جمهورية العراق

وزارة التعليم العالي والبحث العلمي

كلية القانون – جامعة القادسية

عقد الايواء المعلوماتي

بحث مقدم من قبل

م. م حسين عبيد شعواط

كلية القانون – جامعة القادسية

ا. م عبد المهدي كاظم ناصر

كلية القانون – جامعة القادسية

٢٠١٥ م

ملخص

يعد عقد الايواء المعلوماتي من أهم العقود الالكترونية التي ظهرت حديثا بسبب كثرة التعامل بشبكة الانترنت، ولحداثة العقد فلم ينظم المشرع العراقي هذا العقد بإحكام خاصة ولم يرد له تعريفا معين ، على الرغم من صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية.

ويتصف عقد الايواء المعلوماتي بعدة خصائص أهمها ، انه عقد من العقود التي تبرم عن بعد حيث لا يكون لإطرافه وجود مادي في مجلس العقد وأيضا يعد من العقود التجارية حيث يهدف متعهد الايواء من تقديم خدمة الايواء الحصول على الربح، يعد عقد الايواء المعلوماتي من العقود التي لها طبيعة خاصة الأمر الذي يقتضي السعي لوضع تنظيم لهذه العلاقات وذلك بالاستعانة بالقواعد القانونية العامة ذات الصلة الواردة في التشريعات السارية أو باقتراح استحداث نصوص تشريعية جديدة لمواجهة ما قد يكشف عنه الفراغ التشريعي في هذا الإطار .

ولعدم وجود تنظيم قانوني خاص في العراق ينظم العلاقة بين متعهد الايواء والمستخدم ، يثير عقد الايواء المعلوماتي من الناحية القانونية العديد من التساؤلات ، سواء تلك الخاصة بتعريفها أو خصائصها المميزة أو أطرافها أو محلها أو طبيعتها القانونية ، أو تلك الخاصة بحقوق والتزامات كل من أطرافها ،

لذلك سنعالج هذا الموضوع من خلال القواعد التي استقرت عليها التشريعات المقارنة وما استقر عليه الفقه والقضاء في الدول الأخرى .

Summary

Is holding informational shelter of the most important electronic contracts and the newly emerged because of the large deal to the Internet, but recent decade did not organize the Iraqi legislature this decade especially tightly did not respond to him a certain definition despite the issuance of electronic signature and electronic transactions law.

And is characterized by a shelter informational several characteristics of the most important he held from contracts concluded remote where it is not the limbs physical presence in the contract Council and also is one of the commercial contracts where the contractor shelter designed to provide shelter service to obtain profit, is holding shelter informational contracts that have the nature of which requires a special quest to put the regulation of these relations and with the help of the General Legal relevant rules contained in existing legislation or proposing the introduction of new legislative texts to .counter what it may reveal about the legislative vacuum in this context

In the absence of special legal regulation in Iraq regulates the relationship between the contractor shelter and the user, raises a shelter informational legally many questions whether those defined or distinctive characteristics or edges or misplaced or legal nature, or those of the respective rights and obligations of the parties.

Therefore, we will deal with this issue through rules that settled upon comparative legislation and settled him in the Hadith and the .elimination of other countries

المقدمة

إن التطور الذي طرأ على وسائل الاتصال الحديثة وازدياد الحاجة إلى خدماتها أدى إلى ظهور أنماط جديدة من العلاقات والروابط القانونية ، التي لم تكن معروفة من قبل ، وأدى بالمقابل إلى ظهور مشاكل ونزاعات خاصة فيما يتعلق بهذه العلاقات التي من ضمنها العلاقة بين متعهد الايواء والمستخدم التي تستند إلى عقد الإيواء المعلوماتي، وهو عقد حديث غير مسمى لان المشرع العراقي لم ينظمه بأحكام خاصة ، كما انه من العقود الرضائية ، ومن العقود الملزمة للجانبين ، والتي تنشأ التزامات متقابلة على عاتق كل من طرفيه مقدم خدمة الايواء والمستخدم ويعد عقد الايواء المعلوماتي من العقود التي لها طبيعة خاصة ، الأمر الذي يقتضي السعي لوضع تنظيم لهذه العلاقات ، وذلك بالاستعانة بالقواعد القانونية العامة ذات الصلة الواردة في التشريعات السارية ، أو باقتراح استحداث نصوص تشريعية جديدة لمواجهة ما قد يكشف عنه الفراغ التشريعي في هذا الإطار .

وقد اتجهت أكثر الدول إلى وضع قوانين خاصة بخدمات الانترنت تنظم كافة جوانب هذه الخدمة ابتداءً من العلاقة بين مورد المعلومات ومتعهد الايواء أو بين متعهد الايواء والمستخدم وتنظيم حقوق والتزامات الأطراف المشار إليها وذلك للتزايد الكبير في استخدام الأفراد لهذه الوسائل ، بحيث أصبح لا غنى لهم عنها ، وبالتالي ازدياد في التعاقدات الخاصة بعقد الايواء المعلوماتي .

ولعدم وجود تنظيم قانوني خاص في العراق ينظم العلاقة بين متعهد الايواء والمستخدم ، يثير عقد الايواء المعلوماتي من الناحية القانونية العديد من التساؤلات ، سواء تلك الخاصة بتعريفه أو خصائصه المميزة أو أطرافه أو محله أو طبيعته القانونية ، أو تلك الخاصة بحقوق والتزامات كل من طرفيه.

وعليه سنقسم هذا البحث إلى ثلاث مباحث، سنتناول في الأول مفهوم عقد الايواء المعلوماتي وسنوزعه على مطلبين سنتناول في المطلب الأول ماهية عقد الايواء المعلوماتي وفي الثاني سندرس التكييف القانوني لعقد الايواء وتمييزه عن غيره من العقود ، أما المبحث الثاني سنتناول فيه تكوين العقد مدار البحث ، و سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين، سنتناول في الأول التراضي في عقد الايواء، وسنتطرق إلى المحل في المطلب الثاني ، أما المبحث الثالث سنخصصه لدراسة اثأر عقد الايواء وانتهاءه وسنقسمه إلى ثلاث مطالب، سنتطرق في المطلب الأول

لالتزامات متعهد الايواء، وسنتناول التزامات المستخدم في المطلب الثاني، آما المطلب الثالث سنخصصه لدراسة انتهاء عقد الايواء وسننهي بحثنا بخاتمة تتضمن اهم ما توصلنا اليه من نتائج وما نقترحه من مقترحات.

