جمهورية العراق
وزارة التعليم العالي والبحث العلمي
معهد العلمين للدراسات العليا
قسم القانون الخاص

تنازع الاختصاص التشريعي في عقود الاستهلاك الألكترونية
(دراسة مقارنة)

رسالة تقدم بها الطالب

عباس حسين علي

إلى مجلس كلية القانون في معهد العلمين للدراسات العليا

وهي جزء من متطلبات نيل شهادة الماجستير في القانون الخاص

بإشراف

الدكتور: صالح مهدي كحيط

أستاذ القانون الدولي الخاص المساعد

١٤٤٢هـ ٢٠٢٠مـ

بسم الله الرحمن الرحيم

(أَفَمَنْ يَعْلَمُ أَنَّمَا أُنْزِلَ إِلَيْكَ مِنْ رَبِّكَ الْحَقُّ كَمَنْ هُوَ أَعْمَى إِنَّمَا يَتَذَكَّرُ أُولُو الْأَلْبَابِ * الَّذِينَ يُوفُونَ بِعَهْدِ اللَّهِ وَلَا يَنْقُضُونَ الْمِيثَاقَ)

صدق الله العلي العظيم

[الرعد: ١٩، ٢٠]

الإهداء

"لطالما مشيتُ وراء الذي يُبكيني

لطالما عملتُ بنصيحتكما

أنظرا لي

انني الآن، أمشي وراء جنائز الأصحاب"

أبي وأمي، إليكما

وإلى أم أبي، وأبويّ أمي، رحمهم الله

وإلى الأصحاب الذين سيمشون خلف جنازتي في يوم ما، كرد للجميل.

وإلى شهداء الوطن والعقيدة، لاسيما أخوتي شهداء ثورة تشرين/اكتوبر المجيدة.

أهدي هذا الجهد البسيط، وهو الثمرة الأولى...

الباحث

شكر وامتنان

الشكر لله أولا وأبدا، ومن ثم لعائلتي التي احتملتني هذه السنين كلها.

الشكر للدكتور صالح مهدي كحيط، لتفضله بقبول الإشراف، وتقديمه خالص الملاحظات، ولنقده الصادق والبنّاء.

الشكر والامتنان لأستاذي الرائع: الدكتور نظام جبار، عميد كلية القانون، جامعة القادسية، الذي قدم لي الكثير.

الشكر لكل المعلمين والمدرسين من الابتدائية وحتى الإعدادية، والشكر لجميع أساتذة جامعة بابل، كلية القانون، ولا سيما أستاذنا ومعلمنا الدكتور (هادي حسين الكعبي)، وأستاذنا الدكتور (عبد الرسول عبد الرضا الاسدي) حفظهما الله، والشكر الوفير لجميع أساتذة معهد العلمين، قسم القانون، ولجميع الموظفين العاملين هناك، ولمكتبة الرياحين في سوق الحلة، ولمكتبة كلية القانون في جامعة بابل، ومكتبة كلية القانون في جامعة بغداد، وكذلك مكتبة كلية القانون في جامعة كربلاء المقدسة، ودار الصواف للطباعة والنشر، على كل ما قدموه لي فيما يخص موضوع رسالتي.

الشكر والامتنان للدكتورة: رشا رحيم عبد الحمزة، جامعة، ساوث كارولينا، أميركا.

والشكر والامتنان للست: هناء يعقوب، ماجستير في الدراسات التنموية، كلية الدراسات الشرقية والافريقية، جامعة لندن، بريطانيا.

لتفضلهما بمساعدتي في ترجمة المصادر الأجنبية.

لولاكم أيها الأحبة، لما تمكنت من كتابة حرف واحد من رسالتي هذه.

