ل/الح

الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله،**

وزارة العدل وحقوق الانسان

محكمـة التعقيـب

***عـ4674.2006ـدد القضيــة**

تاريخ القرار :18 جانفي 2007

اصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع بتاريخ 2006/5/17 من طرف الأستاذ "ن.فر" المحامي لدى التعقيب عن شركة المحاماة "ف." وشركاؤه "م" ـ "ك".

نيابة عن: شركة "م.ل" بالبلاد التونسية في شخص ممثلها القانوني مقرها *** تونس.

محل مخابرتها مكتب محاميها المذكور الكائن بعدد *** تونس.

ضد : الشركة "ع.س" "س" في شخص ممثلها القانوني

محل مخابرتها مكتب محاميها الأستاذ "م.ص" الكائن بعدد *** تونس.

طعنا في القرار الاستئنافي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس يوم 2006/04/18 تحت عدد 19030 والقاضي نصه " قضت المحكمة برفض استئناف شركة "ق. ه" شكلا وقبول استئناف الطاعنة شركة "م.ل" بالبلاد التونسية شكلا وفي الاصل باقرار القرار التحكيمي فيما قضى به ضدها وقبول تداخل شركة "م.ل." شكلا وفي الأصل بنقض القرار التحكيمي فيما قضى به ضد شركة "ق.ه" والقضاء مجددا برفض الدعوى في حق هذه الأخيرة وبرفض التداخل أصلا فيما زاد على ذلك وتخطية المستأنفتين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهما ".

وبعد الاطلاع على نسخة القرار المطعون فيه وعلى محضر الاعلام به بواسطة العدل المنفذ بتونس "م.ح" يوم 2006 /5/16 حسب رقيمه عدد 5492 .

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المحررة من نائب المعقبة والمضمنة بكتابة المحكمة بتاريخ 2006/6/14 وعلى محضر تبليغها للمعقب ضدها بتاريخ 2006/6/13 بواسطة عدل التنفيذ بتونس "ح.ع" حسب رقيمه عدد 30826.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على مستندات التعقيب المقدمة من الاستاذ "م.ص" نيابة عن المعقب ضدها المضمنة بكتابة هذه المحكمة بتاريخ 12 جويلية 2006.

وبعد الاطلاع على التقرير الاضافي المحرر من نائب المعقب ضدها المضمن بكتابة المحكمة بتاريخ 29 ديسمبر 2006.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المؤرخة في 2 ديسمبر 2006.

وبعد الاطلاع على الحكم التحكيمي الصادر بتاريخ 2004/9/15 عن هيئة التحكيم الحر المتركبة من أعضائها "ع.ك" و"ع.أ" و"ع.ه".

وبعد الاطلاع على أوراق القضية.

وبعد الاستماع لمرافعة نائبي الطرفين الأستاذ "م.أ" عن المعقبة والأستاذ "م.ص" عن المعقب ضدها.

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لشكلياته القانونية وصيغه الاجرائية طبق الفصل 175 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية واتجه قبوله شكلا.

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية حسبما اثبتها القرار المطعون فيه والاوراق التي انبنى عليها أنه بموجب عقد مبرم في 6 ماي 2000 سوغت الشركة "ع.ت.س." لشركة "م.ل" للبلاد التونسية بضمان شركة "ق.ه" أصلا تجاريا يتمثل في نزل "د" الكائن بجزيرة جربة وبه أشغال لم تكتمل بعد وذلك لمدة خمسة أعوام قابلة للتجديد ومن شروطه أن تضمن المكترية قرضا لاتمام الأشغال بمبلغ خمسة ملايين دينار ويسلم النزل مكتملا في نهاية شهر أكتوبر 2000 ثم أخر الأجل إلى غرة أفريل 2001 وفيه سلم النزل مع بقاء بعض أشغال دون اكتمال. وعلى إثر نشوب نزاع بين أطراف العقد بخصوص تنفيذه لجأت الشركة المتسوغة والشركة الضامنة إلى تعيين محكم من جهتهما وقدمتا عريضة دعواهما إلى الهيئة التحكيمية تأسيسا على الشرط التعاقدي المضمن بالفصل 20 من العقد الأصلي وطلبتا الحكم بفسخ العقد مع الزام المدعى عليها بأن تؤدي لهما نحو 45 مليون دينار فردت المدعى عليها عن الدعوى طالبة رفض طلب الفسخ مع الزام المدعيتان بأن يؤديا لها 120 مليون دينار.

وبعد استيفاء الإجراءات قضت هيئة التحكيم بموجب حكمها المؤرخ في 2004/9/15 بما يلي:

" أولا : باعتبار التحكيم دوليا والحكم نهائيا.

ثانيا : بفسخ العقد المبرم بين الطرفين يوم 6 ماي 2000 وملحقاته ، بسبب من الطرفين، وبأثر من تاريخ هذا الحكم.

ثالثا : باعتبار المدعية الأولى دائنة للمدعى عليها بمبلغ جملته 376473.093 د – ثلاثمائة وستة وسبعون ألفا وأربعمائة وثلاثة وسبعون دينارا وثلاثة وتسعون مليما، وحفظ الحق في بقية طلبات الترجيع.

رابعا: باعتبار المدعى عليها دائنة للمدعيتين بالتضامن : 1. بمبلغ جملته 10915000.000 د عشرة ملايين وتسعمائة وخمسة عشر ألفا بعنوان معين كراء 2. بمبلغ قدره 1874700.000 د مليون وثمانمائة وأربعة وسبعون ألفا وسبعمائة دينار بعنوان الأداء على القيمة المضافة ، 3. بمبلغ جملته

87913.500 د سبعة وثمانون ألفا وتسعمائة وثلاثة عشر دينارا وخمسمائة مليم تعويضا للضرر الذي حصل بالمكرى.

خامسا: بدفع المبالغ المحكوم بها في نطاق التسوية القضائية الذي يخضع له المدعى عليها حسب الحالة التي تكون فيها عند التنفيذ.

سادسا : برفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

سابعا : بتحميل كل طرف بما دفعه من مصاريف القضية ".

فاستانفه المحكوم ضدهما شركة "م.ل" بالبلاد التونسية وشركة "ق.ه" في شخص ممثليهما القانونيين وتداخلت في القضية الاستئنافية شركة "م.ل".

