هـ/ع

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العـــــــدل **الحمـد للّــه وحده،**

محكمــة التعقيــب

*** عـ62486.2011دد القضيــة**

تاريخـــه :11-07-2011

تلخيص المستشار : نجيب هنان

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على المطلب المقدم في 2011/4/21

من طرف الاستاذ "م.ا"

و"ن.ق"

فـي حق : "م.ش"

ضـــد:

1/ شركة النـزل والسياحة ******** في شخص ممثلها القانوني ينوبها الاستاذ "ل.غ"

2/ شركة التصرف في النـزل والسياحة "ب" في شخص ممثلها القانوني

3/ ورثة "م.ع" وهم :

- ارملته "ز.م"

- وابنته "ر.ز"

4/ ورثة "م.ع" وهم :

- ارملته "ح.ز"

- وابناؤه منها وهم:

* "ه.ع"

* و"ز.ع"

* و"ر.ع"

* و"ف.ع" .

وذلك طعنا في الحكم الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عـ58093ـدد في 2010/10/19.

القاضي نصه : بقبول مطلب الابطال شكلا ورفضه اصلا وتخطئة الطاعن بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه.

وعلى الحكم المطعون فيه والاسباب التي انبنى عليها.

و مذكرة مستندات الطعن والرد عليها .

و الوثائق التي اوجب الفصل 185 م م م ت تقديمها .

وعلى ملحوظات النيابة العمومية المؤرخة في 2011/6/29 الرامي الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز والاستماع الى موقف ممثلها بالجلسة.

وعلى بقية الاوراق والمداولة طبق القانون صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى المطلب جميع اوضاعه وصيغه القانونية المستوجبة بما يتعين قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية مثلما اثبتها القرار المنتقد قيام المدعي في الاصل المعقب ضدها الاولى ضد المعقب ضدها الثانية عارضة انه بمقتضى عقد وكالة حرة مؤرخ في 1990/2/12 مسجل في 2002/3/5 تسوغت المدعى عليها من المدعي في الاصل التجاري لنـزل ***** لمدة بدايتها من 1990/3/1 ونهائيتها في 1999/3/31 بمعين كراء سنوي قدره 7.000 الف دينار بالنسبة للسنة الاولى يدفع مسبقا على 3 اشهر وانه وقع انهاء معقول بين اطراف النـزاع في موفى فيفري 1996 وان حماية معينات الكراء بلغت 6.191.000,000د اضافة الى مبلغ 1.052.000,000د بعنوان اداء على القيمة المضافة بنسبة 17 °/° وان المدعى عليها قامت بخلاص مبلغ 1.946.762,578د لقاء اجرة من معينات الكراء ومبلغ

333.949,668د وبقيت مدينة للمدعية بمبلغ 4.965.757,547 دينار بعنوان باقي معينات الكراء واداء على القيمة اعفائه وانه رغم التنبيه عليها وعلى الضامنين بضرورة خلاص المبالغ المذكورة الا انهم لم يستجيبوا ولذلك فقد طلبت الحكم بالزامهم بالتضامن باداء:

1/ 4.965.757,594 دينار لقاء معينات الكراء والاداء على القيمة المضافة والفوائض القانونية الجارية على المبلغ المذكور من تاريخ الانذار بالدفع في 1996/5/16 الى تمام الوفاء

2/ و137.799د معلوم 3 محاضر انذار بالدفع

3/ وتحميلهم مصاريف التحكيم واجرة محاماة وقدرها 2.000 دينار .

وبعد تتالي نشر الطلب صدر قرارا تحكيميا بتاريخ 2005/2/14 قضى بالزام المدعى عليها شركة التصرف في النزل والسياحة "**** " في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي للمدعية شركة النزل والسياحة **** في شخص ممثلها القانوني المبالغ التالية:

1/ 4.244.237,242د بعنوان معينات الكراء .

2/ و721.520,332د بعنوان اداء على القيمة المضافة والفائض القانوني التجاري على مبلغ معينات الكراء من تاريخ التنبيه عـ12264ـدد المؤرخ في 1996/5/16 الى تمام الوفاء

3/ و38.205د معلوم محضر انذار وتنبيه عـ12264ـدد المؤرخ في 1996/5/16 .

4/ و55.900د معلوم محضر انذار بالدفع وتنبيه عـ983ـدد المؤرخ في 22 و1999/10/25 .

