هـ/ع

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العـــدل **الحمـد للـه،**

محكمــة التعقيــب

عـ*6258.2000ـدد القضية

تاريخـــه: 2001/07/10

اصـدرت محكمة التعقيب القرار الاتي:

بعد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المضـمن تحـت عـ6258ـدد والمقـدم مـن طرف الاستاذ "م.ح" بتاريخ 2000/11/11

في حق "س.ز" القاطن بنهج **** مقرين ولاية بن عروس

محاميه الاستاذ "م.ح" المحامي لدى التعقيب *** تونس.

ضـد شركة ***** في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بنهج **

نائبها الاستاذ ****.

طعنا في الحكم الاستئنافي الصادر بتاريخ 2000/01/04 تحت عـ18ـدد عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضـي نهائيا بقبول مطلب الابطـال شكلا وفـي الاصـل بابطال القرار التحكيمي عـ26ـدد الصـادر فـي ظل مركز التحكيم الداخلي والدولي "الانصـاف" عن هيئة التحكيم المتركبة من رئيسها السيد **** وبعضوية المحكمين السيدين *** و**** بتـاريخ 1999/04/14 وارجـاع المـال المؤمن بعنـوان خطيـة الى طالبة الابطال وحمل المصاريف القانونية على المطلوبة.

وبعد الاطلاع على عريضة الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب تقديمها الفصل 185 من م م م ت وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة.

وبعـد الاطـلاع علـى الحكـم المنتقـد وعلـى اوراق القضـية والمفاوضـة طبـق القانون صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها ان المعقب الآن دائن للمعقب ضدها مبلغ 15.000,000 دينارا بموجب كمبيالتين حلتا في موفى جوان 1997 مع معين الفوائض الاتفاقية عن القرض المبرم بينهما بتاريخ 10 جوان 1993 الذي حدد بفصله الثالث نسبة ذلك 615 وعلى الرغم من حلول اجل الوفاء فان المدعى عليها لم تف بالتزاماتها اضحت تسعى الى محاولة التفصي من التزاماتها من خلال المحاضر التي قامت بها ضد العارض بخصوص تعيين محكم وتعيين مقر للمخابرة في جانب آخر بنية تعقيد النزاع وتشعيب اجراءاته.

وتنفيذا للقرار التمهيدي الصادر عن السيد رئيس مركز التحكيم "الانصاف" القاضي باعادة الاستدعاء فان المدعي قام بتنفيذ ذلك بعد ان سجل طلب عزل المحكم المعين من الخصيمة الذي لم يقدم ترشحه في الاجل المحدد للجلسة لذلك فهو يطلب التفضل بعزل المحكم المعين من المدعى عليها في شخص السيد *** كالتصريح بصحة الشرط التحكيمي والحكم بالزام المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بالتضامن مع هذا الاخير على ان يؤديا للمدعي:

1) 15.000,000 دينارا بعنوان اصل الدين

2) الفائض الاتفاقي نسبة 15 0/0 عن كل كمبيالة ابتداء من تاريخ حلول كل واحدة منهما في موفى جوان 1997 وفي موفى جوان 1998 الى تمام الوفاء كالتزامهما باداء اجور التحكيم وكافة المصاريف القانونية بما في ذلك مصروف هذا الاستدعاء.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اعتبرت هيئة التحكيم قرارها عـ26ـدد بتاريخ 1999/04/14 بالزام المدعى عليها في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي للمدعي المبالغ المالية التاليـــة:

1) مبلغ خمسة عشر الفا لقاء اصل الدين موضوع الكمبيالتين

2) الفائض الاتفاقي من تاريخ الحلول الى يوم الوفاء التام بنسبة 15 %

3) مبلغ (480.416د) مصاريف قانونية وتحكيمية ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك

فطعنت فيه المحكوم ضدها بالابطال ناسبة لـه:

