجاراة حالة المنافسة بين أكثر من شركة اتصالات السائدة في السوق، ورفع مستوى الوعي الاستهلاكي، ولكل هذه الأغراض تقوم شركات الاتصالات بين حين وآخر بعرض بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة للسوق، وبيعها بصورة اعتباطية وعشوائية لقاء ثمن تافه، أو بخس من خلال منافذ بيع غير رسمية، وغير مجازة من أجل رفع مستوى المبيعات إلى أعلى مراتبها، دون المطالبة بأية إجراءات كتسجيلها باسم المشتري، أو كتابة اسمه على الأقل في سجل، أو وصل قبض، وبعكس ذلك تقوم الشركة من خلال بيع السيم الكارد بتقديم هدايا مجانية

(١) بشير عباس العلاق، وعلي محمد رباعية، الترويج والاعلان التجاري، (دار البازوري - عمان/ ٢٠٠٢م)، ص ٩.

(٢) د. عيسى محمود الحسن، الترويج التجاري للسلع والخدمات، (دار زهران للنشر والتوزيع، عمان/ ٢٠١٠م)، ص ٢٦.

لكل من يشتريها كتعبئته برصيد مجاني لمدة معينة، أو بمبلغ معين، وهذا ما يسمى بالهدايا الترويجية.

**ثانياً: الربح (Profit):** يقصد بالربح "الزائد في رأس المال نتيجة تقلبيه في الأنشطة الاستثمارية المشروعة، كالتجارة والصناعة وغيرها، بعد تغطية جميع التكاليف المنفقة عليه للحصول على تلك الزيادة"<sup>(١)</sup>، وقد يكون الغرض من عرض بطاقات السيم الكارد بصورة عشوائية من خلال منافذ بيع غير مرخصة، أو غير رسمية هو لتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح، ولهذا الغرض فإن شركات الاتصالات، كشركات كورك تليكوم، وآسيا سيل وزين، تنتهج سياسة استراتيجية للسعر (Price Strategy)، من خلال تخفيض سعر بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة إلى سعر تافه وزهيد، لتشجيع المستخدمين لشرائها بهدف تحقيق أكبر قدر من الربح مستقبلاً، وذلك من خلال استعمال هذه البطاقات، وتعبئتها برصيد من خلال كروت الشحن التي تتبعها نفس الشركة البائعة لبطاقات السيم الكارد.

ولعل من المفيد أن نؤكد بأن ما تقوم به تلك الشركات عبارة عن عملية مضاربة، لأنها تسعى دائماً لتحقيق أكبر قدر ممكن من الربح، وأن ما تقوم به تلك الشركات، وهي شركات تجارية<sup>(٢)</sup> من عمل لا يقصد به سوى تحقيق أكبر قدر من الربح<sup>(٣)</sup>، وهذا ما يبرر

(١) د. شمسية محمد اسماعيل، الربح في الفقه الاسلامي وضوابطه وتحديده في المؤسسات المالية المعاصرة، (دار النقاش - الأردن / ٢٠٠٠م)، ص ٤٤.

(٢) لاحظ المادة (٤) من قانون الشركات العراقي رقم (٢١) لسنة ١٩٩٧ المعدل لسنة ٢٠٠٤؛ وللاستزادة يراجع: د. حاتم غائب سعيد، المعايير القانونية للتمييز بين الشركات التجارية والمدنية، (بحث منشور في مجلة الباحث للعلوم القانونية، جامعة الفلوجة، المجلد الأول، العدد الثاني، تموز / ٢٠١٩)، ص ٣٢ وما بعدها.

(٣) أحد معايير العمل التجاري هي المضاربة، لمزيد من التفاصيل لاحظ: د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، دراسة مقارنة في العمالة التجارية، والتاجر، والعقود التجارية، والعمليات المصرفية، والبيوع الدولية، (شركة أبناء شريف الانصاري للطباعة والنشر، الطبعة الثانية - لبنان / ١٤٣٦ هـ - ٢٠١٥)، ص ٤١؛ د. باسم محمد صالح، وعدنان أحمد ولي العزاوي، القانون التجاري، الشركات التجارية، المبادئ العامة، شركات القطاع الخاص، =

قيامها بعرض بطاقات السيم الكارد للسوق وبهذا الكم الهائل، وبيعها من خلال منافذ بيع مرخصة، أو غير مرخصة.

**ثالثاً: المنافسة التجارية بين شركات الاتصالات:** لعل سبباً آخر من أسباب عرض بطاقات السيم الكارد بهذه الصورة العشوائية في الأسواق، وبيعها من خلال منافذ بيع غير رسمية، وغير مرخصة، هو وجود منافسة بين شركات الاتصالات التي تمارس أعمالها في منطقة واحدة، وهي ترتبط بالأعمال التجارية ارتباطاً وثيقاً، لأن المنافسة تعتبر هي الأساس الذي تقوم عليه التجارة.

لكن لا يفوتنا أن ننوه بأن الأصل في ممارسة الأعمال التجارية هو حرية التجارة، فكل تاجر حر في ممارسة ما يشاء من الأعمال التجارية حسب الشروط التي يقتضيها القانون، مما يعني حرية المنافسة بين التجار، ولاشك بأن للمنافسة التجارية أهميتها بالنسبة للمستهلكين، والاقتصاد الوطني، والتجار، حيث دورها في زيادة الخدمات، وجودة السلع، وتنزيل الأسعار لكسب العملاء، مما يؤدي إلى رواج التجارة، وتطورها، وتنتهي بالفائدة على الاقتصاد الوطني، والمصلحة العامة<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن قيام شركات الاتصالات بعرض خدماتها، وبطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، وبيعها من قبلها مباشرة إلى المستخدم، أو من خلال منافذ البيع، وتخفيض أسعارها بقدر ضئيل جداً، مع شرط تسجيلها باسم المستخدم، والتي تعد منافسة مشروعة في نطاق القانون، إلا أن بيع بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة بهذه الصورة الموجودة في منافذ بيع غير مرخصة، وغير مجازة في الشوارع، وعلى الأرصفة، أو المحلات لا يقصد منها إلا تحقيق أكبر قدر من الربح، ومنافسة باقي شركات الاتصالات بشكل يتفوق فيه معيار الضرر على المصلحة، يعد خروجاً عن المنافسة المشروعة، إلى المنافسة غير المشروعة.

ويقصد بالمنافسة غير المشروعة "بأنها استخدام الشخص لطرق ووسائل منافية للقانون، والعادات، والشرف، فإذا قام شخص بعمل، ولم يكن مخالفاً للقانون، والعرف،

=شركات القطاع الاشتراكي، شركات القطاع المختلط، (العاتك لصناعة الكتب/ دون

سنة النشر - بيروت)، ص ٧ و٣٤.

(١) د. حسن المصري، القانون التجاري، (دار وهدان للطباعة والنشر، الطبعة الأولى -

القاهرة/ ١٤٠٦ هـ - ١٩٨٦ م)، ص ٢٨٧.

وأدى هذا العمل إلى منافسة غيره من التجار، وأضر بهم، فإنه لا يعد عملاً غير مشروع، أي لا يعتبر فاعله مرتكباً للخطأ<sup>(١)</sup>، أو هي كل عمل، أو تصرف يهدف لجذب أكبر عدد من العملاء، وذلك باتباع أساليب غير مشروعة، مثال ذلك تضليل العملاء، أو تشويه سمعة منافسيه، أو الإساءة لمنتجاته<sup>(٢)</sup>.

وبذلك نستطيع القول بأن كل عمل في التجارة، والصناعة، أو الخدمات، أو غيرها من المجالات، يقوم به شخص من شأنه إلحاق الضرر بشخص، أو تحقيق مكاسب على حسابه، باتباع وسائل يمنعها القانون تعد منافسة غير مشروعة<sup>(٣)</sup>، لأن تلك المنافسة تقع من تاجر سيء النية، قد يؤدي تصرفه إلى صرف عملاء عن شركة، أو تاجر آخر، أو قد يكون محاولة صرفه عنهما، أو لا يقصد سوى الإضرار بهما بوسائل تتنافى وشرف المهنة<sup>(٤)</sup>، وهذا ما تقوم به شركة الاتصالات عندما تقوم بعرض بطاقات السيم الكارد في السوق بصورة عشوائية، وفي منافذ بيع غير مرخصة، أو مجازة، بعيداً عن الشكليات، والاجراءات التي يستوجب اتباعها عند مراجعة الشركة، حيث لا يقصد من ذلك إلا الإضرار بشركات الاتصالات الأخرى المنافسة في منطقة واحدة، وصرف عملائها، مما يعتبر هذا الفعل تصرفاً منافياً للأخلاق، والقانون، والعادات الشريفة، ويعد منافسة غير مشروعة.

ويلاحظ أن قانون التجارة العراقي النافذ رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٠ لم يعرف المنافسة غير المشروعة، كما أن قانون المنافسة ومنع الاحتكار العراقي الجديد رقم (١٤) لسنة ٢٠١٠ هو أيضاً لم يعرف بدوره المنافسة غير المشروعة، إلا أنه عرف المنافسة في الفقرة (١) من المادة (١) بأن: (المنافسة: الجهود المبذولة في سبيل التفوق الاقتصادي)، ويقصد بذلك الجهود بطريقة مشروعة، وتتفق مع القانون، والعادات في سبيل المنافسة، والارتقاء

(١) د. زينة غانم عبدالجبار الصفار، المنافسة غير المشروعة للملكية الصناعية، (دار حامد للنشر - الأردن / ٢٠٠٢م)، ص ١٨.

(٢) د. سامي عبدالباقي أبو صالح، إساءة استغلال المركز المسيطر في العلاقات التجارية، (دار النهضة العربية - القاهرة / ٢٠٠٥م)، ص ٣.

(٣) د. طعمة الشمري، أحكام المنافسة غير المشروعة في القانون الكويتي، (بحث منشور في مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ١٩ - الكويت / ١٩٩٥)، ص ١٧.

(4) Elisabeth COUREAULT, la concurrence déloyale endroit international privé communautaire, (thèse en vue de l' obtention du grade de doctorat en droit privé, &è décembre /2004), p24.

باقتصادها، كما يلاحظ أنه حدد بعض الأعمال التي تدخل تحت طائلة المنافسة غير المشروعة، وذلك تحت تسمية المحظورات في الفصل الثالث، ويلاحظ على ذلك أنه اتبع المعيار الشكلي في تحديد تلك الأعمال، عليه نقترح على المشرع العراقي إضافة نص يتضمن تعريف المنافسة غير المشروعة، إلى قانون منع المنافسة والاحتكار القانوني في الفصل الأول، وضمن التعاريف، وذلك كالآتي: (المنافسة غير المشروعة: كل فعل يقع من تاجر سيء النية يخالف القانون، والعادات، والأعراف التجارية، ومعطياتها التي تهدف إلى جذب أكبر عدد من العملاء باتباع أساليب غير مشروعة، يهدف من خلالها إلى التمييز وتضليل العملاء، أو تشويهه، أو تبشيع سمعة منافسيه، أو الإذلال والإساءة إلى منتجاته، وغيره من الأفعال).

أما بالنسبة للمشرع الكورستاني فقد عرف المنافسة في قانون المنافسة والاحتكار لإقليم كوردستان العراق رقم (٣) لسنة ٢٠١٣ في الفقرة (الخامسة) من المادة (الأولى)، بأنها عبارة عن: (القيام بأنشطة اقتصادية بموجب آليات السوق، دون حدوث تأثير، أو تقييد تلك الآليات بمؤثر، أو قيود تجاوزية بشكل تظهر آثارها الضارة على التجارة، وازدهارها)، ويلاحظ أن المشرع الكورستاني كان أكثر توفيقاً من المشرع العراقي، لأنه حدد الجانب الشكلي، والموضوعي للمنافسة، كما يمكن فهم المنافسة غير المشروعة من خلال المفهوم المخالف لها، مع ذلك نقترح على المشرع الكورستاني ما اقترحنه بشأن تعريف المنافسة غير المشروعة، بإضافة مادة تعريفية إلى قانونه منعاً للتضليل، وتجنباً للتفسير الخاطئ.

وتماشياً مع ما تم ذكره، فإن عرض كل تلك البطاقات (SIM CARD) للبيع بصورة عشوائية عبر منافذ غير مرخصة أو مجازة، لا يعد منافسة مشروعة، والغرض منها تقديم خدمات للجمهور، وإنما لجلب العملاء من منافسيها، والحاق الضرر بهم لأنه وبالنظر إلى الأسلوب المعتمد من قبل تلك الشركات، فإنه يخالف المعايير الواجب الاعتماد عليها في أسلوب المنافسة، وقد انقسمت آراء الفقهاء<sup>(١)</sup> في ذلك إلى ثلاثة مذاهب رئيسية، وهي المذهب الشكلي الذي يعول على النص القانوني، والمذهب الواقعي الذي يعتمد على العرف

(١) لمزيد من التفاصيل لاحظ: د. أحمد عبدالحسين كاظم الياسري، وحسن ضعيف حمود المعموري، الحماية القانونية من المنافسة غير المشروعة، دراسة في القانون العراقي، (بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون، جامعة بابل، السنة (١٢)، العدد الثالث/ (٢٠٢٠)، ص ٣٢٠ ما بعدها.

والعادات، والمذهب المثالي الذي يعتمد على انتهاك مبادئ أخلاقية، ويبدو لنا أن ما تقوم به تلك الشركات ينافي المعايير الثلاثة، ويدخل فعلة ضمن المنافسة غير مشروعة.

## الفرع الثاني

### طبيعة التعامل ببطاقة (SIM CARD) غير المسجلة

#### للهواتف المحمولة

إن لعقود بيع خدمات الاتصالات، ومن ضمنها بطاقة (SIM CARD) تكييفها الخاص من خلال اعطاء الوصف القانوني السليم للواقعة<sup>(١)</sup>، وفي الحقيقة هي على علاقتين، علاقة شركة الاتصالات مع منفذ بيع<sup>(٢)</sup> بطاقات السيم الكارد، وعلاقة الأخير مع مستخدم، أو مشتري بطاقة السيم الكارد.

**أولاً: تكييف علاقة شركة الاتصالات مع منفذ بيع السيم الكارد:** لغرض توضيح ذلك لابد من بيان عمل تلك الشركات، وهي بيع خدمات الهاتف المحمول إلى منافذ بيع السيم الكارد، ومدى إمكانية إدراجه ضمن الأعمال التجارية الواردة في المادة (٥) من قانون التجارة العراقي النافذ، والتي جاء فيها: (تعتبر الأعمال التالية أعمالاً تجارية إذا كانت بقصد الربح، ويفترض فيها هذا القصد ما لم يثبت العكس...)، وهي على (١٦) فقرة، ولعل

(١) لاحظ: د. محمد سليمان الأحمد، أهمية الفرق بين التكييف القانوني، والطبيعة القانونية في تحديد نطاق تطبيق القانون المختص، بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، (المجلد ٩)، العدد (٢٠)، (٣ آذار / ٢٠٠٤)، ص ٨٧ - ١١٧.