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس حكمها المطعون فيه الآن بالتعقيب والمضمن نصه بالطالع وبررت قابلية الحكم التحكيمي للطعن أمامها بالاستئناف تأسيسا على اعتباره حكما تحكيميا داخليا بالقول :

1. أنه ولئن توفرت المصلحة والصفة للضامنة للحضور بجانب الشركة التي تضمنها أمام الهيئة التحكيمية إلا أنه لا يجوز وصف التحكيم بأنه داخلي أو دولي بالنظر لصفة الضامنة ومقر إقامتها طالما أن هذه الأخيرة ليست طرفا مستقلا في اتفاقية التحكيم بل إنها تستمد صفتها للحضور أمام الهيئة التحكيمية من المتسوغة التي تضمنها والتي هي طرفا في اتفاقية التحكيم وتأسيسا على ذلك فان تكييف التحكيم بأنه داخلي أو دولي يتم بالنظر للطرفين الأصليين المشمولين باتفاقية التحكيم ضرورة أن جميع الالتزامات الواردة بالعقد محمولة عليهما فقط وأن الحكم الذي سيصدر عن الهيئة التحكيمية سيتسلط عليهما أصالة وأن انسحاب آثاره على الضامنة يتم في صورة الحكم بالأداء على المتسوغة التي تضمنها الضامنة.
2. أن موضوع التعاقد في القضية يتعلق بتسويغ أصل تجاري كائن بتونس بين شركتين تونسيتين يقع مقر عملهما بتونس ولاعلاقة له إذن بالتجارة الدولية طالما لاوجود لدولة أخرى ينفذ فيها موضوع العقد فضلا على أنه لا يجوز اعتماد مقر عمل الشركة الضامنة لوصف التحكيم بأنه دولي طالما أنها

ليست طرفا أصليا في اتفاقية التحكيم بالاضافة إلى أنه لم تكن تتوفر في جانبها الصفة عند القيام أمام الهيئة التحكيمية وترتيبا على ذلك وخلافا لما ورد بالقرار التحكيمي فان التحكيم موضوع القضية تحكيما داخليا وهو قابل للطعن فيه بالاستئناف ضرورة أنه تم التنصيص صلب الاتفاقية على أن القرار التحكيمي قابل للاستئناف وأن رئيس المحكمة الابتدائية بتونس هو المختص بتعيين محكم في صورة تخلف أحد الطرفين عن ذلك وفي صورة عدم توصل المحكمين المعينين الى تعيين المحكم الثالث.

ثم تولت المحكمة بعد ذلك القضاء برفض استئناف شركة **** شكلا اعتبارا لثبوت تشطيبها من السجل التجاري وأنه بالتالي لم يعد لها وجودا.

ثم تناولت بالرد على مستندات استئناف الشركة المتسوغة (شركة ******) وخلصت إلى أنها لم تأت بما يوهن القرار التحكيمي في خصوص ما قضي به ضدها فأقرته.

وتولت المحكمة بعد ذلك قبول تداخل شركة ******* شكلا وقضت بنقض القرار التحكيمي في فرعه المتعلق بإلزام شركة ******* بالأداء والقضاء مجددا برفع الدعوى في حقها لأنه لا تتوفر فيها الصفة ثم قضت برفض تداخلها أصلا لكون المتداخلة لا تتمتع بالصفة والمصلحة للطعن في القرار التحكيمي !!!

فتعقبته المحكوم ضدها شركة "م.ل" للبلاد التونسية ناسبة اليه ما يلي:

I : <u>في المطاعن المتعلقة بموقف محكمة الاستئناف من الدعوى الأصلية</u>

أولا : مخالفة الفصول 43 و46 و56 و335 من مجلة الالتزامات والعقود

بمقولة أنه وقع خطأ في صفة المتعاقد معه ضرورة أن المعقب ضدها كانت زمن التعاقد في وضعية توقف عن الدفع وتولت إخفاء ذلك عنها وهو أمر موجب للفسخ لكون التعاقد كان مبنيا على الغلط والتغرير وهو ما لم تتفحصه المحكمة بناء على تأويل خاطئ للقانون حينما اعتبرت أن تمسك الطاعنة بفسخ العقد يفيد صحة العقد من حيث شروط تكوينه طالما أن الفسخ هو جزاء عدم التنفيذ.

ثانيا : مخالفة أحكام الفصل 123 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية بمقولة أن عرض محكمة القرار المطعون للمستندات تضمن تحريفا آل بها إلى نتائج خاطئة بخصوص تنفيذ كل طرف لالتزاماته مما كان له أثر على قرارها.فخلافا لما ذهبت اليه فإنها تولت توفير مبلغ لإتمام الأشغال فاق المبلغ الملتزم به مقابل إخلال المعقب ضدها بالتزاماتها المتمثلة في تسليم نزل من صنف 5 نجوم خاليا من العيوب.

ثالثا : هضم حقوق الدفاع بمقولة أن محكمة القرار المطعون فيه لم تتول الرد على دفوعاتها المتعلقة بطلباتها المالية.

رابعا: تناقض أجزاء الحكم المطعون فيه وضعف التعليل بمقولة أن محكمة القرار المطعون فيه لما أقرت ما ذهبت إليه الهيئة التحكيمية من أن عدم استمرار العقد كان بسبب من الطرفين كان عليها حينئذ تحميل المعقب ضدها نصف المسؤولية عن فسخ العقد وهي لذلك لم تستخلص النتيجة المنطقية من حيثياتها مما يجعل أجزاء الحكم المطعون فيه متناقضة.

خامسا: مخالفة أحكام الفصل 760 من مجلة الالتزامات والعقود بمقولة أن إرادة الأطراف انصرفت إلى اعتبار تاريخ وجوب توفر الوصف هو تاريخ التسليم لا تاريخ العقد وأضحى تطبيق المحكمة للفصل 760 من م ا ع في تحديد تاريخ الوصف بتاريخ العقد محرفا لإرادة الأطراف لكونه ليس من الفصول الآمرة.

سادسا: مخالفة مقتضيات الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود وانعدام التعليل بمقولة أن اعتبار المحكمة تمشيا مع ما انتهت اليه الهيئة التحكيمية من أن عدم اجراء الجرد لا يعد مبررا لطلب الفسخ مخالف للفصل 5 من العقد الذي يوجب إجراء الجرد قبل تسليم النزل وأن عدم القيام به يعد اخلالا بالتزام تعاقدي موجبا للفسخ.

