مجلة الحقوق

فصلية علمية محكمة - تصدر عن مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت

# اتفاق التحكيم الدولي المبرم من خلال التطبيقات الإلكترونية: التعليق على قضية «سناب شات» أمام المحاكم الكويتية

د. شرف خالد الشرف - أ. بشاير نواف التويس

جامعة الكويت

مجلس النشر العلمي

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

العدد ٤ - ج٢ - السنة ٤٦

جمادى الأولى ١٤٤٤ هـ - ديسمبر ٢٠٢٢م

# اتفاق التحكيم الدولي المبرم من خلال التطبيقات الإلكترونية: التعليق على قضية «سناب شات» أمام المحاكم الكويتية

الدكتور/ شرف خالد الشرف(*)
الأستاذة/ بشاير نواف التويس (**)

ملخص:

تطورت آليات إبرام اتفاق التحكيم مع تطور التكنولوجيا واستخدام وسائل التواصل الحديثة، فلم يعد ذلك الاتفاق الذي يبرم بحضور الأطراف مادياً في مجلس العقد مع علمهم الحقيقي به وتوجه إرادتهم الصحيحة لإبرامه، وإنما أصبح التحكيم يقرُّ بضغطةٍ واحدة على زر (أنا موافق) في الموقع الإلكتروني دون قراءة الشروط والأحكام ودون الاطلاع على شرط التحكيم أو العلم به. وهذا ما حدث في الكويت عندما أراد مواطن أن يرفع دعوى قضائية ضد شركة «سناب شات» فتفاجأ بوجود شرط تحكيم تمسكت به الشركة لتدفع بعدم اختصاص القضاء الكويتي في نظر النزاع. وهو ما حدا بنا إلى التعليق على هذه القضية من خلال بيان توجه القضاء في الكويت نحو الاعتداد بهذا الشرط التحكيمي في هذا النوع من العقود، وبيان حقيقة الرضاء الصادر من المستخدم لبرنامج «سناب شات» وأهليته ومدى اعتبار هذا العقد من عقود الإذعان أو الاستهلاك، وبالتالي إمكانية حماية الطرف الضعيف من خلال تعديل شروط العقد وإبطال شرط التحكيم. كما نتناول حجية هذا الاتفاق التحكيمي - الذي انعقد عبر التطبيقات الإلكترونية - لتحديد صحته من خلال بيان القانون واجب التطبيق ومدى جواز الاتفاق على التحكيم في هذه المسائل باعتبارها متعلقة بالنظام العام من عدمه، وما يترتب على ذلك من قيام المحاكم الكويتية بالاعتراف بهذا الاتفاق التحكيمي وتنفيذه. ونختم هذا البحث بمجموعة توصيات تتمثل أهمها بضرورة صدور إرادة الأفراد عند قبول اتفاق التحكيم بطريقة واضحة جلية، وهو ما يستلزم معه قيام الموجب ببذل العناية في توضيح اتفاق التحكيم، سواء بكتابته بخطوط عريضة أو استلزام مرور القابل عليه أو الموافقة عليه خصيصاً، كما نوصي بقيام المشرع بإظهار نيته صراحة في السماح بالتحكيم الذي ينعقد

(*) الباحث الرئيس: الأستاذ المساعد في القانون الدولي الخاص - كلية الحقوق- جامعة الكويت.
(**) الباحث المشارك: ماجستير في القانون الخاص - جامعة الكويت.

**إلكترونياً من عدمه، وقيام القضاء في الكويت كذلك بتقرير مدى تعلق التحكيم في عقود الاستهلاك بالنظام العام من عدمه.**

## المقدمة:

ذاع صيت التعاملات الإلكترونية حتى أصبحت التعاقدات التي تتم عبر الإنترنت أمراً لا مفر منه، فمع تقدم التقنية ووسائل الاتصالات الحديثة أصبح لزاماً على كل فرد أن يمارس التجارة ويبرم العقود من خلال الإنترنت والتطبيقات الإلكترونية؛ مما أسفر عنه بزوغ المشكلات والصعوبات القانونية التي لا تزال التشريعات في العديد من الدول تطبق بشأنها القواعد التقليدية(١).

ومن أهم التعاقدات الإلكترونية التي طالتها وسائل الاتصال الحديثة والتقدم التكنولوجي هو التحكيم،(٢) حتى أصبح عقد التحكيم ينعقد بضغطة زر (موافق) من خلال التطبيقات الإلكترونية،(٣) ومنها تطبيق «سناب شات» الذي ثار النزاع بشأنه أمام المحاكم الكويتية(٤).

ويمثل اتفاق التحكيم عصب عملية التحكيم،(٥) فهو الأساس القانوني لالتجاء الأطراف إليه وبالتالي منع قضاء الدولة من نظر النزاع، وهو -كذلك- المحدد لنطاق

---

(١) ملحق حكم التمييز الصادر لصالح «سناب شات» الصادر بتاريخ ٢٠٢٠/٧/١٤ في الطعن رقم ٢٠١٨/٣٢٤٩ تجاري/٥، كما يمكنكم الاطلاع على جميع الأحكام المتعلقة في الدعوى محل البحث على الرابط التالي: https://shortest.link/1ehD تم الاطلاع عليه في ٢٠٢١/١١/٢٤.
انظر في ذلك: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، ٢٠٠٣.

(٢) عرف الفقهاء التحكيم بأنه: «اتفاق الأطراف على طرح منازعاتهم على محكم أو أكثر دون قضاء الدولة للفصل فيها بحكم ملزم»، انظر أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨ ، ص ١٥، انظر أيضاً: وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤، ص ٣٨٠ الذي عرفه بأنه «عقد يتفق الأطراف بمقتضاه على طرح نزاع معين على محكم أي شخص أو أشخاص يختارونهم أو تعينهم المحكمة في بعض الأحوال، وذلك للفصل فيه دون المحكمة المختصة».

(٣) حتى أصبح لهذه العقود اسم شائع وهو (click-wrap) Agreements
See Dan Streeter, Comment, Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses, 39 SAN DIEGO L. REV. 1363, 1384 (2002).

(٤) نظرت المحاكم الكويتية في عام ٢٠١٧ النزاع حول اتفاق التحكيم الذي تم من خلال التطبيق الإلكتروني «سناب شات» على ثلاث درجات - حتى التمييز في عام ٢٠٢٠- لتقرر ما إذا كانت مختصة بنظر النزاع من عدمه.

(٥) وهو ما عبر عنه العديد من الفقهاء أن اتفاق التحكيم هو قوام التحكيم وأساسه، انظر: أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه- أركانه وشروطه- نطاقه، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.

اختصاص هيئة التحكيم، وشرط لصحة حكمها[٦]. إذ يترتب على الحكم بغير اتفاق تحكيم أو خروجاً على حدوده، بطلان الحكم[٧].

وعليه فإن اتفاق التحكيم محل البحث ينحصر في تلاقي إرادة الأطراف إلكترونياً بإحالة نزاعاتهم للتحكيم، وهو ما يختلف عن التحكيم الإلكتروني،[٨] وهو التحكيم الذي «تتم جميع إجراءاته عبر شبكة اتصالات دولية بطريقة سمعية بصرية ودون الحاجة إلى التواجد المادي لأطراف النزاع والمحكمين في مكان معين»[٩].

لذلك فإنه يشترط في اتفاق التحكيم - على الرغم من استقلاله عن العقد الأصلي - توافر أركان العقد وهي الرضا والمحل والسبب،[١٠] إذ يترتب على تخلف أي من هذه الأركان انعدام اتفاق التحكيم فهو ليس إلا عقد كسائر العقود له أركان يقوم عليها وشروط لازمة لصحته[١١].

(٦) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ١٤٨٧، ١٥٢٧ لسنة ٢٠٠٧ تجاري ٣ بجلسة ١١ مايو ٢٠١٠ حيث قضت « أن المحكم لا يستمد ولايته من القانون كما هو الحال بالنسبة لقضاة المحاكم وإنما يستمدها من اتفاق الخصوم على التحكيم ... فإن التحكيم يكون مقصوراً على ما تنصرف إرادة المحتكمين إلى عرضه على هيئة التحكيم».

(٧) تنص المادة ١٨٦ من قانون المرافعات الكويتي: « ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك : - إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم...».

(٨) يستخدم البعض تعبير اتفاق التحكيم لوصف عملية التحكيم، إلا أن الصحيح أن الاتفاق هو مرحلة من مراحل التحكيم الذي يمر بالاتفاق ثم إجراءات التحكيم ثم صدور حكم التحكيم وتنفيذه، «فالتحكيم أوله اتفاق ووسطه إجراء وآخره حكم » انظر: محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧ ، ص٩٦.

(٩) خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٩، ص ٢٤٨.
See e.g. Amy J. Schmitz, "Drive-Thru" Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Binding ODR, 62 BAYLOR L. REV. 178, 182 (2010).

(١٠) يقصد بمبدأ استقلال شرط التحكيم عن العقد الأصلي هو: «أن عدم مشروعية العقد الأصلي أو عدم صحته أو بطلانه أو فسخه لا يؤثر على شرط التحكيم، سواء كان هذا الشرط مدرجاً في العقد الأصلي أم كان مستقلاً عنه في صورة اتفاق منفصل عن العقد». غير أن ذلك لا يمنع من بطلان اتفاق التحكيم في حالة صحة العقد الأصلي، انظر: عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية - ١٩٩٦، ص١٠٢. حيث يترتب على استقلالية اتفاق التحكيم عدم ارتباط اتفاق التحكيم الإلكتروني بالعقد الأصلي وعدم خضوعه لذات القانون الذي يحكم العقد. انظر: خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، مرجع سابق، ص ٢٨٣.

(١١) يذهب الكثير من الفقهاء إلى استخدام تعبير شروط صحة اتفاق التحكيم ويقسمها إلى شروط موضوعية وشكلية، انظر: د. فتحي إسماعيل والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف بالإسكندرية، الطبعة الأولى ٢٠٠٧، ص ١٠٦ وما بعدها: انظر أيضاً: د. محسن شفيق، مرجع سابق، بند ١١٢، ص ١٧٤ وما بعدها.

وبالتالي فهو عقد اتفاق على التحكيم تم انعقاده إلكترونياً عن بعد - تطبيق «سناب شات» كمثال في البحث- وهو ما يمكن تعريفه عموماً بالعقد الإلكتروني وهو: «العقد الذي يتلاقى فيه الإيجاب والقبول عبر شبكة اتصالات دولية باستخدام التبادل الإلكتروني للبيانات، بقصد إنشاء التزامات تعاقدية»[١٢].

إلا أنه وبسبب طبيعة التعاقدات الإلكترونية وما يترتب عليها من سهولة إبرامها عن بعد بين أفراد من دول مختلفة أصبح اتفاق التحكيم الوارد في التطبيقات الإلكترونية مثار منازعات وخلافات بين المتعاقدين،[١٣] فلم يعد تطبيق القواعد والأحكام العامة للعقد كافياً للتطبيق على العقد الإلكتروني، إذ لابد من بعض القواعد الخاصة التي تخرج به عن القواعد العامة التي وضعت أساساً للتعاقد العادي في نظرية العقد،[١٤] مما حدا بالبعض إلى المطالبة بأنه لابد من الأخذ في الاعتبار الطبيعة الإلكترونية التي تمت فيها هذه المعاملات وأبرمت في ظلها العقود[١٥].

وأهم هذه المشكلات القانونية التي تثار بشأن اتفاق التحكيم الإلكتروني تتمثل في مدى اعتداد القانون بالتعبير عن الإرادة الصادرة في هذا النوع من اتفاقات التحكيم، لا سيما توافر الأهلية اللازمة لطرفيه في ظل عدم معرفة الشركة (التطبيق) المسبقة بالمتعاقد الآخر - ما إذا كان كامل الأهلية من عدمه،[١٦] ومدى اعتبار الرضاء الصادر من طرفي العقد صحيحاً في ظل عدم قراءة المتعاقد للشروط النموذجية المذكورة في العقد أو المحال

(١٢) خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨، ص ٥٢.

(١٣) يجب كذلك الأخذ بالاعتبار اختلاف النظم القضائية للدول وهو ما يشجع الأفراد للجوء إلى التحكيم في العلاقات الدولية، انظر:
Richard Garnett Et Al., A Practical Guide To International Commercial Arbitration 1 (2000).

(١٤) إبراهيم الدسوقي أبو الليل: إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة المجلد الثاني، ٢٦-٢٨ أبريل ٢٠٠٣، ص٣ متوفر على الإنترنت.

(١٥) انظر: هشام بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٢، ص ٧.

(١٦) حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥، ص٢٩.

إليها،[١٧] وأخيراً فإنه بسبب ما يطغى على العقود الإلكترونية من إذعان مما قد يترتب معه عدم إمكانية المتعاقد القيام بإبرام العقد مع إمكانية استبعاد اتفاق التحكيم[١٨].

هذه الإشكالات والتساؤلات القانونية تحققت في القضية التي رفعها مواطن كويتي ضد شركة «سناب شات» أمام القضاء الكويتي، فتفاجأ بتمسك الشركة بعدم اختصاص القضاء بنظر النزاع لوجود اتفاق تحكيم تمت الموافقة عليه بين الأطراف لحظة إنشاء الحساب بالضغط على زر الموافقة على الشروط والأحكام.

وهي التي دفعتنا للتعليق على الحكم محل البحث ودراسة الموضوع من عدة جوانب أخرى لم يتطرق لها الحكم بالتفصيل، لنبين في (المبحث التمهيدي) وقائع الدعوى محل البحث أمام القضاء الكويتي ونموذج عقد شركة «سناب شات» المتفق عليه من قبل جميع المستخدمين حول العالم، ثم بحث مسألة صحة اتفاق التحكيم الذي انعقد إلكترونياً في (المبحث الأول) من خلال بيان مدى تحقق صدور الرضاء صحيحاً واكتمال الأهلية واعتبار العقد بهذا النموذج عقد إذعان أو استهلاك من عدمه.

وفي (المبحث الثاني) سنبحث مدى حجية هذا الاتفاق التحكيمي - الذي انعقد عبر التطبيقات الإلكترونية - أمام المحاكم الكويتية من خلال بيان القانون واجب التطبيق على الاتفاق التحكيمي؛ وذلك لتحديد صحة اتفاق التحكيم، وكذلك بيان محل هذا العقد (اتفاق التحكيم) ومدى جواز الاتفاق على التحكيم في هذا النوع من العقود، وما يترتب على ذلك من قيام المحاكم الوطنية بالاعتراف بهذا الاتفاق التحكيمي وتنفيذه.

---

(١٧) تقوم أغلب الشركات بالإحالة إلى شروط نموذجية تحتوي على شرط التحكيم دون علم حقيقي من الطرف الموافق بها كما في القضية محل البحث، انظر: آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد ٦ عدد ٢- يونيو ٢٠٠٩، ص٢٠٥.

(١٨) نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزع، الطبعة الأولى ٢٠٠٥، ص ٥٦، نجد أن هناك بعض الأحكام الأمريكية -التي تخالف التوجه العام بالسماح بالتحكيم في عقود الإذعان- ما قررت المحكمة فيها بطلان الشرط بسبب عدم تكافؤ الأطراف في العقد وأنه عقد «يؤخذ أو يترك» دون نقاش، انظر:
Whitney v. Alltel Commc'ns, Inc., 173 S.W.3d 300 (Mo. Ct. App. 2005).

# المبحث التمهيدي
# (وقائع القضية)

## تمهيد وتقسيم:

ارتأينا أن نستهل البحث بهذا المبحث التمهيدي، والذي نتناول من خلاله وقائع الدعوى محل البحث أمام القضاء الكويتي، وبيان نموذج عقد شركة «سناب شات» الذي تم الاتفاق عليه من قبل جميع المستخدمين حول العالم؛ حيث إننا نرى أن الحكم الصادر في الدعوى يثير عدة إشكاليّات تحتاج إلى المناقشة والتعليق والتي سنعالجها تفصيلاً في المباحث الرئيسية في هذا البحث.

تتلخص وقائع الدعوى محل البحث في أن المدعي قد أقامها ضد شركة «سناب شات» - الأمريكية؛ نعياً على إلغائها حسابه الشخصي على تطبيق Snap المملوك لها، وقال شرحاً لدعواه أنه أنشأ حساباً إلكترونياً على هذا التطبيق، وأنه يشترط لإنشاء الحساب أن يضغط - زر موافق - على «شروط الخدمة»، والتي تمثل عقداً ملزماً لكل من الشركة والمستخدم؛ والتي لا يحق للمستخدم أن يقوم بإنشاء الحساب والتمتع بخدمات التطبيق إلا بالموافقة على هذه الشروط دون إمكانيَّة استبعاد أي منها.

وبعد محاولات حثيثة لاسترداد حسابه بعدما قامت الشركة بإلغائه إلا أنها قوبلت بالرفض، مبررة ذلك الإلغاء أنه يرجع لأسباب أمنية (دون بيان تلك الأسباب)، فقرر المدعي رفع دعواه أمام المحاكم الكويتية ضد شركة «سناب شات» - الأمريكية - وأعلنها بالطريق الدبلوماسي المقرر قانوناً، ولكنه تفاجأ بوجود شرط تحكيم تمسكت الشركة بمواجهته باعتباره وارداً ضمن شروط الخدمة التي تمت الموافقة عليها عند إنشاء الحساب.

إذ نصت شروط الخدمة الخاصة بشركة «سناب شات» على شرط الالتجاء إلى التحكيم[١٩]. والذي جاء به أن «المستخدم يوافق على أنّ جميع المطالبات والنزاعات (سواء كانت تعاقدية أو ناشئة عن وقوع أضرار أو غير ذلك)، بما في ذلك جميع المطالبات والنزاعات القانونية التي تنشأ عن أو تتعلق بشروط الخدمة أو استخدام الخدمات والتي لا يمكن حلها في محاكم المطالبات الصغيرة سيتم حلها من خلال التحكيم الملزم

(١٩) انظر شروط الخدمة الخاصة بشركة «سناب شات» والتي تشكل عقداً ملزماً بين الشركة والمستخدم: https://snap.com/ar-SA/terms تم الاطلاع عليها في ٢٠٢١/١١/٢٤.

على أساس فردي، وهي تتضمن أيضًا الدعاوى والنزاعات التي نشأت بين الشركة والمستخدمين قبل تاريخ سريان هذه الشروط.»[٢٠].

ونود أن نشير قبل شرح صلاحية اتفاق التحكيم أن شروط الخدمة التي يجب على المستخدم الموافقة عليها عند إنشاء الحساب لا تستلزم المرور عليها كاملةً قبل الضغط على زر موافق؛ بل حين يقوم المستخدم بالضغط على تسجيل وقبول «Sign up & Accept» - فإنه يقر بأنه قرأ سياسة الخصوصية ووافق على شروط الخدمة، كما أن الشرط الخاص بالتحكيم لم يكن مغايراً عن بقيّة الشروط، أي أنه لم يكتب بخط عريض أو مسطر، ولكنه كبقيَّة الشروط لا يوجد ما يميّزه عن غيره، وأخيراً فإن هذه الشروط إلزامية لا تتيح للمستخدم استبعاد أي شرط أو التفاوض بشأنها.