المبحث الأول

مفهوم عقد الإيواء ألمعلوماتي

لتحديد عقد الإيواء المعلوماتي أهمية بالغة لأنه العقد الذي يرتب الالتزامات بين طرفيه ويحدد العلاقة بينهما، وفضلاً عن ذلك أن طبيعته القانونية أثارت الكثير من المشاكل بخصوصها، كما وان عقد الإيواء يتشابه مع بعض العقود التي تتحد معه في بعض الجوانب ويختلف عنه في جوانب أخرى.

وعليه سنقسم هذا المبحث إلى مطلبين ، سنتناول في المطلب الأول لماهية عقد الإيواء المعلوماتي، أما المطلب الثاني سنخصصه لدراسة الطبيعة القانونية لعقد الإيواء وتمييزه عن غيره من العقود .

المطلب الأول

ماهية عقد الإيواء المعلوماتي

يقتضي منا لبيان ماهية عقد الإيواء لابد من أيراد تعريفا له ، ومن ثم تحديد الخصائص المميزة له وذلك على فرعين متتاليين، سنتطرق في الأول لتعريف عقد الإيواء المعلوماتي، ونكرس الثاني لبيان خصائص عقد الإيواء المعلوماتي.

الفرع الأول

تعريف عقد الإيواء المعلوماتي

لقد عرف الفقه القانوني عقد الإيواء بتعريفات متعددة منها :

بأنه: عقد من عقود تقديم الخدمات وبمقتضاه يضع متعهد الإيواء تحت تصرف المستخدم البعض من إمكانيات أجهزته الالكترونية كقيام مقدم خدمة الإيواء بالسماح للعميل بان يكون له عنوان الالكتروني، وبذلك يخصص له حيزاً من القرص الصلب لجهاز الحاسوب الخاص به ، والمتصل بشبكة الانترنت مما يتيح له حرية التصرف بالمعلومات الموجودة في الموقع ، وذلك بمقابل مادي، فضلا عن توفير موقعا للمتصفح (web) لأحد الزبائن من خلال جهاز الحاسوب العائد له المتصل بالشبكة[1]

---

[1]) انظر : د. عصمت عبد المجيد ، اثر التقدم العلمي في العقد(تكوين العقد/ إثبات العقد)، بغداد ، ٢٠٠٧، ص٣٢. وأيضا انظر عبد المهدي كاظم ناصر ، المسؤولية المدنية لوسطاء الانترنت، بحث منشور في مجلة القادسية للقانون =

وعرفه أخر بأنه العقد الذي يضع مقدم خدمة الانترنت بمقتضى هذا العقد بعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية تحت تصرف مستخدم الشبكة، وعلى وجه الخصوص يتيح له الانتفاع بحيز على القرص الصلب لجهاز الكمبيوتر المتصل بالشبكة على نحو معين، كأن يخصص له حيزا يكون صندوقا لرسائله الالكترونية[٢]

وعليه فأن متعهد الإيواء المعلوماتي بموجب هذا العقد يمكن مستخدم شبكة الانترنت من الاطلاع على المعلومات والتصرف بها من خلال وضع أجهزته الالكترونية في تصرف العميل وذلك مقابل الالتزام الأخير بدفع مبلغ من المال

وفي ضوء ما تقدم يمكننا تعريف عقد الإيواء المعلوماتي بأنه " العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما متعهد الإيواء، الذي يمارس عمله على سبيل الاحتراف، والثاني هو مستخدم شبكة الانترنت– الطرف الضعيف– يلتزم بموجبه الطرف الأول أن يخصص جزء من أجهزته وأدواته المعلوماتية في تصرف المستخدم، وبذلك يتيح له الوصول إلى المضمون المعلوماتي من خلال تخصيص مساحة من القرص الصلب لحاسبته بشكل مباشر ودائم مقابل مبلغ مادي يلتزم به الطرف الثاني"

وعليه يتبين من خلال التعريفات التي عرضناها إن أطراف عقد الإيواء المعلوماتي هما مستخدم شبكة الانترنت ومتعهد الإيواء[٣] : ولكن قبل تعريف أطراف عقد الايواء لابد من تعريف خدمة الايواء، حيث تعرف بأنها (عبارة عن نشاط يمارسه شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين مواقع الالكترونية على حاسبته الإلية الخادمة بشكل مباشر ودائم مقابل أجر ، ويضع من خلاله تحت تصرف عملائه الوسائل التقنية والمعلوماتية التي تمكنهم من بث ما يرغبون على شبكة الانترنت من معلومات، وكذلك الوسائل التي يقدمها متعهد الإيواء بموجب هذه الخدمة لعملائه تخصيص مساحة من القرص الصلب لبث المعلومات على شبكة الانترنت، فضلا عن تزويد

= والعلوم السياسية تصدر عن كلية القانون جامعة القادسية ، العدد الثاني ، المجلد الثاني ، ٢٠٠٩، ص٢٤١ كما عرفت

[٢] أنظر : د جليل الساعدي ، مشكلات التعاقد عبر شبكة الانترنت، مكتبة السنهوري ، بغداد ، بدون ذكر سنه الطبع، ص٣٦. وانظر أيضا ذكرى عباس علي،العقد الالكتروني والمنازعات الناشئة عن تنفيذه، مجلة الفتح ، العدد ٤٢، ٢٠٠٩، ص١٤١.

