

عقد الاستهلاك الدولي بين الخصوصية والقانون الواجب التطبيق
The law applicable to the international consumption contract

تاريخ النشر: 2021/07/15	تاريخ القبول: 2020/11/06	تاريخ الارسال: 2019/10/16
-------------------------	--------------------------	---------------------------

د. بن عصمان جمال
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
benos_djamel@yahoo.fr

*ط.د. سالم عبد الكريم
جامعة أبو بكر بلقايد - تلمسان
salemaabdelkarim13@gmail.com
عضو بمخبر القانون الخاص الأساسي

ملخص :

لقد عرف المجتمع الدولي ثورة في مجال المعلوماتية، أفرزت تغييرات بالجملة على جميع الأصعدة، خاصة ما تعلق منها بالجانب التجاري، الذي اتسعت رقعته وتعددت كفاءاته حيث أضحى المستهلك يقتني حاجياته ومتطلباته من خلال التعاقد عن بعد بواسطة خدمة الأنترنت. هذه الأخيرة وبالرغم من مميزات المتعددة كونها تعمل على اختصار الوقت والجهد، إلا أنّ المعاملات في ظلها تبقى محفوفة بالمخاطر وتشوبها الشكوك. وعليه كان لزاما الوقوف على الحماية القانونية للمستهلك في ظل عقود الاستهلاك الدولية، لا سيما البند المتعلق بالقانون الواجب التطبيق.

الكلمات المفتاحية : عقد الاستهلاك الدولي، قانون العقد.

Abstract :

The international community has known a revolution in the field of informatics that has produced wholesale changes on all levels, especially those related to the commercial aspect. Which has expended and multiplied, where the consumer is making his purchases though the internet. despite its multiple advantages, it shortens time and effort, but transactions remain risky and uncertain. Therefore, it was necessary to determine the legal

*المؤلف المرسل : سالم عبد الكريم

protection of the consumer in international consumption contracts, particularly the clause on the applicable law.

Keywords : *International consumption contract ; Contract law.*

مقدمة :

يشهد العالم في السنوات الأخيرة حركة لا متناهية في مجال المعاملات التجارية ، هذه الأخيرة التي لم تقتصر على النطاق الداخلي فقط بل طالت المجال الدولي خاصة في ظلّ الثورة المعلوماتية والتي ساهمت فيها وسيلة الأنترنت، وروجت لها مواقع التواصل الاجتماعي. وهو ما أحدث تغيير على بعض المصطلحات و الصيغ في المجال التجاري ، حيث تبنى العالم مفردات كانت بالأمس القريب تعد بالغريبة في هذا المجال. ليفرض المنطق نفسه وتكتسح العالم التجاري، نجد منها على سبيل المثال لا الحصر تلك المتعلقة بالتجارة الإلكترونية، العقد الإلكتروني، المستهلك الإلكتروني وغيرها . وبالتركيز على هذا الأخير فإننا نجد أنه يشكل نسبة كبيرة من حجم التجارة الإلكترونية. لذلك سارعت معظم التشريعات الوطنية إلى إحاطته بحماية قانونية، سواء كان ذلك بالنسبة للمعاملات التي يباشرها في إقليم دولته أو تلك التي تتعدى حدودها. وبالتركيز على الشق الدولي منها، وهو ما ينعكس في صورة عقد الاستهلاك الدولي، فإنّ هذا الأخير يعد حلقة من حلقات التجارة الدولية، ولذلك وجب الوقوف على مسألة غاية في الأهمية في هذا المجال وهي تتمثل في القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي، خاصة وأنّ هذا العقد يتميز بعدم التكافؤ في المراكز القانونية، على اعتبار أنّ المستهلك وإجماع من أهل الاختصاص يعد بمثابة الطرف الضعيف في المعادلة التجارية، حيث كان لزاما على التشريعات الوطنية والهيئات الدولية إحاطته بقدر كافي من الحماية القانونية. لذلك عمد الفقه والقضاء والمشرعين إلى معالجة المسائل المتعلقة بالإلكترونيات بشكل عام، وبالتجارة الإلكترونية بشكل خاص وهذا من خلال القياس على القواعد العامة واستنباط الأحكام لمعالجة بعض الإشكالات القانونية ، حيث باشرت العديد من الدول بما فيها العربية إلى سن ما يعرف بقانون المبادلات والتجارة الإلكترونية¹.

وتجدر الإشارة في هذا المجال أنّ المشرع الجزائري وإن كان قد أغفل في وقت سابق الإشارة إلى التجارة الإلكترونية عند تنظيمه لقواعد النزاع، مكتفيا في ذلك بما تضمنه التقنين المدني من تنظيم لبعض المسائل المتعلقة بالتجارة الإلكترونية على غرار الإثبات

الإلكتروني، الذي نصت عليه المادة 323 مكرر 01 منه². والتوقيع الإلكتروني الذي جاء في حكم المادة 327³. حيث ساوى المشرع بينها وبين تلك التي تتم بالطريقة التقليدية، شريطة أن تكون محفوظة في ظروف تضمن سلامتها. فإنه وبموجب القانون 05/18 تدارك الأمر من خلال المادة 06 التي عرّفت التجارة الإلكترونية على أنها " النشاط الذي يقوم بموجبه مورد إلكتروني باقتراح أو ضمان توفير سلع وخدمات عن بعد لمستهلك إلكتروني ، عن طريق الإتصالات الإلكترونية"⁴. كما نص في نفس المادة على مفهوم العقد الإلكتروني وهو ذلك العقد الذي يتم إبرامه عن بعد، دون الحضور الفعلي والمتزامن لأطرافه باللجوء حصريا لتقنية الاتصال الإلكتروني.