وعليه فإننا سنتناول في المبحث الأول مدى صحة اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونيَّة من خلال ثلاثة مطالب: أوّلها: صحة الرضاء الصادر من المستخدم، وثانيها: مدى تحقق الأهليَّة عند الموافقة على شروط الخدمة، وثالثها: اعتبار العقد بهذا النموذج عقد إذعان أو من العقود الاستهلاكية من عدمه.

(٢٠) يجب أن نشير أن شروط الخدمة الخاصة الواردة في الموقع حالياً تختلف عن الشروط التي اتفق عليها الأطراف وقت نشوء النزاع، للاطلاع على الاتفاق السابق يمكن الرجوع إلى الأحكام في القضية محل البحث على الرابط الإلكتروني الأول الخاص بالملحق.

## المبحث الأول: صحة اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونيَّة

نظّم المشرع الكويتي الأحكام الخاصة بالعقود - كأصل عام - في القانون المدني بالمواد من (٣١ إلى ٢١٩) حيث وضع الإطار القانوني للعقود من حيث تعريفه للعقد وشروط انعقاده، ثم بيّن آثاره وكيفيّة انحلاله. ويمكن تعريف العقد بأنه: «توافق إرادتين أو أكثر على إحداث أثر قانوني، يستوي هذا الأثر أن يكون إنشاء التزام أو نقله أو تعديله أو إنهاءه»[٢١]. على أن ينعقد العقد بمجرّد صدور القبول المطابق واتصاله بعلم الموجب بما يحقق معه التراضي بين الطرفين في مجلس العقد -سواء كان ذلك في مجلس حقيقي أم حكمي،[٢٢] وهذا ما يقصد به توافق الإرادتين[٢٣].

فما الرضاء إلا تطابق بين الإرادة والتعبير؛ أي أن يعبر المتعاقدان في مجلس العقد تعبيراً صريحاً باتجاه نيتهما إلى إبرام العقد، وذلك من خلال استعمال ألفاظ واضحة تدل على إحداث الأثر القانوني،[٢٤] ألا أن هذا الرضاء يجب أن يكون صادراً ممن يملك الأهلية الكاملة لإصداره[٢٥].

---

(٢١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٤٧. انظر: المادة ٣١ من القانون المدني رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠: «العقد هو ارتباط الإيجاب بالقبول على إحداث أثر يرتبه القانون».

(٢٢) عرف الفقهاء مجلس العقد الحقيقي بأنه: «مجلس العقد هو المكان الذي يضم المتعاقدين. وليس الملحوظ فيه هو المعنى المادي للمكان، بل الملحوظ هو الوقت الذي يبقى المتعاقدان منشغلين بالتعاقد دون أن يصرفهم عن ذلك شاغل آخر. ولا يلزم ذلك أن يكون القبول فوراً بل يجوز أن يبقى الموجب له يتدبر الأمر شيئاً من الوقت، حتى إذا عقد العزم على القبول فعل ذلك. ويكون القبول صحيحاً بشرطين: (الشرط الأول) أن يبقى كلا المتعاقدين منشغلاً بالتعاقد. فإذا انصرف أي منهما إلى شيء غيره اعتبر المجلس قد انفض، وسقط الإيجاب. و(الشرط الثاني) أن يبقى الموجب على إيجابه، فلا يرجع فيه أثناء المدة التي يبقى مجلس العقد قائماً»، انظر: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، ١٩٥٢، ص ٢١٤، انظر أيضاً ذات المرجع، ٢٣٧ الذي عرف مجلس العقد الحكمي بأنه: «التعاقد بين الغائبين. فإن القبول يصدر ثم تمضي فترة من الزمن هي المدة اللازمة لوصول القبول إلى علم الموجب، ومن ثم يختلف وقت صدور القبول عن وقت العلم به».

(٢٣) المادة ٣٢ من القانون المدني: «ينعقد العقد بمجرد ارتباط الإيجاب بالقبول، إذا ورد على محل واستند إلى سبب معتبرين قانوناً، وذلك دون إخلال بما يتطلبه القانون الكويتي، في حالات خاصة، من أوضاع معينة لانعقاد العقد».

(٢٤) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ٣٧.

(٢٥) انظر إلى حالات عدم الاعتداد بالإرادة بأن تصدر من شخص معدوم أو هازل أو الإرادة الصورية وغيرها من الحالات الأخرى: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص ١٧٢.

وكون أن العقد ينعقد باقتران القبول الصادر عن رضاء صحيح بالإيجاب؛ إلا أن هذا القبول قد لا يكون إلا مجرّد إذعان لما يمليه الموجب من شروط، حيث لا يكون للقابل أي مجال للتفاوض أو تعديل أو إلغاء أي شرط من شروط العقد مع الموجب كسائر العقود الأخرى(٢٦).

وعليه فإننا سنقوم بدراسة هذا المبحث على النحو التالي:

## المطلب الأول: صحة الرضاء الصادر من المستخدم

بدايةً إن اتفاق التحكيم - محل هذا التعليق - هو اتفاق تحكيم تم عبر تطبيق إلكتروني، ونظراً لأهميّة هذا الاتفاق لما له من دور خلاق يصعب إنكاره في مجال التحكيم كوسيلة يمكن من خلالها اللجوء إلى فض المنازعات بين أطراف التجارة الإلكترونيَّة الدوليَّة دون التقاء مادي بين أطرافه لحظة تبادل التعبير عن إرادتهما؛ فإنه يمثل أساس ما يميّز هذا الاتفاق عن اتفاق التحكيم التقليدي،(٢٧) والذي عادة ما يستلزم أن يكون هناك تقابل مادي بين الأطراف،(٢٨) مما يتضح معه أن الاختلاف بين نوعيّ اتفاق التحكيم يكمن في الوسيلة التي يتم بها الاتفاق على اللجوء إلى التحكيم؛ والتي تكون في الاتفاق الإلكتروني(٢٩) من خلال الوسائل الإلكترونيَّة ومنها (التطبيقات الإلكترونيَّة).

يتضح مما سبق أن اتفاق التحكيم - وما يعنينا في هذا الصدد هو الاتفاق عبر التطبيقات الإلكترونيَّة - يعتبر ذا طبيعة عقدية، فما هو إلا عقد رضائي كسائر العقود ينعقد بإيجاب إلكتروني وقبول مطابق له بين أطراف الاتفاق الإلكتروني(٣٠). حيث إن

---

(٢٦) عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ١٩٩٨، ص ٢٧٩.

(٢٧) إن مفهوم اتفاق التحكيم التقليدي قد عرفه الفقه بأنه: «اتفاق الأطراف المحتكمين على الالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في كل أو بعض المنازعات التي نشأت فعلاً بينهم لحظة إبرام الاتفاق على التحكيم (مشارطة التحكيم)، أو يمكن أن تنشأ بينهم في المستقبل، بمناسبة علاقة قانونية معينة - عقدية كانت أو غير عقدية - (شرط التحكيم)» محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، الطبعة، ٢٠٠٣، ص٦٠.

(٢٨) محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، ٢٠١١، ص ١١٢.

(٢٩) مفهوم اتفاق التحكيم الإلكتروني والذي عرفه البعض بأنه: «اتفاق بين طرفين على حسب ما قد ينشأ بينهما من منازعات عن طريق التحكيم بطريقة إلكترونية؛ وهو اتفاق يبرم بصورة إلكترونيَّة حيث يتم تبادل الرسائل الإلكترونيّة فيما بين الأطراف أنفسهم» خالد إبراهيم ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩، ص ٥.

(٣٠) إن أغلب الفقه العربي ذهب إلى اعتبار اتفاق التحكيم الإلكتروني ذا طبيعة عقدية، حيث عرفه الفقه بأنه: «ذلك العقد الذي يتفق الأطراف بمقتضاه على عرض النزاع القائم فعلاً أو النزاع الذي قد =

الإيجاب الإلكتروني شأنه في ذلك شأن الإيجاب التقليدي أي يشترط به فقط أن يكون جازماً ومحدداً؛ إلا أنه يختص ببعض الأحكام الخاصة التي تميّزه عن الإيجاب التقليدي لما له من طبيعة خاصة باعتبار أنه تم عبر تطبيق إلكتروني بين غائبين لا يجمعهما مجلس واحد(٣١).

فلا حرج أن يكون الإيجاب - كما نصت المادة ٤١ من القانون المدني،(٣٢) موجهاً لجمهور من الناس أي أشخاص غير معينين بذاتهم،(٣٣) كما هو الحال في إنشاء حساب عبر تطبيق «سناب شات» snap inc.،(٣٤) إلا أن القبول وإن كان في الأصل قد يتم صراحة أو ضمناً،(٣٥) إلا أن القبول الإلكتروني من الصعب أن يتم ضمناً باعتبار أن الأجهزة الإلكترونية لا يمكنها استنتاج واستخلاص إرادة المتعاقدين من خلالها، فهو غالباً ما يتم صراحة(٣٦).

وبناء على ذلك، حين لا يتطلب القانون أن يكون التعبير عن القبول في شكل خاص فإنه من الممكن أن يتم - هذا التعبير- بأي طريقة كانت طالما أنها كافية للإفصاح عن إرادة القابل، وقد أخذ قانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن التعاملات الإلكترونية

---

= ينشأ في المستقبل بمناسبة تنفيذ عقد معين على محكمين بدلاً من عرضه على قضاء الدولة. ويتم هذا الاتفاق كأي عقد بالإيجاب والقبول». انظر: عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ٢٠١٢، ص ٩٣. وهذا الأمر الذي يؤكد معه أن اتفاق التحكيم هو عقد وليس عملاً إجرائياً؛ حيث إن المحتكمين (أطراف الاتفاق) يتفقون على التحكيم منذ البداية أي قبل أن تبدأ الخصومة؛ وبالتالي فهو ليس عنصراً من عناصر الخصومة. انظر: د. فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة الأولى، ١٩٨٧، ص ٩٠٠.

(٣١) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣، ص ٨٦.

(٣٢) المادة ٤٠ من القانوني المدني الكويتي تنص على أن: « يصح أن يوجه الإيجاب إلى أشخاص غير محددين، طالما كانت شخصية من يراد التعاقد معه غير ذات اعتبار أساسي في التعاقد، وذلك مع مراعاة ما تقتضيه ظروف الحال..»

(٣٣) عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق جـ١، رقم ١١٩ ص ٢٣٥.

(٣٤) ذهب البعض إلى أن هذا الإيجاب الموجه لا يرتقي حقاً إلى مرتبة الإيجاب؛ وإنما هو دعوة إلى عمل إيجاب (دعوة إلى التعاقد) وهذا يرجع لسبب رئيسي لعدم تعيين الشخص المقصود بالإيجاب. للاطلاع: محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥، ص ٧٤.

(٣٥) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، العقد والإرادة المنفردة، ص ١١٥.

(٣٦) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٣.

الكويتي بهذا التوجه بنص في المادة ٤ منه على أنه: «لا يلتزم أي شخص بقبول التعامل بالوسائل الإلكترونية بدون موافقته، وتستنتج موافقة الشخص من سلوكه الإيجابي الذي لا تدع ظروف الحال شكاً في دلالته على موافقته، وبالنسبة للجهات الحكومية يجب أن يكون قبولها بالتعامل الإلكتروني صريحاً فيما يتعلق بالبيانات الإلكترونية التي تكون طرفاً فيها»[٣٧].

وهنا يثور تساؤل في غايَّة الأهميَّة، هل يتوافر القبول في هذا الاتفاق الإلكتروني - موضوع هذا البحث - بمجرد ضغط المستخدم على أيقونة التسجيل والقبول «Sign up & Accept» من عدمه؟ وهل تحقق علم القابل بالشرط التحكيمي، وبالتالي فإن قبوله قد انصب على شيء معلوم؟[٣٨] وللرد على هذه التساؤلات فإنه من الواجب علينا بدايةً دراسة مدى توافر صحة الرضاء الصادر من المستخدم قانوناً.

إذ كان هذا الاتفاق الإلكتروني ينعقد بالتراضي، فإنه فضلاً على أن الرضا يعد ركناً أساسياً لقيام الاتفاق، وشرطاً من الشروط الموضوعيَّة لصحته، إلا أنه يجب أن يكون صحيحاً وسليماً؛[٣٩] بأن تتجه إرادة المتعاقدين الحقيقية بالالتجاء إلى نظام التحكيم للفصل في منازعاتهم دون المحاكم المختصة أصلاً بالنظر في النزاع والفصل فيها، فإذا كان هذا الرضاء فاسداً أو تشوبه أية شائبة فإن الاتفاق على التحكيم يكون قابلاً للإبطال[٤٠].

وبالرجوع إلى الحكم محل التعليق، فإننا نرى أن المحكمة أقرت بوجود - شرط الاتفاق على التحكيم- دون أن تبدي رأيها في مدى وضوحه، حيث إنها لم تلتفت إذ كان

(٣٧) المادة ٤٠ من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن التعاملات الإلكترونية.

(٣٨) يرى بعض الفقهاء أنه لا فرق في كون الطرف قرأ الشروط أم لم يقرأها، فهو ملزم بها طالما أنه وافق عليها، انظر:
Aaron Chiu, Irrationality Bound: Terms of Use Licenses and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Network Sites , 21 S. CAL . INTERDISC . L.J. 167, 170 (2011).

(٣٩) ولأهمية هذه الموافقة في أنها تنزع الاختصاص من القضاء الوطني وتحرم القابل من بعض المزايا كالطعن على الحكم، فإنه يتطلب معرفة قوتها ونطاقها، انظر:
Clotilde Jourdain-Fortier, 'Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?', in Leonardo V. P. de Oliveira and Sara Hourani (eds), Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020) pp. 35.

(٤٠) محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠، ص ١١٠-١١٢.

وصف الخدمة عند إنشاء الحساب يحقق للمستخدم العلم الكافي واليقيني بهذا الشرط من عدمه، وكان من الأجدر عليها أن تقف على مدى حقيقة علم المستخدم به، وما إذا كان رضاؤه صحيحاً ومنصباً على شرط التحكيم(٤١).

ولأن الرضاء بالاتفاق على التحكيم ليس مفترضاً؛ لأنه نظام استثنائي يسلب اختصاص القضاء الوطني المختص أصلاً بنظر النزاع؛ لذلك يجب أن يكون شرط الالتجاء إلى نظام التحكيم واضحاً وصريحاً في الاتفاق عليه بين الأطراف المحتكمين، أو أن يتم الإحالة إليه بوجه خاص وصريح(٤٢).

لذلك فإننا نرى -للقول بأن الرضاء الصادر من المستخدم صدر صحيحاً- أن تكون شروط الخدمة تتضمن تنبيهاً صريحاً وواضحاً - مدون بحروف بارزة وكبيرة أو بخط عريض أو مسطر - عن طريق الإشارة إلى وجود شرط تحكيم،(٤٣) وأن يكون هذا الشرط بالكامل مميّزاً عن بقيّة شروط الخدمة، أو يستلزم المرور عليه وقراءته بالكامل قبل إنشاء الحساب.

وهذا ما ذهبت إليه أحكام القضاء المقارن، إذ تطلبت المحكمة الأوروبية لحقوق الإنسان أن أي تنازل عن حق اللجوء إلى القضاء العادي يجب أن يكون صادراً بإرادة حرة وقانونية وقاطعة ودون مقابل،(٤٤) وقد ذهب القضاء في الولايات المتحدة الأمريكية إلى ضرورة كتابة الشرط بشكل واضح، وأن يتم توجيه القابل لقراءته(٤٥).

كما سبق وقرر - قضاء محكمة التمييز - ذلك ضمنياً في تفسير نص المادة ١/١٧٣ من قانون المرافعات بأنه: «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز

---

(٤١) العلم من أهم الأركان التي يقوم عليها أي عقد، فإذا ما اعتبرنا هذا العقد عقداً استهلاكياً - كما سنرى من خلال البحث - فإنه يقع على الشركة باعتبارها محترفاً بممارسة التجارة وتقديم الخدمات التزام بإعلام المستهلك بالبيانات الجوهرية التي من شأنها التأثير على قراره مع افتراض جهله بها، انظر: مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠، ص٥٤ -٦٠.

(٤٢) محمود السيد عمر التحيوي، مرجع سابق، ص١١٥.

(٤٣) Richard Garnett, Arbitration of Cross-Border Consumer Transactions in Australia: A Way Forward, 39 Sydney L. REV. 569, 586 (2017).

(٤٤) See Mutu and Pechstein v. Switzerland nos. 40575/10 and 67474/10 § 94 (ECHR 2 October 2018). at paragraph 103.

(٤٥) يعتبر القضاء الأمريكي سباقاً في نقاش وتناول الاتفاق التحكيمي عبر التطبيقات الإلكترونية، حيث نظر هذه المسألة في عدة قضايا تردد فيها بين التأييد والرفض حتى أسس قواعد ثابتة في صحة اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونية، انظر:
Sgouros v TransUnion Corp 817 F 3d 1029 (7" Cir, 2016); Feldman v Google Inc, 513 F Supp 2d 229 (ED Pa, 2007), 236-7.

الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين» يدل على أن الاتفاق على التحكيم يجوز أن يكون في صورة مشارطة تبرم بعد وقوع النزاع، أو في صورة شرط يتعلق بمنازعات قد تنشأ مستقبلًا، ولم يفرض القانون شكلاً خاصاً لشرط التحكيم، فللمتعاقدان أن يحرراه بأي شكل أراداه، شأنه في ذلك شأن سائر العقود الرضائية الأخرى دون التقيد بأية ألفاظ معينة مادامت عباراته تكشف في وضوح ودون غموض عن إرادة النزول عن الالتجاء إلى القضاء وحسم النزاع بواسطة التحكيم. ومتى أبرم الاتفاق صحيحاً فإنه باعتباره عقداً يلزم طرفيه باحترامه وإعمال آثاره، لا يجوز لأحدهما التحلل منه دون موافقة الطرف الآخر، ويتمثل الأثر الجوهري لهذا الاتفاق في التزام طرفيه بعرض المسائل التي يشتمل عليها على التحكيم وحجب قضاء الدولة عن الفصل فيها، بما مقتضاه أن لجوء الخصم في أي من هذه المسائل إلى القضاء يعتبر مخالفة لقواعد الاختصاص المتعلقة بالوظيفة»[٤٦].

لما كان ذلك وكان البين من هذا الحكم سالف البيان أنه يشترط في شرط التحكيم أن تكشف ألفاظه في وضوح ودون غموض عن الالتجاء إلى التحكيم؛ أي أن يكون الشرط واضحاً، فهل يمكن اعتبار ألفاظ شرط التحكيم واضحة بالنسبة للمستخدم إذا لم يكن قد اطلع عليه من الأساس؟ حيث ورد هذا الشرط ضمن شروط عديدة في وثيقة تتجاوز العشرين صفحة؟ لذلك نجد أن القضاء الأمريكي والذي يشجع اللجوء إلى التحكيم ويقر بصحة اتفاق التحكيم في العقود مع الطرف الضعيف - سواء أكان عاملاً أم مستهلكاً- قد قرر بطلان اتفاق التحكيم باعتبار أن الطرف الضعيف لم تتح له الفرصة الكافية للاطلاع على العقد؛ حيث منح ١٥ دقيقة فقط لمراجعة وتوقيع عقد مكون من ١٦ صفحة[٤٧].

