هـ/ع
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة *** وحقوق الإنسان**
محكمــة التعقيــب
*** عـ6288.2006ـدد القضية**
تاريخــه: 21/02/2007

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم من الاستاذ ***** المحامي بتونس بتاريخ 01 جويلية 2006

في حق المعقبة:

شركة ***** في شخص ممثلها القانوني
الكائن مقرها بنهج *****

ضــد:

مقاولات ***** في شخص ممثلها القانوني

الكائن مقرها بنهج *****

نائبها الاستاذ ***** المحامي بتونس.

طعنـا في القرار الاستئنـافي عدد 31016 الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 28/3/ 2006 بقبول مطلب الابطال شكلا ورفضه موضوعا وتخطئة الطاعنة بالمال المؤمن وتغريمها لفائدة مقاولات انجاز ***** في شخص

ممثلها القانوني بخمسمائة دينار اتعاب تقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها .

وبعـد الاطـلاع على القرار المطعون فيه وعلى محضر الاعلام به

وعلى مستندات الطعن ومحضر تبليغها للمعقب ضدها

وعلى بقية الوثـائق التي اوجب الفصـل 185 م م م ت تقديمها.

وعلى ملحوظات النيابة العمومية الرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

وبعد التأمل من كافة اوراق الملف والمداولة القانونية صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفى مطلب التعقيب كافة اوضاعه وصيغه الشكلية فاتجه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كما اثبتها القرار المطعون فيه والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقب ضدها الان) لدى هيئة التحكيم بتونس عارضة ان المطلوب في الاصل (المعقبة الان) عهدت لها بانجاز اشغال بناء مركب

**** وذلك بموجب عقدين مؤرخين في 01 سبتمبر 2000 وقد قامت العارضة بانجاز الاشغال المتفق عليها وتم امضاء محضر استلام وفتي بتاريخ 13 ديسمبر 2002 اشهد فيه الطرفان بواسطة ممثليهما ان الاشغال قد انتهت وانها

قابلة للاستلام الوقتي مع اعتبار وجود تحفظات . واستنـادا الى هذا التسليم الوقتي تحصلت الشركة الطالبة الان على رخصة فتح واستغلال النزل من الديوان ***** للسـاحة بتاريخ 04 جانفي 2004 ومنذ ذلك التاريخ والى غاية يوم

23 جانفي 2003 تم ضبط جميع التحفظات والاحترازات في خصوص اشغال البناء وقد شرعت شركة مقاولات ***** في رفع الاحترازات منذ 13 ديسمبر 2002 الا ان الشركة المالكة للنزل منعتها من ذلك وعللت موقفها بشروعها

في استغلال النزل كما امتنعت من تمكينها من مستحقاتها كما قامت بالتنبيه عليها بضرورة تحديد موعد لمعاينة النزل لغاية اجراء عملية التسليم النهائي للاشغال والتصريح بها الا انها رفضت الاستجابة للطلب بتعلة قيامها برفع بقية

الاحترازات واشترطت للقيام بعملية التسليم النهائي دفع قيمة رفع الاحترازات وطلبت تبعا لذلك الزامها بان تؤدي لها المبالغ المضمنة بعريضة دعواها.

وحيث بعـد استيفـاء الاجراءات صدر القـرار التحكيمي بتـاريخ 29/07/2005 بالزام شركة ***** للتنمية السياحية في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي لمقاولات ***** في شخص ممثلها القانوني ما ياتي:

1/ مبلغ خمسمائة وسبعة عشر الفا وستمائة وثمانية وثلاثين دينـارا ومليم-256-ات (517.638,256د) بعنوان بقية مستحقاتها المالية عن صفقة اشغال البناء مع الفائض القانوني الجاري على هذا المبلغ من تاريخ 16 سبتمبر 2004

الى تمام الوفاء.

2/ مبلغ مائة وستة وتسعين الفا وخمسمائة دينار (196.500,000د) بعنوان قيمة الكفالة النهائية لأشغال البناء وذلك عند امتناعها من تمكين المدعية من اصل وثيقة الضمان البنكي المتعلقة بهذه الكفالة مع شهادة في رفع اليد في اجل

شهر من تاريخ صيرورة هذا الحكم قابلة للتنفيذ .