ولكن يبقى لنا أن نتساءل عن كيفية تحديد القانون الذي يحكم عقد الاستهلاك الدولي على اعتبار أن القانون هو الذي يتضمن النصوص التي من شأنها تكريس مبدأ الأمان للمستهلك؟! بصيغة أخرى ما هو القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي؟ وهل يصون هذا القانون حقوق المستهلك في حال نشوب أي نزاع بينه وبين المتعامل الاقتصادي في ظل المعطيات السابقة؟

الإجابة على هذه التساؤلات تكون من خلال الوقوف على القانون الذي يحكم عقد الإستهلاك الدولي في ظل اتفاق الأطراف في مبحث أول، في حين يختص المبحث الثاني بالفرضية العكسية أي في حالة غياب اتفاق الأطراف.

المطلب الأول: تحديد قانون عقد الإستهلاك الدولي في ظل اتفاق الأفراد

إنّ القاعدة العامة في مجال العقود تقضي بأن العقد شريعة المتعاقدين. وبالتالي كان من البديهي في المعاملات التجارية أن يضع الأطراف ما يرونه ملائما من شروط بما يتناسب والمعاملات التجارية، خاصة وأنّ هذه الأخيرة تتسم بالسرعة والتغيير. لذلك غالبا ما يعتمدون في مجال المعاملات الدولية إلى الاتفاق على تحديد القانون الواجب التطبيق على العقد بما يخدم مصالحهم، وبما يحقق القدر الكافي من الأمان القانوني في نفسيتهم. غير أنه في الحالة التي يكون فيها أحد الأطراف مستهلكا، فبعض التغيير في الفرضيات يكون جد وارد وجد محتمل. لذلك وجب الوقوف على مفهوم عقد الاستهلاك الدولي، وتبيان مدى نجاعة قانون الإرادة في ظلّه .

الفرع الأول : عقد الاستهلاك ومعايير الدولية

إن الفقه القانوني يكاد يجمع على صعوبة تحديد مفهوم العقد الدولي، حيث يرى الأستاذ Jean Christophe Pommer أنه من شبه المستحيل تحديد المقصود بالعقد الدولي، بينما يؤكد الأستاذ Lagarde أن أية محاولة لوضع تعريف محدد للعقد الدولي سيفتح الباب للعديد من المناقشات المتباينة وذلك راجع لتعذر الوصول إلى تعريف موحد ينطبق على جميع أنواع العقود الدولية⁵.

ويقصد بالعقد في العموم اتفاق إرادتين على إحداث أثر قانوني معيّن، ويتمثل هذا الأخير في إعطاء شيء أو القيام بعمل أو الامتناع عن عمل. وبالتالي يمكن القول بأنّ العقد التجاري الدولي هو عقد ينصب على معاملات تجارية موجّهة لأن تتخطى حدود دولة ما لتنتج أثرها في دولة أخرى. لدى نجد أنّ مسألة دولية العقد التجاري في حدّ ذاتها تثير خلافاً في وسط الفقه والقضاء، حيث ظهرت ثلاثة اتجاهات في هذا الصدد. اتجاه أول يعتمد على المعيار القانوني من أجل تحديد دولية العقد، فوفق هذا الاتجاه يكون العقد دولياً إذا ارتبطت عناصره القانونية بأكثر من نظام قانوني واحد، حيث تتمثل هذه العناصر إما في مكان إبرام العقد، أو مكان تنفيذه، أو جنسية المتعاقدين أو موطنهم. فيكفي إذاً وفق هذا التوجه أن يشوب علاقة المستهلك بالمهني عنصر أجنبي، كاختلاف جنسياتهم أو أماكن تواجدهم، أو كون البضاعة محل العقد متواجدة في بلد أجنبي، أو يتم تسليمها في بلد أجنبي. فهذا المجال المطلق يوسع من رقعة العقد الدولي، ويتساوى في ذلك أن يتم هذا الأخير وفق تقنيات إلكترونية أو وفق دعائم ورقية. غير أنّ هذا التوجه قبل بجملة من المآخذ منها اتّسامه بالجمود وعدم الكفاية، لأن الاعتداد بدولية العقد بمجرد توافر العنصر الأجنبي وبغض النظر عن أهمية العنصر وتأثيره في العلاقة يُخلّ بالأمان القانوني والعدل. كما أنّ من شأنه أن يوسع من رقعة التنازع بين القوانين.

أما الاتجاه الثاني كرس المعيار الاقتصادي، إذ يستمد بموجبه العقد صفة الدولية إذا ما تعلّق بمصالح التجارة الدولية. أي أن العقد في هذه الحالة ينطوي على رابطة تتجاوز الاقتصاد الداخلي لدولة معينة، كأن يتضمن مثلاً استيراد بضائع من الخارج أو تصدير منتجات وطنية إلى دولة أجنبية، حيث يترتب عليها حركة ذهاب وإياب للأموال عبر الحدود.

