ف،ب
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب

***عـ54758.2017ـدد القضيــة**
تاريخــه :2018-10-30

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2017/8/24 تحت عـ35160ـدد من الاستاذ "م.ف" المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن :1/"ب.ز".

2/الشركة التونسية "ت.ر.ص" في شخص ممثلها القانوني سجلها التجاري ***** محل مخابرتهما لدى مكتب محاميهما المذكور اعلاه والكائن ***شارع

ضد: "ج.م" مقره المختار لدى الاستاذ "م.م" المحامي مكتبه بنهج*** ضفاف البحيرة 1053 تونس ينوبه في قضية الحال الاستاذ "س.ش".

طعنا في القرار الاستئنافي عـ76105ـدد الصادر بتاريخ 2017/1/31 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي نهائيا بقبول مطلب الطعن بالابطال شكلا ورفضه اصلا وتاييد حكم التحكيمي الدولي الحر الصادر بتاريخ 21 اكتوبر 2014 عن هيئة التحكيم المتكونة من السيد "م.ع" كرئيس والسيدين "ش.غ" و"م.ش" كعضوين واعتبار هذا الحكم قائما مقام الامر بتنفيذ حكم التحكيم المطعون فيه وتخطية الطاعنين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "و.م" حسب محضره عـ262ـدد بتاريخ 2017/9/22.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 2017/9/22 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعدد الاطلاع على مذكرة الرد على المستندات المقدمة في 2017/10/20 من الاستاذ "س.ش"المحامي لدى التعقيب نيابة عن المعقب ضده والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا ان قبل شكلا .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا.

وبعد الاطلاع عل اوارق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية .

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعين في الاصل المعقبين الان عارضين انه صدر عن هيئة التحكيم الحر المكونة من المحكمين "م.ع" و"م.ش" و"ش.غ" بتاريخ 2014/10/21 قرار تحكيمي دولي حر يقضي بالزام شركة "س" وورثة المحروم "ك.ز" في شخص ارملته "ك.ش" وابنيه الراشدين "ب" و"د.ز" متضامنين بان يؤدوا للمدعي "ج.م" ما يلي:

1/75000.000 أورو بعنوان سداد معين قرض.

2/فائض قانوني بنسبة 7بالمائة سنويا على مبلغ 750.000.000 اورو بداية من يوم 2013/3/10 .

3/(180.000د000) معين اجرة ومصاريف التحكيم.

4/(50.000د000) اتعاب تقاضي واجرة محاماة.

ورفض الدعوى المعارضة في جميع جزئياتها وقد تم اعلام المدعين بالقرار التحكيمي يوم 2014/10/23 بواسطة عدل التنفيذ "ص.ج" تحت عـ12568ـدد وانهم يطعنون في هذا القرار عملا بالفصول 78 وما بعده من مجلة التحكيم وذلك بخصوص بطلان اجراءات التحكيم من حيث بطلان تشكيل الهيئة التحكيمية وانعدام صفة طالب التحكيم وتجاوز اجال البت في التحكيم ومن حيث موضوع التحكيم ومخالفة القرار التحكيمي

للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص ومخالفته لقوانين الصرف ولحقوق الدفاع ومن حيث مسالة تراط عقد الشراكة الصناعية وعقد القرض والبت في المسالة الاولية الذي يخرج عن مناط نظر الهيئة التحكيمية ذلك ان الهيئة التحكيمية بينت طبيعة التحكيم ووصفه إذ اعتبره تحكيميا دوليا تطبيقا لاحكام الفصل 48 م ت ب يجعل من احكام الباب الثالث من المجلة هو المنطبق أي الفصول 47 وما ليها وقد ثبت انه تم تعيين الاستاذ "ش.غ" محكما عن طالب التحكيم وامام سكوت مورثهم والممثل القانوني للشركة بعد التنبيه عليهما بضرورة تعيين محكم تم استصدار الحكم الاستعجالي عدد 24810/2013 في 2013/5/23 عن المحكمة الابدائية بتونس والذي تم بوجبه تعيين الاستاذ "م.ش" محكما عنهما ثم تم تعيين رئيس الهيئة التحكيمية من قبل المحكمين بعد ذلك وان اتباع الاجراءات المذكورة لتشكيل الهيئة التحكيمية يجعل منها هيئة باطلة على معنى الفصل 56 م ت فقرة ثالثة أ الذي نص على ان المشرع اسند اختصاصا حصريا للرئيس الاول لمحكمة الاستئناف بتونس بتعيين المحكم في صورة عدم تعيين احد الطرفين لمحكم خلال 30 يوما من تسلمه طلبا بذلك من الطرف الاخر وللتاكد على ذلك استعمل عبارة "وجب ان يقوم بتعيينه" بما يعني ان في الامر الزاما يورث البطلان اذا لم يقع احتمامه وبالتالي فإن عدم سلوك طريق الفصل 56 وعدم التقييد بموجباته يورث البطلان تنفيذا لاحكام الفصل 78 م ت الذي اباح لمحكمة الاستئناف بتونس التصريح ببطلان حكم التحكيم إذا كان تشكيل قيمة التحكيم او ما وقع اتباعه في اجراءات التحكيم مخالفا لقواعد احكام هذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم كما لا خلاف في ان المتعاقد المفوض المبين اسمه بعقد القرض هو "ج.م" بصفته الشخصية ولا خلاف في ان المحضر المحرر من قبل عدل التنفيذ "ع.ح" المؤرخ في 2013/01/21 الموجه لدعوتهم بتعيين محكم صدر من قبل "ج.م" بصفته وكيل شركة "ا"ولم يصدر بصفته الشخصية وهذا يعني ان طالب عرض التحكيم كان في حق شركة "ا" ولم يصدر بصفته الشخصية ويعني ان طالب عرض التحكيم كان في حق الشركة كما ان عريضة رفع الدعوى الاستعجالية كان ايضا في حق الشركة والحال ان عقد