اولا: تحريف ارادة الطرفين

ثانيا: خرق القواعد الاساسية للاجراءات وعدم قانونية تركيبة هيئة التحكيم

ثالثا: هضم حقوق الدفاع وتحريف الوقائع.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عـ48ـدد بتاريخ 2000/01/04 نهائيا بقبول مطلب الابطال شكلا وفي الاصل بابطال القرار التحكيمي عـ26ـدد الصادر في ظل مركز التحكيم الداخلي والدولي "الانصاف" عن هيئة التحكيم المتركبة من رئيسها السيد **** وبعضوية المحكمين السيدين *** و***بتاريخ 1999/04/14 وارجاع المال المؤمن بعنوان خطية الى طالبة الابطال وحمل المصاريف القانونية على المطلوبة.

المطعن الاول بكافة فروعه: خرق احكام الفصل 3 من القانون عـ93/42ـدد المؤرخ في 26 افريل 1993 المتعلق باحداث مجلة التحكيم التونسية وسوء تاويل الفقرة "أ" من الفصل 56 من مجلة التحكيم وخرق الفصلين 242 و514 من م ا ع وسوء تاويل الفصل 8 من عقد الطرفين مع تحريف الوقائع وخرق احكام الفقرة الاولى من الفصل 13 من مجلة التحكيم.

الفرع الاول: خرق الفصل 3 من القانون عـ93/42ـدد المؤرخ في 26 افريل 1993 المتعلق باحداث مجلة التحكيم:

قولا ان محكمة القرار المعقب لما استندت في حكمها الى الاتفاق الشرطي بخصوص ولاية القضاء التحكيمي على الفصل 263 من م م م ت المتعلق بالتحكيم القديم فان قضاءها يكون فاقدا لسنده القانوني ذلك ان النزاع قد حصل في ظروف دخول مجلة التحكيم الحديثة حيز التنفيذ ونص الفصل الثالث من قانون 1993 على ان تعلن احكام الفصول 258 الى 284 من م م م ت.

كما نص الفصل 4 من نفس القانون تدخل حيز التطبيق بعد مضي ستة اشهر من تاريخ صدور ذلك القانون لذلك فإن قضاء محكمة الإستئناف يكون خارجا عن نطاق القانون لاعتماده نصا تشريعا وقع نسخه بمقتضى قانون موال ه وتم ابطال مفعول ذلك النص مما يتعين معه نقض القرار المطعون فيه بدون احالة.

الفرع الثاني: خرق احكام الفصل 3 من قانون سنة 1993 وسوء تاويل الفقرة "أ" من الفصل 56 من مجلة التحكيم:

قولا انه طالما ان الفصل 3 من القانون المذكور قد نص على الغاء مفعول الفصل 263 من م م م ت المتعلق بالتحكيم فان ذلك الشرط يعتبر مختلا جزئيا وبقى منحصرا في اختصاص ولاية التحكيم فحسب دون تحديد للتحكيم المؤسساتي او التشكيلات الفردية الحرة للتحكيم ضرورة ان النص الذي تم اعتماده في الشرط التحكيمي قد وقع نسخه وطالما اعتبرت محكمة القرار المنتقد الفصل 263 المذكور سندا للفصل في النزاع حيال قضائها ببطلان الحكم التحكيمي من دون التفات منها الى حكم هيئة التحكيم التي تولت فصل النزاع في ضوء الاسباب والطريقة المؤدية لتشكيل هيئة التحكيم بالصحيفة عدد 3 المنتهية الى عدم الاقتداء بالفصل 263 من م م م ت بموجب نسخة بمقتضى قانون سنة 1993 مما يجعل القرار المعقب موجبا للنقض بدون احالة.

ومن جانب آخر فان اجل الشهر المنصوص عليه بالشرط التحكيمي لتعيين محكم وهو ما اعتمدته محكمة القرار المنتقد يكون في غير محله نتيجة سوء تاويل للفقرة "أ" من الفصل 56 من م ت باعتبار ان ذلك الاجراء يدخل في باب التحكيم الدولي على خلاف موضوع الحال المتعلق بالتحكيم الداخلي وترتيبا على ذلك فان صياغة الشرط التحكيمي قد نقضها قانون 1993 واعتبر في ذلك الوقت اجل الشهر لتعيين محكم محل تطبيق في اطار التحكيم الدولي.