3/ مبلغ مـائة الف ومـائة وتسعة وثلاثين دينـار ومليم-517-ات (100.139.517د) بعنوان قيمة مستحقاتها عن صفقة اشغـال الكهرباء مع الفـائض القـانوني الجـاري على هذا المبلغ من تاريخ 27/12/2003 الى تمام الوفاء.

4/ مبلغ تسعة عشر الفا وخمسمائة دينار (19.500,000د) معلوم الكفالة النهائية لأشغال الكهرباء وذلك عند امتناعها من تمكينها من اصل وثيقة الضمان البنكي المتعلقة بالكفالة مع شهادة في رفع اليد في اجل شهر من تاريخ صيرورة

هذا الحكم قابلا للتنفيذ .

5/ مبلغ عشرة الاف دينار (10.000,000د) بعنوان اتعاب واجرة محاماة.

6/ مبلغ اربعة الاف دينار معلوم اجرة الخبير السيد *****

7/ مبلغ الفي دينار معلوم التسبقة على اجرة الخبير السيد ***** .

8/ مبلغ ثلاثين الف دينار (30.000,000د) بعنوان اجرة المحكمين .

9/ مبلغ الف دينار بعنوان مصاريف كتابة التحكيم.

ثانيا: لحفظ حق المدعية في خصوص المصاريف المشتركة ورفض دعواها فيما زاد على ذلك عليها.

ثالثا: بقبول الدعوى المعارضة المقدمة من شركة ***** شكلا ورفضها اصلا وحمل المصاريف القانونية عليها.

فاستأنفته شركة ***** واثر الترافع اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها بقبول مطلب الابطال شكلا ورفضه موضوعا حسب منطوقه المبين بالطالع.

فتعقبته الطاعنة الان بواسطة محاميها الذي نعى عليه ما يلي:

1) خرق القانون :

*** خرق الفصلين 60 و61 من عقد المقاولة :**

بمقولة ان آليات فض النزاع الواردة بالفصلين 60 و61 من عقدي الصفقة جاءت تحت الاطراف على فض النزاع بوسائل ودية ولا تكرههم على التحكيم وفي صورة عدم الاتفاق فان العقد الزم الاطراف على اللجوء الى القضاء العدلي ،

وقد ذكرت الطاعنة بواسطة محاميها في اطار القضية الاستعجالية في طلب تمكين المعقب ضدها من الدخول الى النزل لمواصلة رفع الاحترازات بالمراحل الثلاثة التي يجب المرور بها عند حصول أي نزاع أي الصلح في درجة اولى ثم

الالتجاء الى التحكيم ووجوب الاتفاق عليه من الطرفين أي وجود شرط تحكيمي يلتزم بمقتضاه الاطراف باخضاع النزاعات التي تتولد عن العقد للتحكيم وفي صورة عدم الاتفاق على التحكيم (كما وردت مطلقة بالفصلين 60 و61

المذكورين آنفا) أي في حالة تصريح احد الطرفين برفضه للتحكيم او تعيين محام او غيره ومن صور الرفض، يتم الالتجاء في اخر المطاف الى اختصاص المحاكم العدلية كما ابدت رفضها القاطع للتحكيم في كل المراحل التي سبقت

تعيين المحكم وقد سبق للمعقب ضدها ان عبرت عن ارادتها في التقاضي امام المحاكم المدنية ولا يمكنها لاحقا ان ترغم الطاعنة على الالتجاء للتحكيم . واضافة الى ذلك فان محكمة الحكم المنتقد لم تؤول الفصلين المذكورين تاويلا قانونيا

مستساغا ازاء اختلاف وجهات النظر بين الطرفين وبين الطاعنة وهيئة التحكيم اذ كان لابد من العودة الى المبادئ العامة لتفسير العقود المنصوص عليها بالفصل 517 م ا ع وهو ما يعطي للفصلين المذكورين تأويلا يأخذ بعين الاعتبار