القرض مبرم من طرف "ج.م" بشخصه وقد غفل او اغفل المحكمون عن اثارة هاته النقطة الاجرائية الجوهرية بل حرفوا الوقائع لكونهم اعتبروا ان موجه عرض التحكيم والقائم بالدعوى الاستعجالية هو "ج.م" بصفته الشخصية وتجاهلوا الوقوف عما ذكر بمحضر عدل التنفيذ او بعريضة الدعوى الاستعجالية من ان الطالب كان "ج.م" بصفته وكيل شركة "ا" وانه ولئن رفض المدعيان الجواب عن التنبيه عـ3140ـدد او الحضور بالجلسة الاستعجالية كان لاعتبارهما اجراءات الشروع في تكوين هيئة التحكيم باطلة بطلانا مطلقا كما ان البند 9 من عقد القرض في ان المحكمين عليهم ان يصدروا قراراتهم التحكيمي في اجل 3 اشهر مع امكانية التمديد في ذلك الاجل مرتين فقط وقد تبين ان المحكمين تسلموا وقبلوا مهامهم يوم 13 جوان 2013 وبعد تسلمهم اجرة التحكيم طبق محضر الجلسة المحرر يوم 2013/6/24 قبولا مهامهم وشرعوا في عملية التحكيم وباحتساب الاجال المحددة لهم طبق الشرط التحكيمي المنصوص عليه بعقد القرض الفصل 9 يتعين عليهم اصدار حكمهم في اقصى الحالات يوم 2014/3/23 ويتبين ان التصريح تم يوم 2014/10/21 أي بعد مضي 7 اشهر من التاريخ المحدد وتكوين اعمال التحكيم مخالفة للشرط التحكيمي وبخصوص موضوع التحكيم فقد اقتضى الفصل 78 اولا فقرة ج ان حكم التحكيم يطبل إذا تناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم او لا يشمله الشرط التحكيمي او انه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم او الشروط التحكيمي ويتمثل هذا الامر في كون البت في حلول اجل خلاص القرض موضوع التحكيم طبق ملحق العقد المضمن به يفترض بداهة البت في المسؤولية العقدية لعقد الشراكة الصناعية ضرورة ان الامر يتعلق بعقدين مرتبطين بما يتجه معه البحث عن مدى تاثير العقد الملحق على العقد الاصلي فضلا عن مخالفة حكم التحكيم للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص ذلك انه وان لم ينفق شراح القانون على مفهوم موحد ومعيار مضبوط تتم على اساسه تحديد المقصود من النظام العام في مفهوم القانون الدولي واعتباره احيانا ابنا عاقا واحيانا اخرى ابنا بارا للقانون الدولي الخاص الا ان الاجماع حاصل حول تجلياته التي تهم حماية

الخيارات الجوهرية للمشرع ويتضح في مخالفة القرار التحكيمي لقانون الصرف كخرقه مبدا المساواة ومخالفة حقوق الدفاع فقد قضى القرار التحكيمي بالزامهم بان يؤدوا متضامنين لطالب التحكيم 750 الف اورو مبلغ القرض وان تحديد العملة ومبلغا على وجه التحديد والحصر دون اردا فيها بما يعادل بالدينار التونسي لقيمة المبلغ بالعملة الاجنبية فيه خرق للنظام العام الاقتصادي وخاصة قانون الصرف ذلك ان جميع احكامه تهم النظام العام باعتباره من القوانين الامرة ذات التطبيق الضروري خاصة وان المشرع احاطه باحكام جزائية صارمة ورادعة وان فقه القضاء كرس تمسكه بهذه القاعدة من ذلك القرار التعقيبي 284750 في 1993/7/17 كما ان قواعد قانون العرف بعد بمرتها خاضعة لاحكام قانونية ذات تطبيق ضروري ويكون من الضروري مراقبة مدى احترام حكم التحكيم للنظام العام في احكامه المتعلقة بالعرف الذي هو من الضامن لاستقرار الموازنة التجارية وميزان الدفوعات بالبلاد وان القرار التكميلي خرق موجبات قانون العرف مما رتب اخلالا بالنظام العام في مفهوم القانون الدولي ضرورة ان دفع مبلغ القرض بالعملة الاجنبية انما يمس من مدخرات البلاد الاحتياطية من العملة الصعبة ولنقضها او زيادتها تاثير على سعر الصرف للعملة المحلية كتاثيرها على الميزان التجاري ومدى تغطية الصادرات للواردات وقد تمسك المدعون بالشرط المضمن بعقد القرض وهو ان خلاصه يكون بعد شهر من تاريخ الدخول فعليا في الانتاج وبناء على اول فاتورة مصدرة من الشركة لاول طلبية (الفصل 4 من اتفاقية القرض) ولا جدال في كون الطرفي اتفقا صلب عقد القرض على تطبيق القانون التونسي وبالتالي وامام غياب اعفاء المحكمين من التعليل تطبيق للفصل 75 م ت فإن هذا الامر اصبح ضروريا انفاذا لاحكام الفصل 13 الذي نص على انه وفي جميع الصور تراعي المبادئ الاساسي للمرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع وتاسيسا على ذلك فإن تعليل القرار التحكيمي ضروري لكي تمارس المحكمة رقابتها في خصوص مطابقة ذلك القرار للنظام العام طبق الفصل 78 م ت ضرورة ان التعليل هو نتيجة مقارعة حجج الخصوم الواقعية والقانونية وان يكون نص القرار خلاصة منطقية للبناء القانوني

