الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمد الله وحده**

محكمــة التعقيــب

***ع55988.96دد القرار**

تاريخـــه : 1998/5/14

أصــدرت محكمـــــة التعقيــب القـــرار الآتـــــي

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المقدم إلى كتابة المحكمة في 1996/10/25 من طرف الأستاذ "أ.ب" المحامي بسوسة .

في حق : شركة *** في شخص ممثلها القانوني .

ضد : الشركة التجارية والسياحية "ه" في شخص ممثلها القانوني ينوبها الأستاذ "أ.ش"و"ع.ح" المحاميان بتونس.

طعنا في الحكم الإستئنافي المدني عدد27565 الصادر في 1996/04/10 عن محكمة الإستئناف بتونس والقاضي بقبول الطعن شكلا وأصلا وإبطال القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 1995/05/18 وإلغاء مفعوله وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب وعلى جميع الإجراءات والوثائق التي أوجب الفصل 185 الجديد من م م م ت تقديمها .

وبعد الإطلاع على تقرير الرد المقدم في الأجل القانوني من طرف الأستاذ "أ.ش" .

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والإستماع لشرح ممثلها بالجلسة .

وبعد الإطلاع على أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح علنا بما يلي :

من الناحية الشكلية :

حيث إستوفى مطلب التعقيب جميع شروطه وصيغه القانونية لذلك فهو حري بالقبول شكلا .

من جهة الأصل :

حيث يستفاد من القرار المطعون فيه والوثائق التي إنبنى عليها أن الشركة التجارية والسياحية "ه" (المعقب ضدها الآن) سوغت أصلها التجاري المتمثل في نزل ** الكائن بالمنستير لفائدة شركة التصرف والإستغلال السياحي "ج" (المعقبة الآن) بموجب عقد الوكالة الحرة المبرم في 3و 1994/08/21 وذلك لمدة خمس سنوات من 1994/03/01 إلى آخر فيفري 1999 بمعين كراء سنوي للعام الأول يبلغ (273518.700د) . وحيث إقتضى الفصل العاشر من عقد الوكالات الحرة المذكور ، تعهدت الشركة التجارية والسياحية "ه " بأن تقوم حالا بالنزل المذكور بجملة من الأشغال والإصلاحات وأعمال الصيانة الضرورية المبينة بكراسات الشروط ولما لم تقم المالكة بتلك الأشغال أحجمت الشركة المتسوغة عن دفع معينات الكراء بداية من 1994/03/01 فرفعت المالكة ضدها قضية إستعجالية في الخروج إن لم تدفع الكراء المتخلد بذمتها فقضى بإخراج المتسوغة من النزل إن لم تدفع الكراء الحال عليها فإستأنفته هذه الأخيرة فحكم بنقض الحكم الإبتدائي والتخلي عن النظر لوجود شرط تحكيمي بالعقد الرابط بين الطرفين ، عندها جنح الطرفان للتحكيم مثلما نص على ذلك الفصل 13 من عقد الوكالة الحرة المذكور وتم تعيين هيئة التحكيم التي ستتولى النظر في النزاع القائم بينهما والذي انحصر في طلب الفسخ والأداء من الطرفين معا .

وبعد إجراء الأبحاث اللازمة أصدرت الهيئة المذكورة قرارا بتاريخ 1995/05/18 يقضي نهائيا : 1) بفسخ عقد الوكالة الحرة الرابطة بين الطرفين.

2) بإلزام الشركة التجارية والسياحية "ه "بأن تؤدي لفائدة شركة التصرف والإستغلال السياحي "ج" ما جملته (800000.000د) غرامة تعويضية لقاء حرمانها من إستغلال النزل موضوع عقد الوكالة الحرة عن المدة التي بدايتها شهر مارس 1995 ونهايتها موفى شهر فيفري 1999 تاريخ نهاية العقد .

3) بإلزام الشركة التجارية والسياحية "ه" بأن تؤدي لفائدة الشركة "ج" مبلغ (60007000د) لقاء مصاريف الصيانة وإستهلاك الماء والغاز والكهرباء والهاتف وأجور العملة و مصاريف تأمينهم والفوائض البنكية والأداءات عن المدة التي بدايتها غرة جانفي 1995 ونهايتها 1995/03/31.

4) بإلزام شركة "ه" بأن تؤدي لفائدة شركة "ج" (50000.000د) لقاء الضرر المعنوي الحاصل لها من جراء المس من سمعتها التجارية لدى وكالة أسفار السياحة

والحرفاء .