مصطلح ٣- قد أطلق على متعهد الإيواء تسميات كثيرة مثال (المورد المستضيف) و(مورد الايواء) لكننا نرى ان متعهد الإيواء هو انسب المصطلحات المذكورة وأكثرها استخداما. انظر: د. عبد الفتاح محمود كيلانى، مدى المسؤولية المدنية لمقدمي خدمات الانترنت، ص٢٣، بحث منشور على الانترنت على الرابط=
http://www.google.iq/url?q=http://www.flaw.bu.edu.eg/flaw/images/part2.pdf&sa=U&ei=_CKpyUa-_jDoq54ASopoHwDQ&ved=0CCAQFjAB&usg=AFQjCNHHle5mDICn1nxpGHmSEhBaGP-bZQ

العميل ببرنامج خاص يمكنه من الاتصال بمتعهد الإيواء وإضافة او حذف أو تغيير بهذه المعلومات)[٤]

حيث يعرف مستخدم شبكة الانترنت: بأنه ذلك الشخص الذي يقوم بالاتصال بموقع من المواقع على شبكة الانترنت من اجل الحصول على المعلومات التي يحتاجها بغية إشباع رغباته من خدمات الانترنت[٥].

أما بالنسبة لمتعهد الإيواء فهو شخص طبيعي أو معنوي يتولى تخزين وحفظ البيانات والمعلومات لعملائه ويوفر الوسائل الفنية والمعلوماتية التي تتيح لهم الوصول الى هذه البيانات والمعلومات طوال اليوم وذلك مقابل مبلغ مادي متفق عليه[٦].

الفرع الثاني

خصائص عقد الإيواء المعلوماتي

يتميز عقد الإيواء المعلوماتي بمجموعة من الخصائص التي تميزه عن غيره من العقود واهم هذه الخصائص بأنه عقد يبرم عن بعد ، ومن العقود التجارية ، وفضلاً عن بوصفه عقد من عقود الاستهلاك . وعليه سنبين هذه الخصائص على النحو الأتي:

أولا : عقد الإيواء المعلوماتي عقد يبرم عن بعد.

يعد عقد الإيواء من العقود المبرمة عن بعد، ويقصد بالعقود المبرمة عن بعد هي تلك العقود التي تبرم بين طرفين يتواجدان في أماكن مختلفة ، وذلك باستخدام وسائل الاتصال الحديثة (الانترنت)، فلم يكن هناك حضور مادي لاطراف العقد في مجلس العقد، ولكن يعتبر

---

[٤]) انظر المادة(١٤) من التوجيه الأوربي الخاص التجارة الالكترونية رقم ٣١ لسنة ٢٠٠٠ الصادر في ١٧/ يونيو/٢٠٠٠

[٥] أنظر : د. عايد رجا الخلايلة، المسؤولية التقصيرية الالكترونية – المسؤولية الناشئة عن إساءة استخدام أجهزة الحاسوب والانترنت ، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٩ ، ص٥٤.

[٦] أنظر : د الياس ناصيف، العقود الدولية – العقد الالكتروني في القانون المقارن، ط١، منشورات الحلبي الحقوقية ، بيروت ، ٢٠٠٩، ص٢٦٦ . وأيضا انظر د.اشرف جابر السيد، مسؤولية مقدمي خدمات الانترنت عن المضمون الالكتروني غير المشروع– دراسة خاصة لمسؤولية متعهدي الإيواء ، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠١٠، ص٥١. علما ان متعهد الإيواء يعد احد وسطاء الانترنيت وبذلك عرفت وسيط الشبكة المادة= = (١) من قانون التجارة الالكتروني البحريني رقم (٢٨) لسنة ٢٠٠٢ بأنه (الشخص الذي يقوم نيابة عن شخص آخر بإرسال أو تسلم أو بث أو حفظ السجل الإلكتروني ، أو يقوم بتقديم أية خدمات أخرى بشأن هذا السجل) وتقابلها المادة(١) من قانون التجارة الالكتروني لسلطنة عمان الصادر بالأمر السلطاني ٦٩ لسنة ٢٠٠٨ والتي عرفت وسيط الشبكة بأنه (الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يقوم نيابة عن شخص أخر بإرسال أو تسليم أو تبني أو حفظ المعاملة الالكترونية أو يقوم بتنفيذ خدمات تتعلق بتلك المعاملة)

مجلس العقد قد اتحد حكماً، وذلك لوجود اتصال مباشر فيما بينهم وانعدام الفترة الزمنية بين تعبير كل منهما عن إرادته ووصول هذا التعبير للطرف الأخر على الرغم من اختلاف المكان[٧] .

وفي ضوء ما تقدم فأن عقد الإيواء المعلوماتي الذي يبرم بين متعهد الإيواء ومستخدم الشبكة الانترنت هو عقد يبرم عن بعد فلا يوجد هناك تواجد مادي بين طرفيه في مجلس العقد وإنما يتم إبرامه عبر الانترنت، على الرغم من اتحاد مجلس العقد حكما(أي بين حاضرين) بين متعهد الإيواء ومستخدم الشبكة لوجود اتصال مباشر بينهما.

ثانيا: عقد الإيواء المعلوماتي عقد تجاري .

يعد المشرع العراقي عقد الإيواء من جانب متعهد خدمه الإيواء عقد تجاري ، وذلك بوصفه عقد من عقود تقديم الخدمات، فقد نصت الفقرة (٢) من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم (٣٠) لسنة ١٩٨٤ على تجارية إعمال توريد أو تقديم الخدمات التي جاء فيها" تعتبر الإعمال التالية إعمالا تجارية أذا كانت بقصد الربح. ويفترض هذا القصد ما لم يثبت العكس..... ثانيا : توريد البضائع والخدمات" وفي ضوء ما تقدم فأن عقد الإيواء المعلوماتي يعد عملاً تجارياً لان متعهد الإيواء يقوم بتقديم أو توريد خدمة الإيواء للمستخدم من خلال تسكين وتخزين المعلومات التي تنشر عبر الانترنت في القرص الصلب لحاسبته، ومن ثم يخصص للمستخدم مساحة من هذا القرص ويتيح له الاطلاع عليها والتصرف بها وذلك مقابل مبلغ مادي، أما بالنسبة لمستخدم شبكة الانترنت، فقد يكون عقد الإيواء مدنيا آو تجاريا حسب صفة المتعاقد، فإذا كان المستخدم تاجراً يكون عقد الإيواء بالنسبة إليه عقد تجاريا، مثال ذلك أصحاب مكاتب السياحة والسفر إذ يعد عمل هؤلاء عملاً تجارياً[٨] حيث يقومون بالحجز للعملاء عن طريق الانترنت من اجل الحصول على الربح، وبذلك يعد عقد الإيواء بالنسبة لهم تجارياً، أما أذا لم يكن المستخدم تاجرا فان عقد الإيواء يكون بالنسبة إليه عملا مدنيا، مثال ذلك الباحث والمحامي فالعقد يكون في هذه الحالة عقدا مدنيا . وعليه فان العقد محل الدراسة يعتبر من العقود المختلطة، إذا تم التعاقد بين متعهد الإيواء التاجر والمستخدم الذي يقوم بعمل مدني[٩].ويترتب على اعتبار عقد الإيواء المعلوماتي عقد تجاري خضوعه لإحكام تختلف عن