(٢) عرف منفذ بيع بطاقات، أو شرائح الهاتف النقال من قبل الهيئة العامة لتنظيم قطاع الاتصالات الاماراتي من خلال الإصدار رقم (١، ٠) في ١٨ / ٥ - مايو / ٢٠١٦ بخصوص تسجيل منافذ بيع شرائح الهاتف المتحرك بأنه يقصد بـ (منافذ بيع شرائح الهاتف المتحرك، هي منشأة اقتصادية مرخص لها بمزاولة النشاط الاقتصادي الخاص ببيع شرائح الهاتف المتحرك (SIM CARD)، لذا فإن أية جهة، أو محل مرخص قانوناً يقوم ببيع شرائح السيم الكارد يعتبر منفذ بيع، ويمكننا تعريفه بأنه: (أية جهة، أو محل تجاري، أو غير تجاري مرخص يقوم بنشاط اقتصادي، أو تجاري يقوم ببيع بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة يعد منفذ بيع لها).

الأقرب إلى العقد الذي يبرمه شركة الاتصالات مع منفذ بيع السيم الكارد هي الفقرة (الثانية)، والتي نصت على أنه (ثانياً- توريد البضائع والخدمات).

والسؤال الذي يثور هنا، هل أن تزويد شركة الاتصالات لتلك المنافذ ببطاقات السيم الكارد يعد عقد توريد خدمات أم لا يعد ذلك؟

يعرف عقد التوريد بأنه: (عقد يلتزم شخص بمقتضاه بأن يقدم أشياء بصفة دورية، أو مستمرة لمصلحة شخص آخر)<sup>(١)</sup>، كما عرفه أحد الفقهاء بأنه: (عقد يلتزم بموجبه شخص بتجهيز آخر ببعض الأموال على سبيل البيع، أو الإجارة)<sup>(٢)</sup>، وهناك جانب آخر من الفقهاء<sup>(٣)</sup> يعرف عقد التوريد بأنه: (التعهد الذي يلتزم فيه المورد بتوريد البضائع، والخدمات المتفق على توريدها خلال مدة معينة، أو قابلة للتعيين مقابل مبلغ معين، والمثال على ذلك توريد الأغذية، والملابس، والأدوات المدرسية، والمستشفيات، أو توريد المواد الأولية للمصانع، والتوريد للسلع، قد يكون لمجرد استعمالها، ثم إعادتها للمورد، كتوريد الملابس للمسرح لتقديم العروض، ثم إعادتها ثانية بمقابل آخر، وقد يتعلق توريد الخدمات بصفة دورية كالتعهد بتوريد الغاز، أو الكهرباء، أو اشتراكات المجلات، والصحف).  
وبقدر تعلق تلك التعاريف بموضوع دراستنا، فإنه يفهم ضمناً من التعريفين الأول والثاني، وبصورة صريحة من التعريف الثالث، بأن عقد التوريد يجوز أن يكون عقد تقديم خدمات، كما أن هذا العقد هو خاص بالمنقولات، كما يتصف بالتكرار، ويقع بشكل دوري ومنتظم، كما يفهم أيضاً بأن السلع ليست هي الوحيدة التي تدخل حيز عملية الاستهلاك، إنما الخدمات أيضاً يجوز أن تكون محلاً للتعاقد<sup>(٤)</sup>.

(١) د. مصطفى كمال طه، محاضرات في القانون التجاري والبحري، (منشأة المعارف -

الإسكندرية/ ١٩٦٠م)، ص ٣٩.

(٢) د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، مصدر سابق، ص ٤٧.

(٣) د. سميحة القيلوبي، الوسيط في شرح قانون التجارة المصري، الجزء الثاني، (دار النهضة العربية، الطبعة الثانية - القاهرة/ ٢٠٠٧م)، ص ١٧٤.

(٤) د. أكرم ياملكي، القانون التجاري، مصدر سابق، ص ٤٧ وما بعدها؛ أسيل باقر جاسم، وكاظم فخري علي، المفهوم القانوني لعقد خدمات الهاتف النقال، (بحث منشور في مجلة المحقق الحلي للعلوم القانونية والسياسية، كلية القانون - جامعة بابل، المجلد (٦)، العدد (٢)، ٣٠ يونيو - حزيران/ ٢٠١٤)، ص ٣٤٣-٣٤٤.



ولكن هل يمكن عد عقد تزويد منافذ البيع المرخصة ببطاقات السيم الكارد من قبل شركات الاتصالات من عقود التوريد؟

هناك عناصر متشابهة بينهما من حيث الخصائص، باعتبار أن كليهما من العقود الرضائية والملزمة للجانبين، وكذلك من عقود المعاوضة، وكليهما من عقود المدة، كذلك كما أسلفنا أن السلع ليست الوحيدة التي تدخل في عملية الاستلام بل أن الخدمات أيضاً بإمكانها أن تكون محلاً لعقد التوريد، كما أن عقد التجهيز ما هو إلا عقد توريد، لأن شركة الاتصالات تلتزم بتجهيز وتوريد منافذ البيع لبطاقات السيم الكارد خلال مدة زمنية، ومن حين لآخر لقاء مقابل مادي<sup>(١)</sup>، رغم أن الأدعاءات في نطاق العقد المبرم بينهما تكون فورية التنفيذ، إلا أن المتعاقدين يتفقان على تكرارها، وتنفيذها بصورة دورية ومتعاقبة<sup>(٢)</sup>، هذا بالنسبة لتزويد شركات الاتصالات لمنافذ البيع المرخصة ببطاقات السيم الكارد.

إلا أن شركات الاتصالات في الوقت الحالي تتعامل مع منافذ البيع غير المرخصة من خلال تزويدهم بأعداد هائلة من بطاقات السيم الكارد لغرض صرفها وبيعها في السوق، وظهر لنا ذلك من خلال مسح ميداني في سوق مدينة أربيل، وإجراء عدد من المقابلات مع بائعي تلك البطاقات في الشوارع، والأرصفة، والعربات المتجولة، ومحلات بيع الموبايلات، ورغم تحفظهم الكبير بعدم ذكر أسمائهم واسم محلاتهم، إلا أننا توصلنا إلى عدة نتائج منها ما يلي:

١. هناك اتفاق غير علني بين شركات الاتصالات مع مجموعة من محلات داخل سوق بيع الموبايلات، حيث تقوم الشركة بموجبه بتزويد تلك المحلات بأعداد هائلة من بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، وتعتبر تلك المحلات المصدر الممول، ليتم من خلالها الصرف والتوزيع على منافذ بيع في الشوارع، والأرصفة والعربات المتجولة، لغرض بيعها للمواطنين، وبأسعار زهيدة.

(١) أسيل باقر جاسم، وكاظم فخري علي، المفهوم القانوني، المصدر السابق، ص ٣٢٧؛ د. سلام منعم مشعل، عقود تجهيز خدمات الهاتف المحمول، (بحث منشور في مجلة الحقوق، كلية الحقوق، جامعة النهدين، المجلد (٩)، العدد (١٧) / (٢٠٠٦)، ص ١٥٩.

(٢) سعد جاد الله الحيدر، النظام القانوني لعقد الاتصالات الحديثة (الهاتف النقال)، (دار الكتب القانونية - القاهرة / ٢٠١٢م)، ص ٨١.

٢. تتفاوت أسعار تلك البطاقات حسب الرقم المخصص لها، فقد يبدأ من الفين إلى خمسة آلاف دينار عراقي، وتنتهي بأسعار مرتفعة قد تتجاوز عشرة آلاف دولار أمريكي.
٣. تطلب شركات الاتصالات من تلك المحلات أسعاراً معينة حسب نوع السيم الكارد، وتقوم تلك المحلات بإضافة مبلغ اضافي عليها عند بيعها لهؤلاء الباعة، ثم تقوم هذه الأخيرة بإضافة مبلغ آخر عليها لغرض بيعها إلى المواطنين، والمستخدمين لها.
٤. إن تلك البطاقات لا تخضع للتسجيل في شركات الاتصالات التابعة لها البطاقة، وتبقى بدون تسجيل مادام المستخدم مستمر باستعمالها، وتعبئتها بالرصيد، ويعد ذلك محور دراستنا، والاشكاليات التي تنجم عنها.

ولكن ما طبيعة العلاقة بين تلك المحلات، وهي المصدر الممول للسوق، مع بائعي بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة؟

أما بخصوص طبيعة العلاقة بين شركة الاتصالات ومنافذ البيع غير الرسمية: لا ننسى أننا أمام التعامل ببطاقات السيم الكارد غير المسجلة، بمعنى أن هذه البطاقات عندما تزود لمنافذ بيع غير رسمية لا تسجل باسم تلك المنافذ، وأن القصد من التسجيل هنا لغرض الاثبات، وليس كركن للانعقاد، وتحويل الملكية، لأن من أحد الشروط الواردة في العقد النموذجي الموجود داخل علبة البطاقة على سبيل المثال شركة كورك تليكوم، وبالتحديد في الفقرة (الثانية) تحت عنوان تقديم الخدمات في البند(٦) بأنه: (لشركة ولأسباب تعود للأمن، والسلامة العامة، أو بشروط الرخصة الممنوحة لها أن تعلق، أو توقف بصورة نهائية، أي من الخدمات المقدمة من قبل الشركة بعد الاعلان عنها مسبقاً، أو أن تطلب من مشركيها عدم استخدام أي خدمة من خدماتها بصورة مؤقتة، وهذا يدل على أن ملكية البطاقة لا تنتقل إلى المشترك بصورة نهائية، وإنما الشركة هي ملزمة بتقديم الخدمات، إذا التزم المشترك ببنود وشروط الشركة، وبإمكانها سحب الخدمة، والبطاقة متى شاء، إلا أن التعامل بها جائز، لأن بطاقة السيم الكارد هي بحكم المنقول الذي تنتقل ملكيته بالبيع، فأصحاب تلك المنافذ يقومون بشراء تلك البطاقات مباشرة من الشركة، وبالتالي تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد سواء كان شفويّاً أو تحريريّاً، ومن ثم يقومون ببيعها إلى منافذ بيع (على الشوارع، والأرصفة، والمحلات الأخرى التي ليست لها علاقة مباشرة مع شركة الاتصالات)، مع ذلك يبدو لنا أن ملكية البطاقة (الرقعة البلاستيكية)

تنتقل بصورة دائمة إلى المشتري، أو منافذ البيع، إلا أن خدماتها تبقى معلقة على شرط التزام المستخدم بينود، وشروط الشركة.

**ثانياً: تكييف العلاقة بين منافذ البيع المعتمدة من قبل شركة الاتصالات وبائعي تلك البطاقات:** بينا أنه بعد قيامنا بجولة ميدانية في سوق أربيل، واستفسارنا من بائعي تلك البطاقات على الشوارع، والأرصفة، والمحلات الأخرى، توصلنا إلى نتيجة أن هؤلاء الباعة يقومون بشراء تلك البطاقات من محلات معتمدة غير مرخصة رسمياً داخل أسواق بيع الهواتف المحمولة من تلك الشركات، والتي تزود من قبل الأخيرة بأعداد هائلة من تلك البطاقات، كما لاحظنا بأن التعامل لا يتم بإبرام عقود تحريرية، إنما يتم باتفاق شفوي يتم فيه شراء تلك البطاقات من تلك المنافذ، والمحلات المرخصة بصورة غير رسمية بمبلغ معين، والتكييف الصحيح لتلك التعاملات هي نفسها العلاقة الأولى أنفة الذكر.

**ثالثاً: تكييف التعامل بين بائعي بطاقات السيم الكارد ومشتريها:** بينا سابقاً بأن بطاقات السيم الكارد تباع في السوق من قبل أشخاص غير الشركات، أو منافذ بيع مرخصة رسمياً من قبلها، ولاشك في أن الهدف من شراء بطاقة السيم الكارد للهاتف المحمول، هو الحصول على رقم معين لها، غايته هو الحصول على خدماتها، وأن شركة الاتصالات توفر هذه الخدمات لها، رغم عدم التعامل معها مباشرة، فالشخص الذي يشتري بطاقة السيم الكارد في منافذ بيع بائعيها في الشوارع، والأرصفة، ومحلات بيع الهواتف المحمولة، بإمكانه الانتفاع من خدماتها بمجرد شحنه بالرصيد، أو أن بعضاً من تلك البطاقات مشحونة مسبقاً، وغايتها ترويجها للمواطن، ومنافسة باقي الشركات الأخرى، ولكن ما هي طبيعة هذا التعامل؟ هل أن مشتري هذه البطاقة ينشأ له حق عيني بعد شرائها، أم حق شخصي؟ وهل أن العقد الشفوي المبرم بين مشتري السيم الكارد، وبائعه بهذه الصورة يكون صحيحاً أم باطلاً؟

يعرف الحق العيني بأنه سلطة مباشرة يعطيها القانون لشخص معين على شيء معين، وهو إما أصلي، أو تبعي<sup>(١)</sup>، وعندما يشتري شخص بطاقة السيم الكارد، فإن ملكيتها تنتقل إليه باعتبارها من الأموال المنقولة، أي تنتقل ملكيتها بمجرد إبرام العقد<sup>(٢)</sup>،

(١) المادة (٦٧) من القانون المدني العراقي النافذ.

(٢) لاحظ: البند رقم (٢) من الفقرة (ثالثاً) من نموذج عقد الاشتراك مع شركة كورك تليكوم.

لكن السؤال الذي يثور هنا هل أن المستخدم يملك حقا عينيا (حق الملكية) على البطاقة أم حقا شخصيا؟

بعد دراسة العقد النموذجي لشركة كورك تليكوم تبين لنا أن هذه البطاقة لا قيمة لها، فهي مجرد رقعة بلاستيكية، إلا أن قيمتها تكمن في الرقم الذي خصص لها، فبدون هذا الرقم لا يمكن تفعيلها، والاستفادة من خدماتها، إلا بعد تعبتها برصيد مالي، وبعد إجازة الشركة لها، ورغم ذلك فإن ملكية هذه البطاقة تبقى تحت رحمة الشركة، حيث بإمكانها تعليق خدماتها بعدم استعمالها لفترة من الزمن تحددها الشركة، كما يحق لها أن تسقط رقم البطاقة، وأن تتوقف عن تقديم خدماتها إذا توقف المستخدم عن إعادة شحنها برصيد مالي، مع إعادة تنشيطها إذا قام المستخدم بتعبئتها برصيد خلال المدة التي حددتها الشركة<sup>(١)</sup>، وبعد انقضاء المدة المحددة للشركة يتم اسقاط تفعيل هذه البطاقة ولا يعاد تفعيلها إلا بعد مراجعة هذا المستخدم لها، وطلبه بإعادة تفعيل البطاقة بعد سداده للرسوم المحددة من قبل الشركة، كما يحق لها إعطاء رقم بطاقة السيم الكارد لشخص معين إلى شخص آخر في حالة انقضاء المدة المحددة من الشركة لانتهاء صلاحية المكالمات خلال مدة معينة<sup>(٢)</sup>، كما لها الحق في فسخ العقد دون إشعار المستخدم بذلك، إذا أخل ببند الاشتراك بصورة عامة<sup>(٣)</sup>.