5/ و48.654د معلوم محضر انذار وتنبيه عـ39801ـدد المؤرخ في 2000/9/13.

6/ و57.200د معلوم محضر تبليغ مؤيدات عـ1695ـدد المؤرخ في 2004/10/2 .

7/ و2.000 دينار اجرة محاماة عن قضية الحال .

كالزام المدعية شركة النـزل والسياحة **** في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي المبالغ القانونية ولها الرجوع بها على المدعى عليها شركة "*****" في شخص ممثلها القانوني 12.000 دينار لكل محكم من هيئة التحكم وهم الاستاذة "ه.ع" و"ن.غ" و"ح.ر" مع 275 دينار و950 مصاريف محاضر التبليغ المحررة من قبل عدل التنفيذ الاستاذ "ح.د" والمفصلة على النحو التـالي:

1/ 72.200د معلوم محضر تبليغ وتنبيه عـ238664ـدد مؤرخ في 2003/12/26 .

2/ و60.450د معلوم محضر تبليغ محضر جلسة عـ139.724ـدد مؤرخ في 2004/4/14 .

3/ و95.100د معلوم محضر تبليغ محضر تبليغ محضر جلسة عـ141141ـدد مؤرخ في 2004/9/30 .

4/ و48.200د معلوم محضر تبليغ محضر جلسة عـ241247ـدد مؤرخ في 2004/10/14

5/ وفي صورة عدم اداء المدعى عليها شركة "*** " المبالغ المتعلقة بمعينات الكراء المذكورة وقدرها 4.244.277,242د المحكوم بها ضدها حكم بالزام بقية المطلوبين وهم السادة "م.ي"و"م.ش" و"م.ع" و"م.ا" باداء جملة معينات الكراء المذكورة وذلك بصفتهم كفلاء شخصيين للمدعى عليها وفق الفصل 3 في فقرته الاخيرة من عقد الوكالة الحرة ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك فتم الطعن فيه لدى محكمة القرار المطعون فيه السالف ذكر نصه قرارها بالطالع .

فتعقبه بواسطة محاميه طالبا نقضه وناسبا له :

أ/ سوء تطبيق القانون وبخاصة احكام الفصل 513 مدني والفصل 42 اولا من مجلة التحكيم :

اذ تمسك امام محكمة الاستئناف بصدور القرار التحكيمي المطعون فيه دون الاعتماد على اتفاقية تحكيم اذ بمجرد قراءة الاتفاقية المذكورة سند اختصاص هيئة التحكيم يتضح ان ارادة الاطراف اتجهت الى الصلح لا الى التحكيم باعتبارهم لم يسندوا مهمة قضائية للمحكم بل مجرد ابداء راي غير ملزم لهم.

وردت محكمة الاستئناف على المطعن المذكور قولا انه من الثابت ان الاطراف التزموا بالتحكيم دون الصلح مقره ان الحكم لا يعطي رايا كما ورد بالشرط التحكيمي بل يقوم بالعمل القضائي.

وبهذا التعليل تكون محكمة الاستئناف قد اولت الشرط التحكيمي تاويلا واسعا يتجافى وقواعد التاويل وبخاصة احكام الفصل 513 مدني.

واضافة لذلك فمن المتفق عليه ان التحكيم يمثل استثناءا لقضاء الدولة وبالتالي فان تاويل مبناه أي اتفاقية التحكيم يجب ان يتم بصورة ضيقة حتى لا ينقلب المبدا الى استثناء.

وان القضاء عكس ذلك يؤدي الى خرق قاعدة الفصل 540 م ا ع .

ويتجه والحال ما ذكر نقض الحكم المطعون فيه من هذه المحكمة.

ب/ سوء تطبيق الفصلين 18 و42 خامسا من م ت :

اذ تمسك المنوب بصدور القرار التحكيمي عن هيئة تحكيم غير مترتبة بصورة قانونية ذلك ان الهيئة المذكورة تكونت بتركيبة ثلاثية في حين ان الشرط التحكيمي لم يتعرض لعدد المحكمين.

وقضت محكمة الاستئناف برفض المطعن المذكور متعلقة باحكام الفصل 18 من مجلة التحكيم الذي يقتضي انه ف صورة اذا كان عدد المحكمين شفعا فان هيئة التحكيم تكتمل باضافة محكمة تسند اليه رئاسة الهيئة .