راجيا النقض بدون احالة.

الفرع الثالث المتعلق بخرق الفصلين 242 و514 من م ا ع وسوء تاويله الفصل 8 من عقد الطرفين مع تحريف الوقائع وخرق احكام الفقرة الاولى من الفصل 13 من م ت:

قولا ان الفصل 8 من عقد الطرفين المتعلق بالشرط التحكيمي خال من أي تحجير على الجانبين من اللجوء الى التحكيم المؤسساتي وان محكمة القرار المنتقد قد جعلت في قضائها جزاءا سلبيا للطاعن في اطار فهمها للشرط التحكيمي بان جعلت منه قيد اجل وتحجيرا على الطاعن من القيام لدى مؤسسة تحكيم وهو جزاء لم يرد بشريعة الطرفين مما يجعلها مسيئة في تطبيق احكام الفصل 514 وخرقت ايضا احكام الفقرة الاولى من الفصل 13 من مجلة التحكيم الذي لم يحجر على أي طرف من اختيار مؤسسة تحكيم فضلا على ان الشرط التحكيمي لم يمنع الطرفين من اختيار نظام تعيين محكم.

المطعن الثاني بكامل فروعه: خرق الفصل 11 من م ت وسوء تاويل الفصلين 27 و429 من م ا ع وخرق الفصل 26 من م ت مع هضم حقوق الدفاع:

الفرع الاول المتعلق بخرق احكام الفصل 11 من مجلة التحكيم:

قولا ان التعيين المدعى به من قبل الخصيمة بمقتضى محضري عدل التنفيذ *** بتاريخ 1998/11/18 او المحضر المؤرخ في 1999/01/20 لم يكونا مرفوقين بما يفيد تصديق المدعية في ذلك التكليف من قبل المحكم المقترح من جانبها في ذات السيد *** وانه طالما لم يحدث أي اثر في ظل مقتضيات الفصل 11 من مجلة التحكيم تترتب نتائج قيام الالتزام من جانب المحكم باحدى الصور المعدودة بالفصل المتقدم ذكره فانه لا يجوز القول بتعيين محكم بل ظل ذلك من باب الزعم الذكري لا يقوم على أي اساس من الرابطة التعاقدية.

الفرع الثاني المتعلق بالخطا في تطبيق احكام الفصل 429 من م ا ع:

قولا ان القضاء مقيد بتطبيق قواعد القانون في نزاعات الاطراف ولا شيء يمنع من تطبيق قواعد الفقه الاسلامي والاحاديث الشريفة في غياب النص التشريعي وهي الصورة الغير متوفرة في قضية الحال طالما بين الفصل 429 من م ا ع ان الاقرار ينتج عن سكوت الخصم في مجلس الحكم اذا دعاه الحاكم ليجيب عن الدعوى الموجهة عليه واصر على سكوته ولم يطلب اجلا للجواب وهو ما صدر عن المعقب ضدها مما ينتج عنه تسليما منها بوجاهة تعهد مركز التحكيم الانصاف بالنزاع ايمانا

منه بان المشارطة التحكيمية لم تحجر على أي كان من الجانبين اختيار التحكيم المؤسساتي وتعبا لذلك لا وجه لاستثناء الفصل 429 مدني.

الفرع الثالث المتعلق بسوء تاويل الفصل 27 من م ا ع وخرق الفصل 26 من م ت مع هضم حقوق الدفاع:

قولا ان الفصل 27 من م ا ع نص على انه اذا عرض شخص على شخص آخر حاضر بمجلسه عقدا من العقود.

