الحمد لله وحده،

الجمهورية التونسية
وزارة العدل
محكمة الاستئناف بتونس
دائرة الرئيس الأول
القضية عـــ 18012ـــدد
تاريخ الحكم: 26 مارس 2019.
تلخيص المستشار مكرم حسونة.

قرار في مادة اكساء القرارات التحكيمية الدولية بالقبول

باسم الشعب التونسي،

أصدرت دائرة الرئيس الأول لدى محكمة الاستئناف بتونس المنتصبة للقضاء في مادة الطعون والاكساء في القرارات التحكيمية بجلستها العلنية المنعقدة يوم الثلاثاء 26 مارس 2019 برئاسة السيدة نورة النوري نيابة عن الرئيس الأول وعضوية المستشارين السيدين مكرم حسونة وماجدة بوقطفة الممضين عقبه و بمساعدة كاتب الجلسة السيدة لطيفة اللباسي،

القرار الآتـي بيانـه سندا ونصا بين كل من:

❖ **طالب(ة) الاكساء:** 01) شركة ج [redacted] س أ "SA [redacted]G" في شخص ممثلها القانوني، شركة اسبانية مقرها بشارع [redacted]، 28050 مدريد اسبانيا.
02) شركة [redacted] س أ " uctura SA [redacted] " قي شخص ممثلها القانوني، شركة اسبانية مقرها بأفنيدا [redacted]، 28050 مدريد اسبانيا.
03) تجمع شركات [redacted] كتوراس س أ "SA LIA [redacted]IN «، ف س [redacted] أ "SA [redacted] FCC»، ج س [redacted] س أ " MA [redacted] G I [redacted] ENV [redacted] NT SA "، منظمة حسب القانون الاسباني في شكل تجمع شركات Union Temporal de Empresas, LEY 18/1982 de 26 de Mayo، في شخص ممثلها القانوني مقرها بعدد 13 [redacted] مدريد 28016 اسبانيا .
محل مخابرتهم جميعا بمكتب محاميهم الأستاذ "ن.ف" عن شركة المحاماة "ف.. وشركاؤه" الكائن مقرها بعدد [redacted] تونس 1001، محاميهم الأستاذ "ن.ف".

مـــــن جـــهـــــة.

والمطلوب ضده(هم) الاكساء: 01) شركة "ب.ك" [redacted] قروب " [redacted]B GROUP " في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات مسؤولية محدودة، مرسمة بالسجل التجاري تحت عـــ 009[redacted]249 B ـــدد، مقرها بعدد [redacted] أريانة، محاميها الأستاذة "ن.ص.خ".
02) شركة "ب.ا" [redacted] للاستثمارات «GROUP [redacted]B " في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات مسؤولية محدودة، مرسمة بالسجل التجاري تحت عـــ 009[redacted]24 Bـــدد، مقرها بعدد [redacted] أريانة وعند الاقتضاء [redacted] A2 ضفاف البحيرة تونس، محاميها الأستاذة "ن.ص.خ".
03) ع.ح.ش القاطن بإقامة ..... ضفاف البحيرة تونس، محاميه الأستاذ "ص.ع.ا".
وينوبهم جميعا كذلك الأستاذ "ح.ع" والأستاذ "ع.ق" عن الشركة... للمحاماة - الأستاذ ع.ق وشركاؤه، شركة ذات مسؤولية محدودة، مقرها بنهج ... عدد [redacted] تونس.

مـــن جـــهـــة اخـــرى.

الإجـــــــــراءات

بعد الاطلاع على المطلب المقدم من المحامي الأستاذ "ن.ف" نيابة عن الطالبين الآن والمرسم بكتابة هذه المحكمة تحت عدد 51414 بتاريخ 2017/12/27 مصحوبا بما يفيد خلاص المعاليم القانونية والذي يعلم فيه بأنه يسجل طلبه في اكساء القرار التحكيمي الدولي عدد 21999/ASM/JPA الصادر بواسطة المحكم المنفرد أرميندو [redacted] (Armindo [redacted]) عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 11 أوت 2017 والحكم التكميلي الملحق به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بالصيغة التنفيذية والقاضي نصه الأصلي بما يلي"

(I) صرّحت هيئة التحكيم بأن المدّعى عليه عدد 3 "up B" لا يوجد و بالتالي لا يمكن أن يكون طرفا في هذا التحكيم .

(II) نظرا للأسباب المبيّنة أعلاه و بالاطلاع على مطلب الأطراف المدّعية و المدّعى عليه عدد2 وفيما يتعلق بالمطلب عدد 1 للأطراف المدّعية ، فقد رفضت هيئة التحكيم الاعتراض المقدّم من طرف المدعى عليه عدد 1 في البريد الالكتروني المؤرّخ في 26 جويلية 2016 واعتبرت أنّ المدعى عليه عدد 1 ملزم بالبند التحكيمي المدرج في الاتفاق الاستشاري جـ ـة فيما يتعلّق بإحالة الاعتمادات المنصوص عليها لصالحه من قبل المدعى عليه 2 .

(III) نظرا للأسباب المبينة أعلاه و فيما يتعلّق بالمطلب (i) المقدّم من الأطراف المدعية فقد رفضت هيئة التحكيم الاعتراض المقدّم من طرف المدّعى عليه عدد 4 السيد حـ ان في الرسالة المؤرخة في 27 ماي 2016 وقرّرت بأنه سيعامل على أنه المالك الحقيقي للمدّعى عليه عدد 1 و 2 و بالتالي فهو ملزم بنفس الاتفاقات التحكيمية (البنود 12 من الاتفاقات الاستشارية جـ ـة و صـ ـس و الزيـ ـت) والتي تمثّل جزءا من هذا الإجراء.

(IV) حسب القرار السابق فإن هيئة التحكيم تأمرهم بالتعويضات التي تطلبها الأطراف المدعية و الممنوحة من نفس المحكمة مثلما هو مبيّن أسفله،

(V) صرّحت هيئة التحكيم بأنّ جميع الدعاوى و الدعاوى المعارضة قابلة للتحكيم بصرف النظر عن الحجج المتعلقة بمسألة "المال الأسود" (Black Money) التي يجب رفعها بصفة حصريّة أمام المحاكم الجنائية بالجمهورية التونسية أو اسبانيا.

(VI) بالنسبة للمطلب (II - ب) صرّحت هيئة التحكيم بأنه قد تمّ خرق العقد الخفي خلف التعديل الزائف عدد 3 للاتفاق الاستشاري جربة (المستند عدد C-9) من طرف المدّعى عليه عدد 1 و 4 و بالتالي يعتبر قد انهي على النحو المطلب عن طريق الفسخ.

(VII) بالنسبة للمطلب (II - ب) صرّحت هيئة التحكيم بأنّ الاتفاق الاستشاري جربة قد تمّ خرقه من طرف المدعى عليه عدد 2 و 4 و بالتالي فقد تمّ فسخه بصفة شرعية مع التعديل عدد 1 و 2 بواسطة الفسخ بموجب الرسالة التي أرسلتها الأطراف المدعية بتاريخ 31 مارس 2016 و التي تسلّمتها الأطراف المدعى عليها بتاريخ 4 افريل 2016.

(VIII) بالنسبة للمطلب (II ب) صرّحت هيئة التحكيم بأنه قد تمّ فسخ الاتفاقات الاستشارية صفاقس و الزارات فسخها بصفة شرعية من جانب واحد من الأطراف المدعية رغم أنّه لم يتم خرقها من طرف المدعى عليه عدد 2 و 4.

(IX) فيما يتعلق بالمطلب (II ت،2) أمرت هيئة التحكيم بان يدفع المدّعى عليه عدد 1 و 4 إلى الأطراف المدعية مبلغ 2,100,000 دينار تونسي (مليونين و مائة ألف دينار تونسي) و الفوائض القانونية المستحقة على هذا المبلغ انطلاقا من 31 مارس 2016.

(X) فيما يتعلق بالمطلب (II ت،3) أمرت هيئة التحكيم بان يدفع المدّعى عليه عدد 1 و 2 و 4 إلى الأطراف المدعية غرامة تقدّر بـ6,000 اورو (ستة آلاف اورو) والفوائض القانونية المستحقة على هذا المبلغ انطلاقا من 31 مارس 2016 .

(XI) بما أن الأطراف المدعية و المدعى عليه قد قدّموا مبالغا متساوية فيما يتعلق بأتعاب التحكيم فان المدعى عليه عدد 2 مطالب بأن يدفع للأطراف المدعية مبلغ 26.000 دولار أمريكي (US$)باعتبار أن التكاليف الجملية للتحكيم حدّدت من طرف المحكمة بـ 130.000 دولار أمريكي (انظر الفقرات (§) 480 إلى 485 كما أمرت هيئة التحكيم بأن تتحمّل الأطراف المدعية نسبة 30 % من المبلغ و المدعى عليه عدد 2 نسبة 70 % من نفس المبلغ.

(XII) رفض جميع الدعاوى الأخرى باستثناء الأتعاب و المصاريف التي طلبتها الأطراف المدعية و المذكورة في الجزء XIV من هذا الحكم.

(XIII) فيما يتعلّق بالمبالغ التي تسلّمها المدعى عليه عدد 1 و 2 كتسبقة باستثناء مبلغ 2,100,000 دينار تونسي فقد صرّحت هيئة التحكيم بأنه للمدّعى عليه عدد 1 و 2 الحقّ في المبالغ التي تسلّماها كتسبقة أو المبالغ التي قدّمتها الأطراف المدعية بما أنه قد تمّ القيام بها طبقا للاتفاق الاستشاري جربة و لتعديله عدد 1 أو لبقية الاتفاقات الاستشارية وبما أن هذه الاتفاقات صحيحة و نافذة.

(XIV) قضت هيئة التحكيم برفض بقية الدعاوى المقدّمة من طرف المدعى عليه عدد 2 ".

و جاء بالقرار التكميلي ما نصه عليه كما يلي:"

83. بالنّظر للطّلب المقدّم من الأطراف المدعية و موقف المدّعى عليه عدد 1 و 4 و الأسباب المذكورة أعلاه والمتعلقة بالمطالب الأربعة ،اعتبرت هيئة التحكيم:

أ) المطلب المقدّم من المدعى عليه عدد 1 و 4 على اثر انقضاء اجل ثلاثين يوم طبقا للفصل 36 (2) من قواعد التحكيم الجاري بها العمل غير مقبول.

ب) إضافة ملحق للفقرة 489 من الحكم النهائي حسب الأحكام التالية:

(ix) فيما يتعلق بالمطلب (II ت،2) أمرت هيئة التحكيم بان يدفع المدّعى عليه عدد 1 و 4 بصفتهما **مدينان بصفة مشتركة و بالتضامن** إلى الأطراف المدعية مبلغ 2,100,000 دينار تونسي (مليونين و مائة ألف دينار تونسي) و كذلك الفوائض القانونية المستحقة على هذا المبلغ انطلاقا من 31 مارس 2016 طبقا لقواعد القانون الاسباني الجاري بها العمل ،

(x) فيما يتعلق بالمطلب (II ت،3) أمرت هيئة التحكيم بان يدفع المدّعى عليه عدد 1 و 2 و 4 بصفتهما **مدينان بصفة مشتركة و بالتضامن** إلى الأطراف المدعية غرامة تقدّر بـ6,000 اورو (ستة آلاف اورو) وكذلك الفوائض القانونية المستحقة على هذا المبلغ انطلاقا من 31 مارس طبقا لقواعد القانون الاسباني الجاري بها العمل 2016.

ت) اعتبرت أن المطلب الرابع حري بالقبول و بالتالي تمّت إضافة جملة نهائية إلى الفقرات الفرعية (ix) و (x)بالفقرة 489 من الحكم النهائي " حسب قواعد القانون الاسباني الجاري بها العمل" و التي تمّ إدراجها في الملحق في النقطة ب) .

ث) عدم قبول المطلبين الأخرين المتعلقين بإصلاح أو توضيح الحكم النهائي .

ج) أن تتحمّل الأطراف المدعية نسبة 50 % من المصاريف بما في ذلك أتعاب المحكّم الوحيد و المصاريف الإدارية بغرفة التجارة الدولية اي مبلغ 3.500 دولار أمريكي .

ح) يعتبر المدّعى عليه 1 و 2 و4 مسؤولين بصفة مشتركة وبالتضامن عن دفع نسبة 50 % المتبقية من المصاريف و أمرتهم بأن يدفعوا مبلغ 3،500 دولار أمريكي إلى الأطراف المدعية في ظرف 30 يوم .

وبموجب ذلك قيدت القضية وسلم له وصلا في ذلك ورسمت بمحكمة الاستئناف تحت العدد المبين أعلى يمناه وعينت للنظر فيها بجلسة يوم 2018/02/27 واستدعي محامي الطاعن لتلك الجلسة وأدلى بملف الدعوى لكتابة المحكمة طبق مقتضيات الفصـــــل 135 من م م م ت و79 من مجلة التحكيم.

وبالجلسة التحضيرية حضر الأستاذ "ب.ز" عن الأستاذ "ف" وفوض النظر وأعلن الأستاذ "ب.ع.ا" نيابته عن ع.ر.ش وطلب التأخير للجواب وأعلنت الأستاذة "خ" نيابتها عن الشركتين المطلوبتين وطلبت التأخير للجواب.

فأخرت القضية لعدة جلسات اقتضاه سيرها العادي آخرها جلسة المرافعة المعينة ليوم 2019/02/26 وبها حضر الأستاذ "ص" عن الأستاذ "ف" وتمسك وحضر الأستاذ "ع" ورافع ودفع بمخالفة القرار التحكيمي للفصل 81 م ت بالتوسع في الشرط التحكيمي وهضم حقوق الدفاع وطلب الحكم برفض المطلب وحضر الأستاذ "ق" ورافع على ضوء تقاريره وتمسك بما ورد في مرفعة الأستاذ "ع"| وأضاف بأن القرار التحكيمي تجاوز الطور الصلحي ولم تحضر الأستاذة "خ".

وإثرها قررت المحكمة حجز القضية للمفاوضة والتصريح بالحكم للجلسة المبين موعدها بالطالع.

وبها وبعد المفاوضة القانونية طبق القانون صرح علنا وعموما بالحكم الاتي سنده ونصه:

I. من حيث الشكل:

وحيث اقتضى الفصل 80 م ت فقرة ثانية أنه على الطرف الذي يستند إلى حكم تحكيم أو يقدم طلبا لتنفيذه أن يقدم الحكم الأصلي المشهود بصحته على الوجه الصحيح أو صورة منه مطابقة للأصل واتفاقية التحكيم الأصلية المشار إليها في الفصل52 من هذه المجلة أو صورة منها مطابقة للأصل وتكون الوثيقتان المذكورتان مرفقتين عند الاقتضاء بترجمة رسمية لهما اللغة العربية.

وحيث استند المدعي لإثبات دعواه الى أصل القرار التحكيمي عدد 21999/ASM/JPA الصادر بتاريخ 2017/08/11 و الملحق التكميلي له الصادر بتاريخ 2017/12/11 بلغته الأصلية و بنسخة قانونية معربة منهما ومن عقد مؤرخ في 2013/04/18 مع أصل ترجمته للعربية .

وحيث استوفى بالتالي مطلب الاعتراف الماثل صيغه الشكلية المستوجبة صلب الفصل 80 م ت واتجه التصريح بقبوله من تلكم الناحية الشكلية عملا بالفصول 79 و80 م ت و134 وما بعده م م م ت.

II. من حيث الأصل:

موضوع الدعوى

حيث ثبت بالاطلاع على اوراق القضية وعلى المرافعات المتلقاة فيها أنه سبق للطالبين الآن (المدعي في الحكم المطلوب اكسائه) أن أبرموا مع شركة "ب.ا" الثانية ثلاث اتفاقيات موضوعها تقديم خدمات استشارية لفائدتها الأولى بتاريخ 18 افريل 2013 تقضي بتقديم خدمات استشارية في خصوص صفقة إنشاء محطة تحلية مياه البحر بجربة المتمّمة بمقتضى التحوير عدد 3 لاتفاقية جربة بتاريخ 1 جوان 2015 الذي يقضي بإضافة خدمات استشارية جديدة تعهدت المدعية الثالثة القيام بها (فيما بعد "اتفاقية جربة") واتفاقية ثانية لتقديم خدمات استشارية بتاريخ 23 اكتوبر 2013 فيما يتعلق بالمشاركة في طلب العروض الدولي بخصوص إحداث محطة لتحلية المياه بصفاقس (فيما بعد "اتفاقية صفاقس") والثالثة بتاريخ 23 اكتوبر 2013 تتعلق بخدمات استشارية للمشاركة في طلب العروض الدولي بخصوص

إحداث محطة لتحلية المياه بزارات قابس (فيما بعد "اتفاقية قابس") وقد تضمّنت تلكم الاتفاقيات بالفصل 12 منها شرطا تحكيميا تمّ بمقتضاه إسناد الغرفة التجارية الدولية International Chamber of Commerce مهمة تكليف محكّم واحد ليتولى فصل ما قد ينشب بين أطراف العقود سالفة الذكر من نزاعات. وعلى إثر نشوب نزاع بين أطراف الاتفاقيات تم عرض النزاع على التحكيم وكلفت الغرفة التجارية الدولية المحكّم البرتغالي السيد ارمندو [redacted] Mr. Armindo [redacted] بالبت في النزاع القائم بين الأطراف المذكورة وعلى إثره أصدرت الهيئة التحكيمية حكمها المبين نصه أعلاه قاضيا لفائدة طلبات المدعيات في الأصل وكان طلب الحال في اكسائه بالصيغة التنفيذية والاعتراف به طبق الفصل 79 م ت.