---

[٧] أنظر: د. بشار محمود دودين، الإطار القانوني للعقد المبرم عبر شبكة الانترنت، ط١، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان، ٢٠٠٦، ص٦٨-٧٤. وانظر أيضا :د. عبد المجيد الحكيم ود عبد الباقي البكري ود محمد طه البشير، الوجيز في شرح نظرية الالتزام القانون المدني العراقي، ج١، مصادر الالتزام،ط٤، العاتك للطباعة والنشر، القاهرة ،٢٠١٠، ص٤٦.

[٨])انظر الفقرة(٧) من المادة (٥) من قانون التجارة العراقي رقم ٣٠ لسنة ١٩٨٤.

[٩] أنظر: د. الياس ناصيف ، مصدر سابق، ٤٣ .

الإحكام التي يخضع لها العقد المدني، وذلك من حيث الاختصاص القانوني والفوائد واكتساب صفه التاجر وانتفاء صفة التبرع وغيرها من الإحكام التي تكون خاصة بالعقد التجاري[١٠]

ثالثا: عقد الإيواء المعلوماتي عقد استهلاك:

يعد عقد الإيواء من عقود الاستهلاك. وعقد الاستهلاك هو العقد الذي يبرمه المستهلك[١١] من اجل إشباع حاجاته ورغباته اليومية وكل ما يحتاجه من خدمات،وعقد الاستهلاك لا يقتصر على العقود الفورية ، وإنما يشمل كذلك العقود المدة كما في عقد الإيواء المعلوماتي الذي يعد احد إطرافه مستهلكا.

وفي ضوء ما تقدم فأن عقد الإيواء المعلوماتي يعد من عقود الاستهلاك وذلك لأنه يبرم بين طرفين احدهما مستهلك وهو مستخدم شبكة الانترنت، وهو الطرف الضعيف في العقد الذي لا يملك الخبرة بشان الخدمات المعلوماتية المقدمة له، أما الطرف الثاني المهني[١٢] هو متعهد الإيواء الذي يملك الخبرة الكافية في مجال عمله[١٣].

وعليه يترتب على اعتبار عقد الإيواء المعلوماتي عقد من عقود الاستهلاك، التشديد من التزامات ومسؤوليات الطرف المهني (متعهد الإيواء) وذلك من اجل تحقيق الحماية للطرف الضعيف المستهلك(المستخدم) من الاستغلال، ومن هذه الالتزامات التي تقع على متعهد الإيواء نتيجة ابرام عقد الإيواء المعلوماتي هي التزامه بإعلام المستخدم واتخاذ الحيطة والحذر[١٤]

---

[١٠])أنظر :د.عزيز العكيلي،القانون التجاري،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان،١٩٩٥، ص٥٩-٦٤ وانظر د. فوزي محمد سامي،مبادئ القانون التجاري، ط١،دار الثقافة للنشر والتوزيع،عمان، بدون ذكر سنه الطبع ، ص١٩.

[١١] يعرف المستهلك بأنه(كل شخص يتعاقد بهدف الاستهلاك) انظر: د. السيد محمد السيد عمران، حماية المستهلك إثناء تكوين العقد، منشأة المعارف، الإسكندرية ،بدون ذكر سنة الطبع، ص٨. كما عرفته المادة (١) من قانون حماية المستهلك العراقي رقم (١) لسنة ٢٠١٠ بأنة" الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتزود بسلعة آو خدمة من بقصد الافاده منها "

[١٢] عرف قانون حماية المستهلك العراقي المهني في الفقرة(٦) من المادة (١) تحت تسمية المجهز التي جاء فيها " كل شخص طبيعي أو معنوي منتج أو مستورد أو مصدر أو موزع أو بائع سلعة أو مقدم خدمه سواء أكان أصيلا أم وسيطا أم وكيلا "

[١٣] أنظر: د. أيمان مأمون احمد سليمان، إبرام العقد الالكتروني وإثباته- الجوانب القانونية لعقد التجارة الالكتروني ، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية ، ٢٠٠٨، ص ٦٦

[١٤] انظر: د.معتز نزيه محمد صادق المهدي، المتعاقد المحترف- مفهومه -التزاماته – ومسؤوليته ، دار النهضة العربية ، القاهرة ، من دون ذكر سنة الطبع، ص٤٣ وما بعدها

المطلب الثاني

التكييف القانوني لعقد الإيواء المعلوماتي وتمييزه عن غيره من العقود

ويقصد بتكييف العقد هو إسناد الوصف القانوني السليم للعقد بما يتناسب مع ماهيته وحقيقته،[١٥]. ومن الواضح أن العلاقة بين المستخدم ومتعهد الإيواء هي علاقة عقدية وذلك لأنها ناتجة عن عقد وهو عقد الإيواء المعلوماتي، ألان أن تكييف هذا العقد بالغ الصعوبة وذلك للخصوصية التي تحيط إبرامه، وفضلا عن تكييف عقد الإيواء فلابد من تمييزه عن غيره من العقود التي تتحد معه في بعض الخصائص وتختلف عنه في أخرى .

لذلك سنقسم هذا المطلب إلى فرعين، نخصص الأول لدراسة التكييف القانوني لعقد الإيواء، أما الفرع الثاني سنتطرق فيه إلى تمييز عقد الإيواء عما يشتبه به من العقود .