وان مدار النزاع يستهدف اعمالا ما بعد قيام المعقب الذي سبق ابرامه بين الطرفين وبالتالي فلا قياس من اقامة العلاقة التعاقدية المقصودة بالفصل 27 المذكور وبين تلك التي تتعلق بالنزاع الناشب عن ذلك العقد الذي لا يمكن وصفه بالتصديق على العلاقة التعاقدية التي هي قائمة من اساسها وما سكوت الخصيمة عند دعوتها للجلسة الا تسليمها منها بوجاهة قيام الطاعن لدى مركز التحكيم "الانصاف" وان محكمة القرار لما اعتبرت السكوت رفضا تكون قد خرقت احكام الفصل 26 من م ت الذي حقق للخصوم اثارة الاختصاص.

المطعن الثالث: خرق احكام الفصل 18 وسوء تاويل الفقرة الخامسة من الفصل 42 من مجلة التحكيم:

قولا ان في اعتبار محكمة القرار المنتقد وجود اختلال في التشكيلة التحكيمية على معنى الفصل 42 من م ت تكون قد اساءت تاويل ذلك النص وخرقت احكام الفصلين 18 و5 من مجلة التحكيم.

المطعن الرابع: خرق احكام الفصل 33 وسوء تاويل الفصل 42 من م ت مع هضم حقوق الدفاع:

قولا ان الطاعن تمسك لدى محكمة الاستئناف بعدم وجاهة الطعن باعتباره انه تم بعد اعلام القضية بالحكم التحكيمي وبالاحرى قرار قاضي التنفيذ محلى بالصيغة التنفيذية نتيجة لقرار الاكساء بناء على احكام الفصل 33 من م ت وهو دفع جوهري حصل بقواعد النظام العام الا ان المحكمة لم تتعرض لذلك الدفع ولم ترد عليه

والحال ان تولى الخصيمة الطعن في الحكم التحكيمي رغم اعلامها به بتاريخ 05 جوان 1999 محررا على الصبغة التنفيذية من قاضي التنفيذ وتخليها عن الطعن في قرار الاكساء فانه يجعل طعنها مرفوض شكلا باعتبار ان قرار الاكساء يمثل نتيجة قضائية ذات درجة ابتدائية تدخل في ظل قواعد الطعن الاعتيادية بالاستئناف الواردة بـ م م م ت كما لو كان الامر متعلقا بحكم ابتدائي الدرجة وطلب النقض والاحالة.

المحكمـــة

عن المطعن الاول بفرعه الاول والثاني:

حيث ان الفصل الثالث من القانون عـ42ـدد لسنة 1993 المتعلق باصدار مجلة التحكيم قد الغى احكام الفصول من 258 الى 284 من م م م ت.

ونص على ان قضايا التحكيم الجارية امام المحكمين او المحاكم تبقى خاضعة للاجراءات المعمول بها في ذلك التاريخ الى ان يتم فصلها وتستنفذ وسائل الطعن فيها ولا تمس احكام هذه المجلة بصحة اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل دخولها حيز التنفيذ.

وحيث ان منطوق الفصل الثالث المشار اليه اعلاه ورد واضحا وصريحا بالنسبة لقضايا التحكيم الجارية امام المحكمين او المحاكم في تاريخ سابق فانها تبقى خاضعة للاجراءات المعمول بها في ذلك التاريخ الى ان يتم فصلها وتستنفذ وسائل الطعن فيها مع البيان الصريح بان احكام المجلة المذكور لا تمس بصحة اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل دخول مجلة التحكيم حيز التنفيذ وهي حالة الاتفاقية المقام على اساسها الدعوى لذلك فان ما تمسك به الطاعن حول نسبة الخطا والاخلال للحكم المعقب بتطبيق الفصل 263 من م م م ت على اتفاقية التحكيم حال انه نص منسوخ بموجب القانون عـ42ـدد لسنة 1993 المتعلق باصدار مجلة التحكيم واعتبار ان الفصل الثامن منها باطل تبعا للنسخ المذكور يتنافى مع ما انتهجته محكمة الحكم المعقب التي طبقت تطبيقا سليما الاحكام الانتقالية الوارد بها الفصل الثالث المشار اليه اعلاه وذلك بوضع اتفاقية التحكيم في اطارها القانوني السليم وضعا صحيحا يتفق ومدلولها ويتماشى وارادة الطرفين بها لا يمكن القول على غرار ما ورد

