أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المرفوع في 20 أكتوبر 1995 من الأستاذ نيابة عن :

1) في شخص ممثله القانوني.

2) مقاولة لوديجياني في شخص ممثلها القانوني.

3) شركة في شخص ممثلها القانوني.

ضد :

الشركة في شخص ممثلها القانوني.

طعنًا في الحكم الإستئنافي المدني الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس تحت عدد 19335 بتاريخ 3 ماي 1995 والقاضي بقبول الاستئنافين الأصلي والعرضي شكلا وفي الأصل بإقرار الحكم الإبتدائي المطعون فيه وتخطئة المستأنفين بمعلوم الخطية المؤمن وتغريمهم لفائدة المستأنف ضدها بـ 300د لقاء أجرة محاماة وأتعاب تقاضي عن هذا الطور من القضية وحمل المصاريف القانونية على المستأنفين...

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقّب ضدها بتاريخ 14 نوفمبر 1995 بواسطة عدل التنفيذ بتونس حسب رقيمه عدد 23354.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه المقدمة في 17 نوفمبر 1995.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 13 ديسمبر 1995 من الأستاذ نيابة عن المعقّب ضدها والرامية إلى طلب الرفض شكلا وأصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المقدمة في 10/ 7/ 1997 والرامية إلى طلب الرفض أصلا.

وعلى بقية المؤيدات الواجب تقديمها قانونا.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية ممّا اتّجه قبوله من هذه الناحية عملا بأحكام الفصلين 185 و195 من م.م.م.ت.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أوردها الحكم المطعون فيه والوثائق التي انبنى عليها عرض المعقّب ضدها لدى المحكمة الإبتدائية بتونس أنه إثر مناقصة عرضتها لانجاز منشآت عمومية في نطاق تحسين شبكة الخطوط الحديدية بمنطقة صفاقس تمّ الاتفاق مع المعقّب ضدهما 2 و3 وهما الخاضعة للقانون الإيطالي وشركة

على الحصص 1 و3 و4 حسب الصفقة عدد 7166 المؤرّخة في 12/ 12/ 1984 وذلك بعد المصادقة عليهما من طرف لجنة الصفقات التابعة للتفقدية العامة في 20/ 9/ 1984 تحت عدد 51/ 84 إلاّ أنه عند تنفيذ الصفقة حصل خلاف بين الأطراف إذ أن الشركتين المذكورتين لم تتسلما الأشغال في الآجال القانونية كما أن الأشغال المنجزة كانت معيبة ومخالفة لكراس الشروط وللعرف الفني وهو ما أدى بالمدعية إلى المطالبة باسترجاع ما سبقته وبأداء غرامة التأخير في إنجاز الأشغال وبإعادة البناء المعيب أو دفع التعويض عنه في حين أن المطلوبتين أصبحتا تطالبان بمستحقات ناتجة عن تقلب الأسعار وبالمال المحجوز للضمان وقد اقتضى كراس الشروط الإدارية الخاصة في الفصل 46 إمكانية اللجوء إلى التحكيم في حالة نشوب نزاع بين أطراف العقد وقد فوجئت المدعية بقيام بطلب عرض النزاع على هيئة تحكيمية بينما هو فاقد للصفة والأهلية ولقد أثارت المدعية عدم اختصاص هيئة التحكيم وانعدام صفة وأهلية القائم بالتتبع. ورغم ذلك أصدرت هيئة التحكيم في 21/ 8/ 1993 قرارا نهائيا اقتضى اختصاصها بالنظر في النزاع المعروض عليها من قبل والمتعلق بالصفقة المؤرخة في 12/ 12/ 1984 وقبول الدعوى وإلزام الشركة بالأداء إلاّ أن ذلك القرار باطل لعدّة أسباب :

1) انعدام صفة واهلية القائم بدعوى التحكيم ضرورة أن عقد الصفقة ممضى من طرف شركة ، ممّا يعني أن طالب التحكيم لا يملك أهلية التقاضي لأنه شركة وهذا النوع من الشركات لا وجود له قانونًا الا بين المتعاقدين عملاً بالفصل 42 من م.ت.