الفرع الأول

التكييف القانوني لعقد الإيواء ألمعلوماتي

لمعرفة التكييف القانوني لعقد الإيواء أهمية كبيرة وذلك لبيان الالتزامات التي تترتب على طرفيه فضلا عن مسؤولية متعهد الإيواء ترتبط بالتكييف ارتباطا وثيقا، ألا أن فقهاء القانون اختلفوا في تكييف هذا العقد فقد ذهب رأي من الفقه إلى تكييف عقد الإيواء على انه عقد مقاولة بينما ذهب رأي أخر إلى تكييفه بأنه عقد إيجار.
فقد ذهب رأي فقهي[١٦] إلى تكييف عقد الإيواء المعلوماتي بأنه عقد مقاولة[١٧] وذلك لان عقد الإيواء يتحد مع عقد المقاولة من حيث أن كلا العقدين من العقود الواردة على العمل حيث أن متعهد الإيواء يؤدي عملاً يتمثل مضمونه بانجاز عمل محدد وهو تسكين المعلومات على القرص الصلب لحاسبته، ويلتزم الأخير بهذا العمل من اجل إشباع رغبة مستهلك الشبكة المعلوماتية لقاء اجر يلتزم به المستخدم، وفضلاً عن ذلك يتحد العقدان أيضا بأنه لا توجد هناك علاقة تبعية بين متعهد الإيواء والمستخدم[١٨]

---

[١٥]) انظر . زينب حسين عبد القادر ، تكييف التصرف القانوني، رسالة ماجستير مقدمة الى كلية القانون جامعة بغداد.١٩٩٤،ص١.

[١٦]) انظر د. جليل الساعدي ، مصدر سابق ، ص ٣٦- ٣٧.

[١٧]) عرفت المادة (٨٦٤) من القانون المدني العراقي عقد المقاولة بأنه "عقد به يتعهد احد الطرفين أن يصنع شيئا او يؤدي عملا لقاء اجر يتعهد به الطرف الأخر" تقابلها المادة (٦٤٦) من القانون المدني المصري و المادة (١٧١٠) من القانون المدني الفرنسي .

[١٨]) انظر. د. جليل الساعدي ، مصدر سابق ، ص٣٧ وانظر ايضا د الياس ناصيف، مصدر سابق،ص٥٠.

بينما ذهب رأي فقهي أخر[١٩] إلى تكييف عقد الإيواء على انه عقد إيجار[٢٠] وذلك لان متعهد الإيواء يسمح لمستخدم الشبكة المعلوماتية بالانتفاع ببعض إمكانيات أجهزته المعلوماتية مع الاحتفاظ بملكية الأجهزة المذكورة، كما أن الخدمات التي يقدمها متعهد الإيواء كالتزامه بتقديم المساعدة الفنية لمستخدمي الشبكة وتقديم خدمة البريد الالكتروني وغيرها من الخدمات تعد التزاماً تبعياً لالتزامه الأساسي والجوهري المتمثل بتأجير مساحة من القرص الصلب إلى لا يمكن إن يقوم عقد الإيواء دونه[٢١] وبذلك تحدد مسؤولية متعهد الإيواء عن الإضرار التي تلحق بالغير من جراء استعمال العميل لأجهزته وفقا للقواعد العامة المقررة بشان مسؤولية حارس الأشياء.[٢٢]

يتضح مما تقدم أن عقد الإيواء المعلوماتي لا يقتصر على عنصر الإيجار وإنما يحتوي على تقديم خدمات فنية أخرى، إلا انه على الرغم من تعدد الالتزامات التي تقع على عاتق متعهد الإيواء فان العقد يعد واحداً حيث يكون له التزام رئيسي وهو إيجار متعهد الإيواء مساحة من القرص الصلب للعملاء كما وان الدليل على عقد الإيواء واحد هو التزام العميل بدفع مبلغ إجمالي عن العقد ككل (إيجار مساحة من القرص الصلب وتقديم الخدمات الفنية الأخرى).

ففي ضوء ما تقدم نعتقد إن الاتجاه الراجح في تكييف عقد الإيواء ألمعلوماتي هو تغليب الالتزام الرئيس في العقد المتمثل بالإيجار على باقي الالتزامات، وذلك تطبيقا لقاعدة (الفرع يتبع الأصل) حيث أن القول بهذه القاعدة تم تطبيقه على الكثير من العقود ومنها عقد الاشتراك بخدمات التلفون، فهذا العقد يحتوي على عدة عمليات متشابكة فهو عقد مقاولة بالنظر إلى الخدمات وعقد إيجار بالنظر الى التلفون وتطبيقا للقاعدة المذكورة أعلاه تم ترجيح عقد المقاولة على عنصر الإيجار باعتباره العنصر الرئيس في العقد.[٢٣]

وفي نطاق عقد الإيواء المعلوماتي يعد عنصر الإيجار المتمثل بإيجار مساحة من القرص الصلب هو الالتزام الرئيس تتبعه التزامات فرعية متمثلة بتقديم الخدمات الفنية الأخرى وبذلك يعد عقد الإيواء ألمعلوماتي عقد ايجار

---

[١٩])انظر . د. عصمت عبد المجيد. مصدر سابق ، ص ٣٢.

[٢٠])عرفت المادة (٧٢٢) من القانون المني العراقي عقد الإيجار على انه " تمليك منفعة معلومة بعوض معلوم لمدة معلومة وبه يلتزم المؤجر بتمكين المستأجر من الانتفاع بالمأجور" تقابلها المادة (٥٥٨) من القانون المدني المصري والمادة (١٧٠٩) من القانون المدني الفرنسي .

[٢١] انظر. د. جليل الساعدي . المصدر السابق. ص٣٧.

[٢٢] نظر.د. عصمت عبد المجيد ، المصدر السابق.٣٢ .