ورغم ما أورده هذا الحكم من تطلب وضوح العبارات، فإنه بالولوج إلى شروط الخدمة يتبيّن لنا بأن الشرط لم يكن مميّزاً عن غيره من الشروط، مما يتضح معه عدم إتاحة الشركة للمستخدم بأن يعلم بوجود هذا الشرط، كما أنها لم تستلزم على المستخدم المرور عليه أو قراءته[٤٨].

(٤٦) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٢٠١٠/١٢٠٧ تجاري - جلسة ٢٠١١/٠٥/١٢.

(٤٧) See, e.g., Brennan v. Bally Total Fitness, 198 F. Supp. 2d 377, 383 (S.D.N.Y. 2002).

(٤٨) إن الخطوات اللازمة لإنشاء الحساب عبر التطبيق الإلكتروني فإنه يقوم المستخدم بالضغط على أيقونة الاشتراك "Sign Up" ليقوم بتزويد التطبيق باسمه، وبريده الإلكتروني، وتاريخ ميلاده، واختياره اسم مستخدم خاص به، وكلمة مرور. وحتى يستطيع المستخدم إنشاء حسابه بعد إجراء تلك الخطوات، فإنه يضغط على أيقونة التسجيل والقبول "Sign Up & Accept" وهو ما يترتب عليه بأنه يكون قد وافق على شروط الخدمة ومنها شرط الالتجاء إلى التحكيم.

ونخلص مما سبق أنه حتى يتحقق الرضا السليم الذي يقع على شيء معلوم - على الأقل أن يكون الطرف الآخر في العقد قد اطلع عليه؛ أنه كان من المفترض على الشركة أن تلزم المستخدم قبل أن ينقر على أيقونة تسجيل وقبول «Sign Up & Accept» أن تظهر أمامه جميع الشروط الأساسيَّة والجوهريَّة ومنها - الشرط محل الإشكاليَّة التي نحاول معالجتها - وأن يمر عليها مروراً كاملاً ليتسنى له قراءتها، أو حين يضغط على الأيقونة يظهر أمامه تنبيه بمثابة تأكيد آخر له بأنه موافق على تلك الشروط؛ وبذلك تكون الشركة بذلت العناية الواجبة لاتصال علم المستخدم بكافة الشروط(٤٩).

وهذا ما قررته المحاكم الأمريكية في عدة قضايا إذ اعتمدت معيار «الإشعار المعقول» لشرط التحكيم لتحدد هل كان بإمكان المستخدم الاطلاع على شروط العقد ومنها شرط التحكيم لو أنه بذل العناية المعقولة(٥٠).

وكون أن شروط الخدمة تتضمن تنظيماً مفصلاً للقواعد والأحكام التي تنظم الاتفاق على التحكيم بين الشركة والمستخدم؛ وهذا ما يثور معه التساؤل الآتي: هل من الممكن اعتبار إنشاء حساب عبر التطبيق الإلكتروني بمثابة التعاقد مع الإحالة لنموذج؟ كون أن هذه الخدمة متاحة للجمهور، وأن هذه النماذج ليست عقوداً بالمعنى الدقيق، ولكنها مجرد جماع لشروط وضعت مسبقاً للتتبع في الاتفاقات المشابهة التي تبرم في تاريخ لاحق(٥١).

وفي بادئ الأمر قد يتصورّ لنا أن الاتفاق على التحكيم في العقد - محل البحث - يأخذ صورة التعاقد مع الإحالة إلى شرط التحكيم؛ وهذه الصورة من التعاقد تتطلب أن يتضمن العقد الإلكتروني المبرم بين طرفيه شروطاً جوهريَّة وتنص على الإحالة إلى

(٤٩) بل يشير البعض إلى أن أغلب الأفراد حتى عند العلم بوجود شرط التحكيم فهو يوافق عليه دون علم بمحتواه أو عواقبه، انظر:
Michael L. Rustad, et al., An Empirical Study of Predispute Mandatory Arbitration Clauses in Social Media Terms of Service Agreements, 34 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 643 (2012).

(٥٠) فقررت المحكمة أن شرط التحكيم كان واضحاً حيث كتب بخط عريض ومعنون، انظر
Cullinane v Uber Techs., Inc., Civ. A. No. 14-14750- DPW, 2016 U.S. Dist. LEXIS 89540, at 14-17 (D. Mass. July 11, 2016).

(٥١) المادة ٥١ من القانون المدني الكويتي: «١- إذا اتفق المتعاقدان على أن تسري في شؤونهما أحكام عقد نموذج أو لائحة نموذجية، سرت هذه الأحكام، ما لم يثبت أي منهما أنه عند حصول الاتفاق بينهما، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها. - وإذا كانت أحكام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية التي لم يحصل العلم بها أساسية، بطل العقد. فإن كانت ثانوية، تولى القاضي حسم الخلاف في شأنها، وفقاً لطبيعة المعاملة والعرف الجاري ومقتضيات العدالة».

نموذج مستقل يوجد بها شرط الاتفاق على التحكيم؛ وقد يكون هذا النموذج في صفحة الموقع الخاص بالشركة، كما يتطلب أيضاً أن تكون الإحالة لشرط الاتفاق على التحكيم بشكل واضح وجلي يراها المستخدم عند إبرام العقد الأصلي مع الشركة؛ وإذا قام المستخدم بإبرام العقد فهذا يعتبر قبولاً ضمنياً بشرط الاتفاق على التحكيم المحال إليه، وذلك باعتباره جزءاً لا يتجزأ من العقد(٥٢).

وإن افترضنا أن شروط الخدمة تأخذ حكم التعاقد مع الإحالة لنموذج كون موافقة المستخدم على الشروط لا توفر له الاطلاع عليها مباشرة - وإن كانت متوفرة في الموقع- إلا أنها تحيله إلى صفحة أخرى في ذات الموقع تتضمن الشروط بشيء من التفصيل، فإن هذا النوع من التعاقد صحيح وملزم لطرفيه، لكن المشرع وضع حماية إضافيَّة للطرف الذي قام بالتوقيع على العقد مع الإحالة إلى لائحة أو أحكام عقد نموذج؛ وهي أنه من الممكن استبعاد الأحكام المحال إليها - وما نعنيه هنا هو شرط الالتجاء إلى التحكيم - وعدم انطباق هذا الشرط على المستخدم في حال أثبت عدم علمه به ولم تتح له فرصة أن يعلم به،(٥٣) على أنه من الواجب أن يكون الشرط الذي يدعي المستخدم عدم علمه به جوهرياً؛ وبالتأكيد - فإن شرط الالتجاء إلى التحكيم - يعتبر كذلك لما له من طبيعة ذاتيَّة واستثنائية تخرج النزاع من اختصاص القضاء الوطني كأصل العام.

وبالرجوع إلى القضية محل التداعي أمام القضاء الكويتي، نجد أن محكمة الموضوع لم تبيّن في حكمها ما إذا كان العقد الإلكتروني بين الشركة والمستخدم بمثابة التعاقد مع الإحالة إلى - شرط الاتفاق على التحكيم- على الرغم من قيام المدعي بهذا الدفع، ولعلّ السبب يرجع إلى أن المستخدم لم يثبت أو يقدم الدليل على أنه لم يعلم بوجود الشرط أو لم تتح له فرصة العلم به؛ لذا أغفلت المحكمة الرد عليه باعتباره دفعاً غير جوهري لا يستند إلى دليل؛ ونعتقد أن المحكمة قد جانبها الصواب حين قضت بعدم

(٥٢) ريان هاشم حمدون، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، دار المنظومة، المجلد ٨، العدد ٣٠، ٢٠١٩، ص ٥٠.

(٥٣) نظام العقد النموذج أو اللائحة النموذجية ليس في حقيقته عقداً، وإن كان جليل الفائدة، من حيث إنه يتضمن نموذجاً لتنظيم تفصيلي ودقيق لما يبرمه الأفراد من عقود، إلا أنه لا يخلو من بعض مظاهر الخطورة، ففيه تقييد واضح لسلطان الإرادة، بل أصبح اليوم في كثير من الحالات - ومنها الحالة محل البحث - يتخذ وسيلة فعالة لإعمال فكرة العقد الموجه، بيد أن أخطر ما في نظام العقد النموذج يكمن في أن المتعاقد قد يرتضي الإحالة على حكمه دون أن يكون في الحقيقة قد اطلع عليه أو ألم به. وقد جاء المشرع مستهدفاً تفادي هذا الخطر. لمزيد من الاطلاع: انظر المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي بشأن المادة ٥١.

اختصاصها ولائياً بنظر النزاع لوجود شرط تحكيم دون أن تستجيب لهذا الدفع في - حكمها محل التعليق - أو أن تردّ عليه.

وترتيباً على ما سبق، فإنه يعتبر اتفاقاً صحيحاً على التحكيم كل إحالة ترد في العقد إلى نموذج أو وثيقة تتضمن شرط التحكيم إذا كانت الإحالة واضحة في اعتبار الشرط جزءاً من العقد،(٥٤) وبالنظر إلى العقد - محل البحث - فإننا نرى أنه لا يأخذ صورة التعاقد مع الإحالة إلى شرط التحكيم، وذلك يرجع إلى أنه عند إنشاء الحساب عبر التطبيق الإلكتروني فإنه لا يكون هناك على مرأى المستخدم ثمَّة عقد يتضمن شروطاً جوهريَّة تنص على الإحالة إلى نموذج يحتوي شرط الموافقة على التحكيم، فلا يوجد إلا أيقونة التسجيل والقبول «Sign Up & Accept» يقوم المستخدم بالضغط عليها،(٥٥) ويستخلص منها إقراره بأنه قرأ ووافق على شروط الخدمة (الشروط الجوهريَّة والثانويَّة)، ومن تلك الشروط شرط الموافقة على التحكيم.

لكن السؤال الذي يثور، هل يملك القاضي أن يطبق أحكام التعاقد عن طريق الإحالة على هذا النوع من التعاقدات -الذي يحتوي على شروط خدمة طويلة -لا يقوم الأفراد بالاطلاع عليها عند الموافقة؟ نعتقد أنه من الممكن تطبيق أحكام المادة ٥١ من القانون المدني بشرط إثبات المستخدم أنه عند حصول الاتفاق، لم يكن يعلم بهذه الأحكام، ولم تتح له الفرصة في أن يعلم بها، وهو صعب الحدوث عملياً لكنه قابل للتطبيق.

فلنفترض جدلاً أن شروط الخدمة عبر التطبيق الإلكتروني كانت باللغة الإنكليزيَّة فقط، دون إتاحة ترجمتها إلى اللغة العربيَّة،(٥٦) هل يمكن اعتبار قبول المستخدم لها دون علمه باللغة المكتوبة بها يتحقق معه الرضاء السليم أم يكون غير معتبر أصلاً لأنه صادر منه على جهالة، وبالتالي يمكن تطبيق أحكام المادة ٥١ من القانون المدني باعتباره غير عالم بها؟

فعلى الرغم من ذهاب البعض إلى عدم اعتبار اللغة عائقاً في التجارة الإلكترونية لتوفر الترجمة بالمجان وبشكل يسير في شبكة الإنترنت،(٥٧) إلا أن العديد من المحاكم

---

(٥٤) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ١٤٥.

(٥٥) See e.g. for "browse-wrap" agreement, Juliet M. Moringiello, Signals, Assent and Internet Contracting, 57 Rutgers L. Rev. 1307, 1318 (2005); Fteja v. Facebook, Inc., 841 F. Supp. 2d 829, 837 (S.D.N.Y. 2012).

(٥٦) اللغة العربية ضمن اللغات الرسميَّة المعتمدة في الأمم المتحدة بقرار من الجمعية العامة في ١٨/ ديسمبر/ ١٩٧٣.

(٥٧) شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت العدد ٢ لسنة ٤٤- يونيو ٢٠٢٠، ص ٤٢٣.

ذهبت إلى اشتراط توفر العلم الحقيقي للمستخدم،[٥٨] وهو ما حسمه المشرع الفرنسي من خلال قانون Tobin الصادر عام ١٩٩٤ الذي اشترط استعمال اللغة الفرنسية أو الترجمة بها في التعبير عن الإيجاب،[٥٩] وكذلك القانون الكويتي في قانون حماية المستهلك[٦٠].

ونحن نرى أنه يجب لتحقق شروط صحة الاتفاق بين الشركة والمستخدم أن يتحقق العلم الكافي للأخير؛ ولا يكون رضاؤه سليماً إذا كانت شروط الخدمة مكتوبة باللغة الإنكليزيَّة فقط، وأساس ذلك أن الشركة لم تبذل العناية الواجبة لإيصال علمه بالشروط، ونرى بأن الشركة حتى تتيح للمستخدم العلم الكافي، فإنه يتعين عليها أن توفر الشروط باللغات الرسميَّة[٦١] المعترف بها لتكون أكثر استجابةً للعولمة المعاصرة مثل فكرة الاتصال المتناسق بين المجتمعات المختلفة؛ لذلك جرى بأن جميع المواقع العالميَّة والمهمة تقدم الشروط باللغات الرسميَّة لتبذل ما بوسعها لتحقيق العلم للمستخدم[٦٢].

## المطلب الثاني: مدى توافر الأهليَّة عند الموافقة على شروط الخدمة

الرضاء هو قوام العقد وأساسه ولا قيام للعقد دونه، فإذا انعدم الرضاء بطل العقد، إلا أن توافر الرضاء بذاته غير كافٍ ليكون العقد بمنأى عن كل خلل يعتريه، إذ يلزم كذلك أن يجيء الرضاء سليماً، وهو لا يكون كذلك إلا إذا كان صادراً عن شخص متمتع بأهليّة إجراء العقد[٦٣].

---

(٥٨) Nguyen v. Barnes & Noble, Inc., 763 F.3d 1171, 1176 (9th Cir. 2014).

(٥٩) قانون Tobin الصادر في ٤ اوت ١٩٩٤، انظر: دالوز ١٩٩٦، ص ١٥٩، مشار إليه لدى شريف هنية، مرجع سابق، ص ٤٢٣.

(٦٠) انظر: المادة ٢٦ من قانون حماية المستهلك الكويتي رقم ٣٩/ ٢٠١٤ والتي نصت على: « يكون الإعلان عن السلع والخدمات، وكتابة البيانات المنصوص عليها في المادة ١٢ باللغة العربية على الأقل، ويجوز استخدام لغات أخرى إلى جانبها».

(٦١) اللغات الرسميَّة الست للأمم المتحدة هي العربية والصينية والإنكليزية والروسية والإسبانية. وتمثل الترجمتان النصية والشفهية الفورية من إحدى هذه اللغات إلى إحداها الآخر أمراً ذا بال لعمل الأمم المتحدة، ذلك أنهما سبيل التواصل الواضح والموجز بشأن القضايا ذات الاهتمام العالمي. للمزيد انظر: https://www.un.org/ar/our-work/official-languages تم الاطلاع عليه في ٢٠٢١/١١/٢٤.

(٦٢) وهذا ما قامت به شركة «سناب شات» وغيرها في مواقعها الإلكترونية، انظر: شروط الخدمة، مرجع سابق ١٨.

(٦٣) المادة ٨٣، أخذت حرفياً من المذكرة الإيضاحية للقانون المدني الكويتي.

والأهلية قد تكون أهليّة الوجوب أو أهلية الأداء؛[٦٤] والتي نعنيها في مجال اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونيَّة هي أهليّة الأداء (أهليّة إجراء العقد)[٦٥].

وقد نصت المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي على أنه: «يجوز الاتفاق على التحكيم في نزاع معين، كما يجوز الاتفاق على التحكيم في جميع المنازعات التي تنشأ عن تنفيذ عقد معين. ولا يثبت التحكيم إلا بالكتابة. ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع...»[٦٦].

ومن ثم لا يكفي إزاء النص الصريح تمتع الشخص بأهلية القيام بأعمال الإدارة والحفظ، ولا تكفي أيضاً أهلية الالتجاء إلى القضاء، بل يجب أن يتمتع الشخص الطبيعي والاعتباري الذي يريد الاتفاق على التحكيم بالأهليَّة المدنيَّة الكاملة،[٦٧] وأن يكون له أصلاً حريَّة التصرف في الحق محل النزاع حتى يتم النظر أصلاً إلى شرط التحكيم[٦٨]. ولما كانت الإرادة التعاقدية على اتفاق التحكيم يجب أن تصدر من شخص أهل للتعاقد، فهو أمر لا يثير أي إشكالية في اتفاق التحكيم التقليدي؛ حيث إن التأكد من أهليّة المتعاقدين أمر في غاية السهولة، ففيه يتم التعاقد بين الطرفين أو ممثليهم بحضورهم مادياً مزودين بمستندات تثبت هويّاتهم، غير أن هذا الأمر يصعب التحقق منه في اتفاق التحكيم الإلكتروني لكونه يتم عن بُعد، بين طرفين لا يكون بينهما تقابل مادي[٦٩].

وهذا ما يثير معه عدة صعوبات يأتي في مقدمتها: صعوبة الشركة في التحقق من أهليّة المستخدم المعتبرة قانوناً لإبرام اتفاق التحكيم الإلكتروني، ومن هنا نطرح تساؤلاً

(٦٤) انظر في الأهلية: عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، مرجع سابق، ص ٢١٣.
انظر أيضاً: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون (الجزء الأول) نظرية القانون، مجلس النشر العلمي - جامعة الكويت، ٢٠٠٦، ص٢٥٥-٢٤١.

(٦٥) مفهوم أهلية الأداء في المادة ٩٦ من القانون المدني الكويتي تنص على أن: «١- كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الاهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله. - وسن الرشد هي إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.
- ويستمر من بلغ سن الرشد مكتمل الأهلية، ما لم يطرأ عليه عارض من عوارضها، وفقاً للأحكام التالية، وغيرها مما يقضي به القانون.»

(٦٦) المادة ١٧٣من قانون المرافعات المدنية والتجارية الكويتي.

(٦٧) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص٦٦.

(٦٨) حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد عبد الرحمن، القاهرة، ١٩٩٦، ص٧٣.

(٦٩) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص٧٢.

في غايَّة الأهميَّة وهو في حال كان المستخدم (غير أهل للتعاقد) هل يكون ملزماً بالاتفاق إذا قام بالموافقة عليه؟ وستكون محاولة معالجة هذا التساؤل موضوعاً لهذا المطلب على نحو ما سيلي بيانه.

إن الأهليَّة المدنيَّة الكاملة - أهلية إبرام التصرفات - في الاتفاق على التحكيم تمثل شرطاً جوهرياً؛ لما يترتب على نقصها أو انعدامها بالنسبة لأحد الطرفين وقت إبرام اتفاق التحكيم اعتبار هذا الاتفاق باطلاً أو قابلاً للإبطال،(٧٠) وهذا مؤداه بطلان حكم التحكيم الصادر بناء عليه(٧١)، وهو ما يحقق خسارة فادحة لطرف النزاع الذي لم يتسن له التحقق من أهليَّة الآخر(٧٢). وبناء على بطلان حكم التحكيم فإنه يتم إعادة الأمر إلى المحكمة المختصة أصلاً بنظر النزاع والتي يجوز لها أصلاً أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها لتعلقها بالنظام العام،(٧٣) وهو ما يؤدي حتماً لضياع الوقت والجهد والمال، وهذه هي العلة من اعتبار الأهليَّة المعتبرة قانوناً شرطاً جوهرياً وأساسياً في الشخص الذي يبرم اتفاق التحكيم(٧٤).