المضمن بالتعليل والذي يجب ان يكون واضحا وجديا متجانسا ومتكاملا وان يغطي جميع المسائل المعروضة فضلا على ترابط حيثيات حكم التحكيم وتناسقها وقد اتهم القرار التحكيمي المطعون فيه يتناقض التعليل وضعفه فضلا على عدم شمول تسبيبه لدفوعاتهم واعراضه عن الرد ولو على واحد منها ويتجلى ذلك في عدم تناول محضر التنبيه الموجه للمدعية المؤرخ في 2011/5/11 الذي تضمن على نحو واضح جلي عدم استعداد الشركة لتنفيذ اتفاقية الشراكة بالنظر للنزاع القائم بين وكلائها والشركات بل وطلبت منها منحها ان امكن مهلة حتى تتجاوز هاته الصعوبات واستئناف النشاط وفي صورة الرفض فلها الحق في اتخاذ ما تراه صالحا من الاجراءات الادارية والقضائية في خصوص الاتفاقية الرابطة بينهما كما ان تعليل القرار التحكيمي اتسم بالسطحية المفرطة فضلا على اعتماده على سند في حكم المعدون وجاء بالقرار التحكميمي ان الدخول الفعلي في الانتاج امر مستحيل تمهيدا لرفع المضمن بالفصل 4 من عقد القرض واسس النتيجة التي توصل اليها على امرين اولهما التنبيه الموجه من المدعية لخصيمتها المحرر من عدل التنفيذ "م.ج" حسب رقيمه ع103594دد في 2012/6/12 والذي تضمن انها انهت العمل بعقد الشراكة الصناعية المبرم في 2009/11/19 وثانيهما ان رخصة استغلال المقطع ع121521دد التي تملكها المدعية قد اسندت لها على وجه حصري وشخصي ولا يمكن باي وجه من الوجوه تسويغه او احالته للغير وكان مسير شركة "ا" على علم بذلك قبل ابرام عقد الاتفاق الصناعي الذي تعرض لهذه الرخصة وفي اتفاق القرض وفي خصوص التنبيه المذكور فإنه لا اثر قانوني له ضرورة ان المدعية بعثت به بعد ان توقفت خصيمتها على اتمام التزاماتها والشروع في الانتاج ولم تبين ما إذا كانت الخلافات بين وكلائها وشركائها انتهت ام لا المبينة بالمحضر المؤرخ في 2011/5/11 خاصة وان اعداد مصنع لتنقية الرمل الصوان لم يكتمل حتى يتم انتاج الاصناف المتفق عليها ذلك ان ما تم تركيزه من اليات على ارض المقطع لا يتجاوز غسل الرمال مثلما يستفاد من تقرير شركة **** التي تولت تركيز المصنع علاوة على عدم وفائها بالتزامتها كاملة طبق الفصل 5 من عقد الشراكة

كما ان فسخ عقد الشراكة لا يؤول بالضرورة الى استحالة الدخول الفعلي في الانتاج اذ على فرض التسليم جدلا بكون عقد الشراكة تم فسخه فإن هذا لا يكون حائلا من الدخول في الانتاج سواء مع غيرها من الشركاء او بانفرادها مما حتم النتيجة المتوصل اليها للا تستقيم منطقا وقانونا بما يعني ان التعليل المعتمد لا يتسم بالذوق القانوني السليم وفي خصوص رخصة استغلال المقطع المسندة لها والتي لها صلاحية لغاية 2017 فإن ذلك امر طبيعي ولا يؤدي الى ساتحالة الدخول الفعلي في الانتاج باعتباره من الالتزامات المحمولة على كاهلها صلب عقد الشراكة الصناعية صلب الفصل 4 و2 والذي تعهدت صلبه تقديم كل الوثائق المتعلقة بالتراخيص الادارية لاستغلال المقطع وبالتالي فإن ربط رخصة الاستغلال باستحالة الدخول الفعلي في الانتاج امر لا منطق فيه ولا علاقة البتة بالامرين اصلا خاصة وان معاقدتها "ج.م" يعلم جيدا وضعية الرخصة الادارية وتم ذكر ذلك في الاتفاقيتين وعدم الدخول في الانتاج هو بفعل معاقدتها شركة "ا" ولما كان تعليل القرار التحكيمي متناقضا فضلا عن سطحيته بما يجعله باطلا ضرورة ان التناقض يعبر بمثابة انعدام التعليل ويعد سببا من اسباب ابطاله لخرقه قواعد النظام العام وعلاوة على ذلك فإن استناد القرار التحكيمي على احكام الفصل 127 م ا ع للقول باستحالة الدخول في الانتاج دون بيان الصور اليقينية التي يتم اعتمادها للقول بان ذلك لن يجعل من التعليل المعتمد من هيئة التحكيم متناقضا جد صيرورته معدوما وفي خصوص التراط بين العقدين واثارة في قرار التحكيم فقد ثبت من الاطلاع على القرار التحكيمي انه اعتبر ان طالب التحكيم غير بالنسبة لعقد الشراكة الصناعية مع المدعية على نحو يظهر استقلال العقدين احدهما عن الاخر الا ان هذا القول لا يستقيم ذلك ان اشتراط الدخول الفعلي في الانتاج المبين بعقد القرض يفترض وفاء الطرفين صلب عقد الشركة بما عليهما من التزامات وان مسؤولية الانتاج تقع على عاتق شركة "ا" التي يسيرها ويمثلها طالب التحكيم (على فرض صحة صفته في ذلك والمدعية تجاهل فيها) بما يعني ان العقد بين مترابطين بحكم البت هي الاول (عقد الشراكة) قبل الثاني (عقد القرض) وان القول باستحالة الدخول الفعلي في الانتاج يرتب حصول

