ش/ف

الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله،**

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

***عدد 3549/4349 القضيــة**

تاريخــه :2001/04/24

اصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 3549 والمقدم من طرف الاستاذ "ع.ه" بتاريخ 9 جوان 2000

في حق : "ح.ا" مقاول القاطن ***** بتونس

ضــد : 1) "ع.ت" القاطن بالجماهرية الليبية والمعين محل مخابرته بمكتب محاميه الاستاذ "ن.ج" **** "ع.ت" الكائن *** *** بتونس

2) شركة "ا.م.ج" في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها ب*** ** تونس

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 7 جانفي 1998 تحت عدد 32131 والقاضي بقبول طلب الابطال شكلا ورفضه اصلا وتخطئة الطاعنين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما ورفض الطلب فيما زاد على ذلك

وبعد الاطلاع على مذكرة الطعن بالتعقيب

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

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى اوراق القضية والمصاريف طبق القانون صرح بما يلي :

مــن حيث الشكل :

حيث استوفى مطلبي التعقيب جميع اوضاعهما وصيغهما القانونية لذلك فهما مقبولان شكلا

مـــن حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها ان كل من *** و***كانا ابرما عقد شركة تضمن في فصله الخامس عشر اتفاقا على اللجوء الى التحكيم في صورة نشوب خلاف بينهما وعلى اثر وقوع خلافات حول كيفية تسيير الشركة والاطلاع المطلوب *** على وثائقها المحاسبية وسائل اخرى نبه على معاقده لتمكينه من ممارسة حقوقه في الشركة وذكره بوجود الاتفاق على اللجوء الى التحكيم فعين المذكور محكما عنه واعلم معاقده بذلك فتولى بدوره تعيين محكم عنه ثم عين المحكمان رئيسا لهيئة التحكيم حتى يصبح عدد اعضائها وترا

وبعد استيفاء اجراءات التحكيم اصدرت هبة التحكيم قرارها بتاريخ 1998/5/15 والقاضي نهائيا

اولا : باعتبارها مختصة بالنظر في النزاع طبق القانون ورفض الدفوعات الشكلية

ثانيا : بالزام المدعى عليه السيد *** بان تؤدي للمدعي

1) ما يساوي في تاريخ الدفع بالدولار الامريكي 24 – 111 – 799 سبعمائة وتسعة وتسعين الفا ومائة واحد عشر دولارا واربعة وعشرين صنتيما تمثل ما تحمله المدعي من القرض الشخصي المدعي عليه اصل وفوائض حتى موفى سنة 1997

2) مبلغ (131.794.510) مائة وواحد وثلاثين الفا وسبعمائة واربعة وتسعين دينارا وخمسمائة وعشرة مليمات تمثل الاصل والفوائض حتى موفى 1977 لما دفع من القرض من مال المدعي

3) مبلغ (1.749.790.275) مليون وسبعمائة وتسعة واربعين الف وسبعمائة وتسعين دينارا ومائتين وخمسة وسبعين مليما ما انفرد به من ارباح الشركة

4) الفائض القانوني التجاري من بداية 1998 الى تاريخ الفعلي عن كل المبالغ المحكوم بها

ثالثا : الزام المدعي عليه *** بوصفه ممثلا للشركة المدعى عليها بان يؤدي للمدعي

- ما يساوي في تاريخ الدفع بالدولار الامريكي (1.255.613.8) مليونا ومائتين وخمسة وخمسين الفا وستمائة وثلاثة عشرة دولارا وثمانين صنتيمار تمثل ما تحمله المدعي من القرض الذي ضمنه اصلا وفوائد حتى موفى سنة 1997

2) مبلغ (258.459.527) مائتين وثمانية وخمسين الفا واربعمائة وتسعة وخمسين دينار وخمسمائة وسبعة وعشرين مليما تمثل الارباح المسموح بها الى موفى سنة 1996 .

3) الفائض القانوني التجاري بالنسبة للمبالغ المحكوم بها من بداية 1998 الى تاريخ الوفاء الفعلي

رابعا عدم سماع الدعوى في ما زاد على ذلك

خامسا تحميل المدعي عليه السيد *** بمبلغ ثلاثة واربعين الفا من مصاريف القضية بما فيها اجور المحكمين والخبراء مع الفي دينار اجور محاماة وتحميل المدعى عليها اربعة وعشرين الف من مصاريف القضية بما فيها اجور المحكمين والخبراء مع خمسمائة دينار اجور المحاماة

فتولى المحكوم ضدهما الطعن في القرار المذكور بعد اكسائه بالصبغة التنفيذية طالبان ابطاله لأسباب التالية

1) صدور القرار التحكيمي رغم وجود اتفاقية تحكيم

2) مخالفة احكام الفصلين 7 و 27 من مجلة التحكيم

3) التجريح في المحكمين

4) في مقر التحكيم

5) تحريف الوقائع

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف قرارها عدد 32/31 المشار اليه اعلاه فتعقبه الطاعن ناسبا

المطعن الاول : الافراط في السلطة :