فالحكمة من تطلب هذه الأهليَّة أيضاً هي الطبيعة الذاتيَّة الخاصة بالتحكيم، ولما له من طبيعة اتفاقيَّة تؤدي إلى وجود بعض القواعد الخاصة به التي تختلف عن اختصاص قضاء الدولة العادي،(٧٥) حيث إن نظام التحكيم يسمح بالتخلي عن الضمانات والإجراءات التي تحكم سير الخصومة أمام القضاء العادي،(٧٦) كما يذهب البعض إلى أن التحكيم في التعاملات الإلكترونية خصوصاً ينحاز عادةً إلى الشركات أكثر من المستهلك(٧٧).

(٧٠) ريان هاشم حمدون، مرجع سابق، ص ٢٩.

(٧١) المادة ١٨٦ من قانون المرافعات تنص على: «ويجوز لكل ذي شأن أن يطلب بطلان حكم المحكم الصادر نهائياً وذلك في الأحوال الآتية ولو اتفق قبل صدوره على خلاف ذلك: إذا صدر بغير اتفاق تحكيم أو بناء على اتفاق تحكيم باطل أو سقط بتجاوز الميعاد أو إذا كان الحكم قد خرج عن حدود الاتفاق على التحكيم».

(٧٢) محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، الدار العلمية الدولية، ٢٠٠٢، ص ٦٤.

(٧٣) أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، مرجع سابق، ص ٥٢-٥٣.

(٧٤) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٦٦.

(٧٥) المادة ١٨٢ من قانون المرافعات الكويتي نصت على: «يصدر المحكم حكمه غير مقيد بإجراءات المرافعات عدا ما نص عليه في هذا الباب، ومع ذلك يجوز للخصوم الاتفاق على إجراءات معينة يسير عليها المحكم».

(٧٦) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٣٠٢.

(٧٧) See Katherine V.W. Stone and Alexander J.S. COLVIN, Mandatory arbitration deprives workers and consumers of their rights , The arbitration epidemic, paper 414 (December 7, 2015), available at: https://www.epi.org/files/2015/arbitration-epidemic.pdf, visited on 24/11/2021.

إن هذه الإشكالية لا تثار إلا بالنسبة للعقود التي تقوم على الاعتبار الشخصي للمتعاقد معه، إذ إن شخصية المتعاقد تعد عنصراً جوهرياً في إبرام العقد، وقد تمكن البعض من التغلّب على الصعوبة التي قد تواجهها الشركة بالتحقق من أهليَّة المستخدم؛ كونها تلزمه بتسجيل بياناته الأساسيَّة للكشف عن هويته وأهليّته وهي الاسم «Username» وتاريخ ميلاده وبياناته الأساسية، ونرى هذا ما يحدث أيضاً في بطاقات الائتمان، فيتم إلزام القابل بتسجيل بيانات معيّنة للتحقق من هويته وأهليته من الوجهة القانونيَّة لإجراء العقد(٧٨).

ويرى البعض أنه حتى تتغلب التطبيقات الإلكترونية على هذه الإشكالية فإنها تقوم بالتعاون مع طرف ثالث وهو (موقع إلكتروني متخصص بالتحقق من صحة بيانات المستخدم) يقر من خلاله المستخدم أن جميع بياناته صحيحة، وأنها ستكون المعتبرة في مواجهة الشركة،(٧٩) لكن الإشكالية الحقيقية لو كان الشخص الطبيعي قاصراً فعلاً - ناقص الأهلية - وقام بإنشاء الحساب على موقع «سناب شات» ثم أصبح من المشاهير المؤثرين الذين يحصلون على مبالغ ضخمة من البرنامج بسبب الدعايات وغيرها، هل يمكن عندها اعتبار الاتفاق على التحكيم صحيحاً إذا ما قام برفع دعوى على شركة «سناب شات» بسبب إيقاف حسابه؟؟

نعتقد جزماً أن الإجابة بالنفي التزاماً بحرفية النص، فمن غير المقبول الاعتداد بالرضاء الصادر من ناقص الأهلية إذا كان عمره ما بين السابعة والحادية والعشرين عاماً،(٨٠) وعليه فإن تصرفاته تكون باطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً، وقابلة للإبطال لمصلحته إذا كانت دائرة بين النفع والضرر، لنتساءل هل يعتبر اتفاق التحكيم تصرفاً ضاراً أم دائراً بين النفع والضرر؟

(٧٨) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٦.

(٧٩) آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، مجلد ٦ عدد ٤، ص ٢٠٥ الإمارات ٢٠٠٩.

(٨٠) انظر: المادة ٨٧ من القانون المدني الكويتي تنص على أن: « ١- تصرفات الصغير المميز صحيحة إذا كانت نافعة له نفعاً محضاً، وباطلة إذا كانت ضارة به ضرراً محضاً. ٢- أما تصرفاته الدائرة في ذاتها بين النفع والضرر، فتقع قابلة للإبطال لمصلحته، ما لم تلحقها الإجازة ممن له ولاية إجرائها عنه ابتداءً، أو منه هو بعد بلوغه سن الرشد. وذلك مع مراعاة ما تقضي به النصوص التالية وغيرها من أحكام القانون. ٣- ويعتبر الصغير مميزاً من سن التمييز إلى بلوغه سن الرشد. كذلك المادة ٩٦ والتي تنص على أن: « ١- كل شخص بلغ سن الرشد يكون كامل الأهلية لأداء التصرفات القانونية، ما لم يكن قد حكم قبل ذلك باستمرار الولاية أو الوصاية على ماله. ٢- وسن الرشد إحدى وعشرون سنة ميلادية كاملة.

إذا كان اتفاق التحكيم تصرفاً ضاراً ضرراً محضاً ،[٨١] فهو بلا شك اتفاق باطل، ولا تملك الشركة التمسك بشرط التحكيم في مواجهة القاصر غير مكتمل الأهلية إذا ثار النزاع بينهما، أما إذا اعتبرناه تصرفاً دائراً بين النفع والضرر فيكون قابلاً للإبطال لمصلحته ما لم تتم إجازته بعد بلوغ سن الرشد، وعلى الرغم من أن البعض ذهب إلى اعتبار التحكيم ذا طبيعة خاصة يخرج من كونه عملاً من أعمال التصرف الدائرة بين النفع والضرر،[٨٢] إلا أننا نعتقد أنه من الإجحاف اعتبار التحكيم من التصرفات الضارة ضرراً محضاً لما يحققه من فوائد قد يكون من مصلحة القاصر الاستفادة منها كالسرعة في الفصل في المنازعة وتوفير الجهد، فالتحكيم يكمن في كونه طريقاً استثنائياً رسمه القانون للتقاضي بعيداً عن المحاكم،[٨٣] فهو عمل من أعمال التصرف يأخذ حكم البيع والشركة والمقايضة باعتبارها أعمالاً يأخذ فيها الصغير المميز مقابلاً لما يعطي، فهو من الأعمال الدائرة بين النفع والضرر[٨٤].

وبناء على ما سبق، فلو ثار النزاع بين الصبي المميز والشركة في شأن صحة اتفاق التحكيم، فنعتقد أنه يملك طلب إبطاله لمصلحته، أما لو بلغ هذا الصغير سن الرشد فهل يمكننا اعتبار استمرار استخدامه للتطبيق بعد بلوغه بمثابة الإجازة اللاحقة ؟ نعم، فقد استقر الفقه على الاعتداد بالإجازة الضمنية اللاحقة،[٨٥] كما أن الشروط والأحكام الخاصة في التطبيقات الإلكترونية وخاصة - «سناب شات» - تقوم بتحديث شروطها بين الفينة والأخرى، ويجبر حينها المستخدم على الموافقة عليها للاستفادة من خدمات التطبيق.

ولا يكفي بأن نتطرق لمسألة اكتمال الأهليَّة للشخص الطبيعي فقط؛ ولكننا نعرج

(٨١) وهي التصرفات التي تزيد من التزاماته أو تنتقص من حقوقه دون مقابل ككفالته لدين الغير أو هبته لأمواله أو غيرها، انظر: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني) نظرية الحق، ١٩٩٧ ص ١٨٠-١٨١.

(٨٢) انظر: حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبعة الثانية، ٢٠٠١٤، ص ٤٩-٥١.

(٨٣) حكم محكمة التمييز الكويتية في الطعن رقم ٦٥٥ لسنة ٢٠٠٤ مدني /٢ الصادر في تاريخ ٢٠٠٧/٣/٢٠ إذ تقرر المحكمة أن: «التحكيم عمل قضائي ذو طبيعة خاصة».

(٨٤) انظر: فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ٢٠٠٧، ص ١٤٤. تأخذ بهذا الرأي أيضاً فاطمة خالد المحسن، الإشكاليات القانونية التي تثور بشأن أهلية إبرام اتفاق التحكيم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة ٤٤، ٢٠٢٠، ص ٢٠٢-٢٠٨.

(٨٥) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ١٩٤. انظر أيضاً: فتحي والي، المرجع السابق، ص ١٤٤.

أيضاً لبيان مسألة أهليَّة الشخص الاعتباري في إبرام اتفاق التحكيم،[٨٦] وحتى تثبت له الأهليَّة فيجب أن تكون له الشخصيَّة الاعتبارية القانونيَّة، وما يعنينا في صدد هذه المسألة بيان الأهليَّة اللازمة للشركات التجاريَّة في إبرام اتفاق التحكيم عبر التطبيق الإلكتروني، وبدايةً حتى تثبت الشخصيَّة القانونيَّة للشركة يجب أن تتخذ إجراءات شهرها؛ فإن لم تتخذها فيكون اتفاق التحكيم باطلاً[٨٧].

ففي الشركات المدنيَّة لا يملك مدير الشركة أن يبرم اتفاق التحكيم إلا بوكالة خاصة،[٨٨] وهذا الأمر يختلف عنه في الشركات التجارية؛ فقد نظم القانون رقم ١ لسنة ٢٠١٦ بإصدار قانون الشركات الأشكال التي تتخذها الشركات التجاريَّة،[٨٩] كما أورد في نصوصه فيمن هو المخوّل في الشركات التجاريَّة بإبرام اتفاق التحكيم،[٩٠] ولا يفوتنا

---

(٨٦) يختلف الحكم في عدة مسائل كون العقد المبرم وكذلك اتفاق التحكيم بين مستهلك وتاجر أم بين تجار ممارسين، انظر:
Karen Stewart & Joseph Matthews, Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes, 56 U. MIAMI L. REV. 1111 (2002).

(٨٧) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٧٠

(٨٨) المادة ٧٠٢ من القانون المدني الكويتي: «لا بد من وكالة خاصة في كل تصرف ليس من أعمال الإدارة، وبوجه خاص في التبرعات والبيع والصلح والرهن والإقرار والتحكيم، وكذلك في توجيه اليمين والمرافعة أمام القضاء..».

(٨٩) وفقاً لقانون الشركات الكويتي فإن أشكال الشركات هي: شركة التضامن، شركة التوصية البسيطة، شركة التوصية بالأسهم، شركة المحاصة، شركة المساهمة، الشركة ذات المسؤولية المحدودة، وشركة الشخص الواحد، وأورد الأحكام الخاصة بإدارة كل شركة وصلاحية المدير فيها.

(٩٠) بالرجوع إلى قانون الشركات فقد نصت المادة ٤٦ منه على أن سلطة المدير بإبرام التصرفات في شركات التضامن هي: «لا يجوز للمدير القيام بالتصرفات التي تجاوز الإدارة العادية إلا بموافقة جميع الشركاء أو بنص صريح في عقد الشركة، ويسري هذا الحظر بصفة أساسية على التصرفات التالية: ... - التحكيم بالصلح» وننوه إلى أن التحكيم بالصلح يختلف عن التحكيم بالقضاء وهو (التحكيم العادي) الذي نتناوله في هذا البحث.
أما بالنسبة لإبرام التصرفات في الشركة ذات المسؤولية المحدودة فإنه وفقاً للمادة ١٠٥ من ذات القانون: «إذا لم تحدد سلطات مدير الشركة في عقد الشركة أو في القرار الصادر عن الجمعية العامة للشركاء بتعيينه، كان للمدير سلطة كاملة في القيام بجميع الأعمال والتصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة». أما عن مدى جواز اعتبار التحكيم من التصرفات اللازمة لتحقيق أغراض الشركة أو يصرح له فيه لاحقاً من خلال الجمعية العامة؟ نرى بأنه يمتنع المدير على إبرام اتفاق التحكيم مما يخرج عن متقضى الإدارة العادية ما لم يكن مصرحاً في عقد تأسيس الشركة أو لاحقاً خلال موافقة الجمعية العامة، ولذلك توحيد الاتجاه في قانون الشركات مع باقي الأشكال التي تتخذها الشركات الأخرى. للمزيد انظر: فاطمة خالد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٣٢.
أما بالنسبة لشركة المساهمة فإنه وفقاً للمادة ١٨٤ من الشركات والتي تنص على أن: «لمجلس الإدارة أن يزاول جميع الأعمال التي تقتضيها إدارة الشركة وفقاً لأغراضها، ولا يحد من هذه =

أن نوضح أنه ينبغي لمعرفة الشخص الذي يتمتّع بالأهلية اللازمة لإبرام اتفاق التحكيم نيابةً عن الشركة؛ أن يتضمن عقد التأسيس للشركة أو النظام الأساسي لها بنداً يخول القائم على الإدارة إبرام اتفاق التحكيم نيابة عن الشركة، أو إن لم يتم تضمينه وفقاً لم سلف فإنه على المخوّل له القيام بإدارة الشركة بأن يحصل على إذن من الجمعية العامة للشركة أو الشركاء[٩١].

وبالنظر لشروط الخدمة في الموقع الخاص بتطبيق «سناب شات»؛[٩٢] وبالخصوص في البند ١٧ والذي ينص على أن: «إذا كنت تستخدم الخدمات بالنيابة عن شركة ما (بدلاً من استخدامك الشخصي)، فإنك و Snap Group Limited توافقان بالحد الذي يُجيزه القانون أن جميع الدعاوى والنزاعات بيننا التي تنشأ أو تتعلق بخصوص هذه الشروط أو استخدام الخدمات ستتم تسويتها بموجب قواعد تحكيم محكمة لندن للتحكيم الدولي LCIA»[٩٣].

ومن هنا يثور معنا تساؤل لا يقل أهميّة عن الذي يسبقه، وهو في حال كان المستخدم أنشأ حساباً لاستخدام خدمات التطبيق بالنيابة عن شركة ما؛ ولم يتضمن عقد التأسيس للشركة أو النظام الأساسي لها بنداً يشير إلى أنه مخوّل بإبرام اتفاق التحكيم نيابةً عنها، فما هو مصير هذا الاتفاق؟ وقبل الخوض في تفاصيل الإجابة عن هذا التساؤل، فإنه يستلزم علينا التفرقة بين حالتيّن، وهما:

أولاً - إذا حصل المستخدم (الممثل عن الشركة) على الإجازة اللاحقة من الجمعية العامة للشركة أو الشركاء على اتفاق التحكيم الذي قام بإبرامه؛ فلا تثور أيّة إشكاليَّة بهذا الشأن، أي يسري نظام التحكيم وينظر النزاع من قبل هيئة التحكيم محل الاتفاق.

ثانياً - أما في حال عدم حصوله على الإجازة اللاحقة من الشركة؛ وجادلت الشركة أمام القضاء أن من قام بفتح الحساب غير مخول، فإننا سنكون أمام تخلّف لشرط الأهليَّة، ويكون عندها اتفاق التحكيم باطلاً، وعليه فإن المحكمة عادة ستستمر

---

= السلطة إلا ما نص عليه القانون، أو عقد الشركة، أو قرارات الجمعية العامة، ويبين في عقد الشركة مدى سلطة مجلس الإدارة في الاقتراض، ورهن عقارات الشركات، وعقد الكفالات، والتحكيم، والصلح، والتبرعات».

(٩١) فاطمة خالد المحسن، مرجع سابق، ص ٢٣٢.

(٩٢) شروط الخدمة التي يتبيّن فيها شرط الاتفاق على التحكيم بالنسبة للشركات التجارية، مرجع سابق ١٩.

(٩٣) للمزيد من الاطلاع انظر: القواعد التي تم الإشارة إليها في شروط الخدمة، تم الاطلاع عليها بتاريخ ٢٠٢١/١١/٢٤: https://www.lcia.org/Dispute_Resolution_Services/lcia-arbitration-rules-2014.aspx

بنظر النزاع ولن تحكم بعدم الاختصاص؛ وذلك لكون اتفاق التحكيم ظاهر البطلان، حيث إنه من الواضح عدم تخويل الشركة للموظف أو الغير إنشاء الحساب وإبرام اتفاق التحكيم نيابةً عن الشركة - ما لم تقرر المحكمة تطبيق قواعد الوكالة الظاهرة في مواجهة الشركة- ويجوز للمحكمة أن تثير هذه المسألة من تلقاء نفسها لتعلقها بالنظام العام(٩٤).

ختاماً، فإن الحكم محل البحث لم يشر إلى هذه المسألة كون الشخص الطبيعي (المدعي) كان يتمتع بالأهلية الكاملة وقت إبرام الاتفاق، وبالتالي فلم يجادل المحكمة بمسألة الأهلية.

## المطلب الثالث: مدى اعتبار العقد بهذا النموذج من عقود الإذعان

بالرجوع إلى شروط الخدمة الخاصة بتطبيق «سناب شات»؛ يتبيّن معه أن القبول الإلكتروني على تلك الشروط يتم عن طريق الضغط على الأيقونة الخاصة «تسجيل وقبول»؛ وطالما أن هذه الأيقونة بمثابة تعبير للإفصاح عن هذا القبول، لأن القانون لم يتطلب أن يكون التعبير عن القبول في شكل معيّن وخاص، طالما كان القبول لا يدع مجالاً للشك في دلالته على حقيقة المقصود منه(٩٥).

وهذا الأمر يؤكد لنا أن القبول الإلكتروني يغلب عليه طابع الإذعان، كون أنه يقل معه مجال التفاوض أو المساومة على شروط التعاقد - بل تكاد تنعدم كلياً- حيث توضع شروطها مسبقاً من قبل الموجب،(٩٦) ويكون القبول مجرد إذعان لما يمليه عليه الموجب، فلا يملك المستخدم إلا أن يقبل أو يرفض، ولما كان المستخدم بحاجة ماسّة إلى التعاقد فإن رضاءه يكون مفروضاً عليّه(٩٧).

فهل يمكن اعتبار عقد «سناب شات» من عقود الإذعان؟(٩٨) إن خصائص عقود الإذعان تتمثل في ثلاثة شروط وهي: ١- تعلق العقد بسلع أو خدمات تعتبر من الضروريات بالنسبة إلى

(٩٤) عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص ٧١.

(٩٥) انظر: المادة ٤٠ من القانون رقم ٢٠ لسنة ٢٠١٤ في شأن التعاملات الإلكترونية.

(٩٦) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مرجع سابق، ص٩٥.

(٩٧) لا يعتبر مجرد اختلاف قوة طرفي العقد سواء في المفاوضات أو في المركز الاقتصادي سبباً في حد ذاته لإبطال اتفاق التحكيم أو عدم الاعتداد به، انظر:
Clotilde Jourdain-Fortier, supra note 36, at 41.