بالمطعن من مخالفة لاحكام الفصل الثالث من القانون عـ42ـدد لسنة 1993 وتعين تبعا لذلك رد هذا المطعن بفرعه الاول والثاني

عن الفرع الثالث من المطعن الاول والمطعن الثاني بكامل فروعه والمطعن الثالث لاتحاد القول فيهم:

حيث اقتضى الفصل 13 من مجلة التحكيم انه يمكن ان يكون التحكيم حرا او بتكليف مؤسسة تحكيم:

وحيث ان الاختلاف الاساسي بين التحكيم الحر والتحكيم المؤسساتي يكمن في الاجراءات المعتمدة وخاصة منها اجراءات تعيين المحكمين حيث ان التعيين في اطار التحكيم الحر يكون مباشرا من قبل الاطراف واذا تخلف احدهم عن تعيين محكم او اذا تعذر اتمام تركيبة هيئة التحكيم حتى يصبح عدد اعضائها وترا فانه يقع اللجوء الى القضاء وعلى خلافه فان التحكيم المؤسساتي هو الذي يقع في اطراه اللجوء الى مؤسسة قائمة تعتمد "نظام تحكيم" وهو نص تنظيمي واجرائي داخلي ينظم مؤسسة التحكيم وهياكلها من جهة ويبين الاجراءات المشبعة لديها خصوصا كيفية تشكيل هيئة التحكيم وكيفية التجريح في المحكمين وعزلهم عند الاقتضاء.

وحيث يستخلص من خلال ما ذكر ان اختيار الاطراف لنظام التحكيم الحر او التحكيم المؤسساتي هو اختيار اساسي وجوهري وهو يخضع لمبدا اساسي في مادة التحكيم وهو مبدا الزامية العقد عملا بالفصل 242 من م ا ع.

وحيث ان المنهج الذي اعتمده الحكم المعقب في تحديد القاعدة القانونية والتي اعتبرت الاتفاق الوارد صلب المادة التاسعة من العقد المبرم بين الطرفين واضع في اطارها ومندرج ضمنها ليستخلص من خلالها ما ارسى عليه قضاؤه بالبطلان لوقوع التحكيم ضمن مؤسسة تحكيم وليس بطريقة التحكيم الحر انما هو منهج سليم باعتماده لمبدا الزامية العقد عملا بالفصل 242 من م ا ع لتوافق ارادتين على انشاء التزام مع تحديد مداه وآثاره.

وحيث وفي هذا الاطار تستنزل النتيجة السليمة التي استخلصها الحكم المعقب من صبغة الشرط التحكيمي ومضمونه المندرج بالعقد المؤلف لشريعة الطرفين لما اعتبر ان التحكيم المتفق عليه هو من قبيل التحكيم الحر مستدلا على ذلك بعدم

الاشارة من الطرفين الى اية مؤسسة تحكيم بالاضافة الى تحديد اجراءات انشاء هيئة التحكيم وتكوينها ضمن الشرط التحكيمي بغير احالة على نظام تحكيم معين.

وحيث ان تطبيق الحكم المنتقد بقاعدة الفصل 242 المشار اليها اعلاه كان وجيها ومصيبا لما استخلص رفض المعقب ضدها التحكيم المؤسساتي وذلك باحجامها عن اتخاذ موقف منه وان عدم حضورها لدى هيئة التحكيم لا يعد تسليمها بالقبول لذلك وخلافا لما تمسك به الطاعن فانه لا يمكن مواجهتها بالقاعدة القانونية المنصوص عليها بالفصل 429 من م ا ع التي لا يمكن الاحتجاج بها الا عند عدم حضور المطلوب امام المحكمة واصراره على السكوت الامر غير المتوفر في قضية الحال فضلا على ان الهيئة الواقع الاستدعاء لديها ليست هيئة حكمية وانما تحكيمية.

