الفصل الثاني

التضييق من حرية الاختيار في العقود الإلكترونية

الفصل الثاني

التضييق من حرية الاختيار في العقود الالكترونية

تمهيد وتقسيم:

ذكرنا في الفصل السابق أن العقود الالكترونية إما أن تكون بين تجار أو مشروعات B to B أو بين تجار ومستهلكين B to C.

ولا توجد مشكلة في الحالة الأولى، حين يكون أطراف العقد على قدم المساواة، وتتوازن العملية العقدية. فحينئذ يطبق القانون الذي اختاره الأطراف، صراحة أوضمناً للحفاظ على الأمان القانوني لهم، ومراعاة مصالح التجارة الدولية.

أما النوع الثاني من العقود الالكترونية فيوجد فيه طرف ضعيف، وهو المستهلك الالكتروني، ولا يوجد تكافؤ في العلاقة العقدية، الأمر الذي يؤدي إلى وجود اختلال في التوازن في تلك العلاقة.

فالمستهلك بحاجة إلى السلعة أو الخدمة التي تؤدي إلى إشباع احتياجاته، ولا غنى له عنها. أما التاجر فيبحث دائماً، وفي كل الأحوال، عن تحقيق مصلحته المتمثلة في الحصول على أكبر ربح ممكن.

وإذا كانت عقود الإذعان بحاجة مستمرة ومتجددة إلى تنظيم قانوني خاص بها، وهو ما تفعله التشريعات الداخلية والاتفاقيات الدولية، فإن عقود الاستهلاك التي تنتمي لهذه الطائفة من العقود تتطلب دائماً وجود قواعد آمرة تطبق عليها.

ولا شك أن مجال عقود التجارة الالكترونية من أهم المجالات التي تتطلب إيجاد قواعد آمرة ذات أهداف حمائية، من أجل إعادة التوازن في العلاقات العقدية.

ويجرنا ذلك إلى ضرورة وضع تعريف محدد للمستهلك الالكتروني، وتحديد مبررات حمايته في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت أو الوسائل الحديثة للاتصال، وخاصة في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة الذي قد يؤدي في النهاية إلى اختيار القانون الذي يسعى إليه التاجر– الطرف القوي في العلاقة العقدية– تحقيقاً لمصالحه.

ولا بد من العرض لفكرة النظام العام ودورها في التضييق من حالات اختيار القانون الذي ينتقص من حماية المستهلك الالكتروني. كما يلزم أيضا عرض دور التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية في الحد من تطبيق مبدأ حرية الاختيار في العقود الالكترونية، وكذلك موقف التوجهات الأوروبية في هذا الشأن.

لذلك نقسم الدراسة في هذا الفصل إلى ثلاثة مباحث على النحو التالي:

المبحث الأول : تعريف المستهلك الالكتروني ومبررات حمايته .

المبحث الثاني: دور قواعد النظام العام في تقييد حرية الأطراف في العقد الالكتروني.

المبحث الثالث: دور التشريعات والتوجهات الأوروبية في حماية المستهلك الالكتروني.

المبحث الأول

تعريف المستهلك الالكتروني ومبررات حمايته

تمهيد وتقسيم:

لكي نحدد الأسباب والمبررات التي تدعو إلى حماية المستهلك في العقود المبرمة الكترونياً، والتي تنفذ كلياً أو جزئياً عبر الوسائل الالكترونية ، فلا بد أن نضع تعريفاً محدداً للمستهلك الذي يكون طرفاً أساسياً في العقد الالكتروني.

ونتناول بالدراسة في هذا المبحث تعريف المستهلك الالكتروني، ومبررات حمايته.

أولاً– تعريف المستهلك الالكتروني:

يعرف المستهلك بصف عامة بأنه الشخص الذي يتعاقد من أجل اشباع احتياجاته الشخصية، المنزلية أو العائلية(80).

وقد حرصت العديد من التشريعات والاتفاقيات الدولية على وضع تعريف محدد للمستهلك، وذلك تمهيداً لشموله بالحماية الخاصة بالنصوص الآمرة التي أقرتها تلك التشريعات والاتفاقيات الدولية في مجال العقود المبرمة بواسطة المستهلكين(81).

---

(80) راجع:

- H.CASSE: De la notion de la consommation, *in* collection: après le code de la consommation, Paris, Litec. 1996, p.23 et s.

- J.CALAIS –AULOY et F.STEIMEETS: Droit de le consommation,4e éd,Paris,Dalloz 1996,p.5.

(81) من هذه التشريعات نذكر القانون المصري لحماية المستهلك لعام 2006 في مادته الأولى، وقانون حماية المستهلك في البحرين رقم 35 لسنة 2012 (م1). وفي التشريعات الأوروبية نذكر م (ل 111–1) من القانون الفرنسي للاستهلاك لعام 1993، و م(125) من مجموعة القانون الدولي

كما تناولت أحكام القضاء تعريف محدد للمستهلك في العلاقات التعاقدية والتي يكون أحد أطرافها المستهلك والطرف الآخر التاجر أو المهني[82].

وأسست الاتجاهات الفقهية والتشريعات المختلفة مفهوم المستهلك بالنظر إلى حاجته إلى السلعة أو الخدمة التي تشبع احتياجاته الشخصية أو العائلية، على حين أن الطرف الآخر في العقود، وهو التاجر، يسعى في كل الأحوال إلى الحصول على الربح، وهو الطرف القوي في العقد.

ويعرف المستهلك الالكتروني cyberconsommateur بأنه الشخص الذي يتعاقد أو ينفذ العقد كلياً أو جزئياً عبر الانترنت أو الوسائط الالكترونية، من أجل الحصول على السلعة أو الخدمة اللازمة لإشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية[83]، وبعيداً عن أي نشاط مهني. ويستوى في ذلك كافة العقود، سواء كانت عقود ايجار أو بيع أو تأمين أو قرض. إلا أن أكثر العقود التي يبرمها المستهلك الالكتروني عبر الانترنت هي عقود البيع[84] التي تتم بين بائعين يسعون إلى الحصول على الربح، ومستهلكين غايتهم النهائية هي السلعة أو الخدمة لاشباع حاجتهم، دونما ارتباط بنشاط مهني أو تجاري.

الخاص السويسري لعام 1987. وفي مجال الاتفاقيات الدولية نشير إلى م(13) من اتفاقية بروكسل لعام 1968 بشأن الاختصاص القضائي وتنفيذ الأحكام الأجنبية، والتي أصبحت المادة (15) من تشريع بروكسل لعام 2001. وكذلك نصت اتفاقية فينا لعام 1980 في مادتها الثانية على تعريف المستهلك، كما أشارت لمفهوم المستهلك م(5) من اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي أصبحت م(6) من تشريع روما 1 لعام 2008.

(82) من هذه الأحكام حكم محكمة العدل الأوروبية الصادر في 3 يوليو 1997، منشور في مجلة القانون الدولي (clunet) 1999، ص 581 وما بعدها. وفي فرنسا حكم محكمة النقض الفرنسية، الدائرة المدنية الأولى الصادر في 24 يناير 1995.

(83) راجع: د. أحمد السيد الكروي: حماية السمتهلك الالكتروني، منشور على الموقع التالي: http://www.keonanonline.com/users/ahmedkordy/posts/275121.

(84) راجع: د. حسام أسامة: المرجع السابق، ص 215.

ويأمل المستهلك في مجال التجارة الالكترونية إلى الحصول على احتياجاته الأساسية والضرورية من خلال وسيلة سريعة تمكنه من ذلك. وتعد أسرع وأفضل طريقة للمستهلك في العصر الحديث هي التعاقد الالكتروني، فحين يتعاقد الكترونياً par voi électronique [85]، يحصل على السلعة أو الخدمة بطرقة إلكترونية en ligne بواسطة الأدوات والاتصالات التي تيسر له ذلك.

وقد عرفت م 1/1 من التوجيه الأوروبي رقم 97/7، والصادر في 2 مايو 1997 – والخاص بحماية المستهلك في مجال العقود المبرمة عن بعد[86] – العقد المبرم عن بعد contrat á distance بأنه العقد الذي يتعلق بأداء سلع أو خدمات من المورد إلى المستهلك في إطار نظام بيع سلع أو أداء خدمات عن بعد، ويتم إدارته بواسطة المورد. ويتم بموجب ذلك إبرام العقد باستخدام التقنيات المختلفة للاتصال عن بعد.