5) بـإلزام شـركة "ه " بـأداء (50000.000د) بعنـوان أتعـاب هيئـة التحكـيم ومصاريف التوجه على هيئة التحكيم وأجرة محاماة في قضية العزل المقامة على هيئـة التحكيم و(5000.000د) أتعـاب محامـاة لفائـدة شـركة التصـرف و الإسـتغلال السياحي في هذه القضية ورفض دعوى هذه الأخيرة فيما زاد على ذلك وقبول دعوى المعارضـة المرفوعـة من شركة "ه" في فرعها المتعلق بأداء الكراء والحكم بـإلزام شـركة "ج" فـي نطاقهـا بـأن تـؤدي لفائـدة الشـركة التجاريـة والسـياحية "ه" مبلـغ (178546.920د) بعنـوان معينـات الكـراء المتخلـدة بذمـة المتسـوغة عـن المـدة التـي بدايتها 1994/03/01 ونهايتهـا 1994/10/25 تـاريخ التوقـف الفعلـي للنشـاط بـالنزل بدون احتسـاب الأداء علـى القيمـة المضـافة وعـدم سماع الـدعوى المعارضـة فيمـا زاد على ذلك.

فطعنـت الشـركة التجاريـة والسـياحية "ه" بالإبطـال فـي القـرار لـدى محكمـة الإستئناف بتونس التي أصدرت حكمها المبين نصه بطالع هذا .

■ إستنادا إلى الفصل 42 من مجلة التحكيم الذي إقتضى أنه يجوز طلب إبطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائيا ولو إشترط الأطراف خلال ذلك في أحوال مذكورة على سبيل الحصر من بينها إذا كان صادرا دون إعتماد على إتفاقية تحكيم أو خارج نطاقها أو كان صادرا خارج آجال التحكيم ومن البديهي أن يكون قيام أي سبب من تلك الأسباب المشمولة في النص المشار إليه كاف وحده للتصريح بالإبطال حسبما تقتضيه صياغة ذلك النص .

■ وحيث إستند الطعن بالإبطال إلى صدور حكم المحكمين موضوع الطعن خارج اتفاقية التحكيم ، تم صدوره خارج الأجل المتفق عليه ثم عدم إحترام المحكمين للقواعد الأساسية للإجراءات .

■ وحيث أن كتب الإتفاق المبرم بين الطرفين المتعاقدين تضمن شرطا تحكيميا يجعل من هيئة التحكيم المعينة وفقا لذلك الإتفاق مختصة بالنظر في النزاعات التي يمكن أن تحدث بين الطرفين بمناسبة تنفيذ العقد .

■ وحيث أن المشرع التونسي في مجلة التحكيم صلب الفصل الثالث ولئن لم يشترط في نطاق الشرط التحكيمي تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين عند

إدراج ذلك الشرط لسبب بسيط ومنطقي هو تعذر إمكانية التحديد لموضوع النزاع ولأسماء المحكمين أو غير ذلك مما يمكن أن يشمله الإتفاق عند إبرام العقد كتعذر التكهن بأي من النطاق التي يمكن أن يثور الجدل حولها عند التنفيذ وعلى العكس من ذلك فقد إشترط المشرع عند إبرام إتفاقية التحكيم وجوب تحديد موضوع النزاع وأسماء المحكمين ومن المعلوم أن إبرام إتفاقية التحكيم يتم عند قيام جدل حول أمر يهم تنفيذ العقد .

وترتيبا على ذلك فإن موضوع النزاع إذا تعلق بشرط تحكيمي يجب أن يضبط أمام هيئة التحكيم في أول جلسة تعقدها وإلا تكون قد تركت لنفسها مجال تحديد موضوع نظرها ويؤدي ذلك بها إلى البت في أمور لا حاجة للبت فيها خاصة وأن تحديد الموضوع أمر ضروري لضبط فترة امتداد التحكيم .

وحيث لا خلاف بين الطرفين أن موضوع النزاع في القضية لم يقع ضبطه ولا تحديد مرماه عند قبول المحكمين لمهمتهم ولا حتى عند الشروع في التحكيم بداية من 1994/12/12 وهو تاريخ إنعقاد أول جلسة لهيئة التحكيم ولم يحدد موضوع النزاع كما ضبطته المدعية في الأصل إلا بعد جلسة 1994/12/19 وبالتحديد بالجلسة 1994/12/26 عندما أثيرت أمام هيئة التحكيم عدة نقاط خلاف .

وحيث يستخلص من ذلك وحتى على فرض سلامة وصحة وتعهد هيئة التحكيم أن موضوع النزاع الذي عهد به لهذه الهيئة يتعلق بواجب ضمان الإنتفاع بالمكرى لضمان استحقاق جزء من العين المكتراة ...

وحيث إذا كان موضوع النزاع قد حدده الطالب في الأصل خلال الجلسة الثالثة من جلسات هيئة التحكيم فإنه على هذه الأخيرة أن تتقيد به ولا تتجاوزه خصوصا إذا كانت هذه المجاوزة تقلب موضوع التعهد رأسا على عقب .

وحيث أخلت هيئة التحكيم في هذا النطاق بأمرين أساسيي أولهما أنها سمحت لنفسها بالإتهام دون أن يكون لديها موضوع نزاع محدد وثانيهما أنها سمحت لنفسها وللطرف الطالب بتغيير موضوع النزاع بكيفية تتعارض مع ما سبق لها أن تعهدت به وبيان ذلك أن الطالب في الأصل كان متمسكا بباقي مقتضيات عقد التسويغ وخاصة بإستمراريته .