المـــســـتـــنـــدات والدفوعات

❖ جواب المطلوب والدفوعات:

وحيث أجاب المطلوبون عن الدعوى ولاحظ الأستاذ "ص.ع" في حق المطلوب الثالث بأنه تم اقحام منوبه "ع.ش" في النزاع التحكيمي رغم عدم امضائه للشرط التحكيمي وأن الحكم التحكيمي موضوع طلب الاعتراف جاء خارقا للفصل 81 م ت اذ خرق النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص لمخالفته أحكام الفصلين 13 م ت و 26 م م م ت فالحكم التحيكمي شمل ثلاث اتفاقيات منفصلة من حيث موضوعها تعلقت الأولى بمحطة تحلية المياه بجربة والثانية بمحطة تحلية المياه بصفاقس والثالثة بمحطة تحلية المياه بزارات قابس وكان من المفروض على خصومه افراد كل اتفاقية بقضية تحكيمية على حدى وقد أجمع الفقهاء على أن النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص يتعلق بالإجراءات الأساسية التي توفر ضمانات المحاكمة العادلة من مبدأ المواجهة وحق الدفاع والحياد والمساواة أمام القانون وباتت الإجراءات المتبعة من خصومه مخالفة لمقتضيات الفصل 26 م م م ت باعتبار أن هذه المقتضيات تعد من أحكام الإجراءات الأساسية التي يتعين على المحكمة التمسك بها من تلقاء نفسها والتي اعتبرها فقه القضاء تمس بالنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وجاز بالتالي للمحكمة رفض إكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية حسب مقتضيات الحالة الثالثة من الفصل 81 م ت كما أن خصومه لم يمتثلوا للشرط التحكيمي بالرغم من دعوة شركة "ب.ا" لهم باحترامه فيما يخص المساعي الصلحية وذلك بمقتضى المراسلة الموجهة لهم في 2016/04/19 ولجأوا مباشرة للتحكيم ولم يحترموا بالتالي الطور الصلحي قبل عرض النزاع على التحكيم اذ كان ردهم مقتصرا على مناقشة طريقة الدفع دون سواها طبق ما يبينه ردهم بالبريد الالكتروني وكانت نيتهم في عدم رغبتهم الصريحة للتفاوض وإيجاد حل صلحي قبل اللجوء للتحكيم وهو ما يعد خرقا لاتفاقية التحكيم وما يؤدي لرفض طلب الاكساء لمخالفته للفصل 81 فقرة (د) م ت كما أن منوبه "ع.ش" لم يكن طرفا في الشرط التحكيمي بصفته الشخصية بل كان ممثلا لشركة "ب.ا.ق" التي تتمتع بشخصية معنوية مستقلة ولا يجوز اخضاعه للشرط التحكيمي ما لم يكن طرفا فيه ولا ينبغي أن تشمله قرارات المحكمين عملا بالفصل 1 و3 و 6 و81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم اذ أن النزاع تناول ما لم يقصده الاتفاق على التحكيم وما لم يشمله فضلا عن أن العقد لا يلزم الا عاقديه عملا بالفصل 240 م ا ع كما أن موقف المحكمة اتسم بالغرابة و الابهام اذ يعترف صراحة أن منوبه لم يكن طرفا في أي من الاتفاقيات التحكيمية شخصيا بل كان بصفته كممثل قانوني عن شركة "ب.ا" في الفقرات 227 و228 و 232 و 236 من القرار التحكيمي ثم يتم اقحامه في النزاع بصفته الشخصية والزامه بأداء المبالغ المحكوم بها وهو لا دخل له فيه بوصفه شخص طبيعي كما قام المحكم بالخلط بين صفة الممثل القانوني والشخص الطبيعي ولم يفرق بين الذمة المالية لمنوبه وبين الذمة المالية للشركتين المطلوبتين اذ أنهما شركتان محدودتا المسؤولية تتمتعان بالشخصية المعنوية وبالاستقلال المالي ووجب التفرقة بين الذمم المالية للشركاء والوكلاء اذ وعلى فرض وجود خطأ في التسيير أو مخالفة للقانون فلا يكون الوكيل مسؤولا تجاه الغير بل تتحمل الشركة نتائجها ويمكن للشركاء حينها الرجوع على الوكيل و مطالبته بجبر الضرر و لا يوجد بالقانون التونسي ما يسمى بمسؤولية المسير تجاه الغير طبق الفصل 4 م ش ت و 117 م ش ت ومهو ا استقر عليه الفقه في ذلكم الخصوص كما أن القرار التحكيمي المطلوب اكسائه بالقبول لم يحترم مبدأ المواجهة وحق الدفاع اذ أنه تم الزام منوبه بأداء مبالغ مجحفة دون سماعه شخصيا أو تمكينه من الدفاع عن نفسه بواسطة محام ينوبه شخصيا في تجاهل تام لمنطوق الفصل 13 م ت والفصل 81 فقرة (ب) م ت وفقرة أخيرة منه وهو ما يعد مخالفة للنظام العام موجب لرفض مطلب الحال سيما و قد اعترف المحكم صراحة بهضمه لحقوق منوبه وذلك في الفقرة 254 من الحكم التحكيمي وانتهى بطلب رفض المطلب.

وحيث دفع الأساتذة "ح.ع" و"ن.ص.خ" و"م.ق" في تقاريرهم بأنّ الحكم التحكيمي جاء خارقا لما تضمنه الفصل 12 من الاتفاقيات من جهة ولمقتضيات الفصلين 13 من مجلة التحكيم و26 من م م م ت من جهة أخرى، فبخصوص خرق أحكام الفصلين 13 من مجلة التحكيم و26 من م م م ت فقد تمسكوا بأن الفصل 13 من مجلة التحكيم بفقرته الأخيرة نص على وجوب مراعاة المبادئ الأساسية لمجلة المرافعات المدنية والتجارية وجاء بالفصل 26 من م م م ت بفقرته الثانية أنه إذا كانت فروع الدعوى ناتجة عن أسباب متباينة فإن كل واحد منها يحكم فيه بانفراده ابتدائيا أو نهائيا بحسب قيمته الحقيقية وأنه لا خلاف في أن الحكم التحكيمي موضوع مطلب الإكساء انبنى على ثلاث اتفاقيات منفصلة من حيث موضوعها تعلّقت الأولى بمحطة تحلية المياه بجربة والثانية بمحطة تحلية المياه بصفاقس والثالثة بمحطة تحلية المياه بزارات قابس وأنه كان لزاما على الخصوم حينئذ إفراد كل اتفاقية بإجراء تحكيمي وباتت الإجراءات المتبعة من طرف خصومهم باطلة لمخالفتها مقتضيات الفصل 26 من م م م ت باعتبار أن هذه المقتضيات تعدّ من أحكام الإجراءات الأساسية التي يتعين على المحكمة التمسك بها من تلقاء نفسها وفق ما تقرّر بالفقرة الثانية من الفصل 14 من م م م ت كما تم مخالفة الفصل 12 من الاتفاقيات والذي نص على أن اللجوء إلى التحكيم يكون دائما مسبوقا بطور صلحي، اذ اقتضى على ما يلي حرفيا: " يتمّ حلّ أي نزاع أو خلاف ناشئ أو متعلّق بهذه الوثيقة لم يتمّ حلّه بين الأطراف بصفة رضائية في ظرف 30 يوما أو في أي فترة يتم تمديدها انطلاقا من تسلم الإشعار المتعلق بالنزاع "... الخ، وقد امتنع خصومهم من احترام هذا الشرط التعاقدي بالرغم من دعوة منوبيهم لهم باحترام مضمون الفصل 12 سالف الذكر بمقتضى الرسالة الموجهة لهم في 19 أفريل 2016 ولجأوا مباشرة إلى التحكيم وقد أضحت حينئذ الإجراءات المتبعة من طرف خصوم منوبيهم خارقة للشرط التعاقدي موضوع الفصل 12 السالف الذكر بما يبرّر طلب الحكم برفض طلب الإكساء من الناحية الشكلية فقد جاء بالقرار الاستئنافي عدد 10678 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس في 01 مارس 2005 ما يلي "... طالما نصت اتفاقية التحكيم على حل النزاعات بالطرق الودية وإذا استحال ذلك يحال النزاع إلى التحكيم فإن المساعي الصلحية ضرورية قبل ولوج التحكيم وإلا انعدمت الغاية من التنصيص على المساعي الصلحية...إن التنكر إلى اتفاقية التحكيم بعدم السعي إلى إجراء محاولة صلحية لا يدل على احترام طالبة الإكساء لتعهداتها التعاقدية ...لا يمكن إكساء القرار التحكيمي صيغته التنفيذية طالما تجاوز المرحلة الصلحية في فض النزاع دون ذلك وعليه فإنه يعد مخالفا لاتفاقية التحكيم شريعة الطرفين...". أما من ناحية الأصل فقد دفع المطلوبون بأن الفصل 81 من مجلة التحكيم أجاز " رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه في الحالات التالية:
"أولا- بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده إذا قدم هذا الطرف إلى محكمة الاستئناف بتونس المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلا يثبت أحد الأمور التالية: ...

ب- أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج- أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي. على انه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به وتنفيذه...

ثانيا- إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص. " وعليه يتجه التفريق بين منوبتهم شركة "ب.ا" من جهة و كلّا من منوبيهما "ع.ح.ش" و شركة "ب.ك" من جهة أخرى في أوجه الدفاع الخاصة بكل طرف وإفراد كل منهم بالدفوعات الملائمة لوضعيته القانونية اعتبارا لكون منوبتهم شركة "ب.ا" مشمولة باتفاقيات التحكيم بينما لا علاقة لمنوبهم "ع.ح.ش" وشركة "ب.ك" بتلكم الاتفاقيات أصلا فبخصوص "ع.ح.ش" جاء الحكم التحكيمي خارقا للفصول 1 و 3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم اذ قضى الحكم التحكيمي بإلزامه بأداء مبلغ 2.100.000 ومبلغ 6000 يورو مع الفوائض القانونية الجارية على المبلغ المذكور ابتداء من 31 مارس 2016 الا أنه وبالاطلاع على كل الاتفاقيات يتبين أنّ منوبهم المذكور الذي ولئن أمضى على تلكم الاتفاقيات، إنما لم يكن إمضاؤه في حق نفسه بل باعتباره وكيلا عن شركة "ب.ا" لا أكثر ولا أقلّ، وبناء على ذلك أن بتلك الصفة لا يلزمه شخصيا ولا يلزم إلّا الشركة التي يمثّلها حيث لا تزر وازرة وزر أخرى. وقد جاء بالفصل 1 من مجلة التحكيم أن" "التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها..."وجاء بالفصل 3 من مجلة التحكيم "ان الشرط التحكيمي هو التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات

التي قد تتولد عن ذلك العقد إمضاءه للتحكيم" ونص الفصل 6 من مجلة التحكيم مقرّرا بمنتهى الوضوح أن اتفاقية التحكيم لا تثبت قانونا إلا بكتب يحمل توقيع الأطراف ويخلص بالتالي من نص وروح الفصول 1 و3 و6 سالفي الذكر أنّه لا يجوز إخضاع أي شخص لم يكن طرفا في الاتفاقات المتضمّنة لشروط تحكيمية لهيئات التحكيم ولا ينبغي أن تشمله قرارات المحكمين وقد أجاز المشرع في الفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه إذا ثبت انه " يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي..." وتلك الفصول تكرّس قواعد مبدأ نسبية الالتزامات التي أرسى قواعدها الفصل 240 من مجلّة الالتزامات والعقود الذي قرّر أنّ " العقد لا يلزم إلا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع إلا في الصور التي نص عليها القانون" وتأسيسا على ذلك فلا يصح أن تسري آثار الالتزام على غير الأطراف المتعاقدة وهذا ما استقر عليه فقه القضاء التونسي في العديد من القرارات التي من بينها القرار الاستئنافي عـ9723ـدد الصادر عن محكمة الاستئناف بنابل في 16 افريل 2009 والذي جاء في حيثياته " أن سند النزاع التحكيمي لم تبرمه الطاعنة مع مورث المطعون ضدهم بل مع الشركة السياحية في شخص ممثلها القانوني أي بوصف هذه الأخيرة ذات شخصية معنوية تتمتع باستقلال الشخصية القانونية و الذمة المالية وبذلك فان مورث المطعون ضدهم له ذات طبيعية لم يكن طرفا في كتب الاتفاق بصفته الشخصية بل إمضاؤه في حق الشركة السياحية بوصفه ممثلها القانوني ويكون بذلك ما تضمنه سند التحكيم لا يسري في حقه ولا ينجر تبعا إليه للمطعون ضدهم عملا بمبدأ نسبية أثار العقد وانحصارها في طرفيه".وفي نفس الاتجاه ذهبت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عـ12953ـدد الصادر في 22 فيفري 2011 إذ قررت المحكمة أنه "*ولئن لم يتشدد المشرع التونسي في خصوص شكل الكتب المتضمن لاتفاقية التحكيم وأجاز إثباتها بشتى الوسائل فانه لا بد من ركن الإيجاب من قبل البنك الذي لم يكن في الأصل طرفا في عقد البيع المتضمن للشرط التحكيمي بشكل يسمح بسحبه عليه" . وقد* أقرّ المحكم نفسه (في تناقض صارخ مع مضمون الحكم التحكيمي) أن منوبهم "ع.ح.ش" لم يكن طرفا في أي من الاتفاقيات التحكيمية شخصيا بل كان بعنوان ممثل قانوني عن منوبتهم شركة "ب.ا" وذلك صلب الفقرات التالية من الحكم التحكيمي :

- في الفقرة 227 من الحكم التحكيمي يقرّ المحكم بأن :" من المهم الرجوع إلى عبارات الاتفاقات الاستشارية الثلاثة. تعتبر أطراف هذه الاتفاقيات شخصيات معنوية، شركتان اسبانيتان وشركة تونسية. لا توجد أي إشارة في هذه الاتفاقيات الاستشارية إلى الشخص الطبيعي السيد "ح.ش" رغم ما تدعيه الأطراف المدعية...".
- في الفقرة 228 يعتبر المحكم أن الاتفاقيات كانت واضحة و صريحة في تأكيدها أن العلاقة التعاقدية ليست علاقة شغلية بل أن الطبيعة القانونية للاتفاقية هي اتفاقية إسداء خدمات بين شركات تجارية « حيث صرح الأطراف بأنهم يرغبون في تأكيد الطبيعة التجارية لعلاقتهم و لخضوع هذا العقد لأحكام القانونية الجاري بها العمل فيما يتعلق بتقديم الخدمات و بأنه لا يمكن اعتبار هذا العقد في أي حال من الأحوال عقد وكالة ."
كما تم التنصيص كذلك على أن هذه العلاقة المتفق عليها "لا تعتبر في أي وقت من الأوقات علاقة عمل".

- *في الفقرة 232 يؤكد المحكم " "كان من الممكن ألا تكون لهذا الاتفاق طبيعة استشارية لو تم إبرامه بين شركة اسبانية و شخص مهني أو مقاول مستقل مثل السيد "ح.ش" لكن المستشار هو عبارة عن شركة تجارية و يكتسي الاتفاق الاستشاري صبغة تجارية بما انه ينظم العلاقة التعاقدية بين شركات تجارية. "*
- ويذهب المحكم إلى أبعد من ذلك في الفقرة 236 بقوله" "تجدر الملاحظة أنه لا توجد أحكام تعاقدية تنص على الفسخ الآلي للاتفاقيات الاستشارية في صورة وفاة أو عجز المدعي عليه عـ4ـدد (السيد ح.ش) بصفته الممثل القانوني للمدعي عليه عـ2ـدد. يعزز هذا السهو اعتقاد هيئة التحكيم بان الاتفاقيات الاستشارية ذات طبيعة تجارية بما أن الأطراف هي عبارة عن شركات والأهداف الموضوعة هي عبارة عن عقد الانجاز الكلي للبناء contrat de construction clé en main"ويتضح جليا من ذلك أن لا دخل لمنوبهم "ع.ح.ش" كشخص طبيعي في النزاع التحكيمي. كم دفع الأساتذة بأن ما قضى به الحكم التحكيمي بإلزام منوبهم "ع.ح.ش" بالمبالغ المشار إليها أعلاه وذلك بدون سماعه شخصيا أو تمكينه من الدفاع عن نفسه بواسطة محام ينوبه شخصيا فيه خرق صارخ لمنطوق الفصل 13 (الذي ينص على أن التحكيم يجب أن يراعي" "المبادئ الاساسية للمرافعات المدنية و التجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع ") ولمقتضيات الفصل 81 فقرة (ب) من مجلة التحكيم (الذي أجاز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه إذا تعذر على الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده الدفاع عن حقوقه مهما كان سبب ذلك (""لسبب اخر") ولمقتضيات الفصل من مجلة التحكيم 81 في فقرته الأخيرة الذي يوجب على القرار التحكيمي احترام ""النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص" وأنه قد استقر فقه القضاء التونسي على أن دور محكمة الاستئناف كمحكمة إبطال ينحصر في مراقبة صور الإبطال الواردة على سبيل الحصر و "في التحقيق فيما إذا كانت الهيئة التحكيمية قد راعت المبادئ

الأساسية للمرافعات وخاصة منها حق الدفاع" (قرار تعقيبي مدني عـ6699ـدد الصادر في 28 مارس 2007) وثابت من خلال الوقائع أنه لم يتسن لمنوبهم "ع.ح.ش" الدفاع عن نفسه بقطع النظر عن وجود محام ينوب شركة "ب.ا" وقد أكد المحكم في الفقرات 16 و 31 و 176 من الحكم التحكيمي رفض منوبهم "ع.ح.ش" القبول بفض النزاع عن طريق التحكيم حيث راسل الهيئة التحكيمية في رسالة الكترونية بتاريخ 26 جويلية 2016 (فقرة 16 من القرار التحكيمي) معبرا "عن استغرابه من إقحامه في التحكيم معتبرا انه لم يمض على أي عقد مع الأطراف المدعية و بالتالي لا يعتبر نفسه طرفا في التحكيم ". وقد أقرت محكمة التعقيب في قرارها عـ26649ـدد الصادر في 5 جانفي 2004 أن " "إصرار المعقب ضدها على عدم الحضور و تمسكها بموقفها الرافض لفض النزاع عن طريق التحكيم وعدم إمضاءها لاتفاقية في الغرض ونفيها لكل حق يسمح لزوجها التعاقد في حقها وإسناده توكيل في الغرض يعتبر كاف لاعتبار اتفاقية التحكيم منعدمة ولا يعد عدولا غير مبرر عن التحكيم بقطع النظر عن تلقيها للاستدعاء وللائحة الدعوى المنشورة أمام مركز التحكيم طالما أنها أجابت بعدم قبول تحكيم لم ترتضيه أصلا". كما اعتبرت هذه المحكمة في قرارها عـ92116ـدد الصادر في 26 جانفي 2010 " أن دفع نائب الطاعنة الان بهضم حقوق الدفاع كان غير مبرر طالما ثبت تمثيلها بالطور التحكيمي من قبل محام تولى الجواب عنها وتناولت هيئة التحكيم النظر في ذلك " وحيث انه اعتمادا على مبدأ التأويل العكسي فان ثبوت عدم تمثيل منوبهم من قبل محام ينوبه شخصيا هو خلل جوهري من شانه إبطال الحكم التحكيمي. وقد أقرّ المحكم بهضمه لحقوق منوبهم "ع.ح.ش" في الدفاع لا عن نفسه فحسب بل حتى عن حقه في التعبير والمواجهة كممثل قانوني لشركة "ب.ا" معتبرا في الفقرة 254 من الحكم التحكيمي انه وقع التحرير على الخصوم والأخذ بأقوالهم في جلسة علنية والحال أنه وقع حرمان منوبهم (رغم حضوره هذه الجلسة) من الدفاع عن حقوق شركة "ب.ا" (وإجباره على الحضور كمجرد متفرج عاجز عن الدفاع عن حقوق شركة "ب.ا") معللا هذا الخرق الصارخ لحقوق الدفاع بسوء الحظ والحال أن المحكم قد منع منوبهم ظلما و بهتانا من حقه في الدفاع والمواجهة استجابة لطلب المدعين بعدم سماعه وفي تحيز واضح وصارخ لفائدة المدعين، اذ ما جاء بالفقرة عـ258ـد من الحكم التحكيمي على لسان المحكم قوله : " "لسوء الحظ لم يتم إدراج السيد "ح.ش" كشاهد على الوقائع ولا يمكن استجوابه بشان بعض الجوانب الحاسمة المتعلقة بأدائه كمسؤول على المدعي عليها عـ2ـدد " (المقصود بالطرف الثاني شركة "ب.ا"). وفقه القضاء مستقر على اعتبار "أن المشرع ميز بين صنفين من القواعد الاجرائية الغير الأساسية والأساسية وقد أعطى كمثال حق الدفاع وعليه فان تلك القواعد التي تهدف إلى ضمان احترام مبدأ المواجهة بين الخصوم والمساواة بين الأطراف تنتمي لهذا الصنف من القواعد ولا يمكن الاتفاق على مخالفتها وقد اعتبر فقه القضاء بأنها صفوة القواعد الإجرائية وهي القواعد التي لا يمكن دون احترامها إصدار قرار عادل أو ضامن لحد ادني من العدالة (قرار محكمة الاستئناف بتونس عـ40438ـدد الصادر في 10 ديسمبر 2013) وقد عرف فقه القضاء مفهوم النظام العام على معنى القانون الدولي الخاص "على انه يستعمل للدلالة على مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدولية المحضة والمتفق عليها من طرف جل المعاهدات الدولية والدساتير والتشريعات وهي القيم التي تحمل صبغة كونية وواجبة الاحترام من الجميع من ذلك المساواة ونبذ العنصرية وحقوق الدفاع ومبادئ النزاهة". (محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عـ40438ـدد الصادر في 10 ديسمبر 2013) وبالتالي فأن إقحام "ع.ح.ش" في نزاع تحكيمي تولّد عن اتفاقيات لا تشمله ومن دون سماعه شخصيا أو تمكينه من الدفاع عن نفسه بواسطة محام يمثل خرقا صارخا ليس لمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص فحسب بل أن ذلك يتعارض مع المبادئ التي أقرها الدستور بالفصل 105 الذي يضمن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول و حق التقاضي وحق الدفاع.