كما عرفت الفقرة الثانية المستهلك بأنه: "كل شخص طبيعي يتصرف في مجال العقود المشمولة بهذا التوجيه في إطار بعيد عن نشاطه المهني"[87].

وتأسيساً على ذلك يكون المستهلك الالكتروني في منطق هذا التوجيه هو الذي يتعاقد عن بعد باستخدام التقنيات المختلفة للاتصال، باستخدام الانترنت

---

(85) راجع:

- **R.DUASO CALES: La détermination..,Op.cit,p.2.**
- **M.T.VERBIEST: La directive Européen sur commerce électronique,p.1.**

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.juriscom.net/prue/2/ce20000615.htm

(86) نصوص هذا التوجيه منشورة على الموقع الالكتروني:

.http://www.europa.eu/consolmers/lons_int/sofe-shof

"Consommateur,toute personne physique qui,dans les contrats
(87) relevant de la présente directive, agis à des fines qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle".

والوسائط الالكترونية. وقد يتم التعاقد عن طريق مطالعة الصحف الالكترونية، أو قواعد البيانات base donnée على موقع البائع أو التاجر الالكتروني، أو البريد الالكتروني[88]. ويقوم المستهلك بإرسال القبول بطريقة الكترونية، لحاجته إلى السلعة أو الخدمة، وبعيداً عن أي أنشطة مهنية.

كذلك نجد تعريفاً مشابهاً للمستهلك في مجال التجارة الالكترونية بالرجوع لنص المادة الثانية من التوجيه الأوروبي رقم 2000/31 والصادر في 8 يونيو 2000 بشأن بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات في التجارة الالكترونية[89]. فالفقرة الخامسة من هذه المادة تنص على أن " المستهلك هو كل شخص طبيعي يتصرف لأغراض لا تدخل في إطار أنشطته المهنية أو التجارية[90].

كما أوضحت الفقرة السادسة من ذات المادة المقصود بالاتصال التجاري والمعلومات التي تبث عن طريق ال accès أو نظام السماح بالدخول للموقع أو الخدمات المباشرة التي تدار عن طريق المشروع في الفضاء الالكتروني.

ثانياً – اعتبارات حماية المستهلك الالكتروني:

تتلخص اعتبارات حماية المستهلك الالكتروني في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة، فيما يلي:

---

(88) راجع:

M.T.VERBIEST :Article précité,p.2.

(89) نصوص هذا التوجيه منشورة في :

J.O.C.E,N° 178 du 17/7/2000.

(90) "consommateur, toute personne physique agissaient à des fines qui n'entrent pas dans le cadre de son activité professionnelle ou commerciale".

1 – حماية المستهلك الالكتروني كطرف في عقد الإذعان:

عقود الإذعان هي العقود التي تفرض جملة على الطرف الآخر، وهو الطرف الضعيف في العلاقة العقدية، وعليه أن يقبلها جملة أو يرفضها جملة، دون مناقشة شروطها أو تعدديها.

وعقود الاستهلاك تفرض على المستهلك في جملتها ولا يستطيع مناقشة شروطها. وتفرض عليه من جانب التاجر أو المهني. وعندما يجد المستهلك نفسه في مجال التجارة الالكترونية بعيداً عن إزدحام المحلات التجارية، ويمكنه الحصول على السلعة أو الخدمة في أي وقت، فلا شك أنه سيضطر للضغط على زر القبول فيحصل على الأشياء التي تشبع حاجته، خاضعاً في ذلك لكل الشروط التي يفرضها عليه التاجر أو المشروع[91]، خاصة عندما يجد الباب أمامه موصداً، ولا مجال لتعديل أي شرط من الشروط المدرجة بالعقد المرسل إليه الكترونياً. وبالتالي يجد المستهلك نفسه مضطراً لقبول شرط القانون الواجب التطبيق، كغيره من الشروط، مع ما قد يمثله هذا الشرط من تهديد لحمايته.

2 – يعد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق من الشروط التعسفية.

الشروط التعسفية les clauses abusives هي تلك التي ترد في عقود الاستهلاك وتؤدي إلى فرض إرادة التاجر على المستهلك بطريقة تحكمية. ويعد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق من الشروط التي تحمل في طياتها تعسفاً من جانب المهني.

---

(91) راجع:

L.A.KOTEICH: La loi applicable…,Op.cit,p.56.

فقد يؤدي تطبيق القانون المختار إلى حرمان المستهلك وتجريده من كل حماية، وهو ما قد يحدث غالباً في العقود التي تبرم عن طريق الانترنت. وفي هذا الصدد ذهب اتجاه فقهي إلى ضرورة إبطال كافة الشروط التعسفية التي لم تكن محلاً للتفاوض الشخصي بين البائع والمشتري[92]. وبالتالي استبعاد شرط القانون الواجب التطبيق، حال كونه يهدر حماية المستهلك أو ينتقص منها. فلا ريب أن العقود الالكترونية هي المجال الخصب لإدراج كافة الشروط التعسفية التي تملى على المستهلك لكي تحكم كافة جوانب العملية العقدية . لذلك يجب مراقبة كافة الشروط التي ترد في هذا النوع من العقود التي تتم في فضاء الكتروني بين تجار ومشروعات يوجهون أنشطتهم من أجل دفع المستهلك إلى التعاقد.

3 – حاجة المستهلك الالكتروني إلى التعرف على طبيعة السلعة أو الخدمة:

يجب إعلام المستهلك بكافة البيانات الخاصة بالسلع أو الخدمات التي تقدم له أو تعرض عليه من أجل اتمام التعاقد الكترونياً. وعلى التاجر الالكتروني cybermarchand أن يعلم المشتري في كافة المراحل المتعلقة بإبرام العقد بالبيانات الأساسية للسلع والخدمات وطريقة استخدامها وكيفية الدفع ونظامه، وغير ذلك[93]. كما أن عليه أن يعلمه أيضاً بشرط اختيار القانون الواجب التطبيق بطريقة واضحة لكي يحدد موقفه منه.

---

(92) راجع:

MT.VERBIEST: La protection juridique du cyber- consommteur, Paris, litec.,2002,p.10.

(93) راجع:

R.DUASO CALEES: La determination…,Op.cit,p.1.

وليس بخاف أن هذا الشرط هو الذي سيحدد في النهاية الموقف من حماية المستهلك، بالنظر إلى القانون الذي يشير إلى تطبيقه. فليست كل القوانين على درجة من التقدم والتطور بحيث تتساوى في درجة حمايتها، كما لا تقف كل القوانين على قدم المساواة بالنظر إلى البيئة الاجتماعية لكل مستهلك. ولن تؤدي كل القوانين ذات الدور في الحماية اللازمة لإعلام المستهلك، والجزاءات التي تترتب على عدم إعلامه بكافة البيانات أو الانتقاص منها.

وعلى ذلك، فإنه يلزم لحماية إعلام المستهلك الالكتروني أن تكون هناك قيوداً على مبدأ حرية الاختيار للقانون الواجب التطبيق، وإقصاء هذا الأخير حال عدم توفير الحماية الكافية والملائمة للمستهلك. فقد لا يستطيع الأخير استيعاب البيانات والمعلومات المتاحة له. بل أن الانتقاص والنيل من إعلام المستخدم على الانترنت، والتي تنطبق عليه صفة المستهلك، يجب أن يكون مبرراً للعدول عن التعاقد، حتى بعد إبرام العقد.

4 – عدم المعرفة الكافية من جانب بعض المستهلكين بالتقنيات الحديثة:

لا يدخر مستخدم الانترنت جهداً باستخدام أجهزة الحاسوب ووسائل الاتصال الحديثة، في الوصول إلى السلعة أو الخدمة. وذلك بالتعاقد مع شركات ومشروعات لديها الخبرة الكافية بالتقنيات الحديثة، وتملك أجهزة اتصال على مستوى عال من الدقة. ولديها من الموظفين الإداريين والفنيين من يمتلك الكفاءة، ويساعدها على القدرة على التحكم في هذا المجال.