الشرط انفاذ الاحكام الفصل 127 م ا ع يفترض بالاضافة الى بيان يقينية ذلك كيفما تم بيانه انفا تحديد سبب ذلك (اما القوة القاهرة او مسؤولية احد المتعاقدين) وان ذلك يفرض وجوبا البحث في وقاء احد الطرفين من عدمه بالتزاماته طبق عقد الشراكة والحال ان هذا الامر ينظمه الفصل 16 من عقد الشراكة الصناعية ولان الجهة المختصة بالبتن في أي نزاع حول العقد المذكور هي غير هيئة التحكيم المطعون في حكمها الان وهو نزاع من اختصاص غرفة التجارة الدولية بباريس بما يعني شمول الحكم التحكيمي لمسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم إذ ان الاتفاق على التحكيم موضوع القرار المطعون فيه يتعلق بالقرض فقط حال ان اثر القرار يمتد الى تحميلها مسؤولية عدم تنفيذ عقد الشراكة الاصلي وفي خصوص بطلان التحكم قبل الوقوف على مال عقد الاتفاق المبرم في 2009/11/18 فقد جاء بالقرار المطعون فيه ان عقد القرض متصل بصفة عضوية باتفاق شراكة استغلال مقطع الرمل القائم بين شركة "س" وشركة "ا" لكون الفصل 1 والتمهيد تعرضا لعقد الشراكة ولكون احتساب اجال بداية خلاص الدين مرتبط ببداية استغلال المقطع ولكون بداية استغلال المقطع مرتبط بدوره بشروط خاصة ودقيقة وانه من الغريب ان يصدر المحكمون قرارهم دون التثبت في مال اتفاق الشراكة القائم منذ 2009/11/18 وكيف يعتبرون انه لم يعد ممكن مواصلة استغلال المقطع والحال ان استغلاله مرتبط راسا بشركة "ا" التي يمثلها ويسيرها "ج.م" وقد ثبت بصفة قطعية تقاعس بشركة "ا" عن مواصلة تنفيذ المشروع وانجازه طبق الشروط الواردة باتفاق الشراكة وقد اثار المدعون هذه النقطة لكن القرار التحكيمي تغافل عنها وبذلك تم هضم حقوق الدفاع عن هذه الناحية وانتهى نائب المدعي الى طلب قبول مطلب الطعن بالابطال شكلا واصلا والقضاء بابطال القرار التحكيمي المذكور لمخالفته احكام الفصول 14 و19 م م م ت والفصل 9 من الشروط التحكيمي والفصول 13 و56 و75 و78 مجلة التحكيم والغاء مفعوله وتغريم خصم منوبيه ب(10.000د000) اتعاب تقاضي واجرة محاماة.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف قرارها المضمن عدده وتاريخه ونصه اعلاه.

فتعقبه الطاعنان ناعيين عليه ما يلي:

المطعن الاول تحريف الوقائع:

قولا بان محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت ان الطلب يتعلق باسترجاع دين تسلمه المعقب من "ج.م" قد حل اجل دفعه بما ان عقد الشراكة اساس الدين قد وقع فسخه وان المدعو "ج.م" عندما قام بالنزاع كان من باب التزيد ولم يحرم المعقب من الدفاع عن حقوقه، وفي رد عن ذلك فإن شركة "س" وهي تنشط في صناعة وتنقية الرمل الصوان ابرمت اتفاقا استثماريا مع شركة "ا" التي يسيرها المعقب ضده بموجبه تقوم هذه الشركة بكل الاعمال والانشطة اللازمة لبعث المشروع الانتاج والتسويق وقد بادرت بالانجازات الا انها وبسبب تنازع داخلي يهم الشركاء وهم ممثلوا الشركة ايضا توقفت في منتصف الطريق قبل انطلاق الانتاج ورغم التنابيه العديدة التي قامت بها الشركة الا انها لم تقم بما في عهدتها رغم انفراد المعقب ضده بالاستيلاء على الشركة وراس مالها بالكامل واصبح هو المسير الوحيد لها وانه وبعدما تحصل على كافة الصلاحيات لتسيير شركة "ا" ولتجنب التتبعات في خصوص تجاوز الشركة لبنود الاتفاقية الاستمثارية التي تنص على انه بشركته ملزم بان تدخل المصنع في طور الانتاج تعاقد المعقب ضده مع المعقبة لتمكينه من قرض قدره 750000 يوريو لم يتسلمها بالكامل على ان يتم خلاص هذه السلفة الا بعد انطلاق المصنع في الانتاج وان المصنع لم ينطلق في الانتاج الا ان المحكمة لم تكترث لذلك مما يجعل قرارها على اساس وقائع محرفة موجبة للنقض.

المطعن الثاني /: خرق القانون :

1/خرق الفصل 19 م م م ت:

قولا بان المحكمة اعتبرت ان مخالفة الفصل 19 عند طلب تعيين محكم عن المعقب امام رئيس المحكمة الابتدائية من طرف وكيل شركة "ا" عوضا ان يكون الطلب من المعقب ضده كشخص طبيعي يجعل المطلب قد قدم ممن لا صفة له وهو خرق للفصل المذكور واعتبار المحكمة ان هذا الخرق يمكن تجاوزه بمقولة ان صفة الوكالة ليست لتمثيل الشركة بل للتوضيح هكذا دون التمعن في ان تقدم المعقب ضده بصفته وكيلا للشركة أي

انـه ممـثلا لهـا والحـال الطلـب كـان بجـدر بـه ان يتقـدم بالمطلـب بصفته شخصا طبيعيا فهذا امر مردود وموجبا للنقض.

2/خـرق الفصـل 56 وسـوء تاويـل الفصـل 50 مـن مجلـة التحكيم:

قـولا بـان الفصـل 56 ينص علـى وجـوب تعيين المحكمين مـن طـرف السـيد الـرئيس الاول لمحكمـة الاسـتئناف وهـو مـن القواعد الامرة التي لا يمكن تجاوزها وللتاكيد علـى ذلك استعمل الفصل المذكور عبارة "وجوب ان يقوم بتعيينه" بما يعني ان فـي الامـر الزامـا يـورث الـبطلان اذا لـم يقـع احترامـه وبالتـالي فـإن تغافل محكمة الاستئناف عن هذا الفصل واعتبارها يدخل في باب التنـازل من احد الاطـراف حسـب الفصـل 50 وهذا امـر مـردود يجعل القرار المنتقد موجب للنقض فـي حين ان المعقبين طعنـوا فـي ذلـك امـام هيئـة التحكـيم وطالبـا بـبطلان اجـراءات ثـم امـام القضاء وقد جـاء فـي مستندات الابطـال مـا يثبت ذلك وان الـدفع الشـكلي يمكـن التقدم بـه امـام القـاء ضـرورة ان النظـر فـي الـدفع الشكلي من طرف الهيئة التحكيمية قد تم حكمها مع الاصل ثم ان المحكمة لم يتبين كيف توصلت الـى عدم الطعن فـي هذا الخلل الشـكلي واكتفاءهـا بمـا جـاء فـي الـدفوعات دون المطالبـة بتقـديم الملف التحكيمي والاطلاع على ما فيه وهو ما يوجب النقض.