أما بخصوص شركة "ب.ك" فقد دفعوا بخرق القرار التحكيمي للفصول 1 و 3 و6 والفصل 78 فقرة (ج) من مجلة التحكيم اذ قضى الحكم التحكيمي بإلزامه بأداء المبالغ المشار إليها بالطالع وذلك اعتمادا على تكييف قانوني مغلوط للوقائع اعتبر بموجبه المحكم أنها ملزمة بالحلول محل شركة "ب.ا" في نزاعها مع خصومها وهو ما يتعارض مع مقتضيات الفصول 1 و3 و6 من مجلة التحكيم وفقما وقع توضيحه أعلاه وقد خول المشرع في الفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم إبطال الحكم التحكيمي إذا ثبت انه : " يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي." وبالتوازي مع ما وقع بيانه سابقا بخصوص المطلوب الثالث "ع.ح.ش" فإنّه لا يجوز إخضاع شركة "ب.ك" وهي التي لم تكن طرفا في الاتفاقات المتضمّنة لشروط تحكيمية لهيئات التحكيم ولا ينبغي أن تشملها قرارات المحكمين بالاطلاع على كل الاتفاقيات نتبين بأنّ شركة "ب.ك" لم تكن طرفا في الاتفاقيات ولم تلتزم بأي شرط تحكيمي بل أنها رفضت القبول بفض النزاع عن طريق التحكيم (الفقرتين 31 و 176 من القرار التحكيمي) وتمسكوا في حقها بجميع الدفوعات المحرر في حق

المطلوب الثالث "ع.ح.ش" والمتعلّقة بخرق مقتضيات الفصل 13 والفصل 81 من مجلّة التحكيم أما بخصوص منوبتهم شركة "ب.ا" فقد قضى الحكم التحكيمي بإلزامها بأداء المبالغ المشار إليها آنفا الا أنه وبالرجوع إلى حيثيات الحكم التحكيمي يتبين أنه تعذّر على منوبتهم المذكورة الدفاع عن حقوقها في الجلسة العلنية المنعقدة بتاريخ 27 مارس 2017 حيث أقرّ المحكم بهضمه لحقوقها في الدفاع لا عن نفسها فحسب بل حتى عن حق ممثلها القانوني "ع.ح.ش" في التعبير والمواجهة إذ يقر المحكم في الفقرة 254 من الحكم التحكيمي انه وقع التحرير على الخصوم و الأخذ بأقوالهم في جلسة علنية والحال أنه وقع حرمان السيد "ع.ح.ش" (رغم حضوره هذه الجلسة) من الدفاع عن حقوق شركة "ب.ا" (وإجباره على الحضور كمجرد متفرج عاجز عن الكلام والمواجهة) معللا هذا الخرق الصارخ لحقوق الدفاع بسوء الحظ والحال أن المحكم قد منع منوبتهم ظلما وبهتانا من حقها في الدفاع والمواجهة استجابة لطلب المدعين بعدم سماعه وفي تحيز واضح وصارخ لفائدة المدعين وهو إقرار من قبل المحكم ويقوم دليلا على عدم احترامه مبدأ المساواة بين أطراف الخصومة بعدم التحيز لطرف ومنحه حقوقا أوفر من الطرف الأخر وعدم احترامه لمبدأ المواجهة بين أطراف الخصومة وهي من المبادئ القانونية الأساسية التي لا يجوز عدم مراعاتها مع ما في ذلك من خرق واضح لقواعد النظام العام ولما اقتضته مجلة المرافعات المدنية والتجارية ناهيك أن المشرع أشار صلب الفصل 13 من مجلة التحكيم إلى وجوب مراعاة المبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية، خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع وانتهوا بطلب الحكم مبدئيا برفض الدعوى شكلا لخرقها مقتضيات الفصل 13 من مجلة التحكيم والفصلين 14 و26 من م م م ت ولعدم احترام الخصوم للفصل 12 من الاتفاقيات واحتياطيا الحكم بعدم سماع الدعوى وحمل المصاريف القانونية على الطالبين.

❖ **<u>جواب ودفوعات المدعين على دفوعات المطلوبين:</u>**

وحيث تمسك نائب طالبي الاكساء بصيغة الاعتراف بأن لا خلاف في أن أسباب رفض الاعتراف بالحكم التحكيمي الأجنبي محددة من المشرع بصفة حصرية بالفصل 81 م ت ولا يجوز التوسع فيها أو الخروج عنها عملا بقاعدة الفصل 540 م ا ع كما أن الإجراءات الأساسية الواجب احترامها تتعلق بضمانات المحاكمة العادلة من مبدأ مواجهة وحق الدفاع والحياد والمساواة أمام القانون وأحكام الفصل 26 م م م ت فضلا عن كونها غير منطبقة على موضوع النزاع الخاضعة لقواعد تحكيم الغرفة التجارية الدولية والقانون الاسباني فهي لا تتعلق بأي حال من الأحوال بالإجراءات الأساسية التي توفر ضمانات المحاكمة العادلة وهي تتعلق بإجراءات تقديم الدعوى أمام القضاء التونسي ولا تمنع المدعي من رفع دعوى واحدة متعلقة بعقود مختلفة كما أنه دفع جديد لم يقع اثارته أمام المحكمة التحكيمية والقانون المنطبق على نزاع الحال يقبل رفع دعوى واحدة تتعلق بأكثر من عقد طبق الفصل 9 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية أما في خصوص الدفع بعدم احترام المساعي الصلحية قبل التحكيم فان خصومه لم يدفعوا في القضية التحكيمية بذلك ويعتبرون بذلك متنازلين عن الحق ذاك طبق الفصل 50 م ت كما أنه دفع مخالف للواقع اذ أنه يتضح من المراسلتين المقدمتين من خصومه أن منوبيه قبلوا طلب خصمهم في اجراء اجتماع قبل الالتجاء للتحكيم وعرضوا عليه عقد اجتماع بمدريد يوم 5 أو 6 ماي 2016 الا أنه لم يستجب للطلب ولم يقدم سبب عدم حضوره مما يؤكد أن سعيه لإجراء الصلح كان غير جدي وباءت المساعي الصلحية بالفشل كما أن فقه القضاء التونسي أقر بإمكانية مدّ الشرط التحكيمي الى الغير الذي لم يكن طرفا في العقد سواء كان غيرا نسبيا في اطار تجمع الشركات أو غيرا مطلقا و أجنبيا تماما اذا تبين أنه ساهم بطريقة ما في مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت الى ابرام العقد أو ساهم في تنفيذه بما يفترض معه علم الغير بوجود الشرط التحكيمي وقبوله الضمني له مثل ما جاء بالقرار عدد 6886 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2017/03/27 وكان مدّ الشرط التحكيمي الى كل من المطلوب الثالث و والثاني ذو مبرر اذ أنه وفي خصوص "ع.ح.ش" فقد كان مدّ الشرط التحكيمي اليه مؤسسا على توجه فقهي وفقه قضائي يقبل التوسع في الشرط التحكيمي بصفة استثنائية لمبدأ نسبية العقود من خلال اماطة لثام الشركة (lever le voile social) على الشخص الطبيعي الذي يتستر خلفها والحال أن الشركة الواقع تكوينها هي عبارة عن نفس الشخص الطبيعي الذي قام بتكوينها وهو ما يعرف باللاتينية (Alter Ego) وهي نظرية تعتمدها المحاكم لمنع الأشخاص من التستر وراء الشخصية المعنوية للشركة من أجل إخفاء الغش والتعسف في استعمال الحق وذلك اعمالا لقواعد الانصاف ونظرية الظاهر وحماية لمصلحة الغير ويتضح من الاستقراءات التي قام بها المحكم في القضية التحكيمية بما له أصل ثابت في الملف بأن منوبيه قبلوا التعاقد مع "ع.ح.ش" بوصفه مستشارا ومحاميا بتونس لمساعدتهم و اسداء النصح اليهم فيما يتعلق بإنشاء محطة تحلية مياه البحر بجربة ومشاركتهم في طلب عروض دولي لإحداث محطة لتحلية المياه بصفاقس و قابس ولئن كان لمعاقدهم تقديم خدماته بصفته الشخصية بوصفه محاميا له معرفه الجبائي الخاص الا أنه اختار انشاء شركتين للاستشارات المطلوبة الأولى و الثانية المملوكتين بالكامل له وهو وكيلهما وذلك قصد التعاقد مع منوبيه واتضح

أنه كان المستشار الفعلي والحقيقي والوحيد لمنوبيه في اطار انجاز الاتفاقيات بمساعدة موضوع النزاع وهو الذي كان يشارك شخصيا في النقاشات مع الجهات الادارية وبعض المسؤولين الحكوميين مع صاحب الأرض التي كان منوبيه يعتزمون شرائها بجربة وذلك على امتداد ثلاث سنوات ولم تكن الشركتين الا أداء لفوترة أتعابه كما أنه كان يشير في مراسلاته الى شركاته (his two companies) وهو ما يؤكد عدم وجود أي فرق بين الشركة والشخص الطبيعي الذي كونها ويملكها بالكامل و يديرها ويقوم بتنفيذ العقود التي أبرمت باسمها وكانت بالتالي غطاء لاستخلاص مبالغ ليس له حق فيها بصورة شخصية لاستلامه ثلاث شيكات من منوبيه بصفته محاميا على سبيل الوديعة قصد خلاص صاحب الأرض التي كان منوبيه يعتزمون شرائها ثم وعند عدم تحقق البيع قام بإرجاع الشيكين ولم يرجع الشيك الثالث بقيمة مليونين و مائة ألف دينار بدعوى أنه يمثل أتعابه وهو المبلغ الذي قضى الشرط التحكيمي بأن يؤديه "ع.ش" الى منوبيه وهو ما بينه المحكم صلب الفقرة 432 من القرار التحكيمي موضوع طلب الاعتراف أما في خصوص شركة "ب.ك.ق" فانه يتضح من الفقرات 178 الى 183 من الحكم التحكيمي أن مدّ الشرط لها كان بناء على إحالة شركة باست للاستثمارات لحقوقها في العقد المبرم مع منوبيه الى شركة "ب.ك.ق" بموجب رسالة صادرة عن المطلوبة الأولى في شخص وكيلها المطلوب الثالث طلبت فيه من منوبته أن تقبل إحالة الأجرة المتعلقة بالأعمال الإضافية الى شركات "ب.ك قروب" والتي وكيلها ويديرها المطلوب الثالث وعلى أساس أن هذه الأخيرة هي التي قامت بتنفيذ كامل الأعمال الإضافية كما تولت المطلوبة الأولى بتاريخ 2016/01/02 طلب إحالة الأتعاب المستقبلية بالدينار التونسي التي تستحقها بعنوان اتفاقية جربة الى المطلوبة الثانية وهو ما تم قبوله من منوبته ومن المستقر عليه فقها وفقه قضاء تحكيمي أن إحالة عقد تضمن شرطا تحكيميا يترتب عنه حلول المحال له في الحقوق والالتزامات بما في ذلك الشرط التحكيمي طبق الفصل 234 م ا ع. أما في خصوص الدفع بعدم احترام إجراءات المواجهة وحق الدفاع فقد تمسك محامي الطالبين بأنه يتضح من تلخيص الحكم التحكيمي والإجراءات الواقعة فيه أنه تم اعلام المطلوب الثالث بالقضية التحكيمية من طرف غرفة التجارة الدولية وتم توجيه اعلام شخصي له وبشركتيه المطلوبتان الثانية والأولى وقد راسل المطلوب الثالث بتاريخ 2017/05/29 غرفة التجارة الدولية والمحكم بوصفه وكيل المطلوبة الأولى معلما اياهما بأن المحامي "كا.ر" لم يعد يمثل شركة "ب.ا" وأن يتعين اعلامه شخصيا بجميع الإجراءات التحكيمية بعنوان مكتبه بتونس وبتاريخ 2016/07/27 قام محامي شركة "ب.ا" بتقديم مراسلة صادرة عن شركة "ع.ح.ش" يؤكد فيها عدم حاجته الى أن يتلقى شخصيا نسخة من رد المدعى عليها شركة "ب.ا" وبأنه لن يكون طرفا في القضية التحكيمية باعتبار أنه لم يكن طرفا في أي شرط تحكيمي وطالما اختار المطلوب الثالث عدم المشاركة في الإجراءات التحكيمية بالرغم من بلوغ الاستدعاءات وجميع الأوراق اليه من طرف غرفة التجارة الدولية فان دفعه الآن بحرمانه من الدفاع عن نفسه غير جدي كما أنه وفي حقيقة الأمر فقد قدم ما له من دفوعات من خلال شركة "ب.ا" التي كان يديرها ويملكها كليا وهو الذي قام بتكليف محام عنه وتغيير أحد المحامين أثناء القضية التحكيمية كما أنه كان حاضرا في الجلسات التحكيمية وفي طور المرافعة كما أنه لم يقدم الى المحكم طلبا في سماع شهادة "ع.ح.ش" في طور المرافعة ولم تقع الاستجابة الى طلبه بل ان تأسف المحكم كان بسبب عدم تقديم خصومه لشهادة "ع.ح.ش" نظرا لدوره المركزي في موضوع النزاع ما يقيم الدليل على عدم صحة ادعاءات خصومه وطلب الحكم طبق طلباته.

❖ **<u>جواب المدعى عليهم على ردود المدعين:</u>**

وحيث تمسك نائبي المطلوبين في تقريرهم المشترك المؤرخ في 2018/10/30 في خصوص التوسع في الشرط التحكيمي بالنسبة لمنوبهم "ع.ح.ش" فان خصومه يحاولون مغالطة المحكمة وذلك في طريقة تقديمه وتحريفهم للوقائع وكذلك من خلال محاولته توظيف قضاء هذه محكمة لصالحهم في خرق واضح لمنطوق القرار عدد6886 الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 27 مارس 2018 اذ جاء بالتقرير المدلى به من طرف نائب خصومه أنهم: "قد قبلوا التعاقد مع "ع.ح.ش" بوصفه مستشارا ومحاميا بتونس لمساعدتهم وإسداء النصح إليهم فيما يتعلق بإنشاء محطة تحلية مياه البحر بجربة... حيث ولئن كان بإمكان "ع.ح.ش" تقديم الخدمات موضوع اتفاقيات الخدمات بوصفه محاميا له صلاحية إسداء الاستشارات القانونية ...فانه اختار أن ينشئ شركتين للاستشارات وهما شركتا "ب.ك.ق" و"ب.ا" المملوكتين بالكامل من طرفه وهو وكيلهما قصد التعاقد مع المنوبين" ويستنتج من ادعاءات خصمه أن شركة "ب.ا" وشركة "ب.ك" هي مجرد شركات رمزية قد أنشأت من قبل منوبهم في إطار نشاطه كمحام كغطاء "لاستخلاص مبالغ ليس له حق فيها" وهي ادعاءات مجانبة للصواب ذلك أن شركة "ب.ا" هي شركة استشارات غير مقيمة خاضعة للقانون التونسي وقع الترفيع في رأسمالها منذ 2 نوفمبر 2009 من 1000 دينار إلى 201.000 دينار (وهو ما يعادل 100.000 يورو في ذلك التاريخ (كما يقع بيان ذلك بالنسخة الالكترونية من السجل التجاري لشركة "ب.ا" وقد كان من الواجب على محامي

الخصوم الإدلاء بمعلومات محينة وصحيحة في خصوص شركة "ب.ا" وعدم محاولة مغالطة المحكمة بالإيحاء إلى أنها شركة وهمية صاحبة راس مال صوري (1000 دينار) (وقد كان بإمكان خصمه استخراج نسخة الكترونية من السجل التجاري عبر الانترنات في بضع ثوان). كما أن منوبهم "ع.ح.ش" ليس الشريك الوحيد لشركة "ب.ا" (رغم انه صاحب الأغلبية) وهو شريك في الشركة مع السيد "أ.با" الذي هو خبير فرنسي مشهود له في مجال مشاريع البنية التحتية في فرنسا (كما يقع بيان ذلك بالقانون الأساسي لشركة "ب.ا") كما أن شركة "ب.ا" هي شركة دولية قائمة الذات تنشط في مجال الاستشارات التقنية، المالية والاستراتيجية المتعلقة بالمشاريع الضخمة في الجزائر وتونس وليبيا وفرنسا منذ سنة 2009 وقد حققت على سبيل الذكر لا الحصر رقم معاملات يفوق الأربعة ملايين دينار سنة 2009 (كما يقع بيان ذلك من خلال حسابات الشركة لسنة 2009 المدرجة بالسجل التجاري التونسي وتأكيدا لذلك فهم يدلون الآن بنسخة مطابقة للأصل من تحويل بنكي قدره 1 مليون و151 ألف و 489 يورو بتاريخ 28 سبتمبر2009 قامت به الشركة الانكليزية الفرنسية المعروفة في مجال مشاريع الطاقة Ltd [redacted] لفائدة شركة "ب.ا" وذلك خلاصا لمجمل مصاريف وخدمات شركة "ب.ا" بالنسبة لمشروع في البنية التحتية بالجزائر وهو أمر إن دل على شيء فهو يدل على جدية شركة "ب.ا" وعراقة نشاطها في مجال الاستشارات الدولية المتعلقة بمشاريع البنية التحتية. وشركة "ب.ك" هي شركة استشارات خاضعة للقانون التونسي وقع تأسيسها من طرف وكيلها السيد "أ.با" في 26 جوان 2009 بمساهمة من طرف "ع.ح.ش" لا تفوق نسبتها 1% في ذلك التاريخ كما يستنتج ذلك من النسخة الالكترونية من السجل التجاري ومن القانون الأساسي للشركة المؤرخ في 24 جوان 2009 وهي شركة أحدثها السيد "أ.با" في تلك الفترة للقيام بخدمات استشارية في مجال مشاريع الطاقة والبنية التحتية وليس أدل على جدية هذه الشركة وقيمتها المالية من أن وزارة المالية التونسية مدينة بمبلغ 181.600 دينار تونسي لشركة "ب.ك.ق" وذلك بعنوان التصريح بالمداخيل لسنة 2016 كما يستخلص ذلك من وصل خلاص التصريح بالمداخيل لسنة 2016 لشركة "ب.ك" ذلك أن شركة "ب.ك" قد قامت بخلاص مبالغ مالية لفائدة الضرائب بعنوان السنوات السابقة لسنة 2016 اتضح فيما بعد أنها من قبيل الفوائض وقد أقرت وزارة المالية بحق شركة "ب.ك" في استرجاعها. أما عن محاولة الإيهام بأن منوبهم هو المحامي الفعلي لخصومه فقد تمسكوا بأن "ع.ح.ش" كان قد ساهم بصفته وكيل لشركة "ب.ا" (وليس بصفته كمحام) في تنفيذ اتفاقية تقديم خدمات استشارية في خصوص صفقة إنشاء محطة تحلية مياه البحر بجربة وشركة "ب.ا" قد قدمت للمحكم في تقاريرها كل الدراسات الفنية والمالية والتقنية التي قامت بها في إطار مساهمتها في تحضير وتنفيذ صفقة محطة تحلية المياه بجربة وتفاديا للخوض في أصل الوقائع ونقاش أصل القرار التحكيمي فإن شركة "ب.ا" تضع على ذمة المحكمة الآن كل الدراسات الفنية والمالية ومضمون الرسائل الالكترونية التي تثبت مضمون الأشغال التي قامت بها شركة "ب.ا" مع شهادة السيد "ع.ب" المدير المركزي للدراسات لشركة "ص" الذي يؤكد ما يلي (المؤيد عـ7ـدد) (وهي شهادة تلخص بصفة جلية الدور المناط بعهدة شركة "ب.ا" ووكيلها) : "1) بصفتي كمسؤول عن إسناد صفقة محطة تحلية المياه بجربة لفائدة مجمع [redacted] جربة Djerba [redacted]، وهي الشركة المحلية للشركات [redacted] اليا et [redacted] GS FCC Aq[redacted]ia، أشهد أن شركة "ب.ا" (فيما بعد "المستشار") ممثلة بوكيلها السيد "ح.ش" قد ساهمت بصفة مهمة وعظيمة في تحضير العرض التقني والمالي الذي خول لمجمع ا [redacted] ي جربة الحصول على صفقة تنفيذ محطة تحلية المياه بجربة وذلك، عبر الحضور المستمر في مختلف الاجتماعات بمكاتبنا وعبر المراسلات الإلكترونية. حيث يستخلص من تحليل العرض ومتابعتنا للتسيير الأولي للمشروع في تلك الفترة أن فريق المستشار قد ساهم بكثير من الحرفية في كل مراحل تحضير العرض واصل مع الكثير من التوفيق مساندة فرق مجمع ا [redacted] جربة في كل الاجراءات الادارية، القانونية والمالية المتعلقة بتسيير المشروع.