وان تطبيق الفصل 18 على قضية الحال مجانب كليا للصواب ذلك ان الامر لا يتعلق باكتمال هيئة التحكيم بل بعدد المحكمين الغير متفق عليه بالشرط التحكيمي.

وجب التذكير ان مجلة التحكيم في بابها المتعلق بالتحكيم الداخلي لم تتعرض لمسالة عدد المحكمين الا من زاوية فرض شرط ان يكون العدد وترا دون الولوج في العدد الحسابي عند غياب اتفاق الاطراف مثلما هو الحال في التحكيم الدولي حين اقر الفصل 55 (2) من مجلة التحكيم على انه عند عدم الاتفاق على عدد المحكمين فان العدد يكون ثلاثة.

وحيث يخلص مما سبق بيانه ان التركيبة الثلاثية لهيئة التحكيم دون اتفاق الاطراف على ذلك تمثل تركيبة غير قانونية والتجاء محكمة الحكم المنتقد لاحكام الفصل 18 من مجلة التحكيم في غير طريقه.

واستقر راي الفقه وفقه القضاء على اعتبار ان الشرط التحكيمي الذي لا يحدد عدد المحكمين هو شرط لا يمكن العمل به بل هو شرط باطل في بعض الانظمة القانونية الاجنبية على غرار الفصل 1443 من المجلة الجديدة للاجراءات المدنية الفرنسية.

ومن جهة اخرى فبالاطلاع على الشرط التحكيمي يتضح ان الاطراف قد التزموا بان يتم تسمية المحكمين بالاتفاق فيما بينهم بما يعني عدم التزامهم باجراءات الفصل 18 من م ت وهو ما يفترض عن غياب الاتفاق وجوب اللجوء الى القضاء لتسمية كامل اعضاء الهيئة التحكيمية وهو ما لم يتم في قضية الحال اذ بادرت المعقب ضدها بتسمية محكمة عنها بصورة منفردة وقامت بطلب تسمية محكم عن المنوب وبقية المعقب ضدهم بواسطة القضاء.

وتطبيقا للشرط التحكيمي فان تسمية المحكمة من قبل احد الاطراف دون الاتفاق على ذلك مسبقا يعد تعديا على اختصاص القضاء العدلي في تسمية المحكم مما يجعل هيئة التحكيم متركبة بصفة غير قانونية.

ويخلص مما سبق عرضه ان الحكم الاستئنافي قد جانب الصواب لما استند الى الفصل 18 من مجلة التحكيم لاعتبار هيئة التحكيم متركبة بصفة قانونية وهو ما يوجب نقض حكمها من هذه الناحية ايضا.

ج/ سوء تطبيق الفصل 241 من م ا ع وضعف التعليل :

اذ تمسك امام محكمة الاستئناف بصدور الحكم التحكيمي ضد ميت طالبا على اساس ذلك ابطاله.

ورفضت المحكمة الاخذ بالمطعن المذكور بالنظر لعدم اثارته امام هيئة التحكيم.

وحيث ان القضاء بالصفة تلك فيه مخالفة للفصل 241 مدني وقد استقر فقه القضاء على الاخذ بقاعدة بطلان القيام ضد ميت لارتباط المسالة بالنظام العام وهو ما يفقد تعليل محكمة الحكم المنتدق لاساس قانوني قوي يعيق انتقاده خاصة وان الحكم التحكيمي صدر في غياب جميع الاطراف بما يتعذر معه اثارة المسالة امام الهيئة التحكيمية.

د/ سوء تطبيق الفصل 42 سادسا من مجلة التحكيم والفصل 481 من م ا ع والتناقض في التعليل :

اذ تمسك امام محكمة الاستئناف بخرق هيئة التحكيم لحق الدفاع نظرا لعدم استدعائه من قبل القائم بالدعوى بمقره.

وقدم تاييدا للمطعن المذكور القرار الاستئنافي عـ83656ـدد الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2010/4/13 الذي قضى بابطال محضر الاعلام بالقرار التحكيمي موضوع الطعن لدى محكمة الحكم المنتقد نظرا لوقوعه بالمقر المختار المضمن بعقد الوكالة الحرة والحال ان المقر المذكور والذي استدعي فهي المنوب كذلك للمثول امام هيئة التحكيم لا ينسحب عليه اذ لم يمضي على العقد بوصفه طرفا اصليا فيه بل بوصفه ضامنا بصفة شخصية هذا علاوة على ان المعقب ضدها تعلم بالمقر الحقيقي للمنوب الكائن بمدينة جربة لسبق التنبيه عليه بالمقر المذكور.