3/خرق قانون الصرف:

قـولا بـان المحكمـة اقـرت ان قـوانين الصـرف هـي مـن القواعد الامرة الا ان النتيجـة التـي توصلت ليهـا تكون متناقضـة مـع الصـبغة الامـرة لهـذه القواعـد ويتنـاقض ايضـا مـع قـانون الصـرف الـذي احاطـه المشـرع باحكـام جزائيـة صـارمة ورادعـة تدخل في قواعد النظـام العـام، ونتيجـة لـذلك فـإن القرار بتجـاوزه للفصول 36 و38 من القانون الدولي الخاص يعتبر خرقا للنظـام العام كما جاء في كتابات العميد لطفي الشاذلي وقرارات محكمـة التعقيب منهـا قـرار تعقيبـي عـ28450ـدد فـي 1993/3/17 وان الحكم بتحكم الاليـة للخـلاص يمنـع المعقبـة التـي لـيس لـديها عملـة صعبة فلا يمكنها ان تقوم بتغيير الدينار بالعملة بما انهـا لـم تـدخل طـور الانتـاج ثـم ان عمليـة التنفيـذ ان كانـت علـى أي مكاسـب مـا جـاء فـي الحكـم بـان المتـداخلين فـي عـرض شـراء المكاسـب سينحصر في من لديه امكانية الدفع بالعملة الصـعبة وبذلك يكـون

عدد المتداخلين قليل وهو ما يؤثر سلبا على قيمة هذه المكاسب وهو ما يضر بالاقتصاد الوطني عامة وبذمة المعقبين خاصة وبالتالي لم تكن المحكمة صائبة في هذا التوجه ويتجه نقض قرارها.

المطعن الثالث: احترام اجال التحكيم:

قولا بان المعقبين تمسكوا من ان هيئة التحكيم لم تحترم الاجال القانونية والاتفاقية وهو 3 اشهر متجددة لاصدار قرارها الا ان المحكمة رغم اقرارها الا ان المحكمة رغم اقرارها بان احترام الاجال لم يتوفر في قرار الهيئة لكنها لم تاخذ بعين الاعتبار هذا التاخير والتفتت عن هذا المطعن محملة المسؤولية لهم وانهم قد تاخروا في التداخل في حين انه كان على خصمهم الذي له مصلحة في ذلك من القيام باجراءات الادخال وهو ما تم فعلا الا انه كان خارجا عن اجال اتفاقية التحكيم مما يتجه نقض القرار لهذا السبب ايضا.

المطعن الرابع: موضوع التحكيم والترابط بين القرض والشراكة:

قولا بانه جاء في العقد القرض ان الخلاص يتم بعد انطلاق الانتاج المصنع التابع للمعقبة والذي تحت اشراف الشركة التابع بالتسيير للمعقب ضده وان المحكمة عندما تناولت هذا الدفع اعتبرت ان النزاع مسلط على عقد القرض دون سواه وان القول بترابط العقدين هو محاولة لتوسيع رقعة النزاع وان المحكمة لم تكن على صواب لانها حرفت بنود عقد القرض نفسه الذي جاء فيه شرط هام وهو خلاص القرض لا يتم المطالبة به الا بعد انطلاق الانتاج الذي يتم بواسطة شركة المعقب ضده وتحت اشرافه كل ذلك حسب بنود اتفاقية الشراكة وان انطلاق الانتاج بدوره مرتبط باتمام انجاز المصنع من طرف شركة "ا" التي يسيرها المعقب ضده اي ان المعقبين بين يديه وان القرار المنتقد لما اعتبر ان الترابط لا جدوى بكون قد افرط في السلطة بما انه معللا وقانونا هناك ترابط بين العقدين ان النظر في امكانية القضاء بارجاع الدين يتطلب توفر الشرط الا وهو انطلاق الانتاج او انه يتم النظر في مدى توفر شروط الفسخ حتى نتحدث عن استحالة تنفيذ العقد كما ذهبت الى ذلك هيئة التحكيم في حكمها وان المحكمة تكون ايضا متناقضة مع حكم هيئة

التحكيم الذي اقر في حيثياته ان الحكم بالاداء كان نتيجة حتمية لفسخ عقد الشراكة أي ان الهيئة التحكيمية نظرت في بنوده ووقفت الى اعتباره منفسخا ورتبت على ذلك امكانية الحكم باداء القرض فبالتالي فإن هيئة التحكيم هي من وضعت ترابط العقدين وهي من وسعت نظرها ليشتمل عقد الشراكة ولم تتعرض محكمة القرار المنتقد لتوسيع رقعة النزاع من الهيئة التحكيمية ومنعته على المعقبين وهو ما يمثل افراطا في السلطة موجبا للنقض وان المحكمة لم تجب عن هذا الدفع الهام والاساسي الذي لم يتوقضوا للتمسك به منذ الطور الاول .

المطعن الخامس:ضعف التعليل وهضم حق الدفاع:

قولا بان المحكمة لم تجب عن المطاعن المتعلقة في خصوص الوقوف على مدى احترام شركة المعقب ضده للالتزاماتها ومارست عليه هيئة تحكيم من فسخ عقد الشراكة على مسؤولية المعقب وكلاهما خاضع لرقابة هيئة تحكيم اخرى وهي غرفة التجارة بباريس وان وقوفها عند تعليلها لعدم الجواب عن هذا المطعن بمقولة انه لم يكن الا بتسويغ رقعة النزاع هو تعليل ضعيف موجب للنقض وان التناقض الصارخ بين التسبيب والنتائج المتوصل اليها سواء عند رفع مكعن خرق النظام العام لقانون الصرف او ما يهم المطاعن الاخرى يجعل القرار المنتقد ضعيف التعليل الى حد امعدامه وانتهى الاستاذ "ف" الى طلب النقض مع الاحالة.