2) ان الصفقة التي ترتب عنها هذا النزاع تخضع للأمر عدد 754 المؤرخ في 1974 المتعلق بالصفقات العمومية وكذلك للأمر المؤرخ في 28/ 2/ 1970 المنظم لصفقات المدعية التي هي شركة قومية ذات صبغة صناعية وتجارية تملك الدولة جميع رأس مالها وهذه النصوص لا تشير إلى مسألة التحكيم وإنّما عرض الخلاف عند حدوثه على اللجنة الاستشارية بالوزارة الأولى لإيجاد حلّ له باعتبار أن الأشغال موضوع الصفقة تمثل مرفقا عموميًا يبقى في أملاك الدولة وبالتالي فإن الشرط التحكيمي غير مقبول لمخالفته للنصوص المذكورة كما أن القانون عدد 40 المؤرخ في 1/ 2/ 1989 ولئن فتح إمكانية اللجوء إلى التحكيم في الصفقات العمومية في فصله 21 إلا أن هذا القانون لا ينطبق في صورة الحال وليس له مفعول رجعي.

3) مخالفة الفصلين 260 و251 من م.م.م.ت ضرورة أن الفصل 260 اقتضى أنه لا يجوز التحكيم في النزاعات الواجب عرضها على النيابة العمومية وأن الفصل 251 اقتضى أنه يجب العرض على النيابة العمومية إذا وقع احتجاج بعدم

الاختصاص بالنظر الحكمي كما نصّ الفصل 274 على أنه إذا أثيرت مسألة أولية تخرج عن اختصاص المحكمين أوقف المحكمون النظر إلى أن تقضي المحكمة ذات النظر في شأنه وقد أثيرت مسألة الاختصاص أمام الهيئة التحكيمية.

4) بطلان الشرط التحكيمي الوارد بالفصل 46 من كراس الشروط الذي اشترط أن يكون المحكمون اثنين في حين اقتضى الفصل 263 من م.م.م.ت أن يكون عدد المحكمين وترا.

5) بطلان اشتراط التحكيم ضرورة أن الفصل 261 من م.م.م.ت اقتضى ان اشتراط التحكيم لا يثبت الا بكتب وفي صورة الحال تمّ تحريره من طرف محكمين اثنين في 19/ 3/ 1991 دون المحكم الثالث وفي ذلك مخالفة لموجبات الفصل المذكور علاوة على أن موضوع النزاع لم يقع تحديده وذلك مخالفة للفصل 262 من م.م.م.ت.

- عدم احترام المدة القانونية لاصدار الحكم الذي حدّدها الفصل 271 من م.م.م.ت بـ 3 أشهر في حين أن القرار التحكيمي صدر في 21/ 8/ 1991 وتعهد المحكمون في 19/ 3/ 1991.

6) عدم احترام قواعد الإجراءات الأساسية ضرورة أن القرار صدر باللغة الفرنسية في حين أن الفصل 1 من الدستور جعل من اللغة العربية لغة البلاد وهو ما يمس بالسيادة علاوة على الحكم بالفوائض القانونية في حين أن الفوائض لا يحكم بها إلا في خصوص الإلتزامات المتعلقة بأداء مقدار مالي معين وطلبت لذلك الحكم بإبطال القرار التحكيمي الصادر في 21/ 8/ 1991.

فقضت المحكمة إبتدائيا بإبطال القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم المتركبة من السادة

بتاريخ 21/ 8/ 1991 والمأذون بتنفيذه من قبل السيد رئيس المحكمة الإبتدائية بتونس بتاريخ 3/ 2/ 1992 موضوع النسخة التنفيذية عدد 45335 والمسجل تحت عدد 10415 وإلغاء مفعوله وتغريم المطلوب الأول بـ 150د عن أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وتحميله بالمصاريف القانونية.