(٩٨) يختلف مفهوم عقد الإذعان من دولة لأخرى، ويعرفه الفقه في أمريكا بأنه: «١- عقد من عدة شروط مطبوعة ٢- مكتوبة من شخص واحد (محترف) ٣- الذي يقوم بالدخول في العديد من الصفقات التجارية ٤- يؤخذ بكامل شروطه أو يترك ٥- يتم توقيعه من قبل الطرف المذعن ٦- والذي لا يعتبر ممارساً بشكل متكرر. انظر:
Todd D. Rakoff, Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 HARV. L. REV. 1174, 1177 (1983).

المستهلكين أو المنتفعين. ٢- احتكار الموجب لهذه السلع أو الخدمات احتكاراً قانونياً أو فعلياً، أو على الأقل سيطرته عليها سيطرة تجعل المنافسة فيها محدودة النطاق. ٣- صدور الإيجاب إلى الناس كافة بشروط واحدة وعلى نحو مستمر أي لمدة غير محددة[٩٩].

وبالنظر إلى الشروط أعلاه، فإن التساؤل الذي يهم إشكاليّتنا الرئيسية مباشرة؛ يتعلق حول ما إذا كان العقد المبرم بين الشركة والمستخدم يتعلق بخدمة ضروريَّة؟ فإن لم تكن ضروريَّة، فهل المستخدم بهذه الحالة يعتبر مستهلكاً، ويمكننا حينها تطبيق أحكام عقد الاستهلاك وقانون حماية المستهلك؟

مما لا شك فيه أن عقد الاستهلاك هو في حقيقته عقد إذعان، يكون فيه المستهلك الطرف الضعيف المذعن، ولكن لرغبة المشرع في إضفاء حماية إضافية للمستهلك فإنه قد نظم هذه العلاقة في قانون مستقل وأضفى عليها حماية جنائية[١٠٠].

نظّم المشرِّع الكويتي التعاقد بالإذعان في القانون المدني من المواد (٨٠ إلى ٨٢)،[١٠١] وكون أن شروط الخدمة المنصوص عليها في العقد المبرم بين الشركة والمستخدم لا مجال فيها للمساومة أو التفاوض من قبل المستخدم؛ فهي إما تؤخذ أو تترك بالكامل، أي لا يجوز للمستخدم المفاوضة بأيّ شرط ولا يقبل الجدل به،[١٠٢] فهذا

(٩٩) يغلب أن يكون في صيغة مطبوعة تحتوي على شروط مفصلة لا تجوز فيها المناقشة وأكثرها لمصلحة الموجب، فهي تارة تخفف من مسئوليته التعاقدية وأخرى تشدد في مسئولية الطرف الآخر، وهي في مجموعها من التعقيد بحيث يغم فهمها على أوساط الناس. للمزيد انظر: طبيعة القبول في عقود الإذعان: عبد الرزاق السنهوري، مرجع سابق، ص٢٢٩ وما بعدها.

(١٠٠) انظر: قانون حماية المستهلك الكويتي رقم ٣٩/ ٢٠١٤، قبل عام ٢٠١٤ كانت أحكام عقد الإذعان - ولا تزال - هي التي تحكم العلاقة بين المستهلك والمحترف (البائع).

(١٠١) المادة ٨٠ من القانون المدني الكويتي تنص على «١- لا يمنع من قيام العقد أن يجيء القبول من أحد طرفيه إذعاناً لإرادة الطرف الآخر، بأن يرتضي التسليم بمشروع عقد وضعه الطرف الآخر مسبقاً ولا يقبل مناقشة في شروطه.» والمادة ٨١ تنص على: «إذا تم العقد بطريق الإذعان، وتضمن شروطاً تعسفية، جاز للقاضي، بناء على طلب الطرف المذعن، أن يعدل من هذه الشروط بما يرفع عنه إجحافها، أو يعفيه كلية منها لو ثبت علمه بها، وذلك كله وفقاً لما تقتضيه العدالة، ويقع باطلاً كل اتفاق على خلاف ذلك.» والمادة ٨٢ تنص على: « في عقود الإذعان، يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن».

(١٠٢) وهذا ما ورد صراحة في شروط الخدمة «لاستخدام Snapchat أو Bitmoji أو أي من منتجاتنا أو خدماتنا الأخرى التي تخضع لهذه الشروط (التي نشير إليها إجمالًا باسم «الخدمات»)، عليك قبول هذه الشروط، التي يتم تقديمها لك (١) عندما فتحت التطبيق أولًا و(٢) عندما نُجري أي تغييرات جوهرية على هذه الشروط. وبالطبع إذا لم توافق عليها، فلا تستخدم الخدمات». انظر: شروط الخدمة، مرجع سابق.

يعني أن المستخدم هو الطرف الضعيف في العقد، كما هو حال الطرف المذعن في عقود الإذعان،[١٠٣] وللقول إن عقد الشركة يعتبر عقد إذعان من عدمه، فإنه يستوجب علينا بدايةً الإجابة عن التساؤل أعلاه بمدى اعتبار الخدمة المقدمة من شركة «سناب شات» خدمة ضروريَّة؟

لا يقتصر الأمر في دراسة العقد على أنه عقد إذعان من عدمه من ناحية شرط اتفاق التحكيم - محل التعليق- فقط، بل أيضاً بالنظر إلى جميع البنود التي تنظم هذه العلاقة، ومنها البند الثالث من شروط الخدمة تحت عنوان (الحقوق التي تمنحها لنا) والذي يمس حقوق الملكية الفكرية ويمتد إلى المحتوى الشخصي للمستخدم، حيث ينص على: «تسمح لك العديد من خدماتنا إنشاء محتوى وتحميله ونشره، وإرساله، واستقباله، وتخزينه، وعندما تقوم بذلك فإنك تحتفظ بحقوق الملكية الموجودة في هذا المحتوى الذي قمت بتحميله، ولكنك تمنحنا ترخيص استخدام ذلك المحتوى... فيما يخص كل المحتوى الذي تقدمه إلى الخدمات، فإنك تمنح Snap والشركات التابعة لنا ترخيصًا عالميًا وخاليًا من حقوق الملكية وقابلاً للترخيص من الباطن»[١٠٤]. فهذه الشروط التي نصت عليها الشركة وقبلها الطرف المذعن فيها من الخطورة ما يسمح للشركة بمشاركة أو بيع بيانات المستخدمين.

وعليه فإنه وإن كان يصعب تكييف العقد بدقة باعتباره عقد إذعان من عدمه؛ وذلك لمسألة في غاية الأهمية تكمن في مدى اعتبار تطبيق «سناب شات» خدمة ضرورية من عدمه؟ فلا شك أن تقدير تلك المسألة يخضع لرقابة القضاء، فهو من يقرر تحقق شروط عقد الإذعان من عدمه، وبالتالي اعتبار خدمة «سناب شات» خدمة ضرورية من عدمه، إلا أننا نعتقد ونؤكد أن الخدمة الضرورية تختلف من دولة لأخرى ومن زمن لآخر، فلا تقاس الخدمة الضرورية لبلد متحضر بآخر متخلف، ولا ببلد ديمقراطي بآخر استبدادي، فإذا ما أردنا إنزال الواقع الكويتي على هذه التطبيقات فلا شك في أن تويتر خدمة ضرورية، و«سناب شات» خدمة ضرورية، وأغلب مواقع التواصل الاجتماعي كذلك[١٠٥].

See Nathan J. Davis, Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap, 22 (103) BERKELEY TECH. L.J. 577 (2007).

(١٠٤) انظر: شروط الخدمة البند الثالث، المرجع السابق.

(١٠٥) لا تنص شروط الخدمة في برنامج تويتر على بند التحكيم، انظر https://twitter.com/en/tos ، تم الاطلاع عليها بتاريخ ٢٠٢١/١١/٢٤.

قد يرى الكثير أنها برامج ترفيهية كمالية،[١٠٦] إلا أن الواقع العملي قد أظهر قوتها وتأثيرها في القرار السياسي والفكر الاجتماعي، تأثيرها البرلماني والشعبي، جميع الوقائع تظهر بما لا يدع مجالاً للشك أن تمتع الفرد في الكويت بحق الوصول إلى هذه البرامج واستخدامها من الحقوق الأساسية التي تكفل له حرية إبداء رأيه في بلد متحضر يتقدم بديمقراطيته إلى الأمام لا الخلف.

وعلى الرغم من أن الحكم محل البحث لم يتطرق لمناقشة هذه المسألة، فتعتقد أنه عقد إذعان تخضع شروطه لرقابة القاضي الذي يملك تعديلها - ومنها شرط التحكيم - بما يرفع الإجحاف عن الطرف الضعيف المذعن، وهذا ما جرى عليه الفقه والقضاء الفرنسي الذي «أوجب على القاضي أن ينظر إلى الطرف الضعيف وموقفه من الشروط التعسفية، فإذا كانت إرادته ضعيفة وكان دورها في العقد مجرد التسليم، فقد قام مبرر تدخله، حتى ولو كان منتبهاً إليها، عالماً بما شابها من تعسف، إذ لن يستطيع رغم هذا العلم أن يفعل شيئاً سوى الإذعان لها»[١٠٧]، فهو لا يأخذ بنظرية عقد الإذعان فقط، بل يعتبر العقد كعمليَّة مكتملة إن وجد بها الطرف الضعيف، فإن للقاضي الحكم وفق عدالته[١٠٨].

وأخيراً فإننا نوضح أن شروط عقد الإذعان السابق ذكرها هي شروط تقليدية ذكرها الفقه، بينما أوجب التطور القانوني الاكتفاء بالتعريف الوارد في القانون المدني، والذي اكتفى باعتبار العقد يتضمن شروطاً عامة ومحددة مسبقاً يذعن إليها المتعاقد الآخر بلا مناقشة، دون الحاجة إلى تحقق شرطي ضرورية الخدمة أو الاحتكار القانوني لها،[١٠٩] وهو ما يعزز رأينا في اعتبار هذا النوع من التعاقد من عقود الإذعان الذي يفسر فيه الشك لمصلحة الطرف المذعن[١١٠].

---

(١٠٦) يرى البعض أن مواقع التواصل الاجتماعي لها طابعها الخاص، فإن لم تعجبك الشروط فإن الطريقة الوحيدة هي اعتزالها وحذف الحساب، انظر:
Mary Beth Quirk, Don't Like Instagram's New Terms of Service & Privacy Policy? Quitting is the Only Way Out , THE CONSUMERIST (Dec. 18, 2012), available at: https://consumerist.com/2012/12/18/dont-like-instagrams-new-terms-of-service-privacy-policy-quitting-is-the-only-way-out/index.html (visited on Nov. 24, 2021).

(١٠٧) عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، ٢٠٠٢، ص ٤٣٦.

(١٠٨) انظر: المادة ١١٧١ من القانون المدني الفرنسي: «في عقد الإذعان، يعد كأن لم يكن كل شرط ينطوي على إخلال جسيم بين حقوق والتزامات أطراف العقد، ولا عبرة في تقدير هذا الإخلال الجسيم بموضوع العقد الرئيس ولا بمدى ملاءمة الأداء المقابل.» مشار إليها لدى عبد الحكيم فودة، المرجع السابق.

(١٠٩) مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية - مصر - ٢٠١٠، ص٩٦. وهذا التوجه هو ما ذهبت إليه محكمة التمييز الأردنية في اعتبار العقد إذعاناً دون الإشارة إلى شرطي الاحتكار وضرورة السلعة أو الخدمة، انظر: تمييز حقوق الأردن رقم ٢٧٤١ لسنة ١٩٩٩ منشور في مجلة نقابة المحامين الأردنيين سنة ١٩٩٩، ص ٣٦٦ مشار إليه في المرجع السابق.

(١١٠) المادة ٨٢ من القانون المدني الكويتي: « في عقود الإذعان، يفسر الشك دائماً في مصلحة الطرف المذعن».

أما من حيث اعتبار العقد المبرم بين «سناب شات» والمستخدمين عقد استهلاك من عدمه،[١١١] فإنه بالرجوع إلى قانون حماية المستهلك الكويتي رقم ٢٠١٤/٣٩ نجد أنه عرف المستهلك تعريفاً موسعاً ليشمل أي شخص يشتري أو يستفيد من خدمة أو سلعة،[١١٢] لكنه اشترط لتحقق مفهوم الخدمة أن تكون بمقابل،[١١٣] فهل الخدمة التي يقدمها تطبيق «سناب شات» تعتبر بمقابل أم أنها مجانية؟ مما سبق بيانه من شروط الخدمة نجد أن تطبيق «سناب شات» يقر بوضوح أن هنا من الحقوق ما يقوم المستخدم بمنحها للشركة مقابل استخدامه لخدمات التطبيق، وهي حق الوصول إلى المحتوى واستخدامه، وبالتالي فإن الخدمة ليست مجانيَّة، ومقابلها يتمثل في الوصول للمحتويات الشخصية، وإن بررت الشركة ذلك في كونها تعتبر محتوى عاماً، حيث إنه ما يهمنا في بيان المجانية من عدمه هو انطباق قانون حماية المستهلك على الواقعة بالنسبة للقانون الكويتي، أما القضاء في أمريكا فقد اعتبره عقد استهلاك[١١٤].

ونود أن نوضح أن شروط خدمة تطبيق «سناب شات» الجديدة قد فرقت بين المستخدم الذي يعيش في الولايات المتحدة الأمريكية وخارجها بالنسبة للأحكام التي تنظم العقد، ونصت صراحة فيما يتعلق بالخدمات التي تخدم المستخدم في أمريكا على أنها تعتبر استهلاكية،[١١٥] وأنه يطبق في شأنها قواعد تحكيم المستهلك الخاصة بجمعية التحكيم الأمريكية،[١١٦] وبالتالي فهي تقر باعتبار المستخدم مستهلكاً، ولكنها لم تذكر ذلك في شأن المستخدم من خارج الولايات المتحدة.

---

(١١١) يرى كثير من الفقهاء انطباق عقد الاستهلاك على العقد الإلكتروني، حيث عرفه البعض بأنه: «العقد الذي يبرم بوسيلة إلكترونية أو تقليدية بين المهني والمستهلك بشأن سلع أو خدمات يقدمها الثاني للأول لإشباع حاجاته الشخصية والعائلية» انظر: مصطفى أحمد أبو عمرو، مرجع سابق، ص ٢٥.

(١١٢) انظر: المادة ١ التعريفات من قانون حماية المستهلك ٢٠١٤/٣٩ التي نصت على أن « ٤- المستهلك: كل شخص طبيعي أو اعتباري يشتري سلعة أو خدمة بمقابل أو يستفيد من أي منهما بغرض الاستهلاك أو يجري التعامل أو التعاقد معه بشأنها».

(١١٣) المرجع السابق، «٦- الخدمة: كل عمل يقدم للمستهلك مقابل إجر متفق عليه أو محدد بموجب تسعيرة معلنة.»

(114) See Davidson & Assocs, Inc. v. Internet Gateway, Inc., 334 F. Supp. 2d 1164 (E.D. Mo. 2004); Meier v. Midwest Recreational Clearinghouse, LLC, 2010 WL 2738921 (E.D. Cal. July 12, 2010).

(١١٥) انظر: البند ٢٢ من شروط الخدمة « إذا كنت من سكان كاليفورنيا، فوفقًا لقانون كاليفورنيا المدني مادة رقم ١٧٨٩,٣، يمكنك تقديم الشكاوى إلى وحدة المساعدة في تقديم الشكاوى بقسم خدمات المستهلك في إدارة شؤون المستهلك بكاليفورنيا».

(١١٦) انظر: البند ١٨ الخاص بالتحكيم، سيبدأ التحكيم من خلال جمعية التحكيم الأمريكية ("AAA") وسيخضع لقواعد تحكيم المستهلك لجمعية التحكيم الأمريكية AAA، المتاحة هنا اعتبارًا من تاريخ هذه الشروط.

وما يهمنا في بيان عقد الاستهلاك - وهو بلا شك من العقود غير المسماة- هو مدى جواز التحكيم في القانون الكويتي على عقود الاستهلاك- فعلى الرغم من أن الحكم محل التعليق لم يتناول هذه المسألة، إلا أننا سنتناولها في المبحث الثاني بشيء من التفصيل لنبين دور المحكمة عند نظر النزاع الخاص بعدم الاختصاص لوجود شرط تحكيم في البحث عن صلاحية الاتفاق التحكيمي من حيث المحل.

## المبحث الثاني: حجية اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونيَّة أمام القضاء الكويتي

يشترط في اتفاق التحكيم عدة شروط حتى يحوز على الحجية أمام القضاء الوطني، ومن ثم يلتزم عندها القاضي بالحكم بعدم اختصاصه بنظر النزاع لوجود شرط التحكيم،(١١٧) ومن أهم هذه الشروط أن يكون الاتفاق قد صدر صحيحاً من شخص له أهلية التصرف، وأن يكون محل اتفاق التحكيم في المسائل التي يجيز القضاء الوطني حلها عن طريق التحكيم(١١٨).

وبعد أن تناولنا في المبحث الأول مدى تحقق صدور الرضاء صحيحاً من شخص يتمتع بالأهلية اللازمة لإبرام التصرف، وانتهينا إلى اعتبار العقد الإلكتروني بهذا النموذج عقد إذعان أو استهلاك، فإننا وبسبب تعلق النزاع الدولي بعدة قوانين - الكويت والولايات المتحدة الأمريكية - سنتناول في هذا المبحث القانون واجب التطبيق أمام القضاء الكويتي لبيان صحة اتفاق التحكيم من حيث صحة الرضاء ومحل التحكيم.

فإذا كان القانون الأمريكي يتجه إلى تفضيل وتعزيز اللجوء إلى التحكيم، ويميل القضاء دائماً إلى الحكم بصحة الاتفاقات التحكيمية في العديد من النزاعات،(١١٩) سواء كانت نزاعات ناشئة في عقد استهلاك أو حتى عندما يتنازل الأفراد عن حقوقهم القانونية الأساسية كالدعاوى الجماعية والجنائية،(١٢٠) فما هو موقف القضاء الكويتي من ذلك، هل يوافق التوجه الأمريكي أم أن فكرة النظام العام وتطبيق القوانين الضرورية تكون أكثر حزماً؟(١٢١)

---

(١١٧) المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على أنه: «لا تختص المحاكم بنظر النزاعات التي اتفق على التحكيم في شأنها».

(١١٨) المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على أنه: «ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح، ولا يصح التحكيم إلا ممن له أهلية التصرف في الحق محل النزاع».

(119) See Epic Systems Corp. v. J. Lewis, 584 US (2018) where the court held that the written arbitration agreement remained valid, and therefore enforceable, under the Federal Arbitration Act. See Section 2 of FAA (9 U.S. Code § 2. Validity, irrevocability, and enforcement of agreements to arbitrate) available at: https://www.law.cornell.edu/uscode/text/9/2 (visited on 24/11/2021).

(١٢٠) يسمح القضاء في أمريكا بالتحكيم في قضايا التمييز الجنسي أو عندما يمنع اتفاق التحكيم تقديم دعاوى جماعية، انظر:
American Express Co v. Italian Colors Restaurant, 133 S Ct 2304 (2013); Equal Employment Opportunity Comm. v. Cheesecake Factory, No. CV 08-1207-PHX-NVW (D. Ariz. May. 5, 2009).