وحيث وجوابا على مستندات التعقيب لاحظ الاستاذ "ش" ان المحكمة افالحت لما اعتبرت ان التنصيص على صفة منوبه عند القيام لدى القاضي الاستعجالي لتعيين محكم كان من قبيل التزيد ذلك ان صفته في الشركة لا تنفي عنه صفته في القيام ولم يات المعقبون بما يفيد حصول ضرر او خطا او ما يميس بقواعد النظام العام جراء التنصيص على صفته في الشركة التي اضحة وكيلها وان محازلات المعقبين تاويل عبارة الفصل 50 يثبت سوء نيتهم كانت الغاية منها التفصي من الخوض في فحوى النزاع ذلك انه كان بامكانهم اثارة هاته النقطة امام الهيئة التحكيمية كما ان المسائل الاجرائية المتعلقة بتكوين هيئة التحكيم تعتبر من المسائل التي يتعهد بها قضاء الاصل أي هيئة التحكيم التي اصدرت القرار التحكيمي ويستاغ القول ان محكمة

الاستئناف غير مختصة للنظر في تلكم المطاعن التي لم تقع اثارتها خلال سير اجراءات التحكيم ضمن باب اولى واحرى ان تكون محكمة التعقيب غير مختصة بدورها في مسالة تكوين هيئة التحكيم اعتبارها محكمة قانون خصوصا وان المسالة لم تقع اثارتها البتة خلال الطور الابتدائي امام اعفاء هيئة كما ان المعقبين نصبوا انفسهم مشرعين حتى يصدروا قوانين واوامر تدين الاستثمارات بالعملة الصعبة في حين انه لم يروا مانعا في مرحلة سابقة لتسلم المبالغ المتخلدة بذمتهم بالعملة الصعبة وقد افلحت المحكمة لما اعتبرت هذا المطعن غير جدي خصوصا وانهم المعقب لم يقدموا ما يفيد العلاقة السببية بين قيام منوبه بالاستثمار بالعملة الصعبة وعدم وجاهة مطلبه لخلاص دينه ويستشف من مطعنه انه من قام بالاستثمار بالعملة الصعبة لا يمكن له باية حال من الاحوال ان يصبح دائنا او ان يطالب باسترجاع الاموال التي صرفها خصوصا وان جميع مبلغ الاستثمار ثم عن طريق البنك المركزي التونسي وفق القانون وفي خصوص اجل صدور القرار التحكيمي فانه فات المعقبين ان مورثهم المرحوم كمال الزويتن بوصفه مدعى عليه توفي في شهر نوفمبر 2013 وان نائبه الاستاذ "م" طلب صراحة من هيئة التحكيم بجلسة 2013/11/25 تاخير القضية للادلاء بحجة وفاة المدعى عليه وانه تبعا لعدم تنفيذ ذلك الحكم التحضيري لمرات متتالية من قبل نائبهم قررت هيئة التحكيم بجلسة يوم 2014/02/24 تعليق اجال التحكيم الى ان قررت الهيئة مواصلة اجراءات التحكيم بموجب محضر جلسة 2014/4/01 بطلب من منوبه وثبت تعطل اجراءات التحكيم بسبب المعقبين ومماطلتهم لمدة 5 اشهر في تنفيذ الحكم التحضيري ثم تواصل نشر القضية والترافع فيها دون ان يعارضوا والواقع ادخالهم من قبلمنوبه وبخصوص المطعن المتعلق بالتحكيم والرابط بين القرض والشراكة فإن المعقبين اصروا على الادلاء بنفس الملحوظات التي ادلوا بها خلال سير اجراءات التحكيم في مرحلة اولى ثم لدى محكمة الاستئناف في مرحلة ثانية وتمادوا في محاولة ادماج العقد موضوع التحكيم بعقد اخر لا علاقة له بنزاع الحال كانت الغاية منه الولوج بالنزاع الى غرفة التجارة بباريس باعتبارها هيئة تحكيم دولية.

المحكمـــــــة

عن المطاعن الاول والرابع والخامس لتداخلها وترابطها:

حيث لا جدال في ان العلاقة الرابطة بين الطرفين تمثلت في بروتوكول اتفاق مؤرخ في 2011/01/13 مبرم بين المعقب ضده ومورث المعقب والذي بموجبه منح الأول في الذكر بصفة شخصية إلى شركة س. مبلغ 750.000 اورو بعنوان قرض بضمان المدعو ك.ز. حتى يسمح للشركة المذكورة بالتعهد بالمصاريف اللازمة للدراسات والأشغال الضرورية لانطلاق النشاط طبقا لعقد الشراكة المبرم بينها وبين شركة ا. وقد تضمن ذلك العقد في الفصل 4 ان طلب تسديد كامل مبلغ القرض لا يمكن أن يكون قبل شهر على الأقل بعد انطلاق النشاط ودخول الشرطة الطور الفعلي للإنتاج واعتبر أطراف العقد ان دخول الشركة المفترضة طور الانتاج هو التاريخ الذي يتم فيه استخلاص أول فاتورة تصدرها والمتعلقة بالطلبية الأولى الواردة عليها بعد اطلاق النشاط بعد المصادقة على نتائج تحليل التربة من قبل مكتب الهندسة.

وحيث تمسك المعقب ضده بأنه لم يقع تسديد مبلغ القرض، فقام بالالتجاء إلى التحكيم مثلما تقضيه أحكام اتفاقية القرض المذكورة وصدر القرار التحكيمي موضوع الطعن في قضية الحال.