وحيث أن هيئة التحكيم حينما قبلت الطلب المتعلق بفسخ عقد الوكالة الحرة

وحينما حملت الشركة المدعى عليها مسؤولية ذلك الفسخ وغرمتها تبعا لذلك تكون قد خرجت عن نطاق موضوع النزاع كما ضبط أمامها بجلسة 1994/12/26 ولا يمكن أن يعتبر إثارة طلب الفسخ والتعويض من قبيل الطلبات العارضة لأن مناط قبول هذه الطلبات هو ارتباطها بالطلب الأصلي وعدم مجافاتها له .

وحيث أن هيئة التحكيم لما انتصبت للفصل في نزاع ناشئ عن تقصير هذا الطرف أو ذاك في القيام بواجباته تجاه الآخر واعتبرت نفسها وكأنها محكمة عادية بإمكانها الفصل في أي نزاع يثار لديها قبل ختم المرافعة تكون قد خرقت أحكام الفقرة الثانية من الفصل 42 من مجلة التحكيم مما يعرض قرارها للإبطال .

وحيث أنه من جهة أخرى فقد اعتبرت هيئة التحكيم نفسها متعهدة بفصل النزاع منذ انعقاد الجلسة الأولى في 1994/12/12 وقررت التمديد في أجل الشهر المحدد لإصدار القرار في مناسبتين الأولى في 9 جانفي والثانية في 1995/04/26 مما يتعين معه وجوب إصدار القرار في بحر 90 يوما بداية من 1994/12/12 إلا أنها لم تصدر قرارها إلا في 1995/05/18 .

وحيث أنه وبالرغم من أن قضية العزل قد صدر الحكم فيها في التاريخ المشار إليه أنفا فإن هيئة التحكيم لم تقرر الإستئناف النظر في القضية التحكيمية إلا بتاريخ 1995/04/26 . وحيث إعتبرت تلك الهيئة أن هذا التاريخ بداية سريان أجل التحديد الثاني الذي قررته في نفس التاريخ . وحيث نازعتها طالبة الإبطال فيما ارتأته معتبرة أن قرار التحكيم صدر خارج آجال التحكيم .

وحيث أن استئناف النظر في النزاع من قبل هيئة التحكيم الذي تم بتاريخ 1995/04/26 لم يكن ناشئا عن وقوع إعلامها بالبت في قضية العزل من أي طرف وإنما كان نتيجة قرار صادر عنها ، وقد أوجب المشرع أن تتوقف إجراءات التحكيم اذا قدم طلب في عزل المحكم والتجريح فيه إلى حين البت في الطلب .

وحيث أن توقف الإجراءات هو غير توقيف النظر في قضية التحكيم المنصوص عليه بالفصل 27 من مجلة التحكيم ضرورة أن تسلط التعليق على الإجراءات فقط يستلزم استئناف تلك الإجراءات فعلا أو حكما عند زوال المانع العارض بخلاف ما إذا كان الأمر يتعلق بمسألة أولية فإن التوقيف لا يتسلط على الإجراءات فقط بل يشمل الموضوع أيضا وهو ما استوجب اختلاف الإجراءات في

كلتا الحالتين . وحيث أن عبارة المشرع الوارد بالفصل 25 تتوقف إجراءات التحكيم إلى حين البت في الطلب تعني إرتفاع حالة التوقف بمجرد البت في الطلب ودون حاجة إلى القيام بأي إجراء وهو ما يتعين معه إحتساب الفترة الممتدة بين تاريخ البت في طلب العزل وبين تاريخ قرار إستئناف السير في الدعوى التحكيمية ضمن التسعين يوما المحددة لإنهاء النزاع تحكيميا .

وحيث أن الآجال تحسب حسابا واقعيا أي أن إصدار قرار متأخر عن ميعاد إصدار قرار متأخر عن ميعاد إصدار لا يمكن أن يكسب الشرعية للأعمال التي تلته ولا أن يغير البداية الحقيقية لتاريخ احتساب تلك الآجال.

وحيث أن هيئة التحكيم لم تحترم الآجال القصوى المحددة استنادا إلى اتفاق المتنازعين وإلى القانون وهو ما يعرض قرارها للإبطال .

وحيث أن القرار المطعون فيه صدر دون تحديد نطاق اتفاقية التحكيم وخارج الأجل الواجب الصدور فيه ويكون بذلك باطلا عملا بالفصل 42 من مجلة التحكيم .