(١٢١) على الرغم من أن الرأي السائد في أمريكا فقهاً وقضاءً يؤيد التحكيم التقليدي منه والإلكتروني في عقود الاستهلاك إلا أنه لم يسلم من النقد، انظر:
Mohamed Wahab, Globalization and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, 12 IN'L J.L. & INFo. TECH. 123, 132-42 (2004).

علينا أن ننوه بداية أن اعتراف المحاكم الكويتية باتفاق التحكيم والحكم بعدم اختصاصها بنظر النزاع يختلف في أحكامه - على الرغم من تشابهها- عن تنفيذ الحكم التحكيمي الصادر في الخارج، فلو لجأ الأطراف في القضية محل البحث إلى التحكيم في أمريكا فإن القاضي الكويتي الذي يراد منه تنفيذ حكم التحكيم الأجنبي سيلتزم بأحكام اتفاقية نيويورك لتنفيذ الأحكام الأجنبية («اتفاقية نيويورك») والمادتين ١٩٩ و٢٠٠ من قانون المرافعات، دون مراجعة حكم التحكيم أو تحديد القانون واجب التطبيق على النزاع[١٢٢].

أما القضية محل البحث، فإن المدعي قد لجأ إلى القضاء الوطني أولاً، وعليه فإن المادة الثانية من اتفاقية نيويورك تنص على التزام الدولة المتعاقدة - الكويت - بالاعتراف باتفاق التحكيم الذي يتصل بموضوع يمكن تسويته عن طريق التحكيم، ما لم يتبين للمحكمة أن اتفاق التحكيم لاغ أو باطل أو غير قابل للتنفيذ،[١٢٣] ففي هذه الحالة يملك القاضي تحديد القانون واجب التطبيق في تحديد ما إذا كان اتفاق التحكيم صحيحاً- غير باطل - وما إذا كان موضوعه في المسائل التي يجوز فيها التحكيم من عدمه.

وعليه فإننا سنتناول في المطلب الأول القانون واجب التطبيق في تحديد صحة الرضاء الصادر من قبل المستهلك، وفي المطلب الثاني سنتناول مدى جواز التحكيم في عقد الاستهلاك والقانون الذي يحدد ذلك.

## المطلب الأول: القانون واجب التطبيق على العقد من حيث الأهلية وصحة الرضا

ثار الخلاف بين الفقهاء في تطبيق قواعد التنازع التقليدية على العقد الإلكتروني،[١٢٤] إذ إن هذه القواعد قد وضعت بشأن العقود التقليدية التي تبرم عادة بتواجد الحاضرين

(١٢٢) انظر: المرسوم بالقانون رقم (١٠) لسنة ١٩٧٨ بالموافقة على انضمام دولة الكويت إلى الاتفاقية الخاصة بالاعتراف وتنفيذ أحكام المحكمين الأجنبية، جريدة كويت اليوم- العدد ١١٨٦ - السنة الرابعة والعشرون. المادة ٥ من الاتفاقية الخاصة بحالات رفض التنفيذ.

(١٢٣) تنص المادة ٢ من الاتفاقية على أنه: « ١- تعترف كل دولة متعاقدة بالاتفاق المكتوب الذي يلتزم بمقتضاه الأطراف بأن يخضعوا للتحكيم كل أو بعض المنازعات الناشئة أو التي قد تنشأ بينهم بشأن موضوع من روابط القانون التعاقدية أو غير التعاقدية المتعلقة بمسألة يجوز تسويتها عن طريق التحكيم ... ٣- ما لم يتبين للمحكمة أن هذا الاتفاق باطل أو لا أثر له أو غير قابل للتطبيق».

(١٢٤) يرى البعض تعارض منهج التنازع والطبيعة اللامادية لشبكة الإنترنت، شريف هنية، مرجع سابق، ص ٤٢٩.

في ذات المكان وتكون شخصيتهم معروفة، أما في العقد الإلكتروني فإن الوضع يختلف وبالتالي لا تصلح هذه القواعد التقليدية غير المباشرة للتطبيق العملي[١٢٥].

وبالرجوع إلى قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي نجد أنه تناول مسائل الأهلية في المادة ٣٣ منه حيث نصت على أن: «الحالة المدنية للشخص وأهليته يسري عليهما قانون جنسيته»، وتناولت الشروط الموضوعية للعقد في المادة ٥٩ حيث نصت على أنه: «يسري على العقد، من حيث الشروط الموضوعية لانعقاده ومن حيث الآثار التي تترتب عليه، قانون الدولة التي يوجد فيها الموطن المشترك للمتعاقدين إذا اتحدا موطناً، فإن اختلفا موطناً سرى قانون الدولة التي تم فيها العقد، هذا ما لم يتفق المتعاقدان أو يتبين من الظروف أن قانوناً آخر هو الذي يراد تطبيقه»[١٢٦].

وباعتبار أن الأهلية مرتبطة ارتباطاً لا ينفك عن الرضاء لكون الرضاء قد يكون صادراً من شخص ناقص الأهلية، فهل نطبق على صحة الرضاء - باعتباره من الشروط الموضوعية للعقد- قانون العقد أم قانون جنسية الشخص؟ يجيب الفقه على هذا التساؤل بتطبيق قانون الجنسية في تحديد أهلية الشخص المدنية وسن بلوغ الرشد، فإذا كان المستخدم قاصراً وفق قانون جنسيته، فإن القاضي الوطني سيطبق هذا القانون باعتباره قانون الأهلية واجب التطبيق، دون الحاجة للنظر إلى القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للعقد باعتبار أن هذه القواعد ترمي إلى حماية الأفراد، فيتصدى لها القاضي من تلقاء نفسه حتى ولو اتفق الأطراف على ما يخالفها،[١٢٧] أما إذا كان المستخدم قد بلغ سن الرشد فيطبق القاضي المادة ٥٩ من القانون السابق ذكرها لتحديد القانون واجب التطبيق على الشروط الموضوعية للعقد باعتبار اتفاق التحكيم عقداً كغيره من سائر العقود[١٢٨].

وتثير هذه المادة عدة إشكاليات من حيث تحديد قانون الدولة التي تم فيها العقد، فكيف نحدد مكان انعقاد العقد بالنسبة للعقد الإلكتروني؟ هل بمكان مقر الشركة - موقع

(١٢٥) وذلك من نتائج تطبيق قاعدة الإسناد الجامدة التي قد تؤدي إلى قانون غير ملائم أو مرتبط عملياً بالموضوع، انظر: غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، دار الثقافة، ٢٠٠٥، ص ١٧.

(١٢٦) انظر المادتين ٣٣ و٥٩ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١.

(١٢٧) أحمد ضاعن السمدان، القانون الواجب التطبيق في القانون التجاري الدولي، مجلة الحقوق السنة السابعة عشرة- العدد الأول والثاني (مارس - يونيو) ١٩٩٣ الكويت، ص ٢٠٦.

(١٢٨) أحمد ضاعن السمدان، المرجع السابق، ص ١٨٨.

«سناب شات» - أم دولة المستخدم ؟ أم أن هذين المكانيين يمثلان اتصالاً عرضياً للعقد لا يعتد بهما في تحديد القانون واجب التطبيق؟

لا نريد الخوض في تحديد المكان الذي ينعقد فيه العقد والاختلاف الذي أورده الفقهاء فيه،[١٢٩] وإنما نوجز بما ذهب إليه القانون الكويتي في أن العقد ينعقد بمكان اتصال علم الموجب به، وهو المكان الذي يتلقى فيه الموقع قبول المستخدم، ويكون ذلك فرضاً بموقع الشركة،[١٣٠] وعليه فإن القانون واجب التطبيق في حال عدم اتفاق الأطراف على قانون محدد وعدم اشتراك المتعاقدين بالموطن سيكون قانون الدولة التي تم فيها العقد وهو قانون مقر الشركة.

ذلك التطبيق لم يسلم من النقد، فإسناد القانون لمحل إبرام العقد كان أمراً منطقياً في الظروف البدائية للتجارة التقليدية،[١٣١] أما في التعاقد الإلكتروني فإن هذا الضابط للإسناد لا يصلح في عالم الإنترنت الذي يرتبط اتصال العقد فيه بجميع الدول مما يصعب معه تحديد محل الإبرام،[١٣٢] وهو ما حدا بالبعض للذهاب إلى أن قانون محل التنفيذ هو الأولى بالتطبيق والأكثر اتصالاً بالعقد،[١٣٣] وفي عقدنا الإلكتروني سيكون المكان المعتاد لتواجد المستخدم (موطنه).

وهذا ما ذهبت إليه محكمة استئناف باريس بأن مكان التنفيذ في العقد المبرم بين مستخدم الخدمة عبر الإنترنت ومورداها هو مكان ربط المستخدم بشبكة الإنترنت أي موطن المستخدم،[١٣٤] إلا أن المشكلة لا تدق في اختيار الضابط الأنسب وإنما في الاعتداد بقانون الإدارة المتفق عليه بين الأطراف في العقد الإلكتروني، حيث إن الأطراف في العقد

(١٢٩) يختلف زمان ومكان انعقاد العقد باختلاف النظرية التي يتبناها قانون كل دولة، وأغلب التوجهات تجعل العقد ينعقد في مقر الشركة، للمزيد انظر: محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١١، ص ١٦١-١٧٩.

(١٣٠) إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكتروني، مرجع سابق، ص ١٢١.

(١٣١) هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥، ص ٤٢٠.

(١٣٢) فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢، ص١١٤.

(١٣٣) أول من أشار إلى أهمية إسناد هذه العقود الدولية إلى قانون دولة التنفيذ هو الفقيه الألماني سافيني، انظر في ذلك: هشام صادق، مرجع سابق، ص٤٢١.

(١٣٤) مجموعة من الأحكام الصادرة من محكمة باريس في ٧ مارس ٢٠٠١، مشار إليها لدى عادل أبو هشيمة حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤، ص٩٥.

محل البحث اتفقوا على أن قانون ولاية كاليفورنيا هو القانون واجب التطبيق على العقد، فهل يعتد بهذا الاتفاق أم أن المستخدم باعتباره طرفاً ضعيفاً لا يسري عليه هذا الاتفاق؟

على الرغم من أن مبدأ حرية الأطراف في اختيار القانون الذي يحكمهم من المبادئ الأساسية في القانون الدولي الخاص،(١٣٥) إلا أن الفقه اتجه في عقود الاستهلاك إلى حماية الطرف الضعيف بسبب اختلال التوازن العقدي، فهذا الاختيار يمثل حريةً من طرف واحد وهو الطرف القوي، وبالتالي فلا يعتد به لأنه القانون الذي يؤمن مصالحهم ويجحف بحق المستهلك،(١٣٦) وقد أخذت العديد من الدول بهذا التوجه حيث عطلت مبدأ الإرادة في العقود الاستهلاكية ومنها دول أوروبا التي تبنت معيار دولة الإقامة(١٣٧).

إلا أن الرأي الراجح والذي تبناه العديد من الفقهاء يتمثل في تعزيز دور الإرادة،(١٣٨) وذلك لاعتبار أن المستهلك يتمتع بحق الوصول إلى المعلومات المتاحة من خلال الإنترنت بالنسبة للمورد أو مقدم الخدمة وقانون دولته، والتي تعطيه الحق باختيار مقدم آخر للخدمة من دولة أخرى،(١٣٩) وثانياً باعتبار أن القانون الأجنبي قد يوفر حماية أكبر للمستهلك ويكون أكثر فائدة له من القانون الوطني(١٤٠).

وخير توجه في هذه المسألة - هو التوجه الوسط الذي ذهبت إليه اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ الخاصة بالالتزامات التعاقدية، والتي أعطت الأطراف حق اختيار القانون

---

(١٣٥) انظر في قانون الإرادة: أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ٢٠٠٨، ص ١٠٥٨- ١١٢٢.

(١٣٦) حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك - الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية ١٩٩٦، ص١٢-١٣؛ انظر أيضاً: سلامة فارس عزب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة علمية، ١٩٩٩، ص ٢٤١-٢٤٣.

(137) See Ryan Morlatt, The Cyberspace Showdown Jurisdictional Jurisprudence- The United States Versus the European Union, 9 SUMMER CURRENTS: INT'L TRADE L.J. 89, 95-6 (2000).

(١٣٨) لم ينص قانون حماية المستهلك الكويتي على وجوب تطبيق القانون الكويتي على عقود الاستهلاك كغيره من القوانين، وبالتالي تطبق الأحكام العامة بشأن القانون واجب التطبيق. انظر بشكل عام: أبو العلا علي أبو العلا النمر، حماية المستهلك في العلاقات الخاصة ذات الطابع الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٨.

(١٣٩) نخالف الفقه في هذا الاعتبار خاصة في قضية «سناب شات» عندما يكون مقدم الخدمة وحيداً، كما أنه يفترض في المستهلك أن يكون شخصاً عادياً غير ملم بالقوانين الداخلية، فما بالك بالأجنبية.

(١٤٠) انظر: عادل أبو هشيمة حوتة، مرجع سابق، ص ١٢٤-١٢٥: حيث يضيف الكاتب أن قوانين الدول الأوروبية عادة ما تتضمن قواعد آمرة تكون من صالح المستهلك أكثر بكثير من قوانين الدول العربية.

بشرط ألا يكون هذا القانون المختار يحرم المستهلك من الحماية الواردة في النصوص الآمرة لقانون إقامته[١٤١].

ليثور التساؤل الأخير في هذه المسألة حول مدى اعتبار القواعد التي تنظم الرضاء قواعد آمرة، وبالتالي يطبق القاضي في الكويت بشأنها القانون الكويتي، أم أنها لا تعتبر كذلك فيلتزم حينها بالقواعد المقررة في القانون المتفق عليه وهو قانون ولاية كاليفورنيا؟

على الرغم من أن القضاء الكويتي لم يبين توجهه في اختيار أي من التوجهات السابق ذكرها بشأن القانون المطبق على عقود الاستهلاك -على الرغم من أن القانون قام بحماية الطرف الضعيف في عقد العمل،[١٤٢] إلا أننا نعتقد أنه سيتجه نحو الرأي المؤيد لمبدأ سلطان الإرادة تطبيقاً للنص الصريح في قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي،[١٤٣] ولكننا سنجيب على التساؤل السابق بشأن الرضاء تأطيراً للمسألة وتمهيداً للقضاء في تطبيقها عملياً مع التأكيد على أن ليس كل مخالفة لقاعدة آمرة تعتبر بالضرورة مخالفة للنظام العام،[١٤٤] وبالتالي لا يطبق القاضي الوطني بشأنها الأحكام المقررة في القانون الأجنبي التي تخالف القواعد الآمرة الوطنية[١٤٥].

(١٤١) انظر: المادة ٥ من اتفاقية روما لسنة ١٩٨٠ بشأن القانون واجب التطبيق على الالتزامات التعاقدية، تم الاطلاع عليها ٢٠٢١/١١/٢٤، ومتاحة على https://ar.hrvwiki.net/wiki/convention_on_the_law_applicable_to_contractual_obligations_1980#Consumer_contracts

(١٤٢) نصت المادة ٦٢ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ « يسري على العقود التي يبرمها أصحاب المصانع والمتاجر والمزارع مع عمالهم ومستخدميهم القانون المعمول به في الجهة التي يوجد بها مركز إدارة هذه الأعمال. فإذا كان المركز الرئيسي لهذه الأعمال في الخارج وكانت فروعها في الكويت هي التي أبرمت هذه العقود، كان القانون الكويتي هو الذي يسري». ففي هذه المادة وحماية للطرف الضعيف (العامل أو المزارع) الذي يبرم العقد في الكويت، يطبق بشأنه القانون الكويتي.

(١٤٣) انظر: المادة ٥٩ السابق ذكرها، يجب في هذا الصدد أن ننوه أن القضاء الكويتي يعتبر مسألة تطبيق القانون الأجنبي واقعة مادية تخضع لتقدير المحكمة ويتعين على الخصوم طلبها، فالقاضي لا يقوم بتطبيقه من تلقاء نفسه على الرغم من كون الأطراف قد اتفقوا عليه صراحة في العقد، انظر: حكم محكمة التمييز بالطعن رقم ٥٢٢ لسنة ٢٠٠٤ أحوال والصادر بجلسة ١٩ مارس ٢٠٠٦.

(١٤٤) انظر: حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠، ص ٤١٤- ٤١٨، إذ تذكر أن مسألة قابلية النزاع للتحكيم تطورت بشكل كبير في التحكيم الدولي حتى أصبح التحكيم ينطبق على كل العقود الدولية بما فيها المنافسة، وبراءات الاختراع، والعلامة التجارية، وغيرها.

(١٤٥) انظر: المادة ٧٣ من قانون تنظيم العلاقات القانونية ذات العنصر الأجنبي الكويتي رقم ٥ لسنة ١٩٦١ «لا يجوز تطبيق أحكام قانون أجنبي عينته النصوص الواردة في هذا الباب إذا كانت هذه الأحكام مخالفة للنظام العام أو للآداب في الكويت، ويتعين في هذه الحالة تطبيق القانون الكويتي».

لا شك في أن المواد التي تنظم الرضا (٣٣-٥٢) في القانون المدني الكويتي رقم ٦٧ لسنة ١٩٨٠ (التعبير عن الإرادة - والإيجاب والقبول) هي قواعد آمرة لا يجوز للأفراد الاتفاق على خلافها،[١٤٦] فإن ثار النزاع في شأن تحقق القبول أو الإيجاب من عدمه، وما إذا كانت الإرادة حقيقة حرة صادرة عن صاحبها من عدمه، فإن القاضي هو من يقرر ذلك وفق قانونه الوطني، وعليه فإن التطبيق القضائي الكويتي لهذه المسألة وفق العقد المبرم مع «سناب شات» سيكون على النحو التالي:

أولاً: إذا لم يطلب أحد الأفراد تطبيق القانون الأجنبي كما هو متفق عليه في العقد مع تقديم الترجمة الرسمية، وكل ما يثبت هذه الواقعة المادية فإن القاضي سيحكم وفق القانون الكويتي[١٤٧].

ثانياً: إذا طلب أحد الأفراد تطبيق قانون ولاية كاليفورنيا، فإن القاضي سيقرر ما إذا كان سيستبعد هذا الاتفاق حماية للمستهلك الذي أذعن على هذا الشرط دون إرادة حقيقية لاختياره، وسيطبق القاضي حينها القانون الكويتي، مع التأكيد على أن القاضي في هذه الحالة سيستبعد بالضرورة اتفاق التحكيم لتحقق ذات الأسباب - مع استبعادنا لهذه الحالة.

ثالثاً: يطلب أحد الأفراد تطبيق قانون كاليفورنيا، ويأخذ القاضي به ويطبقه على النزاع ولكنه لا يطبق أحكام الرضا في القانون الأجنبي -إذا كانت تخالف أحكام الرضا القانون الكويتي- باعتبار أن هذه القواعد الآمرة في القانون الكويتي مرتبطة بالنظام العام، وأن تطبيق أحكام أجنبية تخالفها تعد مخالفة للنظام العام الكويتي، ومن ثم يطبق بشأنها فقط القانون الكويتي.

رابعاً: يطبق القاضي الكويتي قانون كاليفورنيا المتفق عليه في العقد إذا طلب أحد الأفراد ذلك حتى في أحكام الرضا باعتبارها لا تخالف النظام العام الكويتي[١٤٨].

---

(١٤٦) انظر في القواعد الآمرة: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، مرجع سابق، ص٥١-٦٢.