ويخلص من ذلك ان الحكم عـ83656ـدد قد حسم مسالة تحديد مقر المنوب نهائيا وهو ما يؤدي الى اتصال القضاء بخصوص المسالة المذكورة خاصة وان محكمة الحكم المعقب قد استندت اليه لقبول الطعن بالابطال في القرار التحكيمي شكلا بعد ان فات اجله لوقوع الاعلام به.

وتجاهلت لاحقا محكمة الحكم المعقب الحكم الاستئنافي المذكور الذي حسم في مسالة المقر بخصوص المطعن المتعلق بخرق الاجراءات الاساسية منتهية الى القول خلافا لما جاء بالحكم الاستئنافي المذكور ان مقر المنوب الواقع استدعائه فيه امام هيئة التحكيم هو المقر الاختياري المضمن بعقد الوكالة الحرة باعتباره طرفا فيه.

وان مثل هذا التعليل فيه خرق لاتصال القضاء لسبق صدور الحكم الاستئنافي عـ83656ـدد وحسمه بصورة نهائية في مسالة تحديد مقر المنوب مما يؤدي الى تضارب في الاحكام بما يمس الامن القانوني فضلا عن التناقض الواضح في التعليل اذتم الاستناد الى الحكم الاستئنافي المذكور من ناحية اولى لتبرير صحة الطعن من حيث الشكل ورفضه من ناحية ثانية لتبرير عدم وجاهة المطعن المتعلق بخرق حق الدفاع وهو ما يجعل القرار المطعون فيه مجانب كليا للصواب ومتجه نقضه.

وحيث رد نائب المعقب ضدها مشددا على انه:

أ/ بصفة مبدئية:

اقتضى الفصل 1502 من م ا ع انه: "للكفيل ان يعارض الدائن بما للمدين من اوجه المعارضة سواء تعلقت باصل الدين او بذات المدين مع ما تعلق منها بعدم اهلية المدين وانه ان يحتج بذلك ولو لم يوافقه عليه المدين او تركه وانه ان يعارض بما هو خاص بذات المدين كاسقاط الدين لذات المدين".

وحدد المشرع بهذا الفصل انواع الدفوع التي يمكن للكفيل التمسك بها عن الاصل وحصرها في مسائل لا تتعلق بالاجراءات كما انها لا تشمل ما لباقي الكفلاء من دفوع بحيث خول هذا النص للكفيل صنفين من اوجه المعارضة التي للمدين وهما:

* ما تعلق باصل الدين.

* ما تعلق بذات الدين.

وان المطاعن المثارة من المعقب ككفيل والتي اوردها في باب النقاش في الاصل، ليست من الصنف المتعلق لا باصل الدين وهو معنيات الكراء ولا بذات المدين مثل اسقاط الدين وهو م يتخالف مع احكام الفصل 1502 المذكور وهو ما تمسكت به المنوبة امام محكمة القرار المطعون فيه.

واتجه بصفة مبدئية رد جميع الطعون الموجهة للحكم المنتقد من هذه الوجهة.

ب/ بصفــة عرضيــة:

وتجدر الاشارة بصفة عرضية الى ان جملة المطاعن الموجهة للقرار المنتقد لا تستقيم لا واقعا ولا قانونا وبيان ذلك في ما يلـي:

1) عن المطعن الماخوذ من عدم وجود اتفاقية تحكيم:

وخلافا لما دفع به المعقب فان الطرفين قد اتفقا على حل النـزاع الذي من شانه ان ينشا بينهما بمناسبة تنفيذ عقد الوكالة الحرة عن طريق التحكيم وهو عين ما اشترطه الفصل 3 من م ت الذي لم ينص على أي اجراء اخر غير الاتفاق على التحكيم.