2) أن الاجتماعات الأولى التي التأمت بين الصـ[redacted]ناد وفريق تسيير مجمع ا [redacted] جربة للشروع في المشروع تركت منذ البداية إحساسا بانعدام الكفاءة ونقائص على مستوى الفريق المكلف بتسيير ا [redacted] جربة.

3) أن مجمع ا [redacted] جربة لم يكن على مستوى تطلعات وأهداف الصـ[redacted]اد لتقديم محطة التحلية أو حتى جزء منها في صيف 2016 للتخفيض من وطأة العجز الهام في الموارد المائية في جزيرة جربة ومنطقتها السياحية". ويخلص من شهادة المسؤول الأول بالـ[redacted]ناد وبقطع النظر عن تقييمه السلبي لأداء خصومهم في الفقرة 2 و3 من الشهادة ما يلي: أن شركة "ب.ا" قد ساهمت، كذات معنوية مستقلة لها تاريخها وخبرتها ولها فريقها المختص في مشاريع البنية التحتية، بشكل مهم وكبير في تحضير العرض التقني والمالي الذي خول لمجمع "ا ..." جربة الحصول على صفقة تنفيذ محطة تحلية المياه بجربة وأن السيد المدير المركزي للدراسات "بالص..د" بصفته كغير لا علاقة له بالاتفاق التحكيمي بين الخصوم وشركة "ب.ا" قد أدرك جيدا أن "ع.ح.ش" تدخل بصفته وكيلا لشركة "ب.ا" وليس بصفته الشخصية كمحام، وليس أدل على ذلك من أن شركة المحاماة "ف.ش" كانت المستشار القانوني لخصومهم في كامل مراحل إنجاز محطة

تحلية المياه بجربة منذ تاريخ إنشاء مجمع "ا ... جربة" مرورا بمفاوضات شراء العقار الذي كان الخصوم يعتزمون شراءه بجربة ووصولا إلى تمثيلهم في قضية الحال والشركات الخصيمة من أعظم الشركات المختصة في مجال تحلية المياه في العالم لها من المستشارين ما يمكنها من الإدراك بصفة جلية وواضحة أنها قامت بتوقيع الاتفاقيات التحكيمية مع شركة "ب.ا" بصفتها تلك كذات معنوية مستقلة (التزمت بتقديم خدمات استشارية فنية، تقنية، مالية وغيرها من خدمات الاستشارة والمساندة لتمكينهم من الحصول على صفقة تحلية المياه بجربة) وليس مع "ع.ش" بصفته الشخصية أو بصفته المهنية كمحام وكان بإمكانهم عند توقيع اتفاقية جربة إدماج "ع.ش" في هذه الاتفاقية وإضافة توقيعه كطرف في الاتفاقية لإلزامه بالضمان شخصيا في التزامات شركة "ب.ا" ولكن خصومه لم يفعلوا ذلك لمعرفتهم الجيدة بشركة "ب.ا" (بما في ذلك وكيلها، شركائها وباقي أعضاء الفريق التقني الذين اشتغلوا لفائدتها) وبتاريخها الحافل بالإنجازات في مجال البنية التحتية في الجزائر أو في التوسط لشركات أوروبية للحصول على مشاريع في القارة الإفريقية أو حتى في بعض البلدان الأوروبية كما أن منوبه لا ينكر أنه محام مرسم بعمادة المحامين بتونس وبباريس ودرس قانون الأعمال في أعرق الجامعات الأمريكية (Columbia University) وهو خريج معهد الدفاع الوطني بتونس (دورة 2011 وهي أول دورة بعد الثورة في تونس) وهو كذلك رجل أعمال له عديد المساهمات في العديد من الشركات في تونس وفرنسا وبالإمارات العربية المتحدة وهو فخور بذلك مما يحدو به إلى تضمين بعض من هذه المعلومات في مضمون إمضائه الالكتروني وهو أمر عادي لا يمكن اعتباره من قبيل الغش أو محاولة مغالطة الغير خاصة إذا كان هذا الغير من أكبر وأعرق الشركات الاسبانية في مجال مشاريع البنية التحتية الذين لا يمكن مغالطتهم بمثل هذه المعلومات ولهم من الدراية والإمكانيات المالية والبشرية التي تخول لهم استشارة أعرق شركات المحاماة في العالم (وهو ما حصل مع شركة "ف.ش" في تونس) في كل معاملاتهم التعاقدية وهو ما يجعل من محاولتهم ايهام المحكمة بأنهم قد وقعوا في فخ منوبهم محاولة غير جدية وبائسة تنم عن نوع من الاستهتار في التعامل مع ملف قضية الحال كما انه من العبث أيضا محاولة مغالطة المحكمة بالادعاء أن استعمال منوبهم في مراسلاته لصيغة "شركاته his two companies" يؤدي حتما إلى اعتبار أن شركتي "ب.ا" و "ب.ك.ق" هما أدوات فوترة يستعملهما منوبهم لاستخلاص أتعابه كمحام والحال أن المقصود من استعماله لهذه الصيغة هو الشركات التي يمثلها لا غير ولا وجود لأي نية في مغالطة خصومه ضرورة أن العلاقة التعاقدية ثابتة بينهم وشركة "ب.ا" بشهادة المدير المركزي للدراسات بشركة الصـ[redacted]د (وهي أهم طرف في مشروع تحلية المياه بجربة) وأن الخدمات التقنية والمالية (غير القانونية بالأساس) ثابتة في قضية الحال وقد قامت شركة "ب.ا" بتفسيرها وتحليلها بصفة واضحة، ضافية ومعمقة للمحكم في إطار النزاع التحكيمي والفرق جلي وواضح بين منوبهم "ع.ح.ش" كشخص طبيعي أو محام وشركتي "ب.ا" أو "ب.ك.ق" اللتين لم تحدثا لغرض مغالطة خصومه الآن كما يدعونه ولا يمكن اعتبارهما مجرد غطاء يتستر خلفه "ع.ح.ش" عن سوء نية إذ تقر شركة الصـ[redacted]اد نفسها أن العلاقة التعاقدية في خصوص تنفيذ مشروع تحلية المياه بجربة هي بين شركة "ب.ا" والمدعيين الآن ولا يعدو المطلوب الثالث أن يكون سوى الوكيل القانوني لهذه الشركة وقد أقرّ المحكم نفسه (في تناقض صارخ مع مضمون الحكم التحكيمي) أن "ع.ح.ش" لم يكن طرفا في أي من الاتفاقيات التحكيمية شخصيا بل كان بعنوان ممثل قانوني عن منوبتهم شركة "ب.ا" في الفقرة 228 يعتبر المحكم أن الاتفاقيات كانت واضحة وصريحة في تأكيدها أن العلاقة التعاقدية ليست علاقة شغلية بل أن الطبيعة القانونية للاتفاقية هي اتفاقية إسداء خدمات بين شركات تجارية " حيث صرح الأطراف بأنهم يرغبون في تأكيد الطبيعة التجارية لعلاقتهم و لخضوع هذا العقد لأحكام القانونية الجاري بها العمل فيما يتعلق بتقديم الخدمات و بأنه لا يمكن اعتبار هذا العقد في أي حال من الأحوال عقد وكالة ." وفي الفقرة 232 يؤكد المحكم " "كان من الممكن ألا تكون لهذا الاتفاق طبيعة استشارية لو تم إبرامه بين شركة اسبانية وشخص مهني أو مقاول مستقل مثل السيد "ح.ش" لكن المستشار هو عبارة عن شركة تجارية و يكتسي الاتفاق الاستشاري صبغة تجارية بما انه ينظم العلاقة التعاقدية بين شركات تجارية. " ويذهب المحكم إلى أبعد من ذلك في الفقرة 236 بقوله" "تجدر الملاحظة أنه لا توجد أحكام تعاقدية تنص على الفسخ الآلي للاتفاقيات الاستشارية في صورة وفاة أو عجز المدعي عليه عـ4ـدد (السيد ح.ش) بصفته الممثل القانوني للمدعي عليه عـ2ـدد. يعزز هذا السهو اعتقاد هيئة التحكيم بان الاتفاقيات الاستشارية ذات طبيعة تجارية بما أن الأطراف هي عبارة عن شركات والأهداف الموضوعة هي عبارة عن عقد الانجاز الكلي للبناء

contrat de construction clé en main" ما يتضح معه جليا بأن موقف المحكم كان متناقضا في توسيعه للشرط التحكيمي بالنسبة لمنوبهم "ع.ح.ش" اعتمادا على الإرادة الضمنية للأطراف (معتبرا أن نية الخصوم قد ذهبت إلى إدماج شخصه في أي خصام تحكيمي) من جهة واعتباره من جهة أخرى أنه كان بإمكان خصومهم إبرام اتفاقية عمل مباشرة مع منوبهم أو اتفاقية تكليف لمحام يدرج فيها شرط تحكيمي واضح لا يمكن لمنوبهم أن يتفصّى من تنفيذ بنوده وتأسس موقف المحكم على استنتاج الإرادة الضمنية للأطراف من خلال تأويله لإرادة خصومهم (معتبرا أن نيتهم كانت متجهة إلى التعاقد شخصيا ومباشرة مع منوبهم بصفته كمحام) والحال أن مسألة تحديد الأطراف المعنية بالتحكيم هي مسألة جوهرية لا بد أن تنبني على اليقين وألّا تتحددّ بالاستنتاج المبني على الظن والتخمين. كما دفعوا بأن نائب المدعين انبرى الى محاولة الإيهام بأن منوبهم قد قام باستخلاص مبالغ ليس له الحق فيها وانه لا وجود لعلاقة تعاقدية بينهم وشركة "ب.ا" الا أن الوقائع تؤكد خلاف ذلك فقد انعقد بين منوبتهم شركة "ب.ا" وخصومها الأن اتفاقية جربة لتقديم خدمات استشارية المؤرخة في 18 أفريل 2013 والتي تتضمّن البند التحكيمي وقد وقع تحوير الاتفاقية عديد المرات منها التحوير عدد 3 المؤرخ في 1 جوان 2015 الذي اتفق بمقتضاه الأطراف على إضافة خدمات استشارية جديدة تعهدت فيه شركة "ب.ك" وشركة "ب.ا" القيام بها بما في ذلك إيجاد حل تقني للصعوبات التي يلاقيها الخصوم في إتمام محطة ضخ المياه بجربة والبحث عن وتحديد مكان جديد يقع فيه بناء محطة ضخ المياه بجربة والتفاوض مع شركة الصـ[redacted]اد والهيئة العليا للاستثمارات لإقناعهما بالقبول بتغيير مكان محطة ضخ المياه بجربة والتفاوض مع شركة الصـ[redacted]اد والهيئة العليا للاستثمارات لإقناعهما بالتمديد بما لا يقل عن 6 أشهر في تاريخ التسليم النهائي لمحطة تحلية المياه بجربة والتفاوض مع صاحب العقار لتحديد ثمن البيع والتفاوض مع البنوك لخلاص الرهون المسجلة على العقار والحصول من قبل السلط المعنية (بما في ذلك بلدية جربة، وزارة الفلاحة، وزارة البيئة...) على التراخيص الضرورية لتغيير مكان محطة ضخ المياه بجربة وقد أوفت الشركات المطلوبة الآن بتعهداتها على أحسن وجه مما حدا بالمدعين الآن إلى خلاص الفواتير التالية : فاتورة عـ01-2016ـدد بمبلغ جملي قدره 3.138.800 دينار تونسي بتاريخ 3 جانفي 2016 (المؤيد عـ8ـدد) وقع قبولها من طرف خصومهم كما يستخلص ذلك من ختم شركاتهم في 28 جانفي 2016 وذلك لخلاص نسبة 2.32% من القيمة الجملية لمشروع جربة وهي نسبة قد وقعت إضافتها بمقتضى التحوير عدد 3 بتاريخ 1 جوان 2015 لاتفاقية جربة وذلك لخلاص الخدمات الإضافية المذكورة أعلاه. وفاتورة عـ02-2016ـدد بمبلغ جملي قدره 810.519 دينار تونسي بتاريخ 2 جانفي 2016 (المؤيد عـ9ـدد) وقع قبولها من طرف خصمهم كما يستخلص ذلك من ختم شركاتهم في 28 جانفي 2016 وذلك لخلاص جزء من نسبة 2.25% من القيمة الجملية لمشروع جربة وهي النسبة المبدئية التي وقع الاتفاق على خلاصها في مراحل لفائدة شركة "ب.ا" من طرف معاقديها في حال إسناد صفقة تحلية المياه بجربة لفائدتهم وقد قام خصمهم بطرح مبالغ الخصم من المورد Retenue à la source على الفاتورة عـ01-2016ـدد وعلى الفاتورة عـ02-2016ـدد وسدّدوا مبالغ الخصم من المورد إلى القباضة المالية بتاريخ 30 مارس 2016 كما يَثْبُتُ ذلك من وصل الخلاص الممضى من قبل قابض المالية بالبحيرة (المؤيد عـ10ـدد)) تأكيدا لأحقية وشرعية المبالغ التي وقع دفعها لشركة "ب.ك" بمقتضى الفواتير السالف ذكرها. الا أنه وقع تغيير مفاجئ في أوائل شهر فيفري 2016 على مستوى الإدارة العامة لخصومه باسبانيا وذلك بحلول السيدة "ما.ف" (M[redacted] V[redacted]) كرئيسة مديرة عامة لشركة "أي.." عوضا عن السيد "ل.ق" (L[redacted] G[redacted]s) والسيد ج.ا ب (J.E B[redacted]) كرئيس مدير عام لشركة "أ...ا" عوضا عن السيد "خ.س" (J[redacted] S[redacted]) وقد سعى المسؤولون الجدد إلى التفصي من التزامات سابقيهم منذ تعهدهم بالإدارة العامة لشؤون الشركتين الخصيمتين وهو ما أدى إلى الدخول في النزاع التحكيمي موضوع قضية الحال وكان زعمهم بأن "ع.ح.ش" استعمل "شركاته كغطاء لاستخلاص مبالغ ليس له حق فيها بصورة شخصية استلامه لثلاث شيكات لا أساس لها من الصحة فلا وجود أصلا لأي شيك بمبلغ قدره مليونان ومائة ألف دينار (2.100.000) استحوذ عليه "ع.ح.ش" بدعوى عدم تحقق وتدليلا على ذلك يتضح من مشروع اتفاقية Protocole d'Accord (بين خصومه وشركة الصـ[redacted]اد والشركة الفندقية والسياحية "س" ومنوبهم ع.ح.ش بصفته كمحام) والتي وقع إمضاؤها بينهم تقضي بالتزام خصومه بشراء عقار لفائدة شركة الصـ[redacted]اد بمبلغ جملي قدره مليون وخمسمائة ألف دينار (1.500.000) وبتوزيع هذا المبلغ كما يلي (تطبيقا لمقتضيات الفصل

الثاني من الاتفاقية):صك مشهود باعتماده لفائدة الشركة الفندقية والسياحية "س" قدره أربعمائة وخمسون ألف دينار (450.000) وصك مشهود باعتماده لفائدة البنك [redacted] لتونس ([redacted]T) قدره ستمائة ألف دينار (600.000) وصك مشهود باعتماده لفائدة الشركة [redacted] للبنك ([redacted]B) قدره أربعمائة وخمسون ألف دينار (450.000) وصك مشهود باعتماده لفائدة قابض المالية قدره تسعون ألف دينار (90.000) وبالتزام منوبهم ع".ح.ش" بصفته كمحام (وهي المرة الوحيدة التي يتدخل فيها بصفته كمحام في قضية الحال) بتسليم الصكوك الأربع إلى مستحقيها فور حصول المصادقة من قبل الصـ[redacted]اد والهيئة العليا للاستثمارات على التحوير عدد1 لاتفاقية انجاز محطة تحلية المياه بجربة الموقعة بين شركة الصـ[redacted]اد والخصوم ولا وجود لأية إشارة بمشروع اتفاقية Protocole d'Accord إلى الصكوك التي انتفعت بها "ب.ك.ق" موضوع الفواتير عـ01-2016ـدد بمبلغ جملي قدره 3.138.800 دينار تونسي وعـ02-2016ـدد بمبلغ جملي قدره 810.519 دينار تونسي ولا وجود البتة لأي صك بمبلغ مليونين ومائة ألف دينار (2.100.000) صلب تلك الاتفاقية. وقد كان المدعين ممثلين من قبل شركة "ف.م" في إطار مناقشة فحوى الاتفاقية Protocole d'Accord كما يستنتج ذلك من الرسالة الالكترونية بتاريخ 22 ديسمبر 2015 التي أرسلها المحامي "ر.ج" إلى الخصوم وإلى منوبه وإلى ممثلي شركة الصـ[redacted]اد وإلى محامي بائع العقار الأستاذ "أ.ش" ملحقا فيها المشروع النهائي للاتفاقية ومطالبا الجميع بتأكيد قيمة الصكوك وهوية المنتفعين بها. كما أن شركة "ف.م" هي نفسها التي تمثل الخصوم أمام هذه المحكمة ولا يمكنها والحالة تلك أن تنعت منوبهم بمزاعم مغلوطة من قبيل " استخلاص مبالغ ليس له الحق فيها" أو الزعم بأنه لم يقم بإرجاع صك قدره مليونان ومائة ألف دينار (2.100.000) والحال أن نائب خصومه يدرك تمام الإدراك عدم صحة هذه المزاعم وهو ما يؤكد سوء نيتهم ومواصلتهم محاولة مغالطة المحكمة بعد أن نجح في إغراء المحكم وجرّه على التعسف في حق منوبهم اذ أن مبلغ المليونين ومائة ألف دينار (2.100.000) السالف ذكره قد جاء به المحكم نتيجة عمليات حسابية تعسفية وغير مبررة قام بها من دون سماع شهادة "ع.ح.ش" كممثل قانوني لشركة "ب.ا" في تجاوز خارق وصريح للمبادئ الأساسية للمرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع كما أن هذه المحكمة استبعدت صلب قرارها الاستئنافي عدد 6886 الصادر عن محكمة الاستئناف بتاريخ 27 مارس 2018 كل إمكانية للتمديد في الشرط التحكيمي ليشمل منوبهم بصفته شريك ووكيل اذ يستفاد من تعريف المشرع التونسي للشركة عموما الوارد بالفصل 2 من مجلة الشركات التجارية ومن تعريفه للشركة ذات المسؤولية المحدودة حسب الفصل 90 من نفس المجلة الذي نصّ صراحة على أنّ الشريك في الشركة ذات المسؤولية المحدودة لا يكون مسئولا إلا في حدود مساهمته في رأس مال الشركة وقد اعتبرت هذه المحكمة في قرارها المذكور أعلاه أن أهم خاصية للشركات خفية الاسم (وهي شركات ذات رأس مال محدود مثلها مثل باقي الشركات ذات رأس المال المحدود) هو تمتعها "بالشخصية المعنوية المستقلة عن شخصية المساهمين فيها وأنه تترتب أثار هامة عن إقرار الشخصية المعنوية للشركة بأن تصبح لها ذمة مالية مستقلة عن الذمم المالية للمساهمين في رأس مالها كما يكون لها أهلية اكتساب الحقوق وتحمل الالتزامات والتعامل مع الغير بإبرام تصرفات قانونية مباشرة في حقها وذلك بواسطة ممثلها القانوني أو أحد مسيريها دون أن تنسحب أثار تلكم الالتزامات عليهم وأنه تأكيدا على استقلالية الذات المعنوية فانها تتمتع بالجنسية ويكون لها مقرا اجتماعيا مستقلين عن جنسية ومقر الشركاء أو المساهمين فيها. وترتيبا عليه فان الالتزامات التي تجريها الشركة بواسطة هياكل تسييرها تلزم الشركة المتعاقدة في حق نفسها وحدها بحيث لا يمكن أن تتجاوز أثارها القانونية شخصيتها المعنوية المستقلة لتنسحب على مؤسسيها المساهمين في رأس مالها سواء كانوا أشخاصا طبيعيين أو ذوات معنوية." والوقائع تثبت بصفة واضحة وجلية أن شركة "ب.ا" شأنها شأن شركة "ك.ق" كل منهما شركة ذات شخصية معنوية مستقلة لها وجود قانوني منذ ما يناهز عقدا من الزمن (تاريخ الإنشاء في جوان 2009) جنسيتها تونسية مقرها الاجتماعي بتونس والحال أن الشركاء السيد ع.ح.ش" هو فرنسي تونسي مقيم بفرنسا والسيد "ا.با" هو فرنسي الجنسية مقيم كذلك بفرنسا والثابت أن هذه الشركات لم تنشأ لغرض التعاقد مع المدعين كما يدعونه الأن ولم تستعمل للتستر خلفها من قبل الشركاء أو الوكيل بل أنها شركات جدية حققت أرقام معاملات لا يستهان بها بالعملة الصعبة في غالب الأحيان وقد أدرك كل من تعامل مع هذه الشركات بما في ذلك شركة الصـ[redacted]اد أنهم يتعاملون مع هذه الشركات بصفتهم المعنوية المستقلة وليس مع "ع.ح.ش" كمحام وبغض النظر عن مشاركته سواء في إبرام اتفاقية التحكيم وتنفيذ بنودها فان ذلك لا يجعل منه طرفا مستقلا بذاته