قائمة المحتويات

ت	الموضوع	الصفحة
١	المقدمة:	١-٢
٢	الفصل الأول: دور الإرادة في تعيين قانون عقد الاستهلاك الالكتروني	٣
٣	المبحث الأول: مفهوم عقد الاستهلاك الألكتروني	٤
٤	المطلب الأول: ماهية عقد الاستهلاك الألكتروني	٥
٥	الفرع الأول: التعريف بعقد الاستهلاك الألكتروني	٥-٩
٦	الفرع الثاني: أطراف عقد الاستهلاك الألكتروني	٩-١٧
٧	المطلب الثاني: خصائص عقد الإستهلاك الالكتروني	١٧
٨	الفرع الأول: عقد تجاري يبرم عن بعد	١٧-١٩
٩	الفرع الثاني: عقد دولي	١٩-٢٢
١٠	الفرع الثالث: عقد إذعان	٢٢-٢٣
١١	المبحث الثاني: قانون الإرادة	٢٤
١٢	المطلب الأول: مفهوم قانون الإرادة	٢٥
١٣	الفرع الأول: التعريف بقانون الإرادة	٢٥-٣٠
١٤	الفرع الثاني: صور التعبير عن قانون الإرادة	٣٠-٤٣
١٥	المطلب الثاني: موانع وصعوبات تطبيق قانون الإرادة	٤٤
١٦	الفرع الأول: موانع تطبيق قانون الإرادة	٤٥-٥٢
١٧	الفرع الثاني: صعوبات تطبيق قانون الإرادة	٥٢-٥٩
١٨	الفصل الثاني: دور ضوابط المنهج الحديث في تعيين قانون عقد الاستهلاك الألكتروني	٦٠
١٩	المبحث الأول: ضوابط الإسناد التقليدية	٦١
٢٠	المطلب الأول: الإسناد الجامد	٦٢
٢١	الفرع الأول: الإسناد لقانون الموطن والجنسية المشتركين	٦٢-٦٧
٢٢	الفرع الثاني: الإسناد لقانون محل الإبرام والتنفيذ	٦٧-٧٣
٢٣	المطلب الثاني: الإسناد المرن	٧٣
٢٤	الفرع الأول: فكرة التركيز الموضوعي	٧٣-٨٠
٢٥	الفرع الثاني: فكرة الأداء المميز	٨٠-٩٢
٢٦	المبحث الثاني: القواعد المباشرة	٩٣
٢٧	المطلب الاول: القواعد ذات التطبيق الضروري	٩٤
٢٨	الفرع الاول: التعريف بالقواعد ذات التطبيق الضروري	٩٤-٩٦
٢٩	الفرع الثاني: أثر القواعد ذات التطبيق الضروري على المستهلك الألكتروني	٩٦-٩٩
٣٠	المطلب الثاني: القواعد المادية للتجارة الالكترونية	٩٩
٣١	الفرع الأول: التعريف بالقواعد المادية للتجارة الالكترونية	١٠٠-١١٠
٣٢	الفرع الثاني: مدى انسجام القواعد المادية مع عقود الاستهلاك الألكترونية	١١٠-١١٦
٣٣	الخاتمة	١١٧-١١٩
٣٤	قائمة المصادر	١٢٠-١٣١

الملخص

يتعرض المستهلك الالكتروني، للكثير من العقبات والاستغلال، أثناء عملية انتقائه للسلع أو الخدمات عبر شبكة الأنترنت، ويعود الأمر إلى طبيعة عالم الأنترنت واستحالة السيطرة عليه بشكل واف، مما يؤثر على المستهلك وتوجهاته بصورة سلبية في الكثير من المسائل، لاسيما مسألة تحديد القانون الواجب التطبيق، عند حدوث نزاع ما حول العقد، فهل تعد آليات الوصول إلى القانون الواجب التطبيق، المعمول بها وفق التشريع العراقي والمصري والفرنسي، كافية من حيث حمايتها للمستهلك، كونه مستهلكا ألكترونيا، ويمثل الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية الاستهلاكية؟

تتناول هذه الدراسة، مفهوم عقد الاستهلاك الألكتروني، ومفهوم أطرافه، وما يتميز به من خصائص، باعتباره عقدا الكترونيا، ومن ثم الاليات التقليدية (آليات النهج القديم)، المعمول بها في الوصول الى القانون الواجب التطبيق، وبيان موقف التشريعات حول هذا الأمر، وكذلك موقف الاتفاقيات الدولية ذات العلاقة، ومن ثم بيان المناهج الحديثة، ومدى أثرها على المستهلك الالكتروني، وإمكانية تلك الآليات في تحقيق طموح المستهلك، من حيث ضمانها للحماية الكافية والعدالة المتوقعة والكفاية الموضوعية والأمان القانوني.

على هذا الأساس، تناولنا قانون الإرادة ودوره في تعيين قانون عقد الاستهلاك الالكتروني، ومفهوم عقد الاستهلاك الألكتروني، وإمكانية إخضاع العقد لقانون الإرادة، فبحثنا في تعريفه وصور التعبير عنه، وموانع وصعوبات تطبيقه على عقد الاستهلاك الالكتروني، ومن ثم تناولنا الإسناد الموضوعي والقواعد المباشرة، وبيان التعريف بهما، ودورهما في تعيين قانون عقد الاستهلاك الالكتروني، وأخيرا وضعنا خاتمة، تتضمن أبرز ما توصلنا إليه من نتائج ومقترحات، آملين من مشرعنا الوطني الأخذ بها.