لكل هذه الأسباب يمكننا القول بأن المستخدم لا يملك حق الملكية عليها، بالإضافة إلى ذلك فإن من الخصائص الأساسية لحق الملكية أنه حق دائم، إلا أن المستخدم صاحب بطاقة السيم الكارد غير المسجلة لا يملك حقا دائما عليها، لأن الشركة كما بينا آنفاً بإمكانها متى شاء أن تسحب الرقم على البطاقة كما جاء في نموذج عقود شركات الاتصالات<sup>(٤)</sup>، إلا أن له حق الملكية على الرقعة البلاستيكية فقط، أما بالنسبة للحق

(١) لاحظ: البند (٢،ب،ت، ث) من نموذج عقد الاشتراك لشركة كورك تليكوم، لمزيد من التفاصيل يراجع: د. بمو برويز الدلوي، المصدر السابق، ص ١٠ وما بعدها.

(٢) لاحظ: البند (٣) من الفقرة (ثالثاً) من نموذج عقد الاشتراك لشركة كورك تليكوم.

(٣) لاحظ: البند (٣) من الفقرة (ثالثاً) من العقد النموذجي لشركة كورك تليكوم

(٤) لاحظ البند (٣) من الفقرة (ثالثاً) من العقد الأنموذجي بين شركة كورك تليكوم والمشارك بأنه: (٣) - للشركة الحق في فسخ هذا العقد، ودون اشعار المشترك، وذلك في الحالات التالية: أ- عند إدخال المشترك بأي بند من بنود الاشتراك، ويشمل ذلك دون الحصر =

الموجود عليها، فإنه أقرب إلى حق شخصي إذا كانت مسجلة باسمه، إلا أن البطاقات غير المسجلة، عند شرائها من قبل شخص خارج الشركة، فإنه لا يهتم بتسجيلها، والشركة تقوم بتقديم خدمات إليه، مادام المستخدم يقوم باستخدام وتعبئة البطاقة بصورة منتظمة، ويبدو لنا أنه لا يملك عليها حتى حقا شخصيا، لأن ليس بإمكان المستخدم بعد سحب البطاقة من قبل شركة الاتصالات المطالبة بالتعويض، لذلك فإن حق المستخدم هو حق استعمال خدمة بمقابل ليس إلا، وما يعزز قولنا المادة (٣٥) من قانون الاتصالات القطري رقم (٣٤) لسنة ٢٠٠٦ بقولها: (لا يكتسب توزيع، وتخصيص الأرقام، أي حقوق ملكية، أو حقوق خاصة غير حق الاستعمال لمقدم الخدمة، أو عملائه سواء أكان التوزيع، أو التخصيص بمقابل، أو بغير مقابل، ويجوز للأمانة العامة عند الاقتضاء إعادة توزيع، وتخصيص الأرقام لمقدمي الخدمة...)، لذلك نقترح على المشرع العراقي إضافة فقرة إلى نص المادة (١٠) من مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية لسنة ٢٠٠٩<sup>(١)</sup> تكون كالآتي:

١- يحظر التعامل ببطاقات السيم الكارد خارج إطار شركات الاتصالات العامة والخاصة

٢- لا يكسب توزيع وتخصيص أرقام بطاقات السيم الكارد للهواتف الذكية أي من حقوق الملكية، والحقوق الخاصة الأخرى غير حق استعمال منفعة عليها، ويجوز للشركة عند الاقتضاء سحب الرقم، وتعطيل خدماته، أو إعادة توزيعه وتخصيصه).

أما بخصوص طبيعة هذا التعامل فيما إذ كان يعد باطلاً من عدمه، حالة وجود نص قانون، أو تعليمات لا تجيز بيع بطاقات السيم الكارد خارج نطاق الشركة، ففي هذه الحالة إذا كان هناك نص قانوني لا يجيز ذلك، فإن هذا التعامل يعد باطلاً لا يعتد به، وبعد بحثنا تبين لنا أن قانون الاتصالات اللاسلكية العراقي رقم (١٥٩) لسنة ١٩٨٠ قانون قديم، ولم تكن الهواتف المحمولة موجودة حينها، كما أن أمر سلطة الائتلاف رقم (٦٥) لسنة ٢٠٠٤

=محاولة استخدام البطاقة بشكل احتيالي، أو عدم تعبئة الشريحة، وكما مشار إليه في الفقرة (٢) أعلاه، أو عدم دفع مستحقات الشركة، ب- إذا تبين للشركة أن أي من المعلومات المدرجة من قبل المشترك غير صحيحة، ج- إذا تم استخدام الهاتف المحمول بصورة غير مشروع، وغير قانونية، د- بناءً على طلب من المحكمة، أو أية الجهات المختصة).

(١) تم تقديم هذا المشروع لمجلس النواب العراقي، وتم عليه القراءة الأولى، إلا أنها لم يخضع للتصويت عليها لحد كتابة هذا البحث.

أيضاً لم يتضمن أي نص يمنع التداول، والتعامل ببطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، كما أن مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية العراقي لم يتضمن أي نص يمنع التعامل بها أيضاً، وفي هذه الحالة يستوجب علينا الرجوع إلى القواعد العامة في القانون المدني، وتبين لنا أن القانون المدني نظم أحكام التعامل بالأشياء في الفصل الثالث تحت تسمية الأشياء، والأموال، والحقوق، وتحديداً في المادة (٦١) منه بأن: (١- كل شيء لا يخرج عن التعامل بطبيعته، أو بحكم القانون يصح أن يكون محلاً للحقوق المالية) ٢- والأشياء التي تخرج عن التعامل بطبيعتها، هي التي لا يستطيع أحد أن يستأثر بحيازتها، والأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، هي التي لا يجيز القانون أن تكون محلاً للحقوق المالية)، كما تنص المادة (٦٥) منه بأن: (المال هو كل حق له قيمة مادية).

السؤال الذي يثور هنا هل أن التعامل ببطاقة السيم الكارد للهواتف المحمولة جائز قانوناً خارج إطار شركة الاتصالات، وهل تعد من الأموال؟

من خلال مفهوم كلتا المادتين أعلاه أن المال في القانون هو الحق ذو القيمة المادية بغض النظر عن طبيعته، سواء أكان حقاً عينياً، أم حقاً شخصياً، أم حقاً من حقوق الملكية الفكرية، والفنية، والصناعية، فالشيء هو محل هذا الحق سواء أكان مادياً، أم غير مادي، ولكي يهتم القانون بالأشياء يستوجب أن تكون محلاً للحقوق، ويقصد بالحقوق هنا أن تكون ذات قيمة مالية، أي ذات القيمة الاقتصادية، فالأشياء تكون مصدراً، أو محلاً للحقوق، أما الأموال فليست سوى المنافع المتقومة، ويترتب على ذلك أن ما لا يعتبر شيئاً بالمعنى القانوني، لا يصح أن يكون محلاً للحقوق بطبيعته، أو بحكم القانون، وأن الأشياء التي يمكن الانتفاع بها من قبل الكافة كالهواء، والماء الجاري، وأشعة الشمس، وغيرها، فهذه الأشياء تخرج بطبيعتها عن التعامل، وذلك دون أن يستأثر أحد بحيازتها، أما الأشياء التي تخرج عن التعامل بحكم القانون، فهي التي ينص القانون على عدم جواز التعامل بها<sup>(١)</sup>، أي وجود نصوص صريحة، أو ضمنية تمنع التعامل بها، كالمخدرات، والآثار، والأموال العامة، والأموال الموقوفة، ومن هذا المنطلق فإن التعامل ببطاقات السيم

(١) د. حسن علي الذنون، شرح القانون المدني، الحقوق العينية الأصلية، (شركة الرابطة للطبع والنشر المحدودة - بغداد/ ١٩٥٤م)، ص ٣ وما بعدها؛ محمد طه البشير، ودغني حسون طه، الحقوق العينية، القسم الأول، (شركة عاتك لصناعة الكتب، توزيع الكتبة القانونية، بيروت - بغداد/ ٢٠١٨م)، ص ١٥ وما بعدها.

الكارد من قبل منافذ بيع غير مرخصة، سواء أكانت بعلم الشركة، أو بدونها جائز، وتعتبر العقود التي تبرم بين المستخدم (المشترى)، ومنافذ بيع غير مرخصة (بائع السيم الكارد)، عقود صحيحة، لأن محالها من الأشياء التي يجوز التعامل بها للأسباب الآتية:

**أولاً:** حسب مسحنا الميداني في السوق الخاص بالتعامل ببطاقات السيم الكارد في مدينة أربيل، وبعد استفسارنا من منافذ بيعها رغم تحفظهم الشديد لذكر اسمائهم، وأسماء المصدر الممول لهم، وذكر المعلومات بصورة صريحة، استنتجنا النتائج الآتية:

١. إن شركة الاتصالات هي التي تقوم بتزويد المنفذ الأول، المصدر الممول للسوق ببطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، وهو يتعامل مباشرة مع الشركة، ثم يقوم بتوزيعها على منافذ أخرى لغرض بيعها.

٢. إن شركات الاتصالات تقوم بتوفير الخدمات لتلك البطاقات مادام المستخدم مستمرا باستعمالها وشحنها بالرصيد الكافي، وهذا يدل على رضى الشركة، وعدم ممانعتها من هذه التعاملات، لأنها بالأخير شركات تجارية تسعى لتحقيق أكبر قدر من الأرباح.

٣. هناك مبررات جعلت من الشركة تقوم بتوزيع تلك البطاقات على مصادر ومنافذ بيع لغرض صرفها وبيعها<sup>(١)</sup>.

**ثانياً:** بالنسبة لموضوع تسجيل بطاقة السيم الكارد، فرغم وجود هذا الشرط في العقد النموذجي للشركة، والمستخدم، إلا أنها بقبولها توزيع هذا الكم الهائل من بطاقات السيم الكارد إلى منافذ بيع غير مرخصة رسمياً تتنازل ضمناً عن هذا الشرط، وأجاز للمشارك باستخدامها، وتداولها، والتعامل بها.

**ثالثاً:** ليس هناك أي نص قانوني يمنع من التعامل ببطاقات السيم الكارد وتداولها، كما لا يمتنع بحكم طبيعتها التعامل بها من قبل أشخاص خارج الشركة.

لكل ما تقدم بيانه، وصلنا إلى نتيجة مفادها، أن التعامل ببطاقات السيم الكارد خارج إطار شركة الاتصالات جائز، ولا مشكلة فيه من الناحية القانونية.

(١) سبق وبيننا المبررات، والأسباب في الفرع الأول من هذا المطلب، تجنباً للتكرار والإطالة نكتفي بهذا القدر.

## المبحث الثاني

### المسؤولية المدنية المترتبة عن سوء استخدام السيم الكارد

#### للهواتف المحمولة

إن وجود هذا الكم الهائل من بطاقات السيم الكارد في الأسواق، وبيعها من منافذ غير رسمية، أو من شركات الاتصالات، وتوافرها في متناول المستخدمين أثار عدة مشاكل، كإزعاج الناس، وانتهاك الخصوصية، والتدخل في الحياة الشخصية، وارتكاب الجرائم، كالتهشير، والسب، والشتائم، والإكراه، وما شاكل ذلك من الأفعال المشينة، مما نجم عنه المسؤولية القانونية بشقيها الجزائية، والمدنية، إلا أن هناك أكثر من مشارك في هذه الأفعال والجرائم، قد تكون شركة الاتصالات التابعة لها بطاقة السيم الكارد مسؤولة عنها، أو منافذ البيع غير المرخصة، أو قد يكون المستخدم هو نفسه المسؤول، أو الدولة تكون مسؤولة، ولأجل بيان، وتحديد المسؤول عن الأضرار التي قد تنجم عن تلك الأفعال، نقسم هذا المبحث إلى مطلبين، نتناول في المطلب الأول تحديد المسؤول عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة، أما في المطلب الثاني فنخصص الكلام فيه لأساس المسؤولية عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة.

#### المطلب الأول

### تحديد المسؤول عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة

بيننا بأن هناك أكثر من شخص يشارك في بيع، وتوزيع بطاقات السيم الكارد، ويمكن توزيعهم إلى طائفتين، ففي الطائفة الأولى نحدد مسؤولية شركة الاتصالات، ومنافذ البيع والدولة معاً لطبيعتهم الواحدة في المسؤولية عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة بوصفهم متسببين بذلك، وفي الطائفة الثانية نبين مسؤولية المستخدم عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة باعتباره مباشراً لتلك المسؤولية، وذلك من خلال الفرعين الآتين:



## الفرع الأول

### مسؤولية شركة الاتصالات ومنافذ البيع والدولة عن سوء استخدام

#### بطاقات السيم الكارد غير المسجلة

تعتبر شركة الاتصالات العين التي تنبع عنها إشكالية البحث، لأنها المصدر الرئيسي الممول، والموزع لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة وبيعتها، وعندما تقوم شركة الاتصالات بتوريد منافذ البيع غير المرخصة رسمياً، فإن أي ضرر ينجم عن تلك البطاقات، يكون لتلك الشركات نصيب من المسؤولية، لأنه لولا توزيع تلك البطاقات وإخراجها من إطار مكاتب تلك الشركات لما وقعت حوادث الضرر، لأن الأصل يستوجب أن يخضع تلك البطاقات للتسجيل باسم المستخدم، بالتالي يمارس هذا التسجيل دوره الوقائي في عدم إحداث الضرر، لذلك فإن شركة الاتصالات تكون مسؤولة مدنياً عن كل ما ينجم عن استعمال بطاقات السيم الكارد غير المسجلة، ولا ريب أن المسؤولية تكون تقصيرية لعدم وجود أية علاقة عقدية مباشرة تربطها مع المتضرر.