وان تاويل المعقب لعبارات الفصل 17 من عقد الوكالة الحرة والتي مفادها :

A defaut d accord sur les arbitres ou de non acceptation de leurs avis les tribunaux Competnts de Tunis

لا يستقيم وينطوي على تحريف صارخ لارادة الاطراف وللقواعد المنظمة للتحكيم وعلى وجه الخصوص الفصول 1 و2 و3 من م ت ذلك انه لا وجود لتحكيم "استئناسـي " خلافا لما ذهب اليه الضد كما ان التحكيم لا يمكن ان يكون الا ملزما للاطراف سواء تعلق الامر بالمحكمين المصالحين الذين يطبقون فقط قواعد العدل والانصاف بطلب من الاطراف او بالمحكمين الذين يطبقون القانون الوضعي دون سواه.

وخلافا لما ذهب اليه المعقب فان الفصل 17 من عقد الوكالة الحرة تضمن انه في صورة عدم اتفاق الاطراف حول المحكمين او عدم الرضا بالقرار التحكيمي فان محاكم تـونس تكون :

1/ مختصة بالنظر استعجـاليا طبق الفقرة قبل الاخيـرة من الفصل 18 من م ت:

* اما لتعيين جملة المحكمين ادا رفض كان طرف المحكم المقدم من الطرف الاخر.
* واما لتعيين محكم عن الطرف الذي استدعي طبق القانون لمباشرة اجراءات التحكيم وتخلف عن الحضور (وهي عين صورة قضية الحال).

2/ مختصة بالنظر في استئناف القرار التحكيمي ان كان الاستئناف ممكنا حسب اتفاقية التحكيم وذلك طبق الفصل 39 من م ت او بالابطال طبق الفصل 42 من نفس المجلة.

وان الاطراف ضمنوا بالشرط التحكيمي عين ما اقتضته مجلة التحكيم.

واحسنت محكمة القرار المنتقد الجواب على هذه النقطة لما اوردت: "حيث يتبين بالاطلاع على القرار التحكيمي موضوع طلب الابطال (بالصفحة 2 و3 و4) ان هيئة التحكيم صرحت في مرحلة اولى باختصاصها على ضوء الشرط التحكيمي الوارد بالفصل 17 المذكور قبل ان تتعهد بالبت في اصل النـزاع المعروض على انظارها .

وان ما صدر عن هيئة التحكيم من اعلان لاختصاصها بالنظر في النـزاع المعروض عليها باعتباره من المسائل الاولية يمثل تطبيقا سليما لمقتضيات الفقرة الاولى من الفصل 19 من مجلة التحكيم التي تنص على انه "اذا رفع امام المحكمة نزاع منشور امام هيئة تحكيم فعليها التصريح بعدم اختصاصها بطلب من احد الاطراف "وخلافا لما تمسك به نائب طالب الابطال من ان المتعاقدين اسندوا مهمة ابداء راي في النـزاع قبل اللجوء الى القضاء، فان اختيارهم للتحكيم لفض النـزاع يتعارض مع ما تضمنه الفصل 17 المذكور من وصف لمهمة المحكمين بانها تتمثل في تقديم راي "avis " ضرورة ان المحكمة لا يبدي رايا وانما يصدر مع بقية اعضاء هيئة التحكيم قرارا ملزما للاطراف التي عينتهم".

وان المفردات الواردة بالتقارير المقدمة من المعقب منذ انطلاق النـزاع الى الان تتضمن اقرارا صريحا بوجود الشرط التحكيمي فقد وردت بها عبارات : "الشرط التحكيمي والهيئة التحكيمية والقرار التحكيمي وعدد المحكمين وطلب ابطال قرار تحكيمي ...".

ويجدر التذكير هذا، من باب الجدل القانوني لا غير ، بان استندا المعقب على لفظة "راي " avis " الوارد بالفصل 17 من عقد الوكالة الحرة للقول بعدم وجود شرط تحكيمي هو قول في غير طريقه ضرورة ان ما يصدر عن الهيئات القضائية والتكيمية لا يعدو ان يكون في الواقع سوى راي الاغلبية وهو ما تؤكده الفصـول 120 من م م م ت و162 من مجلة الاجراءات الجزائية و30 من مجلة التحكيم.

ويتضح ان مجادلة المعقب في هذا المضمار هي مجادلة عقيمة.

2/ عن المطعن المتعلق بعدم شرعية تكوين الهيئة التحكيمية:

اذ طعن الضد في التركيبة الثلاثية للهيئة التحكيمية وفي اختيار اعضاءها .

* وفي خصوص التركيبة فقد تضمن الفصل 17 من عقد الوكالة انه في صورة وجود تنازع ناجم عن تنفيذ عقد الوكالة (...) فان الاطراف ملزمون باللجوء الى المحكمين " Les arbitres" ولم ين على اللجوء على "محكم او محكين اثنين".