ولن تنتهي حاجة المستهلك اليومية في الحصول على الخدمات الضرورية السياحية والمصرفية، وتلك المتعلقة بالتأمين والإيجار.....الخ، الأمر الذي يدفعه إلى دخول مجال الانترنت، وكسر الحواجز التي قد تعيقه

وتثير مخاوفه على كافة المستويات، وارتضاء النظام القانوني الذي يفرض عليه تطبيقه، أملاً في الحصول على السلع والخدمات بأفضل الأسعار، وبأقل جهد ممكن.

وقد يفتقر المستهلك عند الدخول إلى المواقع الالكترونية إلى الخبرة الكافية في التعامل مع التقنيات الحديثة في الاتصال[94]، إذا ما قورن ذلك بالكفاءة العالية للشركات والمشروعات التجارية في هذا المجال.

وعندما يحاول المستهلك إتمام التعاقد الالكتروني، فإنه يسعى إلى ذلك دون اكتراث أو اهتمام بمشكلة القانون الذي يحكم العقد، ولن تسعفه خبرته القليلة في مجال الانترنت إلى الالتفات لمشكلة القانون الواجب التطبيق.

وإذا كانت حماية المستهلك الذي لا يعرف مضمون العقد بشكل كاف واجبة، فإن حمايته كمستهلك الكتروني واجبة من باب أولى في ظل التعقيدات التي تحيط بمجال الانترنت، إذا أخذنا في الحسبان مدى استخدام الشركات والمشروعات للتقنيات الحديثة كوسيلة للتعاقد، باعتبار بعض التعقيدات الملازمة لها، والتطورات التي تلحق بها ساعة تلو الأخرى[95]. لهذا يجب التضييق من إعمال مبدأ سلطان الإرادة في عقود الاستهلاك الالكترونية.

5 – قد لا ينتبه المستهلك الالكتروني إلى مسألة دولية العقد:

أشرنا – سابقاً – إلى أن العقود الالكترونية التي تتم في فضاء الكتروني، ولا يعرف مكان إبرامها بالتحديد، تعد عقوداً دولية بطبيعتها، بالنظر إلى إبرامها من خلال شبكة الانترنت. ويؤدي ذلك إلى افتراض العنصر

---

(94) راجع: د. أحمد السيد الكردي: حماية المستهلك الالكتروني، ذات الموقع المشار إليه سابقاً.
- R.DUASO CALES: La determination…,Op.. cit,p.14.

(95) أنظر سابقاً ص 6 .

الأجنبي فيها، إذا ما أخذنا بعين الاعتبار المعيار القانوني الموسع الذي يعتبر العقد دولياً لارتباطه بأكثر من نظام قانوني[96].

ولا يلتفت المستهلك عند دخوله إلى موقع التاجر والمشروعات والشركات لاتمام التعاقد إلى مسألة دولية العقد، وبالتالي لا يسترعي انتباهه مشكلة القانون الواجب التطبيق، وخاصة قانون الإرادة، أو شرط تحديد القانون الواجب التطبيق. فهذا الاخير قد يأتي في إطار عقد نمطي ومطبوع بحروف صغيرة جداً. ولا يهتم به المستهلك، ولا يستوعب نتائجه، ولكنه يستدير عنه إلى الشروط الأخرى الخاصة بكيفية الدفع، وتسهيلات السداد، وكيفية التسليم، ويبحث أيضاً عن السعر المناسب له. أما مسألة دولية العقد، والقانون الواجب التطبيق، فتأتي في نهاية المطاف، رغم أهميتها غير المعروفة للمستهلك.

لهذا يقتضي الأمر وجود نصوص خاصة تحمي المستهلك في العقد الالكتروني، الذي لا يعرف طبيعته، وخطورة مبدأ سلطان الإرادة فيه.

---

(96) راجع:

M.PILEECHET: Ventes aux consommateurs: actes et documents de la XIVe session du la conférence de la Hay de dip1984,p.11.

- F.LECLERC: la protection de la partie faible dans les contrats internationaux, étude de confits de lois, Bruyant,Bruxelles,1995,p.126 et 127.

المبحث الثاني

دور قواعد النظام العام في تقييد حرية الأطراف في العقد الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

تشكل قواعد النظام العام مجموعة من القواعد الآمرة التي لا يمكن للأطراف استبعادها بموجب مبدأ سلطان الإرداة، أو استناداً للحرية التعاقدية liberté contractuelle، بالنظر إلى غايتها في حماية المصالح الأساسية في الدولة[97]، سواء كانت اقتصادية أو اجتماعية أو سياسية. وتتدخل تلك القواعد لمنع تطبيق القانون الأجنبي الذي يتعارض مع تلك المصالح.

ولعل أهم وأدق المجالات التي تتدخل فيها قواعد النظام العام هو مجال الحرية التعاقدية التي تمنح الأطراف في العقود الدولية حق اختيار القانون الواجب التطبيق استناداً إلى مبدأ سلطان الإرادة. وهنا تعمل هذه القواعد على استبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي، ويُطبق قانون الأخير لحكم العلاقة المطروحة[98].

---

(97) راجع: د. أحمد عبدالكريم سلامة: علم قاعدة التنازع، المرجع السابق، ص 581.

(98) راجع: د. عوض الله شيبة الحمد: القانون الدولي الخاص، المرجع السابق، ص 100 وما بعدها.

- N.NORDE: Ordre public et lois de police en droit international privé,Thèse,Strasourge2002,p.159 ets.

- D.KESSLER: Le contrat administratif face à l`électronique: peut-il exister un contrat administratif `électronique, mémoire de DESS,paris2003,p.25 et s.

منشور على الموقع الالكتروني:

.http://www.univ-paris1.fr/floadin/diplon_drueit

ونتناول بالدراسة في هذا المبحث لفكرة النظام العام في العقود الالكترونية، وأثرها على حرية الاختيار في هذه العقود.

أولاً: فكرة النظام العام في العقود الالكترونية:

تلعب فكرة النظام العام دوراً هاماً في العقود الالكترونية، حيث تبرم هذه العقود عبر الوسائط الالكترونية، وينتج عن حرية المعاملات في مجال الانترنت خلق قوانين قد تتعارض مع المبادئ الأساسية في دولة القاضي.

وقيل في هذا الشأن أن " قواعد النظام العام تمثل رد فعل وطني على تطبيق قانون أجنبي غير مقبول تطبيقه"[99]. أي أن هذه القواعد تواجه القانون الأجنبي الذي يتعارض مع الركائز الأساسية في دولة القاضي.

فلا بد أن تتدخل قواعد النظام العام في التجارة الالكترونية، خاصة وأن نطاق هذه الأخيرة يعد متسعاً ومتشعباً، سواء فيما يخص العروض التي توجه إلى عدة دول أو دولة واحدة، أو الإعلانات التي تنشر على موقع التاجر. ويؤدي الدخول إلى هذا الموقع إلى إبرام العقود معه[100]. وعندما تكون المبادرة من جانب التاجر، وتحت مسئوليته، يتحتم مراقبة القواعد والشروط الواردة في هذه العقود، والقوانين التي تطبق عليها، لمعرفة مدى توافقها مع النظام العام في دولة القاضي، أو تعارضها معه فيتم استبعادها.

---

(99)

"L`ordre public constitue la réaction nationale à application d'une loi étrangère jugé inadmissible".

أنظر:

M.S.CAHEN: La formation….., Op.cit,p.15.

(100) راجع:

- C.CALABRESI: Le droit applicable…,Op.cit,p.19.
- L.A.KOTEICHE: La loi applicable…,Op.cit,p.67 et 68.

ولا مراء أن التعاقد عن طريق الانترنت يتزايد يوماً تلو الآخر، لسهولته وقلة التكاليف بالنسبة لأطراف العقد، وعدم اشتراط التواجد المادي أو اقتضاء السفر من دولة إلى أخرى لإبرام العقد أو تنفيذه. وهذا كله يتطلب قواعد في كل دولة تكون مهمتها استبعاد القانون الأجنبي الذي يصطدم بالقيم الاقتصادية والسياسية والخلقية للدولة. فكيف نترك هذه القواعد التي تحكم التجارة الالكترونية دون ضوابط، وكيف نسمح لقانون أجنبي أن يحكم العقد الذي قد يبرم في ثوان معدودة بعد الدخول للموقع والإطلاع على الشروط من خلاله؟ وقد ينتهي الأمر عند إدخاله الرقم السريpassword للمتعاقد[101]، وتأكيده مرة أخرى ويتم تبادل الإيجاب والقبول وينعقد العقد.