وحيث وعلى هذا الاساس فان المآل التي انتهى اليه القرار المنتقد كان في طريقه لما اعتبر ان صدور القرار التحكيمي في ظل مؤسسة تحكيم بعد تكوين الهيئة طبق نظام المؤسسة المذكورة والحال ان التحكيم المتفق عليه هو تحكيم حر كما ان سكوت المعقب ضدها ازاء الاجراءات المعتمدة من طرف هيئة التحكيم لا يمكن اعتباره قبولا لتنقيح الشرط التحكيمي باعتماد تحكيم مؤسساتي عوضا عن التحكيم الحر طالما ان التنقيح يحتاج الى قبول المتعاقد به وهو ما لم يحصل في قضية الحل.

وحيث وتاسيسا على ما ذكر فان هيئة التحكيم تكون متركبة بطريقة غير قانونية طالما ان الشرط التحكيمي لم يشر الى مكاتبة تعيين أي محكمة بواسطة اية جهة ماعدا الاطراف والقضاء.

وان محكمة الحكم المعقب لما قضت بابطال القرار التحكيمي بناء على ما ذكر تكون قد احسنت تطبيق الفصل 42 من مجلة التحكيم واوضحت تبعا لذلك المطاعن في غير محلها وتعين ردها ايضا.

<u>عن المطعن الرابع:</u>

وحيث وخلافا لما جاء بالمطعن فان الحكم المعقب وبعد ان استعرض مقالة الطاعن حاليا وابرز الاسباب التي تمسك بها لطلب التصريح بوقوع القيام بطلب الابطال خارج الآجال المحددة لذلك عملا بالفصل 33 من مجلة التحكيم فانه تصدى للرد عليه واظهار عدم سلامته لانطوائه على الخلط بين الطعن في القرار التحكيمي

والطعن في قرار اكسائه الصبغة التنفيذية وان الفرق قائم والاختلاف ثابت بينهما فالفصل 49 من مجلة التحكيم اقتضى على انه يرفع طلب الابطال طبق احكام م م م ت الى محكمة الاستئناف التي صدر بدائرتها حكم التحكيم خلال 30 يوما من الاعلام به في حين ان الفصل 33 من م ت يتعلق بالطعن في القرارات القاضية باكساء القرارات التحكيمية بالصبغة التنفيذية.

وحيث انه لا يمكن منطقيا الربط بين الامرين فالاول يهم نزاع الاصل أي المنازعة في سلامة القرار التحكيمي ومدى احترامه للشروط القانونية للصحة في حين يتعلق الثاني بفازعات التنفيذ وهو قرار ليس ذو صبغة حكمية وانما ذو صبغة ولائية.

وحيث ان ما استخلصه الحكم المعقب من وقوع الطعن في الاجل المحدد بالفقرة الثانية من الفصل 43 من م ت معتمدا تاريخ الاعلام به بالقرار التحكيمي كمنطلق لاجل الطعن كان في طريقه وانه خلافا لما ورد بهذا المطعن فان تعليل الحكم المنتقد على النحو المشار اليه اعلاه ويعد مشوبا بصورة صحيحة لاحكام القانون ولا اثر فيه للاخلال او التجاوز لمقتضى النصوص المستند اليها في هذا المجال وتعين تبعا لذلك رد هذا المطعن.

ولهاته الأسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز

وصدر هذا القرار يوم 10 جويلية 2001 بحجرة الشورى عن الدائرة المدنية الثالثة المتألفة من رئيسها السيد محمد مشرية وعضوية المستشارين السيدين محمود بن جماعة ونائلة المظفر وبمحضر الادعاء العام السيدة بشرى بن نصر بمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود.

وحرر في تاريخه