قولا ان محكمة الاستئناف قد بنت حكمها على الاحكام الواردة بمجلة التحكيم في بابها الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي والحال ان القرار التحكيمي قد صدر في اطار التحكيم الداخلي وان التكييف وان كان من عمل القضاء فذلك لانه لا يمكن تجاوز الوقائع المطروحة على المحكمة ولا يمكن باي حال من الاحوال ان يتعدى ذلك الى تكييف طبيعة القرار التحكمي المطعون فيه فالتكيف في هذه الصورة يرمي بالأساس الى تحديد طبيعة الحكم وهذا ما يتعارض ودور محكمة الاستئناف الذي لا يتعدى المراقبة الشكلية للقرار التحكيمي ليس الا وان الافراط في السلطة بتكيف تلقائي وفي فترة المفاوضة أي دون علم الاطراف بذلك ادى الى منعهم من ممارسة حقوقهم تطبيقا لأحكام المجلة المتعلقة بالتحكيم الدولي ومنها احكام الفصل 78 (4) الذي يمكن المحكمة عند الاقتضاء وبطلب من الاطراف ان توقف النظر لتمكن هيئة التحكيم من استئناف الاجراءات او اتخاذ ما ترى من شانه ازالة اسباب الابطال كما حرمهم من تقديم الاسانيد والدفوعات في نطاق الباب الثالث الخاص بالتحكيم الدولي

واضافة لذلك فان محكمة الاستئناف وبعد التكييف قد طبقت مباشرة احكام مجلة التحكيم في بابها الثالث وكانت احكامها تهم النظام العام وواجبة التطبيق

وان محكمة الاستئناف لما طبقت جملة الفصول الواردة بالمجلة تكون قد افرطت في سلطتها وذلك يفرض الاحكام المنطبقة على الاجراء التحكيمي والحال ان هذه الاحكام يمكن التنازل عنها من قبل الاطراف عملا بالفصل 47 من مجلة التحكيم

وفي خصوص مسالة صحة اتفاقية التحكيم والتي نظرت فيها المحكمة بناء على القانون التونسي فيه الكثير من تجاوز السلطة ذلك ان الفصل 78 من المجلة يخضع لصحة الاتفاقية الى القانون الذي اختارته الاطراف او الى احكام القانون الدولي الخاص اذا لم يعينوا الاطراف القانون المطبق

المطعـــن الثاني :

الخطأ في تأويل القانون وخاصة احكام الفصل 48 من م ت

قولا ان تكييف محكمة الاستئناف للتحكيم بكونه دوليا وذلك من تلقاء نفسها من نتائجه ان التكيف يهم النظام العام يتعارض مع الفصل 48 من المجلة الذي مكن الاطراف وبإرادتهم من تكييف تحكيمهم بالدولي معنى ذلك ان التكيف لا يهم النظام العام مطلقا

وان المشرع فان كان قد مكن الاطراف من تكييف التحكيم بصورة ارادية في مجال التحكيم الدولي فمن باب اولى ان يمكن الاطراف من تكييف تحكيمهم بالداخلي وان القرار المعقب اعتبر لغاية تكييف التحكيم دوليا لتعلقه بالتجارة الدولية واستند لتبرير ذلك على ان العقد المتضمن للشرط التحكيمي تضمن انشاء مؤسسة تتولى القيام بعمليات صناعية أي تجارية وان العقد المعنى هو عقد الشركة وان المساهمة في تأسيس شركة تجارية او اقتناء اسهم في راس مال شركة ليس عملا تجاريا بالرجوع الى احكام الفصل الثاني من المجلة التجارية المؤسس عليها قضاء المحكمة

المطعن الثالث :

هضم حقوق الدفاع وخرق مبدا حياد القاضي المضمن بالفصل 12 م م م ت واحكام الفصول 14 و 63 و 64 من مجلة التحكيم والفصل 123 م م م ت

أ) هضم حقوق الدفاع ومبدأ الحياد :

قولا انه لو افترضنا جدلا احقية المحكمة في اثارة الوقائع لتكييف التحكيم بالرجوع الى المعايير التي حددها المشرع بالفصل 48 من م ت فذلك لا يكون مؤسسا الا اذا تمكن الاطراف من مناقشة تلكم الوقائع وهذا اما لم يتم في قضية الحال فمحكمة الاستئناف قامت بتكييف الوقائع لغاية تحديد مقر الطرف الليبي دون ان تمكن الاطراف من مناقشة ذلك وهذا خرق لحقوق الدفاع

وان المحكمة اجتهدت كل الجهد لتحديد مقر الطرف الليبي والحال انها تقر بنفسها ان الملف خال من أي ارشاد يمكنها من تحديد ذلك المقر وفي ذلك خرق للفصل 12 م م م ت

ب) خرق احكام الفصلين 14 و 73 من مجلة التحكيم والفصل 123 م م م ت

قولا انه بالرغم من ثبوت الاتفاق على التحكيم الصلحي بين الطرفين فقد اعتبرت هيئة التحكيم انه لا وجود لاتفاق صريح على الصبغة الصلحية واصدرت قرارها طبق القانون وفي ذلك خرق لاحكام الفصلين 14 و 73 م ت

ج – خرق احكام الفصلين 63 و 64 من م ت والفصل 13 م م م ت وخرق حق الدفاع :

قولا ان ما جاء بالقرار المعقب من ان الجلسة التحضيرية انما الغاية منها اتخاذ التدابير اللازمة لضمان حسن سير اجراءات التحكيم وبالتالي فلا مجال للحديث عن حقوق الدفاع مردود عليه لان طرف النزاع هو المؤهل لتحديد دفاعه وتقديم ما يراه صالحا لتعزيز موقفه سواء اصلا او اجراء وتبعا لذلك فالجلسة التحضيرية التي تضبط فيها اجراءات التحكيم لا تقل اهمية عن بقية الجلسات ويجب الاستعداد لها بكامل الجدية والتمعن طبقا لما جاء بالفصل 64 من م ت