وتؤدي قواعد النظام العام وظيفتها كقواعد آمرة في مجال التجارة الالكترونية التي تتم في عالم افتراضي، وقد تنفذ الكترونياً، لتأخذ تلك القواعد مكانها في المحافظة على حقوق المجتمع والمتعاملين في ذات الوقت.

وتقتضي مرونة وتطور فكرة النظام العام من وقت لآخر، أن يتم إعمالها حسب التطور الذي يلحق بالتجارة الالكترونية، سعياً نحو تحقيق العدالة في العلاقات الخاصة الدولية، واستبعاد القوانين الأجنبية التي تهدد مصالح المجتمع.

ثانياً – أثر فكرة النظام العام على حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الالكتروني:

قد يتضمن القانون الأجنبي الذي يختاره الأطراف صراحة أو ضمناً نصوصاً ضارة ومجحفة بمصالح أحد أطراف العقد، وبالتالي يضر بمصلحة المجتمع، مثل شرط الدفع بالذهب، أو بعض الشروط التي ترد في عقود الزواج

---

(101) راجع: د. حسام أسامة: المرجع السابق من ص 154 إلى ص 158.

التي تنظمها الشرائع الخاصة وتناقض مسألة قوامة الزواج، أو تلك التي تضر بمصالح الدولة الاقتصادية.... الخ.

وهذا الأمر يبدو واضحاً في عقود التجارة الالكترونية. فالنظام العام كما يحمي المسائل التي ينظمها القانون العام، فإنه يحمي المصالح الخاصة للأطراف في تعاقداتهم، وذلك باستبعاد القانون الأجنبي الذي يتعارض مع القواعد الآمرة في دولة القاضي.

ويتبلور دور النظام العام هنا في حماية مصالح الطرف الضعييف في العقد الالكتروني[102]، وخاصة في عقود الـ B to C، أو التي يكون أحد أطرافها مستهلكاً، وبحاجة إلى وجود قواعد قانونية تحقق مصالحه ومصلحة المجتمع في حفظ التوازن بين أطراف العقد.

ولئن كان لاختيار القانون الواجب التطبيق بالغ الأهمية في تحقيق مصالح التجارة الدولية والالكترونية، فإنه قد يبدو غير منطقي، حين يسعى كل طرف إلى تحقيق مصلحته على حساب الطرف الآخر باختيار قانون غير معروف له، وهذا ما يتسع المجال له في عقود الاستهلاك الالكترونية[103]، التي لا يستطيع المستهلك استيعاب كافة شروطها والآثار الناتجة عنها.

وتعمل قواعد النظام العام على إعادة التوازن بين الأطراف في العقد الالكتروني في مواجهة الشروط التعسفية التي يفرضها الطرف القوي، وهو

---

(102) راجع: د. سلطان عبدالله محمود: الدفع بالنظام العام وأثره، مجلة الرافدين للحقوق، المجلد (12)، العدد (43)، 2010، ص 85 وما بعدها، خاصة ص 97.

L.A.KOTEICH: La Loi applicable…,Op.cit,p.78 et s.

(103) راجع:

A.AYAAD et A.BOABDLAH: Commerce électronique,obstacles et perspectives cas de la Tunisie.
http://www.menoireonline.com/0222/08/898/m_commerce_electroniqque-obsstacles-prespect….

التاجر أو المهني، على الطرف الضعيف وهو المستهلك. ويستغل التاجر حاجة المستهلك إلى اللجوء إلى التقنيات الحديثة في الانترنت والاتصالات ويفرض شروطه التي قد تتعارض مع النظام العام في دولة القاضي التي ينتمي إليها، أو يقيم فيها المتعاقد مع الشركات أو المشروعات التجارية.

وتقف قواعد النظام العام حائلاً أمام تطبيق القانون الأجنبي الذي يتجاهل حقوق المستهلك[104]. لهذا يقتضي الأمر استبعاد القوانين الأجنبية التي تحرم المستهلك من الحماية المقررة له بنصوص قانون محل إقامته المعتادة[105].

وسنرى أن هذه النصوص تمثل الحد الأدنى للحماية في العقود المبرمة بواسطة مستهلكين، وذلك عند بيان موقف التشريعات من قانون الإرادة في عقود الاستهلاك الالكترونية.

وعلى القاضي عندما تعرض عليه منازعة تتعلق بأحد عقود الاستهلاك أن يبحث مضمون القانون الأجنبي للتأكد من مدى نيله من حقوق المستهلك من عدمه، وألا يكتفي بالبحث الظاهري في هذا القانون.

فالعقود الالكترونية، التي تبرم عبر الوسائط الالكترونية، وتكون متاحة ومطروحة أمام المتعاملين والمستخدمين للانترنت يجب أن يتم التعرف على شروطها ومدى توافقها أو تعارضها مع حماية المستهلك[106]. ولا تتعمد الشركات في كل الأحوال الإضرار بالمستهلك، بل تسعى إلى المحافظة على سمعتها التجارية، وتحاول جذب المستهلك مع وضع شروط قد تناسبه، وتطبيق

---

(104) راجع : د. صالح المنزلاوي: المرجع السابق، ص 309.

(105) أنظر لاحقاً ص 78 وما بعدها .

(106) راجع:

R.DUASO CALES: La détermination…,Op.cit,p.10.

تلك الواردة في قانونه الوطني أو قانون محل إقامته. لذلك يجب البحث جيداً في مضمون القانون الأجنبي قبل استبعاده وتطبيق قانون القاضي، والابقاءعلى شرط الاختيار عندما يأتي منسجماً ومتفقاً مع حماية المستهلك في العقود التي تبرم عبر الانترنت.

ومن المتصور أن يؤدي تطبيق الدفع بالنظام العام إلى النيل من حماية المستهلك، إذا لم يتم بحث مضمون القانون الأجنبي، ومعرفة آثار تطبيقه. وهو ما يؤدي في هذه الحالة إلى تهديد مصالح الطرف الضعيف في العقد[107]، باستبعاد القانون الذي اختاره الأطراف.

والخلاصة: أن الدفع بالنظام العام يهدف إلى حماية النظام السياسي والاجتماعي والاقتصادي في الدولة. وفي سبيل حمايته للقيم الأساسية والخلقية في المجتمع، فإنه يؤدي إلى استبعاد القانون الأجنبي الذي يتناقض مع المصالح الحيوية والضرورية في الدولة. ومن تلك المصالح، مصلحة المستهلك في العقد الدولي في تطبيق القانون الذي يضمن حمايته كطرف ضعيف في العلاقة العقدية. وعلى وجه الخصوص إذا كان التعاقد عبر الانترنت، أو تقنيات الاتصال الحديثة.

وعلى ذلك، يجب استبعاد القانون المختار صراحة أو ضمناً بموجب قواعد النظام العام، حال انتقاصه من حماية المستهلك الذي يتعاقد الكترونياً. والعكس، الابقاء على هذا القانون عندما يقدم الحماية الكافية له، حرصاً على عدم إعاقة مصالح التجارة الدولية والتجارة الالكترونية في ذات الوقت.

---

(107) راجع:

P.MAYER: La protection de la partie faible en droit international privé *in* collection: la protection de la partie faible dans les rapports contractuels, Paris,L.G.D.J.1996,p.513 et s,spéc.p.5.

المبحث الثالث

دور التشريعات في حماية المستهلك الالكتروني

تمهيد وتقسيم:

تبلغ الحماية المقررة للمستهلك في العقود الإلكترونية ذروتها عندما تقررها نصوص تشريعية صريحة تواجه مبدأ الحرية المطلقة لأطراف العقد في اختيار القانون الواجب التطبيق. إذ يعد ذلك الضمانة الحقيقية للطرف الضعيف في العقد الالكتروني الدولي.

ونقسم هذا المبحث إلى ثلاثة مطالب، نتناول في الأول موقف التشريعات الوطنية، وفي الثاني الاتفاقيات الدولية، أما المطلب الثالث فنخصصه للتوجهات الأوروبية وموقفها من حماية المستهلك في العقود المبرمة عبر الانترنت.