في حين يقوم الاتجاه الثالث على فكرة الجمع بين المعيارين السابقين بمعنى أنه لا يكفي لتقرير دولية العقد التحقق من وجود عنصر أجنبي في الرابطة العقدية بل لا بدّ من تعلق المسألة بمصالح التجارة الدولية ، وهو ما أقرته محكمة النقض الفرنسية في حكم لها صادر بتاريخ 04 جويلية 1972⁶.

وبالوقوف على المستهلك كطرف في المعادلة التجارية وجبت الإشارة إلى التعريف الذي جاء به المشرع الجزائري في نص المادة 02 من المرسوم التنفيذي 90-39 المتعلق برقابة الجودة وقمع الغش حيث جاء فيها أنّ المستهلك هو " كل شخص يقتني بثمن أو مجانا، منتوجا أو خدمة معدين للاستعمال الوسيط أو النهائي لسد حاجاته الشخصية، أو حاجة شخص آخر أو حيوان يتكفل به "⁷. وبالتالي فالمشرع الجزائري يكون قد أخذ بالمفهوم الضيق للمستهلك، حيث تم استبعاد تلك الطبقة التي تقوم باقتناء السلعة أو الخدمة من أجل إعادة الاستعمال . وهو ما كرسته المادة 03 من القانون 02-04 التي جاء فيها أن المستهلك هو " كل شخص طبيعي أو معنوي يقتني سلعا قدمت للبيع أو يستفيد من خدمات عرضت له ومجردة من كل طابع مهني "⁸.

وبالتالي يمكن القول بأن عقد الاستهلاك يكون دوليا متى تحققت أحد العناصر السالفة الذكر ، ومتى ثار بشأنه تنازع القوانين . غير أنّ المسألة وإن كانت تبدو بهذا الطرح السهل في مجال العقود التقليدية، فهي بخلاف ذلك بالنسبة لتلك التي تتم عبر الوسائط الإلكترونية، خاصة لما يكون محلّ العقد خدمة تخرج من نطاق الماديات، قد يتسلمها المستهلك مباشرة في بريده الإلكتروني. وبالتالي قد تتبدّد في هذا الطرح معالم المعيار الاقتصادي الذي سبقت الإشارة إليه.

الفرع الثاني : قانون الإرادة في مواجهة الشروط التعسفية

تعتبر قاعدة خضوع العقد الدولي لقانون الإرادة من أهم وأقدم قواعد القانون الدولي الخاص التي أرسنها قواعد تنازع القوانين في جلّ النظم القانونية. فبخلاف العلاقات الداخلية التي يحكمها القانون المحلي، فإن علاقات الأفراد الناشئة عن العقود الدولية تفتح مجالا لحريتهم بتوجيه نشاطهم على النحو الذي يروق لهم، بحيث تتعدى هذه الحرية الاتفاق على شروط العقد لتشمل اتفاقهم على القانون الواجب التطبيق بشأن العلاقة التعاقدية وهو ما يعرف بمبدأ قانون أو سلطان أو استقلال الإرادة، أو كما هو

متعارف عليه باللغة الفرنسية le principe de l'autonomie de volonté . وهذا قصد معالجة أي نزاع قد يثور بصدد العقد .

هذا وكان الاتحاد الأوروبي قد اهتم بالتجارة الإلكترونية والمستهلك، وذلك من خلال محاولة وضع إطار عام للدول الأوروبية من أجل توفير حماية قانونية للمستهلك في مجال التجارة الإلكترونية، حيث نجد في هذا الصدد التوجيه الأوروبي رقم 13/93 الصادر في 05 أفريل 1993 بشأن حماية المستهلك من الشروط التعسفية التي تفرض عليه من طرف المزود المحترف، بالإضافة إلى التوجيه الأوروبي رقم 07/97 الصادر في 20 ماي 1997 في شأن حماية المستهلكين في العقود عن بعد .

وبالرجوع لقواعد التنازع في التشريع الجزائري، نجد أنّ نص المادة 18 من القانون المدني التي نصت في فقرتها الأولى على أنه : " يسري على الالتزامات التعاقدية القانون المختار من المتعاقدين إذا كانت له صلة حقيقية بالمتعاقدين أو بالعقد " . والملاحظ من نص المادة أنه جاء بصيغة العمومية، بحث لم يخصص المشرع الجزائري نصا صريحا للقانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك .

وفي قراءة لنص المادة نجد تكريس صريح لمبدأ قانون الإرادة، حيث يسري على العقد القانون الذي يُقرّه الأطراف شريطة أن يكون له صلة بالعقد أو المتعاقدين. ومعيار الصلة في مجال عقود الاستهلاك يكتسي أهمية بالغة بخلاف عقود التجارة الدولية التي تتم بين المهنيين، بحيث نجد أنّ الكثير من أهل الاختصاص يستبعد معيار الصلة، وذلك تماشيا مع التطورات التي تعرفها ساحة التجارة الدولية، خاصة إذا ما تمت هذه العقود عن طريق وسائل الاتصال الحديثة التي يصعب من خلالها تحديد هذه الصلة⁹.

في هذا الإطار وجب حماية المستهلك من عيوب الإرادة خاصة ما يتعلق فيها بالإكراه الذي يُعرّف على أنه " إجبار شخص بغير حق على أن يعمل عملا دون رضاه، ويكون ماديا أو معنويا" . وإن كان الإكراه يقل تصوره في عقود الإستهلاك الدولية ، كون أنّ ضغوط التسويق و الحوافز التي يمارسها المهنيين لا تعد من قبيل الإكراه. وبخلاف ذلك فإن احتمال الغلط هو جدّ وارد خاصة في مجال البيوع الإلكترونية.

