أ/س
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل **الحمـد لله**
محكمــة التعقيــب
***ع 43671.2016دد القضيــة**
تاريخـــه : 2017/03/30

أصـدرت مـحكمة التعقيـب القرار الاتـي :

بعـد الاطــلاع علــى مطلــب التعقيــب المقــدم فــي 2016/11/07

من الاستاذ "ر.ع"المحامي لدى التعقيب

نيابـــة عـــن: شـركة "ب..ب" فـي ش م ق مقرهـا ***** العوينــة تــونس محــل مخابرتهــا بمكتــب الاســتاذ "ر.ع" الكائن بنهج *** ضفاف البحيرة تونس

ضـــد:

1- شركة "ب.ق" في ش م ق

مقرها بشارع مصطفى حجيج **** اريانة

ينوبــها الاستاذ "م.ع"

2- شركة "م.ك.ا.ت" في ش م ق

مقرها بعمارة "ك.ب.س" المركز العمراني الشمالي **** حي الخضراء تونس

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي المـدني عـدد 83938 الصــادر بتــاريخ 2016/06/28 عــن محكمــة الاســتئناف بتونس.

والقاضــي : بقبــول مطلــب الطعــن بالابطــال شــكلا ورفضه اصلا وحمل المصاريف القانونية على الطاعنة.

وبعــد الاطــلاع علــى مســتندات التعقيــب الــمبلغة للمعقب ضدهـما بتاريخ 2016/11/14 بواسطة عدل التنفيذ "ح.ط"

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه

وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الاستاذ "م.ع" نيابة عن المعقب ضدها الاولى والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض مع الاحالة.

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع واوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقب ضدهالدى هيئة التحكيم عارضة انها ابرمت مع المطلوبة في الاصل المعقبة الان بتاريخ 2010/09/29 عقد مقاولة للقيام بتزويد وتركيب واشغال مركب سكني يدعى "م.ه" كائن بسكرة بثمن جملي قدره 2530.151.234د يتم خلاصه على اقساط حسب تقدم الاشغال وبناءا على كشوفات حساب على امتداد 14 شهرا بداية من 2010/10/04 الى 2011/12/03 وقد ماطلت المطلوبة في الخلاص بداية من الكشف عدد 13 رغم مطالبتها بالدفع وعرضت تبعا لذلك النزاع امام الهيئة التحكيمية التي اصدرت حكمها بتاريخ 2015/04/10 يقضي قررت هيئة التحكيم الحكم باختصاصها بالنظر في النزاع المطروح عليها والقضاء بفسخ عقد المقاولة المبرم في 29 و30

سبتمبر 2010 بين شركة البعث العقاري "ب.ل" وشركة "ي.ق" والمسجل بالقباضة المالية ببر القصعة في 01 اكتوبر 2010 بسبب الاخطاء المنسوبة لشركة البعث العقاري "ب.ل" والقضاء تبعا لذلك بالتزام هذه الاخيرة في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي لشركة "ب.ق" في شخص ممثلها القانوني المبالغ المالية التالية:

اولا: ثمانية وثلاثون الفا وتسعة وتسعون دينارا وثمانمائة وثمانون مليما (38.099.880د) تعويضا عن الخسارة الناتجة عن عدم اتمام الاشغال

ثانيا: مائة وسبعون الفا واربعون وخمسة وتسعون دينارا وتسعمائة وثمانية وعشرون مليما (170.495.928د) بعنوان المستحقات عن كشوفات الحساب الوقتية ذات الاعداد 13 و14 و15 مع الفائض القانوني الجاري على هذا المبلغ المحتسب بالنسبة التجارية بداية من تاريخ التنبيه التجارية بداية من تاريخ التنبيه المجرى في 6 سبتمبر 2012 الى تمام الوفاء.

ثالثا: مائتان وثمانية الاف وسبعمائة واربعة وسبعون دينارا وثمانمائة وثمانون مليما (208.774.880د) بعنوان المستحقات عن الاشغال الموالية لكشف الحساب الوقتي عدد 15 مع الفائض القانوني الجاري عن هذا المبلغ بالنسبة التجارية بداية من تاريخ صدور هذا القرار التحكيمي الى تمام الوفاء.