المطلب الأول

التشريعات الوطنية

نظراً لحداثة التجارة الالكترونية، وندرة القواعد التي تنظم مسألة القانون الذي يحكم العقد الالكتروني، فإنه يتحتم هنا تطبيق القواعد العامة في العقود، وفي مجال عقود الـ B to C تطبق القواعد الخاصة بحماية المستهلك التقليدي، ما لم توجد قواعد خاصة فتكون أولى بالتطبيق في هذا الصدد.

ويتضح لنا ذلك من دراسة موقف القانون المصري والقوانين المقارنة على النحو التالي:

أولاً – موقف القانون المصري:

أصدر المشرع المصري القانون رقم 67 لسنة 2006 بشأن حماية المستهلك. وتضمن هذا القانون بعض القواعد التي تحمي المستهلك في علاقته مع التجار أو الموردين ، وتطبق هذه القواعد على كافة العقود المبرمة مع المستهلكين، سواء كانت عقود تقليدية أو الكترونية. وإن لم يتضمن هذا القانون قواعد خاصة بالاسناد في مجال العقود ذات الطابع الدولي. وإن كان ذلك قد أصبح أمراً بالغ الأهمية، إلا أن الغريب في الأمر أن المشرع المصري لم يصدر قانوناً مستقلاً ينظم العلاقات الخاصة الدولية واكتفى بالقواعد الخاصة بتنازع القوانين ضمن القانون المدني، وتلك المتعلقة بالاختصاص القضائي الدولي ضمن قانون المرافعات المدنية والتجارية.

وقد عرف هذا القانون المستهلك في مادته الأولى بأنه " كل شخص تقدم إليه أحد المنتجات لاشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو يجري التعامل أو التعاقد معه بهذا الخصوص" . وبالتالي يمكن تعريف المستهلك الالكتروني في ضوء هذا النص بأنه كل شخص يتم التعاقد معه عبر الوسائط الالكترونية من أجل اشباع احتياجاته الشخصية أو العائلية أو المنزلية، بعيداً عن أي أنشطة مهنية تهدف إلى الربح.

وفي إشارة إلى المعاملات الالكترونية للمستهلك نصت المادة الرابعة على ضرورة وضع المورد على جميع المراسلات والمستندات الالكترونية التي تصدر عنه في تعامله أو تعاقده مع المستهلك – بما في ذلك المحررات والمستندات الالكترونية– البيانات التي من شأنها تحديد شخصيته، وخاصة بيانات قيده في السجل الخاص بنشاطه وعلامته التجارية إن وجدت. فهذه المادة تمثل حماية خاصة للمستهلك الذي يتعاقد بطريقة الكترونية بالزام المورد بوضع البيانات الخاصة على موقعه.

أما الحماية الخاصة للمستهلك في مواجهة مبدأ سلطان الإرادة فقد تبلورت في المادة العاشرة التي نصت على أنه "يقع باطلاً كل شرط يرد في عقد أو وثيقة أو مستند أو غير ذلك مما يتعلق بالتعاقد مع المستهلك، إن كان من شأن هذا الشرط إعفاء مورد السلعة أو مقدم الخدمة من أي من التزاماته الواردة بهذا القانون".

وبذلك جعلت هذه المادة من نصوص قانون حماية المستهلك الحد الأدنى للحماية في العلاقات التعاقدية. ويتم استبعاد أي شرط ينتقص من هذه الحماية، أو يؤدي إلى تطبيق قانون ينتج عنه إعفاء التاجر من التزاماته الواردة في القانون المصري لحماية المستهلك. وبهذا يستبعد اختيار القانون الواجب التطبيق إذا أدى إلى النيل من حماية المستهلك، والنصوص المقررة لحمايته تقف حائلاً أمام تطبيق أي قانون يهدف بالدرجة الأولى إلى تحقيق مصالح الشركات والمشروعات التجارية. ففي رأينا أن هذا النص يعد نصاً خاصاً، يقيد ما ورد في نص المادة 19 من القانون المدني، ويستبعد بموجبه هذا الاختيار للقانون الذي يحكم عقد الاستهلاك إذا كان ضاراً بحماية المستهلك.

كذلك يحقق هذا النص، مع نص المادة الرابعة التكامل في مجال عقود الاستهلاك الالكترونية في الحد من حرية التاجر أو المورد في فرض شروط تعسفية على المستهلك.

ثانياً – التشريعات المقارنة:

ورد النص على حماية المستهلك في العديد من التشريعات الوطنية الحديثة التي أفرزتها المتغيرات التي تحدث في مجال التجارة الدولية، وظهور التجارة الالكترونية، نتيجة لاتساع رقعة التعامل على شبكة الانترنت في المعاملات المدنية والتجارية، ونذكر هنا بعض التشريعات على سبيل المثال.

ففي المغرب: صدر القانون رقم 31/8 في 18 فبراير 2011 والخاص بحماية المستهلك[108]. وعرفت المادة الأولى منه المستهلك بأنه " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني أو يستعمل لتلبية احتياجاته غير المهنية منتوجات أو سلعاً أو خدمات معدة لاستعماله الشخصي أو العائلي". ونصت المادة الخامسة عشر منه على أنه "يعتبر شرطاً تعسفياً كل شرط يكون الغرض منه أو يترتب عليه اختلال كبير بين حقوق وواجبات طرفي العقد على حساب المستهلك". فإذا أدى شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى فقدان التوازن في العقد لصالح التاجر، فإنه يجب استبعاده باعتباره شرطاً تعسفياً، تطبيقاً لهذا النص.

بيد أن هذا القانون تميز بوجود نصوص خاصة بالعقود المبرمة عن بعد، أو عن طريق الانترنت في الباب الثاني منه، حيث تناولت المادة (25) منه مفهوم هذه العقود، وعرضت المادة (26) لمجال تطبيق أحكام هذا الباب على كل شخص طبيعي أو معنوي يمارس نشاط عن بعد أو يقترح بواسطة الكترونية توريد منتج أو تقديم خدمة للمستهلك، كما تطبق هذه المقتضيات على كل عقد ينتج عن هذه العملية بين مستهلك ومورد باستخدام تقنيات الاتصال عن بعد.

وبالتالي يستفيد المستهلك الالكتروني من كافة النصوص الواردة في الباب الخاص بالتعاقدات الالكترونية، مثل المعلومات الخاصة بالسلعة أو الخدمة (م 32) وعدم اعتبار سكوته قبولاً (م33) وحق الرجوع في التعاقد خلال سبعة أيام من تاريخ إبرامه للعقد وقبوله له عبر الوسائل الالكترونية. وبالتالي لا يجوز أن يؤدي شرط اختيار القانون الواجب التطبيق إلى حرمان المستهلك

---

(108) نصوص هذا القانون منشورة على الموقع الالكتروني:
.http://www.omanlegal.net/vb/showrhead.php?t=6977

من الحماية المقررة بنصوص هذا القانون، وخاصة في تلك العقود التي تبرم باستخدام تقنيات الاتصال الحديثة.

وفي البحرين: صدر قانون حماية المستهلك رقم 35 لسنة 2012 في 12 يوليو 2012. وتناولت المادة الأولى منه تعريف المستهلك بأنه الشخص الطبيعي أو المعنوي الذي يتعاقد لاشباع احتياجاته الشخصية والعائلية. ثم عرضت المادة الرابعة لضرورة تزويد المستهلك في المحررات والمستندات الالكترونية بالبيانات التي من شأنها تحديد شخصية التاجر أو المورد. أما المادة العاشرة فقد اعتبرت كل شرط يؤديي إلى إعفاء التاجر تجاه المستهلك من التزاماته المحددة بهذا القانون من الشروط الباطلة. ويتقرر ما أوردناه بشأن القانون المغربي على القانون البحريني أيضاً في شأن اختيار قانون يحرم المستهلك من الحماية المحددة بالقانون البحريني. فيستبعد هذا الشرط، بل أنه يكون معرضاً للبطلان، حسب نص المادة العاشرة من القانون المذكور.