وتحتم والحالة تلك تسمية عدد من المحكمين لا يقل عن ثلاثة.

وان هذا القول تعززه احكام الفصل 18 من م ت الذي ينص على انه "ادا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا واذا كان عدد المحكمين المعينين شفعا فان هيئة التحكيم تكتمل باضافة محكم تسند اليه رئاستها".

* وفي خصوص تعيين اعضاء هيئة التحكيم فلا صحة لما يدعيه الضد من ان "المحكمين قد وقع تعيينهم من قبل احد الاطراف" ذلك ان المنوبة عينت من جهتها محكما وهو الاستاذ "ن.غ" ووقع تعيين محكمة عن الشركة "*** "وهو الاستاذ "ا.ر" بموجب قرار استعجالي امام تخلفها عن تعيين محكمة عنها وقد عين

المحكمان الاستاذ "ه.ع" محكما ثالثا ليراس الهيئة وهو عين ما اقتضاه الفصل 18 فقرة قبل الاخيرة السالفة الذكر.

واجابت محكمة الموضوع الرد على هذه النقطة اذ جاء بقرارها : "حيث تمسك نائب طالب الابطال بان الشرط الوارد بعقد الوكالة الحرة لم ينص على عدد معين من المحكمين وبان اختيار المحكمين لم يصدر عن ارادة الطرفين.

واقتضى الفصل 18 من م ت انه: اذا تعدد المحكمون وجب ان يكون عددهم وترا واذا كان عدد المحكمين المعينين من قبل اطراف النـزاع شفعا فان هيئة التحكيم تكتمل باضافة محكم تسدد اليه رئاستها ... وحيث طالما ثبت ان القرار التحكيمي مناط طلب الابطال صدر عن ثلاثة محكمين فانه يكون مطابقا لمقتضيات الفصل 18 من م ت لا سيما ان عدم الاتفاق على عدد المحكمين صلب الشرط التحكيمي المضمن بعقد الوكالة الحرة كيفما تم بيانه اعلاه يؤول بالضرورة الى الاحالة على ما قررته نصوص مجلة التحكيم بخصوص هذه المسالة ... وحيث وخلافا لما تمسك به نائب طالب الابطال من تعيين المحكمين تم من طرف احد الاطراف فحسب فانه يتضح بالرجوع الى القرار التحكيمي ان المدعية شركة النـزل والسياحة " *** " عينت بمكتوبها المؤرخ في 2003/8/11 السيد **** محكما عنها الا ان المدعى عليها شركة التصرف في النـزل والسياحة "****" امتنعت من تعيين محكم عنها بعد انقضاء الاجل الممنوح لها الامر الذي جعل المدعية تطلب من القضاء الاستعجالي تعيين محكم عنها وهو ما تم بموجب القرار عـ15885ـدد الصادر في 2003/11/15 والذي قرر تعيين السيد **** محكما عن المدعى عليهم. وحيث تبين والحلة ما ذكر ان تعيين المحكم الثاني تم طبقما فرضته الفقرة قبل الاخيرة من الفصل 18 من م ت ...".

3/ عن المطعن المتعلق بخرق الفصل 241 من م م م ت :

اذ لا يمكن للضد الكفيل اثارة هذا المطعن باعتبار انه، وكما اسلفنا القول بمستهل هذا الرد ، لا وجود لتضامن بينه وبقية الكفلاء سيما وقد وقعت مطالبته في حدود ما هو محمول عليه من جملة الدين.

وان كل ما اجازه القانون للكفيل صلب الفصل 1502 من م ا ع هو امكانية المعارضة بما هو خاص بذات المدين او باصل الدين.

واجابت محكمة القرار المنتقد عن هذه النقطة كاحسن ما يكون الجواب لما اوردت به: "حيث تمسك نائب طالب الابطال صلب مستنداته بان القرار التحكيمي قد صدر والحال ان كلا من المطلوبين "م.ز" و"م.ع" كان متوفيا ... وحيث طالما ثبت بالاطلاع على القرار التحكيمي موضوع طلب الابطال انه لم تتم اثارة هذا الدفع امام هيئة التحكيم اثناء مراحل التقاضي التحكيمي ولم تتعهد تلك الهيئة بالدفع المذكور فانه لا يمكن اثارته امام هذه المحكمة...".