وذلك بناء على أن القرار التحكيمي موضوع النزاع انبنى على محضر جلسة في اشتراط التحكيم غير مستوفى لموجباته وصدر خارج الآجال المضبوطة بالفصل 271 من م.م.م.ت وبلغة أجنبية عن لغة البلاد الصادر بها وهي من حالات البطلان الوارد بها الفصل 281 من م.م.م.ت 3° و5°.

فاستأنفه الطاعنون بواسطة محاميهم ملاحظين أن محكمة البداية قد جانبت الصواب ذلك أنه في خصوص مدة التحكيم التي حدّدها الفصل 271 من م.م.م.ت بثلاثة أشهر بداية من تعهد المحكمين إلاّ أن المحكم لم يقبل مهمته الا في 7/ 6/ 1991 بعد أن دفعت له التسبقة مثلما اشترطه وفي خصوص الشرط التحكيمي السابق لحصول النزاع فإنه ما دام هناك شرط تحكيمي فإن ما يقع تحريره من وثائق لتنظيم إجراءات التحكيم هو مجرد تطبيق للشرط التحكيمي لا اتّفاق على التحكيم وبذلك فإن التحكيم موضوع النزاع الحالي لم يكن بموجب اتّفاق على التحكيم وإنّما بموجب شرط تحكيمي وان التحكيم هو دولي وان جميع وثائق التعاقد ووثائق الإجراءات كانت باللغة الفرنسية وانه ولئن كان التحكيم وطنيا لصدوره بالبلاد التونسية فإنه لا شيء يفرض صدوره باللغة العربية خاصّة وانه تحكيم دولي وان الضد لم يبدي أي احتراز في خصوص اللغة ويعد ذلك مصادقة منها طالبين لذلك النقض والقضاء من جديد بعدم سماع الدعوى.

فقضت محكمة الدرجة الثانية على النحو

المشار إليه بالطالع وذلك بناء على أنه ثبت أن القرار التحكيمي انبنى على اتفاق تحكيمي غير مستوف لموجباته القانونية لعدم تحديد موضوع التحكيم ولصدوره خارج الآجال المحدّدة بالفصل 271 من م.م.م.ت وهي من حالات البطلان الواردة بالفصل 281 من م.م.م.ت.

فتعقبه الطاعنون طالبين نقضه بدون إحالة على أساس المطعنين التاليين :

أولا : تحريف الوقائع في خصوص مدة التحكيم:

ان قضية الحال خاضعة للأحكام القديمة لمجلة المرافعات المدنية والتجارية المتعلقة بالتحكيم وقد اقتضى الفصل 271 من م.م.م.ت أنه «على المحكمين أن يحكموا في المدة المشروطة فإن لم تشترط مدة وجب الحكم في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم وإن لم يقع القبول في يوم واحد فمن تاريخ قبول آخرهم» وكان قبول المحكمين للمهمّة ليس موضوع جدل وان قبول المحكم الثالث فتحي كميشة في وقت لاحق هو الذي سيحدّد تاريخ انطلاق مدة التحكيم. وان الحكم اعتبر أن هذا الأخير قبل المهنة في 15/ 1/ 1991 وصدور الحكم التحكيمي في 21/ 8/ 1991 يكون خارج الأجل القانوني.

إلا أن الحكم لم يأخذ بعين الاعتبار الشرط الذي تضمنه كتب قبول السيد للمهمة ذلك أن قبوله للمهمّة كان مشروطا بتقديم ملف الدعوى كاملا ودفع تسبقة على تكاليف التحكيم طبق ما هو معمول به في مجال التحكيم الدولي.