وفي سويسرا: وعلى صعيد العلاقات الخاصة الدولية، نذكر المادة 2/120 من مجموعة القانون الدولي الخاص السويسري لعام 1987[109]، والتي استبعدت صراحة اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق في العقود المبرمة بواسطة مستهلكين[110]. فإذا اختار أطراف العقد قانون آخر غير القانون السويسري يستبعد قانون الإرادة ليطبق هذا القانون. ونتقيد هنا حرية الاختيار في العقود الالكترونية التي تبرم بين تجار ومستهلكين B to C،

---

(109) نصوص هذا القانون منشورة في المجلة الانتقادية للقانون الدولي الخاص (Rev.crit) 1988، ص 409 وما بعدها.

(110) تنص المادة 2/120 من هذا القانون على أن:

" L'élection du droit est exclue".

خاصة وأن هذا القانون أشار إلى هذه العقود، كما سنرى لاحقاً عند دراسة الاختصاص القضائي الدولي[111].

وفي الكيبك: تنص المادة 3117 من القانوني المدني لمقاطعة الكيبك الصادر عام 1994[112] على أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق لا يجوز أن يحرم المستهلك من الحماية المقررة بنصوص قانون محل إقامته المعتادة، إذا كان العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة، أو أتم المستهلك الإجراءات الضرورية لابرام العقد في هذه الدولة[113].

واللافت لانتباه هنا أن اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق يستبعد لصالح قانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، وبالتحديد لصالح النصوص الآمرة التي تحمي الأخير، وذلك عند تلقي الطلب أو الدعاية في هذه الدولة.

وإذا نظرنا إلى فكرة الدعاية الموجهة إلى المستهلك نجد أن ذلك يحدث بصورة واضحة في العقود الالكترونية، حيث يوجه التاجر أو المشروع من خلال موقعه الالكتروني جميع أنواع الدعاية التي تجدب مستخدم الانترنت وتدفعه للتعاقد، بالنظر إلى العروض المغرية، والتسهيلات التي يقدمها التاجر،

---

(111) أنظر لاحقاً ص 103 .

(112) نصوص هذا القانون منشورة على الموقع الالكتروني التالي:
.http://www.ccq.lexum.org/ccq/section-do?lang=fr&article

(113) ورد النص الفرنسي لهذه المادة على النحو التالي:

"Le choix par les parties de la loi applicable aux contrats de la consomation ne peut avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection qui assurent les dispositions impératives de la loi de l'Etat ou il a sa résidence si la conclusion du contrat à été précède dans ce lieu, d'un offre spécial ou d'une publicité et que les actes nécessaire à sa conclusion y ont élé accomplis par le consommateur,ou encore,si la commande de ce dernier y a été reçu".

والتي يتم توجيهها حتى عبر الرسائل الالكترونية le couraiere électronique[114] لشخص أو عدة أشخاص في محال إقامتهم.

ويؤكد لنا هذا العرض الموجز لبعض التشريعات التي أشرنا إليها أنها حاولت التقليص من دور مبدأ سلطان الإرادة في العقود الدولية التي تبرم عن طريق الانترنت، والتي يكون الطرف الآخر فيها هو المستهلك، أملاً في تحقيق التوازن بين طرفي العقد.

---

(114) راجع:

L.A.KOTEICHE: La loi applicable…,Op.cit,p.68.

المطلب الثاني

الاتفاقيات الدولية والتوجهات الأوروبية

تقسيم:

نقسم هذا المطلب إلى فرعين، نوضح في الأول حدود مبدأ سلطان الإرادة في الاتفاقيات الدولية، وفي الفرع الثاني موقف التوجهات الأوروبية من العقود المبرمة الكترونياً والتي تتم مع مستهلكين.

الفرع الأول

حدود مبدأ سلطان الإرادة

في الاتفاقيات الدولية

حرص المشرع الأوروبي على وضع قواعد خاصة بالعقود الدولية، وذلك من خلال اتفاقية روما لعام 1980 بشأن القانون الواجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، والتي التي حل محلها تشريع روما 1 لعام 2008 [(115)]. لذلك نعرض لموقف هذا الأخير، حيث جاء لاحقاً على التطورات الحديثة في مجال التجارة الالكترونية، ويشمل العقود الدولية التي تبرم عبر الانترنت. وتناولت المادة السادسة منه العقود التي تتم بين المشروعات والمستهلكين أو عقود الـ B to C.

---

(115) أنظر سابقاً: ص 56 ، 57 .

1 – مضمون المادة السادسة من تشريع روما لعام 2008:

نصت المادة السادسة من تشريع روما 1 لعام 2008 في فقرتها الثانية بعد أن أوضحت مفهوم المستهلك في الفقرة الأولى[116] على أن العقد يكون محكوماً بقانون دولة محل الإقامة المعتادة للمستهلك، شريطة أن يكون المهني قد مارس أنشطته المهنية داخل دولة محل إقامة المستهلك، أو وجه أنشطته تجاه هذه الدولة، أو تجاه عدة دول من بينها دولة محل إقامة المستهلك، بكافة الوسائل.

وتأسيساً على ذلك يطبق قانون محل إقامة المستهلك على العقود الدولية التي يمارس فيها المهني نشاطه أو يوجهه إلى هذه الدولة بأي وسيلة متاحة له، ولا سيما استخدام كافة أنواع الدعاية والوسائل التي تحث المستهلك على التعاقد، مع الوضع في الاعتبار تسخير كافة التقنيات الحديثة في الاتصال، والانترنت، بحسبان أن ذلك يتصل بعلم المستهلك بسهولة ويسر وفي مسافة زمنية بسيطة. كما تقدم له الخدمة التي يسعى إليها بأيسر السبل، دون ادراك لخطورة الشروط التي تفرضها عليه الشركات والمشروعات.

أما الفقرة الثالثة من التشريع المذكور فقد حددت القيود التي ترد على مبدأ سلطان الإرادة في عقود المستهلكين الدولية، حيث اشترطت ألا يؤدي اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق إلى حرمان المستهلك من الحماية المقررة له بنصوص القانون الواجب تطبيقه في حالة عدم وجود اختيار من جانب الأطراف [117].

---

(116) أنظر سابقاً: ص 57 هامش رقم 88 .

(117) جاء النص الفرنسي للمادة 3/6 على النحو التالي:

"Le choix ne peut cependant avoir pour résultat de priver le consommateur de la protection que lui assurent les dispositions auxquelles il ne peut être dérogé par accord en vertu de la loi qui

2 – حدود تطبيق المادة السادسة من تشريع روما:

لم تمنع المادة السادسة الأطراف في العقد من اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود المستهلكين، سواء كانت هذه العقود مبرمة بالطرق التقليدية، أو كانت عقوداً الكترونية. إلا أنها أوجبت تطبيق قانون محل إقامة المستهلك عند توافر شروط تطبيقه، وذلك في حالة عدم وجود اختيار للقانون الواجب التطبيق.

أما في حالة الاختيار من جانب الأطراف في عقد الاستهلاك، فإن ذلك يجب ألا يحرم المستهلك من الحماية الواردة في قانون محل إقامته. ويعد هذا القانون الأخير ممثلاً للحد الأدنى للحماية، والتي لا يجوز النيل منها بتطبيق قانون آخر يحقق مصالح التجار والموردين[118].

ولا شك أن بقاء مبدأ سلطان الإرادة، والاعتراف بدوره في تحديد القانون الواجب التطبيق يتفق مع المادة السادسة من تشريع روما 1 في الحالة التي يؤدي فيها إلى تطبيق قانون أكثر حماية للمستهلك من قانون محل إقامته المعتادة.

والمتأمل في تشريع روما يجد أنه يوفر حماية خاصة للمستهلك الذي يتعاقد عبر الانترنت، أياً كان المكان الذي يتصل فيه علمه بعلم المتعاقد الآخر، وأياً كان مكان أو موقع تبادل الايجاب والقبول باستخدام التقنيات الحديثة. فالمستهلك في النهاية له مكان إقامة محدد، ويحتمي بالنصوص الواردة في قانون محل إقامته.

---

aurait été applicable,en L'absence de ce choix,sur la base du paragraphe 1".

(118) راجع:

G.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Op.cit,p.419.