■ فعقبته الطاعنة بواسطة محاميها ناسبة إليه مايلي :

المطعن الأول :

خرق أحكام الفصل الثالث من م التحكيم والفصل 14 من م م م ت : حيث جاء القرار المطعون فيه خارقا لأحكام الفصل 3 من م التحكيم ومتسما بخلط واضح بين الشرط التحكيمي وإتفاق التحكيم ، ذلك أن الشرط التحكيمي يتمثل في إلتزام أطراف عقد بإخضاع جميع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم وتبعا لذلك يكون هذا الشرط قائم الذات قبل نشوب أي نزاع ولا يشترط فيه تحديد موضوع التحكيم . فالمشرع التونسي لم يفرض تحديد موضوع النزاع إلا بالنسبة لإتفاق التحكيم مادام أن هذا الإتفاق هو عقد لاحق لنزاع انبثق أي موجود خلافا للشرط التحكيمي ويحرر بعد نشأة الخصومة .

وحيث أن تحديد موضوع النزاع الذي يكون منبثقا من إرادة الطرفين والذي يقع تضمينه في الإتفاق على التحكيم لا ينسحب إلا في الحالة التي تكون فيها الهيئة التحكيمية متعهدة على ضوء اتفاق على التحكيم ولا على ضوء شرط التحكيمي.

وحيث لا يوجد أي نص قانوني يفرض بالنسبة للشرط التحكيمي تعيين وضبط موضوع النزاع عند قبول المحكمين لمهمتهم وعند إلتئام أول جلسة تعقدها ولم يرتب

المشرع أي جزاء عن ذلك وتبقى المحكمة صاحبة القرار المنتقد معارضة بأحكام الفصلين 3 من م التحكيم و 14 من م م م ت .

خرق أحكام الفصل السادس من مجلة التحكيم : حيث إنحصر النزاع بين الطرفين في الوفاء بإلتزاماتهما التعاقدية والقانونية المحمولة عليها تنفيذا لعقد الوكالة الحرة وتصادقا على طلب الفسخ في نطاق دعوى أصلية بالنسبة للمعقبة وفي نطاق دعوى معارضة بالنسبة للخصيمة وقد وقع تضمين ذلك صراحة بمحضر جلسة هيئة التحكيم.

وحيث يرتقي هذا الإتفاق إلى منزلة الإتفاق على التحكيم إلا بكتب سواء كان بالفصل 6 من م التحكيم أنه " لا يثبت إتفاق التحكيم إلا بكتب سواء كان رسميا أو خطي أو محضر جلسة أو محضرا محررا لدى هيئة التحكيم التي وقع إختيارها ". وحيث أن العبرة في تكييف صيغة التحكيم بالمقاصد ولا بضاهر الألفاظ ويمكن قانونا اعتبار أن هيئة التحكيم قد تعهدت بالنزاع بمقتضى اتفاق على التحكيم .

خرق أحكام الفصل الأول من مجلة التحكيم والإفراط في السلطة: حيث بينت ووضحت هيئة التحكيم بأسانيد قرارها موضوع النزاع منتهية إلى التأكيد على تصادق الطرفين على طلب الفسخ والأداء وهو طلب منبثق من إرادتهما وتبعا لذلك تكون الهيئة مقيدة به وملزمة قانونا بالنظر في دعوى فسخ العلاقة التعاقدية . وقد اقتضى الفصل الأول من مجلة التحكيم "أن التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة التحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت فيها بموجب اتفاقية تحكيم ".وحيث تجاهلت المحكمة صاحبة القرار المنتقد الطبيعة التعاقدية للتحكيم عندما اعتبرت أن هيئة التحكيم حسمت نزاعا بدون موضوع ثم سمحت للمعقبة تغيير موضوع الدعوى والحال أن الخصيمة ناقشت هذه الدعوى ولم تدفع بتغيير موضوعها كما سجلت قيامها بدعوى معارضة في فسخ عقد الوكالة الحرة وفي ذلك دليل قاطع على أن موضوع النزاع واضح وجلي في ذهن طرفي التداعي ونابع من إرادتهما ومن واجب هيئة التحكيم أن تتقيد به .

خرق أحكام الفصل 46 من م التحكيم و84 من م م م ت:

حيث ثبت من أوراق القضية أن دعوى المعقبة ترمي إلى إلزام الخصيمة بالوفاء بالتزاماتها التعاقدية والقانونية تنفيذا لعقد الوكالة الحرة وتتمثل في إنجاز الأشغال

المحمولة عليها وضمان المكرى للمكترى وهذا الضمان واجب قانونا إذ يفرض على المكرى أن لا يفعل شيئا يشوش به على المكتري في حوزه ويعوقه عن الإنتفاع الذي يؤمله من الشيئ المأجور حسبما أعدله وحسب حالته وقت الإيجار .

وحيث أن موضوع النزاع مضبوط بشكل مدقق وهو الذي تعهدت به هيئة التحكيم وقد تقيدت به بدون أن تتجاوزه خلافا لما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد ولم تقلب موضوع الدعوى رأسا على عقب .