ومن جهة اخرى فان هيئة التحكيم رفضت قبول طلب محامي المعقب التمديد في اجل المرافعة وهو دفع شرعي وعلى غاية من الاهمية في الاجراءات القضائية وهو ما جعل المحامي يتعذر عليه حضور جلسة المرافعة كما ان الهيئة قامت بتعيين خبير دون ان يسبق ذلك التعيين جلسة مرافعة في وجاهة الطلبات من عدمها وان جلسة المرافعة هي على غاية من الاهمية في الاجراءات التحكمية وكذلك القضائية واحسن دليل على ذلك

احكام الفصل 69 م ت الناصة صراحة على عقد جلسات لتستمع الهيئة للاطراف

احكام الفصل 29 من م ت

احكام الفصول 114 الى 118 من م م م ت وتبعا لذلك تعد جلسة المرافعة من الاجراءات الاساسية المعينة باحكام الفصل 13 م ت وعدم التمديد في اجل المرافعة او عدم استدعاء لجلسة تخصص لها فيه خرق لاحكام الفصل 13 من م ت

وان طرح محكمة الموضوع لطلب الدفاع الرامي الى تمكينه من نسخ من اوراق القضية يقيم الدليل على خرق حقوق الدفاع ان لم يمكن نائب الطاعن من

تصوير اوراق الملف واستعاب ما فيه من وثائق وان ما اشار اليه الحكم التحكيمي بخصوص معاينة الملف فان هذه المعاينة اجريت بواسطة عدل منفذ ولا علاقة لها باخذ نسخة من اوراق الملف

المطعـــن الرابع : ضعف التعليل الموازي لفقدانه :

قولا انه لتحديد مقر عمل الطرف الليبي فان محكمة الاستئناف قد اعتمدت على القرائن للوصول الى المحل الذي اهتدت اليه فالمحكمة تقر انه يفهم من اوراق القضية وان جنسية الطرف الليبي تقيم قرينة على كونه غير مقيم بتونس الى ان تقام الحجة على خلافه

وهذا التعليل ضعيف ولا يمكن الاعتداد به

المطعن الخامس :

خرق القانون وخاصة احكام الفصل 3 من قانون اصدار مجلة التحكيم والتناقض في تطبيق النصوص القانونية

قولا انه كان على المحكمة ان تنظر في صحة اتفاقية التحكيم طبق للقانون القديم الذي ابرمت في ظله عملا بالفصل 78 فقرة ثانية الذي اوجب حكم صحة اتفاقية التحكيم بالرجوع الى القانون المعين من قبل الاطراف ومن قبل القانون الدولي الخاص وبالرجوع الى احكام الفصل 62 من مجلة القانون الدولي الخاص يكون القانون المنطبق لحكم صحة اتفاقية التحكيم القانون التونسي أي مجلة التحكيم واحكام فصلها الثالث المذكور

وان المحكمة بعدما اقرت ان مجلة التحكيم هي المنطبقة تراء لها ان تتمسك بالقواعد المادية الدولية وفي هذا خرق لاحكام الفصل 78 من مجلة التحكيم

المطعـــن السادس :

خرق احكام الفصل 6 من م ت والفصل 1820 من م اع

قولا ان اعتماد المحكمة على تبادل المحاضر لاثبات ان الشركة قبلت بالتحكيم بواسطة وكيلها فيه خرق لأحكام الفصل 1120 مدني الذي يجيز للوكيل ان لا يلجا الى التحكيم الا بنص خاص

وان الالتجاء الى الاثبات عن طريق الاشارة فيه خرق صريح لاحكام الفصل 6 من م ت

فالإشارة الاتي ذكرها بالمجلة هي الاشارة التي تكون من العقد الرابط من الطرفين الى وثيقة اخرى تمثل شرطا تحكيميا ولا العكس كما جاء بالقرار المطعون فيه اذ ان الاشارة هي مكتبية متأتية من المحاضر المتبادلة نحو العقد الذي تضمن الشرط التحكيمي

المطعن السابع :

تحريف الوقائع المؤدية الى خرق القانون وهضم حقوق الدفاع المتمثل في ضعف التعليل في القرار المطعون فيه

قولا انه بالرجوع الى اوراق القضية فلا نجد فيها ما يدعم الوقائع التي اعتمدتها المحكمة ذلك ان طلب الترخيص الذي قدم للبنك المركزي التونسي يتعلق بالشركة الواقع احداثها بموجب العقد المؤرخ في 30 جوان 1989 وقد صدر هذا الترخيص فعلا بتاريخ 1989/8/2 على اساس ذلك العقد ولما كان الترخيص لاحقا لتاريخ عقد الشركة المذكور في حين اقتضى قانون الصرف والتجارة الخارجية ان يكون الترخيص مسبقا فقد تم ابطال ذلك العقد بموجب الحكم الابتدائي عدد 775 والمؤيد استئنافيا تحت عدد 55485 بتاريخ 2000/3/8