وإذا أخذنا بعين الاعتبار حداثة هذا التشريع، نجد أن واضعوه لم يغب عنهم التقدم الحادث في مجال التجارة الالكترونية وما قد ينتج عنه من تعاقدات، ووجود بعض العقود التي تكون بحاجة إلى حماية أحد أطرافها. الأمر الذي أدى إلى إقرار نص المادة السادسة، وما تبعها من شروط خاصة للحد من دور الإرادة في تحديد قانون العقد.

فالتشريعات الأوروبية تعمل على إيجاد نظام قانوني مشترك يتبنى مصلحة الأفراد المقيمين على أقاليم المجموعة الأوروبية، وكذلك كافة العمليات الاقتصادية، وهو ما يستتبع مراعاة كافة المسائل ذات الصلة بالتجارة الالكترونية، خاصة عند النظر إلى الانترنت على أنه يعمل في مجال اللا قانون non droit [119]. فهذه النظرة – المخيفة – تتطلب تدخل الدول في هذا الشأن لبسط سيادتها، وإنزال حكم القانون على كافة المعاملات المدنية والتجارية، والتقليدية، أو التي تتم في الفضاء الالكتروني.

فإذا كان للأطراف في العقد الالكتروني، حرية اختيار القانون الذي يحكم العقد الذي يبرم أو ينفذ كلياً عبر الوسائل الالكترونية، أو يتم عن بعد دون تواجد مادي لهم [120]. فإن ذلك اقتضى تدخل المشرع الأوروبي ليضع حدوداً لهذا الاختيار، بما يحفظ مصالح الطرف الضعيف، وكذلك التوازن في العلاقات العقدية غير المتكافئة.

---

(119) راجع:

C.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Op.cit,p.417..

(120) راجع:

S.FRANCQ et F.JAULT: Les lois de police,une approche de droit compare, in collection: Le règlement communautaire "Rom1" et le choix de lois dans les contrats internationaux,Paris,Litec.,2011, p.357et ss, spéc.p.363et364.

ولم يقف تشريع روما فقط عند عقود الاستهلاك، بل تناول أيضاً عقد النقل في المادة الخامسة، وعقد التأمين في المادة السابعة، وعقد العمل في المادة الثامنة. وتضمنت نصوص هذه المواد حماية خاصة للناقل والعامل والمؤمن له على التوالي، بالنظر لعدم تكافؤ أطراف هذه العقود، وأنها بحاجة إلى حماية واجبة لأحد أطرافها.

ورغم تلازم مسألة تنظيم السوق مع ضرورة إتاحة الحرية اللازمة للأطراف في مجال المعاملات العقدية الالكترونية، إلا أن ذلك لا يمنع من وضع قواعد آمرة دولياً Réglementation internationalement impérativement تطبق أياً كان القانون المختار من جانب الأطراف. وذلك بغية تحقيق الانسجام والتناغم في مجال التجارة الالكترونية[121].

وتعد القواعد الآمرة التي تضمنتها المادة السادسة من تشريع روما 1 من قبيل قوانين البوليس التي تطبق لحماية المستهلك في مجال التجارة الالكترونية، أياً كان القانون الواجب التطبيق[122]، حتى ولو كان هذا الأخير ناتجاً عن اختيار الأطراف. وتعمل الغاية الحمائية للمستهلك على اعتبار القواعد الواردة في قانون محل إقامته ضرورية التطبيق، حال وجود اختيار يضر بمصلحة المستهلك.

فقوانين البوليس هي قوانين أساسية تعمل على حماية مصالح الدولة السياسية والاقتصادية والاجتماعية، حسبما تقضي به المادة التاسعة من تشريع

---

(121) راجع:

- C.BUSSEUIL: Le choix de la loi…,Article précité,p.417.

(122) راجع:

- S.FRANCO et F.JAULT: Les lois de police,une approche de droit comparé, Article precité,p.363 et 364.

روما 1[123]. وتطبق على العقد أياً كان القانون الواجب التطبيق بموجب هذا التشريع.

وتتفق حماية المصالح العامة والأساسية للدولة مع حتمية تطبيق قوانين البوليس في عقود الاستهلاك الالكترونية (B to C) التي تنطوي على سيطرة واستئثار من جانب التاجر على كافة مجريات التعاقد، بما في ذلك اختيار القانون المناسب له ولمصلحة المشروعات الموجهة نحو المستهلك، والذي يقع ضحية التعاقد عبر الانترنت ووسائل الاتصال المختلفة، لحاجته الماسة والضرورية للسلع والخدمات التي تشبع حاجته، وتدفعه نحو القبول بكافة الشروط المفروضة عليه في العقد.

---

(123) جاء النص الفرنسي للمادة 1/9 من تشريع روما لعام 2008 على النحو التالي:

"une loi de police est une disposition impérative dont la respect est jugé crucial par un pays pour la sauvegarde de ses intérêts publics, tels que son organisation politique, sociale ou économique, ou point d'un exiger L'application à toute situation entrent dans son champ d'application quelque que soit par ailleurs la loi applicable au contrat d'après le présente règlement".

الفرع الثاني

التوجهات الأوروبية وحماية المستهلك الالكتروني

تقتضي دراسة دور التوجهات الأوروبية في تقييد إرادة الأطراف في مجال العقود الالكترونية أن نعرض للتوجيه الخاص بحماية المستهلك في التعاقد عن بعد، والتوجيه الخاص بالتجارة الالكترونية.

أولاً – التوجيه الأوروبي المتعلق بحماية المستهلكين:

تناول التوجيه الأوروبي رقم 97/7، الصادر في 20 مايو 1997[124] مسألة حماية المستهلك في العقود التي تبرم عن بعد contrats á distance. وجاء هذا التوجيه تتويجاً لجهود المشرع الأوروبي في حماية المستهلك، سواء على صعيد مجال تنازع القوانين، أو بإيجاد قواعد موضوعية حمائية واجبة التطبيق على العقود الدولية التي تخضع لقانون أجنبي عن المجموعة الأوروبية[125].

والمقصد من التوجيه المذكور حددته المادة الأولى منه وهو سن تشريع خاص للدول الأعضاء في المجموعة الأوروبية يتعلق بالعقود التي تبرم بين المستهلكين والموردين أو المهنيين، وتتم عن بعد. وعرف التوجيه هذه العقود بأنها تلك التي تتعلق ببيع أو أداء خدمات عن بعد، وتدار بواسطة المهني الذي يستخدم تقنيات الكترونية لإبرام العقود (م 1/2). وكما أوضحنا سابقاً عرضت المادة 2/2 لمفهوم المستهلك، بينما حددت الفقرة الثالثة مفهوم المورد أو المهني. أما الفقرة الرابعة من ذات المادة فقد فسرت المقصود بتقنيات

---

(124) أنظر سابقاً ، ص 58 هامش 86 .

(125) راجع:

C.CALABRESI:Le droit applicable…,Op.cit,p.24.

الاتصال عن بعد، والتي تؤدي إلى إبرام العقد دون التواجد المادي للمورد والمستهلك. وورد بالفقرة الخامسة المقصود بمدير عمليات الاتصال cyberateur de technique de communication ، وهو كل شخص طبيعي أو معنوي – عام أو خاص – يضع المورد أو المهني تحت تصرفه أحد أو عدة تقنيات عن بعد. وذلك لإمكان التعاقد مع المستهلك، دون حضوره أو دون تواجده المادي.

وتشترط المادة الرابعة من هذا التوجيه توفير المعلومات السابقة على التعاقد[126]. وهو ما يدخل في إطار الالتزام قبل التعاقد بالإدلاء بالبيانات، حيث نصت هذه المادة على ضرورة إعلام المستهلك بهوية المورد وعنوانه والخصائص الأساسية للسلعة أو الخدمة. وكذلك تكلفة الخدمة الالكترونية التي تقدم له، خاصة عندما يتم احتساب الخدمة التي تقدم عبر الوسائط الالكترونية بطريقة أخرى غير تلك التي تحتسب على أساسها عادة. ومدة صلاحية العرض أو الثمن. كما أوجبت المادة الخامسة ضرورة كتابة المعلومات للمستهلك، بالنظر إلى أن المعلومات المكتوبة informations écrit تؤدي إلى إحاطته بكافة البيانات، وإلى تنوير رضائه، مما يحقق في النهاية الحماية الفعالة له.