وان المحكمة وان أخذت بوجود القبول المشروط للمهمة من جانب المحكم من حيث المبدأ إلا أنها اعتبرت بأن هذا المحكم عدل عن الشرطين المذكورين وحضر الاجتماع المجرى في 19/ 3/ 1991 بحضور جميع الأطراف وترأس الجلسة ويعد ذلك منه عدولا ضمنيا عن الشروط التي كان اشترطها ومباشرة فعلية لمهمته وتكون بذلك إجراءات التحكيم قد بدأت من ذلك التاريخ... «في حين أنه بمراجعة محضر الجلسة المنعقدة يوم 19/ 3/ 1991 يتّضح أنه لا يتضمّن إطلاقا ما يفيد عدول المحكم عن قبوله المشروط لمهمته لا صراحة ولا ضمنيا بل بالعكس إذ أن الحكم الإستئنافي اقتصر على معاينة وجود جلسة دون الاطلاع على فحواه وانه لا يمكن اعتبار عقد مثل هذا الاجتماع منطلقا لأجل التحكيم والحال أن الهيئة التحكيمية لم تتّصل بعد بعريضة الدعوى. ان محضر الجلسة المذكور تضمّن تأكيدًا صريحًا على تمسك المحكم الثالث بالشروط التي وضعها. لذا فإن الإجتماع الذي انعقد يوم 19/ 3/ 1991 لا يمكن أن يعتبر عدولاً عن شرطيْ المحكم الثالث بل أنه وقع التأكيد في ذلك الاجتماع على الشرطين المذكورين وعلى وجوب توفيرهما حتى تتكون الهيئة التحكيمية بصفة قانونية كما وقع التأكيد على أن هذه المسألة أولية. لقد حصل الاتفاق في تلك الجلسة على مواعيد تبادل التقارير وخاصة على موعد جلسة المرافعة المعين ليوم 26/ 6/ 1991 وهذا التاريخ يقع بعد أكثر من 3 أشهر من تاريخ بدء أعمال التحكيم الأمر الذي يترتب عليه أن الأطراف اشترطت مدّة تفوق ثلاثة أشهر. وان المحكمة لما اعتبرت بأن مدة التحكيم هي ثلاثة أشهر تكون قد أهملت إرادة الأطراف وأساءت تطبيق أحكام الفصل 271 من م.م.م.ت.

ثانيا : خرق أحكام الفصول 258 و262 و281 من م.م.م.ت والفصل 513 مدني وتحريف الوقائع في خصوص اشتراط التحكيم :

ان الحكم المنتقد ابطل القرار التحكيمي بناء على وجود خلل في اشتراط التحكيم رغم أنه أقّر بوجود اتّفاق الأطراف صلب عقد الصفقة على اللجوء الى التحكيم في صورة نزاع بينهما بخصوص تنفيذ العقد.

وانه في صورة اللجوء إلى التحكيم بموجب شرط تحكيمي فإن موضوع النزاع لا يحدّد باتفاق الأطراف وإنّما حسب مشيئة طالب التحكيم كما هو الشأن عند الالتجاء إلى القضاء العادي وان الفصل 258 من م.م.م.ت أقّر التفرقة بين فرضية الشرط التحكيمي وفرضية اشتراط التحكيم وجعل لكل فرضية قواعد خاصة - وان اعتماد الحكم على قواعد اشتراط التحكيم في حين أن في صورة الحال يوجد شرط تحكيمي يعد خرقا لأحكام الفصل 1258 المذكور. ان تحديد موضوع النزاع لا يحتاج إلى اتفاق الأطراف وهو يحدده الطالب كيفما يشاء وللمحكمة أو ا لمحكمين النظر فيه على ضوء المستندات والوثائق المقدمة من الطرفين بالإضافة إلى أن الحكم المنتقد لم يوضح كيف أنه أراد أن يضفى على محضر جلسة 19/ 9/ 1991 صبغة كتب اشتراط تحكيم والحال أن ذلك المحضر واضح العنوان والمضمون ممّا يجعل الحكم خارقًا للفصل 513 مدني.