إذ أن المعقبة طلبت في مرحلة أولى الزام الخصيمة بالشروع حالا في الأشغال المحمولة عليها تنفيذ عقد الوكالة الحرة والتخفيض في معين الكراء وهي طلبات لها سند قانوني من الفصلين 273 و 751 من م أ ع مع حفظ حقها في تقديم طلبات إضافية على ضوء موقف الخصيمة ، لكن إزاء إصرار هذه الأخيرة على عدم الوفاء بإلتزاماتها وعدم رغبتها في حسم النزاع رضائيا إضطرت إلى تحرير طلباتها بينما كان النزاع بالأطوار التحضيرية ملتمسة فسخ العلاقة التعاقدية وجبر الضرر المشتكي به .

وحيث أن تحوير الطلبات لا يعني تغيير موضوع الدعوى الذي بقي على حالته الأصلية والذي عرض على هيئة التحكيم وتعهدت به .

وحيث إقتضى الفصل 46 من م التحكيم " تنطبق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية فيما لا يتخالف مع أحكام هذا الباب وفي الصورة التي لم تتعرض إليها أحكامه " كما جاء بالفصل 84 من م م م ت " يمكن للمدعي تغيير جزء من الدعوى أو الزيادة فيها أو تحريرها في الأجل المبين بالفصل قبله .

وحيث ومن الغريب أن تلاحظ المحكمة أن هيئة التحكيم عندما قبلت الطلب المتعلق بفسخ عقد الوكالة الحرة قد خرجت عن نطاق موضوع النزاع كما ضبط أمامها بالجلسة يوم 1994/12/26 ولا يمكن أن يعتبر إثارة طلب الفسخ والتعويض من قبيل الطلبات . وحيث أن لطلب الفسخ إرتباط وثيق بالطلب الرامي إلى إلزام الخصيمة بالوفاء بإلتزاماتها التعاقدية . وبذلك تكون محكمة القرار المنتقد قد خالفت الأحكام القانونية المشار إليها .

المطعن الثاني :

إساءة تطبيق الفصل 25 من م التحكيم وخرق أحكام الفصل 13 منها بمقولة أنه

لاخلاف في أن الطرفين المتنازعين قد إتفق ضمن الشرط التحكيمي على أن تكون مدة التحكيم شهرا واحدا .

وحيث لا نزاع أيضا في أن الفصل 24 من نفس المجلة قد خول لهيئة التحكيم التمديد في هذا الأجل مرة أولى أو مرتين وإعتمادا على هذا النص فقد قررت هيئة التحكيم فعلا التحديد في هذا الأجل مرتين مما وفر لها القانون مدة 90 يوما لإصدار قرارها .

وحيث تعهدت هيئة التحكيم بالنزاع في 12 ديسمبر 1994 وقررت إيقاف النظر فيه يوم 1995/02/09 نتيجة لقيام الخصيمة المعقب ضدها بنشر قضية في عزل المحكمين مما يجعلها قد استعملت في الأجل المحدد لها 57 يوما وحيث لا خلاف في أن هيئة التحكيم استأنفت القضية يوم 1995/02/26 وأصدرت قرارها يوم 18 ماي 1995 بحيث مضت مدة 22يوما بين تاريخ استئناف النظر وتاريخ صدور الحكم التحكيمي فإذا تم ضم هذه المدة إلى المدة التي إستغرقها النظر في القضية يتبين أن المدة الزمنية الجملية لنظر الهيئة هي 57 + 22 يوما أي 79 يوما.

وحيث يتضح والحالة تلك أن الفترة الزمنية التي قضتها الهيئة التحكيمية في التعهد والنظر لا تتجاوز التسعين يوما المحددة لها بل أقل من ذلك بكثير .

وبالرغم من ذلك فقد اعتبرت محكمة الحكم المنتقد أن حكم التحكيم صدر خارج الآجال بدعوى أن الفترة المتراوحة بين صدور الحكم في قضية العزل وتاريخ استئناف النظر في القضية من طرف هيئة التحكيم يجب أن يخصم من التسعين يوما المحددة لهذه الأخيرة وبعبارة أخرى يرى القرار المنتقد أنه من واجب هيئة التحكيم استئناف التعهد يوم صدور الحكم في قضية العزل .

وحيث أن هذا الرأي لا يستند إلى أي أساس قانوني إذ لا وجود لأي نص يوجب صراحة ذلك .

إذ من المفروض أن يحدد الأطراف نظاما اجرائيا لسير التحكيم بما في ذلك كيفية إستئناف النظر وميعاده في صورة نشر قضية في عزل المحكم مثلما ورد ذلك بالفصل 13 من م التحكيم ، فقد أوكل هذا النص للمحكمين في صورة التحكيم الحر تنظيمه وتحديد اجراءاته مالم يتفق الأطراف على خلاف ذلك . وحيث لا شك ولا إختلاف أن الطرفين لم يتفقا على خلاف هذا أي أنهم لم يقيدا هيئة التحكيم بإجراءات

خاصة.