وحيث يعيب المعقبان على محكمة القرار المنتقد اعتمادها الاتفاقية القرض بما تضمنه الفصل 4 منها دون عقد الشراكة الرابط بين شركة ا.(وكيلها المعقب ضده الان) وبين شركة س. المعقبة الان والمؤرخ في 2009/11/18 معتبرين وجود ترابط بين العقدين وبالتالي يكون النظر في امكانية القضاء بإرجاع الدين يتطلب بصفة أولية مدى توفر شرط انطلاق النشاط مناط الفصل 4 من عقد القرض والنظر في مدى توفر شرط فسخ عقد الشراكة.

وحيث وعلى خلاف لما يدفع به المعقبان فإنه وان كانت هناك علاقة بين عقد القرض موضوع القرار التحكيمي وبين عقد الشراكة باعتبار أن حلول خلاص كامل القرض مرتبط بانطلاق الانتاج موضوع عقد الشراكة إلا أن هاته العلاقة لا تأثير لها على استقلالية عقد القرض وقيامه بذاته بما شمله من بنود والالتزامات محمولة على الأطراف المتعاقدة صلبه لا غير، ذلك أن الهيئة التحكيمية وعلى خلاف ما يدعيه المعقبان لم تضع أي ترابط بين العقدين **ولم توسع نظرها في النزاع ليشمل عقد الشراكة بل ولغاية الوقوف على توفر الشرط 4 من عقد القرض المتعلق بالدخول في**

الانتاج الفعلي من عدمه كان لزاما عليها النظر في عقد الشراكة كمرجع لا غير وانتهت الى أن قيام المعقبة شركة س. بمبادرة منها بالتنبيه على معاقدتها بأن عقد الشراكة قد انفسخ هو بمثابة الحجة والدليل على انتفاء عملية الدخول في الانتاج واستحالتها وهو ما أضحى معه مبلغ القرض حال الدفع عملا بأحكام الفصلين 144 و127 م ا ع باعتبار أن البند 4 من عقد القرض هو بند توقيفي ينتج طبق الفصلين المذكورين إثارة الشرط التوقيفي.

وحيث وعلى خلاف ما يتمسك به المعقبان فإن هيئة التحكيم لم تنظر في بنود عقد الشراكة ولم تتوصل الى اعتباره منفسخا باعتبار ان ذلك يخرج عن مناط نظرها وان الحسم في تلك المسالة غير مشمول بالنزاع الحالي المؤسس على عقد القرض فحسب وانما هو خاضع الى التحكيم امام غرفة التجارة الدولية بباريس حسبما تضمنته مقتضيات الفصل 14 منه بل حصرت نظرها في بيان ما إذا كانت الشرط المضمن بالفصل 4 من عقد القرض قد تحقق من عدمه واستنتجت من مظروفات الملف ومؤيداته انه امام مبادرة المعقبة بالتنبيه على معاقدتها بانهاء عقد الشراكة فإن ذلك دليل على عدم دخول الشركة في الانتاج الفعلي ورتبت النتيجة القانونية عن ذلك وقد جارت محكمة القرار المنتقد ما انتهت اليه الهيئة التحكيمية في قرارها وجاء قضاؤها معللا التعليل المستساغ الذي لم تنل من صحة دفوعات المعقبين فضلا عن ان هاته الدفوعات تضمنت في جانب كبير منها مجادلة موضوعية لما انتهت اليه محكمة القرار المنتقد من فهم للوقائع وتقدير للادلة با يتجه معه رد هاته المطاعن.

عن المطعن الثاني بجميع فروعه:

عن الفرع الاول المتعلق بخرق الفصل 19 م م م ت:

حيث يتمسك المعقبان بان طلب تعيين محكم عنهما والمقدم من طرف وكيل شركة "ا" عوضا ان يكون الطلب من المعقب ضده كشخص طبيعي يجعل المطلب قد قدم ممن لا صفة له في خرق احكام الفصل المذكور.

وحيث وعلى خلاف ما يدفع به المعقبان فبالاطلاع على الحكم الاستعجالي عـ24810ـدد القاضي بتعيين محكم على المعقبين يبتين ان القيام بتلك القضية تم من طرف المدعو "ج.م"ر (المعقب ضده الان) راسا وكان ذلك في حق شخصه

ولم يتضمن الاشارة الى ان قيامه كان في حق شركة "ا" وكون اسمه كان مقرونا بعبارة بصفته وكيل شركة "ا" فإن ذلك لا يغير من صفة قيامه ولا يبعث على الظن من انه قام في حق الشركة المذكورة كما

ان ما تضمنته سندات ومنطوق الحكم الاستعجالي المذكور تؤكد ان من تولى القيام بطلب المحكم هو المدعو "ج.م" في حق نفسه وضد خصومه الذين لم يتولوا تعيين محكم في مواجهة عقد القرض المبرم بينه وبصفته الشخصية وبينهم والمتضمن للبند التحكيمي .

وحيث تكون محكمة القرار المنتقد حين اعتبرت ان اقتران اسم طالب تسمية المحكم في الحكم الاستعجالي بعبارة "بصفته وكيل شركة "ا": لا يعدو الا من من باب التزيد من طرفه قد احسنت فهم وتأويل المؤيدات ومدلولها ولم تقف عند قراءة سطحية لها ويكون بالتالي ما نسب للقرار المطعون فيه من خرق لاحكام الفصل 19 م م م ت في طريقه بما يتجه معه رد هذا الفرع من المطعن.

عن الفرع الثاني : المتعلق بخرق الفصل 56 وسوء تاويل الفصل 50 من مجلة التحكيم.

حيث يتمسك المعقبان بان الفصل 56 ينص على وجوب تعيين المحكمين من طرف الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف وهو من القواعد الامرة التي لا يمكن تجاوزها وان تغافل محكمة القرار المنتقد عن هذا الفصل واعتباره يدخل في باب التنازل من احد الاطراف حسب الفصل 50 يجعل القرار موجبا للنقض خاصة وانهما طعنا في ذلك امام هيئة التحكيم ثم امام القضاء.