وبالنسبة للمبالغ الواردة ثانيا وثالثا اعلاه وقدرها جملة (379.270.770د) مع الفوائض فان شركة البعض العقاري "ب.ل" تدفعه لشركة "ب.ق" في ما يتجاوز المبالغ الموقوفة بموجب العقل التوقيفية الثلاثة وهي:

1- العقلة المجراة بواسطة عدل التنفيذ "ع.ن" حسب محضره عدد 8002 بتاريخ 18 جوان 2012

2- والعقلة المجراة بواسطة عدل التنفيذ "ا.ز" حسب محضر عدد 2716 بتاريخ 28 نوفمبر 2012

3- والعقلة المجراة بواسطة عدل التنفيذ "م.ز" بمحضره عدد 34506 في 2013/02/21

فان ثبت عند التنفيذ وقوع رفع احداها بالتراضي او بالتقاضي او بموجب حكم بات قاضي بالبطلان فان على شركة البعث العقاري "ب.ل" ان تدفع لشركة "ب.ق" مازاد عن المبالغ الموقوفة من اجل غيرها من العقل المذكورة ويسرى هذا النظام في شان باقي العقل الثلاثة الى حين انتهاء مفعولها جميعا وحتى استيفاء كامل المبلغ الجملي المذكور آنفا.

رابعا: ستة الاف ومائة وستون دينارا (6.160.000د) بعنوان اجرة الاختبار معدلة من طرف الهيئة التحكيمية

خامسا: ثمانية الاف دينارا (8.000.000د) بعنوان اجرة محاماة واتعاب تقاضي عن قضية الحال.

كالقضاء برفض باقي طلبات المدعية في الاصل في ما زاد على ذلك كالقضاء بقبول دعوى المعارضة المرفوعة من شركة البعث العقاري "ب.ل" شكلا ورفضها موضوعا وحمل المصاريف القانونية عليها وبتاريخ 2015/05/09 اصدرت هيئة التحكيم قرارا تحكيميا تكميليا يقضي بتكميل حكمها الاصلي الصادر في 2015/04/10 وذلك بالحكم بالزام شركة البعث العقاري "ب.ك" في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي لشركة "ب.ق" في شخص ممثلها القانوني فضلا عن المبالغ الواردة بالحكم الاصلي مبلغا قدره خمسون الفا واربعمائة وتسعون دينارا (50.490.000د) تعويضا عن بقاء الآلة على ذمة الحضيرة عن الفترة الفاصلة بين 15 مارس 2012 و19 سبتمبر 2012 .

الواقع الاعلام به بتاريخ 2015/06/11 بواسطة

عدل التنفيذ "م.ش".

وحيث وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عدد 83938 بتاريخ 2016/06/28 السالف تضمين نصه اعلاه بناءا على عدم صدور حكم قضائي بات يحسم بيان عناصر الحكم التحكيمي التي فيها خرق للفقرة 3 من الفصل 42 وان باقي المطاعن لا تشكل مسائل تتصل بقواعد النظام العام.

فتعقبته الطاعنة طالبة الابطال بواسطة محاميها الاستاذ "ب" ناسبة له ما يلي:

ان محكمة القرار المنتقد حرفت الوقائع من خلال عدم التعرض لعدم تحرير الاطراف الاتفاقية تحكيم تكرس احكام الفصل 17 من عقد المقاولة وتحدد الترتيب العملية للتحكيم سيما في طوره الصلحي وبعدم التعرض لاتفاق الاطراف على تكوين هيأتي تحكيم الاولى فردية تنظر في النزاعات المتعلقة بتنفيذ الاشغال والثابتة مجلسه ثلاثية للنظر في باقي النزاعات كاهمالها تراجع المتعاقدين عن التحكيم وترك فصل النزاعات للمحاكم المختصة طبق الفصل 62 من كراس الشروط جدلا من التحكيم الحل فقد نص الفصل 17 من عقد المقاولة على ان النزاعات المتعلقة بالاشغال المتفق على انجازها تفصل بواسطة محكم وحيد بعين باذن على عريضة من رئيس المحكمة الابتدائية بتونس مما يجعل هيئة التحكيم الثلاثية غير مؤهلة للبت في النزاع وكما خرجت الهيئة التحكيمية عن نطاق التحكيم واسندت لنفسها صلاحيات تعيين خبير لتقدير قيمة الاشغال المنجزة حال ان ذلك الامر موكول لمحكم فردي حسب الفقرة 2 من الفصل 17 من العقد وانه رغم الدفع بعدم وجود اتفاقية تحكيم بين الطرفين فقد اعتبرت المحكمة الفصل 17 بمثابة اتفاقية تحكيم دون تعليل والدليل على انعدام اتفاقية التحكيم هو ان الفصل 17 من العقد نص على وجود فض النزاع