[٢٣] انظر . عقيل فاضل حمد الدهان، عدم تجزئة التصرف القانوني . أطروحة دكتوراه مقدمة إلى مجلس كلية القانون جامعة بغداد ، ٢٠٠٦، ص١٩ . وانظر أيضا حسين عبيد شعواط ، النظام القانوني لعقد الإقامة في الفندق ، رسالة ماجستير مقدمة الى مجلس كلية القانون جامعة بابل، ٢٠١٢، ص٢٨

أن تكييف عقد الإيواء بأنة عقد إيجار يتفق مع أحكام القانون فالإيجار هو تمليك المؤجر للمستأجر منفعة معلومة من الشيء المؤجر لمدة معلومة مقابل عوض مالي ومن المعروف إن الإيجار قد يقع على أشياء مادية أو غير مادية . وهذا ما يؤديه متعهد الإيواء حيث يخصص مساحة معينة من القرص الصلب لصالح العميل مقابل مبلغ من المال.

الفرع الثاني

تميز عقد الإيواء ألمعلوماتي عما يشتبه به

يقتضي منا لاتمام تحديد ماهية عقد الإيواء أن نميزه عن غيره من العقود التي تشترك معه في نواح ويختلف عنه في نواح أخرى، ومن هذه العقود عقد الدخول إلى شبكة الانترنت وعقد توريد المعلومات.

لذ سنقسم هذا الفرع إلى فقرتين سنتطرق في الأولى تمييز عقد الإيواء عن عقد الدخول إلى شبكة الانترنت، و الثانية سنخصصها للبحث في تمييز عقد الإيواء عن عقد توريد المعلومات.

أولا: عقد الإيواء ألمعلوماتي وعقد الدخول إلى شبكة الانترنت.

يعرف عقد الدخول إلى شبكة الانترنت بأنه (العقد الذي يلتزم بموجبه متعهد الدخول إلى الشبكة بتمكين المستخدم من الدخول إليها من الناحية الفنية من خلال تزويده بالوسائل التي تتيح له هذا الدخول مقابل التزام المستخدم بدفع مبلغ اشتراك الدخول إلى الشبكة)[٢٤] ومن خلال التعريف أعلاه يتضح إن مهمة مورد منافذ الدخول[٢٥] تتسم بالطابع الفني حيث يقتصر دوره على تقديم الوسائل الفنية التي تسمح للعملاء الدخول الى الشبكة والتجوال فيها ومن ثم إشباع رغباتهم مما يحتاجونه من المعلومات.

---

[٢٤]) انظر عبد المهدي كاظم ناصر ، مصدر سابق ، ص٢٣١.

[٢٥]) يعرف مورد منافذ الدخول بانه (كل شخص طبيعي أو معنوي يوفر لعملائه الوسائل التقنية التي تسمح لهم بالحصول على الخدمات المعلوماتية عبر الانترنت ويمثل وسيلة اتصال بين مستخدمي الانترنت ومقدمي الخدمات المعلوماتية عبر هذه الشبكة ويمكنهم من الدخول إلى المواقع التي يرغبونها والحصول على حاجاتهم من المعلومات والخدمات المتاحة عبر شبكة المعلومات الدولية) انظر بهذا الخصوص د سمير حامد عبد العزيز الجمال، التعاقد عبر تقنيات الاتصال الحديثة، ط٢، دار النهضة العربية، القاهرة، ٢٠٠٧، ص٢٠٠٧ .وانظر ايضا د عبد الفتاح محمود كيلانى ، مصدر سابق، ص٤٧٤. كما يعد مورد منافذ الدخول الى شبكة الانترنت احد وسطاء الانترنت. انظر المادة (١) من قانون التجارة الالكتروني البحريني والمادة (١) من قانون التجارة الالكتروني لسلطنة عمان . راجع الصفحة (٣) الهامش رقم خمسة من البحث .

وفي ضوء ما تقدم فأن عقد الإيواء المعلوماتي يتحد مع عقد الدخول إلى شبكة الانترنت في بعض النواح وأهمها، إن العقدين كليهما من العقود الالكترونية التي تبرم عن بعد ففي كلا العقدين لا يوجد إطرافه بشكل مادي في مجلس واحد، وإنما يكون أطراف العقد متواجدين في أماكن مختلفة يتم التعبير عن الإرادة بواسطة الانترنت[٢٦]، وأيضا يوصف كل منهما بأنه من العقود الملزمة للجانبين إذ يرتب كل منهما التزامات في ذمة طرفيه، ففي نطاق عقد الإيواء ألمعلوماتي يترتب التزام في ذمة متعهد الإيواء بتخصيص للعميل مساحة من القرص الصلب لحاسبته مقابل مبلغ من المال يلتزم به العميل، إما بالنسبة إلى عقد الدخول إلى شبكة الانترنت فان الالتزام الذي يقع على عاتق مورد منافذ الدخول تقديم الوسائل الفنية التي تتيح للمستخدم الدخول إلى الشبكة مقابل مبلغ من المال [٢٧].وعلى الرغم من التشابه الذي ذكرنا بين عقد الإيواء ألمعلوماتي وعقد الدخول إلى شبكة الانترنت ، ألا إن هناك بعض الأوجه الجوهرية التي يختلف بها كل عقد عن الأخر. إذ يختلف كلا من العقدين من حيث الالتزام الرئيسي والجوهري في العقد، فالالتزام الرئيس الذي يقع على عاتق مورد منافذ الدخول هو السماح للطرف الأخر الانتفاع من شبكة الانترنت من خلال تقديم الوسائل الفنية التي تمكنه من الدخول إلى الشبكة والتجوال فيها ، من اجل إشباع رغبته من المعلومات ، ومن أهم هذه الوسائل برنامج الاتصال الذي يربط بين جهاز الحاسوب والشبكة [٢٨]. أما الالتزام الرئيسي في عقد الإيواء ألمعلوماتي هو قيام متعهد الإيواء بوضع جزء من إمكانياته الفنية المتعلقة بإمكانيات أجهزته كتخصيص مساحة من القرص الصلب مقابل مبلغ يلتزم به العميل[٢٩]، كما يختلف عقد الإيواء عن عقد الدخول إلى الشبكة من ناحية التكييف القانوني، آذ يكيف عقد الدخول إلى شبكة الانترنت بأنه عقد مقاولة وذلك لان الالتزام الجوهري لهذا العقد هو الخدمة التي يقدمها مورد منافذ الدخول إلى العميل لقاء اجر يلتزم بدفعة الأخير للمورد[٣٠]، إما تكييف عقد الإيواء فهو يكيف على انه عقد إيجار وذلك بالنظر إلى العنصر الرئيسي وهو إيجار مساحة من القرص الصلب لحاسبة متعهد الإيواء مقابل مبلغ من المال يلتزم به الطرف الأخر.