وقد خص المشرع المسؤولية بأحكام خاصة تختلف عن المسؤولية العقدية، فكل إخلال بالتزام قانوني سابق يعتبر المخل مسؤولاً عن تعويض المتضرر<sup>(١)</sup>، وقد أخل الشركة بالتزام قانوني في القانون المدني العراقي، صحيح أنه لم يبين بصورة صريحة مسؤولية تلك الشركات، إلا أنه بالرجوع إلى القواعد العامة في المسؤولية يتبين لنا بأن المادة (٢٠٤) منه قد نصت على أنه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض)<sup>(٢)</sup>، فهذه المادة تعد العمود الفقري لنظرية العمل غير المشروع، كمصدر للالتزام في القانون المدني، فهي تغني عن المواد السابقة عنها، فكل حالة لم يرد بشأنها نص معين بالإمكان تغطيتها بهذه المادة، وبذلك فإن تلك الشركات قد أخفقت

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، الموجز في شرح القانون المدني، مصادر الالتزام، الجزء الأول، (المكتبة القانونية/ ٢٠٠٧م)، بند ٨٢١، ص ٤٨٩.

(٢) تقابلها المادة (٢٥٦) من القانون المدني الأردني رقم (٤٣) لسنة ١٩٧٦ أنه: (كل أضرار بالغير يلزم فاعله ولو غير مميز بضمان الضرر)، والمادة (٢٨٢) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي رقم (٥) لسنة ١٩٨٥ المعدل أنه: (كل أضرار بالغير يلزم فاعله، ولو غير مميز بضمان الضرر).

عندما قامت بتوريد منافذ البيع غير المرخصة رسمياً ببطاقات السيم الكارد غير المسجلة، وبالتالي تعتبر مخطئة وتتوجب عليها المسؤولية، باعتبار أنه قد تم الاعتداء على حقها في توزيع بطاقات السيم الكارد بصورة غير منتظمة، وفي نفس الوقت أنه مدرك بأن فعله هذا مخالف للقانون، إلا أنه لا يقصد منه الإضرار بالآخرين.

ولكن هذه الأضرار قد تصدر بصورتين من محدث الضرر، هما المباشر، والمتسبب، فهل أن شركة الاتصالات تكون مباشراً في إحداث الضرر، أم متسبباً؟

يلاحظ أن القانون المدني العراقي، والقوانين المقارنة لم تعرف المتسبب، والمباشر، إلا أنه من الناحية القانونية، فإن مجلة الأحكام العدلية عرفته في المادة (٨٨٨) بقولها: (هو أن يحدث في شيء ما يفضي إلى تلف شيء آخر، ويقال لفاعله متسبب)، كما يلاحظ أن فقهاء الشريعة الإسلامية عرفوا السبب، فعند الأحناف أنه "إحداث فعل في محل يفضي إلى تلف غيره عادة"، كما عرفه المالكية بأنه "ما يحصل الهلاك عنده بعله أخرى إذا كان السبب هو المقتضى لوقوع الفعل بتلك العلة"<sup>(١)</sup>، والشافعية أيضاً عرفوا التسبب بأنه: (ما يؤثر في الهلاك، ولا يحصله)<sup>(٢)</sup>.

أما المباشر فهو "الذي يحصل الضرر بفعله بلا واسطة"<sup>(٣)</sup>، ودون أن يتخلل بينه وبين الضرر فعل من شخص آخر<sup>(٤)</sup>.

عليه فإن الشركة<sup>(٥)</sup> هي التي تكون مسؤولة عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد غير المسجلة تسبباً في وقوع الضرر، لأن فعلها بقيامها بتوزيع بطاقات السيم الكارد غير المسجلة إلى منفذ البيع الأول يعتبر التسبب الذي يفضي إلى النتيجة وهو الضرر، لأن فعلها

(١) شهاب الدين أبو العباس القرافي، الفروق، ج٤، (مطبعة دار أحياء الكتب العربية، الطبعة، الأولى - بيروت، ١٩٢٤م)، ص٢٧.

(٢) علاء الدين أبو بكر بن مسعود الكاساني، بدائع الصنائع في ترتيب الشرائع، (دار الكتب العربي، الطبعة الثانية - بيروت/ ١٤٠٣هـ - ١٩٨٣م)، ص١٦٥.

(٣) وهبة الزحيلي، نظرية الضمان أو أحكام المسؤولية المدنية والجنائية في الفقه الاسلامي، (دار الفكر، الطبعة الأولى - بيروت/ ١٣٨٩هـ - ١٩٧٠م)، ص١٨٨.

(٤) علي حيدر، درر الأحكام شرح مجلة الأحكام، تعريب المحامي فهمي الحسيني، (دار عالم الكتب، ج١ - الرياض/ ١٤٢٣هـ - ٢٠٠٣م)، ص٩١.

(٥) إن كل ما يقال في هذا الفرع عن شركة الاتصالات ينطبق على منافذ البيع، والدولة.

ليس قائماً بذاته حتى يؤدي إلى النتيجة، بعكسه لو فعلها، وقام بذاته لأدى إلى تحقيق النتيجة المتمثلة بالضرر، أي تحقق الضرر بفعل المباشرة، إلا أن فعل الشركة مؤثر في النتيجة، إلا أنه ليس السبب الأساسي لها<sup>(١)</sup>، إلا أن الشركة عندما تقوم بتوريد منفذ البيع الأول، لا تقصد من وراء فعلها استخدام تلك البطاقات بسوء نية، والحاق الضرر بالآخرين، وإنما سهلت بفعلها استخدام تلك البطاقات استخداماً ضاراً، والإضرار بحد ذاته يعد عملاً غير مشروع، أي أنها تسبب بفعلها الضرر، والإضرار بالتسبب لا يكفي لوحده لقيام الإضرار، أو العمل غير المشروع، وهذا ما نصت عليه المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي بأنه: (١- إذا أُلّف أحد مال غيره، أو أنقص من قيمته مباشرة، أو تسبباً، يكون ضامناً، إذا كان في إحداثه هذا الضرر قد تعمد، أو تعدى" ٢- وإذا اجتمع المباشر، والمتسبب، ضمن المتعمد، أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان)، ويلاحظ على هذه المادة أن المشرع العراقي اشترط التعدي، أو التعمد لقيام مسؤولية المتسبب، وهو شركة الاتصالات، أي أنه يكفي توافر أحد الشرطين (التعمد، أو التعدي)، لقيام مسؤولية المتسبب، وأن وجود حرف (أو) في الفقرة (الأولى) من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي بين (التعدي والتعمد) يفيد التخيير، وليس الجمع، ويقصد بالتعدي "مجاورة للحدود التي يجب عليه التزامه في سلوكه"<sup>(٢)</sup>، وكما يعرف بأنه "تجاوز لحدود الشرع، أو العرف، أو العادة"<sup>(٣)</sup>، وبذلك فإن المجاوزة تفترض بمجرد تحقق الفعل الضار، وهو الاتجاه الموضوعي الذي لا ينظر فيه إلى سلوك الفاعل بل إلى فعله<sup>(٤)</sup>، وبذلك فإن

(١) لمزيد من التفاصيل يراجع: محمد الخطيب الشربيني، مغني المحتاج إلى معرفة الفاظ المناهج، ج٢، مكة المكرمة، (دار الكتب العربية الكبرى، الطبعة الأولى - مصر/ ١٣٧٨هـ - ١٩٥٨م)، ص٦؛ رنا ناجح طه الدواس، المسؤولية المدنية للمتسبب، (رسالة الماجستير، كلية الدراسات العليا، جامعة النجاح الوطنية، نابلس - فلسطين/ ٢٠١٠)، ص ١٦ وما بعدها.

(٢) د. عبدالرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، ج٢، (دار النهضة العربية/ ١٤٠١هـ - ١٩٨١م)، ص ١٠٨٤.

(٣) مصطفى عبدالقادر حليلو، عناصر المسؤولية عن الفعل الضار في القانون المدني الأردني والجزائري، (رسالة الماجستير، الجامعة الأردنية - عمان/ ١٩٩١)، ص ٣٣.

(٤) رنا ناجح طه دواسي، المسؤولية، مصدر سابق، ص ٤٩.

التعدي المشروط في الفقرة (الأولى) من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي للمتسبب شركة الاتصالات يدخل ضمن مفهوم الانحراف، وهذا ما اتفق عليه أغلبية الباحثين<sup>(١)</sup>، ونحن بدورنا نؤيدهم، إلا أن الإضرار بالتسبب لا يكفي لوحده لتحقيق قيام الأضرار، أو العمل غير المشروع كما جاء في نصوص المواد (١٨٦/أولاً) من القانون المدني العراقي، و(٢٥٧/ثانياً)<sup>(٢)</sup> من القانون المدني الأردني، والمادة (٢٨٣/ثانياً)<sup>(٣)</sup> من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والسبب يرجع إلى أن الإضرار تسبباً لا يعد لوحده علة مستقلة للضرر، لأن العلة هي أخص من السبب، فهي تشمل الوصف المناسب لترتيب الحكم عليه، بينما السبب يختلف، فيدخل عليه الوصف المناسب، وغير المناسب في سبيل ترتيب الحكم عليه، كما أن للعلة أثر في الحكم، وتحقيق النتيجة، بعكسها فإن السبب لا يحقق النتيجة، وله أثر على الحكم<sup>(٤)</sup>، وأن ما قامت به شركة الاتصالات بتوزيع بطاقات السيم الكارد غير المسجلة على منافذ البيع يعد تسبباً بفعل إيجابي، حصل الضرر بتأثيره، لكن تخلل بين فعلها، والضرر الفعل المحدث للضرر، وهو الشخص الذي استخدم هذه البطاقة غير

(١) أسماء موسى أسعد، ركن الخطأ في المسؤولية التقصيرية، (رسالة الماجستير، جامعة النجاح الوطنية - نابلس / ٢٠٠٦)، ص ٨٦؛ مها يوسف خصاونة، المباشرة، والتسبب في الإضرار غير المشروع في القانون المدني الأردني، (رسالة الماجستير، جامعة آل البيت - الأردن / ٢٠٠٠)، ص ٢١.

(٢) تنص الفقرة (الثانية) من المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني بقولها: (فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر).

(٣) تنص الفقرة (الثانية) من المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي بقولها: (فإن كان بالمباشرة لزم الضمان، ولا شرط له، وإذا وقع بالتسبب، فيشترط التعدي، أو التعمد، أو أن يكون الفعل مفضياً إلى الضرر).

(٤) د. علي محمد خلف، فكرة الضمان (الإضرار)، في الفقه الاسلامي، وتطبيقاتها على الضرر البيئي، دراسة مقارنة بين القانونين العراقي والأردني والفقه الاسلامي، (بحث منشور في مجلة رسالة الحقوق، السنة السادسة، العدد الثاني، كلية القانون - جامعة كربلاء - ٢٠١٤)، ص ٨١.

المسجلة كوسيلة للإضرار بالآخرين، لذلك فإن شركة الاتصالات تكون مسؤولة تسبباً، وتعدى فعلها نطاق استعمال حقها<sup>(١)</sup>.

أما بالنسبة للتسبب تعمداً، فيقصد به "الفعل الذي يقصد به الإضرار بالغير، فالمسؤول فيه لم يرتض، ولم يتوقع النتائج الضارة لعمله فحسب، ولكنه سعى وراءها أيضاً، فهو لو لم يرد الأذى لما حدث هذا الأذى، ولذا فهو يعد مسؤولاً عنه"<sup>(٢)</sup>، فهنا يقصد يقصد بالمتسبب الشخص الذي من فعله نتج ضرر لآخر، لأن التعمد هنا هو تعمد إحداث الضرر لا تعمد الفعل، فلا بد من توافر عنصر الإدراك والتمييز، وهو العنصر الثاني للخطأ، ولا يمكن بدونه توافر القصد لدى محدث الضرر، فيقتضي إثبات خطأ الشركة، بأنها قامت بتوزيع تلك البطاقات غير المسجلة، بقصد الإضرار بالآخرين، ويبدو لنا ذلك في غاية الصعوبة، لأن تلك الشركات بقيامها بتوزيع تلك البطاقات دون تسجيلها لا تسعى من وراء فعلها إلا تحقيق أكبر قدر ممكن من الأرباح، والترجيع لبضائعها من أجل منافسة شركات الاتصالات الأخرى منافسة غير مشروعة، كما لا يمكن تقدير نية الإضرار اللازمة بصورة موضوعية، لأنها مسألة كامنة في نفس الفاعل، ولأن نية الإضرار في هذه الحالة، هي أن يكون العمل غير مشروع، ولا يؤتى إلا لأجل الإضرار بالآخرين، ويكون التزام الشركة هنا بتحقيق نتيجة، وهذا ما جاءت به المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، ومواد القوانين المقارنة، حيث اشترطت في مسؤولية المتسبب التعمد، والتعدي، مخالفةً بذلك أحكام الفقه الاسلامي<sup>(٣)</sup>.

(١) د. محمد فوزي فيض الله، نظرية الضمان في الفقه الاسلامي العام، (دار التراث، الطبعة الأولى - الكويت / ١٩٨٣م)، ص ٥٦.

(٢) محمد وحيد الدين سوار، شرح القانون المدني (النظرية العامة للالتزام)، مصادر الالتزام، ج ١، (منشورات جامعة دمشق، الطبعة الأولى / ١٩٩٥ - ١٩٩٦ - سوريا)، ص ٨٥.

(٣) د. عدنان سرحان، المسؤولية المدنية عن الأضرار البيئية في أحكام الفعل الضار، (بحث منشور في مجلة المنارة، جامعة آل البيت، المجلد ٥، العدد ٢ / ٢٠٠٠)، ص ١٠٣ - ١٠٤؛ د. محمد سليمان الأحمد، تعدد الأسباب في المسؤولية المدنية، (بحث منشور في مجلة الرافدين للحقوق، كلية الحقوق - جامعة الموصل، المجلد الأول، العدد (٢٤)، السنة العاشرة / ٢٠٠٥)، ص ٦١؛ د. محمد سليمان الأحمد، الخطأ وحقيقة أساس =

أما في التسبب تعدياً، فيقصد بالتعدي هنا الخطأ بمفهومه الموضوعي لا الشخصي الذي يتركز فيها الخطأ على العنصر المادي فقط، والمتمثل في مجاوزة الحد من شركات الاتصالات بتوزيع، وبيع بطاقات السيم الكارد غير المسجلة خلافاً للعادة التي تقضي بتسجيل تلك البطاقات باسم المستخدم في الشركة نفسها، والمعيار هنا أن محدث الضرر قد خالف بفعله، أو امتناعه للسلوك المطلوب من الرجل المعتاد، والمتوسط في المجتمع، سواء كان يدرك ما يفعله، أو مميّزاً لنتيجته أم لا، والتزام الشركة هنا يكون ببذل عناية، والتعدي فيه يكون واجب الإثبات<sup>(١)</sup>.