وتجدر الإشارة في سياق الحديث عن الإرادة ، أنّ المستهلك قد لا يساهم في الغالب من الأحيان في وضع شروط العقد، على اعتبار أنّ المني الذي يعرض السلع للبيع هو من يتولى وضع بعض العقود النموذجية على صفحات الويب Web ، تعدّ بمثابة إيجاب، في حين يصدر القبول من طرف المستهلك عن طريق الضغط على أيقونة الموافقة أو القبول.

لذلك نجد أن الجهود الدولية و التشريعات الداخلية تحرص على مواجهة الشروط التعسفية التي يضعها المني الذي يستغلّ سلطته الاقتصادية بغرض الحصول على ميزة مجحفة¹⁰.

وقد عرّف المشرع الجزائري الشرط التعسفي من خلال نص المادة 03 فقرة 05 من القانون 02/04 المحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية حيث جاء فيها: " الشرط التعسفي هو: كل بند أو شرط بمفرده أو مشتركا مع بند واحد أو عدة بنود أو شروط أخرى من شأنه الإخلال بالظاهر بالتوازن بين حقوق وواجبات أطراف العقد ".

كما يفرض المنطق من المني مراعاته لجانب الإعلام وهذا قصد تمكين المستهلك من معرفة نوعية المنتج ومزاياه الحقيقية وحتى مساوئه أو بعض عيوبه. بالإضافة إلى مراعات الجانب النفسي و الثقافي، وذلك حتى يتسنى تبصيره ومساعدته في اتخاذ قرار التعاقد¹¹.

الفرع الثالث : مدى فعالية قانون الإرادة في تكريس حماية المستهلك

إن القضاء في أحكامه الشهيرة يؤكد بأن كل عقد دولي هو يستند بالضرورة إلى قانون دولة معينة، فبالتالي هذا الفهم لا بدّ أن تراعيه كل القوانين الوضعية التي تؤسس القيمة القانونية للعقد على أساس مبدأ سلطان الإرادة¹².

لذلك يرى جانب من الفقه ورجال القانون بأن غاية الأطراف من قانون الإرادة، هو الإفلات من القانون في حدّ ذاته. وباستقراء للواقع العملي في مجال العقود الدولية نستشف بأنّ الأطراف لا يدرجون في عقودهم الشرط المتعلّق بالاختصاص التشريعي إلّا من أجل واجب تعاقدية، وهو بالضرورة استكمال إجراء شكلي وملء الفراغ أو البند الخاص بالاختصاص التشريعي. كما يشير البعض أنّ تحديد الأطراف لقانون معين وتضمينه أحد البنود هو مجرد عادة متعارف عليها في الأوساط التجارية بالصياغة

القانونية للتجارة الدولية دون أن يعكس هذا اهتماما أو همًا للأطراف بحيث يتم اختياره عن علم ويقين بضروريته¹³.

هذا ويرى البعض الآخر أنّ قانون الإرادة قد لا يضمن حقوق المستهلك على اعتبار أنّ الإرادة في حدّ ذاتها لا تستقر عند مفهوم واحد، فالقول بالاختيار الإرادي لا يقصد به التعبير الصريح فقط، ذلك أنّ المعاملات التجارية أثبتت أنّ التعبير الإرادي قد يكون ضمنا. بمعنى أنه متى تخلفت الإرادة الصريحة وجب على القاضي الذي يحكم النزاع البحث عن الإرادة الضمنية، عن طريق التعامل مع العقد والبحث في بيئته والظروف المحيطة به، والتمعن في بنوده التي تميل في مضمونها إلى نظام قانوني لبلد محدد، يكون بمثابة القانون الواجب التطبيق¹⁴.

في حين يرى جانب آخر أنّه لا مجال للحديث عن إرادة المستهلك في تحديد القانون الواجب التطبيق، وذلك راجع لكون المهني يسعى لجلب المستهلك للتعاقد باستخدام كافة وسائل الدعاية الممكنة، سواء عن طريق النشر في الصحف، أو المجلات، أو المذيع، أو التلفاز، أو عبر شبكات الأنترنت. كما يفرض عليه شروط للتعاقد في عقود نمطية مطبوعة ومعدة سلفا وهي لا تخضع لأي مفاوضات من جانبه¹⁵.

المطلب الثاني: تحديد قانون عقد الاستهلاك الدولي في ظل تخلف اتفاق الأطراف

في ظل تقصير التشريعات الوطنية في إيجاد السبل القانونية لحماية المستهلك في مواجهة العون الاقتصادي أو ما يعرف بالمهني المتعاقد، وفي ظل الانتقادات التي طالت قانون الإرادة، وهذا على خلفية التعقيدات التي تصاحب أعماله، لاسيما تلك المسائل التي تتعلق بالتحقق والتأكد الفعلي من وجود التعبير الإرادي في ظل بيئة افتراضية. بل وأكثر من ذلك، فإنّ توافر الإرادة في حد ذاتها قد أسال الكثير من الحبر ونذكر في ذلك على سبيل المثال لا الحصر مسألة الاعتداد بإرادة المستهلك في حال أبدى قبوله للبنود العقدية عن طريق استخدام تقنية البريد الإلكتروني، أين يثور الجدل حول زمان القبول ومكان القبول. حيث بدت الآراء متباينة في هذا الطرح بين مقر بالأخذ بلحظة تحرير البريد، أي اللحظة التي يحرر فيها المستهلك الرسالة الإلكترونية المتضمنة القبول، وآخر مرجح لفكرة الأخذ بلحظة إرسال البريد، أي اللحظة التي يصدر فيها المستهلك القبول من على بريده الإلكتروني. وثالث يرى في لحظة تسلّم البريد من طرف العون الاقتصادي الحلّ الأنسب