(١٤٧) حيث تقرر محكمة التمييز الكويتية (أن التمسك بقانون أجنبي لا يعدو أن يكون مجرد واقعة مادية يتعين على المتمسك بها إقامة الدليل عليها أمام محكمة الموضوع) طعن رقم ١٦٨ لسنة ٢٠٠٧ أحوال الصادر بجلسة ٢٩ مايو ٢٠٠٨.

(١٤٨) مع ضرورة التأكيد على أهمية التفرقة بين النظام العام الداخلي والدولي، انظر في ماهية النظام العام عموماً والدفع به: أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية ٢٠١٨، ص ٥٨١-٦٢٨. وفي القانون الكويتي تحديداً محمد عبد اللطيف الجار الله، فكرة النظام العام الدولي الخاص كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون =

وختاماً لهذا المطلب، نؤكد أن القاضي في الكويت سيطبق قانون جنسية الشخص على أهليته والتي تحدد سن الرشد بالنسبة له -وما إذا كانت تصرفاته دائرة بين النفع والضرر باعتباره مميزاً غير بالغ- أو صحيحة إذا كان قد بلغ سن الرشد، أما في مسائل صحة الرضا فيطبق القاضي - غالباً - قانون الإرادة ما لم تخالف أحكام القانون الأجنبي النظام العام في الكويت.

## المطلب الثاني: مدى جواز التحكيم في عقود الاستهلاك

ترتبط مسألة جوازية اتفاق التحكيم بالقانون الذي يطبقه القاضي، وهذه من الحالات التي يؤثر فيها الاختصاص القضائي بالاختصاص التشريعي (القانون واجب التطبيق)،[١٤٩] فلو أثير النزاع أمام القاضي الأمريكي فإنه سيقرر وفق القانون الأمريكي مدى جوازية التحكيم في عقد الاستهلاك،[١٥٠] والعكس بالعكس.

ففي القضية محل البحث، يقرر القاضي الكويتي مدى جواز الاتفاق على التحكيم في عقود الاستهلاك - إذا اعتبره كذلك مع شركة «سناب شات» - ليقرر اختصاصه بنظر النزاع،[١٥١] للأسف لم تتم إثارة هذه المسألة أمام المحكمة إذ لم يتمسك بها المدعي، وعليه فيستمر هذا التساؤل في القانون الكويتي دون أحكام من محكمة التمييز؟

ثار الخلاف بين الفقهاء حول مدى جواز التحكيم في عقد الاستهلاك - باعتبار أن المستهلك هو الطرف الضعيف - وأن أحكام القانون متعلقة بالنظام العام،[١٥٢] فذهب

---

= الأجنبي: دراسة تحليلية لنصوص قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مجلة الحقوق - جامعة الكويت - العدد ٢/٤٤ السنة ٤٤، ديسمبر ٢٠٢٠.

(١٤٩) انظر في تأثير اختصاص القضاء على القانون واجب التطبيق، أحمد ضاعن السمدان، القانون الدولي الخاص الكويتي، ٢٠٠٨، ص٣٠١- ٣٠٣.

(١٥٠) القضاء في أمريكا يسمح بالتحكيم في عقود الاستهلاك ولا يرى في ذلك مخالفة للنظام العام، بل ويقوم بتنفيذ أحكام التحكيم الأجنبية وفق اتفاقية نيويورك، انظر :
Mariana Isabel Hernndez-Gutirrez, Forum-Selection and Arbitration Causes in International Commercial Contracts: Does the New York Convention Call for a Heightened Enforceability Standard?, 18 WTR CURRENTS: INT'L TRADE L.J. 55, 59 (2009).

(١٥١) يحق للقاضي الوطني عدم تنفيذ حكم التحكيم إذا قرر أنه صدر في مسألة لا يجوز فيها الاتفاق على التحكيم، انظر: المادة ٥ من اتفاقية نيويورك والتي نصت على أنه: «يجوز للسلطة المختصة في البلد المطلوب إليها الاعتراف وتنفيذ حكم المحكمين أن ترفض الاعتراف والتنفيذ إذا تبين لها: أ- أن قانون ذلك البلد لا يجيز تسوية النزاع عن طريق التحكيم.»

(١٥٢) المادة ١٧٣ من قانون المرافعات الكويتي تنص على أنه: «ولا يجوز التحكيم في المسائل التي لا يجوز فيها الصلح»، وتنص المادة ٥٥٤ من القانون المدني على أنه: «لا يجوز الصلح في المسائل المتعلقة بالنظام العام، ولكنه يجوز في الحقوق المالية المترتبة عليها».

البعض إلى عدم جواز التحكيم لتعلق أحكام حماية المستهلك بالنظام العام، بينما يرى آخرون جواز ذلك وفق التطور الحديث لأحكام القضاء والتحكيم(١٥٣).

لم يتناول قانون حماية المستهلك الكويتي مسألة التحكيم بشكل صريح، ولكن المادة ٣٣ منه نصت على أنه: «يقع باطلاً كل شرط أو اتفاق يكون من شأنه الإخلال بحقوق المستهلك أو الانتقاص منها أو إعفاء المزود من التزاماته»، ليثور التساؤل هل اتفاق التحكيم ينتقص أو يخل بحقوق المستهلك في اللجوء إلى القضاء الوطني؟

والحكمة في منع التحكيم في العقود الاستهلاكية تكمن في أن المستهلك وهو أقل دراية ومعرفة قد يتنازل عن حقوقه دون تبصر؛ إذ يوافق على الشروط التي وضعها المحترف (المزود للخدمة) - وهو في موقف ضعيف - ومنها شرط التحكيم الذي يسلب منه حق اللجوء إلى القضاء بالمطالبة بحقوقه،(١٥٤) ولكن منع التحكيم لا يكون دائماً في مصلحته؛ إذ قد يصعب عليه رفع الدعوى أمام القضاء الوطني إذا كان التاجر موجوداً في الخارج، خاصة في النزاعات قليلة القيمة، مما يجعل المستهلك بين مطرقة الإجراءات المعقدة التي تؤخر التقاضي، وسندان عدم إقامة الدعوى نهائياً وضياع حقه، وهو ما جعل البعض ينادي بضرورة اللجوء إلى التحكيم الإلكتروني لمثل هذا النوع من النزاعات(١٥٥).

ونحن لا نتفق والرأي القائل بأن التحكيم - إذا كان صادراً بإرادة حقيقية- يعد انتقاصاً لحقوق المستهلك، فحقوقه ثابتة ومقررة وفقاً للقانون، ولا يحق للمحكم تجاوزها أو مخالفتها إذا نظر النزاع، أما التحكيم بحد ذاته فلا يعد إخلالاً بحقوق المستهلك الموضوعية، وإنما يُعد طريقاً استثنائياً للتقاضي(١٥٦).

وعلى الرغم من عدم ذكر التحكيم في قانون حماية المستهلك إلا أن المذكرة الإيضاحية

---

(١٥٣) انظر في هذا الخلاف: عزمي عبد الفتاح عطية، مرجع سابق، ص٨٤- ١٠٢، كما أن التحكيم في العقود الاستهلاكية يعد توجهاً حديثاً نسبياً مع ظهور الإنترنت وسهولة التبادل التجاري انظر:
Joshua T. Mandelbaum, Stuck in a Bind: Can the Arbitration Fairness Act Solve the Problems of Mandatory Binding Arbitration in the Consumer Context? , 94 IOWA L. REV . 1075, 1079 (2009).

(١٥٤) أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، منشأة المعارف ٢٠١٢، ص٤٧٦-٤٧٧.

(155) See ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE, 10-11, 24-27 (2001).

(156) See Philip Johnson, Enforcing Online Arbitration Agreements for Cross-Border Consumer Small Claims in China and the United States, 36 Hastings INT'l & COMP. L. REV. 577 (2013).

للقانون أوردت على سبيل الاستحياء أنه «من الممكن اللجوء إلى التحكيم فيما يتعلق بالنزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك»[١٥٧]، مع التأكيد أن المذكرة الإيضاحية للقانون ليست ملزمة ولا تملك أن تقرر أي حقوق لم ترد في صلب القانون،[١٥٨] فهي وإن كشفت جزئياً عن نية المشرع إلا أن ذلك لا يمس سلطة قاضي الموضوع في تحديد تعلق هذه المسائل في النظام العام، وبالتالي عدم جواز التحكيم بشأنها من عدمه في ظل عدم صراحة النص.

كما نؤيد الأخذ بصحة اتفاق التحكيم عموماً في العقود الاستهلاكية إذا ثبت أولاً صدوره من المستهلك بعلم وإرادة حقيقة، وثانياً وضوح منطقية الاتفاق وعدم تحميل المستهلك تكاليف مجهضة كأن يلتزم بمكان تحكيم بعيد جداً عليه - كما في الاتفاق محل البحث الذي اشترط أن يكون التحكيم في أمريكا في بعض المنازعات،[١٥٩] على أن يراقب قاضي الموضوع توازن البند التحكيمي بين الأطراف من عدمه[١٦٠].

لذلك نجد أن القضاء في أمريكا قد أبطل الشرط التحكيمي في العديد من عقود الاستهلاك التي تضمنت شروطاً مجحفة بحق المستهلك، كالتي تشترط سفر المستهلك ليكون التحكيم في مدينة شيكاغو تحت قواعد غرفة التجارة الدولية،[١٦١] أو التي كانت تميل لمصلحة البائع بشكل صارخ[١٦٢].

---

(١٥٧) المذكرة الإيضاحية للقانون ٣٩ لسنة ٢٠١٤ ، الجريدة الرسمية لحكومة دولة الكويت، العدد ١١٨٧، السنة الستون الصادر في ٨ يونيو ٢٠١٦.

(١٥٨) انظر في عدم إلزامية المذكرة الإيضاحية باعتبارها من المصادر التفسيرية: إبراهيم الدسوقي أبو الليل، نظرية القانون، مرجع سابق ص ١١٤. انظر كذلك: عادل الطبطبائي، النظام الدستوري في الكويت: دراسة مقارنة، مكتبة الكويت الوطنية ٢٠٠٩، ص٣٤٤.

(١٥٩) فرق الاتفاق التحكيمي ل «سناب شات» بين المنازعات التي تتطلب المثول أمام هيئة التحكيم وهي التي تكون إجمالي التعويضات فيها أكثر من ١٠ آلاف دولار أمريكي، أما أقل من مبلغ تلك المطالبة فيكون التحكيم ملزماً عن طريق الهاتف أو الإنترنت دون مثول الأطراف. انظر: شروط الخدمة السابق الإشارة إليها «ج. قواعد إضافية للتحكيم الذي لا يخضع للمثول أمام المحكمة. إذا تم اختيار التحكيم دون المثول، فسيتم إجراء التحكيم عبر الهاتف أو عبر الإنترنت أو التقديمات المكتوبة أو أي مزيج من الخيارات الثلاثة؛ سيتم اختيار الطريقة المحددة من قبل الطرف الذي طلب التحكيم. لن يكون هناك ظهور لأي من الأطراف أو الشهود في هذا التحكيم إلا إذا اتفقت الأطراف المتنازعة على خلاف ذلك».

(١٦٠) فإذا تم اللجوء إلى التحكيم فإن عبء إثبات عدم توازن البند التحكيمي يقع على المحكم تحت رقابة قاضي التنفيذ أو الإبطال. انظر: أحمد إشراقية، قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك للتحكيم: دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية - السنة ٨ - ملحق خاص - العدد ٤ - الجزء ٢- يناير ٢٠٢٠، ص ٢٤٣.

(161) Brower v. Gateway 2000, Inc., 676 N.Y.S.2d 569 (N.Y. App. Div. 1998).

(162) Sanchez v. Valencia Holding Co., LLC, 135 Cal. Rptr. 3d 19, 32 (Cal. Ct. App. 2011).

وهذا هو توجه فرنسا الجديد، فبعد أن كانت تمنع التحكيم في العقود الاستهلاكية لزمن باعتبار أن السماح للتحكيم في عقود الإذعان سيؤدي حتماً إلى القبول به في جميع العقود دون الاعتداد بالطرف الضعيف، عدلت قانونها في ٢٠١٦ والذي سمحت فيه بالتحكيم جزئياً، حيث منحت الخيار للمستهلك في اللجوء إلى التحكيم أو القضاء، فإذا اختار طريقاً للتقاضي امتنع عليه اللجوء إلى الآخر(١٦٣).

هذا التوجه الذي نؤيده لم يلق حتى الآن القبول صراحة من القضاء الكويتي، إذ لا يزال القاضي مقيداً بين الاعتراف بالاتفاق التحكيمي في عقد الاستهلاك أو الحكم ببطلانه، فالتخيير يستلزم تعديلاً قانونياً ندعو المشرع الكويتي إلى تبنيه لمواكبة التطور في العقود الاستهلاكية خاصة التي تعقد عبر الإنترنت.

وما يجعل كلاً من المشرع والقضاء في الكويت يترددان في السماح بالتحكيم في عقد الإذعان عموماً والاستهلاك خصوصاً، هو أن صدور القبول من المستهلك باعتباره طرفاً ضعيفاً في العقد يكون عادة دون إرادة حرة وبشكل غامض، نظراً لعدم خبرته وجهله بحقوقه، مع الخوف من تجاهل المحكم للقواعد الآمرة الوطنية عند تطبيقه لقانون أجنبي على النزاع،(١٦٤) وخطر إنكار العدالة لعدم قدرة المستهلك في اللجوء إلى التحكيم(١٦٥).

وعليه نجد أن القضاء الكويتي في الحكم محل البحث قرر صحة اتفاق التحكيم - لكنه لم يحدد صراحة ما إذا كان العقد يتمثل في كونه عقد إذعان أم استهلاك - مما قد يستشف منه أن القضاء في الكويت يجيز اتفاقات التحكيم الواردة في التعاقدات الإلكترونية الاستهلاكية.

وفي ختام هذا المطلب لابد من الإشارة إلى أن العديد من الفقهاء يرون أن المسائل الخاضعة للتحكيم والقانون المطبق بشأنها لابد أن تكون من خلال قواعد موضوعية خاصة بالتحكيم الدولي تسهم في تعزيزه وتطويره، بعيداً عن القوانين الوطنية التي

(١٦٣) انظر: القانون رقم ١٥٤٧ /٢٠١٦ الصادر في ١٨ نوفمبر ٢٠١٦ والذي عدل المادة ٢٠٦١ من القانون المدني الفرنسي، تحديث القضاء للقرن الواحد والعشرين الذي وضع حداً لبطلان الاتفاق التحكيمي. مشار إليه لدى أحمد إشراقية، مرجع سابق، ص ٢١٨.

(١٦٤) عادل أبو هشيمة حوتة، مرجع سابق، ص ٢٩٥ - ٣٠٠ مخاطر اللجوء للتحكيم.

(١٦٥) لابد من التنويه إلى أن هذه المخاطر ترتبط ارتباطاً وثيقاً بالتحكيم التقليدي، أما التحكيم الإلكتروني الحديث والذي يضمن عدم إنكار العدالة والسماح للمستهلك باقتضاء حقه دون ضرورة مثوله أمام هيئة التحكيم تجعل الأمر في سعة أكبر، قد تسمح باتفاق التحكيم على الرغم من كون أحد أطرافه مذعناً.

تختلف من دولة لأخرى والتي لا تخلق لدى الأطراف اليقين القانوني، ولا تشجع اللجوء للتحكيم(١٦٦).

إن الأساس الذي يقوم عليه مبدأ استقلال شرط التحكيم ينطلق من اعتبارات عملية أكثر منها نظرية لتيسير التحكيم وتوسيع نطاقه، حيث يفترض من القضاء عدم التحقق من رضاء الأطراف، وإنما يطبق عليهم قواعد موضوعية تنطلق أساساً من إرادة مفترضة أساسها اقتناع القاضي بتفضيل التحكيم في العلاقات التجارية الدولية(١٦٧).

وتطبيقاً لذلك وبموجب مبدأ استقلال شرط التحكيم قضت محكمة النقض الفرنسية بأنه لا يمكن التمسك ببطلان اتفاق التحكيم الدولي بسبب عدم قابلية موضوع النزاع للتحكيم، ولو تعلق بالتعاقد مع المستهلك في القانون الفرنسي(١٦٨). وهو ما ينادي به البعض بأن القاضي الوطني لا يلتزم بتطبيق قانونه لتحديد قابلية النزاع للتحكيم، إذ إنه لا يوجد معيار لتصنيف المسائل التي تخضع للقانون الوطني، وتلك التي تخضع للقواعد المادية الدولية(١٦٩).

وبشكل عام، فإن فكرة القواعد الموضوعية الحرة التي تقرر صحة العقد دون قانون يحكمه لم تلق قبولاً واسعاً لدى القضاء عموماً، إذ لا يزال القضاء - في الكويت خصوصاً- يتمسك بالقواعد التقليدية التي تسند العقد إلى قانون وطني، وتحد من إرادة الأفراد المطلقة،(١٧٠) ولهذا ذهب البعض إلى أن فكرة العقد دون قانون تعتبر محض خيال(١٧١).

---

(١٦٦) أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، ١٩٨١، ص ١٦٦- ١٨٨.

(١٦٧) ولكن جانباً كبيراً من الفقه يرى ضرورة التفرقة بين انعدام العقد كلياً بسبب عدم إبرامه أصلاً، وبين بطلانه المتعلق بحالات التراضي الفعلي الذي يشوبه عيب يصم العقد بالبطلان أو القابلية للبطلان، انظر: حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، ١٩٩٦، ص ٤٤.

(١٦٨) قرار محكمة النقض الفرنسية في قضية Renault v Societe v. ٢٠٠٠ بتاريخ ١٢-٥-١٩٩٧ مجلة التحكيم، باريس ١٩٩٧ ص ٥٣٧؛ مشار إليه لدى محمد حسين بشايرة، تنفيذ اتفاق التحكيم: مشكلات معاصرة، تم الاطلاع عليه ٢٠٢١/١١/٢٤ ومتاح على https://shortest.link/1d4p

(١٦٩) د. فايز الحاج شاهين، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، منشور في محاضرات في التحكيم، إعداد وليد عناني، المكتبة القانونية ٢٠٠٣، ص ٢٢٢-٢٣٤.

(١٧٠) للمزيد حول الموضوع انظر: أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية ٢٠١٨.

(١٧١) انظر: أبو زيد رضوان، مرجع سابق، ص ٧٣ - ٧٧.

## الخاتمة:

لم ينته النزاع حول اتفاق التحكيم عبر التطبيقات الإلكترونية حتى هذه اللحظة، فعلى الرغم من صدور حكم من محكمة التمييز الكويتية - يقر بصحة الاتفاق عموماً - إلا أن المسألة لا تزال متداولة في العديد من الدول بين الأخذ والرد، وهو ما جعل شركة «سناب شات» تتراجع عن شروط الخدمة السابقة والتي كانت تستلزم بالضرورة التحكيم الإلزامي، إذ قررت شروطاً جديدة لا تتضمن الاتفاق على التحكيم نهائياً بالنسبة للمستخدم من خارج الولايات المتحدة، وقد دخلت حيز النفاذ في شهر أكتوبر ٢٠٢١[١٧٢].