بالطرق الودية اولا وهو ما يعني وجوب ايجاد ترتيبات اجرائية تنظم الطور الصلحي وخلافا لما ورد القرار التحكيمي فان البند 17 من العقد اشار فقط لامكانية عقد اتفاقية تحكيم وترك الترتيبات بشان الطور الصلحي وتعيين هيئة التحكيم للاتفاق اللاحق للطرفين مما يجعل اتفاقية التحكيم غير تامة وباطلة وفي حكم العدم ويتخلى بطلان الاتفاقية في عدم التنصيص بالفصل 17 من العقد على اسماء المحكمين صراحة مما يتعارض مع الفصل 17 من مجلة التحكيم ومحكمة الحكم المطعون فيه لم تعزج على ذلك الدفع كما انه في عدم تنظيم اجراءات الطور الصلحي وعدم ترتيبه وترك امر تعيين المحكمين بنوعيهما الفردي والجماعي الى اتفاق لاحق دليل على عدم انبرام اتفاقية تحكيم اذ لم يحرص اي من الطرفين على دعوة الاخر لتحرير اتفاقية التحكيم وقد خرق المحكمين الاجراءات الاساسية الماسة بالنظام العام حتى في اجراءات تداول النزاع واقروا اجراءات تبليغ واستدعاء مخالفة للفصل 5 من م م م ت سواء عند تبليغ الاحكام او قبول طلب الاصلاح والبت فيه والاعلام به حال ان الاجراءات الاساسية لا يمكن التعاقد عليها من الاطراف ولا يمكن لهيئة التحكيم تغييرها وهو ما تغاضت عنه محكمة الحكم المطعون فيه ولم تجب عنه.

ومن جهة اخرى فان محكمة القرار المنتقد لم تجب على الدفع بتغيب الطور الصلحي الذي يجب ان يكون في اطار التحكيم لا خارجه فلم يقع احترام الطور الصلحي الذي يجب انس يبق كل تقاضي بين الطرفين خاصة وقد بتت ان المعقب ضدها التجأت للتقاضي الاستعجالي قبل الشروع في تكوين هيئة التحكيم وقبل وجود اي مشاع ودية بين الطرفين ودون اثارة الفصل 17 من عقد المقاولة وقد تضمن الحكم التحكيمي يناقض في حيثياته بان اكد ثبوت ان المعقب ضدها شركة "ب.ق" لم تدفع لدى المحكمة المتعهدة

بالـدعويين 31218 و30710 بعـدم الاختصـاص لوجـود الشـرط التحكيمـي واعتبـار ان ذلـك لا يكفـي للقـول بوجـود تراضـي عـن التخلـي عـن الشـرط التحكيمـي حـال ان عـدم التمسك من الطرفين بالشروط التحكيمي الوارد بالفصل 17 من عقد المقاولة وقبول الطرفين للدعوى والجواب عنها هو تخلي ضمني عن التحكيم وطالما وقع الإلتجاء من المعقب ضدها الى محاكم الدولة ودون ان تتمسك المعقبة بالشرط التحكيمي فان ذلك يعد تنازلا ضمنيا من الطرفين على الشرط التحكيمي خاصة وان الاحكام لم تكن استعجالية فحسب اذ تعهدت المحكمة في القضية عدد 30710 بالاصل وكان الطلب فيها دفع مبلغ 171.495.928د مقابل كلفة الاشغال وانتهت في 2013/09/26 بالرفض كما قضي في القضية عدد 31218 ببطلان محضر العقلة التوقيفية ومن المنطقي الاخذ بارادة الاطراف التي اتجهت لقضاء الدولة وقد استقر فقه القضاء على استقراء ارادة الطرفين بتصرفهما الفعلي على مضمون العقد واتجه فقه القضاء الى وجوب الاخذ بسلوك الاطراف بعد نشوب النزاع وبالتالي يكون سيء النية الطرف الذي بناء بالالتجاء لقضاء الدولة ثم بدفع بوجود اتفاقية تحكيم ومن البديهي انه يحق للاطراف التنازل عن التحكيم لفائدة المحاكم العدلية طالما ان الارادة هي التي تؤسس اللجوء الى التحكيم فانها كذلك تبرر التنازل عن اللجوء اليه ويثبت التنازل عن اللجوء اليه ويثبت التنازل ضمنيا بعدم اثارة الدفع بعدم الاختصاص. ولم يعرج محكمة الحكم المطعون فيه على هذا الدفع وقد بررت هيئة التحكيم موقفها بانعدام الخيار لدى المعقب ضدها لمباشرة التداعي لدى قضاء الدولة وهو موقف غريب لان اجال الاعلام بالعقلة واجال النشر والتداعي لا يكون حائلا للتقاضي لدى محاكم الدولة او الهيئة التحكيمية اعتبارا الى ان انطلاق تلك الاجال كانت بيد نت باشر التقاضي باستصدار اذن في اجراء العقلة والذي كان بامكانه تطبيق اجراء التحكيم