سابعا: مخالفة أحكام الفصول 748 و749 و750 و751 من مجلة الالتزامات والعقود بمقولة أن محكمة الحكم المطعون فيه أخطأت في تأويل الفصل 748 وما بعده من م ا ع لكون عناصر الشغب المتوفرة في القضية والمتمثلة في مطالبة دائني المسوغة بحقوقهم بالقيام باجراءات تحفظية وتنفيذية على النزل

تكتسي طابع الجدية والخطورة ومن شأنها أن تؤول حتما إلى التنفيذ على الأصل التجاري بالنظر للحالة المادية للمسوغة.

II : <u>في المطاعن المتصلة بالدعوى المعارضة</u>

أولا : خرق أحكام الفصلين 28 و227 من م م م ت بمقولة **أنه** لم يكن الهدف من الدعوى المعارضة للمسوغة الدفاع عن نفسها لرد الدعوى الأصلية أو المقاصة أو طلب غرم الضرر المتسبب عن النازلة بل انها تهدف من خلالها إلى طلب تعويضات مستقلة فكان على محكمة القرار المنتقد رفضها وإن لم تفعل تكون قد خرقت أحكام الفصلين 28 و227 من م م م ت.

ثانيا: مخالفة الفصل 242 من مجلة الالتزامات والعقود اعتبارا لكون ما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه من تمتيعها بنصف الاعفاء مع تمكين المسوغة من نصف معلوم التسويغ عن المدة إعمالا للفصل 243 من م إ ع فيه تحريف صارخ لإرادة الأطراف الواردة بالملحق التعديلي للعقد المبرم في 25 جانفي 2001 المنقح للفصل 7 من العقد الأصلي بخصوص فترة الإعفاء المحددة بثمانية أشهر ممتدة من غرة أفريل 2001 إلى 30 نوفمبر 2001.

ثالثا: مخالفة الفصل 14 من مجلة التحكيم بمقولة أنه يتضح من الحكم التحكيمي أن الهيئة التي أصدرته ودون أن يصرح بذلك علنا قد تخلت عن تطبيق القانون لتطبق الانصاف وراء ستار الفصل 243 من م ا ع والحال أنها ملزمة بتطبيق القانون عملا بنص اتفاقية التحكيم وبأحكام الفصل 14 من مجلة التحكيم وسايرتها في ذلك محكمة الحكم المطعون فيه دون أن يكون مأذونا لهما بذلك صراحة من الأطراف.

رابعا: مخالفة الفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود وسوء تأويله وتطبيقه قولا بأن تطبيق الفصل 243 في نزاع الحال يعد تطبيقا غير سليم ضرورة أن إرادة الأطراف المتعاقدة كانت واضحة في إعفاء أحدهما من أداء مبلغ معين لمدة معينة ولا مبرر لإقصاء اتفاق الطرفين الذي يعد قي مقام القانون طبقا للفصل 242 من م ا ع فالعقد ملزم للأطراف ولا يمكن للمحكمة تعديله بعنوان الإنصاف.

خامسا: تناقض أجزاء القرار المطعون فيه باقراره ما جاء بالحكم التحكيمي في خصوص اعتماد الهيئة التي أصدرته من جهة الفترة السابقة للنزاع معين تسويغ كاملا رغم ما ثبت من وجود نقائص وعيوب وعدم تحقيق الوصف المرغوب في النزل ومن جهة أخرى وبخصوص فترة النزاع ارتأت تخفيض معين التسويغ عملا بمبدأ الانصاف ليتطابق مع القيمة الانتفاعية الفعلية.

سادسا: مخالفة أحكام الفصل 101 من م م م ت وهضم حقوق الدفاع والقصور في التعليل لعدم الاستجابة لتعيين خبير عدلي في المحاسبة في تحديد القيمة الكرائية واعتماد الهيئة التحكيمية على عناصر مبهمة وغير دقيقة في تقديرها ودون الرد على طلبها.

وطلبت تبعا لذلك قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه والقضاء بإرجاع القضية إلى محكمة الاستئناف لتنظر فيه مجددا بهيأة مختلفة كالاذن بايقاف تنفيذه عملا بأحكام الفصل 194 من م م م ت .

وحيث **ردا** على مستندات المعقبة لاحظ الأستاذ "م.ص" نائب المعقب ضدها أن دفوعات المعقبة تتجاوز اطار الطعن في الأحكام المتعلقة بالطعن بالابطال في الأحكام التحكيمية حسب ما اقتضاه الفصل 175 من م م م ت وقد استقر فقه القضاء على عدم جواز التمسك بذلك في خصومة تحكيمية عند الطعن في حكم تحكيمي وأن الطعن بالابطال في الحكم التحكيمي مقصور على رقابة شكلية محددة ولا يمكن مجاوزة ذلك إلى مناقشة دفوعات موضوعية مضيفا أنه خلافا لما تنسبه اليه الطاعنة فان الحكم المطعون فيه تولى الرد على مطاعنها وأن الدعوى المعارضة التي بتت فيها هيئة التحكيم لم تكن إطلاقا خارج إطار طلب المعقبة وهي متصلة اتصالا وثيقا بالدعوى الأصلية المستندة إلى عقد الوكالة وبالتالي لا تثريب عليها في ذلك مؤكدا كذلك ان الهيئة التحكيمية طبقت قواعد القانون وهو الأمر الثابت من حيثيات الحكم الصادر عنها

وطلب تبعا لذلك رفض مطلب التعقيب موضوعا.

لمحكمـــــة

عن المطعن المثار من المحكمة لتعلقه بالنظام العام

حيث أن قابلية الحكم التحكيمي للطعن فيه بالاستئناف من عدمه من المسائل التي تهم النظام العام وعلى المحكمة أن تثيره من تلقاء نفسها.

وحيث يميز المشرع التونسي في مجلة التحكيم بين التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وأخضع كل واحد منهما لنظام قانوني مستقل عن الآخر (الباب الأول خاص بالتحكيم الداخلي والباب الثاني خاص بالتحكيم الدولي) ولو أنه وضع أحكام مشتركة بينهما وردت بالباب الأول من المجلة وكذلك تلك المتعلقة بالتحكيم الداخلي التي تحيل الى تطبيقها بعض الفصول الواردة بالباب المتعلق بالتحكيم الدولي.

وحيث تكمن أهمية تكييف التحكيم بكونه دوليا أو داخليا في تحديد النظام القانوني المنطبق عليه وخصوصا في تحديد الطرق المخولة للطعن في الحكم الصادر في شأنه والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه وأجل التقدم بالطعن.