وحيث يتجه الاشارة بادئ ذي بدء الى ان المعقبين لم يتقدما امام هيئة التحكيم بهذا الدفع ولم يقوما باثارته بل تمثلت منازعتهما في دفوعات شكلية كانت تخص اجراءات القيام من المعقب ضده امامها منها ما هو متعلق بالحكم الاستعجالي المذكور اعلاه ومسالة صفة القيام بشانه ومنها ما هو متعلق باجراءات ايداع عريضة الدعوى والاعلام بها امام الهيئة التحكيمية ومنها ما هو متعلق بشركة "ا" وسقوط الدعوى

بالنسبة لها وطلب ادخالها القسري في النزاع التحكيمي ولم يقع الدفع البتة بمخالفة احكام الفصل 56 مجلة التحكيم بصدور الحكم الاستعجالي عن المحكمة الابتدائية بتونس دون السيد الرئيس الاول لمحكمة الاستئناف .

وحيث اقتضى الفصل50 من مجلة التحكيم انه يعتبر متنازلا عن حقه في الدفع كل طرف مع علمه بمخالفة شرط من شروط التحكيم او نص من نصوص هذا الباب التي يجوز للاطراف التمسك بها يستمر في اجراءات التحكيم دون ان يبادر الى الدفع حالا او خلال الاجل ان سبق تعيينه بما يكون معه تغاضي المعقبين عن هذا الدفع امام الهيئة التحكيمية يعتبر تنازلا منهما عنه ويكون الحكم الاستعجالي في تعيين المحكم نافذا بقطع النظر عن الهيئة القضائية التي صدر عنها بما يتجه معه رد هذا الفرع من المطعن .

عن الفرع الثالث المتعلق بخرق قانون الصرف:

حيث يعيب المعقبان على المحكمة القرار المنتقد مجاراتها للقرار التحكيمي الذي قضى بالزام المطلوبين في الاصل باداء مبلغ 750.000 اورو وقيمة القرض وان الالزام بدفع المبلغ بالعملة الصعبة يتناقض مع قانون الصرف الذي احاطه المشرع باحكام جزائية صارمة ورادعة تدخل في قواعد النظام العام.

وحيث وعلاوة على ان المعقبين تسلما معين القرض بالعملة الصعبة فإن الالزام بدفع معين ذلك القرض بالعملة الصعبة لا يعد في حد ذاته مخالفا للنظام العام ولقواعد الصرف طالما ان عملية التنفيذ يمكن ان تتم على اية مكاسب كانت منقولة او عقارية وفق اجراءات تنفيذ الاحكام وكون عمليات تنفيذ القرار سوف يكون لها تاثير على قيمة المكاسب مثلما تمسك به المعقبان فإن ذلك لا مجال لمناقشته في قضية الحال فضلا عن الدفع به لاول مرة امام هاته المحكمة بما يتجه معه رد هذا الفرع.

عن المطعن الثالث المتعلق باحترام اجال التحكم

حيث يدفع المعقبان بان هيئة التحكيم لم تحترم الآجال القانونية والاتفاقية وهو 3اشهر متجددة لإصدار حكمها.

وحيث وأن تضمن الفصل 9 من عقد القرض أن هيئة التحكيم تصدر قرارها في أجل أقصاه ثلاثة أشهر قابلة للتجديد مرتين ابتداء من تاريخ قبولها لمهامها إلا أن عبارات الفصل لم تتضمن صيغة الوجوب من جهة ومن جهة أخرى فإن الفصل 78 من مجلة التحكيم المحدد لصور بطلان القرارات التحكيمية لم ينص على حالة البطلان في صورة تجاوز اجال التحكيم.

وحيث وفضلا عما تقدم فقد تبين من مظروفات الملف وخاصة من القرار التحكيمي موضوع الطعن أن الهيئة التحكيمية تعهدت بأعمالها بصفة منتظمة وعقدت جلساتها وتلقت ردود الطرفين أمامها وذلك انطلاقا من تاريخ 2013/6/13 الى حد تاريخ 25 نوفمبر 2013 أين تلقت إعلاما من محامي المطلوبين بوفاة المدعي عليه المرحوم طالبا في ذات الوقت تأخير موعد الجلسة للإدلاء بحجة وفاته وقد تتالى نشر القضية بعدة جلسات بطلب من محامي المطلوبين لغاية تنفيذ الحكم التحضيري وأمام عدم تنفيذه اإى حد جلسة 2014/2/24 قررت هيئة التحكيم اإقاف النظر في القضية وحفظ الملف مؤقتا بكتابتها وإيقاف كل الآجال الجارية مثلما تخوله لها أحكام الفصلين 241 و242 م م م ت المتعلقين بمعطلات النوازل إلى أن بادر المدعي بطلب إعادة نشر القضية أمامها وتمكينه من إدخال الورثة وهو ما تم كما تخلل سير الدعوى العادي عدة موانع تمثلت في تخلي نائب المطلوبين عن الدعوى وتمكين هؤلاء بالتالي من مواعيد أخرى لإنابة محام ثان تولى بدوره طلب التأخير للجواب كما استجابت الهيئة لطلب نائبهم في مرحلة أخرى بوادر صلح بين منوبيه وبين المعقب ضده وهي كلها موانع ساهمت في تعطيل أعمال الهيئة واصدراها لقرارها بعد الأجل المتفق عليه ولمي كن المعقب ضده ولا الهيئة متسببة فيها وبما يجعل التمسك الآن بمخالفة القرار للأجل الاتفاقي في غير طريقه واتجه رده.

وحيث خاب الطاعنان في طعنهما واتجهت تخطيتهما بالمال المؤمن.

لهاته الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن.

وصـدر هـذا القـرار بحجـرة الشـورى بجلسـة يـوم 30 اكتـوبر2018 عـن الـدائرة المدنيـة السادسـة عشـر المتالفـة مـن رئيسـتها السـيدة وسـيلة التليلـي وعضـوية المستشـارتين السـيدتين الهـام البنـاني وسـعاد شبار وبحضـور المـدعي العـام السـيد حـافظ العبيدي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة عائدة اسكندر.

وحـــرر في تاريخـــــه