متحججا في ذلك بما وصلت إليه اتفاقية فيينا لسنة 1980 بشأن عقد البيع الدولي للبضائع في مادتها 24 التي أشارت إلى أنه: " يعتبر الإيجاب أو الإعلان عن القبول أو أيّ تعبير آخر عن القصد قد وصل إلى المخاطب عند إبلاغه شفويا أو تسليمه إليه شخصيا بأيّ وسيلة أخرى أو تسليمه في مكان عمله، أو في عنوانه البريدي، أو لدى تسليمه في مكان سكنه المعتاد إذا لم يكن له مكان عمل أو عنوان بريدي "16. في حين نهج اتجاه رابع فرضية العلم بالقبول لتحديد مكان إبرام العقد وهي اللحظة التي يطالع فيها الموجب بريده الإلكتروني الذي يتضمن القبول، وهي الفرضية التي قد تنطوي على قدر من الإجحاف في حق المستهلك.

وقصد تجنب الولوج في متاهات القانون الإرادي، كان لزاما البحث على بعض الضوابط التي يتم من خلالها تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك الدولي بما يوفر الحماية و الأمان القانوني لدى أطراف العقد على حد سواء ، وللمستهلك على وجه التحديد . لذلك نجد أنّ كلا من الفقه والقضاء والتشريعات على اختلافها، رجحت فرضية أعمال ضابط قانون محل إقامة المستهلك كأساس لتحديد قانون العقد، وفي حال ما تبين أنّ قانونا آخر هو أصح وأنسب للمستهلك فيعمل القاضي على ترجيحه.

الفرع الأول : الإسناد الجامد والإسناد المرن

في حال تخلف إرادة الأطراف في تحديد القانون الواجب التطبيق على عقد الاستهلاك، فإنّ جانبا من الفقه يناهز في هذه الحالة إلى ضرورة تركيز العلاقة العقدية في مكان معين من أجل تحديده، حيث نلمس في هذا الصدد اتجاهين : اتجاه أول يقضي بإعمال الإسناد الجامد، وهو يتسم بالجمود كونه يجعل من مركز الثقل واحد في جميع العقود وهو الموطن المشترك للمتعاقدين أو مكان إبرام العقد. ويتم تحديد مركز الثقل في الرابطة العقدية دون النظر إلى طبيعة كل عقد على حدى. ولما كانت عقود الاستهلاك تبرم في غالبتها عبر شبكة الأنترنت فإن الارتباط المادي أضحي مستبعدا كون أطراف العقد لا يجمعهم مجلس واحد. ففي حال عدم تحقق الاتحاد في الموطن يتم إعمال ضابط مكان إبرام العقد والذي يبدو على درجة كبيرة من الصعوبة كونه يتعلق بمكان إرسال رسالة البيانات ومكان استلامها على النحو الذي سبق ذكره، وهي مواقع جغرافية قد لا تشير إليها نظم الاتصال. لذلك نجد أنّ القانون النموذجي للتجارة الإلكترونية عزف عن تحديد مكان

إبرام عقود التجارة الإلكترونية، واقتصر على الإشارة إلى موطن أعمال المنشئ، وموطن أعمال المرسل إليه وذلك في سياق معالجته مكان إرسال واستلام رسائل البيانات¹⁷.

أما الاتجاه الثاني يقضي بإعمال الإسناد المرن ، فهو مبني على فكرة الأداء المميز، وهي تقوم على أساس تحديد أهمّ الأداءات الرئيسية في العقد ، والتي تختلف من عقد لآخر¹⁸. وقد جاء في نص المادة 04 من اتفاقية روما لعام 1980 أنه في حال انعدام الاختيار الصريح للأطراف يسري على العقد قانون البلد الذي به أكثر الروابط وثوقا، وهي تتوفر غالبا في البلد الذي يقيم فيه عادة وقت إبرام العقد الطرف الذي يقدم الأداء المميز. هذا ويرى الفقيه "شنايترز" متبني فكرة الأداء المميز، أنها تحقق الأمان القانوني دون فقدان المرونة المطلوبة في الإسناد، ذلك أنّ تطبيق هذه الفكرة سيؤدي غالبا إلى تطبيق قانون لا يخرج عن توقعات الأفراد¹⁹.