وحيث لا يجيز المشرع الطعن في الحكم التحكيمي الدولي إلا بالابطال (الفصل 78 من مجلة التحكيم) بينما يجيز الطعن في الحكم التحكيمي الداخلي بالابطال (الفصل 42 من مجلة التحكيم) وبالاعتراض من الغير (الفصل 41 من مجلة التحكيم) وبالاستئناف في صورة التنصيص على ذلك صراحة في اتفاقية التحكيم (الفصل 39 من مجلة التحكيم).

وبينما يكون الحكم التحكيمي الداخلي قابلا للابطال ولو اشترط الأطراف خلاف ذلك (الفصل 42 فقرة أولى من مجلة التحكيم) فانه يجوز للأطراف الذين ليس لهم مقر بتونس أو محل إقامة أصلي أو محل عمل أن يتفقوا صراحة على استبعاد الطعن كليا أو جزئيا فيما تصدره هيئة التحكيم إذا كان دوليا (الفصل 78-6 من مجلة التحكيم).

وحيث يختص بمنح الاذن بتنفيذ الحكم التحكيمي الداخلي رئيس المحكمة الابتدائية التي صدر بدائرتها الحكم (الفصل 33 من مجلة التحكيم) وبدعوى ابطاله محكمة الاستئناف التي صدر بدائرتها الحكم (الفصل 43 من مجلة التحكيم) بينما يختص بالنظر في طلب تنفيذ الحكم التحكيمي الدولي وطلب ابطاله

اختصاصا مطلقا محكمة الاستئناف بتونس (الفصلين 78 و80 من مجلة التحكيم).

وحيث يسقط الطعن بالابطال في الحكم التحكيمي الداخلي بمضي ثلاثين يوما من تاريخ الاعلام به (الفصل 43 من مجلة التحكيم) بينما لا يسقط الطعن بالابطال في حكم التحكيم الدولي إلا بمضي ثلاثة أشهر من يوم تسلم الطاعن لحكم التحكيم أو من يوم بت هيئة التحكيم في المطلب المقدم لها في اصلاح غلط في الرسم أو الحساب أو مطلب شرح أو مطلب اصدار حكم تكميلي وفق الفصل 77 من مجلة التحكيم (الفصل 78-3 من مجلة التحكيم).

وحيث أن القول بكون تكييف التحكيم بالداخلي أو الدولي من المسائل المتعلقة بالنظام العام لتأثيرها على أوجه الطعن في الحكم التحكيمي والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه قول غير صائب قانونا إذ يتضح من قراءة الفصل 48 من مجلة التحكيم أن المشرع التونسي فتح الباب واسعا في تحديد دولية التحكيم بجمعه بين عدة معايير قانونية ومعيار اقتصادي إذ ينص على أنه :

"1 - **يكون التحكيم دوليا** في إحدى الحالات التالية :

أ - إذا كان محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين.

ب - **إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف**:

1 - **مكان التحكيم** إذا نصت عليه اتفاقية التحكيم أو وقع تحديده وفقا لها.

2 - أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

ج - **إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.**

د - بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية...".

وحيث تأسيسا على الفصل المذكور لا يمكن القول بأن تكييف التحكيم بالداخلي أو بالدولي في القانون التونسي – خلافا للقانون الفرنسي - من المسائل

التي تهم النظام العام وإلا لما ترك المشرع إمكانية تدويله بشكل اعتباري أو صوري تأسيسا على مجرد اتفاق الأطراف على تحديد مكان التحكيم خارج البلاد التونسية أو بناء على اتفاقهم الصريح على اعتباره دوليا والحال أن جميع عناصر النزاع داخلية.

وحيث أن مجرد القول بأنه لا تجوز الصورة المعاكسة أي إمكانية اتفاق الأطراف على كون التحكيم داخليا والحال أنه دولي بتوفر أحد معايير الفصل 48 المذكور من مجلة التحكيم لا يجعل من تكييف التحكيم من المسائل المتعلقة بالنظام العام فلو أراد المشرع ذلك لاقتصر - أسوة بالمشرع الفرنسي بالفصل 1492 جديد من مجلة الإجراءات المدنية - على المعيار الاقتصادي في تحديد دولية التحكيم هذا من جهة ،ومن جهة ثانية فالقول بأن تكييف التحكيم يهم النظام العام لما له من تأثير على تحديد قواعد الطعن فيه يسري على التحكيم الداخلي والدولي على حد السواء وترتيبا على ذلك فانه يكون من غير السليم منطقا وقانونا قبول تكييف التحكيم بالدولي والحال أن جميع عناصره داخلية (لكونه لا يتعارض مع النظام العام) و رفض تكييف التحكيم بالداخلي والحال أن عناصره دولية (لتعارض ذلك مع النظام العام) فكل تكييف خاطئ ،سواء كان متعلقا بالتحكيم الداخلي أو بالتحكيم الدولي، يكون مبدئيا – وفق الرأي المنتقد - مخالفا للنظام العام لما له من تأثير على طرق الطعن وهي نتيجة لا تتماشى مع القراءة الصحيحة لأحكام الفصل 48 المشار إليه من مجلة التحكيم.

وحيث أن ما يهم النظام العام في الحقيقة هي طرق الطعن في الحكم التحكيمي والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه وأجل سقوطه وهي ترتبط – في القانون التونسي - بالتكييف الذي أصبغته هيئة التحكيم على حكمها فمتى قررت الهيئة أنه دوليا فلا يقبل الطعن فيه إلا بالابطال أمام محكمة الاستئناف بتونس ومتى كيفته بالداخلي فالطعن فيه يكون بالابطال أو بالاستئناف متى اتفق الطرفان على ذلك صلب اتفاقية التحكيم و بالاعتراض من الغير إذا تضرر منه ويتم ذلك أمام محكمة الاستئناف التي صدر بدائرتها الحكم.

فتحديد وسيلة الطعن الجائزة قانونا تتم وفق التكييف الذي أصبغته هيئة التحكيم على حكمها ولا على تكييف لاحق من المحكمة المتعهدة بطلب الابطال أو الاستئناف أو الاعتراض وإلا لآل الأمر بالمحكمة أن تعمد عند كل بت في طعن مسلط على حكم تحكيمي أمامها إلى البحث في طبيعته إن كان داخليا أم دوليا لبيان إن كان الطعن فيه أمامها جائز قانونا أم لا **أولا** ومختصة بالنظر فيه **ثانيا** وتم في الأجل **ثالثا**، والحال أن مسألة التكييف يبت فيها ضرورة قبل الطعن في الحكم التحكيمي وإلا لتاه سبيل من أراد الطعن في الطريقة التي يطعن وفقها فيضطر حينذاك للطعن بالابطال وبالاستئناف في نفس الوقت (كما هو الحال بالنسبة لقضية الحال) والطعن بالابطال وفق الأحكام الخاصة بالتحكيم الداخلي أمام محكمة الاستئناف التي صدر بدائرته الحكم ووفق الأحكام المتعلقة بالتحكيم الدولي أمام محكمة الاستئناف بتونس حتى لا يفوّت على نفسه الطعن في الحكم التحكيمي بالوسيلة التي تقرر المحكمة جوازها وفي الأجل المقرر للقيام بها وأمام الجهة القضائية المختصة بالنظر فيها تحسبا لكل تكييف مخالف لما ذهبت إليه الهيئة التحكيمية.