كما أن الشروط الجديدة قد جعلت التحكيم خياراً متاحاً للمستخدم من داخل الولايات المتحدة بعدما كان إلزامياً، فله حق اللجوء إلى القضاء أو التحكيم، وذلك كما اقترحنا في البحث، وكما قرر القانون الفرنسي في تعديله الأخير، أما المستخدم من خارج الولايات المتحدة فقد تم الاستغناء عن شرط التحكيم نهائياً - وجعله مقتصراً على الشركات التي تستخدم خدمات «سناب شات» فقط - مما يدل بوضوح على أن تغير الشروط لم يأت من فراغ، وإنما بسبب النزاعات القانونية التي ثارت بسبب إلزامية التحكيم في عقد الاستهلاك الإلكتروني.

كما أن الشروط الجديدة قد نصت صراحة على تطبيق قوانين إنجلترا وويلز على العقد والنزاعات الناشئة عنه، ولكنها نصت صراحة على أنه إذا كانت محاكم بلد المستخدم لا تطبق هذه القوانين، فإن القوانين الوطنية للمستخدم هي التي ستطبق على العقد والنزاعات.

وللأسف فإن مسائل التحكيم والقانون واجب التطبيق في الكويت لا تزال تفتقد إلى الأحكام القضائية التي تؤسس المبادئ وتخلق القواعد القانونية للفقهاء والمحاكم، فإنه وإن كان الحكم محل البحث قد قضى بعدم الاختصاص لصحة اتفاق التحكيم، إلا أننا وددنا لو أنه تناول المسائل محل البحث والذي ننتهي في ختامه بعدة توصيات وهي:

يجب أن تكون إرادة الأفراد واضحة جلية عند قبول اتفاق التحكيم، وهو ما يستلزم قيام الموجب ببذل العناية في توضيح اتفاق التحكيم، سواء بكتابته بخطوط عريضة أو استلزام مرور القابل عليه أو الموافقة عليه خصيصاً، وهو ما يظهر حسن نية الموجب في إيصال العلم للقابل.

(١٧٢) انظر: شروط الخدمة: https://snap.com/ar-SA/terms#terms-row تم الاطلاع عليها ٢٠٢١/١١/٢٤.

نوصي المشرع الكويتي بتبني رأي واضح حول السماح بالتحكيم في العقود الإلكترونية عموماً وعقود الاستهلاك خصوصاً، إذ عدم النص عليه في قانون حماية المستهلك وذكره في المذكرة الإيضاحية غير الملزمة لا يوضح نية المشرع ولا يحقق اليقين القانوني الكافي.

ندعو القضاء في الكويت إلى تقرير مدى جوازية التحكيم في عقود الاستهلاك، وبيان مدى اعتبار التحكيم في هذه الحالات مخالفاً للنظام العام من عدمه.

لا نؤيد منع التحكيم في عقود الإذعان أو الاستهلاك مطلقاً، بل بتدخل تشريعي لجعل الأمر بالخيار للمستهلك إن شاء اختار التحكيم أو القضاء، وأما في ظل التشريع الحالي فنرى ضرورة مراقبة القضاء لشرط التحكيم، فلا يقر بصحته مطلقاً ولا بإبطاله ما لم يتبين له أن الاتفاق متوازن الشروط، ولا يضع على كاهل المستهلك - الطرف الضعيف- جهداً أو تكاليف باهظة[١٧٣].

ندعو المشرع والمراكز التحكيمية في الكويت إلى إصدار قواعد لتحكيم النزاعات الاستهلاكية، وذلك للعقود التي تتم عن طريق الإنترنت أسوة بالدول الأخرى المتقدمة[١٧٤].

(١٧٣) تم الحكم بإبطال شرط تحكيم في عقد استهلاك في بريطانيا بسبب أن التحكيم مكلف جداً مقارنة بقيمة المطالبة، حيث إن المطالبة كانت ٥٢٠٠ جنيه إسترليني، بينما الرسوم ٢٠٠٠ جنيه من غير أتعاب المحاماة، انظر:
Mylcrist Builders Ltd v Buck, [2008] EWHC 2172 (TCC) (19 September 2008).

(174) See Colin Rule et al., Designing a Global Consumer Online Dispute Resolution (ODR) System for Cross-Border Small Value-High Volume Claims - OAS Developments, 42 No. 3 UCC L. J. ART. 1, APP.A. (2010), available at: http://papers.ssrn.com/sol3/papers.cfm?abstract_id=1635463 (visited on 24/11/2021).

## قائمة المراجع:

### المؤلفات العربيَّة:

### الكتب:


- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، أصول القانون (الجزء الأول) نظرية القانون، مجلس النشر العلمي – جامعة الكويت، ٢٠٠٦.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، الجوانب القانونية للتعاملات الإلكترونية، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ٢٠٠٣.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، المصادر الإرادية للالتزام، العقد والإرادة المنفردة، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، شرح القانون المدني الكويتي (الجزء الثاني) نظرية الحق، مجلس النشر العلمي، جامعة الكويت، ١٩٩٧.
- إبراهيم خالد ممدوح، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، الطبعة الأولى، ٢٠٠٩.
- أبو زيد رضوان، الأسس العامة في التحكيم التجاري الدولي، دار الفكر العربي، القاهرة، ١٩٨١.
- أحمد إبراهيم عبد التواب، اتفاق التحكيم: مفهومه- أركانه وشروطه- نطاقه، دار النهضة العربية، ٢٠١٣.
- أحمد أبو الوفا، التحكيم الاختياري والإجباري، منشأة المعارف الإسكندرية، الطبعة الخامسة، ١٩٨٨.
- أحمد ضاعن السمدان، تأثير اختصاص القضاء على القانون واجب التطبيق، القانون الدولي الخاص الكويتي، ٢٠٠٨.
- أحمد عبد الكريم سلامة، الأصول في التنازع الدولي للقوانين، دار النهضة العربية ٢٠٠٨.
- أحمد عبد الكريم سلامة، العقد الدولي الطليق بين القانون الدولي الخاص وقانون التجارة الدولية، دار النهضة العربية، ٢٠١٨.
- أميرة حسن الرافعي، التحكيم في المنازعات الناشئة عن العقود الإلكترونية، منشأة المعارف، ٢٠١٢.

- بشير وإبراهيم عبد ربه إبراهيم، التحكيم الإلكتروني، الطبعة الأولى، المركز القومي للإصدارات القانونية، القاهرة ٢٠١٢.
- حسام الدين فتحي ناصف، التحكيم الإلكتروني في منازعات التجارة الدولية، دار النهضة العربية - القاهرة، ٢٠٠٥.
- حسن عبد الباسط جميعي، حماية المستهلك – الحماية الخاصة لرضاء المستهلك في عقود الاستهلاك، دار النهضة العربية، القاهرة، ١٩٩٦.
- حسني المصري، التحكيم التجاري الدولي في ظل القانون الكويتي والقانون المقارن، مطبعة عباد عبد الرحمن، القاهرة، ١٩٩٦.
- حفيظة السيد الحداد، الاتجاهات المعاصرة بشأن اتفاق التحكيم، دار الفكر الجامعي، الإسكندرية، دون سنة نشر.
- حفيظة السيد الحداد، الموجز في النظرية العامة في التحكيم التجاري الدولي، منشورات الحلبي الحقوقية، ٢٠١٠.
- حمزة أحمد حداد، التحكيم في القوانين العربية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الأردن، الطبيعة الثانية، ٢٠١٤.
- خالد ممدوح إبراهيم، إبرام العقد الإلكتروني (دراسة مقارنة)، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٨.
- خالد ممدوح إبراهيم، التحكيم الإلكتروني في عقود التجارة الدولية، دار الفكر الجامعي، ٢٠١٩.
- عادل أبو هشيمة حوتة، عقود خدمات المعلومات الإلكترونية في القانون الدولي الخاص، دار النهضة العربية، ٢٠٠٤.
- عبد الحكيم فودة، تفسير العقد في القانون المدني المصري والمقارن، منشأة المعارف، ٢٠٠٢.
- عبد الرزاق السنهوري، الوسيط في شرح القانون المدني، نظرية الالتزام بوجه عام، مصادر الالتزام، دار إحياء التراث العربي، الجزء الأول، ١٩٥٢.
- عبد الرزاق السنهوري، نظرية العقد، الجزء الأول، منشورات الحلبي الحقوقية، الطبعة الثانية، ١٩٩٨.
- عبد المجيد منير، قضاء التحكيم في منازعات التجارة الدولية، دار المطبوعات الجامعية بالإسكندرية، ١٩٩٦.

- عزمي عبد الفتاح عطية، قانون التحكيم الكويتي، دراسة لقواعد التحكيم الداخلي في قانون المرافعات الكويتي، مؤسسة دار الكتب، الطبعة الثانية، ٢٠١٢.
- غالب الداودي، القانون الدولي الخاص الأردني، دار الثقافة، ٢٠٠٥.
- فاروق الأباصيري، عقد الاشتراك في قواعد المعلومات عبر شبكة الإنترنت، دراسة تطبيقية لعقود التجارة الإلكترونية، دار الجامعة الجديدة، ٢٠٠٢.
- فايز الحاج شاهين، القانون الواجب التطبيق على اتفاق التحكيم، منشور في محاضرات في التحكيم، إعداد وليد عناني، المكتبة القانونية ٢٠٠٣.
- فتحي والي، الوسيط في قانون القضاء المدني، دار النهضة العربية، الطبعة، ١٩٨٧.
- فتحي والي، قانون التحكيم في النظرية والتطبيق، منشأة المعارف، ٢٠٠٧.
- محسن شفيق، التحكيم التجاري الدولي، دار النهضة العربية، ١٩٩٧.
- محمد إبراهيم أبو الهيجاء، التحكيم بواسطة الإنترنت، دار الثقافة، الدار العلمية الدولية، ٢٠٠٢.
- محمد السعيد رشدي، التعاقد بوسائل الاتصال الحديثة، منشأة المعارف بالإسكندرية، ٢٠٠٥.
- محمد مأمون سليمان، التحكيم الإلكتروني، دار الجامعة الجديدة، الطبعة الثانية، ٢٠١١.
- محمود السيد عمر التحيوي، العنصر الشخصي لمحل التحكيم، دار الفكر الجامعي، ٢٠٠٣.
- محمود السيد عمر التحيوي، قاعدة عدم افتراض الرضا بالالتجاء للتحكيم، دار الجامعة الجديدة، ٢٠١٠.
- مصطفى أحمد أبو عمرو، الالتزام بالإعلام في عقود الاستهلاك، دار الجامعة الجديدة ٢٠١٠.
- مصطفى موسى العجارمة، التنظيم القانوني للتعاقد عبر شبكة الإنترنت، دار الكتب القانونية، ٢٠١٠.
- نضال إسماعيل برهم، أحكام عقود التجارة الإلكترونية، دار الثقافة للنشر والتوزيع، الطبعة الأولى ٢٠٠٥.
- هشام صادق، القانون الواجب التطبيق على عقود التجارة الدولية، منشأة المعارف، ١٩٩٥.
- وجدي راغب، النظرية العامة للعمل القضائي، منشأة المعارف، الإسكندرية، ١٩٧٤.

## الأبحاث المنشورة والرسائل العلميَّة:

- آلاء يعقوب النعيمي، الإطار القانوني لاتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة جامعة الشارقة للعلوم الشرعية والقانونية، المجلد ٦ العدد ٤، ٢٠٠٩.
- إبراهيم الدسوقي أبو الليل، إبرام العقد الإلكتروني في ضوء أحكام القانون الإماراتي والقانون المقارن، بحث مقدم للمؤتمر العلمي الأول حول الجوانب القانونية والأمنية للعمليات الإلكترونية بمركز البحوث والدراسات بأكاديمية شرطة دبي بالإمارات العربية المتحدة، المجلد الثاني، ٢٠٠٣.
- أحمد إشراقية، قابلية النزاعات الناشئة عن عقد الاستهلاك للتحكيم- دراسة مقارنة في القانونين اللبناني والفرنسي، مجلة كلية القانون الكويتية العالمية، السنة ٨، العدد ٤، الجزء ٢، يناير ٢٠٢٠.
- أحمد ضاعن السمدان، القانون الواجب التطبيق في القانون التجاري الدولي، مجلة الحقوق السنة السابعة عشرة- العددان الأول والثاني -مارس - يونيو- ١٩٩٣.
- ريان هاشم حمدون، اتفاق التحكيم الإلكتروني، مجلة كلية القانون للعلوم القانونية والسياسية، جامعة كركوك، دار المنظومة، المجلد ٨، العدد ٣٠، ٢٠١٩.
- سلامة فارس عزب، وسائل معالجة اختلال التوازن في العقود الدولية في قانون التجارة الدولية، رسالة علمية، ١٩٩٩.
- شريف هنية، القانون الواجب التطبيق على العقد الإلكتروني، مجلة الحقوق، جامعة الكويت، العدد ٢ السنة ٤٤، ٢٠٢٠.
- فاطمة خالد المحسن، الإشكاليات القانونية التي تثور بشأن أهلية إبرام اتفاق التحكيم، مجلة الحقوق، مجلس النشر العلمي، العدد ٢، السنة ٤٤، ٢٠٢٠.
- محمد عبد اللطيف الجار الله، فكرة النظام العام الدولي الخاص كوسيلة لاستبعاد تطبيق القانون الأجنبي: دراسة تحليلية لنصوص قانون رقم ٥ لسنة ١٩٦١ بشأن العلاقات ذات العنصر الأجنبي، مجلة الحقوق، العدد ٢/٤ السنة ٤٤، ديسمبر ٢٠٢٠.

## المؤلفات الإنكليزيَّة:

- Aaron Chiu, Irrationality Bound: Terms of Use Licenses and the Breakdown of Consumer Rationality in the Market for Social Net-

work Sites, 21 S. CAL. INTERDISC. L.J. 167, (2011).

- Amy J. Schmitz, "Drive-Thru" Arbitration in the Digital Age: Empowering Consumers Through Binding ODR, 62 BAYLOR L. REV. 178, (2010).
- Clotilde Jourdain-Fortier, 'Chapter 2: Access to Justice and Arbitration: Is Consent to Arbitrate Still at Stake?', in Leonardo V. P. de Oliveira and Sara Hourani (eds), Access to Justice in Arbitration: Concept, Context and Practice, (© Kluwer Law International; Kluwer Law International 2020).
- Dan Streeter, Comment, Into Contract's Undiscovered Country: A Defense of Browse-Wrap Licenses, 39 SAN DIEGO L. REV. 1363 (2002).
- ETHAN KATSH & JANET RIFKIN, ONLINE DISPUTE RESOLUTION: RESOLVING CONFLICTS IN CYBERSPACE, (2001).
- Joshua T. Mandelbaum, Stuck in a Bind: Can the Arbitration Fairness Act Solve the Problems of Mandatory Binding Arbitration in the Consumer Context?, 94 IOWA L. REV . 1075 (2009).
- Juliet M. Moringiello, Signals, Assent and Internet Contracting, 57 Rutgers L. Rev. 1307 (2005).
- Karen Stewart & Joseph Matthews, Online Arbitration of Cross-Border, Business to Consumer Disputes, 56 U. MIAMI L. REV. 1111 (2002).
- Mariana Isabel Hernndez-Gutirrez, Forum-Selection and Arbitration Causes in International Commercial Contracts: Does the New York Convention Call for a Heightened Enforceability Standard? 18, WTR CURRENTS: INT'L TRADE L.J. (2009).
- Mary Beth Quirk, Don’t Like Instagram’s New Terms of Service & Privacy Policy? Quitting is the Only Way Out , THE CONSUMERIST (Dec. 18, 2012).

- Michael L. Rustad, et al., An Empirical Study of Predispute Mandatory Arbitration Clauses in Social Media Terms of Service Agreements, 34 U. ARK. LITTLE ROCK L. REV. 643 (2012).
- Mohamed Wahab, Globalization and ODR: Dynamics of Change in E-Commerce Dispute Settlement, 12 IN'L J.L. & INFo. TECH. 123 (2004).
- Philip Johnson, Enforcing Online Arbitration Agreements for Cross-Border Consumer Small Claims in China and the United States, 36 Hastings INT'l & COMP. L. REV. 577 (2013).
- RICHARD GARNETT ET AL., A PRACTICAL GUIDE TO INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION 1 (2000).
- Richard Garnett, Arbitration of Cross-Border Consumer Transactions in Australia: A Way Forward, 39 Sydney L. REV. 569 (2017).
- Ryan Morlatt, The Cyberspace Showdown Jurisdictional Jurisprudence-The United States Versus the European Union, 9 SUMMER CURRENTS: INT'L TRADE L.J. 89 (2000).
- Nathan J. Davis, Presumed Assent: The Judicial Acceptance of Clickwrap, 22 BERKELEY TECH. L.J. 577 (2007).
- Todd D. Rakoff, Contracts of Adhesion: An Essay in Reconstruction, 96 HARV. L. REV. 1174 (1983).

# International Arbitration Agreement Concluded Via Electronic Applications: Comments on The Snapchat Case Before The Kuwaiti Courts

**Dr. Sharaf Khaled Alsharaf**
**Bashayer Nawaf Altuwais**

## Abstract:

The mechanisms of agreeing on an arbitration agreement evolved with the development of technology and the increased use of online Applications (i.e., Snapchat, Twitter, YouTube, etc.). The Arbitration agreement were usually concluded or agreed upon in the presence of the parties with their knowledge and intentions. However, with the increased use and reliance on websites and electronic applications, it is becoming more common for people to unknowingly accept an arbitration agreement with a single click via an (I agree) button without reading the terms and conditions. This is what happened in Kuwait when a citizen wanted to file a lawsuit against Snapchat and was surprised by the existence of an arbitration clause. Snapchat argued that the Kuwaiti courts have no jurisdiction over the dispute. Which prompted us to comment on this issue by explaining the viewpoint of the Kuwaiti courts towards validating these kinds of arbitration agreements by considering the capacity and consent of the user of the Snapchat application, and the extent to which this contract is considered a contract of adhesion or consumer contract. Thus, considering the possibility where the courts can protect the weaker party by amending the terms of the contract and invalidating the arbitration agreement. We also address the validity of this arbitration agreement - which were agreed upon via electronic Applications - by determining the applicable law and the extent to which it is permissible to agree on arbitration clauses electronically and as to whether it is related to public policy or not. As a result, it possibly determines the recognitions and enforcement of the arbitration clause or not, and whether the Kuwaiti courts have jurisdiction over this lawsuit or not. We sum this research with a set of recommendations, beginning with the necessity of considering the intentions of individuals when they unknowingly accept the arbitration agreement by virtue of accepting the entire agreement, which highlights the need for applications to clarify the

arbitration agreement, whether by writing it in bold or requiring a separate agreement specific to the arbitration agreement. We also recommend that the legislator expressly state whether the law allows arbitration agreement to be agreed upon electronically or not, and whether the courts in Kuwait allow arbitration agreements in consumer contracts or not.

JOURNAL OF LAW

A Refereed Academic Quarterly, Published by the Academic Publication Council - University of Kuwait

# International Arbitration Agreement Concluded Via Electronic Applications: Comments on The Snapchat Case Before The Kuwaiti Courts

Dr. Sharaf Khaled Alsharaf - Bashayer Nawaf Altuwais

University of Kuwait

Academic Publication Council

جامعة الكويت
KUWAIT UNIVERSITY

ISSN: 1029 - 6069

No. 4 - P2 - Vol. 46

Jamada I 1444 - December 2022