في العقد المذكور يضاف إلى المتعاقدة الأصلية شركة "ب.ا" وهو ما أقرته هذه المحكمة في قرارها المذكور أعلاه في خصوص شركة إماراتية كانت المساهم الرئيسي في الشركة المبرمة لاتفاقية التحكيم إذ اعتبرت المحكمة أنه "لا يمكن اعتماد هذا التمشي لسحب الشرط التحكيمي عليها قولا بعلمها بوجوده ومشاركتها في العقد تكوينا وتنفيذا طالما أن ذلك العلم مفترض وتلك المشاركة بديهية...". أما في خصوص هضم حق الدفاع فان خصمه يريد اجبار منوبه "ع.ش" على القبول بالتحكيم معتبرا أنه اختار "عدم المشاركة في الإجراءات التحكيمية بالرغم من بلوغ الاستدعاءات وجميع الاوراق إليه من طرف غرفة التجارة الدولية" وعليه فان الدفع" الآن بحرمانه من الدفاع عن نفسه يضحى دفع غير جدي وهو خرق صارخ لقواعد اختصاص المحاكم التونسية و المبادئ الأساسية للإجراءات وقد أقرت محكمة التعقيب في قرارها عـ26649ـدد الصادر في 5 جانفي 2004 (المؤيد عـ14ـدد) أن " "إصرار المعقب ضدها على عدم الحضور وتمسكها بموقفها الرافض لفض النزاع عن طريق التحكيم وعدم إمضائها لاتفاقية في الغرض ... يعتبر كاف لاعتبار اتفاقية التحكيم منعدمة ولا يعد عدولا غير مبرر عن التحكيم بقطع النظر عن تلقيها للاستدعاء وللائحة الدعوى المنشورة أمام مركز التحكيم طالما أنها أجابت بعدم قبول تحكيم لم ترتضيه أصلا" أما بخصوص شركة "ب.ا" وشركة "ب.ك" فقد لاحظ بأن ما جاء على لسان نائب خصومه لا يخلو من الغموض والإبهام وان كان يقصد من كلامه أنّ منوبهم "ع.ح.ش" أحجم عن تقديم ما له من دفوعات في حق شركة "ب.ا" أو أنّ محامي الشركة الأستاذ "ك.ر" لم يطلب سماعه باعتباره وكيل منوبته (وقد كان هذا مبعث أسف المحكم حسب زعم خصمه) فإنّ هذه الادعاءات غير صحيحة وهي من قبيل الافتراء كما يستخلص ذلك من المراسلات الالكترونية بين منوبهم "ع.ح.ش" والمحكم من جهة (رسالة الكترونية بتاريخ 10 أكتوبر 2017) ومحامي منوبتهم "ب.ا" (السيد ك.ر) والمحكم من جهة أخرى (رسالة الكترونية بتاريخ 25 أكتوبر 2017) إجابة على رسالة المحكم التي طلب فيها من منوبهم الإدلاء بملاحظاته لتعديل ومراجعة النسخة الأولى من الحكم التحكيمي (رسالة الكترونية بتاريخ 9 أكتوبر 2017) (المؤيد عـ15ـدد) :

1) الرسالة الأولى بتاريخ 10 أكتوبر 2017 (المؤيد عـ16ـدد) طلب المنوب من المحكم تعديل حكمه على اعتبار أن: "

1) كل من "ب.ك.ق" وأنا شخصيا لم نكن ممثلين من قبل محامين يدافعون عنا شخصيا وهو ما يمثل خرقا صريحا للفصل 78 فقرة 2 من مجلة التحكيم التونسية) و

2) لم تمنحوني شخصيا إمكانية الكلام والدفاع عن شخصي كممثل لشركة "ب.ا"ق" أثناء جلسة الاستماع) وهو ما يمثل خرقا صارخا لمقتضيات الفصل 78 (فقرة 2-1) من مجلة التحكيم.

لذلك فإنني اطلب منكم شخصيا إلغاء الجانب من القرار الذي "يتجاوز جدار الشركة" والذي يدمجني شخصيا مع شركة "ب.ا" في هذا الخصام".

2) الرسالة الثانية بتاريخ 25 أكتوبر 2017 أرسلها محامي المنوبة ب.ا (السيد ك.ر) إلى المحكم وإلى ق.د (محامي الخصوم في القضية التحكيمية) (المؤيد عـ17ـدد) قام محامي "ب.ا" بتذكير المحكم ومحامي الخصوم بموقفهما الرافض لسماع شهادة المنوب أثناء جلسة المرافعة معتبرا أن المحكم كان جائرا في تعامله مع المنوب وقد أخل بقواعد العدل والإنصاف في تحكيمه. وفيما يلي مقتطفات من رسالة اللوم التي لم يقم المحكم بالإجابة عليها وهو ما يدل على ندمه لما أتاه من تعسف وظلم في حق المنوبين (وقد لاحظ محامي المنوبين ذلك بقوله في الفقرة قبل الأخيرة من رسالته . " أنا لا يمكنني أن أفهم لماذا يظهر المحكم اليوم وكأنه نادم على قراره...") :

"I cannot understand why the Arbitrator seems now to be "regretting" his decision, with all due respect."

"- .... لقد اقترحت في عديد المناسبات انه من باب العدل والإنصاف أن يقع سماعه وان القوانين هي من المرونة بمكان لتسمح بذلك وقد رفعت في عديد المرات طلبات في هذا الصدد ضرورة أن قرار عدم تمكينه من المواجهة والشهادة هو قرار جائر وغير معقول.

".. I proposed in several occasions that it was fair and out of justice that he testified, and that Rules were and are flexible enough to allow so. And I rose several complains on how unfair and unreasonable was not to allowing him to testify. "

-لقد اعترض المشتكون ورفضوا بشدة سماع السيد "ش". المحكم رضخ لموقف المشتكين وحججهم. لذلك فانه من الخطأ القول أنني رفضت مساءلة السيد ش[redacted]ان. اعتقد أن السيد المحكم يدرك ذلك جيدا. لقد رفض المشتكون هذه الإمكانية لأسباب مجهولة.

"Claimants protested and firmly rejected Mr. Ch[redacted] to be heard. The Arbitrator accepted Claimants position and arguments. So, it is false that I ever refused to cross-examine Mr. C[redacted]. I think Mr. Arbitrator is very well aware of that. It was Claimants who, for whatever reasons, always rejected that option."

-" أعيد القول مجددا انه في رأيي، إذا كان المحكم يريد أن يكون عادلا ومنصفا, كان لديه العديد من الحجج (بما في ذلك في قانون الإجراءات الاسباني والقوانين التحكيمية) ليقع سماع السيد "ش" أثناء الجلسة, حتى بصفته كطرف في القضية. أنا لا يمكنني أن افهم لماذا يظهر المحكم اليوم وكأنه نادم على قراره مع احترامي لشخصكم.

"Again, in my opinion, if the Arbitrator were to be fair and just, he had many arguments (even in the Spanish Procedural Law as well as in the Rules) to have had Mr. Ch[redacted] testifying on the hearing, even as the party he is. I cannot understand why the Arbitrator seems now to be "regretting" his decision, with all due respect."

ويضيف السيد "ك.ر" محامي باست لاستثمارات معاتبا المحكم وكذلك محامي الخصوم ومؤكدا على انحياز المحكم لفائدة الخصوم ومعبرا عن أسفه الشديد لما أتاه الخصوم من خروقات إجرائية وخاصة سيطرتهم المعنوية على المحكم:

وعلى صعيد آخر, لا بد أن اعبر عن امتعاضي وتأسفي على كيفية تعسف وخرق المشتكين للقوانين التحكيمية في عديد المرات:

- أولا، بالاتصال بالمحكم والغرفة التجارية من دون إعلام المنوب،

- ثانيا، بتقديم طلبات نهائية قبل القرار التحكيمي وتقديم محاضرات وحتى تلقين المحكم كيفية تأويل وتطبيق القوانين والمبادئ القانونية.

- وأخيرا، بالمطالبة بتغيير جوهري (وليس توضيح) للقرار التحكيمي كما لو أنه كان بإمكانهم الاستئناف..."

"On a different note, I must express my astonishment and concern on how Claimants are forcing, if not violating, the Rules in several occasions:

- First, by contacting the Arbitrator and the ICC without informing the Respondent.

- Second, by introducing final arguments before the Award, and even schooling and teaching the Arbitrator on how to interpret and apply regulations and legal principles.

- And lastly, by requesting a substantial Correction (not a clarification) of the Award, as if they were entitled to an appeal…"

وحيث لم يدل المحكم بأي جواب تجاه الاتهامات الخطيرة الموجهة إليه مما يدل على اعترافه الضمني بتعسفه في حق منوبيه وندمه على ما أتاه في حقهم من ظلم وتعسف. وهو ما يثبت بما لا يدعو مجالا إلى الشك أن المحكم قد رفض مطلب سماع شهادة "ع.ح.ش" بصفته وكيلا للمنوبتين شركة "ب.ا" وشركة "ب.ك" متجاهلا لأبسط المبادئ في مادة المرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع وقد هضم المحكم حقوق منوبيهم وأن استعماله لعبارة سوء الحظ في عدم سماع المنوبين (الفقرة عـ258ـد من الحكم التحكيمي) إنما تعبر عن إذعانه لإرادة خصومهم في رفضهم المتشدد لإعطاء منوبيهم فرصة الدفاع عن أنفسهم.

❖ **<u>ردود المدعيين على جواب المدعى عليهم</u>**:

وحيث تمسك نائب المدعيين بأن جميع الدفوعات المثارة من خصمهم هي دفوعات أصلية تهدف الى مناقشة تعليل المحكم حكمه باعتبار أنهم سبق لهم وأن تمسكوا بنفس الدفوعات الأصلية تلك و تم البت فيها صلب القرار التحكيمي ومن المستقر عليه أن الرقابة التي تجريها محكمة الاستئناف في اطار قضايا الاكساء بالصيغة التنفيذية للأحكام التحكيمية هي رقابة شكلية وليس الهدف منها مراجعة مدى صحة تطبيق القانون من طرف هيئة التحكيم كما أن التوسع في الشرط التحكيمي سنده القانون الاسباني عملا بالفصل 8 من العقد موضوع التحكيم وقد تضمن القرار التحكيمي تعليلا و نقاشا مطولا لتلكم المسألة واستشهد المحكم بالفقه و فقه القضاء ليكرس تلكم النظرية بناء على ما توفر لديه من ماديا بالملف و الأعمال الاستقرائية التي قام بها (الفقرات 418 الى 433 من الحكم التحكيمي) وهي مسألة تخضع للقانون المنطبق على النزاع التحكيمي ولا يمكن مناقشة التوسع في الشرط التحكيمي دون رقابة على سلامة تطبيق المحكم للقانون الاسباني وهو أمر يخرج عن نطاق رقابة هذه المحكمة طبق الفصل 81 م ت كما أنها مسألة تدخل في رقابة المحكم لاختصاصه عملا بقاعدة الفصل 6 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية ولقاعدة اختصاص – اختصاص (Compétence – Compétence) والتي تجعل من الهيئة التحكيمية صاحبة الاختصاص للنظر في صحة الشرط التحكيمي ومدى انطباقه وبالتالي مدى قبول التوسع فيه من عدمه كما أن رد خصومه تضمن عديد المغالطات بخصوص عدم تدخل "ع.ح.ش" في انجاز المشروع بصفته محام طبق ما تبينه قائمات الحضور بالاجتماعات المنعقدة بين ممثلي منوبيه و الصـ[redacted]اد والتي وقع امضاؤها من طرف المطلوب الثالث بصفته محام وكذلك من تصريح الأخير بأنه تلقى الصكين لفائدة شركتي "ب.ك" قروب و "ب.ا" قروب بصفته محام وهو ما يفند الدفع بأنه تدخل في الانجاز بوصفه وكيل الشركتين المطلوبتين الثانية و الثالثة فقط والمخالف لما له أصل ثابت بالملف وعلى كل حال هو نقاش في أصل النزاع لا يمكن التوسع فيه في هذه القضية كبقاء الدفع هضم حق الدفاع مجردا وفاقد لأي أساس قانوني اذ أن شركة "ب.ا" أنابت محام وتولت الدفاع عن نفسها وتقديم كل ما لديها من دفوعات كما أن "ع.ح.ش" كان على علم بالإجراءات التحكيمية الا أنه رفض صراحة تكليف محام للدفاع عنه شخصيا كما أن "ب.ك.ق" تدخلت في تنفيذ المشروع بموجب إحالة شركة "ب.ا" لحقوقها في العقد المبرم بين منوبيه اليها وقد اقتضى الفصل 6 من قواعد التحكيم لغرفة التجارة الدولية بأن التحكيم يتواصل في صورة عدم ردّ أحد المطلوبين على الدعوى التحكيمية والمراسلات الالكترونية الصادرة عن خصومه والموجهة للمحكم للمنازعة في قراره كانت بتاريخ 2017/10/10 و2017/10/25 أي بعد صدور الحكم التحكيمي بتاريخ 2017/08/11 لذا فان المحكم لم يكن مطالبا بأن يردّ على هذه المراسلات خلافا لما تمسك به خصمه الذي استنتج من عدم الردّ من المحكم اعترافا ضمنيا بتعسفه في حقهم و "ندمه على ما أتاه في حقهم من ظلم وتعسف" ولم تتوفر اذا حالة من الحالات المبررة لرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي محاولة منه الخوض في نقاش أصلي قصد مراجعة تطبيق المحكم للقانون الاسباني وهو أمر خارج عن نطاق دعوى الحال.

❖ **<u>ردود نائبي المدعى عليهم:</u>**

وحيث تمسك الأستاذان "ح.ع" و"ع.ق" في تقريرهما المشترك المؤرخ في 2019/01/29 بأن لا جدال في أن رقابة محكمة الجناب هي رقابة شكلية إجرائية لا يمكن تجاوزها لتسليط رقابة من حيث الأصل الا أنه تم التذكير بالوقائع و ذلك تفنيدا لمزاعم خصومهم لمحاولتهم مغالطة المحكمة بادعائهم أن منوبهم قد قام "بالتستر وراء الشخصية المعنوية للشركة من اجل إخفاء الغش والتعسف في استعمال الحق" وذلك بتقديمهم:

- لمعلومات مغلوطة (1-تاريخ إحداث شركتي" ب.ا" و"ب.ك". 2-نسبة مساهمة منوبهم في هذه الشركات. 3-الزعم أن منوبهم" لم يرجع الشيك الثالث بقيمة 2.100.000 دينار" عن غير وجه حق)،

-لمعلومات غير محينة (رأس مال شركة باست للاستثمارات على أنه 1000 دينار والحال أنه 201.000 دينار)،

- لمعلومات منقوصة (الزعم أنه لا وجود لعلاقة تعاقدية بين شركة "ب.ا" وخصومها وغيرها من الادعاءات).

ودفعا بأن المدعين أخطأوا عندما اعتبروا " أن النظر في مسألة التوسع في الشرط التحكيمي يخضع إلى القانون المنطبق على النزاع التحكيمي وهو القانون الاسباني..." وأنه ليس من اختصاص هذه المحكمة "مناقشة شروط التوسع في الشرط التحكيمي..." وأن "النظر في مدى انطباق الشرط التحكيمي هو من اختصاص المحكم حسب فقه وفقه قضاء تحكيمي مستقر" ضرورة أن ضبط قاعدة اختصاص المحكم من عدمه ومراقبة هذه المحكمة للتكييف الذي انتهى إليه المحكم في توسيعه للشرط التحكيمي هي مسألة متعلقة بجوهر الوظيفة القضائية لارتباطها الوثيق بقواعد النظام العام الإجرائي ولما فيها من إمكانية تجاوز المحكم لاختصاصه للتعسف على اختصاص القضاء العدلي التونسي، وقد استقر فقه القضاء على مراقبة مدى شرعية التوسع في نطاق الشروط التحكيمية في إطار المراقبة الشكلية لمطالب الإبطال أو الإكساء بالصبغة التنفيذية لأحكام الهيئات التحكيمية إذ أقرت هذه المحكمة في القرار الإستئنافي عدد 12953 الصادر في 22 فيفري 2011 وجوب التأكد من الإرادة الحقيقية للأطراف في إخضاع النزاع إلى التحكيم من عدمه معللة قرارها كما يلي:"ان مناط الإقرار باختصاص هيئة التحكيم لإصدار الحكم المطعون فيه ضد الطاعن يكمن في تحديد مدى اعتبار الشرط المذكور ماض في مواجهته سيّما إزاء منازعة الطالب الآن فيه باعتباره لم يمض عقد البيع المتضمن للشرط التحكيمي المحتجّ به من المطلوب... وحيث...أن الالتجاء إلى التحكيم مرتبط بوجود إرادة صريحة للأطراف لإخضاع ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بخصوص مسألة معينة للتحكيم كطريقة خاصة لفصل النزاع بينهما ومن هذا المنطلق أوجب الفصل 6 من مجلة التحكيم أن يكون هذا الاتفاق ثابتا بكتب... وحيث ولئن لم يتشدد المشرع التونسي في خصوص شكل الكتب المتضمن لاتفاقية التحكيم وأجاز إثباتها بشتى الوسائل فأنه لا بد من إثبات توفر ركن الإيجاب من قبل البنك الذي لم يكن في الأصل طرفا في عقد البيع المتضمن للشرط التحكيمي بشكل يسمح بسحبه عليه. ... فما لم يتضمن الملف ما من شأنه إثبات وجود موافقة البنك [وهو الطرف المحتجّ ضدّه بالشرط التحكيمي] على الشرط التحكيمي وفقا لما اقتضاه الفصل 6 من مجلة التحكيم فقد أضحى القيام عليه أمام هيئة التحكيم دون اعتماد اتفاقية تحكيم موجبا لإبطال القرار التحكيمي..." كما أقرت هذه المحكمة في قرارها الاستئنافي عدد53563 الصادر في 31 ديسمبر 2012 "أن الالتزام بالتحكيم يقوم على عمل إرادي أجازه القانون لاستبعاد نظر القضاء العدلي في النزاع ولا يلزم بالتالي إلا طرفيه و تخضع اتفاقية التحكيم بالضرورة لمبدأ النسبية التعاقدية طبق أحكام الفصلين 37 و 240 من م.أ.ع فالأصل أن لا يمتد أثر الالتزام بالتحكيم إلى الغير الذي هو أجنبي عن العقد ومن شأنه حرمانه من قاضيه الطبيعي لذلك درج فقه القضاء على اعتبار أن نظر هيئة التحكيم مقصور على ما أسنده لها الأطراف من أهلية النظر فيه بشكل ثابت سواء أكان صريحا أو ضمنيا مع وجود عدة مؤشرات متضافرة ومتكاملة تدل على ذلك بوضوح (قرار عدد40 صادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 04 ماي 1999)." وطالما أنه لا وجود لأي مؤشر يدل ولو بشكل ضمني على قبول منوبهم "ع.ح.ش" كشخص طبيعي بالشرط التحكيمي بل أنه على خلاف ذلك قد دفع منذ بداية النزاع التحكيمي بعدم اختصاص المحكم (قبل الخوض في أصل النزاع التحكيمي) وذلك في مراسلة الكترونية إلى المحكم بتاريخ 26 جويلية 2016 (فقرة 16 من القرار التحكيمي) معبرا "عن استغرابه من إقحامه في التحكيم معتبرا انه لم يمض على أي عقد مع الأطراف المدعية وبالتالي لا يعتبر نفسه طرفا في التحكيم ". فان مدّ الشرط التحكيمي عليه مخالف لقواعد الإجراءات الأساسية والنظام العام كما ثبت أنه لم يصدر عن منوبهم أي تصرف مباشر أو غير مباشر يفيد بتنازله عن حقه في الدفع بعدم قبوله بتحكيم لم يرتضيه أصلا إذ تمسك منذ البداية وقبل الخوض في الأصل بعدم اختصاص هيئة التحكيم ولم يصادق البتة على تعسف المحكم في حقه وإدراجه عنوة ودون حق في النزاع التحكيمي وهو ما يفند الدفع بالفصل 50 م ت من خصومه. أما في خصوص ما اعتبره خصمه بأن المحكم قد قام بتعليل قراره بالتوسع في الشرط التحكيمي ليشمل منوبه "ع.ح.ش" بناء على توجه قضائي مكرس بالقانون الاسباني يجيز التوسع في الشرط التحكيمي في مجال تجمع