وحيث أنه في صورة اقتصار الطاعن مثلا على استئناف حكم وصف من هيئة التحكيم بكونه داخليا مع فرض قابليته لذلك (اعتبارا لكون الأحكام القابلة للاستئناف لا يجوز الطعن فيها بالابطال عملا بالفصل 40 من مجلة التحكيم) ورأت المحكمة أن التحكيم دوليا وبالتالي لا يجوز الطعن في الحكم الصادر فيه بالاستئناف تكون قد فوّتت عليه المحكمة الطعن بالابطال اعتبار لكونه مقيد **بأجل سقوط** في ذلك وهو أجل لا يقبل القطع أو التعليق.

وحيث تطرح إمكانية أن تقضي المحكمة بسقوط الطعن بالابطال لو تقدم طرف بطلب ابطال حكم تحكيمي وصف بالدولي من هيئة التحكيم واعتبر داخليا من المحكمة في أجل تجاوز الثلاثين يوما من إعلامه بالحكم التحكيمي باعتبار أن أجل الطعن بالابطال في الحكم التحكيمي الداخلي محدد بثلاثين يوما من تاريخ الاعلام به (الفصل 43 من مجلة التحكيم) والحال أن التحكيم الدولي يتم الطعن فيه وفق الفصل 78 – 3 من مجلة التحكيم في أجل ثلاثة أشهر من يوم

تسلم الطاعن لحكم التحكيم أو من يوم بت هيئة التحكيم في المطلب المقدم لها في اصلاح غلط في الرسم أو الحساب أو مطلب شرح أو مطلب اصدار حكم تكميلي وفق الفصل 77 من مجلة التحكيم فيخشى الطاعن بالابطال في الحكم التحكيمي الموصوف دوليا من هيئة التحكيم بسقوط طعنه لو تقدم في أجل يتجاوز أجل الطعن في التحكيم الداخلي لو كيفته المحكمة كذلك و إلى حرمانه من حقه في التقدم بطلب شرح أو اصلاح غلط .. فيؤدي ذلك حتما إلى عدم الاستقرار وفقد الثقة في التحكيم كوسيلة لفض النزاعات.

وحيث يكون مؤدى الاقرار بامكانية تدخل القضاء في تكييف التحكيم عدم إمكان معرفة الطاعن للوسيلة التي سيلجأ اليها للطعن في الحكم التحكيمي والجهة القضائية التي سيتوجه لها بطعنه. فمن غير الممكن له التنبأ بموقف المحكمة بخصوص التكييف الذي ستعتمده للتحكيم والذي ستنبني عليه آجال الطعن والجهة القضائية المختصة والوسيلة الممكنة. فلا يجوز أن يكون الراغب في الطعن مضطرا في جميع الأحوال بأن يطعن بالابطال وبالاستئناف (إن كان متفقا عليه من الأطراف) في نفس الوقت وأن يتقدم بطلب الابطال أمام محكمة الاستئناف التي صدر بدائرتها الحكم (على فرض صدور الحكم خارج دائرة محكمة استئناف تونس) وأمام محكمة الاستئناف بتونس اعتبارا لكونها المختصة بصفة مطلقة بالنظر في دعوى ابطال الأحكام التحكيمية الدولية وهو مضطر لتأسيس طعنه بالابطال في الحكم التحكيمي إذا كان صادرا بدائرة محكمة الاستئناف بتونس على أساس أسباب الطعن في الحكم التحكيمي الدولي والحكم التحكيمي الداخلي في نفس الوقت تحسبا لأي موقف مغاير من المحكمة عن موقف الهيئة التحكيمية بخصوص تكييف التحكيم.

وحيث أن خاصية الوضوح والأمان القانوني من الأمور الواجب توفرها في إجراءات الطعن تفاديا لإمكانية إثارة مسؤولية محامي الطاعن في تحديد الطريقة التي سيتبعها في الطعن في الحكم التحكيمي من جهة وتحقيقا للنجاعة التي أرادها المشرع لمؤسسة التحكيم من جهة ثانية.

وحيث ترتيبا على ذلك **فلا رقابة لقاضي الابطال أو الاستئناف على التكييف الذي أصبغته هيئة التحكيم على حكمها** وعليه الامتناع عن الخوض في مسألة التكييف من جديد لغاية قبول الطعن شكلا من عدمه أو تحديد الأسباب الجائزة فيه سواء من تلقاء نفسه أو بإثارة من أحد أطراف النزاع أو جميعها والقول بخلاف ذلك من شأنه الانحراف بالاجراءات والتأثير سلبيا على نجاعة نظام التحكيم ذاته كما سبق بيانه.

وحيث لو جارينا القول بأن تكييف التحكيم من المحكمة يهم النظام العام لتأثيره على طرق الطعن والجهة القضائية المختصة فإن مؤداه أنه إذا ثبت للمحكمة خطأ الهيئة التحكيمية في تكييف حكمها فعليها أن تقضي ببطلانه لخرقها قاعدة من قواعد النظام العام عملا بالفصل 42 - رابعا من مجلة التحكيم إذا كان التحكيم داخليا وبالفصل 78 - ثانيا من ذات المجلة إذا كان دوليا كما ذهبت إليه هذه المحكمة في قرارها عدد 3549/4349 المؤرخ في 24 أفريل 2001 بالقول أنه "**كان على محكمة الاستئناف /اذا ما جارينا فيما ذهبت اليه/ بعد ان ثبت لديها ان تكييف المحكمين للقرار التحكيمي كان خاطئا ان تقوم لا بتصحيحه بل بابطاله 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..**" وليس لها أن ترفض قبول الطعن فيه بالابطال أو بالاستئناف شكلا بناء على إعادة تكييفه أو أن تنظر فيه لغير الأسباب التي طعن فيه من أجلها بتغيير السند القانوني للابطال كأن تتولى محكمة الابطال النظر في الطعن المرفوع أمامها على أساس الأسباب الخاصة بالتحكيم الدولي (الفصل 78 من مجلة التحكيم) والحال أن تأسيس الطالب أسباب طعنه كان على أحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم اعتبارا لكونه تحكيما داخليا وفق ما قررت الهيئة التحكيمية.