ولم يغب عن هذا التوجيه حماية المستهلك في مجال التعاقد عن بعد في مواجهة حرية الاختيار. وذلك تطبيقاً للمادة الرابعة عشر التي ألزمت الدول الأعضاء أن تتبنى وتحتفظ بالحد الأدنى للحماية الواجبة للمستهلك عن طريق النصوص التي تضمن تقرير الحماية المحددة بنصوص هذا التوجيه، حتى ولو اقتضى الأمر منع التجارة في بعض السلع أو الخدمات على إقليم الدولة

---

(126) راجع:

L.A.KOTEICH: La loi applicable…,Op.cit,p.96.

العضو في العقود التي تبرم عن بعد، وخاصة فيما يتعلق بتجارة الأدوية[127]. ولعل هذه المادة تقيد حرية اختيار الأطراف للقانون الذي ينتقص من الحماية المقررة للمستهلك في العقود المبرمة عن بعد، بموجب هذا التوجيه.

وبتلك المثابة، ومراعاة لمصالح الدول الأعضاء، يستبعد اختيار الأطراف للقانون إذا كان من شأنه إهدار الحماية المقررة للمستهلك في العقود الالكترونية، والأخذ في الحسبان أن نصوص هذا التوجيه تمثل الحد الأدنى للحماية المطلوبة.

وبالإشارة إلى المادة السادسة عشر من هذا التوجيه، والخاصة بإعلام المستهلك الذي يتعاقد عن بعد، نجد أنها ألزمت الدول الأعضاء أن تأخذ بالمعايير الضرورية المناسبة لإعلام المستهلك بنقل نصوص التوجيه إلى التشريعات الوطنية. ويزاد على ذلك إلزام المنظمات المهنية أيضاً بإعلام المستهلك، وبيان حقوقه عند الاقتضاء[128]، ليصبح هذا التوجيه تشريعاً ملزماً لكافة الدول الأعضاء في المجموعة الأوربية.

ولامراء في أن هذا التوجيه قيد من حرية الشركات والمشروعات في اختيار القانون الواجب التطبيق في عقود الـ B to C، والتي يتم إبرامها عبر الانترنت، أو عن طريق وسائل الاتصال عن بعد. والتي يسعى المستهلك إلى الحصول على السلعة والخدمة من خلالها، بالموافقة على كل الشروط التي

---

(127) ورد النص الفرنسي للمادة (14) على النحو التالي:

"Les Etats membres pouvant adopter ou maintenir,dans le domaine régi par le présente directive, des dispositions plus strictes compatibles avec le traité, pour assurer un niveau de protection plus élevé au consommateur. Ces disposition comprennent,le cas échéant, l'interdiction, pour des raisons d' intérêt générale, de la commercialisation sur le territoire par voi de contrats à distance de certains biens ou services, notamment des médicament dans le respect du traité".

(128) أنظر سابقاً : ص 59 .

تظهر على شاشته والمرسلة إليه من المورد أو التاجر، وذلك بالضغط على زر القبول، دون تقدير للنتائج المترتبة على تطبيق قانون أجنبي معين على العقد. وتدخل المشرع الأوروبي هدفه حماية رضاء المستهلك، والحد من الحرية التعاقدية في عقود الاستهلاك.

ثانياً- التوجيه الأوروبي للتجارة الالكترونية:

تناول التوجيه الأوروبي رقم 31 لسنة 2000، والسابق الإشارة إليه[129]، بعض الجوانب القانونية لخدمات شركات المعلومات، وخاصة التجارة الالكترونية في السوق الأوروبية المشتركة.

وبلورت المادة الأولى من هذا التوجيه الموضوع الأساسي فيه وهو توظيف السوق الأوروبية للمساهمة في حرية انتقال خدمات شركات المعلومات بين الدول الأعضاء. وشملت نصوص التوجيه نصوصاً خاصة بنقله إلى التشريعات الوطنية للتطبيق على خدمات شركات المعلومات والمؤسسات التي تؤدي خدمات تقنيات الاتصال عن بعد والعقود التي تبرم الكترونياً ومسئولية الوسطاء responsabilité d'intermédiares. وكذلك اللجوء للقضاء والتعاون بين الدول في مجال التجارة الالكترونية.

وفي سياق تقييد حرية الأطراف في عقود الاستهلاك الالكترونية أكدت المادة الأولى على أنه، وبالرغم من أن هدف هذا التوجيه هو إقرار حرية انتقال خدمات شركات المعلومات، فإن ذلك يجب ألا ينال من الحماية المقررة للمستهلك بالنصوص الوطنية، وخاصة في مجال الصحة العامة والمصالح

---

(129) **راجع**:

C.RETONZ:Quelques réflexions sur la loi applicable à la vente au consommateur,p.7.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.celog.fr/expertisas/1998/som598/commeerce0598.htm

الأساسية للمستهلك. ومع ذلك نصت الفقرة الرابعة من ذات المادة على أن هذا التوجيه لا ينشئ قواعد إضافية في مجال القانون الدولي الخاص، ولا يشمل الاختصاص القضائي الدولي[130]. ويرى البعض[131] أن هذا التوجيه لا يتعارض، رغم ذلك، مع النصوص الواردة في تشريعات الدول الأعضاء لحماية المستهلك في العلاقات الخاصة الدولية ذات الطابع الدولي، ومنها التعاقدات التي تتم الكترونياً. ونتفق مع هذا الرأي، بالنظر إلى التلازم بين المعاملات الالكترونية والطبيعة الدولية للعقد، وكذلك نص التوجيه على مراعاة المصالح الأساسية للمستهلك.

فإذا رجعنا إلى حماية المستهلك في مجال العقود التي تبرم باستخدام برامج الحاسوب والوسائل الالكترونية الأخرى، وذلك في مواجهة مبدأ حرية الاختيار، فإننا نجد ترجمة واضحة لذلك في نص المادة 3/10 من التوجيه حين نصت على أن الشروط التعاقدية والشروط العامة التي توضع من قبل مؤدي الخدمة يجب أن ترد بطريقة تسمح بإمكان حفظها أو نسخها" . لذلك يلزم في البرنامج الذي يتم طرحه من قبل مؤدي خدمات المعلومات أن يسمح بإمكان نسخ الشروط، دون وضع حماية أو عوائق تمنع نسخه أو طباعة تلك الشروط. فإذا ورد شرط تحديد القانون الواجب التطبيق غير واضح، وغير مفهوم، ولم يستطع المستهلك نسخه أو طباعته للتأكد منه ومعرفة مضمونه وآثاره، فلا ريب أن ذلك يجعله متناقضاً مع نص المادة 3/10 من التوجيه،

---

(130) **ورد نص هذه الفقرة على النحو التالي:**

"La présente directive n'établit pas des règles additionnelles de droit international privé et ne traite pas de la compétence des juridictions".

(131) **راجع:**

T.VERBIEST: La directive Européenne sur la commerce électronique.

منشور على الموقع الالكتروني التالي:

.http://www.juriseam.net/pro/2/ce2000615.htm

وبالتالي لا يلزم هذا الشرط المستهلك. وهنا يتأكد دور هذا التوجيه في تقييد حرية الأطراف في عقود التجارة الالكترونية التي يكون المستهلك طرفاً فيها.

والخلاصة: أن نصوص تشريع روما 1 لعام 2008 ونصوص التوجهات الأوروبية في مجال التعاقد عن بعد والتجارة الالكترونية اقتضت الأخذ بالمعايير الضرورية اللازمة التي تعمل على عدم حرمان المستهلك، والذي يستخدم الانترنت في إبرام العقود، من الحماية المقررة له في قانون محل إقامته، عندما يتم اختيار قانون دولة غير عضو في المجموعة الأوروبية ليحكم العقد. وأن على الدول الأعضاء أن تتخذ التدابير اللازمة لحماية المستهلك الالكتروني، وضمان الحد الأدنى للحماية له.

وليس شرط اختيار القانون الواجب التطبيق دائماً ضاراً بالمستهلك في العقود الالكترونية، وإنما يجب أن يحاط بالضمانات الكافية ، حتى لا ينال من مصلحته . ولا تثريب على هذا الشرط إذا أدى إلى تطبيق قانون يوفر حماية أفضل له من الحماية التي يقررها قانونه الوطني، أو قانون الدولة التي يقيم على أرضها.