وان موقف محكمة القرار المنتقد في هذا المضمار ليس موقفا معزولا بل هو عين ما استقر عليه فقه قضاء محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة صلب قرارات متواترة نذكر منها القرار المدني عـ27632ـدد المؤرخ في 24 افريل 1997 الذي جاء به : "ان رفع الاستئناف على ميت لا يكون باطلا ولا يعيب الطعن شكلا الا متى ثبت حصول العلم للمستانف بالوفاة لان تصرفه يعتبر صحيحا وفق نظرية الامر الظاهر".

وعلى فرض صحة ما يدعيه المعقب صلب هذا المطعن فانه يكون غير ذي صفة للتمسك به وذلك اقتضاء للفصل 1502 مدني سالف الذكر وللفصل 19 من م م م ت لان حالة البطلان الجزئي لا يمكن التمسك بها الا ممن كان معنيا بها وهو ما اتفق بشانه رجال القانون على غرار القاضيين "ا.ج" و"ح.س" في مؤلفهما "اصول المرافعات المدنية والتجارية منشور سنة 2001 صفحة 313د".

4/عن المطعن المتعلق بخرق الفصل 42 سادسا من م ت و481 من م ا ع والتناقض في التعليل :

نسب المعقب للقرار المنتقد خرق الفصلين المذكورين والتناقض في التعليل الذي ادى الى تضارب بين الحكمين عدد 83656 وعدد 58093,

وان هذا القول لا يستقيم للاسباب التـالية :

* لا يمكن الحديث عن اتصال القضاء طالما ان القرارين المذكورين لا يتحدان في الموضوع ضرورة ان الاول يتعلق بابطال محضر الاعلام بالقرار التحكيمي في حين يتعلق الثاني بابطال القرار التحكيمي ذاته.

وحيث ان شرك الاتحاد موضوع القرارين هو شرط لازم اقره القانون وكرسه فقه قضاء الدوائر المجتمعة لحكمة التعقيب (قرار عدد 7539 مؤرخ في 26 افريل 2007).

وعلاوة على ذلك فتجدر الاشارة الى انه لا يمكن الحديث عن اتصال القضاء طالما ان القرارين المذكورين لم يصبح من الاحكام التي "لا رجوع فيهـا" حسب ما اشترطه الفصل 481 من المجلة المدنية باعتبارهما لم يصبح باتين ولم يكتسبا بالتـالي حجية الامر المقضي ناهيك وان القرار عـ83656ـدد المتعلق بابطال محضر الاعلام بالقرار التحكيمي لم يقع الاعلام به الى حد الساعة بما يجعل اجل الطعن فيه مفتوحا.

وان الدفع بوجود تناقض في التعليل هو قول في غير طريقه ضرورة ان نظر المحكمة التي اصدرت القرار المنتقد اقتصر على البت في مدى سلامته من الناحيتين الشكلية والموضوعية دون ان تخوض في مدى سلامة محضر الاعلام به ، الامر الذي تولته هيئة اخرى، لانه لا يدخل ضمن صلاحياتها المعددة حصريا صلب الفصل 42 من م ت الذي يمنعها من الخوض في غير ما تعلق بالقرار التحكيمي في حد ذاته بما يحول دونها والبت في مسالة صحة محضر الاعلام به.

واحسنت محكمة القرار المنتقد الجواب على هذا الدفع لما اوردت: "وحيث لا خلاف في ان محكمة الاستئناف لما تعهدت بابطال محضر الاعلام بالقرار التحكيمي تعرضت الى الدفوعات المثارة من طرف القائم بالدعوى بخصوص الاخلالات التي اعترت ذلك المحضر واجابت عنها وقدرت وجاهتها بدليل استجابتها لطلب الابطال بما يجعل اثارة ذات الطعون مجددا امام هذه المحكمة فاقدة

لسندها القانون فضلا عن كونها لا تندرج في اطار احدى حالات الابطال المنصوص عليها بالفصل 42 من مجلة التحكيم".

وان ما دفع به المعقب من تضارب ببين الحكمين عـ83656ـدد وعـ58093ـدد هو قول مردود عليه لاختلافهما موضوعا وطلبا وسندا ولا يحول بالتالي تنفيذ احدهما دون تنفيذ الاخر وهو ما استقر "فقه القضاء منذ امد بعيد على اعتباره الحالة الحقيقية لتضارب الاحكام (قرار تعقيبـي عـ13031ـدد مؤرخ في 3 فيفري 1986).