وتغاضت محكمة الاستئناف عن تلك الدفوعات كما ان تناقض القرار التحكيمي تكرر بشان اثارة سبق التعهد من محاكم الدولة بالدعوى اذا اعتبرت ان القضاء العدلي مختص بالنظر رغما عن اختصاص هيئة التحكيم حال ان اختصاص محاكم الدولة بالفصل في النزاعات يقضي هيئة التحكيم آليا فسبق تعهد محاكم الدولة بالبت في النزاع لا يمكن معه تعهد هيئة التحكيم الا بعد احالة الاطراف عليها من المحاكم العدلية طبق ما جاء بالفصل 52 من مجلة التحكيم وباتت عدم اثارة المعقب ضدها للبند التحكيمي في الاجال المنصوص عليها بالفصل 52 من مجلة التحكيم يشكل عدولا منها عن التحكيم فضلا عن سقوط الحق في اثارة ذلك بعد تقديم التقارير الكتابية وان الفصول 52 و53 و19 من مجلة التحكيم كفيلة بدحض ما ورد بالقرار التحكيمي من زعم انعدام الخيار لدى المعقب ضدها في التوجه للقضاء العدلي قبل تشكيل هيئة التحكيم.... وقد كان حكم التحكيم متناقضا في تحديد الوقائع المتعهد بها ومدى سبق التعهد بها من محاكم الدولة اذ اقر ان الدعويين المرفوعتين من المعقب ضدها لدى المحاكم العدلية تتعلقان بنفس اصل الدين ثم يتدارك بزعم ان موضوع الخصومة امامه ليس نفسه ما اثير في القضيتين المذكورتين واستند كذلك الى عدم وجود خصومه جارية لدى محاكم الدولة حال انه اشار للحكمين 31218 و30710 ولم يراع القرار المذكور سبق فصل النزاع امام قضاء الدولة مما يصبح معه القرار التحكيمي صادرا بناءا على اتفاقية تحكيم باطلة وخارج نطاقها طبق الفصل 42 فقرة 1 و2 و4 من مجلة التحكيم وقد خالف القرار التحكيمي مبدا اتصال القضاء رغم ان هيئة التحكيم اقرت بسبق تعهد قضاء الدولة دون ان ترتب على ذلك وجوب تخليها عن فصل الدعوى لسبق التعهد واتصال القضاء وقد اساءت محكمة الحكم المطعون فيه تطبيق القانون الخطا بين الدفع بسبق التعهد والطعن

باتصال القضاء اذ دفعت المعقبة بسبق التعهد من القضاء العدل كقرينة لتخلي المعقب ضدها عن التحكيم وردت المحكمة الدفع يسبق اتصال القضاء بوجوب الادلاء بحكم بات لاقصاء التحكيم حال ان المعقبة تمسكت باتصال القضاء ولا باحراز الاحكام الاصلية على قوة ما اتصل به القضاء فاتصال القضاء قرينة قانونية لا تقبل الدليل المعاكس وفق الفصل 485 م ا ع اساسها ان الحكم الصادر ولو ابتدائيا يكتسب حجية الامر المقضي بما يمنع اعادة نشر الدعوى اما قوة اتصال القضاء فهي مرمى الاحكام النهائية الباتة التي لا يمكن الطعن فيها بالرسائل العادية ولم تنظر محكمة الاستئناف في تلك المطاعن التي كانت مختلفة وتؤدي جميعا لبطلان الحكم التحكيمي وقد صدر الحكم التحكيم خارج نطاق الفصل 17 من عقد المقاولة الامر الذي لم توليه محكمة القرار المنتقد الاهتمام من خلال خرق احكام الاتفاق التحكيمي المزعوم في امور اساسية وهي:

