الحمد لله وحده،

الجمهورية التونسية
محكمة الاستئناف بتونس
دائرة الرئيس الأول
القضية عـــ 1008568ـــدد
تاريخ الحكم: 16 ديسمبر 2019.

قرار في المادة الاستعجالية

باسم الشعب التونسي،

أصدرت دائرة الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف بتونس المنتصبة للقضاء في المادة الاستعجالية بجلستها العلنية المنعقدة يوم الاثنين 16 ديسمبر 2019 برئاسة السيدة نزيهة منصور وكيل الرئيس الأول وبمساعدة كاتب الجلسة السيدة عواطف معاوي،

القرار الآتـي بيانـه سندا ونصا بين كل من:

- **الطالبة:** شركة "س.ك. ج.ق وسبا" سابقا وحاليا "ج.ق ر..ت أند سبا" في شخص ممثلها القانوني، سجلها التجاري عدد 06.....B20، محل مخابرتها بمكتب محاميها الأستاذ "ع.ك. الف" الكائن بعدد ... شارع ... مدرج "أ" الطابق .. مونبلزير تونس، محاميها الأستاذ "ع.ك.الف".

مـــن جـــهـــة.

- **المطلوبة:** شركة أ.كو.س في شخص ممثلها القانوني، سجلها التجاري تحت عدد 6....B2، مقرها كائن بعدد .. نهج "ع.ع" مونبلزير 1002 تونس.

مـــن جـــهـــة اخـــرى.

بمقتضى العريضة المبلغة من المدعية الى المدعى عليها بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "م.ع.ب" برقيمه عدد 21075 بتاريخ 2019/12/05 والمرسمة بكتابة هذه المحكمة بتاريخ 2019/12/09 بواسطة محاميها تحت العدد أعلى يمناه والتي تدعوها فيها للحضور أمام هذه المحكمة للجواب عن الدعوى الآتي موضوعها:

موضوع الدعوى

عرضت الطالبة بواسطة محاميها الأستاذ "ع.ك.ف" أنها أبرمت مع المطلوبة عقد وكالة حرة في تسويغ أصل تجاري لنزل كائن بالمنطقة السياحية بـ"ج.." مؤرخ في 2013/01/09 مسجل بالقباضة المالية "بالش.." تحت العدد M006..6 بتاريخ 2013/01/22 وقد تخلذ بذمة المتسوغة معينات الكراء لمدة سنتين وقدرها ثلاثة ملايين وثمانمائة ألف دينار (3.800.000،000د) إضافة الى مائتي ألف دينار (200.000،000د) قيمة فواتير استهلاك الكهرباء والغاز واستهلاك الماء وقد اتفق الطرفان صلب الفصل 29 من العقد الرابط بينهما على أن النزاعات التي تنشأ بينهما بمناسبة تأويل أو تنفيذ أو نتيجة لفسخه لأي سبب كان يقع عرضه على مجلس تحكيمي يتركب من ثلاث محكمين وأنه في غياب تعيين أحد الأطراف لمحكم له في أجل 30 يوما من تاريخ المطلب المقدم لذلك من الطرف الآخر يتم تعيين المُحّكم بطلب من أحد الطرفين بموجب قرار استعجالي يصدره الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس وقد بلّغت العارضة خصيمتها طلب تعيين مُحّكم وأعلمتها بالمُحّكم المعين من جانبها الا أنها لم ترد الطلب بعد مرور ثلاثين يوما

من تاريخ تقديمه بالرقيم عدد 21055 بتاريخ 2019/10/28 لذا فمن المتجه تفعيل أحكام الفقرة الثالثة من الفصل 29 من اتفاقية التسويغ الرابطة بين الطرفين والاذن بتعيين مُحّكم لإتمام تكوين الهيئة التحكيمية وانطلاق أعمالها للنظر في النزاع القائم بين الطرفين لذا فقد طلب نائبها الحكم بتسمية محُّكم ثاني عن المدعى عليها.

الإجـــــــــــــراءات

وبموجب ذلك قيدت القضية بالدفتر المعد لنوعها تحت العدد المبين أعلاه بالطالع وعينت بجلسة 2019/12/09 وبها حضر الأستاذ "الف.." وقدم أصل عريضة مع مؤيدات وطلب تعيين محكم في حق الشركة وتمسك بحجز القضية للتصريح مع تمكينه من الادلاء بنسخة مسجلة من عقد التسويغ الرابط بين الطرفين ولم تحضر المطلوبة وبلغها طبق القانون.