اما بخصوص العقد المبرم في غرة جوان 1991 والذي يعتبره الطاعن ملحقا للعقد الاول ومتمما له فيما رات المحكمة انه مستقل بذاته لم يصدر بشأنه أي ترخيص من قبل البنك المركزي كما ان الشركة لم تنطلق في العمل بعد التحصل على رخصة البنك المركزي بل ان انطلاق نشاط الشركة يرجع الى اواخر سنة 1989 تاريخ شراء معمل الاعمدة الكهربائية ومباشرة عمليات التصنيع والتصرف وان المحكمة اعتبرت انه تم تعيين خبير اول وقع الطعن فيه من المدعى عليه وطلب عدم اعتماده ايضا فرفضت هيئة التحكيم طلبه .. في حين انه في حقيقة الامر تم تعيين الخبيرين "م.ك" و"خ.ع" حسب طلب المدعي وحده بموجب قرار تحضيري واحد صدر عن هيئة التحكيم بتاريخ 1997/9/18 وقد حدد الخبير الاول نسبة المربوحية الصافية ب30 ÷ في رقم المعاملات في حين حددها الخير الثاني

ب12÷ وقد طعن المدعي في نتيجة اعمال الخبير "م.ك" فيما طعن الطاعن في اعمال الخبير "خ.ع" الا ان المحكمة رجحت راي الخصم بدون تعليل موضوعي لذا فهو يطلب النقض والاحالة

وحيث تعقبت شركة *** الحكم الاستئنافي عدد 32/31 ورسمت القضية تحت عدد 4349 الواقع ضمها لقضية الحال بواسطة محاميها الاستاذ "ن.ق" ناسبة للحكم المطعون فيه ما يلي :

المطعـــن الاول :

خرق احكام الفصل 6 من مجلة التحكيم والفصل 1120 م ا ع

قولا ان الفصل السادس المذكور اشترط للأخذ بإمكانية اثبات اتفاقية التحكيم بناء على الاشارة ان تكون الاشارة في عقد من العقود وان ترد لكيفية تجعل من الشرط التحكيمي جراء من العقد وطالما ان الاشارة متأتية من المحاضر المتبادلة بين الاطراف الى العقد المتضمن الشرط التحكيم فلا مجال للأخذ بثبوت اتفاقية التحكيم في جانب الطاعنة بناء على احكام الفصل 6 من م ت الذي اشترط ان تكون الاشارة في العقد الى وثيقة اخرى تتضمن الشرط التحكيمي ذلك ان الاشارة لا يعتد بها الا اذا خلا العقد من الشرط التحكيمي وهي غير صورة الحال باعتبار ان العقد متضمن لشرط تحكيمي من المعقب ضدهم ولو افترضنا جدلا صحة الاشارة لثبوت اتفاقية باطلة لقبولها ممن ليس له سلطة ذلك ان المعقب ضده الثاني قد تعهد في حق نفسه وفي حق الطاعنة باللجوء الى التحكيم والحال ان صفته كوكيل تمنعه من القبول التحكيم طبق احكام الفصل 1120 مدني الا بنص خاص

المطعـن الثاني :

خرق احكام الفصل 3 من القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 افريل 1993

قولا ان الطاعنة تمسكت ان الشرط التحكيمي المضمن بالفصل 15 من العقد باطل عملا بأحكام القانون القديم الذي حرر في ظله فصل 262 قديم

وقضت محكمة الحكم المعقب برد دفع الطاعنة اعتبارا الى ان مجلة التحكيم هي المنطبقة لتعلقها بالإجراءات وبالتاي يجري العمل بها مباشرة وان

القضاء بالصفة تلك فيه خرق واضح للقانون المصدر لمجلة التحكيم التي تضمنت احكاما انتقالية

وجاء بالفصل 3 من قانون اصدار مجلة التحكيم ان هذه المجلة لا تمس بصبغة اتفاقيات التحكيم المبرمة قبل دخولها حيز التنفيذ وكان من المفروض ان ينظر في صحة اتفاقة التحكيم طبقا للقانون القديم الذي يؤدي الى بطلان الاتفاقية التي لا تتضمن ما يفيد تعيين المحكمين صراحة او دلالة

المطعـن الثالث :

خرق احكام الفصل 13 و48 من م ت والفصل 242 من م ا ع:

قولا ان تكييف المحكمة ومن تلقاء نفسها لطبيعة التحكيم يؤدي حتما الى القول بان طبيعة التحكيم تهم النظام العام ونتيجة ذلك قرض الاحكام المنطبقة حسب نوع التحكيم وان هذه النتيجة تتجافى مع احكام الفصل 13 م ت الذي يمكن الاطراف من اختبار الاحكام الاجرائية المنظمة لتحكيمهم حتى على فرض ان التحكيم هو دولي وان فرض احكام المجلة المتعلقة بالتحكيم الدولي والحال ان الاطراف قد اتفقوا على اعتبار تحكيمهم بالداخلي فيه خرق لإرادة الاطراف طبقا للفصل 13 م ت والفصل 242 م ا ع وكان على محكمة الاستئناف بعد ان ثبت لديها ان تكييف المحكمين لطبيعة التحكيم كان خاطئا ان تقوم لا بتصحيحه بل بإبطاله طبقا للفصل 78 ثانيا الذي يمكن المحكمة من تلقاء نفسها من ابطال القرار التحكمي اذا تراء لها انه مخالف للنظام العام في مفهومه الدولي وان التكييف نفسه قد انبنى على خطا ذلك ان الاساس الذي اعتمدته محكمة الاستئناف لتكييف التحكيم بالدولي ابنبنى على طبيعة المعاملة بين الاطراف التي تستدعي دخول وخروج اموال عبر الحدود وان هذه المعاملة وان كانت دولية بين الطرفين فانها لا تتعلق بالطاعنة التي هي شركة خاضعة للقانون التونسي وموضوعها تعاطي نشاط تجاري داخلي ولو كان راس مال الشركة الطاعنة متاتي من الخارج فذلك لا يمس بطبيعة معاملاتها الداخلية