## الفرع الثاني

### مسؤولية المستخدم عن سوء استخدام بطاقات السيم

#### الكارد غير المسجلة

المستخدم هو الشخص الذي يقوم بشراء بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة خارج اطار الشركة دون تسجيلها باسمه، ويستعملها مباشرة في مكالماته الهاتفية، أو في أمور أخرى، أي هو الشخص الذي يقوم باستخدام تلك البطاقات، قد يقصد من ورائها الحاق الضرر بالآخرين، وبذلك يكون مسؤولاً عن فعله الضار.

وقد تتنوع نتيجة هذا الفعل من حيث الأثر، فقد يؤدي إلى الحاق ضرر بالنفس بصورة غير مباشرة، أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء، وبذلك يكون المستخدم ضامناً لتعويض المتضرر، وهذا ما نصت عليه المادة (٢٠٢) من القانون المدني العراقي أنه: (كل

---

=المسؤولية المدنية في القانون العراقي، (مكتبة التفسير للنشر والإعلان، الطبعة الأولى - أربيل/ ٢٠٠٨م)، ص ٦٠.

(١) إن ما بحثناه في هذا الفرع من مسؤولية شركة الاتصالات عن سوء استخدام بطاقات السيم الكارد، يشمل مسؤولية منافذ البيع، والدولة أيضاً، إلا أنه يبدو لنا أن خطأ الدولة يكون أشد وطئاً من أخطاء شركة الاتصالات، ومنافذ البيع غير المرخصة رسمياً، قد يكون خطئها جسيماً، وعند توزيع الأعباء، فإن الدولة تأتي في المرتبة الأولى، لأنها مسؤولة عن حفظ الأمن والاستقرار، والسكينة الاجتماعية، إلا أنه لم يرق بذلك هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنها مقصرة في سن قانون خاص بالاتصالات، أو إصدار تعليمات خاصة تنظم فيها التعامل ببطاقات السيم الكارد.

فعل ضار بالنفس من قتل، أو جرح، أو ضرب، أو أي نوع آخر من أنواع الإيذاء يلزم بالتعويضات من أحدث الضرر)، أو قد يكون على شكل اعتداء، وهذا ما قضت به المادة (٢٠٤) من القانون المدني العراقي أنه: (كل تعد يصيب الغير بأي ضرر آخر غير ما ذكر في المواد السابقة يستوجب التعويض).

عليه فإن الوصف السليم الذي ينطبق على حالة المستخدم عند استخدامه الضار لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة للهواتف المحمولة هي المباشرة، وينطبق عليه المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، والسبب يرجع إلى أنه ليس هناك ما يتوسط بين مباشرة المستخدم للاعتداء والنتيجة، أي أن هناك اتصال مباشر بين فعل المباشر بمحله دون أن يتخلل بين فعله، والضرر أي فعل آخر<sup>(١)</sup>.

وجدير بالذكر أن ما يقوم به المستخدم يعد فعلاً إيجابياً، لذلك لكي تتحقق المباشرة يجب أن يصدر منه فعل، ويتخذ هذا الفعل مظهراً إيجابياً دون أن يكون في موقف سلبي، وتفق مع جانب من الباحثين<sup>(٢)</sup> بأن المباشرة لا يمكن أن تكون بالامتناع من الناحية العملية، لأن المباشرة بحكم طبيعتها تستلزم بالضرورة أن يصدر من المستخدم فعل، وهو الاتصال بالآخرين وإزعاجهم، أو انتهاك خصوصيتهم، أو حرمة الحياة الخاصة لهم، وغيرها من الأفعال، وبذلك يكون مسؤولاً وضامناً عن كل ضرر ينجم عن ذلك سواء تعمد، أو تعدى حسب المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، أي لكي يكون المستخدم المباشر مسؤولاً، لا بد من أن يكون قد تعمد الفعل، أي يتوفر فيه سوء النية، وقصد الإضرار بالآخرين، والتزامه يكون بالنتيجة، وهو عدم الإضرار بالآخرين، ولا يعفى من المسؤولية، إلا إذا أثبت أن هناك سبباً أجنبياً تدخل في ذلك، أو يكون متعدياً في فعله متجاوزاً فيه حدود حقه، سواء صدر الفعل عن إهمال، أو تقصير، لأن المباشرة علة مستقلة، ويعد عمل غير مشروع، وتعد سبباً بذاته لمسالة المباشر، وأن الرابطة السببية تتحقق إذا كان الضرر نتيجة طبيعية للعمل الضار غير المشروع، وهذا ما اكدتها المادة (٢٠٧) من القانون المدني العراقي في أنه: (تقدر المحكمة التعويض في جميع الأحوال بقدر ما لحق المتضرر من ضرر،

(١) د. علي الخفيف، الضمان في الفقه الاسلامي، القسم الأول، (معهد البحوث والدراسات العربية - القاهرة/٢٠١٠م)، ص ٢٧٤؛ د. سليمان محمد أحمد، ضمان المتلفات في الفقه الاسلامي، (دار السعادة، الطبعة الأولى - القاهرة/ ١٩٨٥م)، ص ٢٠٢.

(٢) د. علي محمد خلف، فكرة الضمان، مصدر سابق، ص ٦.

وما فاتته من كسب بشرط أن يكون نتيجة طبيعية للعمل غير المشروع<sup>(١)</sup>، والمسؤولية تكون تقصيرية.

ويلاحظ أن موقف المشرع العراقي بالنسبة لمسؤولية المباشر يخالف تماماً موقف كلا القانونين الأردني والإماراتي، لأن المشرع العراقي أقام المسؤولية التقصيرية للمباشر على عنصر الخطأ في المادة (١٨٦)، لأنه اشترط التعمد والتعدي، كما بينا سابقاً عند شرحنا لمسؤولية المتسبب<sup>(٢)</sup>.

أما المشرعان الأردني والإماراتي فأقاما مسؤولية المباشر على أساس الضرر، وكان موقفهما موافقاً مع أحكام الفقه الإسلامي، وقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٢٥٧) من القانون المدني الأردني أنه: (٢- فإن كان بالمباشرة لزم الضمان ولا شرط له، وإن كان بالتسبب فيشترط التعدي أو التعمد...)<sup>(٣)</sup>، ويلاحظ أن النص الأردني ميز شرط التعمد والتعدي في ضمان المباشر والمتسبب، فقد جعل من المباشر مسؤولاً وضامناً لكل فعل غير مشروع يصدر منه، ولا شرط عليه، أي أنه جعل المباشر مسؤولاً بمجرد صدور فعل غير مشروع منه دون البحث فيما إذا كان قد تعمد أو تعدى في فعله، وبذلك فإن موقفه جاء مطابقاً لأحكام الفقه الإسلامي، حيث جعل الضرر أساساً لمسؤولية المباشر المدنية معتمداً النظرية الموضوعية فيها دون الشخصية، وبهذا الوصف فإن التعدي موجود كحد أدنى عند التقاء الأضرار والمباشرة معاً، لذلك ورد في النص الأردني عبارة (لا شرط مع المباشرة)، ويقصد من ذلك أن لا يفكر بشرط آخر ليحكم بتحقيق المسؤولية، وأن يتوقف عند هذا الشفير، ولا يتعمد إلى شروط أخرى، كشرط رابطة السببية لأن اشتراطها مع

(١) تقابلها المادة (٢٦٦) من القانون المدني الأردني من أنه: (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار)، والمادة (٢٩٢) من قانون المعاملات الإماراتي من أنه: (يقدر الضمان في جميع الأحوال بقدر ما لحق المضرور من ضرر، وما فاتته من كسب، بشرط أن يكون ذلك نتيجة طبيعة للفعل الضار).

(٢) يراجع الفرع الأول من هذا المطلب.

(٣) بنفس المعنى لاحظ: الفقرة (٢) من المادة (٢٨٣) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي.



المباشرة المفضي إلى الضرر يكون فعلنا هو من باب الالزام بما لا يلزم<sup>(١)</sup>، والتعدي يكون مفترضاً في الحكم بالضمان على مباشرة الأضرار دون قيد أو شرط، لأن الإضرار بحد ذاته يتضمن معنى التعدي<sup>(٢)</sup>.

ومن هذا المنطلق، وبموجب أحكام القانونين المدني الأردني والمعاملات المدنية الإماراتي فإن المستخدم المباشر لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة يكون ضامناً للضرر بمجرد صدور الفعل غير المشروع منه، ولا حاجة لإثبات أنه قد تعدى أو تعمد، بخلاف موقف القانون المدني العراقي كما بيناه سلفاً، فإنه يطلب من المتضرر من إثبات التعدي، أو التعمد في فعل المباشر للمطالبة بالتعويض عما لحقه من ضرر جراء فعله.

مما سبق يبدو لنا أن القانونين الأردني والإماراتي أكثر ضماناً ونفعاً للمتضرر من القانون العراقي، إلا أن القانون العراقي يحقق العدالة أكثر منهما، لأن المباشر لا يكون مسؤولاً إلا إذا تعمد أو تعدى، وقد تكون هناك حالات كون المتسبب يكون السبب في وقوع فعل المباشرة، بحيث لولا فعل المتسبب لما وقع فعل المباشر والخطأ، على سبيل المثال سائق مركبة لم يتوقف في الإشارة الحمراء، وقاد مسرعاً نحو سائق كان يمشي في اتجاه صحيح، مما اضطره إلى تغيير مسلكه فاصطدم بمركبة أخرى، والحق ضرراً بليغاً بها، ففي هذا المثال لولا خطأ وتعدي المتسبب لما وقع فعل المباشر، وهو سائق المركبة الثانية.

أما عن موقف القانونين الأردني والإماراتي، فإن المباشر يكون مسؤولاً عن الأضرار، وقد يبرر بعض الفقهاء موقف القانون المدني الأردني من أنه عند اجتماع المتسبب مع المباشر، فإن فعل المتسبب لا يعمل بمفرده في إحداث الضرر، ولا يكون سبباً فيه، إلا مع المباشرة، أو أن فعل المتسبب أصبح مغلوباً بوجود المباشرة مما أدى إلى قطع أثر المتسبب في إحداثه للضرر<sup>(٣)</sup>، ويرى آخر بأن المباشر أولى بتحمل تبعه أفعال المتسبب ولو كان متعدياً، لأن فعله قد مزج مع فعل المتسبب، فيفضل تضمين

(١) محمد يحيى عبدالرحمن المحاسنة، مدى الاستغناء بالمباشرة والتسبب في الفعل الضار عن علاقة سببية، (بحث منشور في مجلة جامعة الزيتونة الأردنية للدراسات القانونية، المجلد (٢)، العدد (١) / ٢٠٢١)، ص ٣٥ - ٣٦.

(٢) مصطفى الزرقا، الفعل الضار والضمان فيه، دار العلم - دمشق / ١٩٨٨م، ص ٤٠.

(٣) مصطفى الزرقا، الفعل الضار، مصدر سابق، ص ١٤٧.

المباشر<sup>(١)</sup>، وكما يرى آخر بأن دور المتسبب ضعيف إذا قسناه بدور المباشر، كما أن المباشر هو المؤثر الأقوى للضرر وعلته، إلا أنه يبدو لنا أن إضافة الحكم إلى المباشر في كل الأحوال لا يحقق العدالة ولا يقبله العقل والمنطق السليم، وكذلك من تطبيق قاعدة تقديم المباشر على المتسبب، بل العدالة تقتضي بتحمل المتسبب المسؤولية لوحده حال رجحانه مع المباشر كما في المثال أعلاه، لأنه لولا تعدي المتسبب لما وقع الحادث وارتطمت المركبتين، كما أن المباشرة مبنية على التسبب، إلا أن محكمة التمييز الأردنية لها رأي آخر متوافق مع ما سقناه من المثال أعلاه بقولها: (إن عدم سيطرة سائق سيارة الشاحنة على سيارته أدى إلى اصطدام السيارة الواقفة عند الصالون الخصوصي، فاندفعت السيارة المصدومة، فصدمت سيارة أمامها نتيجة لهذه الصدمة، فلا دور لسائق السيارة الوسطى في هذا الحادث، إذ يعتبر في هذه الحالة أداة صماء، بيد سائق الشاحنة جزءاً لا يتجزأ من سيارته، ولا يسأل بقيمة الأضرار التي ألحقت بالسيارة التي صدمها، لأن المباشر الحقيقي بإحداث الأضرار هو سائق الشاحنة الأولى...)<sup>(٢)</sup>.

أما بالنسبة لبيان مسؤولية المباشر والمتسبب (المستخدم المباشر مع المتسببين شركة الاتصالات، ومنافذ البيع، والدولة)، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي أنه: (٢- إذا اجتمع المباشر والمتسبب ضمن المتعمد أو المتعدي منهما، فلو ضمنا معاً كانا متكافلين في الضمان)، وقد غاير واستقل في هذه الفقرة (أي القاعدة العامة) عن الفقه الاسلامي: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)، فيما جاءت المادة (٢٨٤)<sup>(٣)</sup>، من قانون المعاملات المدنية الاماراتي، والمادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني موافقتين للفقه الاسلامي، إلا أنه يلاحظ على القانون

(١) عمر هاشم الحيارى، الضمان بالتسبب في القانون المدني الأردني، (جامعة عمان العربية للدراسات العليا - الأردن/ ٢٠٠٦م)، ص ٢٥٣ وما بعدها.

(٢) د. جبار صابر طه، أساس المسؤولية المدنية عن العمل غير المشروع بين الخطأ والضرر، دراسة مقارنة بين الشريعة الاسلامية والقوانين الوضعية، (دار الكتب القانونية - القاهرة/ ٢٠١٠م)، ص ٢٩٠.

(٣) تنص المادة (٢٨٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي أنه: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر)، والمادة (٢٥٨) من القانون المدني الأردني أنه: (إذا اجتمع المباشر والمتسبب يضاف الحكم إلى المباشر).