وحيث أنه طالما أن كل ما يهم الإجراءات يدخل في صلاحيات هيئة التحكيم وأن الأطراف مصادقين على ذلك لأنهما لم يتفقا على خلافه وأنهما حظرا عملية التحكيم بعد إستئناف النظر ولم يبد أحد منهما أي احتراز أو تحفظ في خصوص الإجراءات بل أن الخصيمة حضرت وسجلت قيامها بدعوى معارضة ضمنت فيها طلباتها في فسخ العقد والأداء فإنه يتعذر من الناحية القانونية فرض طريقة أخرى على هيئة التحكيم في تنظيم التحكيم وتحكيم و تحديد إجراءاته والحال أن الفصل 13 من م التحكيم عهد لها بذلك صراحة .

خرق مبدأ التعهد الفعلي: حيث يفرض التطبيق السليم لأحكام الفصل 24 من م تحكيم التقيد بمبدأ التعهد الفعلي بالنظر في النزاع والأجل الذي تعهدت فيه هيئة التحكيم بصفة فعلية . وحيث إقتضى الفصل 532 من م أ ع " نص القانون لا يتحمل الا المعنى الذي تقتضيه عبارته بحسب وضع اللغة وعرف الإستعمال ومراد واضح القانون " وبذلك يتحتم والحال تلك الأخذ بمراد واضح من م التحكيم . وحيث وفيما يخص الأجل المضروب لهيئة التحكيم قصد إصدار قرارها فإن العبرة في نظر المشرع بالتعهد الفعلي ويستنتج ذلك من الفصل 27 من مجلة التحكيم و 23 والفقرة الأولى من الفصل 24 من نفس المجلة وحيث وأن واضع مجلة التحكيم على التأكيد على أن مواصلة النظر في النزاع بعد توقيفه مقيد بشرطين متزامنين أولهما زوال السبب الذي أوجب توقيف النظر بالبت فيه وثانيهما إجراء استئناف النظر.

خرق أحكام الفصل 27 من م التحكيم: بمقولة أنه تقتضي المبادئ الفقهية والقانونية في مادة القانون العدلي الخاص إن استئناف النظر في الخصومة بعد توقيف النظر فيها بسبب إثارة مسألة توقيفية توقف حسم النزاع يكون بطلب من أحرص طرفي التداعي أو بمبادرة من المحكمة ما دام أنها تبقى متعهدة بالنزاع إذ أن توقف النظر لا يترتب عنه تخلي الهيئة القضائية عن النزاع .

وحيث يتأكد والحالة تلك أن استئناف النظر لا يكون بصفة آلية بمجرد زوال السبب المعطل وأن المبدأ هو التعهد الفعلي بالنظر في الخصومة من طرف الجهة المختصة .

وحيث يستنتج مما سبق أ ن القرار المطعون فيه خرق أحكام الفصل 27 من م

التحكيم عند ما حصر تطبيقه في المسائل الأولية والحال أن المشرع تعرض صراحة بمقتضيات هذا الفصل إلى المسائل التوقيفية بصفة عامة .

وحيث اقتضى الفصل 533 من م أ ع " إذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على إطلاقها " وحيث لا شك ولا اختلاف أن مسألة عزل المحكمين تعتبر مسألة توقيف سير التحكيم .

وحيث مادام سكت الفصل 24 من م التحكيم عن مسألة أثارت قرار الوقف وسريان أجل النظر من جديد فإنه يتحتم الرجوع إلى الفصل 27 من نفس المجلة باعتباره النص العام الذي تعرض إلى المسائل التوقيفية .

وحيث وما دام أن الخصيمة في قضية الحال لم تبادر بإعلام هيئة التحكيم بمال قضية العزل لتمكينها من مواصلة النظر في النزاع ولم تكن حريصة على استئناف التداعي فإنه لا يحق لها قانونا أن تدفع بأن الإجراءات تستأنف من تاريخ صدور الحكم في قضية العزل .

وحيث تكون المحكمة عندما أخذت بدفع الخصيمة قد خرقت أحكام الفصل 27 المشار إليه وأساءت تطبيق الفصل 25 من مجلة التحكيم .

وحيث أن دفع الخصيمة بأن هيئة التحكيم كانت طرفا في قضية الحال وهي على علم بمالها مردود عليها مادام أن المشرع فرض أعلامها ولم يقتصر على العلم إذ من المتفق عليه فقها وقضاءا وقانونا أنه يتحتم في مادة القانون العدلي الخاص التفرقة بين العلم والإعلام ومادام المشرع تعرض بالفصل 27 إلى الإعلام فإن العبرة ليست بالعلم .وحيث أن القرار المطعون فيه قد خرق القانون بصفة واضحة ولم يعلل قضاءه تعليلا مستساغا واقعا وقانونا فإن المعقبة تطلب نقضه بدون إحالة .

المحكمـــــــة

عن المطعن الأول بجميع فروعه :

حيث إن التحكيم بحكم أنه أصبح سائدا في المعاملات الدولية فقد أولاه المشرع التونسي اهتماما خاصا لا سيما عندما تبين له قصور في قواعد التحكيم الواردة بمجلة المرافعات المدنية والتجارية وذلك للسير في الاتجاهات الحديثة بشأن التحكيم فأصدر

من أجل ذلك مجلة التحكيم بالقانون عدد42 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/04/26 .