ولكن بالرغم من ذلك فإنّ ضابط الأداء المميز وإن كان يوافق توقعات المستهلك فإنه يضر بمصالحه كونه طرف ضعيف في العلاقة، ضف إلى ذلك فإنّ الأداء المميز غالبا ما ينصف المهني الذي يلتزم بالتسليم. ولذلك يرى البعض أنه وجب احترام القواعد الآمرة في التشريعات الوطنية عند إعمال القانون الواجب التطبيق على عقود الإستهلاك كونها تضمن الحماية لتعاملات المستهلك . حيث تقضي في الغالب من الأحيان إلى إعمال ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك. وقد حرصت اتفاقية روما على تكريس ضابط محل الإقامة المعتادة للمستهلك وذلك في نص المادة 05 فقرة 02 التي أقرت بأنّ اختيار الأطراف للقانون الواجب التطبيق ليس من شأنه أن يحرم المستهلك من الحماية التي تكفلها النصوص الآمرة في قانون الدولة التي يقع فيها محل إقامته المعتادة.

الفرع الثاني : ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك

في ظلّ الانتقادات التي طالت الضوابط السالفة نتيجة عدم تحقيقها لقدر كافي من الحماية القانونية للمستهلك، يقوم ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك على أسس وضوابط واقعية، حيث أنه يعتبر القانون الذي يضمن توقعات المستهلك، باعتباره القانون الذي ألفه، وهو يجنبه أي مفاجآت قد يحملها له قانون آخر قد يجهله. ضف إلى ذلك فإن المستهلك في ظلّ إغراءات الدعاية والإعلان التي يروج لها المهني أو تمارسها كبرى شركات الإنتاج والخدمات، غالبا ما يجد نفسه أمام حتمية قبول العرض، فيندفع للتعاقد قصد

إشباع حاجاته دون أن يعير أدنى اهتمام لشروط التعاقد أو للقانون الواجب التطبيق، الذي يظل في تصوره قانون محل إقامته المعتادة.

هذا ويمكن الجزم بأنّ القواعد الأمرة في دولة المستهلك غالبا ما توفر حماية خاصة له، فهي بالتالي تشكل جزءا من النظام العام الاقتصادي الذي يقف كعقبة أمام تطبيق القانون الأجنبي. فقانون المحل يضمن توازن العلاقة العقدية بين المهني والمستهلك، بحيث يجنب هذا الأخير تعسف و نفوذ المهني. غير أنّ مصطلح التوازن يبقى يشوبه الكثير من الغموض²⁰.

ضف إلى ذلك فإن حماية المستهلك عن طريق تطبيق محل إقامته المعتادة من شأنه إدراك الغاية المادية التي تسعى قاعدة التنازع إلى تحقيقها وهي الحماية. فالربط بين الغاية المادية وقاعدة التنازع يتفق مع طبيعة العدالة في القانون الدولي الخاص باعتبار قاعدة التنازع أداة لتحقيق العدالة وليست فقط مجرد وسيلة لتحديد القانون الواجب التطبيق بطريقة آلية²¹.

وبالرجوع للأنظمة الدولية، وتحديدًا بالوقوف عند نص المادة 05 فقرة 02 من اتفاقية روما والتي سبقت الإشارة إليها، نجد أنها تثير بعض الصعوبات عند إعمالها، خاصة بالنسبة للمستهلك الإلكتروني، على اعتبار أنّ المهني يتعاقد عن طريق شبكة مفتوحة دوليا وليست موجهة لبلد معين بالذات، كما يصعب التحقق من كون المستهلك قد أجرى الطلب عبر جهاز الحاسوب في مقر إقامته المعتاد. وبالتالي يمكن القول في هذه الحالة أنّ إعمال قانون محل الإقامة المعتاد يتوقف في النهاية على إرادة القاضي الذي يتولّى الفصل في النزاع.

كما أخذت بضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك اتفاقية لاهاي لسنة 1955 الخاصة بالقانون الواجب التطبيق على البيوع الدولية للمنقولات المادية، فبعد أن نصت في الفقرة الأولى من المادة 03 على أنّ عقد البيع يخضع لقانون محل الإقامة المعتاد للبائع وقت تلقي الطلب، أشارت في الفقرة الثانية منها على تطبيق قانون الدولة التي يوجد فيها محل الإقامة المعتادة للمشتري إذا تمّ تسليم الطلب إلى البائع أو ممثله المقيم أو غير المقيم في تلك الدولة.

أما في التشريعات الوطنية نجد أن العديد من الدول تبنت ضابط محل الإقامة المعتاد للمستهلك على غرار القانون الإنجليزي الموحد للعقود لسنة 1977 والتي أشارت إلى تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد بالرغم من اختيار المتعاقدين لقانون أجنبي في حال كان أحد المتعاقدين له صفة المستهلك، وهذا في نص المادة 27 فقرة 02 . كما حدى نفس النهج القانون الدولي الخاص النمساوي لسنة 1978 في نص المادة 41 فقرة 01 . أما القانون الدولي الخاص السويسري لسنة 1987 أقره أيضا بتطبيق قانون محل الإقامة المعتاد ولكن ببعض الشروط التي جاءت بها المادة 120 وتنحصر في: " إذا كان المورد قد تلقى الطلب من المستهلك في هذه الدولة، أو إذا كان إبرام العقد قد سبقه عرض خاص أو دعاية في هذه الدولة وقام المستهلك باتخاذ الإجراءات الضرورية لإبرام العقد فيها، أو في حال تم حث المستهلك بواسطة المورد للانتقال لدولة أجنبية لإبرام العقد"²².