الإماراتي والأردني بأنهما أضافا الحكم إلى المباشر بصورة مطلقة دون الاستثناءات الواردة في الفقه الاسلامي، لأن المشرع العراقي في هذه الفقرة الزم المتعمد أو المتعدي بالضمان سواء كان مباشراً للفعل الضار، أو متسبباً في إحداث الضرر، وإذا اجتمع المتسبب والمباشر، وأن المتسبب قد تعدى وجاوز حدوده مما الحق الضرر بالمتضرر، وتمكن المباشر من إثبات تعدي المتسبب، فإنه يتخلص من المسؤولية، ولا يكون مسؤولاً أمام المتضرر، وفي حال عدم تمكن تحديد التعدي، أو المتعمد في كليهما فيكونان مسؤولين بالتكافل أمام المتضرر<sup>(١)</sup>، ويكون تقدير التعويض من قبل المحكمة، وتوزع بين المسؤولين على قدر جسامته التعدي، أو التعمد، فإذا لم يتيسر ذلك فتوزع عليهم بالتساوي، بمقتضى المادة (٢١٧) من القانون المدني العراقي، والتي نصت على أنه: (١- إذا تعدد المسؤولون عن عمل غير مشروع، كانوا متضامنين في التزامهم بتعويض الضرر، دون تمييز بين الفاعل الأصلي، والشريك والمتسبب“ ٢- ويرجع من دفع التعويض بأكمله على كل من الباقيين بنصيب تحدده المحكمة بحسب الأحوال، وعلى قدر جسامته التعدي الذي وقع من كل منهم، فان لم يتيسر تحديد قسط كل منهم في المسؤولية يكون التوزيع عليهم بالتساوي)<sup>(٢)</sup>.

(١) د. عبدالمجيد الحكيم، وعبدالباقي البكري، ومحمد طه البشير، الوجيز في نظرية الالتزام في القانون المدني العراقي، الجزء الأول، مصادر الالتزام، (العاتك لصناعة الكتب - القاهرة/ ٢٠١٠م) ص ٢٢٠.

(٢) تقابلها المادة (٢٦٥) من القانون المدني الأردني أنه: (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، وللمحكمة أن تقضي بالتساوي، أو بالتضامن، والتكافل فيما بينهم)، والمادة (٢٩١) من قانون المعاملات المدنية الإماراتي في أنه: (إذا تعدد المسؤولون عن فعل ضار، كان كل منهم مسؤولاً بنسبة نصيبه فيه، وللقاضي أن يحكم بالتساوي، أو بالتضامن، أو التكافل فيها بينهم).

## المطلب الثاني

### أساس المسؤولية المدنية عن سوء استخدام بطاقات

#### السيم الكارد غير المسجلة

تعد المسؤولية المدنية أحد أركان النظام القانوني الاجتماعي، فكل شخص ملزم بحدود معينة أمام غيره، وعند تجاوز هذا الحدود يكون مسؤولاً مدنياً عن الضرر، ويستوجب تعويض المتضرر، سواء كان هذا الشخص مدركاً لما يفعله، أو غير مدرك، إلا أنه يجب أن يستند مسؤوليته على أسس، ونظريات قانونية سليمة، لكي نبين من خلالها تفسير الحكمة التي من أجلها شرعت هذه المسؤولية.

ويقصد بأساس المسؤولية "السبب الذي من أجله يضع القانون عبء تعويض الضرر الحاصل على عاتق شخص معين"<sup>(١)</sup>، أو هو "الأسباب التي دعت في الشرائع الوضعية إلى قيام الالتزام بتعويض الضرر الذي يصيب الغير"<sup>(٢)</sup>، عليه نحاول جاهداً بيان الأساس القانوني السليم لمسؤولية المتسببين (شركة الاتصالات، ومنافذ البيع، والدولة)، بناء على نظرية تحمل التبعة، وكذلك المباشر المستخدم لتلك البطاقات بناء على نظرية التعسف في استعمال الحق، وذلك كما يأتي.

#### الفرع الأول

#### أساس مسؤولية المتسبب بناءً على نظرية تحمل التبعة

إن الذي يحتاج إلى حماية أكثر هو المتضرر، وأن الاستناد على الخطأ في تقرير مسؤولية محدث الضرر لا يوفر للمتضرر الحماية الكافية، وبما أن لكل فرد أن يمارس نشاطه بما يعود عليه بالمنافع، إلا أنه يتوجب عليه أن يتحاشى الإضرار بغيره.

---

(١) د. محمد بدر جاسم يعقوب، المسؤولية عن استعمال الأشياء الخطرة، (المؤسسة الوطنية للكتاب - الأردن/ ١٩٨٠م)، الطبعة الأولى، ص ١٣٧؛ د. صلاح هاشم، المسؤولية الدولية عن المساس بسلامة البيئة البحرية، (أطروحة دكتوراه، كلية الحقوق، جامعة القاهرة/ ١٩٨٧)، ص ٨٧.

(٢) د. محمود جمال الدين زكي، الوجيز في النظرية العامة للالتزامات في القانون المدني المصري، (مطبعة القاهرة، الطبعة الثالثة - القاهرة/ ١٩٨٧م)، ص ٤٦٠.

إن من حق المتسببين (شركة الاتصالات، ومنافذ البيع، والدولة) أن يمارسوا نشاطهم، ويستفيدوا من نشاطهم الاقتصادي في الحدود المرسومة لهم قانوناً، بالمقابل عليهم أن يتحملوا تبعه أفعالهم، وما يحدث للغير من إضرار، وتقييم هذه النظرية (نظرية تحمل التبعه) المسؤولية على أساس أن كل من يمارس نشاطاً يحدث به مخاطر تلحق ضرراً بالمجتمع، فعليه أن يتحمل تبعه أفعاله استناداً إلى فكرة العدالة الاجتماعية<sup>(١)</sup>، وبذلك فإن هذه النظرية تقيم مسؤولية المتسبب على فكرة مجرد وقوع الضرر، ودون حاجة للبحث عن وجود الخطأ، أو عدم وجوده من ناحيته<sup>(٢)</sup>، لأن العدالة تقتضي عدم بقاء المتضرر دون تعويض يذكر طالما أن المتسبب استطاع أن يجلب بفعله ونشاطه نفعاً لنفسه، فمن العدل والانصاف أن يعرض بالمثل الضرر الذي تسببه<sup>(٣)</sup>، لذا فقد جعلت هذه النظرية مناط المسؤولية، وهو نشاط المتسبب في ايقاع الضرر مقابل حصول الفائدة والربح جراء هذا النشاط أو الفعل، وذلك على العكس تماماً من النظرية الشخصية التي جعلت من سلوك الفاعل مناطاً للمسؤولية من حيث وقوع الخطأ من عدمه، فالأمر الذي تؤكد عليه هذه النظرية، هو أن من تضرر يستوجب تعويضه سواء كان التعويض عن ضرر مادي، أو أدبي<sup>(٤)</sup>، فيما إذا كان الضرر قد وقع على مال المتضرر، أو في مصلحة، أو حق له، أو في شعوره، أو عاطفته، أو مركزه المالي، أو مركزه الاجتماعي، أو السياسي<sup>(٥)</sup>، هذا من جهة،

(١) د. أنور سلطان، الموجز في مصادر الالتزام، (مطبوعة معهد يونسكو - الإسكندرية/ ١٩٧٠م)، بند ٤٨٥، ص ٤٠٥؛ د. محمد جلال همزة، العمل غير المشروع باعتباره مصدراً للالتزام، (دون جهة النشر / ١٩٨٥م)، فقرة ٢١٠، ص ١٦٩.

(2) Rene Savatier, Traite de la responsabiliti Civile en droit francais Tome 2., (2nd, ed paris/ 1951), N. 326. Heri Lalou : Traite pratique de la respousabliti Cicile, (6th ed. Paris/ 1962), p78.

(٣) د. جبار صابر طه، اساس المسؤولية، مصدر سابق، ص ١٣٧ - ١٣٨.

(٤) عقيل غالب حسين البعاج، أساس رجوع المتبوع على تابعه، (دار الكتب والدراسات العربية - القاهرة/ ٢٠٢٠م)، ص ٦٣.

(٥) تنص المادة (٢٠٥) من القانون المدني العراقي أنه: (١- يتناول حق التعويض الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن التعويض؛ ٢- ويجوز أن يقضي بالتعويض للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم=

ومن جهة أخرى فإن القاضي لا يحتاج إلى تحديد الطابع القانوني من عدمه للفعل المؤدي للضرر أكثر ما يكون تركيزه على وجود ضرر واقع ووجود رابطة سببية بين العلة والمعلول، أي فعل وقع من متسبب نجم عنه ضرر لآخر يستوجب تعويضه.

وجدير بالذكر أن أركان المسؤولية هنا لا تستوجب توافر العنصر النفسي لمحدث الضرر المتسبب، فإن شركة الاتصالات عندما تقوم بتوزيع بطاقات السيم الكارد غير المسجلة، لا تقصد من فعلها استعمال تلك البطاقات بصورة سيئة بعيدة عن كل سلوك قويم، إلا أن مجرد قيامها بتوزيعها دون تسجيلها باسم المستخدم يجعلها مسؤولة عن الضرر جراء الاستخدام الضار لها، لأنها قد تعدت في آخر المطاف، وجنت من فعلتها منافع وأرباح وافرة، وعليها أن تتحمل غرمها، بمعنى آخر هي تسببت في حدوث الضرر، لأنه لولا توزيع هذه البطاقات بهذه الصورة، وسماحها باستعمالها من قبل المستخدم دون قيد أو شرط، ودون أن تسجل باسمه لما وقع الضرر.

ولكل ما تقدم نرى أن الاستناد على نظرية تحمل التبعة هو أساس مناسب لقيام مسؤولية المتسبب، وليس أمام المتضرر إلا أن يثبت أن الفعل المادي قد وقع بالفعل من

---

=من ضرر أدبي بسبب موت المصاب؛ ٣- ولا ينتقل التعويض عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق، أو حكم نهائي؛) كما تنص المادة (٢٦٧) من القانون المدني الأردني أنه: (١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي كذلك، فكل تعد على الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي يجعل المتعدي مسؤولاً عن الضمان؛ ٢- ويجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب؛ ٣- ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق، أو حكم قضائي نهائي)، وكذلك المادة (٢٩٣) قانون المعاملات المدنية الإماراتي في أنه: (١- يتناول حق الضمان الضرر الأدبي، ويعتبر من الضرر الأدبي التعدي على الغير في حريته، أو في عرضه، أو في شرفه، أو في سمعته، أو في مركزه الاجتماعي، أو في اعتباره المالي؛ ٢- ويجوز أن يقضي بالضمان للأزواج وللأقربين من الأسرة، عما يصيبهم من ضرر أدبي بسبب موت المصاب؛ ٣- ولا ينتقل الضمان عن الضرر الأدبي إلى الغير، إلا إذا تحددت قيمته بمقتضى اتفاق، أو حكم قضائي نهائي).

المسؤول دون أن يطلب منه اثبات قصده ونواياه النفسية، وأن هذا الفعل أحدث به ضرراً يستوجب التعويض عنه.

## الفرع الثاني

### أساس مسؤولية المباشرة للمستخدم ونظرية التعسف

#### في استعمال الحق

أقر الدستور العراقي<sup>(١)</sup> بأن لكل إنسان الحق في الخصوصية الشخصية، ولا يجوز الاعتداء عليها، باعتبارها حقاً من الحقوق اللازمة للشخص، والتي تثبت له باعتباره إنساناً له الحق في الحياة، كما أن لكل إنسان أن يمارس حقه في التعبير، والاستفادة من الوسائل الالكترونية، منها استعمال جهاز الموبايل، وإجراء الاتصالات بالآخرين، إلا أنه يجب أن يؤخذ في الاعتبار أن هذا الحق ليس حقاً مطلقاً، إنما هو مقيد بعدم الخروج عن المبادئ، والقيم، والأهداف، والمقاصد التي ينبغي تحقيقها، عليه فإذا ما انحرف المرء بهذه الحرية عن تلك الأهداف والمقاصد، والمبادئ، والقيم الاجتماعية انحرافاً يخرج بهذا الحق عن الحدود المشروعة، والمرسومة له، ويلحق الضرر بالغير، فيكون قد تجاوز حقه، ومن ثم يعد متعسفاً في استعماله، ومسؤولاً عما ينشأ بسبب ذلك من أضرار، خصوصاً إذا اقترف هذا الاستعمال بسوء نية، أي إذا توافرت لدى صاحبه نية الإضرار بالغير<sup>(٢)</sup>، وبالنتيجة يؤدي ذلك إلى الإضرار بالمجتمع، وبالثقة الممنوحة، ويؤثر في استقراره وسكينة.

(١) تنص الفقرة (أولاً) من المادة (١٧) من الدستور العراقي الفدرالي لسنة ٢٠٠٥ أنه: (أولاً: لكل فرد الحق في الخصوصية الشخصية بما لا يتنافى مع حقوق الآخرين، والآداب العامة)، وكذلك البند (أ) من الفقرة (أولاً) من المادة (٢٩) منه أنه: (أولاً: أ. الأسرة أساس المجتمع، وتحافظ الدولة على كيانها، وقيمها الدينية، والأخلاقية، والوطنية).

(٢) د. محمد حسين منصور، نظرية الحق، (دار الجامعة الجديدة للنشر - الإسكندرية/ دون سنة النشر)، ص ٤٣٨؛ د. إبراهيم إبراهيم الصالحي، ضوابط الاستعمال غير المشروع للحق، وتطبيقاته في القانون المدني، (دار النهضة العربية، الطبعة الأولى/ دون سنة النشر)، ص ١٦٥؛ د. خالد مصطفى فهمي، حرية الرأي والتعبير، (دار الفكر الجامعي - الإسكندرية/ ٢٠١٢م)، ص ٢٠٩؛ د. عماد حمدي حجازي، الحق في الخصوصية=

وقد أخذ القانون المدني العراقي بنظرية عامة للتعسف في استعمال الحق، فنصت في المادة (٦) منه بأن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً جائزاً لم يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)، ويفهم من هذه المادة بأن القانون العراقي أقر بمبدأ تقييد الحق ونسبتيته، أي لا يكون الشخص مسؤولاً عن الضرر إذا استعمل حقه المشروع استعمالاً جائزاً، وفي الحدود المرسومة له قانوناً، وإلا يكون مسؤولاً عن الأضرار التي يلحقها بالآخرين نتيجة تعسفه في استعمال ذلك الحق.

كما جاء المشرع العراقي بمعايير عدم مشروعية استعمال الحق، وذلك في المادة (٧) إذ نصت بأنه: (١- من استعمل حقه استعمالاً غير جائز وجب عليه الضمان" ٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز في الأحوال الآتية: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالآخرين" ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها" ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة)، كما تنص المادة (٦١) من القانون المدني الأردني بأن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان، فمن استعمل حقه استعمالاً مشروعاً، لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)، كما تنص المادة (٦٦) منه في أن: (إساءة استعمال الحق: ١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع" ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي" ب- إذا كانت المصلحة المرجوة من الفعل غير مشروعة" ج- إذا كانت المنفعة منه لا تتناسب مع ما يصيب الغير من ضرر" د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة)<sup>(١)</sup>.