*** خرق اتفاق التحكيم في شان اجال فصل النزاع :**

اذ تجاوزت هيئة التحكيم المدة الفصول لفصل النزاع وفق ارادة الطرفين بالفصل 17 من عقد المقاولة المحددة بتسعة اشهر اذ شرعت في اعمالها بموجب محضر الجلسة المؤرخة في 2013/12/14 فيما صدر قرارها في 2015/05/09 وان قرار التمديد الثاني في اجال فصل النزاع تحكيميا من هيئة المحكمين صدر بعد انقضاء الاجل الاول وخارج الاجراءات بما يجعل الاعمال والقرارات الصادرة خارج تلك الفترة باطلة.

* خرق اتفاق التحكيم وخروجه عن نطاقه باعتماده لغة غير المنصوص عليها به وهي الفرنسية باعتماده اللغة العربية في تعارض مع الفصل 17 من عقد المقاولة.

* الخروج عن اتفاقية التحكيم من خلال تجاوز الطور الصلحي الاجرائي المنصوص عليه وجوبا بالفصل 17 من عقد المقاولة فعدم مباشرة المحكمين للمساعي الصلحية وعدم التنصيص على سبق وجود طور صلحي تحكيمي يخرج حكم المحكمين عن نطاق اتفاقية التحكيم ولا يمكن لاي مبادرات جانبية خارج اجراءات التحكيم ان تعرض الطور الصلحي وقد برر الحكم التحكيمي جملة التجاوزات والخروقات باتفاق الطرفين على ذلك واجازتهما للمحكمين عدم تنفيذ الاتفاقية التحكيمية وهو ما لا يمكن القول به اعتبارا لعدم وجود اتفاقية تحكيم من الاساس وان نصوص مجلة التحكيم التي تجيز للمحكمين عدم الانضباط لاجراءات معينة تفرض اتفاق الطرفين على ذلك ضمن اتفاقية التحكيم وقبل تعيين المحكمين وقبل مباشرتهم لمهامهم وان الذين غير محدد ولا ثابت نتيجة تعليق القرار التحكيمي حكمه على احتمالات باشتراطه رفع العقل او خصم مبالغها ورغم الطعن بالابطال امام محكمة القرار المنتقد استثناءا للفقرة 4 من الفصل 42 بخرق قواعد النظام العام والفقرة 6 المتعلقة بالاجراءات الاساسية فقد اعتبرت المحكمة ان عدم التعرض للنصوص القانونية وعدم وصف درجة الحكم طبق الفصل 123 م م م ت لا يهم الاجراءات الاساسية ولا النظام العام حاله حال مخالفة الاحكام الاجرائية المتعلقة بالاختصاص الحكمي بين محاكم الدولة والهيئة التحكيمية وحال خرق احترام ارادة الاطراف ومبدأ اتصال القضاء وسبق التعهد من محاكم الدولة وقد صدر القرار التحكيمي بالمبالغ المضمنة بنصه مع رفض باقي الطلبات ورغم ذلك صدر قرار تحكيمي تكميلي في الزام المعقبة باداء مبالغ اضافية وهو امر فيه تضارب مع ما صدر به القرار التحكيمي خاصة وانه لم يكتسي صبغة الاصلاح للقرار الاول وانما اتخذ شكل قرار تكميلي ولم يكن في اطار تدارك اخطاء مادية او سهو سيما وان المعقب ضدها لم

تطلب اصدار قرار تكميلي وانما اصلاح القرار الاول واتمام نصه بخصوص التعويض عن الخسارة المترتبة عن تجميد الالة الرافعة بالحضيرة وهي مطاعن لم تجب عنها محكمة القرار المنتقد وطلب قبول التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

وحيث ردت المعقب ضدها على تلك المستندات بواسطة محاميها الاستاذ "ع" بان الطعون انصبت على الحكم التحكيم دون القرار الاستئنافي وفي ذلك مخالفة لاحكام الفصل 175 من م م م ت وان الطعن بالابطال في الاحكام التحكيمية هو طعن استثنائي مبناه الفصل 42 من مجلة التحكيم الذي حصر اوجه الطعن في 6 نقاط لم تات المعقبة بما يفيد خرقها كما ان القرار الاستئنافي تعرض لجميع الطعون ورد عليها وطلب رفض التعقيب اصلا.