المطعــن الرابع :

خرق الفصل 78 من م ت والفصل 28 م ت :

قولا انه لا نقاش في كون اتفاقية التحكيم تمثل عقد بين الاطراف يخضع في صحته الى قانون الارادة وفي غيابه الى قواعد القانون الدولي الخاص وهذا ما اكدته الفصل 78 من مجلة التحكيم

ومن الثابت ان الاطراف لم يعينوا القانون المنطبق على اتفاقية التحكيم

وان قواعد القانون الدولي الخاص هي التي كان من الواجب تطبيقها للوصل الى تحديد القانون الواجب التطبيق

وان قاعدة النزاع ملزمة للقاضي طبقا للفصل 28 م ق د ح وبالتالي من المفروض تحريك قاعدة النزاع المضمنة بالفصل 78 من م ت لغاية البحث في القانون الواجب التطبيق

المطعـــن الخامس :

هضم حقوق الدفاع مبدا الحياد المضمن 12 م م م ت وضعف التعليل والتناقض

قولا انه من المبادىء المسلم بها في الاجراءات هو ان القاضي لا بد ان يكون محايدا ازاء الطرفين وان هذا المبدأ الاساسي تم خرقه من طرف محكمة الاستئناف التي اجهدت نفسها في اثارة الوقائع لتكييف التحكيم بالدولي كما انها لم تمكن الطاعنة من ابداء ملحوظاتها بخصوص الوقائع التي اثارتها من تلقاء نفسها وفي ذلك خرق لحقوق الدفاع

فكيف يمكن لمحكمة الاستئناف ان تقر ان جنسية الطرف الليبي يقيم قرينة على كونه غير مقيم بتونس الى ان تقام الحجة على خلافه

والحال ان المحكمة لم تمكن الطاعنة من اقامة الحجة المذكورة الا يؤدي القضاء بالصفة تلك الى هضم حق الدفاع ؟

وان المحكمة لم تعلل حكمها على اسانيد وجيهة فيما يتعلق بالقانون الواجب التطبيق حول صحة اتفاقية التحكيم بل قد تناقضت في التعليل ذلك انها قضت اولا بوجوب تطبيق القواعد المادية الدولية ثم ودون مبرر تمسكت بصحة الشرط التحكيمي عملا بقواعد الدولي الخاص دون اعمالها

وان التمسك بالقواعد المادية ثم قواعد القانون الدولي الخاص يجعل الحكم فاقدا التعليل لذا فهي يطلب الحكم بالنقض مع الاحالة

المحكمـــــــــة

عن المطاعن المتعلقة بالافراط في السلطة وخرق الفصلين 13 و 48 من مجلة التحكيم والفصل 82 من م م م ت والفصل 242 من م ا ع وهضم حقوق الدفاع وضعف التعليل :

حيث ان التكييف وان كان من صميم العمل القضائي لوضع الدعوى في الاطار الذي يراه مناسبا لطبيعتها ويتجانس مع مكوناتها لان من آثاره تحديد النصوص القانونية المنطبقة الا انه لا ينبغي ان يتجاوز الوقائع المعروضة على المحكمة حتى لا يتعدى التكيف الاسس القانونية التي انبنى عليها القرار التحكيمي .

وحيث ان محكمة الحكم المعقب لما اسست حكمها على الاحكام الواردة بمجلة التحكيم في بابها الثالث المتعلق بالتحكيم الدولي والحال ان القرار التحكيمي قد صدر في اطار التحكيم الداخلي تكون قد تجاوزت سلطتها كمحكمة ابطال التي حدد المشرع مهمتها في نطاق الفصل 42 من م ت اذا كان التحكيم داخليا وفي نطاق الفصل 78 من نفس المجلة اذا كان التحكيم دوليا والتي يجب ان لا يتجاوز الوقائع المعروضة على هيئة التحكيم الا يهدف وحيد وهو مراقبة سلامة الاجراءات المتبعة من طرف الهيئة المذكورة هذا من جهة ومن جهة اخرى ففي حين لم ينازع الاطراف في طبيعة التحكيم لكونه داخليا تمسكت محكمة الاستئناف بصبغة التحكيم الدولي من تلقاء نفسها وهذا يتجافى مع طبيعة التحكيم الذي تبقى خاضعة بالاساس لارادة الطرفين فقد مكن المشرع الاطراف صلب الفصل 48 من مجلة التحكيم من تكييف التحكيم بصورة ارادية بمعنى ان التحكيم يمكن ان يكون داخليا الا انه بامكان الاطراف الاتفاق على خلاف ذلك بتكييفه بتحكيم دولي كما مكنهم ايضا صلب الفصل 13 من مجلة التحكيم من اختبار الاحكام الاجرائية المنظمة حتى على فرض ان التحكيم دوليا .