وقد أعطى المشرع لطرفي التحكيم الحرية بتنظيمه بالكيفية التي يريانها واختيار القواعد التي تسري على الإجراءات شريطة مراعاة أصول التقاضي وفي مقدمتها المساواة بين الخصوم ، فالتحكيم إذا حق قراره القانون لأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما ينشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين أو على إحالة أي نزاع نشئ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من أفراد يسمون محكمين ليفصلوا في النزاع المذكور بدل القضاء المختص ، فالصورة الأولى هي المنصوص عليها بالفصل الثالث من مجلة التحكيم وهي المعبر عنها بشرط التحكيم ، أم الصورة الثانية فهي موضوع الفصل الرابع من نفس المجلة الذي عبر عنه المشرع بالاتفاق على التحكيم . وحيث إن المشرع التونسي أوجب بالفصل 17 من م التحكيم تعيين موضوع النزاع على التحكيم إلا أنه لم يوجب ذلك بالشرط التحكيمي من ناحية ومن أخرى فإن الشرط التحكيمي الوارد بالعقد الرابط للعلاقة بين الطرفين أعفى هيئة التحكيم من مراعاة الإجراءات والآجال المنصوص عليها بمجلة المرافعات المدنية والتجارية كما أسند لها مهمة المحكمين المصالحين على معنى الفصل 14 من م التحكيم .

وتأسيسا على ذلك فإن تطبيق محكمة الموضوع لقواعد مجلة المرافعات المدنية والتجارية في هذا المجال يصبح عديم السند وهذا علاوة على أنه إذا حدثت أثناء إجراءات التحكيم مخالفات سهوا أو عمدا واستمر أطراف النزاع في إجراءات التحكيم مع علمهم بوقوع المخالفة ولم يقدموا اعتراضهم على هذه المخلفات في الوقت المعقول أعتبر ذلك نزولا عن الحق في الاعتراض .

وحيث إنه ترتيبا على ما ذكر فإن ما اعتمدته محكمة القرار التحكيمي في هذا المجال لا يقوم على أساس طالما أن الهدف من التحكيم هو حسم النزاع بين الطرفين وأن المشرع لم يشترط في الشرط التحكيمي تعيينا لموضوع النزاع لتتحدد ولاية المحكمين ومن ثم جاز أن يتم التحديد أثناء المرافعة ومتى حدد أطراف النزاع طلباتهم كل في المواجهة الأخرى والتزمت هيئة التحكيم في قضائها حدود تلك الطلبات كان قضاؤها يستقيم في معناه مع الشرط التحكيمي.

وحيث يخلص من ذلك أن محكمة القرار لما صارت في غير هذا السبيل فقد كان قضاؤها بمنآى عن الصواب وعديم السند القانوني فإستوجب النقض من هذه الناحية .

عن المطعن الثاني بجميع فروعه :

حيث إن مدة التحكيم لا تكون موكولة لأمر المحكمين ولو وقع التفويض لهم في ذلك وحيث إنه من أجل ذلك فقد إقتضى الفصل عدد 24 من م التحكيم انه إذا وقع تحديد أجل البت في الخصومة فإنه بداية من تداخل آخر واحد من المحكمين في قبول مهمة التحكيم يبدأ سريان الأجل وأنه إذا لم يحدد أجل وجب البت في الخصومة في أسرع وقت ممكن وعلى كل حال في أجل لا يتجاوز 6 أشهر على أنه يمكن لهيئة التحكيم بقرار أن تمدد مرة أو مرتين في أجل التحكيم إذ يعذر البت في الخصومة بالفقرتين المتقدمتين وهذه الآجال يمكن التمديد فيها بإتفاق الأطراف أو عملا بنظام التحكيم.

وحيث إنه قد تحدث أثناء سريان أجل التحكيم وقبل إنقضاء ميعاده نزاع يتعلق بطلب عزل محكم أو أكثر فيترتب على ذلك حتما وقف سريان أجل التحكيم بإعتبار أن هذه المسألة هي في المسائل التوقيفية التي تخرج عن ولاية المحكمين وهو يستحيل عليها قبل البت فيها مواصلة السير في التحكيم ، ولذاك فقد إقتضى الفصل 25 من م التحكيم بأنه تتوقف إجراءات التحكيم إذا قدم طلب في عزل المحكم أو في التجريح فيه إلى حين البت في الطلب ، إلا أن المشرع لم يشر ضمن هذا الفصل إلى إستئناف إجراءات التحكيم لسيرها وبداية ذلك ، وبما أن موضوع عزل المحكمين من المسائل التوقيفية فإنه يمكن الإستهداء بأحكام الفصل 27 من م التحكيم الذي يتعلق بالمسائل التوقيفية والذي نص على أنه إذا أثيرت مسألة توقيفية تخرج عن إختصاص هيئة التحكيم فإنها توقف نظرها إلى أن تقضي المحكمة في الموضوع وإنه يتوقف بموجب ذلك الأجل المحدد للحكم إلى أن يقع إعلام هيئة التحكيم بصدور الحكم البات في المسألة التوقيفية .