المحكمة

1- عن المطعن الماخوذ من عدم تحرير اتفاقية تحكيم:

حيث اسست المعقبة طعنها على ان محكمة الحكم المطعون فيه حرفت الوقائع بعدم التعرض للدفع بعدم تحرير اتفاقية تحكيم.

وحيث ومن المعلوم ان التحكيم وفق مقتضيات الفصل 2 من محكمة التحكيم هو التزام الاطراف على فض كل او بعض نزاعاتهم بواسطة التحكيم وقد يكون الاتفاق على التحكيم في صورة شرط تحكيم كما هو الامر في نزاع الحال او في شكل مشاركة تحكيم والذي يمثل عقدا يلتزم فيه اطراف نزاع نشأ بينهما بعرضه على هيئة تحكيمية بمعنى انه يتعلق في هذه الصورة بنزاع تحقق ونشأ فعلا فيما يتمثل شرط التحكيم طبق ما جرى عليه الامر بين طرفي النزاع الحالي في اتفاق طرفي عقد على عرض النزاع الذي قد ينشأ عن العقد على التحكيم لذلك

فهو يتعلق بنـزاع لم ينشأ بعد.

وحيـث تبـين مـن اسـانيد القـرار الـمطعون فيـه والاوراق التـي انبنـى عليهـا ان العقـد المبـرم بـين الطـرفين تضمن بصفة صريـحة بفضله 17 شرطا تـحكيميا بعرض ما قد ينشا من نزاع على التحكيم وتضمن الفصل الـمذكور بـان مـجال تعهـد الهيئـة التحكيميـة كتحديـد طـرق تعيـين الـمحاكم وغيرها من المسائل الضرورية رفعها لتعهد وهو ما تـحققت منـه محكمـة القرار الـمنتقد وكانـت علـى صـواب حين ردت الـدفع بعدم تحريـر اتفاقيـة تـحكيم لثبـوت خلافـه وتعين بذلك رد الـمطعن.

2- عـن الـمطعن الماخوذ من التخلي عن التحكيم:

حيـث تنعـى المعقبـة علـى محكمـة القـرار المنتقـد رد الدفع بالتخلي عن التحكيم دون تناولته بتعليل مستساغ.

وحيث ومن الثابت ان التحكيم يظل ارادي المصدر فمهمتـه "تقوم الا متـى استندت الـى ارادة الاطـراف وبهـذه الصيغة فهو يخضع للنظرية العامة للالتزامات والعقود ويعد تبعا لذلك عقد في شروطه واثاره بما يخول للطرفين التخلي اراديا عن التحكيم طالما ان الارادة هي التي تؤسس اللجوء الى التحكيم فانها كذلك تبرر التنازل عن اللجوء اليه ويتبين التنـازل ضمنيا بعدم اثـارة الـحريف بعدم الاختصـاص امـام القضاء بالشرط التحكيمي.

وحيـث خالفـت محكمـة القـرار المطعـون فيـه ارادة الطـرفين حـين ردت الـدفع بـالتخلي عـن التحكـيم ذلـك ان استقراء نيـة الطـرفين مـن خـلال سـبق اللجـوء الـى محـاكم الدولـة بنـاء علـى طلـب مـن المعقـب ضـدها لـدى القضـاء الاسـتعجالي فـي عملـه مـن القضـايا وكـذلك فـي القضـية التجاريـة عدد 30710 وعدد 31218 في تصبح اجراءات العقلـة التوقيفيـة واداء قيمـة الاشـغال موضـوع العقد بمـا يفيد التخلي الضمني من الطرفين عن الشرط التحكيمي سيما امام

عدم تمسك الطاعنة خلال النزاع المذكور امام محاكم الدولة بالشرط التحكيمي فسكوت الطرفين عن اثارة الشرط التحكيمي امام محاكم الدولة وعدم التمسك به امام القضاء يفيد انصراف نية الطرفين الى التخلي عن التحكيم فاختصاص محاكم الدولة بالنظر في النزاعات يقضي هيئة التحكيم التي لا يمكن لها التعهد الا بعد احالة الاطراف عليها من المحاكم العدلية طبق ما اوجبه الفصل 52 من مجلة التحكيم الذي اوجب اثارة مسالة التحكيم من احد الاطراف في اجل اقصاه تاريخ تقديم الملحوظات الكتابية وبناء على عدم اثارة التحكيم من قبل الطرفين امام محاكم الدولة فان النية قد اتجهت الى التنازل عن التحكيم خلافا لما ارتأته محكمة القرار المنتقد التي جانب الصواب وعرضت بذلك قضاءها للنقض.