الشركات فان هذه المحكمة في قرارها الإستئنافي عدد53563 المذكور أعلاه أقرت انه بالإمكان بصفة استثنائية التوسع في الشرط التحكيمي في مجال تجمع الشركات الذي عرفه الفصل 461 من م.ش.ت بأنه "مجموعة من الشركات لكل واحدة منها شخصيتها القانونية تكون مرتبطة بمصالح مشتركة وتمسك إحداها وتسمى الشركة الأم بقية الشركات تحت نفوذها القانوني أو الفعلي وتمارس عليها رقابتها بشكل يؤدي إلى وحدة القرار...ولا يتمتع تجمع الشركات بالشخصية القانونية" اذ أن الشركات ولئن تكون مرتبطة ببعضها اقتصاديا لكن تكون ذممها المالية مستقلة عن بعضها قانونا وهو ما يعني أن الالتزامات التي تقوم بها إحدى الشركات من المجموعة لا يعارض بها مبدئيا من عداها فاتفاقية التحكيم التي تبرمها إحدى الشركات لا تسري مبدئيا على غيرها وهو مبدأ كرسه الفصل 476 من م.ش.ت. الذي نص أنه لا يمكن لدائن إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع شركات المطالبة بديونه إلا من الشركة المدينة له. وقد أقر هذا الفصل في فقرتيه 2 و3 استثناءات لهذا المبدأ مؤكدا أنه بإمكان الدائن لإحدى الشركات المنتمية إلى تجمع شركات المطالبة بديونه من شركة أخرى عضو في نفس التجمع أو مطالبتهما معا على وجه التضامن في الحالتين التاليتين:

1- اذا أثبت أن شركة من الشركات تصرفت بما من شأنه الإيهام بأنها مساهمة في تعهدات الشركة المدينة المنتمية إلى تجمع الشركات

2- عندما تكون الشركة الأم أو إحدى الشركات المنتمية إلى تجمع الشركات قد تدخلت عن قصد في نشاط الشركة المدينة في معاملاتها مع الغير.

وقد اعتمد فقه القضاء على الفقرة الثانية المشار إليها أعلاه للتأسيس "لمسؤولية إحدى شركات التجمع تجاه دائني أحد فروعها وذلك إذا ثبت التدخّل في تسيير شؤون الفرع فيما يتعلق بالتزاماتها التعاقدية سواء في مراحل إبرامها أو تنفيذها أو إنهائها فتدخل الشركة الأم في تصرفات الشركة الفرع يكون بحلولها فعليا محل مسيريها القانونين في مراحل ابرام أو تسيير العقود واتخاذ القرارات بشأنها وهو ما يجعل هذا التدخل موجب للمسؤولية المتضامنة مع الشركة الفرع ويمكن إثبات هذا التدخل بجميع الوسائل القانونية." (قرار محكمة الاستئناف بتونس عدد53563 الصادر في 31 ديسمبر 2012) وهو موقف مستقر لفقه القضاء التونسي في هذا الصدد لذا فقد أصبح أي تمسك بفقه قضاء المحاكم الاسبانية غير ذي موضوع ويتجه الالتفات عنه وعدم أخذه بعين الاعتبار كما يتضح جليا أن قضية الحال لا تمت لفقه قضاء تجمع الشركات بصلة ولا يمكن والحالة تلك سحب أثار الشرط التحكيمي على منوبه بتعلة مساهمته في إبرام وتنفيذ الاتفاق التحكيمي إذ أن تدخله في تصرفات شركة "ب.ا" و شركة "ب.ك" كان بصفته وكيلا قانونيا لا غير ولا يمكن اعتباره تدخلا أصالة عن نفسه بل تدخلا أصالة عن الشخص المعنوي الذي يمثله بصفة وكيل وهي المؤاخذات المبررة لرفض الاعتراف بالحكم التحكيمي بالإضافة إلى جميع المؤاخذات المتعلقة بعدم احترام حق الدّفاع وتمسكا بالحكم برفض طلب الاعتراف الماثل وانتهى بالتمسك بجميع تقاريرهم و دفوعاتهم السابقة وبالحكم طبق طلباتهما.

المحكمة

وحيث كان يهدف المطلب الحالي الى الاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي الصادر تحت العدد 21999/ASM/JPA بتاريخ 2017/08/11 والملحق التكميلي له الصادر بتاريخ 2017/12/11 عن الغرفة الدولية للتجارة بواسطة المحكم المنفرد "أ.م.ر" ([redacted] Armindo R) السالف تضمين نصه أعلاه.

وحيث اقتضى الفصل 81 من مجلة التحكيم بأنه " لا يجوز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه إلا في الحالتين التاليتين:

أولا - بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده إذا قدم هذا الطرف إلى محكمة الاستئناف بتونس المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلا يثبت أحد الأمور التالية:

أ) إن طرفا في اتفاقية التحكيم المشار إليها بالفصل 52 من هذه المجلة لا يتوفر فيه شرط من شروط الأهلية أو أن هذه الاتفاقية غير صحيحة في نظر القانون الذي أخضعها له الأطراف أو أنها - عند عدم الإشارة إلى مثل هذا القانون - غير صحيحة في نظر قواعد القانون الدولي الخاص.

ب) أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو انه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج) أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي على إنه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به وتنفيذه.

د) إن تشكيل هيئة التحكيم أو ما وقع اتباعه في إجراءات التحكيم كان مخالفاً لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة أو لنظام تحكيم مختار أو لقانون دولة وقع اعتماده أو لقواعد احكام هذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.

هـ) إن حكم التحكيم قد أبطلته أو أوقفت تنفيذه إحدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم أو إنه وقع إبطاله أو إيقاف تنفيذه بموجب قانون ذلك البلد.

ثانيا - إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص".

وحيث دفع المطلوب ضدهم الاعتراف بالحكم التحكيمي الدولي المشار اليه أعلاه بمخالفته لأحكام قواعد الإجراءات الأساسية وحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة من خلال عدم احترام الطور الصلحي قبل تفعيل الشرط التحكيمي وبمدّه لمن كان غيرا عنه وشموله منطوقه له دون وجه حق في خرق للبند 12 من اتفاقية التحكيم والفصل 81 م ت فقرة أولى فرع (ج) و (د) والفقرة ثانيا منه والفصول 1 و3 و6 و13 م ت والفصل 26 م م م ت و108 من الدستور التونسي.

وحيث و من جهة المبدأ فان مناط تعهد محكمة الاستئناف بطلب الاعتراف بالقرارات التحكيمية ينحصر في الجانب الشكلي الاجرائي الصرف المحدد بحالات و ضوابط الفصل 81 م ت و لا يمكن أن يتجاوزه لمناقشة أصل الموضوع وتفحص علته متنا أو ضعفا و الأدلة المعتمدة من الهيئة التحكيمية وطريقة تمحيصها والاستدلال منها وعليها لفصل النزاع المعروض أمامها بالنتيجة المنتهى اليها صلب حكمها موضوع الطلب المعروض والماثل الآن باعتبار انتصاب هذه المحكمة كمحكمة اكساء و ليس كمحكمة استئناف مخول لها النظر في أصل الموضوع اعمالا للأثر الناقل للطعن العادي بالاستئناف اذ ما يعرض عليها طلب الاعتراف بحكم المحكمين ولا يمكن أن تمتد رقابتها في حال الدفع برفض الاكساء بالصيغة التنفيذية الى ما بعد الاجراءات المتبعة انعقادا و سيرا اجرائي طبق النظام المتفق عليه ومدى احترامها لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة ما يتفرع عنها من مبادئ المساواة و الحياد والنزاهة وليس لها تناول ما لا محل نظر لها فيه الا ما كان ماسا بالنظام العام في مفهومه المتصل بالقانون الدولي الخاص لا الخصومة القائمة بين أطراف النزاع[1].

[1] وهو ما استقر عليه فقه القضاء أنظر في ذلك على سبيل الذكر: القرار التعقيبي عدد 2146 مؤرخ في 2005/11/14، ن 2005 عدد 1، ص 267. تعقيبي مدني عدد 9498 مؤرخ في 2007/09/7، م ق ت عدد 6، جوان 2008، ص 135. تعقيبي مدني عدد 16500 مؤرخ في 2008/03/27، نشرية محكمة التعقيب، قسم مرافعات مدني، 2008، ص 61، تعقيبي مدني عدد 3452.2004 مؤرخ في 2004/12/20، المجلة القانونية التونسية 2006، ص 413. تعقيبي مدني عدد 70334.2012 مؤرخ في 2012/06/19، المجلة التونسية للتحكيم عدد 8، 2016، ص 202- 227.تعقيبي مدني عدد 80682.2012 مؤرخ في 2014/04/07، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 8، 2016، ص 93. أنظر كذلك في هذا المعنى العام القرار التعقيبي مدني عدد 49145.2017 مؤرخ في 2018/04/26، منشور بموقع محكمة التعقيب التونسية www.cassation.tn.

وحيث و ترتيبا على ذلك فان ما تمسك به الأطراف في خصوص القانون الموضوعي وطريقة تطبيقه و مدى حسن اعماله أو تحريفه على الوقائع المعروضة على المحكم وكيفية الاستدلال عليها و تمحيصها و استقرائها و البت فيه تخرج بطبعها عن مجال نظر هذه المحكمة كحال الأمر في خصوص إجراءات السير بالتحكيم طالما أنه مؤسساتي و اتفق الأطراف على اتباع القواعد الخاصة بغرفة التجارة الدولية الموضوعة في الغرض وخرقها المحتمل لا يكون مناط النظر هذه المحكمة كذلك وانما طبق قواعد ابطال الحكم المطلوب الاعتراف به المحددة بتشريع المؤسسة التحكيمية المتبعة في الغرض أو ما تضمنه الشرط التحكيمي القائم بين أطرافه عملا في ذلك بأحكام الفصل 73 م ت و62 م ق د خ.

- **<u>في خصوص خرق أحكام الإجراءات الأساسية المستمدة من خرق إجراءات رفع الدعوى التحكيمية طبق الفصل 26 م م م ت والفصل 12 من الشرط التحكيمي:</u>**

وحيث نص الفصل 47 م ت في باب التحكيم الدولي على أنه " 1- تنطبق أحكام هذا الباب على التحكيم الدولي مع مراعاة الاتفاقيات الدولية التي إلتزمت الدولة التونسية بتنفيذها.

2- باستثناء أحكام الفصول 53 -54 - 80- 81 -و82 من هذه المجلة لا تنطبق أحكام هذا الباب إلا إذا كان مكان التحكيم واقعا في التراب التونسي أو إذا وقع اختيار هذه الأحكام سواء من قبل الأطراف أو من قبل هيئة التحكيم."

وحيث ومن جهة المبدأ فلا سند لطلب رفض المطلب الحالي شكلا استنادا لمخالفة الفصلين 13 م ت و 14 و 26 م م م ت و 12 من الشرط التحكيمي اذ أن شروط قبول الطلب الحالي من ناحية شكله محددة بالفصل 80 م ت[2] أما من ناحية موضوعه تنحصر في مطابقة القرار التحكيمي لشروط الفصل 81 م ت من خلال عدم ثبوت خدش كلي فيه أو خرق للقواعد الإجرائية العامة طبق القانون الدولي الخاص وكان افراد طلبي الرفض شكلا وأصلا بعلة مجال كل سند قانوني معتمد ملتبسً يجعله مضطربا على الحالة المقدم عليها طالما أن نظر هذه المحكمة شكلي اجرائي بالأساس لا يمتد لأصل النزاع أو فصوله الموضوعية لعدم سماعه من قبوله والا انتصبت بتلك الصيغة محكمة درجة ثانية أو ابطال الخارج عن مجال نظرها.

01) <u>في خصوص خرق الفصل 26 م م م ت</u>:

وحيث لا خلاف على أن موضوع الاعتراف الحالي حكم تحكيمي أجنبي مؤسساتي طبق قواعد غرفة التجارة الدولية انعقدت اجراءاته بمدينة مدريد بمملكة اسبانيا عملا بالفصل 12 من الشرط التحكيمي واتفق الأطراف صراحة صلب الفصل الثامن من عقد تقدم الخدمات الاستشارية على تطبيق أحكام القانون الاسباني على علاقة الطرفين و ما ينجر عن العقد من خلافات و منازعات ولا مجال الآن للتمسك بأحكام الفصل 26 م م م ت في خصوص طريقة رفع الدعوى التحكيمية أمام الهيئة المختصة في الغرض لخروج الفصل المذكور عن مجال النظر في إجراءات القرار التحكيمي المطلوب الاعتراف به و تعلق قواعد استصدار الحكم المذكور بقواعد التحكيم المنظم بغرفة التجارة الدولية و القانون المعتمد في الغرض بين الأطراف اجراء و موضوعا والذي خولت قواعدها الجديدة لسنة 2012 في الفصل 9 منه من رفع دعوى تحكيمية واحدة استنادا لعقود متعددة مبرمة بين أطرافها فضلا عن كون الدفع المذكور يهدف الى إعادة تكييف موضوع النزاع الحالي ومستنداته الواقعية والقانونية الخارج حتما عن مجال دعوى الحال موضوعا و اختصاصا والسابق تفحصه من قبل هيئة التحكيم المنتصبة للغرض وتفصيل القول فيه في الفقرات من 153 الى 160 من الحكم التحكيمي موضوع الاكساء الحالي و لا سند لذلكم الدفع و اتجه رده.

وحيث ومن ناحية أخرى وعلى سبيل الجدل القانوني فلا علاقة للفصل 26 م م م ت بنزاع الحال من حيث طريقة رفع الدعوى باعتبار أن مناطه طريقة تحديد مقدار الطلب في الدعوى لبيان مراجع الاختصاص الحكمي ولا مانع فيه من رفع دعوى واحدة في طلبات مختلفة الفروع متحدة في السبب أو متباينة الأسباب متحدة في فروعه الا بما يؤثر على مقدار الطلب ودرجة الاختصاص الحكمي فيه وكان القول فيه غير ذي محل.

[2] تعقيبي مدني عدد 70334.2012 مؤرخ في 2012/06/19، مجلة التونسية للتحكيم، العدد 8، 2016، ص 202.

02) في خصوص خرق الفصل 12 من اتفاقية التحكيم والفصل 81 أولا (د) م ت وعدم احترام المرحلة الصلحية الوجوبية:

وحيث وفضلا عن كون هذا الدفع يثار للمرة الأولى أمام هذه المحكمة نتيجة عزوف المدعى عليهم صلب القضية التحكيمية عن الدفع بخرق المرحلة الصلحية السابقة قبل تفعيل إجراءات التحكيمي كتولي المدعى عليها الثانية في النزاع التحكيمي المطلوبة الثانية الآن (ب.ا) الجواب في أصل النزاع ما يعد معه تنازلا عن التمسك به أمامها ولا حجية له الآن للقول بخرق اتفاقية التحكيم والالتزامات المفروضة فيها وما استتبعها من تشكيل لهيئة التحكيم و الإجراءات الواقع مباشرتها فيها، فقد ثبت من المراسلات الالكترونية المتبادلة بين الطرفين بتاريخ 2016/04/19 و2016/05/03 سعي الطرفين على تفعيل اجراءات المصالحة بعرض من المدعى عليها الثانية الآن استجاب له المدعي في الأصل بطلب عقد اجتماع للغرض يومي 5 أو 6 ماي 2016 بمدريد الا أنه لم يثبت تولي خصيمتها حضوره أو الجواب رفضا أو إيجابا عليه أو تفعيلا للطلب في الأجل المتفق عليه صلب الشرط التحكيمي و البالغ ثلاثون يوما من تاريخ بلوغ العرض بالتسوية ما يعد فشلا للمساعي الصلحية المخول اثرها مباشرة إجراءات التحكيم لفض النزاع بين الطرفين ما يجعل القول بخلاف ذلك واهيا لا أثر له.

وحيث أن تسجيل موقف من عرض الصلح أو توجيه نقاط الخلاف بين الطرفين اثر تبادل عروض تسوية الخلاف القائم لا يعد اعراضا عن التسوية الصلحية الوجوبية أو تجنبا لاحترامها وانما يدخل في مجال المفاوضات المقبولة والمشروعة بين طرفي العقد و الشرط التحكيمي في تحديد مواقفهما الواقعية والقانونية في خصوص الخلاف الثائر و توجيه حتمي له بتحديد شروط حله أو نقاط التحاور و التفاوض فيه ولا يمكن إعطائه أكثر من حيزه و أثره ذاك اذ أنه يبقى حتما من قبيل نقاط تفاوض على خلاف قائم دون أن يكون اعراضٌ عن التسوية الصلحية أو عن واجب المرور بها فضلا عن كون الموقف ذاك لا يعد رفضا للصلح أو تجاوز لواجب المرور به طالما صدر موقف إيجابي على مبدئه واعتبار الشروط المعروضة لإتمامه من قبيل رفض المبدأ الصلحي في غير طريقه ولا سند له حتما.

وحيث ومن ناحية أخرى فلم يفرض الشرط التحكيمي المرور بالمرحلة الصلحية كإجراء واجب قبل بدأ إجراءات التحكيم و الا اختلت تلكم الإجراءات وانما جاء واضحا في أن قيام خلاف بين الطرفين تعذر حله بمساعي صلحية في ظرف الأجل الاتفاقي الأصلي المحدد بثلاثون يوما أو الواقع التمديد فيه باتفاق الطرفين اثره من تاريخ بلوغ الاعلام برسالة "الخلاف" أو "النزاع" يخول الطرف المقابل الالتجاء للتحكيم طبق الشروط والصيغ المتفق عليها وبالتالي فان تعذر الصلح اثر نشوب النزاع وتبليغه يؤدي للتقاضي التحكيمي وعدم الموافقة على شروط الصلح أو المرور به اثر المواقف المسجلة تلك لا يؤدي لبطلان إجراءات التحكيم أو مانعة من الالتجاء اليه بسند عدم احترام الاتفاق القائم بين الطرفين.