وحيث ان ما انتهجته محكمة الاستئناف في حكمها قد ادى بها الى الافراط في سلطتها كمحكمة ابطال فضلا على انه يتنافى مع صبغة التحكيم الارادية

وحيث واذا ما جارينا محكمة الاستئناف فيما ذهبت اليه فانه كان عليها بعد ان ثبت لديها ان تكييف المحكمين للقرار التحكيمي كان خاطئا ان تقوم لا بتصحيحه بل بإبطاله طبقا للفصل 78 من فقرته الثانية من مجلة التحكيم الذي يمكن المحكمة من تلقاء نفسها من ابطال القرار التحكيمي اذا ما تراءى لها انه مخالف للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وان قاعدة التنازع ملزمة للقاضي طبقا لأحكام الفصل 28 من مجلة القانون الدولي الخاص وكان بالتالي من المفروض تحريك قاعدة التنازع المضمنة بالفصل 78 من م ت لغاية البحث في القانون الواجب التطبيق .

فضلا على ان التكييف الذي توخته محكمة الاستئناف انبنى على خطا فالأساس الذي اعتمدته لتكييف التحكيم بالدولي هي المعاملة بين طرف ليبي وطرف تونسي التي تستدعي دخول وخروج اموال عبر الحدود أي تجارة دولية والحال ان الشركة موضوع الدعوى خاضعة للقانون التونسي وتمارس نشاط تجاريا داخليا ولتكييف التحكيم بالدولي فان المحكمة تجهد نفسها في اثارة الوقائع فتقر بان جنسية الطرف الليبي تقوم قرينة على كونه غير مقيم بتونس الى ان تقام الحجة على خلافه والحال انها لم تمكن الطاعنين من اقامة الحجة المذكورة وهو ما يدعم افراط المحكمة في سلطتها بالإضافة الى ما ورد بأسانيد حكمها من تناقض ففي حين تقر بوجوب تطبيق القواعد المادية الدولية للقول بصحة اتفاقية التحكيم ثم وبدون مبرر تتمسك بصحة الشرط التحكيمي عملا بالقانون الدولي الخاص والحال ان الفرق شاسع بينهما فالأولى تنطبق مباشرة بدون حاجة الى تعيينها من طرف قاعدة التنازع بينما الثانية تمثل قواعد تنازعيه يكون فيها القانون المنطبق رهين عنصر الاسناد المختار

وحيث ان محكمة الاستئناف بعد ان اجهدت نفسها في اثارة الوقائع لتكييف التحكيم بالدولي كان من المفروض ان ترتب على ذلك الاثار القانونية

الازمة الا انها تتراجع في موقفها وتسلم بوجاهة القرار التحكيمي بمقولة ان عملية التكييف ليس لها تأثير على الاسس القانونية لذلك القرار مما اورث حكمها ضعف التعليل فضلا على ما ورد بالأسانيد من تناقض كلي ناتج عن سوء تأويل للنصوص القانونية ادى الى عدم تلاءم مع النتيجة التي توصلت اليها في حكمها فاضحى حكمها فاقد للأساس القانوني ومستهدفا للنقض من هذه الناحية .

عن المطعن المتعلق بخرق الفصلين 14 و 73 من مجلة التحكيم والفصل 123 من م م م ت :

حيث انه من اوكد واجبات المحكمة استيعاب وقائع القضية كما هي ثابتة من اوراقها وعرضها على الوجه الصحيح حتى يتسنى لها استخلاص النتائج الازمة وتطبيق القواعد القانونية المترتبة عن ذلك عملا بالفصل 123 من م م م ت

وحيث ان ما استخلصته هيئة التحكيم في حكمها من ان المدعي عليه اختار التحكيم الصلحي ثم تراجع فيه ولم يرد المدعي بالقبول على الصفة الصلحية وتعتبر التحكيم طبق القانون طالما لم يتفق الطرفان صراحة على كونه صلحيا مخالفا للثابت بالملف فقد تبين بالرجوع الى اوراق القضية ان المدعي عليه قد اختار التحكيم الصلحي وان المدعي قبل بذلك طبق ما ورد بعريضة الدعوى (صفحة 8) وقد اقر بذلك نائبه في جميع تقاريره المضافة للملف من ان التحكيم هو تحكيم صلحي وانه من بين مطاعن الابطال الدفع بصدور القرار التحكيمي خارج نطاق الاتفاق على التحكيم طبقا لأحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم ومع ذلك فان محكمة الاستئناف اقرت ما ذهبت اليه هيئة التحكيم بمقولة ان ارادة المطلوب كان واضحة وصريحة في قبول التحكيم الصلحي بينما لم يفصح المدعي عن موقفه والحال انه قبل بصفة صريحة وواضحة التحكيم الصلحي

وحيث وطالما ثبت من خلال اوراق القضية بمجال لا يدعو للشك ان الطرفين قد اتفقا على التحكيم الصلحي فان المحكمين المصالحين يجب عليهم ان يتبعوا قواعد العدل والانصاف وليس القواعد القانونية طبقا للفصل 14 من م ت وان الحكم المنتقد لما ساند هيئة التحكيم فيما ذهبت اليه من اعتبار التحكيم طبق