3- عن المطعن الماخوذ من تجاوز الطور الصلحي:

حيث تنعى المعقبة على محكمة القرار المطعون فيه عدم الرد على الدفع بتغيب الطور الصلحي.

وحيث لا خلاف ان الشرط التحكيمي الوارد بالفصل 17 من العقد قد تضمن بصفة صريحة ان كل النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين يقع فضها بصفة ودية قبل اللجوء الى التحكيم وهو ما يفيد وجوبية المرور بالمرحلة الصلحية قبل انطلاق التحكيم بما يفيد انه من القواعد الاساسية الاجرائية خلافا لما انتهت اليه محكمة الحكم المطعون فيه والتي يترتب عن عدم احترامها ابطال القرار التحكيمي وفق ما خولته احكام الفقرة 6 من الفصل 42 من مجلة التحكيم وقد اخطات محكمة القرار المنتقد في تطبيق القانون وعرضت قضائها للنقض .

4- عن المطعن الرابع الماخوذ من عدم احترام

اجال النظر في النـزاع:

حيـث تنعـى المعقبـة علـى محكمـة القـرار رد دفعهـا بخرق هيئة التحكيم لاجال فضل النزاع.

وحيث ومن المعلوم ان تجديد اجل التحكيم يرجع وفقا للفقرة الاولـى من الفصـل 24 من مجلـة التحكيم وعنـدما لا تحـدد اجـلا فـان المعتبـر هـو اجـل سـتة اشـهر قابلـة للتمديـد ويتبين من ذلك ان الاجل يهم مصالح الاطراف ولا علاقة لـه بالنظـام العـام ذلـك ان تجديـده مـن صـلاحيات الاطـراف مـن جهة ويقبل التمديد من جهـة اخـرى وان خـرق اجـال التحكيم الاتفاقيـة يكـون سندا للطعن بالابطـال فـي حكم هيئـة التحكيم عملا باحكام الفقرة 2 من الفصل 42 من مجلة التحكيم خلافا لمـا ذهبـت اليـه محكمـة القـرار المنتقد التـي وان اصـابت فـي اعتبار الامر لا يتصل بقواعد النظام العام فانها خرقت ارادة الطرفين التي انصرفت الى تجديد اجل التحكيم وفق الفصـل 17 من العقد المحددة بثلاثة اشهر قابلـة للتمديد مـرتين بـنفس المدة بداية من قبول مهمة التحكيم ولم تتنـازل محكمـة القـرار المنتقـد ذلـك الـدفع بالتحليـل والتمحـيص بـالنظر الـى تـاريخ قبول مهمة التحكيم وتـاريخ صـدور القرار خاصـة وقد تبين ان هيئـة التحكـيم اصـدرت قـرارا تحكيميـا تكميليـا دون ان تتنـاول محكمـة القـرار المنتقـد ذلـك الـدفع سلبا او ايجابـا بمـا عرض قضائها للنقض.

5- عن بـاقي الـمطاعن لترابطها واتحاد القول فيها:

حيـث انصـرفت بـاقي المطـاعن الـى الــخوض فــي القرار التحكيمي ومدى سلامته من الناحيـة القانونيـة والــحال ان نظـر هـذه المحكمـة لا يتسـلط الا علـى القـرار الاسـتئنافي الـمطعون فيه مـما يتجه معه عدم الالتفات اليها.

ولــهذه الأسبــاب

قـررت المحكمـة قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا وفـي الاصـل بـنقض الحكـم المطعـون فيـه واحالـة القضـية علـى محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها من جديد بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بـحجرة الشورى يوم الخميس 30 مـارس 2017 عـن الـدائرة المدنيـة الرابعـة المتركبـة مـن رئيسـتها السـيدة شـادية الصـافي وعضـوية المستشـارتين السـيدتين نجـوى الغربـي ولبنـى الرقيـق وبمحضـر المـدعي العـام السـيد لطفـي البـدوي وبمسـاعدة كاتبـة الجلسـة السـيدة زينب السبوعي.

وحـرر في تاريخه -