وحيث تكون المحكمة حينما تعمد إلى ذلك قد انحرفت بإجراءات الدعوى المرفوعة أمامها وانتصبت مكان الطاعن في تحديد أسباب الطعن والرد عليها بدون مواجهة بين أطراف النزاع بها خارقة بذلك حقوقهما في الدفاع.

وحيث أن تدخل القضاء في تكييف التحكيم إذا تم الطعن في الحكم التحكيمي الموصوف داخليا من هيئة التحكيم في نفس الوقت أمام محكمة استئناف غير محكمة استئناف العاصمة لصدوره بدائرتها وأمام محكمة الاستئناف بتونس لتمسك الطاعن بكونه تحكيما دوليا، واختلفت المحكمتان في اعادة تكييف التحكيم، قد يؤدي إلى إمكانية تعارض الحكمين بمصادقة المحكمة الأولى فرضا على تكييف هيئة التحكيم لحكمها إذا قضت برفض الطعن فيه موضوعا وبتغيير تكييفه من المحكمة الثانية بمجاراة الطاعن بكونه دوليا ثم الحكم بابطاله. فيكون الطعن في الحكم التحكيمي أمام محكمتين غير مقبول منطقا وقانونا في غياب أية سلطة لمحكمة على أخرى فضلا عن كونه لا يشكل صورة من صور تدخل محكمة التعقيب للتعديل بين المحاكم وفق أحكام الفصل 198 من م م م ت والحال أنه لا إشكال في صورة تقيد المحكمتين بالتكييف الذي أصبغته هيئة التحكيم على حكمها.

وحيث أن هذا الاضطراب في تحديد وسيلة الطعن وأجله والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه من الأسباب التي قد لا ترغب في اللجوء للتحكيم لفض النزاعات والحال أن مبنى التحكيم وضوح قواعده وخاصة تلك المتعلقة بإجراءته وطرق الطعن في أحكامه لتحقيق الغاية المنشودة منه.

وحيث أن تطويل أمد التقاضي بسبب يتعلق باختلاف في تكييف الحكم التحكيمي ليس من شأنه أن يخدم التحكيم إذ أن ذلك يشكل عبئا إجرائيا إضافيا للتحكيم من شأنه "تغيير" طبيعة وظيفته Dénaturation ويمنح فرصة إضافية للأطراف الراغبة في تطويل أمده بما يؤدي إلى عدم تحقيق الغاية المنشودة من اللجوء إليه.

وحيث أنه تمشيا مع الموقف السابق فإن اعتبار الاختصاص الحكمي للهيئة التحكيمية يهم النظام العام في كل الأحوال لكونه أيضا يحدد وسيلة الطعن والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه يدخل في صلاحيات محكمة الابطال والحال أن المشرع أوجب اثارته في التحكيم الدولي أمام هيئة التحكيم في أجل أقصاه تقديم الملحوظات الكتابية وفق الفصل 61 من مجلة التحكيم فلا يمكن للمحكة المتعهدة

بطلب الابطال أن تنظر فيه (من تلقاء نفسها أوبطلب من الطاعن) في صورة عدم سبق إثارته أمام الهيئة التحكيمية رغم كونه يعد سببا قانونيا للابطال وفق الفصل 78 – ج من مجلة التحكيم ، لكونه لا يتعلق بالنظام العام وإلا لما اشترط المشرع أن يثار في الأجل المذكور تفاديا لتطويل أمد التقاضي. فالسكوت عن اثارته يعد قبولا به فلا يمكن بحال لمحكمة الابطال أن تعيد النظر في اختصاص الهيئة التحكيمية بدون أن يكون قد أثير في الأجل المحدد له أمامها من جهة أو بعد صدور حكم جزئي بخصوصه لم يقع الطعن فيه أمامها في بحر الثلاثين يوما الموالية لتاريخ الاعلام به عملا بالفصل 61-3 من مجلة التحكيم من جهة ثانية.

وحيث أن **عدم جواز اعادة تكييف التحكيم من المحكمة لغاية تحديد طرق الطعن الجائزة فيه** لا يعني عدم إمكان تولى المحكمة تكييف العلاقة التي بت فيها الحكم التحكيمي بالدولية أو بالداخلية **لغاية أخرى** كالتأكد من توفر شرط الاهلية لأحد أطراف اتفاقية التحكيم بالبحث مثلا في جواز التحكيم في النزاعات المتعلقة بالدولة والمؤسسات العمومية ذات الصبغة الادارية والجماعات المحلية باعتبار أن جواز التحكيم بالنسبة لها مقصور على النزاعات الناتجة عن علاقات دولية اقتصادية عملا بالفصل 7 – خامسا من مجلة التحكيم.

وحيث طالما كيفت الهيئة التحكيمية حكمها المطعون فيه باعتباره دوليا ووصفته بالنهائي فإنه لا يجوز الطعن فيه إلا بالابطال بالرغم من اتفاق الأطراف على إمكانية استئنافه لتعلق ذلك بالنظام العام الاجرائي.

وحيث تكون محكمة الحكم المطعون فيه حينما أعادت تكييف التحكيم بالداخلي (لغاية قبول الطعن فيه بالاستئناف) والحال أنه وصف بالدولي من هيئة التحكيم وبتت في الطعن فيه موضوعا بالاستئناف قد انحرفت بالاجراءات وتجاوزت صلاحياتها وخرقت النظام العام الاجرائي المتعلق بطرق الطعن واتجه تبعا لذلك نقض حكمها من هذه الناحية.

وحيث علاوة على ذلك وبصرف النظر عن كل ما ذكر فإن تكييف التحكيم بالدولي أو بالداخلي يتم في القانون التونسي بالرجوع لأحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم.

وحيث ينص الفصل المذكور على أنه:

"1 - **يكون التحكيم دوليا** في إحدى الحالات التالية :

أ - **إذا كان محل عمل أطراف اتفاقية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفتين.**

ب - إذا كان أحد الأماكن التالية واقعا خارج الدولة التي فيها محل عمل الأطراف:

1 - مكان التحكيم إذا نصت عليه اتفاقية التحكيم أو وقع تحديده وفقا لها.