فصـرفت القضية للتأمل والتصريح بالحكم للجلسة المعين تاريخها بالطالع.

وبها وبعد التأمل القانوني صـــــــــــرح عـــلـــنـــــــا وعموما بما يـــــــــلـــــــي:

الـــمـــــحـــكـــمـــــة

وحيث كان يهدف الطلب الحالي الى تعيين مُحّكم ثاني عن المطلوبة قصد إتمام تكوين الهيئة التحكيمية وانطلاق أعمالها للنظر في النزاع القائم بين الطرفين تفعيلا للشرط التحكيمي المدرج بالبند 29 من اتفاقية التسويغ المبرمة بينهما بتاريخ 2013/01/09 والمسجلة بالقباضة المالية "بالشر..." تحت العدد M006..6 بتاريخ 2013/01/22 ولعزوف المتسوغة عن تعيين مُحّكم عنها بعد اعلامها برفع النزاع للتحكيم واعلامها بتعيين مُحّكم عن المسوغة ومطالبتها في مقابله بتعيين مُحّكم عنها برقيم عدل التنفيذ الأستاذ "م.ع.البا.." عدد 21055 بتاريخ 2019/10/28 دون جواب.

وحيث لم تحضر المطلوبة وبلغها الاستدعاء طبق القانون واتجه مواصلة النظر في القضية طبق أوراقها وبدون التوقف على حضورها عملا بالفصل 205 م م م ت.

وحيث استند الطلب لفصول الشرط التحكيمي المذكور القائم بين الطرفين في فصله 29 والذي عيّن خلال الفقرة الثالثة منه الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس الجهة المختصة لتسمية مُحّكم عن أحد الأطراف المُمْتنعة عن تسّمية محُّكم عنها في حال تولي الطرف المقابل عرض النزاع على التحكيم وتسمية مُحّكم عنه للغرض وذلك في أجل 30 يوم من تاريخ الطلب المذكور.

وحيث لا خلاف أن الفكر التحرري للقضاء التحكيمي يمنح أطرافه اختيار إجراءات التحكيم المناسبة لهم والنظام القانوني المنطبق على موضوع النزاعات المتولدة بينهم كما يُخِول للمُحكم تحديد القانون المنطبق على المعروض عليه طبق ما يراه مناسبا ويمكن المدّ في التحرر ذاك الى حد اعمال قواعد العدل والانصاف أو قواعد العرف التجاري طبق ما يتفق عيه الأطراف أو يحدده النظام المتفق عليه (قانون الإرادة) في الغرض سواء في نزاعات التحكيم الداخلية أو الدولية عملا بأحكام الفصول 13 و14 و15 و73 م ت و62 م ق د خ ولا جواز لاعتراض من القضاء العمومي على الاتفاقات تلك الا في الحدود المبينة بأحكام مجلة التحكيم المتعلقة بالنظام العام أو فيما ييسر مباشرة النزاعات بطريقة النظام المتفق عليه أو البت فيها وحفظ الحقوق الناتجة عن التقاضي بالطريقة تلك.

وحيث اقتضى الفصل 2 م ت أن اتفاقية التحكيم هي التزام أطراف على أن يفضوا بواسطة التحكيم كل أو بعض النزاعات القائمة أو التي قد تقوم بينهم بشأن علاقة قانونية معينة تعاقدية كانت أو غير تعاقدية وتكتسي الاتفاقية صيغة الشرط التحكيمي أو صيغة الاتفاق على التحكيم. وعرف الفصل الثالث من نفس المجلة الشرط التحكيمي بأنه التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم. وجاء بالفصل الرابع من نفس المدونة أن "الاتفاق على التحكيم هو التزام يتولى بمقتضاه أطراف نزاع قائم عرض هذا النزاع على هيئة التحكيم... ويجوز إبرام الاتفاق على التحكيم ولو أثناء قضية منشورة أمام المحكمة". و اقتضى الفصل 6 من مجلة التحكيم على أنه " لا تثبت اتفاقية

التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خط يد أو محضر جلسة أو محضر محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع اختيارها... وتعتبر الاتفاقيات ثابتة بكتب إذا وردت في وثيقة موقعة من الأطراف أو تبادل رسائل أو تلكسات أو برقيات أو غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت وجود الاتفاقية أو في تبادل ملحوظات الدعوى وملحوظات الدفاع التي يدعي فيها أحد الأطراف وجود اتفاق ولا ينكره الطرف الآخر وتعتبر الإشارة في عقد من العقود إلى وثيقة تشتمل على شرط تحكيمي بمثابة اتفاقية تحكيم شرط أن يكون العقد ثابتاً بكتب وأن تكون الإشارة قد وردت بحيث يجعل ذلك الشرط جزء من العقد".