القانون يكون قد خرق احكام الفصلين 14 و 42 من مجلة التحكيم والفصل 123 من م م م ت وهذا يعد ايضا سببا من اسباب النقض

عن الفرع الثالث من المطعن الثالث المتعلق بخرق احكام الفصلين 63 و 64 من م ت والفصل 13 من م م م ت وهضم حقوق الدفاع :

حيث نص الفصل 13 من م ت على انه في صورة التحكيم الحر تتولى هيئة التحكيم تنظيمه بتحديد الاجراءات الواجب اتباعها كما ان الفصل 64 من م ت خول للهيئة التحكيمية سلطة تقرير جواز قبول الادلة المقدمة وصلتها بالموضوع وجدواها واهميتها

وحيث ان النعي على الحكم المنتقد بعدم تمكين المعقبين من اجل معقول لاعداد الجلسة التحضيرية او بعدم التمديد في الاجل مردود عليه بما اثبتته الجلسات التحضيرية التي وقع تاجيلها من طرف المعقبين ونظرا لعدم اتفاق الاطراف على اجراءات التحكيم تطبيق اجراءاتها وذلك طبقا لاحكام الفصل 64 من م ت وانه خلافا لما دفع به الطاعنان فان الفصل 69 من م ت او كل لهيئة التحكيم في غياب اتفاق الاطراف حرية تنظيم هذه الجلسات من عدمها

وحيث وبناء على ذلك فان جلسة المرافعة تحددها هيئة التحكيم اذا رات ذلك وانه خلافا لما ورد بالطعن فان تعيين خبير لا يستوجب تعيين جلسة مرافعة عملا بالفصل 71 من م م م ت الذي لم يحدد أي شرط اجرائي عند تعيين خبير

وحيث ان هيئة التحكيم قد حرصت على معاملة الاطراف على قدم المساواة بتمكين كل طرف من نسخ من التقارير المضافة ورفض التقارير الذي لم يسبق عرضها على الطرف المقابل وتبليغ تقرير الاختبار للطرفين وذلك احتراما لحق الدفاع ولمساواة الاطراف امامها

وحيث ان محكمة الحكم المعقب قد تولت الرد عن هذا الفرع من المطعن الثالث عن صواب وتعين تبعا لذلك رده

عن المطعن المتعلق بخرق القانون خاصة احكام الفصل 3 من قانون اصدار مجلة التحكيم والتناقض في تطبيق النصوص القانونية

حيث ان الفصل الثالث من القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 افريل 1993 المتعلق بإصدار مجلة التحكيم قد الغى احكام الفصول من 258 الى 284 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية

وان احكام هذه المجلة لئن تدخل حيز التنفيذ بعد مضي ستة اشهر من تاريخ صدور هذا القانون الا انه فيما يخص النزاعات المنشورة قبل دخولها حيز التنفيذ تبقى خاضعة للقانون القديم الذي يتم الحكم فيها نهائيا وكذلك الشأن بالنسبة لاتفاقيات التحكيم المبرمة قبل دخول المجلة حيز التطبيق فإنها ايضا تبقى خاضعة للقانون الذي ابرمت في ظله ولا تنطبق عليها احكام مجلة التحكيم

وحيث ان الطاعنين كانا قد تمسكا لدى محكمة الابطال ببطلان الشرط التحكيمي لعدم احترامه لمقتضيات الفصل 262 من م م م ت الا انها اعتبرت ان مجلة التحكيم هي المنطبقة لتعلق الامر بقانون اجرائي يجري العمل به مباشرة وفي ذلك خرق للأحكام الانتقالية الواردة بالفصل الثالث المشار اليه اعلاه وانه كان من الواجب على المحكمة ان تنظر في صحة اتفاقية التحكيم طبقا للقانون الذي ابرمت في ظله وطالما لم تفعل فإنها تكون قد جانبت الصواب وتعين تبعا لذلك قبول هذا المطعن

عن المطعن المتعلق بخرق احكام الفصل 6 من م ت والفصل 1120 من م ا ع

حيث تمسكت الطاعنة شركة *** بان اتفاقية التحكيم لم يقع اثباتها طبق القانون

وحيث نظم المشرع التونسي هذين المسالة صلب احكام الفصل السادس من مجلة التحكيم

وحيث يؤخذ من احكام الفصل السادس المذكور ان اتفاقية التحكيم لا تثبت الا بكتب الا ان المشرع لم يكن متشددا في خصوص شكل الكتب فقد اجاز اثباته بشتى الوسائل الكتابية بما فيها مجرد الاشارة الى وثيقة تعاقدية اخرى متضمنة لشرط تحكيمي

(clause compromissoire par réference)

وحيث ان الشركة ملزمة بعقد تكوينها وبالشرط التحكيمي المضمن به والذي كان تجسيما لارادة طرفيها عند انشائها وقد اعتمد التحيكم طريقة لفصل كل النزاعات التي تمس حقوق المدعي في الشركة وبذلك فان الشرط التحكيمي شمل الشركة وان المحاضر المتبادلة بين الطرفين تدل مثلما ذهبت الى ذلك محكمة الاستئناف عن صواب على ان الشركة المذكورة كانت طرفا في اجراءات التحكيم في اطار الفصل 85 من العقد التاسيسي للشركة

وقد اقتضى الفصل 5 من م ا ع ان الذات المعنوية لا تعبر عن ارادتها عن التعاقد مع الغير الا بواسطة ممثلها القانوني