وحيث وطالما تولت المدعية تبليغ رسالة الفسخ وعدم تنازع الطرفين على كونها رسالة منازعة وطالما تم عرض المساعي الصلحية دون نتيجة إيجابية من طرفيه سواء حضورا أو موضوعا فان ممارسة حق التقاضي الخاص طبق البند التحكيمي لا تثريب عليه ولا مسّ فيه من الإجراءات الأساسية أو من مقتضيات الاتفاق الحاصل بين الطرفين وبالتالي لا خرق مما بُيّن للفقرة (د) من الفصل 81 أولا م ت ولا متن للدفع المذكور.

- **في خصوص مدّ الشرط التحكيمي للمدعى عليه الثالث "ع.ح.ش" والمدعى عليها الأولى "ب.ك. قروب":**

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 عملا بأحكام الفصل 73 م ت و62 م ق د خ.

وحيث لا خلاف كذلك في تولي أطراف اتفاقية التحكيم موضوع طلب الحال تعيين القانون الاسباني كمرجع لفض خلافات الموضوع في الاتفاقيات المعقودة بينهما واحالتهم الى قواعد الإجراءات المتبعة من غرفة التجارة الدولية بباريس وعليه فان ما انتهت اليه هيئة التحكيم عند النظر في اختصاصها اجراء وموضوعا بجميع آثارها طبق القواعد و الأحكام القانونية المحال اليها في الغرض لا يُمَّكِن من حيث المبدأ إعادة تفحصها طبق قواعد القانون التونسي موضوعا أو اجراءً ومن ذلك الأحكام و القواعد المنطبقة بمجلة التحكيم التونسية باعتبار أن الفصل 47 م ت كان صريحا في اقصاء جميع أحكام تلكم المجلة على النزاع التحكيمي الدولي الإقليمي ما عدى أحكام الفصول 53 و 54 و 80 و 81 و 82 منها وحصر مجال نظر المحاكم الوطنية في خصوص الأحكام التحكيمية الأجنبية لمدى مطابقتها لقواعد الفصل 81 و 82 م ت لقبول الاعتراف بها و تمكينها من الولوج للنظام القانوني التونسي و مجاله الإقليمي و توليد الآثار الناتجة عنه لا غير عملا بالفصول 32 و79 و80 فقرة أولى من مجلة التحكيم.

وحيث جاء الفصل 81 م ت مُقِرا لمبدأ قبول الاعتراف بالأحكام الأجنبية شريطة المعاملة بالمثل طبق الفصل 79 م ت من قبل الدولة الصادرة فيها وحدد حالات رفض الطلب المقدم في خصوص ذلك حصرا والتي تنقسم الى أسباب ذاتية تهم مصالح الخصوم محمول عليهم فيها عبئ الاثبات (الفقرة أولا من الفصل 81 م ت) وأخرى موضوعية تهم أحكام النظام العام تثيرها المحكمة من تلقاء نفسها كُلما مسّت مفهومه من جهة قواعد ومبادئ القانون الدولي الخاص (الفصل 81 ثانيا م ت).

وحيث جاءت والحالة تلك أسباب الخدش في طلب الاعتراف بالحكم الأجنبي بالفقرة أولا من الفصل 81 م ت موزعة بين تلك المتعلق بأطراف اتفاقية التحكيم وموضوعها وبين إجراءات التحكيم وموضوع الطلب والحكم فيه مرتبطة حتما باتفاقية التحكيم سند النزاع وموضوعها والقانون المنطبق منها على النزاع الثائر فيها أو المحدد منها للغرض.

وحيث انحصرت الدفوعات في هذا الفرع من الطعون بالتمسك بأحكام الفقرة (ب) من الفصل 81 أولا م ت والفقرة (ج) منه للقول بخرق مبدأ حق الدفاع وقواعد الإجراءات الأساسية على معنى القانون الدولي الخاص.

1) <u>في خصوص خرق الفقرة (ج) من الفصل 81 أولا م ت</u>:

وحيث نص الفصل 81 أولا (ج) م ت على امكان رفض الاعتراف بالحكم الأجنبي إذا تبين: "... أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي على إنه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به وتنفيذه".

وحيث من المستقر عليه أن مناط الفقرة (ج) من الفصل 81 أولا م ت يقتصر على أصل الحكم التحكيمي الصادر بين أطراف الشرط القائم بينهما من حيث موضوع الاتفاق و منطوق القرار طبق النزاع المعروض على الهيئة التحكيمية من حيث طلباته الأصلية أو العارضة أو المعارضة و مدى تطابقها مع مجال موضوع الاتفاق على التحكيمي الصريح أو المقصود منه أو الأثر الناتج عنه لذا كان النص صريحا في تخويل محكمة الاستئناف المتعهدة بطلب الاعتراف به من تجزئة حالات الخلل تلك وردّ الأجزاء المحكوم فيها الخارجة عن نطاق اتفاق التحكيم أو الطلبات المعروضة على هيئة التحكيم وانفاذ ما كان مطابقا لها في نص الحكم موضوع الاكساء بالقبول.

وحيث أن ذلك المنهج يؤيده نص الفقرة (ج) تلك بتنصيصها صراحة على "*تناول حكم التحكيم نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي*" أي ما لم يمتد منه القصد الموضوعي لعقد التحكيم كما نص صراحة على" *مسائل خارجة*" عن ذلك المجال تناولها الحكم المطلوب الاعتراف به وبالتالي فان الاستناد الى تلك العلّة لتبرير عدم جواز الزام المدعى عليهما الأولى و الثالث بنص الحكم موضوع الاعتراف يبقي غير ذي متن باعتبار أن موضوع

ذلك الدفع اجرائي بحث يتعلق بصفة الأطراف في الخصومة التحكيمية و بآثار العقد (اتفاق على خدمات استشارية) موضوع النزاع المُثار على ضوئه الخلاف والناشئ عنه تفعيل الشرط التحكيمي ولا يتعلق مطلقا بأطراف الشرط التحكيمي أو اتفاقية التحكيم ونفاذها تجاههم.

وحيث من المعلوم قانونا أن أهم أثر تحدثه اتفاقية التحكيم بأنها كأي عقد آخر هو انشاء رابطة بين طرفين يتولد عنها لكليهما حقوق وواجبات ولا يكون لأحدهما غيرهما دائن ومدين الا أن الرابطة تلك تنشأ التزامات موضوعية و إجرائية بعينها يمكن أن تمتد آثارها الى غيرهما سواء عند انشاء الاتفاق أو عند تنفيذه كما يمكن أن تنشأ صفة إجرائية لطرفي الاتفاق أو للغير بحسب الحالات سواء أكان غيرا اجرائي أو لاحق متأخر نتيجة تنفيذ العقد أو عند انشائه و تتغير الصفة تلك بحسب الحالات وبحسب مناط العقد و تنفيذه اذ إنه قد يحصل أن يوجد غيرا لم يعد كذلك، أو طرفا لم يعد هو أيضا كذلك، بمعنى أن نفس الشخص، واستنادا إلى تعريف معين، قد يكون طرفا في اتفاقية التحكيم عند تكوينها ولكنه، واستنادا على نفس التعريف، يصبح غيرا عند تنفيذها، وكذلك العكس. ويحدث هذا الوضع غالبا بموجب انتقال اتفاقية التحكيم من شخص إلى آخر، كما يحدث نتيجة لتوسع آثار اتفاقية التحكيم بمناسبة وجود تحكيم متعدد الأطراف أو عند تداخل أطراف في تنفيذه والتأثير في تلكم المراحل.

وحيث أن الدفع بتجاوز نطاق القرار التحكيمي الماثل لنطاق اتفاقية التحكيم الموضوعي لشمول نص حكمها للمدعى عليهما الأولى و الثالث الآن في غير طريقه و الحالة تلك باعتبار أن المناط ذاك تعلق بالزام المذكورين بما قضي فيه صلبه نتيجة لفسخ العقد المتعلق بتقديم خدمات استشارية واستتباعا ارجاع الأموال المستلمة في الغرض بعد أن كان طرفين في الإجراءات التحكيمية من حيث أطرافها و مراكزهم القانونية و مجالها الاجرائي ولا يمكن حصر موضوع الاتفاق التحكيمي من جهة طرفيه المنشآن له دون وعائه القانوني الأصلي و المتمثل في عقد اسداء الخدمات الاستشارية بجميع بنوده و فصوله أو عدم شموله لآثار فسخ عقد تقديم الخدمات الاستشارية أو التعويض عنها سواء فيما تعلق بإنشاء ذلكم العقد أو تنفيذه لفُرْقِة صفة العاقدين في عقد الخدمات أو الشرط التحكيمي المدرج به وبين صفة متحملي آثار تنفيذ العقد والالتزامات الناشئة عنه.

وحيث و طالما ثبتت الصفة الإجرائية في الدعوى التحكيمية موضوع طلب الاعتراف كمطابقة موضوعه سندا و نصا للمسائل المعروضة عليه واحترامها للشرط التحكيمي المُفعل فيها فلا سند للقول بخلله من تلكم الناحية باعتبار أن مدّ الأثر للمدعي عليها الأولى (شركة "ب.ك.ق") و الثالث (ع.ح.ش) الآن موضوعا كان بعد تسلط الدعوى التحكيمية عليهما اجراءٌ أثناء رفعها وكنتيجة حتمية للالتزامات الناشئة عن عقد الخدمات الاستشارية وتنفيذه ثم فسخه بموجب التقاضي موضوع الاكساء الآن ولم يَأْتِ في ذلك مسٌّ بنطاق الشرط التحكيمي أو بيان لخرقه من تلكم الناحية باعتبار تعلق موضوعه حتما بالخلافات الناشئة عن تنفيذ عقد الخدمات الاستشارية وعائه وكان بالتالي مدّ الحكم الى أطراف بعينها شملها خصومةً استنادا لما قصده الشرط التحكيمي و احتواه من مجال موضوعي لا تثريب عليه من تلكم الناحية والتي تتجاوز حتما صفة عاقديه عند ابرامه و تمتد آثاره الى من كان غيرا زمن ذلك الامضاء نتيجة ما بَانَ من اعمال التنفيذ أو التداخل فيها.

وحيث لا يمكن قبول الاستناد الى دفع موضوعي محدد سلفا قانونا للقول بخلل الحكم اجراءّ و اعتبار منطوقه مخالف للمسائل الموضوعية المعروضة عليه اعتمادا على طرفي الشرط التحكيمي وحصر صفة الإجراءات التحكيمية في أولئك دون تلمس الصفات الإجرائية والآثار الموضوعية للعقد موضوع النزاع سند الشرط التحكيمي موضوعا اذ أن من كان غيرا عن العقد يمكن أن يكون طرفا في الشرط التحكيمي المدرج به كما أن من كان طرفا في أحدهما أو فيهما يمكن أن يكون غيرا عند تنفيذه أو أثناء التقاضي بمناسبته كما يمكن أن يكون "غيرُ" أطراف العقد والشرط التحكيمي طرفا في النزاع التحكيمي عند تدخله أو تحمله لآثاره أو في تنفيذه كما يمكن أن يكون الطرف ظاهرا في العقد أو لاحقا و الغير يمكن أن يكون مطلقا أو نسبيا خفيا مستتر خلف حاجز الأطراف الظاهرة ولا يمكن حصر الصفات في مجال بعينه دون النظر للزاوية التي مسّها النزاع من حيث سير اجراءاته أو أثاره الموضوعية أو الحكمية.

وحيث ومن ناحية أخرى وعلى فرض صحة الخدش المحرر فان الحكم موضوع الطلب قابل للتجزئة بين أطرافه لشمول منطوقه ومجاله للمدعى عليها الثانية أحد الأطراف الأصلية للعقد وللشرط التحكيمي المضمن به وبالتالي لا تثريب على الطلب في خصوصها سيما وأن الدفوعات الموضوعية في صحة ما انتهى اليه القرار الماثل لا تتحرى

المحكمة فيها ولا عهدة لها بها نطاقا أو نظرا حكما أو سيرا أو موضوعا الا فيما يُمكِّنُها من تقدير أدلة المطاعن المحررة في خصوص طلب رفض الاعتراف المقدم في الغرض.

وحيث وفي نفس السياق فان ما آل اليه المحكم عند البت في مسألة الاختصاص الحكمي و صحة تعهده وصحة الشرط التحكيمي و مدّه اجراءً و موضوعا وما قدم اليه من دفوعات أطرافه خاضعة لأحكام القانون الموضوعي و الاجرائي المختار من أطراف العقد و الشرط التحكيمي وهي على التوالي القانون الاسباني و إجراءات الغرفة الدولية للتجارة بباريس وقد أسهب القول فيها و تمحيصها و الاستدلال على منهجه و تأصيله متنا و نتيجة ودليلا ولا قِبَل لهذه المحكمة بإعادة النظر فيها لانحصار دورها فيما أناطه النص لها من تفحص اجرائي شكلي لا يغوص في أصل الأمور الا للاستدلال حتما على الحدود تلك استقراءً و تثبتا منها دون امكان تطبيق قواعد القانون التونسي الموضوعي و الاجرائي فيها الا فيما يخص قواعد النظام القانون الدولي الخاص وأحكام الإجراءات الأساسية الجوهرية وكان بالتالي التمسك بأحكام الفصول 4 و 90 و 117 م ش ت و 240 و 242 م ا ع وأحكام مجلة التحكيم الخارجة عن مناط النظر طبق الفصل 73 م ت و62 م ق د خ منها غير ذي موضوع أو مكان حرية حتما بالالتفات.

وحيث وعلى سبيل الجدال القانوني وبغية البت في جوانب النزاع بمزيد انارة جوانبه بتفصيل القول فيما بُيّن أعلاه يتجه التأكيد على أن الدفع بعدم جواز مد الشرط التحكيمي في القانون التونسي بقي محل خلاف فقهي و فقه قضائي ولا قواعد تشريعية تمنعه صراحة أو دلالة ولا موضع يجيزه بصيغة أو أخرى ما عدى ما جاء استدلالا بالفصل 41 م ت من تخويل للغير في الاعتراض على قرارات التحكيم الداخلية وهو ما يمكنه اعتباره إمكانية لانصراف آثار القرار التحكيمي للغير الذي لم تشمله الدعوى التحكيمية أو شرطها التحكيمي المسند لها وسند لقبول التداخل أو الادخال في التداعي التحكيمي لإمكان شمول أثار الحكم له أو علاقته بالنزاع الثائر فيه وهذا منحى اجرائي في خصوص امتداد الشرط التحكيمي لغير طرفيه.

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 الإتفاقية 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 اقتضى الفصل 240 م ا ع" لا يلزم العقد الا العاقدين ولا ينجر منه للغير ضرر ولا نفع الا في الصور التي نص عليها القانون" ونص 241 م ا ع " الالتزامات لا تجري أحكامها على المتعاقدين فقط بل تجري أيضا على ورثتهم وعلى من ترتب له حق منهم ما لم يصرح بخلاف ذلك أو ينتج من طبيعة الالتزام بمقتضى العقد أو القانون لكن لا يلزم الورثة إلا بقدر إرثهم وعلى نسبة منابهم. فإن امتنعوا من قبول الإرث فلا يلزمهم ولا شيء عليهم من دين مورثهم وحينئذ لا يسع أصحاب الدين إلا تتبع مخلف المدين".

حيث لا خلاف في أن مجلة التحكيم التونسية لم تنظم مسألة مدّ أو امتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع أو يصادق عليه وجاءت أحكام الفصول 2 الى 6 من مجلة التحكيم متناغمة في ذلك مع مبدأ راسخ في نسبية آثار العقد

والقوة الملزمة الا لأطرافه أو من انجر لهم منهم حق أو اختصارا المفعول النسبي للعقد طبقا لأحكام الفصول 37 و240 و241 م ا ع وهو المبدأ المستقر عليه في أغلب التشريعات المعاصرة العريقة منها في مادة التحكيم أو الحديثة ما عدى بعض التشريعات المتميزة في المسائلة كالقانون الهولندي[3] وهو نتاج لتطور فقه قضائي[4] تحت وطأة توجهات فقهية حديثة نسبيا[5] أو تأثرا بتوجهات فقه القضاء الأمريكي اعمالا له كأثر لمبدأ النزاهة في العقود "l'Estoppel " ونظرية رفع الحاجز أو ستار الشركة "Le voile social" أو " Le voile corporatif " [6] استنادا للتعسف في استعمال الحق والتصاق الشخصية الطبيعية بالشخصية المعنوية و استعمال الأخيرة كبديل وستار لها "Alter Ego " بشرط اثبات التداخل في التسيير و التأثير في القرار وصورية الواجهة المعنوية إخفاءً لحقيقة الشخصية الطبيعية مع نية الغش و التحايل ونظرية تجمع الشركات أو "وحدة المصالح الاقتصادية" بهدف إيجاد حلول لتطور العلاقات الاقتصادية و تشعبها بين مختلف الأطراف وتداخل آخرين فيها وكانت أول مظاهر تكريسها من خلال نظرية تجمع الشركات لتمتد على الغير مطلقا الأجنبي عن دائرة التعاقد أو بالأحرى على الشرط التحكيمي بناء على تأويل موضوعي وذاتي ضمني لإرادة وتصرفات الأطراف كلما تبين من ظروف العقد أو مراحله أو تنفيذه تدخل فيه أثر على تكوينه أو محتواه وأملى توجهاته العامة أو في طريقة اعماله بما يخول الاحتجاج عليه بالشرط التحكيمي رغم عدم امضائه صراحة عليه[7] وعليه فان المبدأ أن أثر الشرط التحكيمي نسبي بين أطرافه ولا ينجر منه للغير نفع أو ضرر الا اذ ثبت علمه بالشرط المذكور و تدخله في ابرام عقد وعائه أو تأثيره فيه أو التدخل في تنفيذه أو حصول النفع منه وذلك كلما لم يثبت فصل بين هوية الغير وبين آثار العقد أو نتائجه وتداخل وتدخل لصيق فيه ومنه بشرط اثبات ذلك التداخل أو الظروف الخاصة الدالة على ذلكم التأثير.

---

[3] القانون الهولندي للتحكيم الصادر بتاريخ 1986/12/01.

[4] L'Affaire Dow Chemicals, Affaire numéro 4131/1982, publiée dans le Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, pp. 464 et ss. Auparavant, dans l'affaire Clunet, la CIA avait eu l'occasion de se prononcer sur cette matière (affaires nº 1434 et 1375), sans toutefois parvenir à émettre une doctrine aussi claire. Toutefois, le Tribunal arbitral (concrètement dans l'affaire 1434/1975), soulignera, afin de déterminer sa propre compétence, l'exactitude (ou parfois l´imprécision ouverte) des différents intervenants du groupe d´entreprises au moment de déterminer la société concrète de celui-ci qui devait se charger d'exécuter les travaux, ainsi que leur participation indistincte lors de leur exécution. Comme le signalait à juste titre l'auteur du commentaire de cette décision, « La volonté commune des parties est le fondement principal de la décision du tribunal arbitral. Cette volonté ressortait des correspondances produites au dossier et de l'esprit de l'ensemble des accords dans lesquels s'inséraient les contrats contenant la clause d'arbitrage. Par ailleurs, l'attitude, lors des négociations contractuelles, de M. A., avait permis à la société nationale de l'État B de croire légitimement qu'il engageait l'ensemble des sociétés du groupe qu'il animait. Cependant, plus que cet examen classique des documents engagés par les parties, conforté par une référence implicite à la théorie du mandat apparent, c'est la pratique même de l'intervention des groupes de sociétés dans la conclusion des accords industriels au plan international qui constitue, pour les arbitres, le véritable révélateur de la volonté des parties » (Recueil des sentences arbitrales de la CCI, 1974-1985, op. cit., p. 268). Pour le reste, ladite analyse souligne également comment les arbitres, pour émettre une telle décision, ne se sont fondés sur aucun droit national particulier, mais sur des principes universels de lex mercatoria qui acquièrent de plus en plus une importance croissante dans l'arbitrage international. D´une manière identique se prononce le Professeur VIDAL, L´extension de l´engagement compromissoire Dans un groupe de sociétés : application arbitrale et judiciaire de la théorie de l´alter ego, "Bulletin de la Cour Internationale d´arbitrage de la CCI", Nº 2, 2005, p. 79.