2 - **أي مكان ينفذ فيه جزء هام من الالتزامات الناشئة عن العلاقة** أو المكان الذي يكون لموضوع النزاع أوثق صلة به.

ج - إذا اتفق الأطراف صراحة على أن موضوع اتفاقية التحكيم متعلق بأكثر من دولة واحدة.

د - **بصفة عامة إذا تعلق التحكيم بالتجارة الدولية...**".

وحيث أن التنصيص بالشرط التحكيمي المضمن بالفصل 20 من العقد الأصلي المؤرخ في 16 أوت 2000 المتعلق بكراء الأصل التجاري الرابط بين أطراف النزاع على أن الهيئة التحكيمية تتركب من ثلاث محكمين واحد منهم يعينه المسوغ والآخر المتسوغ والثالث يتوليا اختياره المحكمين المعينين من الطرفين المذكورين لا يعني البتة عدم شموله للشركة الضامنة (شركة "ق.ه") أو اعتبارها طرفا غير أصلي فيه ، فبإمضائها عليه **من جهة** وقيامها صحبة الشركة المضمونة (شركة "م.ل" للبلاد التونسية) بتعيين محكم من جهتهما وبرفع الدعوى ضد الشركة المسوغة (الشركة ********** السياحي) أمام الهيئة التحكيمية وتحرير هيئة التحكيم محضرا في ذلك وتبادل ملحوظات الدعوى أمام الهيئة التحكيمية **من جهة ثانية** لا يترك مجالا للشك في اعتبارها طرفا أصليا في اتفاقية التحكيم عملا بالفصل 6 من مجلة التحكيم إذ ينص على أنه " لا تثبت اتفاقية التحكيم إلا **بكتب** سواء كان رسميا أو **بخط يد** أو محضر جلسة أو **محضرا محررا لدى هيئة التحكيم** التي وقع اختيارها.

وتعتبر الاتفاقية ثابتة بكتب .....، **في تبادل ملحوظات الدعوى** (أمام الهيئة التحكيمية)..."

وحيث يتضح من ملحق العقد الأصلي المبرم في 20 أفريل 2001 أن الطرف الثالث الممضي عليه بوصفه ضامنا هي شركة "م.ب" في شخص ممثلها القانوني وورد بين قوسين ما يلي ("ق.ه" سابقا Ex***) بما يعني أن شركة "ق.ه" أصبحت تسمى "م.أ" أو انها تولت دمجها فيها أو لغير ذلك من الأسباب ولا توحي بكونهما شركتان منفصلتان وإلا لوقع التنصيص صراحة على كون الشركة الأولى في الذكر حلُت محل الشركة الثانية في الضمان وقبل ذلك صراحة الطرف المسوغ.

وحيث خلافا لما ذهبت إليه محكمة الحكم المطعون فيه فمن الثابت من أوراق القضية :

1. أن شركة "ق.ه" هي التي بادرت بمعية المتسوغة بعرض النزاع مع المسوغة على التحكيم وانطلقت إجراءاته في 5 نوفمبر 2002 وصدر الحكم فيه بتاريخ 2004/9/15 وقبل أن يدخل مفعول قرار تشطيبها من السجل التجاري بداية من تاريخ 2004/12/12.
2. أن الرئيس المدير العام لذات الشركة ("س.ك") بوصفه ممثلها القانوني هو في نفس الوقت الممثل القانوني لشركة "م.ب" بوصفه رئيس مديرها العام وقد تولى رفع الدعوى التحكيمية في حق الشركة الأولى دون الثانية ومعنى ذلك أنه إذا كانت هذه الأخيرة حلُت محلها فعلا في الضمان لكانت الدعوى مرفوعة في حقها.
3. أن الملحق المحتج به (والذي لم يثبت تقديمه للهيئة التحكيمية) لم ينص صراحة على حلول شركة "م.ب" محل شركة "ق.ه" في الضمان.
4. أن الشركة الثانية لم تتول إصدار خطاب الضمان عند أول طلب يعوض ذلك الذي أصدرته الشركة الأولى لضمان خلاص الشركة **** السياحي في مستحقاتها تجاه المتسوغة شركة "م.ل" للبلاد التونسية بتاريخ 5 فيفري

2001 فلو كانت ضامنة فعلا لتولت إصدار خطاب الضمان يقوم مقام خطاب الضمان الصادر عن الشركة التي حلت محلها على فرض حصول ذلك.

وحيث يترتب عن ذلك توفر صفة القيام بالدعوى التحكيمية في جانب شركة "ق.ه" وهي تعد طرفا أصليا في اتفاقية التحكيم كما سبق بيانه ويؤخذ بالضرورة مكان وجود محل عملها بعين الاعتبار في تكييف التحكيم بالدولي أو بالداخلي حسب المعايير المحددة بالفصل 48 من مجلة التحكيم سالف الذكر.

وحيث أن قول محكمة الحكم المطعون فيه بأن "**جميع الالتزامات الواردة بعقد كراء الأصل التجاري محمولة فقط على المسوغ والمتسوغ وأن الحكم الذي سيصدر عن الهيئة التحكيمية سيتسلط عليهما أصالة وأن انسحاب آثاره على الضامنة يتم في صورة الحكم بالأداء على المتسوغة التي تضمنها الضامنة**" لإقصاء الأخذ بعين الاعتبار للشركة الضامنة في تكييف التحكيم قول :

1. يناقض ما ذهبت إليه من أن مفعول الحكم التحكيمي سيتسلط بصفة آلية على الضامنة في صورة الحكم بالأداء على الشركة التي تضمنها لذلك تتوفر في جانبها الصفة والمصلحة للحضور أمام الهيئة التحكيمية بجانب الشركة المضمونة.
2. يتعارض مع قبولها تداخل شركة "م.ب" شكلا والقضاء بنقض الحكم التحكيمي في فرعه المتعلق بإلزام شركة "ق.ه" بالأداء والقضاء مجددا برفض الدعوى في حقها ثم القضاء برفض التداخل أصلا لعدم توفر الصفة والمصلحة في الطعن في الحكم التحكيمي. فلو جارينا المحكمة في قولها المنتقد لما كان وجوبيا صدور حكم على الضامن إذ يكفي صدور حكم على المضمون ثم القول بأنه لا صفة ولا مصلحة للمتداخلة للطعن في القرار التحكيمي يترتب عنه خلافا لما قررته رفض تداخلها شكلا لا أصلا. فلا يحق لها تبعا لذلك – على فرض قبول الطعن في الحكم التحكيمي بالاستئناف - نقض الحكم التحكيمي في فرعه المتعلق بإلزام شركة "ق.ه" بالأداء طالما رفض استئنافها شكلا بموجب اضمحلالها والتشطيب عليها من السجل التجاري ولعدم وجود مصلحة لشركة "م.ب" في نقض ذلك الفرع من الحكم

لكونه غير مسلط عليها ولا تأثير له على مصالحها إذ لا ضرر ينالها في بقائه من عدمه.