---

[٢٦] أنظر.د. بشار محمود دودين ود محمد يحيى المحاسنه، مصدر سابق.، ص ٧٣ . ويضاً انظر الصفحة (٤) من هذا البحث .

[٢٧])أنظر احمد قاسم فرج، النظام القانوني لمقدمي خدمات الانترنت،بحث منشور في مجلة المنارة، تصدر عن جامعة إل البيت ،المجلد ١٣، العدد٩، ٢٠٠٧، ص٣٢٩- ٣٣٠ .

[٢٨] انظر.د. اليأس ناصيف .مصدر سابق .ص٤٧-٤٨. وانظر أيضا د. عصمت عبد المجيد ،مصدر سابق. ص٣١

[٢٩])انظر د.بشار محمود دودين و د.محمد يحيى المحاسنه، مصدر سابق. ص٧٧.

[٣٠])انظر د.جليل الساعدي، مصدر سابق ، ص٣٦.

ثانيا:عقد الإيواء ألمعلوماتي وعقد توريد المعلومات.

يعرف عقد توريد المعلومات (هو العقد الذي يلتزم بموجبه مورد المعلومات[٣١] اتجاه مورد منافذ الدخول الى الشبكة أو احد وسطاء الانترنت بتوريد المعلومات بصورة متعاقبة ومنتظمة مقابل مبلغ مالي)[٣٢] وفي ضوء ما تقدم يتضح أن العقدين يقتربان من بعض من حيث أن كليهما من العقود الالكترونية والملزمة للجانين فضلا عن ذلك إنهما من عقود المعاوضة ومن العقود التجارية.[٣٣] ألا انه وعلى الرغم من التشابه بين العقدين فأن عقد الإيواء يختلف عن عقد توريد المعلومات من نواح عدة، ففي عقد توريد المعلومات فان مورد المعلومات في الأصل يعد هو المسؤول الأول عن مضمون المعلومات التي تبث عبر الانترنت وتنتفي هذه المسؤولية أذا اثبت أنه لا يعرف بفحوى هذه المعلومات وان يتولى وقف نشرها فور علمه بعدم مشروعيتها ، وذلك لان مورد المعلومات يقع علية التزام برقابة مضمون المعلومات وفحصها والتأكد من مشروعيتها قبل نشرها[٣٤]،أما في نطاق عقد الإيواء ألمعلوماتي لا يعد متعهد الإيواء في الأصل مسؤول عن مضمون المعلومات التي يقوم بتخزينها ألا إذا تولى مراقبتها بأمر من الجهات المختصة أو علم بمضمونها ولم يقم بوقف نشرها ، إذ ان هذه المسؤولية تقتصر على عدم مبادرة متعهد الإيواء بإزالة المعلومات المشكو منها من قبل الجهات القضائية المختصة[٣٥]. كما يختلف العقدان من ناحية التكييف القانوني، فعقد توريد المعلومات يكيف على انه عقد بيع خدمة لقاء اجر[٣٦]، بينما عقد الإيواء فيكيف بأنه عقد إيجار...[٣٧]

---

[٣١]) يعرف مورد المعلومات بانه (كل شخص طبيعي يقوم ببث المعلومات والرسائل المتعلقة بموضوع معين على الانترنت بحيث يتمكن مستخدمو الشبكة من الحصول عليها مجانا او أو بمقابل مادي) انظر د عبد الفتاح محمود كيلاني، مصدر سابق، ص٤٨٨.وانظر أيضا د.سمير حامد عبد العزيز الجمال، مصدر سابق،ص٣٠٦.

[٣٢]) أنظر.د. محمد علي صاحب حسن، عقد توريد المعلومات عبر الانترنت، بحث منشور في مجلة الحقوق تصدر عن كلية القانون الجامعة المستنصرية العدد(١٣-١٤)،المجلد (٤)، السنة (٦) ، ٢٠١١، ص٢٢٠.

[٣٣]) انظر.د. محمد علي صاحب حسن، المصدر السابق. ص ٢٢٢-٢٢٥

[٣٤]) أنظر المادة(١٤) من التوجيه الأوربي الخاص بالتجارة الالكترونية. وانظر أيضا المادة (٧) من قانون حماية المستهلك المصري رقم (٦٧) لسنة ٢٠٠٦التي نصت على "يلتزم المورد خلال مدة أقصاها سبعة أيام منذ اكتشافه أو علمه بوجود عيب في منتج إن يبلغ جهاز حماية المستهلك بهذا العيب ويتوقف عن إنتاجه ويخطر المستهلكين بعدم استخدامه" كما يعد مورد المعلومات مسؤول عن المعلومات التي يبثها وتلحق ضرر بالغير إما على أساس احترام الحياة الخاصة للغير انظر بهذا الخصوص المواد (١٥، ١٧) من دستور جمهورية العراق لسنة ٢٠٠٥. أو كانت هذه المعلومات تشكل اعتداد على حقوق الملكية الفكرية. انظر المواد (٤٤،٤٥) من قانون حماية حق المؤلف العراقي رقم (٣) لسنة ١٩٧١.و انظر المادة(٨/٤٣) من قانون حرية الاتصالات الفرنسي رقم (١٠٦٧) لسنة ١٩٨٦ المعدل بالقانون رقم ٧١٩ لسنة ٢٠٠٠وانظر أيضا المادة (٥) الفقرة(٢) من قانون خدمات المعلومات والاتصال الألماني لسنة ١٩٩٧ وبهذا الاتجاه ذهب القضاء حيث قضت إحدى المحاكم الهولندية في قضية(Church of Spiritual "Technology" في يونيه ١٩٩٩حيث رأت المحكمة أن متعهد الإيواء غير مسؤول ألا من وقت علمه بالمعلومات غير المشروعة فمنذ ذلك الوقت يلتزم باستبعاد المعلومات والإعلانات غير المشروعة بأسرع وقت ممكن أو على الأقل يجعل الوصول الى هذه الإعلانات مستحيلاً "

-tGi.28 September1999, http:www.afa.france.com/homl/action/judgment/htmin.
نقلا عن د.عبد الفتاح محمود كيلانى، مصدر سابق ،ص٥٠٣-٥٠٤.