وقد جاء بمذكرة الرد عن المطعن الأول أن الطاعنين ذكروا في مستنداتهم أن محضر الجلسة المنعقدة يوم 19 مارس 1993 لا يتضمّن ما يفيد عدول المحكم فتحي كميشة عن الشروط التي وضعها لقبول المهمّة بل فيه ما يؤكد تمسكه بالشرطين اللذين وضعهما وهما تقديم طالب التحكيم عريضة دعواه في 19/ 4/ 1991 ودفع أجور المحكمين لذا فلا يعتبر الاجتماع المذكور عدولا عن الشرطين المذكورين كما أنه غير مقبول اعتماد تاريخ الجلسة بداية سريان أجل التحكيم. وانه عكس ما ذكره الطاعنون فإن الحكم المنتقد لم يحرف الوقائع بدليل أن مستندات الطعن لم تبين ذلك لأن تحريف الوقائع هو أن تذكر المحكمة في أسانيدها واقعة نسبتها إلى مؤيد لم يثبت أنه احتوى عليها وليس للمتقاضي أن يحتج بما يصدر عنه لأن ذلك من شأنه أن يسحب من المحكمة وظيفتها التقديرية وهو أمر يتناقض مع القضاء. وبالرجوع إلى الوقائع فإن الطاعنين يتضاربون في أقوالهم فقد ذكروا لدى الاستئناف بأن المحكم كميشة لم يقبل المهمّة إلا يوم 17/ 6/ 1991 حتى يعتبرون أن هذا التاريخ هو بداية أجل حساب الثلاثة أشهر ثمّ يقولون أن الأطراف اشترطت مدّة تفوق الثلاثة أشهر ولا وجود لعدول المحكم . وإضافة إلى ذلك فإن المحكم : قبل المهمة قبل الاجتماع المنعقد في 19/ 3/ 1991 حسب ا لرسالة الصادرة عنه في 15/ 1/ 1991 وعندما عقدت هيئة التحكيم جلسة في 19/ 3/ 1991 حضر المحكم المذكور كما حضرها أطراف النزاع وقد خصّصت لتحديد الآجال وتبادل التقارير.

وبالرجوع إلى قرار التحكيم يتبين أن الأطراف المتنازعة وهيئة التحكيم قد اتّبعت ما ورد بمحضر الجلسة فطالب التحكيم قدم عريضته في التاريخ الذي حدد له ووقع تبادل الأجوبة كما لاحظ قرار التحكيم أن الطالب قدم طلباته إلى الهيئة وقدم أيضا ما يفيد خلاص النسبة وبذلك فليس مقبولا من الخصوم الادعاء بأن المحكم متمسك بالشروط التي وضعها بل فإن مشاركته في أعمال هيئة التحكيم تفيد تخليه عن هذه الشروط لأنه لو كان قد تمسك بها لامتنع عن المشاركة لكن حضوره في اجتماع

19/ 3/ 1991يفهم منه أنه اسقاط لشرطه وقبول نهائي لمهمة التحكيم وقد اعتبر فقه القضاء المقارن المشاركة في الاجتماعات والاستماع إلى الأطراف قرينة على قبول المهمة لذا فإن الطرفين لم يتّفقا على مراجعة الآجال المحدّدة بمحضر الجلسة المؤرّخ في 19/ 3/ 1991 بدليل أنه لم يصدر عنهما أي طلب لهيئة التحكيم. ولاحظت المعقّب ضدها في خصوص المطعن الثاني أن الطاعنين يرون تفسيرا آخر لمحضر جلسة 19/ 3/ 1991 بدون توضيح هذا التفسير إذ ذكروا أن ذلك المحضر حسب عنوانه ومضمونه ليس كتب اشتراط تحكيمي دون تفسير آخر وان المطعن الذي لا يبين المراد منه يكون غير مقبول وأنه لما كان الشرط التحكيمي المدرج صلب عقد الصفقة هو عام وسابق للنزاع فإنه يكون من الضروري تحرير كتب لاحق قصد ضبط النقاط المختلف في شأنها. وان فقه القضاء ذهب إلى أن الاتفاق على التحكيم يكون بعد نشأة النزاع وذلك لتعيين المحكمين وتحديد موضوع النزاع وهو أمر ضروري.