3. يتعارض مع طبيعة الضمان الممنوح للشركة المسوغة (الشركة ***السياحي) من كونه ضمان عند أول طلب لا رجوع فيه وهو ضمان مستقل garantie autonome عن العقد الأصلي مستحق الأداء بمجرد تقدم الشركة المستفيدة منه بطلب خلاص المبلغ المضمون بدون حاجة إلى التنبيه على الشركة المدينة أو القيام ضدها بأي إجراء قضائي أو إداري وبدون لزوم إثبات مماطلتها في الخلاص.

4. يتعارض مع طلب الشركة الضامنة إبرائهما من كتب الضمان حسب تقرير نائبتها المقدم لهيئة التحكيم في 13 مارس 2003 (الحكم التحكيمي ص 34).

وحيث أن الأخذ بعين الاعتبار لمحل عمل الشركة الضامنة في تكييف التحكيم بالدولي أو بالداخلي أمر حاسم.

وحيث أنه بالرجوع إلى الحكم التحكيمي يتبين أن المقر الاجتماعي لأحد أطرافه وهي المدعية الثانية شركة "ق.ه" (النمسوية الجنسية) كائن زمن إبرام اتفاقية التحكيم بالنمسا وأن التزامها المتمثل في ضمان المدعية الأولى شركة "م.ل" للبلاد التونسية في خلاص معاقدتها الشركة ***** السياحي *** في شخص ممثلها القانوني التزام مهم ومؤثر وواجب التنفيذ بالبلاد التونسية تبعا لوجود مقر الشركة الدائنة بها.

وحيث تكون بذلك الهيئة التحكيمية على صواب حينما أسست حكمها على اعتباره دوليا على أحكام الفقرة 1- أ و الفقرة 1- ب 2 من مجلة التحكيم.(الحكم التحكيمي ص 50) وهو ما يتماشى مع طلب المدعيتين في اعتباره كذلك بتقرير نائبتهما المؤرخ في 16 مارس 2004 تأسيسا على أن المدعية الثانية شركة نمساوية مقرها بفيانا.(الحكم التحكيمي ص 35).

وحيث فضلا عن ذلك فإن عبارة التجارة الدولية الوارد بالفقرة د من الفصل 48 المذكور عبارة واسعة المدلول بحيث تشمل كل علاقة يترتب عنها

انتقال للخدمات أو البضائع أو الأموال عبر الدول فتؤدي بالضرورة إلى إمكانية قيام صلة لها بأكثر من نظام قانوني لبلد واحد.

وحيث أنه ولئن كان من الثابت أن الشركتين المتنازعتين (شركة "م.ل" بالبلاد التونسية و الشركة *********) تخضعان للقانون التونسي فان الشركة الضامنة للشركة الأولى (أكانت شركة "ق.هو" أم شركة "م.ب") تعد شركة أجنبية مقرها خارج البلاد التونسية ويترتب عن الالتزامات المحمولة عليها نقل للأموال عبر الحدود مما يجعل الحكم الصادر ضدها وضد الشركة التي تضمنها بالضرورة حكما تحكيميا دوليا على معنى الفقرة د من الفصل 48 من مجلة التحكيم. (يراجع في نفس الموضوع في فقه القضاء الفرنسي :

Cour d'Appel de Paris 9 juin 1983, Revue d'Arbitrage 1983 p. 497.note M. Vasseur

Cour d'Appel de Paris 10 juin 1993, Revue d'Arbitrage 1995 p. 448.)

وحيث أن الحكم التحكيمي الدولي غير قابل للطعن فيه إلا بالابطال عملا بالفصل 78-1 من مجلة التحكيم ولا يجوز مطلقا استئنافه وهي قاعدة آمرة في الاجراءات.

وحيث طالما بتت محكمة الحكم المطعون فيه في استئناف حكم غير قابل للطعن فيه بتلك الوسيلة تكون قد خالفت أحكام الفصل 78-1 من مجلة التحكيم و اتجه نقض حكمها بدون إحالة لانعدام الجدوى من إرجاع القضية إليها للنظر فيها بهيئة أخرى تبعا لعدم جواز الطعن في الحكم التحكيمي موضوع قضية الحال بالاستئناف.

عن جملة مطاعن المعقبة وردود المعقب ضدها عليها

حيث أن جميع المطاعن المثارة من المعقبة بواسطة نائبها تتعلق بدفوعات أصلية تتعلق بمسائل موضوعية في النزاع.

وحيث طالما اعتبرت المحكمة أن الحكم التحكيمي موضوع قضية الحال تحكيما دوليا غير قابل للطعن فيه بالاستئناف وقررت تبعا لذلك نقض الحكم

الاستئنافي بدون إحالة فإنه يكون من التزيد الرد على المطاعن الموضوعية المرفوعة ضده من الطاعنة.

وحيث لا ترى المحكمة كذلك فائدة في مناقشة ردود نائب المعقب ضدها الواردة في الأجل القانوني لكونها تتعلق بمسائل مرتبطة بسلطات محكمة الاستئناف في دعوى ابطال الأحكام التحكيمية والحال أن الحكم المطعون فيه لم يبت في طعن بالابطال في حكم تحكيمي وإنما في طعن باستئنافه وهما أمران مختلفان تمام الاختلاف مما يجعل تلك الملحوظات غير مرتبطة بموضوع قضية الحال.

حيث يتجه أيضا استبعاد النظر في الردود المضمنة بالتقرير الاضافي لنائب المعقب ضدها لورودها بعد أجل الشهر المخول له قانونا لإبداء دفوعاته ردا على مستندات التعقيب عملا بالفصل 186 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية.

ولهذه الاسباب وعملا بما تقدم :

قررت المحكمة قبول مطلبي التعقيب شكلا وأصلا نقض الحكم المطعون فيه دون إحالة وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 18 جانفي 2007 عن الدائرة المدنية الثالثة المتالفة من رئيسها السيد **عامر بورورو** وعضوية المستشارين السيدين **شادية بالحاج ابراهيم وأحمد الحافي** وبمحضر المدعي العام السيد **الهادي القديري** ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة **عفاف حاجي** .

وحرر في تاريخه