---

=ومسؤولية الصحفي في ضوء احكام الشريعة الاسلامية والقانون المدني، (دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى - الاسكندرية/ ٢٠٠٨م)، ص ٨٧.

(١) تقابلها المادة (١٠٤) من قانون المعاملات المدنية الاماراتي من أن: (الجواز الشرعي ينافي الضمان فمن استعمل حقه استعمالاً، مشروعاً لا يضمن ما ينشأ عن ذلك من ضرر)، وكذلك المادة (١٠٦) منه من أنه: (١- يجب الضمان على من استعمل حقه استعمالاً غير مشروع؛ ٢- ويكون استعمال الحق غير مشروع: أ- إذا توفر قصد التعدي؛ ب- إذا كانت المصالح التي أريد تحقيقها من هذا الاستعمال مخالفة لأحكام الشريعة الإسلامية، أو القانون، أو النظام العام، أو الآداب؛ ج- إذا كانت المصالح=



ويبدو أنه ليس هناك أي اختلاف بين النص العراقي، والنصين الأردني، والاماراتي، إلا في حالة واحدة، وهي أن النصين الأردني، والاماراتي تضمنا فقرة إضافية، وهي الفقرة (د) التي اعتبر أن من استعمل حقه استعمالاً يخالف العرف، والعادة، قد تعسف في حقه، مما يستوجب المساءلة، ويبدو لنا أن اتجاه القانونين الأردني، والاماراتي بهذا الشأن يعد موقفاً صائباً، وحاولوا ربط استعمال الحق بالوظيفة الاجتماعية بصورة غير مباشرة، وتماشياً مع ما تم ذكره، بحيث تقتضي الضرورة أن نخرج إلى تناول موقف المشرع الكويتي، فقد نص في المادة (٣٠) من القانون المدني رقم (٦٧) لسنة ١٩٨٠ بهذا الخصوص على أنه: (١- يكون استعمال الحق غير مشروع إذا انحرف به صاحبه عن وظيفته الاجتماعية، وبوجه خاص: أ- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه غير مشروعة“ ب- إذا لم يقصد به سوى الإضرار بالغير“ ج- إذا كانت المصلحة التي تترتب عنه لا تتناسب البتة مع الإضرار الذي يلحق بالغير“ د- إذا كان من شأنه أن يلحق بالغير ضرراً فاحشاً غير مألوف).

يلاحظ أن القانون المدني الكويتي الوحيد الذي ربط استعمال الحق بالوظيفة الاجتماعية بصريح العبارة، ويعد ذلك عملاً إيجابياً، وأصاب بذلك الهدف من استعمال الحق، والغرض منه، ويحسب ذلك للمشرع الكويتي، لذلك ندعو المشرع العراقي للاستفادة منه، وتعديل الفقرة (٢) من المادة (٧) من القانون المدني على غرار ذلك، ونقترح أن يكون التعديل كالاتي: (٢- يصبح استعمال الحق غير جائز إذا انحرف به صاحبه عن الغرض منه، أو الوظيفة الاجتماعية، وبوجه خاص: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالآخرين“ ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها“ ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة)، وبذلك يكون قد ربطنا الحق بالوظيفة الاجتماعية.

كما يلاحظ على هذه المواد بأن الضرر هو ما لحق المضرور من جراء التعسف، والمصلحة هي ما يتحقق لصاحب الحق أثناء استعماله للحق، أو الرخصة، وقد قصد المشرع رجحان الضرر على المصلحة رجحاناً كبيراً، والمعيار هنا موضوعي، وهو التطبيق

=المرجوة لا تتناسب مع ما يصيب الآخرين من ضرر؛ د- إذا تجاوز ما جرى عليه العرف والعادة).

الفعال لمعيار الخطأ المعمول به (أي معيار السلوك المألوف للرجل المعتاد)، إذ ليس من المعتاد والمألوف أن الرجل العادي يستعمل حقاً على وجه يضر بالغير ضرراً كبيراً، ولا يكون له في ذلك إلا مصلحة قليلة الأهمية لا تتناسب أبداً مع هذا الضرر<sup>(١)</sup>.

لذا يمكن القول واعمالاً للنصوص القانونية المذكورة تعد نظرية التعسف في استعمال الحق أنسب أساس لقيام مسؤولية المستخدم، ويكون استعمال المستخدم لحقه تعسفاً إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية، بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ولا يرمي من وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة، جراء قيامه باستعمال بطاقات السيم الكارد غير المسجلة لأن من يفعل ذلك خلافاً للسلوك المألوف للرجل العادي يكون غير مبال بما يصيب الناس من ضرر بليغ لقاء منفعة تافهة يصيبها لنفسه، أو على سوء من نية يود فيها الإضرار بالغير تحت ستار من مصلحة غير جدية، أو محدودة الأهمية متظاهراً بالسعي لإدراكها، كما أن اعتبارات العدالة تقضي إقرار التوازن بين الحق والواجب.

## الخاتمة

وتتضمن أهم النتائج والتوصيات:

### أولاً: النتائج:

١- إن الشركة تطالب بتقديم الخدمات، ويكون التزامها بتحقيق نتيجة، أما طبيعة الالتزام بتقديم أفضل الخدمات هو التزام ببذل عناية، وهذا ما يلاحظ على سبيل المثال في شروط عقد الاشتراك النموذجي لشركة كورك تليكوم في البند (١) من الفقرة (ثالثاً) بأن: (تقوم الشركة ببذل أقصى جهد لتوفير الخدمة للمشارك بعد توقيعه عقد طلب الخدمة، والموافقة على الشروط والبنود الخاصة بذلك، وشريطة أن يكون جهاز المشترك تتلاءم مع نظام الشركة المستخدم، وطبيعة الخدمة المقدمة).

٢- توصلنا إلى تعريف بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة المسجلة بأنها عبارة عن: (بطاقة تتضمن سعة صغيرة من الذاكرة، ووحدة معالجة تحفظ فيها البيانات والمعلومات عن المشترك بعد تخصيص رقم خاص بها، ولا يتم تفعيلها إلا بعد تسجيلها كأصل، وتعبئتها برصيد بمقابل مالي، في مقابل التزام الشركة بتقديم

(١) إسماعيل العمري، الحق ونظرية التعسف في استعمال الحق في الشريعة والقانون، (الموصل، مطبعة الزهراء الحديثة/ ١٤٠٤ هـ - ١٩٨٤ م)، الطبعة الأولى، ص ٢٠٨.

خدمات الاتصال السريع، وإرسال الرسائل الصغيرة واستقبالها، وخدمات الانترنت وغيرها من الخدمات).

٣- بالنسبة لبطاقة السيم الكارد للهواتف المحمولة غير المسجلة، وهي محور بحثنا، فهي عبارة عن: (بطاقة أو شرائح تتضمن مساحة صغيرة من الذاكرة، ووحدة معالجة لا تحفظ فيها البيانات، والمعلومات عن المشترك، ويتم تخصيصها برقم معين مسبقاً دون تسجيلها خلافاً للعادة باسم المشتري، ويتم بيعها في المنافذ غير المرخصة عادة خارج إطار الشركة لها نفس مزية البطاقات المسجلة من الاتصال السريع، وإرسال الرسائل القصيرة واستقبالها والخدمات الأخرى، بعد تعبئتها برصيد بواسطة كارت الشحن بعد إدخال الكود (PIN) الخاص بها).

٤- عند شراء تلك البطاقات غير المسجلة، فإن المشتري لا يبرم ولا يوقع على العقد النموذجي الموجود داخل العلبة الخاصة بها، لأن التوقيع على العقد والشروط الموجودة ضمنه يؤثر على قيام مسؤولية الشركة.

٥- إن حائز بطاقات السيم الكارد غير المسجلة لا يكون معروفاً لدى شركات الاتصالات، إلا بعد تعقيبات معقدة ودقيقة عن طريق الإشارة والترددات والذبذبات التي تتلقاها الأبراج من هاتف المشتري، أو عن طريق الحصول على معلومات المشتري، أو المشترك من مشغل الخدمة يسمى بتحميل كافة معلومات البرج ( Tower Dump)، وذلك من خلال طلب الجهات المسؤولة من مشغل الخدمة الهاتفية وتزويدها بقائمة عن جميع المشتركين الذين يتواجدون في منطقة ما، وفي وقت ما لمعرفة الشخص الذي قام بجريمة كالتشهير والتهديد، أو الذي يقوم بإزعاج الآخرين وما شاكل ذلك.

٦- إن عرض البطاقات للهواتف المحمولة للتعامل بها في الأسواق والشوارع من خلال منافذ بيع غير مرخصة من قبل شركة الاتصالات له مبرراته، قد يكون لغرض ترويج البضاعة، أو قد يكون لأجل الحصول على أكبر قدر من الربح، أو قد يكون السبب هي منافسة شركة اتصالات أخرى تمارس عملها في نفس المنطقة.

٧- هناك ثلاثة مذاهب رئيسية لاعتبار المنافسة غير المشروعة، وهي المذهب الشكلي الذي يعول على النص القانوني، والمذهب الواقعي الذي يعتمد على العرف والعادات، والمذهب المثالي الذي يعتمد على انتهاك مبادئ أخلاقية، ويبدو لنا أن ما تقوم به

تلك الشركات يتنافى مع المعايير الثلاثة، ويدخل فعلة ضمن المنافسة غير المشروعة.

٨- إن ملكية البطاقة (الرقعة البلاستيكية) تنتقل بصورة دائمة إلى المشتري أو منافذ البيع، إلا أن خدماتها تبقى معلقة على شرط التزام المستخدم ببند وشروط الشركة.

٩- عند شراء بطاقات غير المسجلة من قبل شخص خارج عن الشركة، فإنه لا يهتم بتسجيلها، والشركة تقوم بتقديم خدمات إليه، مادام المستخدم يقوم باستخدام وتعبئة البطاقة بصورة منتظمة، ويبدو لنا أنه لا يملك عليها حتى حقا شخصيا، لأنه ليس بإمكان المستخدم بعد سحب البطاقة من قبل شركة الاتصالات المطالبة بالتعويض، لذلك فإن حق المستخدم هو حق استعمال خدمة بمقابل ليس إلا.

١٠- إن الشركة تكون مسؤولة عن الاستخدام الضار لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة تسبباً في وقوع الضرر، لأن فعلها بقيامها بتوزيع بطاقات السيم الكارد غير المسجلة إلى منفذ البيع الأول يعتبر التسبب الذي يفضي إلى النتيجة وهو الضرر، لأن فعلها ليس قائماً بذاته حتى يؤدي إلى النتيجة، بعكسه لو فعلها وقام بذاته لأدى إلى تحقيق النتيجة المتمثلة بالضرر، أي تحقق الضرر بفعل المباشرة.

١١- إن الوصف السليم الذي ينطبق على حالة المستخدم عند سوء استخدامه لبطاقات السيم الكارد غير المسجلة للهواتف المحمولة هي المباشرة، وينطبق عليه المادة (١٨٦) من القانون المدني العراقي، والسبب يرجع إلى أنه ليس هناك ما يتوسط بين مباشرة المستخدم للاعتداء والنتيجة، أي أن هناك اتصال مباشر بين فعل المباشر بمحلّه دون أن يتخلل بين فعله والضرر أي فعل آخر.

١٢- إن الاستناد على نظرية تحمل التبعة هو أساس مناسب لقيام مسؤولية المتسبب، وليس أمام المتضرر إلا أن يثبت أن فعلاً مادياً وقع بالفعل من المسؤول دون أن يطلب منه إثبات قصده ونواياه النفسية، وأن هذا الفعل أحدث به ضرراً يستوجب التعويض عنه.

١٣- تعد نظرية التعسف في استعمال الحق أنسب أساس لقيام مسؤولية المستخدم، ويكون استعمال المستخدم لحقه تعسفاً إذا كانت المصالح التي يرمي إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها، ولا يرمي من

وراء ذلك تحقيق مصلحة عامة، جراء قيامه باستعمال بطاقات السيم الكارد غير المسجلة.

١٤- إن خطأ الدولة يكون أشد وطئاً من أخطاء شركة الاتصالات ومنافذ البيع غير المرخصة رسمياً، قد يكون خطأها جسيماً، وعند توزيع الأعباء فإن الدولة تأتي في المرتبة الأولى لأنها مسؤولة عن حفظ الأمن والاستقرار والسكينة الاجتماعية، إلا أنه لم يرق بذلك هذا من ناحية، ومن ناحية أخرى أنها مقصرة في سن قانون خاص بالاتصالات، أو إصدار تعليمات خاصة تنظم فيها التعامل ببطاقات السيم الكارد.

١٥- إن أية جهة أو محل مرخص قانوناً يقوم ببيع بطاقات السيم الكارد يعتبر منفذ بيع، ويمكننا تعريفه بأنه (أية جهة، أو محل تجاري، أو غير تجاري مرخص يقوم بنشاط اقتصادي، أو تجاري مخصصة لبيع بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، يعد منفذ بيع لها).

#### ثانياً: التوصيات والمقترحات:

١- ندعو المشرع العراقي إصدار قانون، أو تعليمات بخصوص تنظيم التعامل ببطاقات (SIM CARD) وتتضمن البنود التالية كحد أدنى:

أ- منع بيع بطاقات السيم الكارد من منافذ بيع غير مرخصة ومنع تداولها، أو إعلام تلك الشركات بعدم بيعها إلا لجهات موثوقة ومرخصة ومعروفة لديها.

ب- إلزام المشتري بإبرام العقد النموذجي المعد من قبل الشركة، ومن ثم تسجيل تلك البطاقات باسم المشتري أو المستخدم، مما يؤدي ذلك إلى التقليل من مشاكلها، ومعرفة حائزها، أو مستخدميها بسهولة مما يسهل الأمر لمعرفة الشخص الذي يقوم بابتزاز الآخرين، أو ازعاجهم، أو تهديدهم وغير ذلك من المشاكل التي تتعلق بخصوصية الأشخاص.

ج- إلزام الشركة، أو المرخص بعدم تخصيص، أو تسجيل بطاقات السيم الكارد للأشخاص الذين لم يبلغوا السن القانوني (١٨)، أو عديمي الأهلية.

د- جواز بيع بطاقة السيم الكارد من شخص إلى آخر ولكن بضوابط وشروط محددة، كتحويل الملكية أمام الموظف المختص في الشركة التابع لها البطاقة، بعد التأكد من هوية الطرفين، وإبلاغ الجهات المعنية بذلك، كالوزارة أو الهيئات المختصة، حفاظاً للأمن والاستقرار.