وان محضر الجلسة المؤرخة في 19/ 3/ 1991 لم يعين موضوع النزاع الحاصل والمزمع حسمه بالتحكيم ممّا يجعله باطلا حسب أحكام الفصل 262 من م.م.م.ت.

المحكمة :

عن المطعن الأول :

حيث اقتضى الفصل 271 من م.م.م.ت أنه «على المحكمين أن يحكموا في المدة المشروطة فإن لم تشترط مدة وجب الحكم في ظرف ثلاثة أشهر من تاريخ قبولهم للتحكيم وان لم يقع القبول في يوم واحد فمن تاريخ قبول آخرهم».

وحيث أن قبول المحكم فتحي كميشة للمهمة كان مشروطا بتقديم ملف الدعوى كاملا ودفع تسبقة على تكاليف التحكيم وان محكمة الحكم المنتقد لما اعتبرت أن المحكم المذكور قد عدل ضمنيا عن الشرطين المذكورين بحضوره الاجتماعي المجرى في 19 مارس 1991 واستنتجت من ذلك أن القرار التحكيمي الصادر في 21 أوت 1991 كان خارج الأجل القانوني في حين أنه مجرد محضر جلسة تحضيرية تضمنت التأكيد على أن قبول المحكم كان مبدئيا ومشروطا تكون قد حرفت الوقائع.

وحيث ان محكمة الحكم المعقّب لما اعتبرت أن بداية سريان الأجل المحدّد بالفصل 271 المذكور يرجع إلى 15 جانفي 1991 متجاوزة تاريخ توفر شرطي القبول وخاصة شرط الاطلاع على الملف من في 7 جوان 1990 حسبما جاء بقرار التحكيم نفسه تعد مخطئة في تقديرها ممّا يعرض حكمها للنقض من هذه الناحية.

عن المطعن الثاني :

حيث انه من الثابت في صورة الحال أن اللجوء إلى التحكيم تمّ على أساس وجود شرط تحكيمي في عقد الصفقة المبرم بين الطرفين.

وحيث أن الشرط التحكيمي الموجود بالعقد يكون عاما باعتبار أنه سابق لوجود النزاع وبالتالي فإن موضوع النزاع لا يحدّد بموجب اتّفاق مسبق وإنّما صلب عريضة طالب التحكيم.

وحيث ان الفصل 258 من م.م.م.ت أقّر التفرقة بين حالة الشرط التحكيمي المدرج بالعقد في صورة الخلاف وحالة اشتراط التحكيم عند نشوبه وجعل لكل منهما قواعد خاصة.

وحيث أن محكمة الحكم المطعون فيه لما اعتبرت محضر الجلسة المنعقدة في 19 مارس 1991 بمثابة «كتب لاحق قصد ضبط النقاط القانونية المختلف في شأنها. . . دون أن يعين الأطراف موضوع النزاع الحاصل والمزمع فضه بالتحكيم» ورتبت على ذلك بطلان قرار التحكيم تكون قد خرقت القانون ضرورة أن الفصل 262 من م.م.م.ت أوجب تعيين موضوع النزاع في صورة اشتراط التحكيم فقط ولم يوجب ذلك في حالة الشرطالتحكيمي مثلما هو الشأن بالنسبة لصورة قضية الحال ممّا يجعل قضاءها عرضة للنقض من هذه الناحية أيضا.

ولهذه الأسباب :

قرّرت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلاً وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الإستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنين من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليهم.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الإربعاء 22 أكتوبر 1997 عن الدائرة المدنية السادسة عشر برئاسة السيد محمد المختار النيفر وعضوية المستشارتين السيدتين حسيبة العربي وفائزة الزرقاطي بحضور المدعي العام السيد محمد علي الشايبي ومساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحرّر في تاريخه