وحيث إن ما تضمنته هذا الفصل فيه تكريس للمبادئ العامة والقاضية بأن بدأ سريان الأجال يكون من تاريخ الإعلام وأن القول بخلاف ذلك يؤدي إلى إمكانية عدم علم هيئة المحكمين بالحكم الصادر في المسألة التوقيفية واستئناف الآجال لسيرها دون أن تكون على علم بذلك .

وحيث أن بداية أجل التحكيم حسبما هو واضح بأوراق الملف الذي اعتمدته محكمة القرار هو1994/12/02 وأن مدة التحكيم المعينة بالشرط التحكيمي هي شهر

وقد مددت هيئة التحكيم في هذا الأجل مدة أولى وبتاريخ 1995/02/09 أوقفت النظر في إجراءات التحكيم بسبب قيام المعقب عليها بنشر قضية في عزل المحكمين التي انتهت يوم 1995/04/04 فإستأنفت هيئة التحكيم إجراءاتها في 26 من نفس الشهر ودون أن يكون هناك بالملف ما يفيد إعلامها بالحكم الصادر في نزاع حتى يكون ذلك منطلقا لإستئناف إجراءات التحكيم وإتخذت قرار بالتحديد لمدة شهر آخر وأصدرت حكمها في 1995/05/18، وبهذا التفسير يمكن إعتبار القرار صادرا في خلال الآجال القانونية .

وحيث إنه إضافة لذلك فإن القواعد القانونية الصرفة تعتبر قائمة في الدعوى فتطبقها المحكمة من تلقاء نفسها وبغير حاجة للتمسك بها من صاحب المصلحة لأن تكييف الواقعة التكييف الصحيح من الأمور التي يتعين على المحكمة القيام بها من تلقاء نفسها ولو لم يطلب منها ذلك أي من الخصوم .

وحيث إنه ترتيبا على ذلك المبدأ وما تضمنه الفصل 24 من م التحكيم من أن الآجال يمكن التمديد فيها بإتفاق الأطراف فإنه يؤخذ من الوقائع الثابتة بالملف والمعتمدة من طرف القرار المخدوش فيه أنه بجلسة 1995/05/8 حضر لدى هيئة التحكيم محامو طرفي النزاع كما حضر السيد "ح.م" وأدلى بتوكيل خطي عن المعقب عليها مؤرخ في نفس التاريخ وممضى من قبل الرئيس المدير العام للمعقب عليها يقتضي توكيله على الخصام ، وبإعتبار أن التوكيل على الخصام لغير المحامين يجب أن يكون بحجة رسمية فقد طلب محامي المعقب عليها تأخير القضية التحكيمية إلى موعد آخر حتى يقع الإدلاء بتوكيل رسمي .

وحيث إنه كان من واجب محكمة القرار أن تنظر في هذه الوقائع وتعطيها التكييف القانوني الصحيح بإعتبار أن الفصل 25 من مجلة التحكيم نص على إمكانية التمديد في الآجال بإتفاق الأطراف غير أنه لم يشترط صيغة معينة لذلك مما يخلص منه ان التجديد الإتفاقي يمكن أن يكون صريحا أو ضمنيا أو أن التمديد الصريح يقع في الشكل الذي يرضي به الطرفان ويصبح بذلك عنصرا من عناصر اتفاقية التحكيم وأنه في صورة عدم وجود تمديد صريح فإن إتفاق إرادة الطرفين يمكن أن يظهر بمختلف الصيغات لتكوين تمديد ضمني ، غير أنه لا يشترط في هذه الإرادة سوى أن تكون واضحة وأن محكمة الأصل وإن كان لها مطلق السلطة لتقدير الوقائع في هذا

المجال إلا أنه كان عليها أن تنظر في هذه الوقائع وتعطيها التكييف القانوني الصحيح وألا تهمل مشاركة جميع الأطراف في التحكيم بدون قيد بعد إنتهاء المدة المحددة لم تقبل من أحد أولئك الأطراف طلب الإبطال على أساس أن التحكيم وقع خارج الأجل .

وحيث إنه ترتيبا على ذلك فإن محكمة القرار قد إعتمدت أساسين للقضاء بإبطال قرار المحكمين لا يصلحان لقيام حكمها لافتقارهما لما يسندهما قانونا فتعين تأمينا لحقوق كل الأطراف ولحسن سلامة تطبيق القانون نقض قرارها .

لهـــذه الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و أصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها .

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 1998/05/14 عن الدائرة المدنية الأولى المتركبة من رئيسها السيد الباشا البجار وعضوية المستشارين السيدين محمد بوبكر والفرجاني الحمروني وبحضور المدعي العمومي السيد محمد علي الشايبي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود .

وحرر في تاريخـــه