وحيث أن الشروط التحكيمية أو عقودها وبنودها لا تخرج عن قواعد ابرام الالتزامات والاتفاقات الصريحة وضوابط صحتها وأركان قيامها الصحيحة عملا بقواعد الفصل 2 وما بعده م ا ع والفصل 8 م ت وتخضع لآثار البطلان والفسخ في حال فسادها ركنا أو شرطا.

وحيث وعليه فلئن جاز للأطراف الاتفاق على صيغ واجراءات التحكيم المختارة بحرية مطلقة أو اختيار نظام معين مسبقا الا أن تلك الحرية لا يمكن أن تمتد الى ما يتجاوز قواعد النظام العام والاجراءات الأساسية للتقاضي ولا سيما تلك المتعلقة بقواعد الاختصاص الحكمي المستمدة من النظام التحكيمي المتفق عليه.

وحيث ولئن كان مناط نظر القاضي الاستعجالي ينحصر في الحالات المتأكدة المرتبطة بحفظ الحقوق أو درأ الخطر عنها لا غير دون المس بالأصل أو الخوض فيه الا أن ذلك لا يمنع من تفحص مؤيدات الطرفين والظاهر منها بتوغل محمود دون اسراف أو تجاوز لتلكم الحدود بغية تقدير الأدلة وفهم الموضوع ووقائعه والاستدلال على الطلب وسنده للبت في النزاع وهي عناصر موضوعية تخضع لتقدير المحكمة واجتهادها بما له أصل ثابت بالملف.

وحيث أن تلكم الضوابط والحدود لا تمنع قاضي العجلة من تفحص سند الطلب المحرر أمامه وتقدير أركانه ومدى مطابقته للقانون وقيامه صحيحا للاعتداد به وتأسيس الدعوى أمامه بما يجيز له الآن النظر في عقد التسويغ الرابط بين الطرفين وتقدير صحة الشرط التحكيمي المدرج به وتبين مفاصله وصحة أركانه وشروطه للاستدلال منه على قيام اختصاصه فيه ومنها الاستجابة للطلب من عدمه دون غوص في ما يتجاوز النطاق ذاك مع الأخذ بما وجب وتأييد ما سلم وردّ ما خلل ترتيبا للآثار المستوجبة عموما دون توقيعها على الموضوع بما يستشف معه مسّ بالأصل المنهي عنه حتما سيما وأن الأمر يتعلق بمادة التحكيم شيمتها السرعة والفكر التحرري مؤدية فسلفتها تلك بالقاضي العمومي للتدخل باتخاذ ما يلزم لتيسير عملها وانعقاد نظمها بغاية إتمام المستوجب للبت في النزاع الثائر عنها.

وحيث اقتضى الفصل 13 م ت " يمكن أن يكون التحكيم حرا أو بتكليف مؤسسة تحكيم... في صورة التحكيم الحرّ تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الإجراءات الواجب اتباعها ما لم يتفق أطراف النزاع على خلاف ذلك أو يفضلوا اتباع نظام تحكيم معين...وفي صورة التحكيم لدى مؤسسة تحكيم فإن هذه المؤسسة تتولى تنظيمه طبق نظامها وفي جميع الصور تراعى المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع".

وحيث اقتضى الفصل 16 م ت " مع مراعاة أحكام الفصل 7 من هذه المجلة يجوز الاتفاق على التحكيم في كل نزاع معين موجود كما يجوز اشتراط شرط تحكيمي فيما قد ينشأ من النزاعات المتعلقة بالالتزامات والمبادلات المدنية والتجارية والنزاعات بين الشركاء في شأن الشركة."

وحيث لا خلاف أن طرفي النزاع من أشخاص القانون الخاص ومن ذوي الجنسية التونسية وثبت من الشرط التحكيمي المشار اليه أعلاه اختيارهما لقواعد القانون التونسي لفض ما عسى أن يطرأ من خلافات في تأويل أو تنفيذ أو فسخ عقد التسويغ الرابط بينهما.