ويتضح مما سيبق عدم وجاهة جميع الطعون بما يتجه معه رفض التعقيب اصلا وهو الملتمس .

المحكمـــــــة

<u>عن المطعن الاول بسوء تطبيق الفصل 513 م ا ع و42 اولا من مجلة التحكيم وبدون فاقدة من الخوض في بقية الدفوعات لارتباطها بمآله بصفة اولية:</u>

حيث ولئن لمحكمة الاصل تقدير الوقائع او الحالات او الروابط واضفاء الوصف القانوني عليها ومنها تاويل العقود سند القيام لديها ذاتها الا ان حريتها تلك تتقيد بالاعتماد على الثوابت المستمدة منها وترتيب الاثار القانونية والمنطقية عنها .

وحيث يستهدف للنقض قرار محكمة الدرجة الثاينة التي بعد تعريفها للتحكيم والتذكير بالنصوص ذات الصلة سلمت بناءا على البند 17 من عقد الوكالة الحرة المؤرخ في 1996/1/1 المسجل في 2004/4/13 بصحة اعلان هياة التحكيم باختصاصها بالنظر في النـزاع المعروض عليها باعتباره من المسائل الاولية وبما يمثل تطبيقا سليما لمقتضيات الفقرة 1 من الفصل 29 م ت وان اختيار الاطراف المتنازعة التحكيم لفضه يتعارض مع ما تضمنه الفصل 17 المذكور من وصف مهمة المعقبين بانها تتمثل في تقديم راي ضرورة ان المحكم لا يبدئ رايا وانما يصدر قرارا ملزما للاطراف التي عينتهم وذلك لوهنه مبني وعيبه سندا وسببا قانونيا .

وحيث بالاضافة الى ان العقد شريعة الطرفين يقيد لا اطرافه فحسب وانما كذلك المحكمة وبذلك ليس لهذه الاخيرة تغيير مقاصده ولا تطويعه الى النص الذي ترغب في تطبيقه بل عليها تطبيق القانون على النـزاع المعروض عليها على حالته فان الامر يكون بالاحرى لما يتبين ان العقد سند القيام ذاته واضح العبارات وبخاصة في تحديد معيار اسناد الاختصاص الحكمي للجنة التحكيم او للقضاء العدلي.

وحيث ولئن تضمن الفصل 17 من العقد المذكور اعلاه تخصيص المحكمين بالنظر في النـزاع المتولد عن تنفيذه بصفة اولية وقبل عهدته الى محاكم تـونس واللذين يتعين انتقائهم باتفاق الطرفين وهو ما تبين احترامه ضمن اجراءات التحكيم ذاتها بناءا على الفقرة الاولى من البند 17 المذكور الا ان الفقرة الثانية اقصتهم في صورة عدم قبول الاطراف رايهم.

وحيث طالما انصرفت ارادة الطرفين لفظا ومقصدا الى تحديد صلوحيات لجنة التحكيم في ابداء الراي ولا في اتخاد القرار فان الفرق بين المصطلحين واضح اذ في حين ان الاول استشاري فان الثاني ملزم وبذلك فانه لا يجوز لمحكمة الاصل التسليم بصحة تعهد لجنة التحكيم رغما عما ذكر وبدون تبرير واقعي ولا قانونـي اذ في ذلك مخـالفة لثوابت الملف وانعدام في التعليل مخالفة بذلك موجبـات الفصل 123 م م م ت وسوء تاويل وتطبيق للعقد شريعة الطرفين وفي ذلك مخالفة لاحكام الفصلين 242 م ا ع و513 م ا ع وللفصل 42 اولا م ت اذ خارج عن نطاق اتفاقية التحكيم ذاتها وبما يتعين معه النقض.

ولهـــاته الاسبـاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتـونس للنظر فيها مجددا بيهئة اخرى واعفاء الطاعن من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى في 2011/7/11 عن الدائرة الحادية عشر المتركبة من رئيسها السيدة فائزة الزرقاطي والمستشارين السيدين نجيب

هنـان وسعيدة الشبيلي بمحضر المدعي العام السيدة سارة العياري وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة ليلى الشاوش.

وحـرر في تـاريخه،