الفرع الثالث: ضابط القانون الأصلح للمستهلك

قد يتعذر بشكل أو بآخر ضمان حماية للمستهلك من خلال القانون الواجب التطبيق الذي أقره الأطراف، لذلك ينادي البعض بحسم هذه الصعوبة عن طريق إعمال ما يطلق عليه "بالقانون الأصلح للمستهلك" . حيث يقع على عاتق القاضي الذي يحكم النزاع الذي يكون طرفه مستهلك بالبحث عن القانون الذي يوفر حماية أكثر لهذا الأخير كونه طرفا ضعيفا. فدور القاضي في هذه الحالة يتقرر سواء كان الأطراف قد عيّنوا القانون الواجب التطبيق عن طريق إرادتهم، أم تخلفوا عن ذلك.

ففي الحالة الأولى التي تفترض وجود قانون متفق عليه لحكم العلاقة التعاقدية ، إذا ما وجد القاضي أنّ هذا القانون لا يوفر قدرا كافيا من الحماية بالنسبة للمستهلك فإنه يبحث عن القانون الأصلح له ، عن طريق إجراء مقارنة بينه وبين القانون المختص موضوعيا بحكم النزاع. وهي مقارنة ليست بالغريبة على القاضي الذي يختص بالفصل في مسائل تنازع القوانين، فهي صورة عن تلك المقارنة التي يعقدها بين القانون الأجنبي وقانون دولته للوقوف على مدى اتفاق هذا القانون مع مقتضيات النظام العام²³.

أما في الحالة الثانية ، والتي تتجسد في إغفال المتعاقدين لاختيار قانون العقد، فإنّ القاضي في هذه الحالة غالبا ما يُقرّ تطبيق قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك بوصفه القانون الأصلح للمستهلك، ويوفّر حدّ أدنى من الحماية القانونية له.

هذا وقد طالت هذا الضابط جملة من الانتقادات، تتمحور في بعض الصعوبات التي تثار في حال كان القانون أصلح للمتهم في جانب معين، وأقل حماية في جانب آخر. أمّا البعض فيعيب على القانون الأصلح للمستهلك مبالغته في حماية هذا الأخير، كون هذا القانون يخلّ بتوقعات الأفراد، وبالأمن القانوني في مجال المعاملات التجارية على اعتبار أنّ القانون الواجب التطبيق في هذه الحالة يكون مبني للمجهول، وهو يضرّ بمصالح المهني وإن كان طرفاً قوياً في المعادلة التجارية، بحيث أنّه نتيجة لتشعب معاملاته وتعددتها، قد يجد نفسه في كلّ مرة أمام نظام قانوني جديد لحكم العلاقة التعاقدية. في حين أنّه بالنسبة للمستهلك وإن كان القانون يخالف توقعاته المشروعة فهو يوفّر له حتماً قدراً من الحماية.

الخاتمة:

يعكس عقد الاستهلاك الدولي صورة من صور التعاون والتمدّن في مجال الاقتصاد الدولي، علاوة على أنّه يحظى بمعاملة خاصة قد تجعله إلى حدّ ما يتحرّر من قبضة القوانين الوطنية. غير أنّ عدم تكافؤ مراكز أطراف المعادلة التعاقدية حتّى جل التشريعات الوطنية والاتفاقيات الدولية إلى بحث سبل الحماية التي تكفل إلى حدّ بعيد حقوق المستهلك وتحول دون هضمها من طرف المهني المتعاقد.

وإن كان تجسيد هذه المساعي يرمي إلى بث السكينة والطمأنينة في نفسية المستهلك، فإنّ بلوغها يرتبط لا محال بوضع إطار قانوني يضمن مصالحه ويكون حافزاً أمام استقرار معاملاته التجارية في ظل ما يعرف بمبدأ الأمان القانوني. فمهما تعددت الوسائل والصيغ التي يتم من خلالها اختيار القانون الذي يحكم العقد الاستهلاكي الدولي سواء أتمّ ذلك عن طريق إعمال مبدأ سلطان الإرادة أو القانون الإرادي، أو عن طريق إقرار ضوابط أخرى على غرار قانون محل الإقامة المعتاد للمستهلك أو القانون الأصلح له، فإنّ الهدف هو واحد، ويتمثل في ضمان مصالح الطرف الضعيف في العلاقة التعاقدية، ومنحه قدراً كافياً من الحماية وهذا دون هدر مصالح الطرف القوي متمثلاً في المهني. وهو ما يجعل الوصول إلى حلول وسطية أمراً شاقاً، وحماً ثقيلاً على عاتق التنظيمات القانونية بمختلف أنواعها، التي قد تجد نفسها أمام حتمية توسيع رقعة النظام العام من جهة، وإصلاح المنظومة التشريعية من جهة أخرى، وهذا ضماناً لسيرومة المبادلات التجارية. حيث أنّ المتمعن في الاقتصاد الدولي يمكنه أن يلحظ ذلك التباين الذي تعرفه التشريعات

الداخلية على وجه التحديد في المسائل التجارية خاصة الإلكترونية منها . والتي تتأثر بسياسة الدولة الاجتماعية والثقافية والتكنولوجية وغيرها، كما تتأثر بدرجة الوعي لدى رعاياها. لعلّ هذا ما يجعل من تبني القواعد المادية التي تكتسي قوامها من عادات وأعراف التجارة الدولية ضرورة، بحكم أنّها تعطي حلاً مباشراً لمسألة التنازع تزيج من خلالها ذاك التعقيد الذي طالما لازمها. ناهيك على أنّها ترسم خريطة طريق مسبقة لحقوق وواجبات الأطراف.