وحيث ثبت من عريضة الدعوى الحالية ومؤيداتها أن سبب النزاع الثائر يتعلق بتنفيذ التزامات شخصية ناتجة عن اتفاقية التسويغ المبرمة بين طرفيها والمتسلطة على أموال بالبلاد التونسية موضوعها، ما يجعل من طبيعة النزاع ذاك خصومة تحكيمية داخلية تخضع حتما لأحكام مجلة التحكيم التونسية في بابها الثاني المتعلق بالتحكيم الداخلي ولقواعده طبق النظام الحرّ طالما لم يتم الاتفاق على نظام مؤسساتي أو سابق الوضع دونه.

وحيث حدد الفصل 18 من مجلة التحكيم[1] اجراءات تعيين المحكمين في نزاعات التحكيم الداخلية حال اختلاف الأطراف حوله وأسند لرئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم اختصاص النظر في طلب تعيين المحكم وذلك بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن أو في حال اختيار نظام تحكيم معلوم فان تعيين الهيئة التحكيمية يتم وفق الإجراءات المبينة بذلك النظام المختار بينما خصت مجلة التحكيم في بابها الثالث الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس باختصاص حصري ومطلق للنظر في تعيين المحكمين في حال عدم اتفاق الأطراف عليهم في إجراءات التحكيم من ذي الطبيعة الدولية في الفصل 56[2] منها.

وحيث اقتضى الفصل 46 من مجلة التحكيم أنه تنطبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب وفي الصور التي لم تتعرض اليها أحكامه.

وحيث اقتضى الفصل الثالث من مجلة المرافعات المدنية والتجارية أنه " لا عمل على كل اتفاق من شأنه مخالفة الاختصاص الحكمي المعين بالمجلة".

وحيث اقتضى الفصل 14 م م م ت " يكون الإجراء باطلا إذا نص القانون على بطلانه أو حصل بموجبه مساس بقواعد النظام العام أو أحكام الإجراءات الأساسية وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها... أما مخالفة القواعد التي تهم غير مصالح الخصوم الشخصية فلا يترتب عليها بطلان الإجراء إلا متى نتج عنها ضرر للمتمسك بالبطلان وبشرط أن يثيره قبل الخوض في الأصل".

وحيث لا خلاف بأن لا بطلان الا بنص صريح أو نتيجة لما بان من خلل ماس بإجراءات التقاضي الأساسية وأحكام النظام العام.

وحيث أن جنوح طرفي النزاع الماثل للاتفاق على تعيين جهة الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس للنظر في إجراءات تعيين المحكمين نتيجة تخلف أحدهما عن اتمامه اثر طلبه من الطرف المقابل له دون رئيس المحكمة الابتدائية الراجع لها بالنظر مقر التحكيم يعد مخالفة لقواعد الاختصاص الحكمي ولحدود حرية الأطراف في الاتفاق على صيغ التحكيم واجراءاته بالنظر لطبيعته الثابتة ولا سيما تلك المتعلقة بقواعد الاختصاص الحكمي ما يجعل من الشرط التحكيمي مختل من تلك الناحية ومخالف لقواعد مجلة التحكيم في بابها الثاني طالما أنها القانون الاجرائي المختار من طرفيه ولخضوعهما لأحكامها حتما بالنظر لموضوع النزاع الثائر كذلك، اعتراه سقم بيّن وبطلان واضح يؤسس للتصريح باعتلاله من تلكم الناحية وفي حدوده وجزئه ذاك.

وحيث أن الحال ذاك لا يمنع من تأصيل الطلب ووضعه في اطاره الصحيح عبر مراقبة صحة الشرط التحكيمي سند القيام الحالي ومنه تبيّن أوجه الاعتلال فيه ان وجدت وترتيب الأثر المناسب منه في نطاق المطلب الحالي ومن ثمة

---

[1] **نص الفصل 18 م ت** " إذا تعدد المحكمون وجب أن يكون عددهم وترا.
وإذا كان عدد المحكمين المعينين من قبل أطراف النزاع شفعا فإن هيئة التحكيم تكتمل بإضافة محكم تسند إليه رئاستها:
- إما باتفاق الأطراف.
- وإما من قبل المحكمين المعينين.
وعند تعذر الاتفاق بين الأطراف أو بين المحكمين فإن رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم يتولى- بناءً على طلب أحد الأطراف - تعيين المحكم بقرار استعجالي غير قابل لأي وجه من أوجه الطعن مراعياً في ذلك المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم والاعتبارات الضامنة لاستقلاليته وحياده.
وفي صورة تعيين نظام تحكيم معلوم فإن إجراءات تعيين هيئة التحكيم على الإجراءات المبينة بهذا النظام".