[٣٦])انظر د محمد علي صاحب، المصدر السابق، ص٢٢٢.

[٣٧] ا)نظر . د. جليل الساعدي ، مصدر سابق ، ص٣٧ وانظر أيضا د الياس ناصيف، مصدر سابق،ص٥٠

الخاتمة

بعد إن انتهينا من دراسة موضوع البحث الموسوم(عقد الإيواء المعلوماتي) يمكن أن نوجز أهم الاستنتاجات والمقترحات التي توصلنا إليها.

أولا: الاستنتاجات .

١- نظرا لغياب تنظيم قانوني خاص بعقد الإيواء المعلوماتي في العراق فلا يوجد تعريف تشريعي له لكونه من العقود الحديثة ، ولكن يمكن تعريفه بأنه : العقد الذي يبرم بين طرفين احدهما متعهد الإيواء، الذي يمارس عمله على سبيل الاحتراف، والثاني هو مستخدم شبكة الانترنت- الطرف الضعيف- يلتزم بموجبه الطرف الأول أن يخصص جزء من أجهزته وأدواته المعلوماتية في تصرف المستخدم، وبذلك يتيح له الوصول إلى المضمون المعلوماتي من خلال تخصيص مساحة من القرص الصلب لحاسبته بشكل مباشر دائم مقابل مبلغ مادي يلتزم به الطرف الثاني .

٢- يتميز عقد الإيواء المعلوماتي بخصائص أهمها انه عقد يبرم عن بعد ، إذ أن طرفي العقد لا يكون لهما وجود مادي في مجلس العقد ، وإنما يتم التعاقد عبر شبكة الانترنت كما يعد من عقود الاستهلاك ، وفضلا عن ذلك فهو يعد عقد من العقود التجارية من جانب المتعهد دائما، وذلك لان المتعهد يمارس تقديم خدمة الإيواء على وجه الاحتراف وبقصد تحقيق الربح، أما بالنسبة إلى المستخدم فان عقد الإيواء المعلوماتي قد يكون مدنيا أو تجاريا حسب صفة المتعاقد ، فإذا كان المستخدم تاجرا كما في شركات السياحة والسفر يعتبر العقد تجاريا ، أما أذا كان المستخدم غير تاجر كما لو كان المستخدم محاميا فالعقد يعتبر مدنيا .

٣- يعد تكييف عقد الإيواء المعلوماتي بأنه عقد إيجار هو التكييف الراجح حسب اعتقادنا، وذلك بالنظر إلى العنصر الرئيس في العلاقة التعاقدية وهو عنصر الإيجار – تخصيص مساحة من القرص الصلب لصالح المستخدم مقابل مبلغ من المال .

٤- أن الطريقة الوحيدة للتعبير عن الإرادة في عقد الإيواء المعلوماتي عبر شبكة الانترنت هي الكتابة، ولكنها كتابة من نوع خاص لها مميزاتها عن الكتابة التقليدية فهي كتابة الكترونية تترك اثر على ماديا على شاشة الحاسوب وتتوافر فيها شروط الكتابة التقليدية من حيث اللغة وسهولة الرجوع إليها عن طريق تخزينها في الحاسوب

٥- آن دفع مقابل خدمة الإيواء والذي يعد التزاما رئيسا في ذمة المستخدم قد يكون بطريقة تقليدية خارج نطاق شبكة الانترنت أو يكون الدفع الكترونيا عن طريق شبكة الانترنت.

٦- كما أن عقد الإيواء المعلوماتي ، أما ينتهي نهاية طبيعية وهي بانتهاء مدة العقد المتفق عليها بين الطرفين او ينتهي بنهاية غير طبيعية أي قبل انتهاء المدة وهذه الأخيرة آما تكون باتفاق الطرفين أو بالفسخ نتيجة إخلال احدهما بالتزاماته.

ثانيا: المقترحات

١- على الرغم من صدور قانون التوقيع الالكتروني والمعاملات الالكترونية إلا انه لم ينظم عقد الايواء المعلوماتي بما يتناسب مع أهميته ، لذا نقترح على المشرع العراقي أن ينظمه بأحكام خاصة نظراً لشيوعه وانتشاره بشكل كبير. بحيث أصبح لا يقل في أهميته عن أي من العقود المسماة التي نظمها المشرع حتى يعرف كل من طرفيه حقوقه والتزاماته ، و هناك بعض المسائل المهمة ينبغي مراعاتها وهي كما يأتي عندما ينظم عقد الايواء المعلوماتي ومن هذه المسائل :-

أ- الاستعانة بالجهات المتخصصة في هذا المجال ومنها الهيئة العراقية للإعلام والاتصالات والمختصين في هذا المجال من رجال القانون والمال والاقتصاد.

ب- الاستعانة بما توصل إليه القانون المقارن والقضاء في الدول الأخرى التي عرفت هذا النوع من العقود للاستفادة من خبراتها وتجاربها في هذا المجال.

٢- ونقترح على المشرع العراقي اقرار نصوص خاصة لضمان سرية البيانات والمعلومات التي يخزنها المستخدم وعدها من الامور السرية وعدم جواز مراقبتها او الكشف عنها الا لضرورة قانونية وامنية وبقرار قضائي.

٣- نتمنى من القضاء العراقي وهو يتصدى للاشكالات والقضايا التي يسببها هذا النوع من العقود في ظل نظام قانوني يخلو من تشريع خاص بهذا النوع من العقود، ان يطبق القواعد العامة في المسؤولية المدنية ولكن بشكل اكثر مرونة وبرؤية واسعة للامور تتفق واهمية التعاملات الالكترونية ووسائل الاتصال الحديث ومراعاة الجوانب التقنية والخصوصية التي تتسم بها هذه الوسائل.