وحيث ثبت من اوراق الملف ان المعقب هو الممثل القانوني لشركة *** وهو يتمتع بهذه الصفة بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الاحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه وهو الوحيد الذي يتعامل في حق الشركة ويديرها مباشرة عملا بالفصل الرابع من القانون الاساسي لها

وحيث ان ما ذهب اليه المعقب من وجوب احترام احكام الفصل 1120 من م ا ع في غير طريقه ضرورة ان هذا النص يتعلق بالوكالة بصفة عامة ولا يمكن تطبيقه على الذوات المعنوية وخاصة منها الشركات التجارية التي تخضع لأحكام المجلة التجارية اذ ينص الفصل 159 من المجلة التجارية على انه يدير الشركة ذات المسؤولية المحدودة وكيل يتمتع بسلطة كاملة في النيابة عنها في جميع الاحوال ما لم ينص عقد التأسيس على خلافه مما يجعل الفصل 1120 من م ا ع لا ينسحب على قضية الحال

وحيث وبناء على ما تقدم فان نسبة التجاوز لأحكام الفصل 6 من مجلة التحكيم والفصل 1120 من م ا ع لا ينهض حجة لقبول الطعن ضرورة ان تعليل الحكم في هذا المجال ورد مستمدا مما له اصل ثابت بالأوراق اضافة الى اعتماده على حكم القانون لما اعتبر ان المعقبة مشمولة باتفاقية التحكيم وهي ممثلة فيها وتنسحب عليها باعتماد احكام الفصل 159 وما بعده من المجلة التجارية وهو نص خاص يقدم في الاعتبار والانطباق على النص العام الوارد في باب الوكالة مما

يصير المطعن المثار في هذا المجال قاصر عن الدليل المبرر له وتعين تبعا لذلك رده.

عن المطعن المتعلق بخرق القانون وهضم حقوق الدفاع :

حيث وخلافا لما تمسك به الطاعن فان اتفاقية التحكيم تتعلق بالنزاعات التي قد تنشأ بين الشريكين المتعاقدين في خصوص امور الشركة من ارباح او خسائر وهاته المسائل تنطبق عليها احكام المجلة التجارية ومجلة الالتزامات والعقود وليست لها علاقة بقانون الصرف عدد 56 لسنة 1981 المؤرخ في 30 جوان 1981 والمتعلق بتنشيط الاستثمار فالقانون المذكور لا يشترط الترخيص ويكتفي بالمصادقة في حالات وعدم الاعتراض في حالات اخرى وما سمي ترخيصا ليس ترخيصا في المعاملة بين الطرفين وانما هو ترخيص بهم الطرف الليبي فقط وعلاقته بالبنك المركزي التونسي وكيفية تحويل منابه من راس المال من الخارج الى تونس وكيفية ارجاع ذلك المناب والارباح الى الخارج وهذه المسائل لم تشملها اتفاقية التحكيم مطلقا ولم تتعرض لها هيئة التحكيم ولم تؤسس عليها قرارها وانما اثارتها لتبين عدم وجود أي مساس بقواعد النظام العام

وحيث ان محكمة الحكم المنتقد قد ناقشت جميع الدفوعات المقدمة لها وتبينت من صحة الوقائع التي اعتمدتها وخاصة مسالة رخصة البنك المركزي على النحو السالف ذكره اعلاه كما انها راقبت بمقتضى صلاحياتها كمحكمة ابطال اعمال هيئة التحكيم وساندتها فيما ذهبت اليه من ان مخالفة قانون الصرف على فرض وجودها لا تشكل مساسا بالنظام العام وان ابطال العقد الاول المؤرخ سنة 1989 لا تاثير له على عقد الشركة موضوع الدعوى الان والمؤرخ خلال سنة 1991 باعتباره مستقلا عنه وغير مكمل له

وحيث ان ما انتهجته محكمة الاستئناف كان في طريقه ولا مطعن به وتعين تبعا لذلك رد هذا الفرع من المطعن

عن الفرع المتعلق بعدم استيعاب المحكمة للوقائع وتحريفها لها

حيث ان تعيين خبير اول وخبير ثان او تعيين خبيرين معا بموجب حكم تحضيري واحد هي مسالة صياغة اكثر منها مسالة عدم استيعاب للوقائع خاصة وان الوقائع اثبتت ان نتائج اعمال الخبيرين وقع تقديمها في مرحلتين متتاليتين وهو ما جعل محكمة الحكم المنتقد تستعمل عبارة خبير اول وخبير ثان فضلا على ان الطاعن لم يبين تأثير هذه الصياغة على حقوقه .

وانه طالما ان راي الخبير لا يقيد المحكمة فان هذه الاخيرة تبقى حرة في رفض اعتماد بعض نتائج الاختبار وهو ما قامت به هيئة التحكيم وبينت الاسباب التي دعتها لذلك وساندتها في ذلك محكمة الحكم المعقب عن صواب واضحى بذلك هذا الفرع من المطعن غير ذي جدوى وتعين رده ايضا

ولهـــــذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلبي التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 19 جوان 2001 عن الدائرة المدنية الثالثة المتألفة من رئيسها السيد محمد مشرية والمستشارين السيدين محمد النفيسي ونائلة المظفر بمحضر المدعي العام السيدة بشرى بن نصر ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود

وحـــرر في تاريخـــه