[5] Jean Paul Correa Delcasso, L'extension de la Convention d'Arbitrage aux Parties non Signataires : Analyse de la Doctrine de la Cour Internationale d'Arbitrage de la CCI au Regard de la Jurisprudence Française et Espagnole, Civil Procedure Review, V 2, n° 2 :3-27, May -Aug 2011.disponible sur le site www.civilprocedurereview.com.

[6] La loi de l'Etat de New York.

[7] تعقيبي مدني عدد 12318.2014 مؤرخ في 2014/06/05، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 8، 2016، ص 144.واستئنافي عدد 14752 مؤرخ في 2011/03/08، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 8، 2016، ص156 وبالمجلة العالمية للتحكيم عدد 12، سنة 2012، ص 315.تعقيبي مدني عدد 25916 مؤرخ في 2009/06/04، المجلة العربية للتحكيم، أكتوبر 2009، عدد 04، ص 213.

وحيث لا يتعلق الأمر بـ"غَيْرٍ" عن الشرط التحكيمي وانما بأطراف غير ممضية على اتفاق التحكيم أو شرطه "Parties non signataires de la Convention d'arbitrage " وهو ما اتفق الفقه على التعبير عنه بتحكيم دون كتب ودون رابطة "Arbitrage sans convention ou sans lien" " Arbitration without privity"[8] باعتبار علمهم بالشرط ذاك وتدخلهم فيه انشاءً وتنفيذا للالتزامات العقدية الأصلية المدرجة فيه وقبولهم ضمنا له و تأثيرهم فيه إيجابا سواء في الشرط التحكيم أو العقد موضوع النزاع ومن الالتزامات الناشئة عنه وهو استدلال لا يخالف المبدأ العام في القانون التونسي و الفصل 241 م ا ع والذي أقر مبدأ نسبية العقد وآثاره بين طرفيه ما لم تبين من طبيعته انصراف آثاره لغيرهما.

وحيث ومن ناحية أخرى ولئن ميز القانون التونسي بين الشخصية المعنوية للشركة واستقلال ذمتها المالية عن تلك الخاصة بالشركاء أو وكلائها ومسيريها اذ اقتضى الفصل 4 م ش ت أنه "تنشأ عن كل شركة شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم الشركة بالسجل التجاري باستثناء شركة المحاصة." الا أنه لم يمنع من قيام المسؤولية الشخصية للمسير تجاه الشركاء أو الشركة في حال الخطأ في التسيير أو خرق العقد التأسيسي أو الغير وذلك صلب أحكام الفصول 117 و 202 و 207 و 220 و 234 م ش ت أوفي حالة التفليس طبق الفصل 214 م ش ت وغيرها من الحالات الا أنه لم يفصل القول في حالات الزام المسير بالغرم دون الشركة تجاه الغير الا أن المبدأ ذاك خاضع لمقتضيات القانون العام أي طبق أحكام الفصلين 82 و83 م ا ع في اثبات الضرر والعلاقة السببية بينها و بين الفعل الضار وهو ما استقر عليه الفقه وخاصة فقه القضاء الفرنسي في اشتراط اثبات أن التصرفات تلك منفصلة عن التصرف العادي للشركة "la faute séparable des fonctions des dirigeants "[9] فضلا عن يسر قبول المبدأ في حالة المؤاخذة الجزائية للمسير عن أخطائه في التصرف أو غيرها.

وحيث أن ذلك التحليل يجيز الاستدلال على أن مؤاخذة الغير للمسير دون مسؤولية الشركة وشخصيتها القانونية القائمة انفصالا عنه ممكن بشرط اثبات عنصر الضرر و العلاقة السببية بينه و بين الفعل سنده و انفصال ذلكم الفعل عن التصرف العادي للشركة ومنه أن اثبات استغلال المسير أو الشريك المسام للشركة وحاجزها المعنوي عن الشخصي الطبيعي لاستغلال منفعة لخاصة نفسه وتواريه تحقيقا لذلك خلف ستارها بإثبات التداخل بين صفته تلك الشخصية اللصيقة بصفته الظاهرة كممثل للذات المعنوية ممكن قانونا و لا مانع منه طالما لا نص صريح يحجره.

وحيث أن التصاق الصفة الشخصية بالصفة الاعتبارية في الزام الشركة والتستر ورائها وثبوت استغلال ذلكم التمازج لتحقيق المنفعة دونما عن الشركة أو استغلالها كغطاء للغرض يمكن أن يقيم مسؤولية المسير الشخصية تجاه الغير رغما عن تخفيه كغير عنها وظهوره كوكيل معاقد باسمها ملزما لها دون عن شخصه الطبيعي الأصيل ولا مانع قانوني منه و لا تتأسس قواعد المسؤولية تلك على أحكام الشركات التجارية فقط وانما كذلك على قواعد القانون العام وخاصة الفصول 82 و83 م ا ع في خصوص المسؤولية التقصيرية أو القصدية والفصل 241 م ا ع في خصوص المسؤولية التعاقدية كلما ثبت أن أثر الالتزام شمل الغير الخفي عبر الطرف الظاهر ونتيجة لفعله وثبوت الضرر بينه و بين الفعل المنسوب اليه و المستتر وراء حاجز الشركة لتداخل المؤثر في الالتزام أو التنفيذ أو الانتفاع بآثار العقد.

وحيث أن القول بانحصار مدّ الشرط التحكيمي في فقه القضاء التونسي لنظرية تجمع الشركات أو المصالح الاقتصادية بقي مبتورا باعتبار أن لا مانع قانوني فيه كما أن فقه القضاء أقر مبدأ زوال صفة الغير عن المسير والشركاء

[8] Jan Paulsson, Arbitration without privity, ICISD Review- Foreign Investment Law Journal 1995, p232.

[9] Cassation Comm. 10/02/2009, n°7-20445.

عن هيئات الشركة وشخصيتها كلما ثبت تداخل وتشابك بين المصالح الخاصة الشخصية والمصالح التشاركية (أي في كمساهم وشريك بالشركة) وبالتالي ارتباط صفته الشخصية بصفته الاعتبارية أو التسيرية - التمثيلية[10].

وحيث لا خلاف في أن المدعى عليه الثالث يجمع في صفاته الشخصية المهنية احترافه للخدمات القانونية ووكالة الخصام بوصفه محامي كما أنه وكيل المدعى عليهما الأولى والثانية يحترف عبرهما تقديم خدمات الاستشارة و المساعدة للشركات الغير المقيمة و المعدة نشاطاتها للتصدير ومنها الخدمات القانونية طبق ما يثبته السجل التجاري الخاص بهما و عقدهما التأسيسي وتداخلت صفته كوكيل ومسير لهما مع صفته كمحامي عند حضوره الاجتماعات الدورية مع صاحبة المشروع و المقاولة (المدعيين الآن) وأثناء إيداع الصكوك لديه رغم أنه برز في بداية الاتفاق وأثنائه بمظهر الوكيل الممثل لشركة الخدمات الاستشارية المدعى عليها الثانية مبرمة العقد و الشرط التحكيمي كما أقحم المدعى عليها الأولى في مسار تنفيذ الاتفاقيات وخاصة الأولى بترشيحها كمؤسسة قبض للمال المزمع تحويله لاقتناء الأرض سبب النزاع الثائر وطلب اعتبارها متداخلة فيه لاعتبارات جبائية وبنكية ومحاسبية و بأن من خلال جميع الوقائع تلك بوصفه الوكيل و المستشار والمحامي والقابض والدافع الملتزم والملزم في حق الشركتين تلك و بصفته الأصيلة الشخصية و الاعتبارية التمثيلية للمدعى عليهما الأولى و الثانية و تداخل جميع تلكم الصفات في تنفيذ العقد الرابط بين المدعى عليها الثانية والمدعين وأثر في جميع المراحل وتمظهر من خلال صفة الوكيل و المحامي في حق المدعى عليها الأولى وألزمها بآثار العقد الرابط بين المدعيين و المدعى عليها الثانية وأحال لها جزء من آثار تنفيذ الالتزام وهو عالم بجميع بنود الاتفاق و خاصة الشرط التحكيمي في حال التنازع و لا يمكن له الدفع الآن بانفصال صفته الشخصية عن صفته التمثيلية للشركة و بحجب الذات المعنوية لذاته الشخصية في مسار الاتفاق ذاك و مراحل محاولة تنفيذه اذ لا صفة له اذا في نفس المنطق كمحامي للقبض في حق شركة "ب.ا" أو الحضور بنفس الصفة (كمحامي) في الاجتماعات المعقودة بين صاحب المقاولة وصاحب المشروع وانما كان واجبا والحالة تلك أن يكون بوصفه وكيلا للشركة المُسدية لخدمة الاستشارة أو بوصفه مستشار تقني أو قانوني في حقها كما أن اقحام المدعى عليها الأولى الآن في العقد لن يتيسر الا نتيجة الجمع بين صفة الوكيل و المسير المؤثر اللصيقة صفاته بالشركة تلك وغطائها المعنوي المستقل عن صفته الطبيعية.

وحيث أن تراكم الصفات المختلفة تلك بالعقد والشرط التحكيمي عند امضائه و تنفيذه والاستفادة من آثاره والتأثير فيها بشكل لا يمكن معه فصل الصفات عن بعضها وتشابكها في كامل مراحل الاتفاق التزاما و ابراما و تنفيذا وتأثيرا و استفادة يمنع من رفض مدّ الشرط التحكيمي و آثار الحكم الصادر في الغرض من حيث موضوعه من خلال رفع حجاب الذات المعنوية عن الذات الطبيعية لوكيلها و ذممهم المالية الموازية لها سيما وأن الصفة الإجرائية في المدعى عليه الثالث والأولى توفرت أثناء إجراءات التحكيم المتبعة موضوع القرار المطلوب الاعتراف به.

وحيث أن نفس ذلك المنهج يلاحق وضع المدعى عليها الأولى الآن باعتبار تولي وكيلها اقحامها في تنفيذ الاتفاق الرابط بين المدعى عليها الثانية وخصومها واحالة بعض عمليات تنفيذ الاتفاق عليها ولا يمكن التمسك بعدم علمها مسيرها بالشرط التحكيمي أو بآثاره وبصفته كطرف خفي فيه عالما به مع صفته كطرف ملزم للشركتين تلك.

وحيث لا ترى المحكمة وجاهة للدفع المحرر في خصوص خلل القرار المطلوب الاعتراف به من ناحية مدّ الشرط التحكيمي وشموله لبقية أطراف الدعوى التحكيمية وجاء مطابق للقانون الموضوعي والاجرائي المختار من الأطراف وعدم مخالفته لأحكام الفصل 81 أولا فقرة (ج) م ت.

02) <u>في خصوص الدفع بمخالفة الفقرة (ب) أولا فصل 81 م ت وقواعد النظام العام في القانون الدولي الخاص:</u>

[10] قضية عدد 9723، محكمة الاستئناف بنابل، الدائرة المدنية الأولى، 2009/04/16، المجلة العربية للتحكيم لبنان، أكتوبر 2009، عدد 4، ص 241.

وحيث نصت الفقرة (ب) من الفصل 81 أولا م ت على إمكانية رفض الاعتراف بالقرار التحكيمي الأجنبي اذ تبين " أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو انه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه".

وحيث نصت الفقرة ثانيا من الفصل 81 م ت على امكان تأسيس رفض الاعتراف " **ثانيا** - إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص."

وحيث لا خلاف في تأسس النظام القضائي التونسي على مبادئ كونية أساسية جوهرية في حفظ حقوق الأطراف الأصيل في الدفاع ومبدأ المساواة والحياد والنزاهة كحال جُلّ التشريعات العالمية التي تسعى لضمان محاكمات عادلة ولم يُستثنى التقاضي الخاص من المبادئ تلك سواءً في سُنَّن التحكيم الداخلي أو اجراءات التحكيم الدولي وجعل منها عمادها الرئيسي طبق ما تبينه أحكام الفصول 13 و42 و63 و78 م ت.

وحيث ولئن تخلى المشرع التونسي عن مصطلح النظام العام الداخلي بمناسبة صدور مجلة التحكيم الا أن خول القضاء الوطني صلب الفصل 81 فقرة أخيرة م ت إمكانية رفض اكساء الأحكام الأجنبية بالصيغة التنفيذية كلما كان الاعتراف بها أو بتنفيذها مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص و الذي يتميز عن النظام العام الداخلي من حيث مفهومه باعتباره يتعلق بمجموعة القواعد المصادق عليها في المجتمعات الدولية بقطع النظر عن الخاصيات الذاتية لكل مجتمع وهي القاسم المشترك بين مختلف الأمم اذ تمثل جملة المبادئ العامة الضامنة لنزاهة المعاملات الاقتصادية على الصعيد الدولي[11].

وحيث اتفق الفقه على تعريف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص على أنه "مجموعة القواعد القانونية المتعلقة بالركائز الأساسية لكيان البلاد الاجتماعي أو السياسي أو الاقتصادي والتي يُحدث خرقها خلل في هذه الركائز" وكذلك" القواعد العليا التي يقصد بها تحقيق مصلحة عامة سياسية أو اجتماعية أو اقتصادية تتعلق بنظام المجتمع أعلى وتعلو على مصلحة الأفراد.

وقد اعتبر فقه القضاء و أكد[12]على وجوب احترام حق الدفاع واعتبره أحد المبادئ الأساسية للإجراءات التي يتعين على المحكمين مراعاتها أيا كان صنف التحكيم، واعتبر أن احترام حق الدفاع يقتضي أن يكون لكل طرف الحق في الاطلاع على جميع أوراق القضية بما فيها تلك التي أدلى بها خصمه تلك التي تتوصل بها هيئة التحكيم من خلال جميع الأعمال سواء الاستقرائية أو الاستقصائية التي تجريها كما يقتضي ذلك المبدأ تمكين الطرفين من الرد على دعاوى خصومهم والدفاع عن أنفسهم وعدم احترامه يكون بالتغاضي عن الطلبات والالتفات عن دراستها واهمال الرد عليها وعدم اتخاذ أي قرار في شأنها[13] بل شدّد على أنه مفهوم يمتد الى المبادئ الضامنة لتحقيق العدالة الخاصة وهي حسن النية والنزاهة وعدم التحيل على القانون وعدم الغش والتزوير[14]وهي قواعد إجرائية تخضع للشكلية دون الرضائية[15]ضمانا للمساواة.

وحيث وعلى خلافا لما دفع به محامي المدعى عليها الأولى و الثالث فقد تم استدعائهما لحضور إجراءات التحكيم ودعوتهما لإنابة محامي عنهما و الجواب عن الدعوى و ابداء ما لهما من دفوع فيها وقد سجل المطلوب الثاني حضوره في حق المدعى عليها الثانية بصفته وكيلا لها الا أن العزوف عن الجواب والدفاع مرده موقف مبدئي في عدم امتداد الشرط التحكيمي لصفته الشخصية ولموكلته المدعى عليها الأولى ولا يمكن للصمت الاجرائي أو الموقف السلبي ذاك أن يمثل هضما لحقوق الدفاع و مبدأ المواجهة أو المعاملة على قدم المساواة طالما ثبت الاستدعاء كما يجب للغرض

---

[11] تعقيبي مدني عدد 63999.2011 مؤرخ في 2011/11/04.

[12] قرار استئنافي صادر عن محمة الاستئناف بتونس عدد 14752 مؤرخ في 2011/03/08، المجلة التونسية للتحكيم عدد 8 ، 2016، ص 156، تعقيبي مدني عدد 75130 مؤرخ في 2000/02/21، تعقيبي مدني عدد 63999.2011 مؤرخ في 2011/11/04، المجلة التونسية للتحكيم ، العدد 8 2016، ص 200.

[13] قرار استئنافي عدد 14752 مؤرخ في 2011/03/08.

[14] تعقيبي مدني عدد 63999.2011 مؤرخ في 2011/11/04.

[15] تعقيبي مدني عدد 13928.2014 مؤرخ في 2014/10/9، المجلة التونسية للتحكيم، العدد 8، 2016، ص 131.

وتوجيه الخصومة التحكيمية على المدعى عليهما الأولى و الثاني ودعوتهما للجواب و ابداء ما لهما من أوجه فيه ومستندات كصدور قرار من هيئة التحكيم في جواز مدّ اشرط التحكيمي و انعقاد اختصاصه في النظر في الدعوى ضد الطرفين مذكورين.

وحيث أن التمسك بحالة الفصل 81 أولا فقرة (ب) من مجلة التحكيم لا سند له في قضية الحال باعتبار بلوغ العلم كما يجب للأطراف بالإجراءات التحكيمية وبتشكيل هيئة التحكيم والمشاركة فيها ودعوة البقية لإتمام ذلك ولم يثبت أي سبب معتبر مانع من ممارسة حق الدفاع أو عدم حضور الإجراءات المباشرة في الغرض واتجه رد هذا الدفع.

وحيث أن القول بمخالفة القرار التحكيمي موضوع الطلب الماثل للنظام العام الدولي الخاص ان تم قبول تنفيذه بقي مردود على دافعه غير ذي سند متين اذ لم يأتي فيه اخلال اجرائي أساسي أو جوهري بحقوق أطرافه أو تقويض لمبادئ المساواة والمواجهة وحق الدفاع الأصيل والحياد والنزاهة والشفافية بل بان منه احترام للإجراءات المتفق عليها وطبقا للقانون المختار من أطرافه مساو له في الاجراء والعمل والجواب والردّ مطابق لجوهر عماد القواعد الدولية الخاصة وصفوة نظمه المتفق عليها.

وحيث أن اتخاذ موقف دفاعي أو التحصن بدفع شكلي والتمادي فيه رغم البت في شأنه من صاحبة الاختصاص فيه والعزوف عن الاستجابة للدعوة في الدفاع وتوصيف ذلك الموقف من المحكم والتأسف عنه لا يمكن تأويله بإقرار منه على هضم حقوق المدعى عليه الثالث والأولى أو تناقض في المواقف بعد الانصياع لضغوط خصومهما قولا بعدم نزاهة هيئة التحكيم أو انحيازها وانما جاء المنحى ذاك في اطار سلسلة منظمة لسرد الأحداث و المواقف والبت في الطلبات الشكلية و العارضة السابقة للخوض في الأصل أو أثناء استقرائه وتوصيفا ذاتي للموقف السلبي المتخذ من المدعى عليهما الأولى و الثاني لا غير ولا مجال لإعطائه أكثر من حيزه وتوليد ما لا فيه وتركيب ما لم يأتي منه أو الاستدلال به على ما لا عليه واتجه رد جملة المطاعن تلك لوهنه و انبنائها على الافتراض و التخمين المحض المبتور سندا ومتنا.

وحيث جاء الطلب والحالة تلك مطابق للموجبات الشكلية، خلوا من الخدش والخلل، متماشيا مع القواعد الإجرائية الجوهرية الأساسية المكفولة قانونا المسوغة للاعتراف به واكسائه بالصيغة التنفيذية المخولة له الولوج للنظام القانوني الوطني واتجه الاستجابة له.

وحيث أفلح الطالب في مطلبه واتجه اعفائه من الخطية والاذن بإرجاع معلومها المؤمن اليه عملا بالفصل 151 م م م ت.

وحيث تحمل المصاريف القانونية على من تسلط عليه الحكم عملا بأحكام الفـــــصل 128 من م م م ت.

<u>لذا ولهذه الاســـــــــــباب</u>

وعملا بما سبق شرحه وبأحكام الفصول 123 و128 و143 و151 م م م ت 80 و81 من مجلة التحكيم،

قضت المحكمة بإكساء القرار التحكيمي الدولي عدد 21999/ASM/JPA الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد "أ.ر.م" ([redacted] Armindo) بتاريخ 11 أوت 2017 والملحق التكميلي الملحق به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بصيغة الاعتراف واعفاء الطالبة من الخطية وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدهم./.

وحرر في تاريخه.