[2] **نص الفصل 56 م ت على** أنه "1- لا يمنع أي شخص بسبب جنسيته من العمل كمحكم ما لم يتفق الأطراف على خلاف ذلك.
2- للأطراف حرية الاتفاق على الإجراء الواجب اتباعها في تعيين المحكم أو المحكمين دون الإخلال بأحكام الفقرتين 4و5من هذا الفصل.
3- فإن لم يكونوا قد اتفقوا على ذلك يتبع الإجراء التالي:
أ) في حالة التحكيم بثلاثة محكمين يعين كل من الأطراف محكماً ويقوم المحكمان المعينان على هذا النحو بتعيين المحكم الثالث وإذا لم يقم أحد الأطراف بتعيين المحكم خلال ثلاثين يوماً من تسلمه طلباً بذلك من الطرف الآخر أو إذا لم يتفق المحكمان على المحكم الثالث خلال ثلاثين يوماً من تعيينهما وجب أن يقوم بتعيينه بناءً على طلب أحد الأطراف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي.
ب) إذا كان التحكيم بمحكم فرد ولم يستطع الأطراف الاتفاق على المحكم وجب أن يقوم بتعيينه بناءً على طلب أحد الأطراف الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس بقرار استعجالي.
وينبغي على القاضي - أن يراعي في تعيينه للمحكم - شروط المؤهلات المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 10من هذه المجلة.
4- إذا اتفق الأطراف على إجراءات التعيين ولم ينصوا في الاتفاقية على وسيلة أخرى لضمان التعيين فإنه يجوز لأي منهم أن يطلب من الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس اتخاذ الإجراء اللازم بقرار استعجالي وذلك في إحدى الصور التالية:
أ) إذا لم يتصرف أحد الأطراف وفقا لما تقتضيه هذه الإجراءات.
ب) إذا لم يتمكن الأطراف أو المحكمان من التوصل إلى اتفاق مطلوب منهما وفقاً لهذه الإجراءات.
ج) إذا لم تقم الجهة - وإن كانت مؤسسة - بأداء أي مهمة موكولة إليها في هذه الإجراءات.
5- القرارات التي يتخذها الرئيس الأول لمحكمة الاستئناف بتونس في المسائل الموكولة إليه بالفقرتين 3و4من هذا الفصل لا تقبل أي وجه من أوجه الطعن".

استبعاد ما خلل منه وانعكاسا تقرير ما صحّ فيه وعليه تحديد جهة الاختصاص عنه واثره توجيه طرفيه لمباشرة الإجراءات الصحيحة والمستوجبة له تحقيقا لهدف مؤسسة التحكيم ومحافظة على إرادة المشرع منها وحماية لمصالح الخصوم واتفاقاتهم المشروعة المقبولة وتوثيقا لدور القضاء في السهر عليه اقتصادا للجهد والوقت عبر التصريح باختصاص نظر السيد رئيس المحكمة الابتدائية بتونس للبتّ حكما في الطلب الماثل عملا بالفصل 18 م ت دون هذه المحكمة وبالتالي ردّ الخلل المعاين في الشرط التحكيمي وحصر نطاقه في عنصر اختصاص المحكمة المؤهلة للبت في طلب تعيين المحكمين دون بقية فصوله طالما أنه شرط قابل للتجزئة ولا يمتد بطلان فرعه الى أصل الاتفاق فيه الجائز حتما.

وحيث اتجه والحالة تلك رفض المطلب بعد التصريح بخلل فصول الشرط التحكيمي في خصوص الجهة المختصة بتعيين المحكمين وردّ الطرفين الى الجهة المختصة حتما لإجابته.

لذا ولهذه الاســـــــــــباب

وعملا بما سبق شرحه وبأحكام الفصول 123 و128 م م م ت 13 و18 و46 و56 من مجلة التحكيم،

قضت المحكمة نهائيا استعجاليا برفض المطلب./.

وحرر في تاريخه.