الهوامش:

- ¹ محمد فواز المطالقة ، الوجيز في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع ، عمان- الأردن ، سنة 2008 ، صفحة 07 .
- ² المادة 323 مكرر 01 من القانون المدني الجزائري: " يعتبر الإثبات بالكتابة في الشكل الإلكتروني كالإثبات بالكتابة على الورق ، بشرط إمكانية التأكد من هوية الشخص الذي أصدرها ، وأن تكون معدّة ومحفوظة في ظروف تضمن سلامتها " .
- ³ المادة 327 فقرة 02 من القانون المدني الجزائري: " ويعتد بالتوقيع الإلكتروني وفق الشروط المذكورة في المادة 323 مكرر 01 أعلاه .
- ⁴ القانون رقم 05/18 المؤرخ في 24 شعبان عام 1439 الموافق ل 10 ماي سنة 2018 يتعلق بالتجارة الإلكترونية ، الجريدة الرسمية العدد 28 بتاريخ 16 ماي 2018.
- ⁵ مهند عزمي أبو مغلي، منصور عبد السلام الصرايرة، القانون واجب التطبيق على عقود الاستهلاك الإلكترونية ذات الطابع الدولي، مجلة دراسات، علوم الشريعة والقانون، المجلد 41، العدد 2، عمان - الأردن، سنة 2014، صفحة 1340.
- ⁶ بوخالفه عبد الكريم ، نطاق تطبيق قانون الإزادة في عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماجستير ، كلية الحقوق والعلوم السياسية ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، سنة 2015 ، صفحة 19 .
- ⁷ المرسوم التنفيذي 90-39 المؤرخ في 03 رجب عام 1410 الموافق 30 يناير سنة 1990 يتعلق برقابة الجودة وقمع الغش، الجريدة الرسمية العدد 05 بتاريخ 31 يناير 1990.
- ⁸ القانون 02/04 المؤرخ في 05 جمادى الأولى 1425 الموافق 23 جوان 2004 يحدد للقواعد المطبقة على الممارسات التجارية، الجريدة الرسمية العدد 41 بتاريخ 27 جوان 2004 ، المعدّل والمتّم بالقانون 06/10 الجريدة الرسمية العدد 46 بتاريخ 18 أوت 2010.
- ⁹ عبد الله ذيب محمود ، حماية المستهلك في التعاقد الإلكتروني (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، دار الثقافة للنشر والتوزيع، عمان - الأردن ، سنة 2012 ، صفحة 53 .
- ¹⁰ عبد المنعم أحمد خليفة ، الحماية القانونية للمستهلك عقود توريد برمجيات الحاسوب (دراسة تحليلية مقارنة لتقرير حماية فعالة للمستهلك في مواجهة القوة الاحتكارية لشركات إنتاج برمجيات الحاسوب) ، دار الفكر الجامعي ، الإسكندرية ، سنة 2015 ، صفحة 47.
- ¹¹ بوزكري إنتصار، الحماية المدنية للمستهلك في عقد البيع الإلكتروني، مذكرة لنيل شهادة الماجستير، كلية الحقوق، جامعة الباز 02 سطيف، سنة 2013.
- ¹² أحمد عبد الكريم سلامة ، القانون الدولي الخاص النوعي ، دار النهضة العربية ، القاهرة - مصر ، سنة 2000 ، صفحة 276.

- ¹³ بوخالفة عبد الحق ، المرجع السابق ، صفحة 60 .
- ¹⁴ محمد فواز المطالقة ، المرجع السابق ، صفحة 140 .
- ¹⁵ يمينه بليمان، عقود الإذعان وحماية المستهلك، مجلة العلوم الإنسانية، جامعة الإخوة منتوري قسنطينة 1، المجلد 30، العدد 02، سنة 2019، ص 106.
- ¹⁶ صالح المنزلاوي، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة للنشر، الإسكندرية، سنة 2006، ص 414.
- ¹⁷ أشرف محمد رزق فايد ، منازعات الاستهلاك المتعلقة بالعقود المبرمة على شبكت الأنترنت ، الطبعة الأولى ، مركز الدراسات العربية للنشر والتوزيع ، مصر ، سنة 2017 ، صفحة 29 .
- ¹⁸ رملة عياض ، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية ، مذكرة لنيل شهادة الماستر ، كلية الحقوق ، جامعة قاصدي مرباح ، ورقلة ، سنة 2016 ، صفحة 47 .
- ¹⁹ مهند عزمي أبو مغلي ، منصور عبد السلام الصرايرة ، المرجع السابق ، صفحة 1358 .
- ²⁰ زياد خليف العززي ، مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية وفقاً لمبادئ مؤتمر لاهاي (2015) ، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية ، المجلد 13 ، العدد 02 ، سنة 2016 ، صفحة 388 .
- ²¹ موفق حماد عبد ، الحماية المدنية للمستهلك في عقود التجارة الإلكترونية (دراسة مقارنة) ، الطبعة الأولى ، مكتبة زين الحقوقية والأدبية ، بغداد ، سنة 2011 ، صفحة 443 .
- ²² موفق حماد عبد ، المرجع السابق ، صفحة 445 .
- ²³ موفق حماد عبد ، المرجع نفسه ، صفحة 454 .