٢- نقترح على المشرع العراقي والكوستاني بإضافة نص يتضمن تعريف المنافسة غير المشروعة إلى قانون منع المنافسة والاحتكار القانوني في الفصل الأول، وضمن باب التعاريف، كالآتي (المنافسة غير المشروعة هي: كل فعل يقع من تاجر سيء النية يخالف القانون، والعادات، والأعراف التجارية، ومعطياتها التي تهدف لجذب أكبر عدد من العملاء باتباع أساليب غير مشروعة يهدف من خلالها تمويه وتضليل العملاء، أو تشويهه، أو تبشيع سمعة منافسيه، أو الإذلال والاساءة إلى منتجاتهم، وغير ذلك من الأفعال).

٣- نناشد المشرع العراقي بالإسراع إلى تصديق مشروع قانون الاتصالات والمعلوماتية لسنة ٢٠٠٩، ونقترح عليه بإضافة فقرة إلى نص المادة (١٠)، وتكون كالآتي: (١- يحظر التعامل ببطاقات السيم الكارد خارج إطار شركات الاتصالات العامة والخاصة“  
٢- لا يكسب توزيع وتخصيص أرقام بطاقات السيم الكارد للهواتف المحمولة، أي من حقوق الملكية، والحقوق الخاصة الأخرى غير حق استعمال منفعة عليها، ويجوز للشركة عند الاقتضاء سحب الرقم، وتعطيل خدماته، أو إعادة توزيعه، وتخصيصه).  
٤- ندعو المشرع العراقي إلى تعديل الفقرة (٢) من المادة (٧) من القانون المدني، ونقترح أن يكون التعديل كالآتي: (٢- ويصبح استعمال الحق غير جائز إذا انصرف به صاحبه عن الغرض منه، أو الوظيفة الاجتماعية، وبوجه خاص: أ- إذا لم يقصد بهذا الاستعمال سوى الإضرار بالآخرين“ ب- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها قليلة الأهمية بحيث لا تتناسب مطلقاً مع ما يصيب الغير من ضرر بسببها“ ج- إذا كانت المصالح التي يرمي هذا الاستعمال إلى تحقيقها غير مشروعة)، وبذلك نكون قد ربطنا الحق بالوظيفة الاجتماعية.

**The Authors declare That there is no conflict of interest**

## References

### First: Legal books:

1. Ibrahim Al-Salihi, Controls for the Unlawful Use of the Right, and Its Applications in Civil Law, Dar Al-Nahda

- Al-Arabiya, first edition, Cairo, without the year of publication.
2. Ismail Al-Omari, Right and the Theory of Abuse of Right in Sharia and Law, Al-Zahraa Modern Press, first edition, Mosul, 1984 AD.
  3. Akram Yamalki, Commercial Law, A Comparative Study in Commercial Employment, Merchant, Commercial Contracts, Banking Operations, and International Sales, Sherif Al-Ansari Sons for Printing and Publishing, Lebanon, 2015.
  4. Anwar Sultan, Summary in the Sources of Commitment, UNESCO Institute Press, Alexandria, 1970 AD.
  5. Basem Muhammad Salih, Adnan Ahmed Wali Al-Azzawi, Commercial Law, Commercial Companies, General Principles, Private Sector Companies, Socialist Sector Companies, Mixed Sector Companies, Al-Atik Book Industry, Beirut, without the year of publication.
  6. Bashir Abbas Al-Alaq, and Ali Muhammad Raba'iah, Promotion and Commercial Advertising, Dar Al-Bazuri, Lebanon, 2002 AD.
  7. Jabbar Saber Taha, The Basis of Civil Liability for Unlawful Action between Error and Damage, A Comparative Study between Islamic Sharia and Man-made Laws, Legal Books House, Cairo, 2010.
  8. Hassan Al-Masry, Commercial Law, Wahdan House for Printing and Publishing, first edition, Cairo, 1986.
  9. Hassan Ali Al-Thnoon, Explanation of the Civil Law, Original Rights in Kind, The Association for Nature and Publishing Ltd., Baghdad, 1954 AD.

10. Khaled Mustafa Fahmy, Freedom of Opinion and Expression, Dar Al Fikr Al Jamia, Alexandria, 2012.
- 11- Zeina Ghanem Abdul-Jabbar Al-Saffar, Unlawful Competition for Industrial Property, Hamed Publishing House, Jordan, 2002.
- 12- Sami Abdel-Baqi Abu Saleh, Abusing the Dominant Center in Trade Relations, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 2005.
- 13- Saad Gadallah Al-Haidar, The Legal System for Modern Communications Contract (Mobile Phone), House of Legal Books, Cairo, 2012.
14. Suleiman Muhammad Ahmad, Guarantee of Damages in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Saada, first edition, Cairo, 1985.
15. Samiha al-Qaylubi, Mediator in Explanation of the Egyptian Trade Law, Part Two, Dar al-Nahda al-Arabiya, Cairo, second edition, 2007 AD.
16. Shamsiya Muhammad Ismail, Profit in Islamic Jurisprudence and its Controls and Definition in Contemporary Financial Institutions, Dar Al-Naqash, Jordan, 2000 AD.
17. Shihab al-Din Abu al-Abbas al-Qarafi, vol. 4, The Differences, Dar Al-Kutub Al-Arabiya Press, first edition, 1924 AD.
18. Abdul Razzaq Al-Sanhoury, Mediator in Explanation of Civil Law, Part Two, Theory of Commitment in General, Dar Al-Nahda Al-Arabiya, Cairo, 1981 AD.
19. Abdul Majeed Al-Hakim, Summary of Explanation of Civil Law, Part One, Sources of Obligation, Legal Library, Cairo, 2007 AD.



20. Abdul-Majid Al-Hakim, Abdul-Baqi Al-Bakri, and Muhammad Taha Al-Bashir, Al-Wajeez in the Theory of Commitment in the Iraqi Civil Law, Part One, Sources of Commitment, Atak for the Book Industry, Cairo, 2010.
21. Aqil Ghaleb Hussein Al-Baaj, The Basis of Returning the Follower to His Subordinate, Dar al-Kutub and Arabic Studies, Cairo, 2020 AD.
22. Alaa Al-Din Abu Bakr bin Masoud Al-Kasani, (Bada'i Al-Sana'i in the Order of Laws, Dar Al-Kutub Al-Arabi, second edition, Beirut, 1983 AD.
23. Ali Al-Khafeef, The Guarantee in Islamic Jurisprudence, Section One, Institute of Arab Research and Studies, Cairo, 2010.
24. Ali Haidar, Durar Al-Ahkam Explanation of the Journal of Al-Ahkam, Part 1, Arabization of Lawyer Fahmi Al-Husseini, Dar Alam Al-Kutub, Riyadh, 2003 AD.
23. Ali Al-Khafeef, The Guarantee in Islamic Jurisprudence, Section One, Institute of Arab Research and Studies, Cairo, 2010.
24. Ali Haidar, Durar Al-Ahkam Explanation of the Journal of Al-Ahkam, Part 1, Arabization of Lawyer Fahmi Al-Husseini, Dar Alam Al-Kutub, Riyadh, 2003 AD.
25. Imad Hamdi Hegazy, The Right to Privacy and the Responsibility of the Journalist in the Light of the Provisions of Islamic Sharia and Civil Law, Dar Al Fikr Al Jamia, first edition, Alexandria, 2008.
26. Omar Hashem Al-Hiyari, Warranty by Cause in the Jordanian Civil Law, Amman Arab University for Graduate Studies, Jordan, 2006 AD.

27. Issa Mahmoud Al-Hassan, Commercial Promotion of Goods and Services, Zahran Publishing and Distribution House, Amman-2010.
28. Muhammad Al-Khatib Al-Sherbiny, The Singer in Need of Knowing the Vocabulary of Curricula, Volume 2, Dar Al-Kubra Al-Arabiya, first edition, Makkah Al-Mukarramah, Egypt - 1958.
- 29- Muhammad Badr Jassim Yaqoub, Responsibility for the Use of Dangerous Objects, The National Book Foundation, first edition, Jordan, 1980 AD.
30. Muhammad Jalal Hamza, Illicit Work as a Source of Commitment, without the Publisher, 1985 AD.
31. Muhammad Hussein Mansour, Theory of Truth, New University Publishing House, Alexandria, without publication year.
32. Muhammad Suleiman Al-Ahmad, The Error and the Truth of the Basis of Civil Liability in Iraqi Law, Tafsir Library for Publishing and Advertising, first edition, Erbil, 2008).
33. Muhammad Taha al-Bashir, d. Ghani Hassoun Taha, Rights in Kind, Section One, Aatek Book Industry, Distribution of Legal Clerks, Beirut - Baghdad, 2018.
- 34- Muhammad Fawzi Faydullah, The Theory of Guarantee in General Islamic Jurisprudence, Dar Al-Turath, first edition, Kuwait, 1983 AD.
35. Muhammad Waheed Al-Din Siwar, Explanation of Civil Law (General Theory of Obligation), Part 1, Sources of Obligation, Damascus University Publications, first edition, Syria, 1995-1996.

- 36- Mahmoud Gamal El-Din Zaki, Al-Wajeez in the General Theory of Obligations in the Egyptian Civil Law, Cairo Press, third edition, Cairo, 1987 AD.
37. Mustafa Al-Zarqa, The Harmful Act and its Guarantee, Dar Al-Ilm, Damascus, 1988 AD.
- 38- Mustafa Kamal Taha, Lectures in Commercial and Maritime Law, Mansha'at al-Maaref, Alexandria, 1960 AD.
39. Wahba Al-Zuhaili, The Theory of Warranty or Provisions of Civil and Criminal Liability in Islamic Jurisprudence, Dar Al-Fikr, first edition, Beirut, 197AD.

### **Second: Undergraduate Theses:**

40. Asmaa Musa Asaad, The Corner of Error in Tort Responsibility, Master's Thesis, An-Najah National University, Nablus, 2006.
- 41- Maha Yousef Khasawneh, Directing and Causing Unlawful Damage in the Jordanian Civil Law, Master's Thesis, Al al-Bayt University, Jordan, 2000.
42. Rana Najeh Taha Al-Dawas, Civil Liability of the Offender, Master's Thesis, College of Graduate Studies, An-Najah National University, Nablus - Palestine, 2010.
- 43- Salah Hashem, International responsibility for compromising the safety of the marine environment, PhD thesis, Faculty of Law, Cairo University, 1987.
- 44- Mustafa Abdel-Qader Helilo, Elements of Responsibility for the Harmful Act in the Jordanian and Algerian Civil

Law, Master's Thesis, University of Jordan, Amman, 1991.

**Third: Legal Research:**

45. Ahmed Abdul-Hussain Kazem Al-Yasiri and Hassan Daeef Hammoud Al-Maamouri, Legal Protection from Unfair Competition, Study in Iraqi Law, Research published in Al-Mohaqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, College of Law, University of Babylon, Year (12), Issue Three, 2020.
46. Aseel Baqir Jassem and Kazem Fakhri Ali, The Legal Concept of the Mobile Services Contract, research published in Al-Mohaqiq Al-Hilli Journal for Legal and Political Sciences, College of Law - University of Babylon, Volume (6), Number (2), (June 30 - June, 2014).
47. Bamo Pervez Khan Al-Dalwi, Adaptation of the subscriber's rights in the mobile phone service contract, research published in the Journal of Legal and Political Studies, issued by the Center for Legal and Political Studies at the College of Law and Politics, University of Sulaymaniyah, Fifth Year, Issue (9), June 2017.
48. Hatem Ghaeeb Saeed, Legal Standards for Discrimination between Commercial and Civil Companies, research published in Al-Bahith Journal of Legal Sciences, Fallujah University, Volume One, Issue Two, July, 2019.
49. Hawraa Ali Hussein, The Legal Regulation of the Mobile Phone Contract, Research published in the Journal of Resala Law, Faculty of Law - University of Karbala, Issue One, Year Seven, 2015.

- 50- Salam Munim Mishaal, Mobile Phone Supply Contracts, Research published in the Journal of Law, College of Law, Al-Nahrain University, Volume (9), Number (17), 2006.
51. Tohma Al-Shammari, Provisions of Unfair Competition in Kuwaiti Law, a research published in the Journal of Law, Kuwait University, No. 19, Kuwait, 1995.
- 52- Adnan Sarhan, Civil Liability for Environmental Damage in the Judgments of Harmful Action, research published in Al-Manara Magazine, Al al-Bayt University, Volume 5, Issue 2, 2000.
53. Ali Muhammad Khalaf, The idea of guarantee (damages) in Islamic jurisprudence and its applications to environmental damage, a comparative study between Iraqi and Jordanian laws and Islamic jurisprudence, research published in the Journal of Resala al-Huquq, sixth year, second issue, College of Law - University of Karbala, 2014.
- 54- Muhammad Suleiman Al-Ahmad, The importance of the difference between legal conditioning and legal nature in determining the scope of the application of the competent law, research published in Al-Rafidain Journal of Law, College of Law - University of Mosul, Volume (9), Number (20), (3) March 2004.
55. Muhammad Suleiman Al-Ahmad, The Multiple Causes of Civil Liability, research published in Al-Rafidain Journal of Law, College of Law - University of Mosul, Volume One, Issue (24), Tenth Year, 2005.
- 56- Muhammad Yahya Abd al-Rahman al-Mahasna, The extent of dispensing with directness and causing a harmful act from a causal relationship, research

published in the Journal of Al-Zaytoonah University of Jordan for Legal Studies, Volume (2), Issue (1), 2021.

**Fourth: Laws:**

- 1- Iraqi Civil Code No. (40) of 1951.
- 2- Jordanian Civil Law No. (43) of 1976.
- 3- Kuwaiti Civil Law No. (67) for the year 1980.
- 4- The effective Iraqi Trade Law No. (30) for the year 1980.
- 5- Iraqi Wireless Communications Law No. (159) of 1980.
- 6- UAE Civil Transactions Law No. (5) of 1985.
- 7- Qatari Telecommunications Law No. (34) of 2006.
- 8- The Iraqi Communications and Informatics Bill of 2009.
- 9- The new Iraqi Competition and Anti-Monopoly Law No. (14) of 2010.
- 10- Law of Competition and Monopoly of the Kurdistan Region of Iraq No. (3) of 2013.

**Fifth: Foreign Sources:**

1. Elisabeth COUREAULT, la concurrence déloyale endroit international privé communautaire, thèse en vue de l'obtention du grade de doctorat en droit privé, &è décembre 2004.
2. Rene Savatier, Traite de la responsabilité Civile en droit français Tome 2., 2nd, ed paris, 1951, N. 326.
3. Heri Lalou : Traite pratique de la responsabilité Cécile, 6th ed. Paris, 1962.

**Sixth: Websites:**

- 1- Website: [www.ssd.eww.org](http://www.ssd.eww.org).
- 2- The website of the Iraqi Supreme Judicial Council: [www.hjc.iq](http://www.hjc.iq).