التناقض بين ارادة الطرفين على الاتفاق على التحكيم وعلى الالتجاء الى محاكم ***** وهو ما يتناقض كليا مع الغاية من التحكيم باعتبار ان رفض احد الاطراف الالتجاء الى التحكيم يفرغ الفصين المذكورين من موضوعهما وان

هذا التناقض بين الفقرتين لا يمكن رفعه وتلاقي البطلان الوارد بهما الا باعتماد احدهما وترك الاخر وفي هذه الحالة لا يقع اعتماد الا الفقرة الاخيرة عملا بأحكام الفصل 517 م ا ع وبالتالي فان النزاعات تم حلها في صورة فشل الحلول

الرضائية بواسطة محاكم *****.

* خرق الفصل 27 من مجلة التحكيم:

بمقولة ان الطاعنة نازعت في سلامة تركيبة هيئة التحكيم استنادا الى ان المحكم الاستاذ ***** لم يستقر تعيينه بحكم بات باعتبار ان القضاء متمثلا في محكمة التعقيب المنتصبة للنظر في مسالة تعيين المحكم لم تحسم هذه المسالة في

تاريخ صدور القرار التحكيمي . وقد طالبت الطاعنة مرارا من الهيئة التحكيمية انتظار البت النهائي في مسالة تسمية المحكم باعتباره لا يملك بحكم القانون صفة المحكم والمشاركة في هيئة التحكيم بتركيبة قانونية صحيحة وبالتالي فان

تركيبة وبالتالي فان تركيبة هيئة التحكيم غير قانونية وكان على هيئة التحكيم ايقاف اعمالها الى غاية البت نهائيا في الطعن في تعيين الاستاذ ***** كمحكم. وان استناد محكمة الحكم المنتقد على مجموعة احكام غير باتة في خصوص

محاولات الطاعنة لايقاف اجراءات التحكيم لايعني البتة ان الطاعنة غير محقة في القيام بالطعون اللازمة حماية لمصالحها بل يعني ايضا ان مسالة تعيين المحكم الثالث من عدمه هي في الحقيقة مسالة توقيفية تلزم هيئة التحكيم بايقاف

اعمالها الى حين البت في المسائل التي تخرج عن اختصاصها اذ لا يعقل ان تكون هيأة التحكيم خصما وحكما في نفس الوقت، حكما بين الطرفين وخصما من خلال طعن المعقبة في صحة اجراءات تعيين المحكم *****

وخلافا لما عللت به محكمة القرار المنتقد قضاءها فان الطاعنة لم تجرح في المحكم بل طلبت عزله تطبيقا لمقتضيات الفصل 21 من مجلة التحكيم باعتبار ان المحكم اصبح غير قادر بحكم القانون وبحكم الواقع على اداء مهمته كما ان

اعتبار المحكمة بان "التمسك بالفصل 25 من مجلة التحكيم لا ينطبق على وضعية النزاع الراهن باعتبار ان المحكم الواقع التجريح فيه قد تم تعيينه بموجب حكم قضائي لا يجد له أي سند قانوني باعتبار ان الفصل 25 لم يميز في توقف

اجراءات التحكيم وتقديم طلب في عزل المحكم بين التعيين القضائي والتعيين الرضائي باعتبار انه اذا كانت عبارة القانون مطلقة جرت على اطلاقها كما انه اذ احوجت الضرورة لتأويل القانون جاز التيسير في شدته ولا يكون التأويل

داعيا لزيادة التضييق(الفصل 541 م ا ع) وان النظر في شروط العزل وما مدى توفرها من عدمه هو محل نظر المحكمة الابتدائية بتونس في القضية عدد 58817 والتي لا تزال على بساط النشر ولا يمكن لمحكمة الاستئناف المتعهدة

بالإبطال ان تنتصب محل المحكمة الابتدائية المتعهدة بقضية العزل قانونا طبق الفصل 21 من مجلة التحكيم الذي يخص المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم لوحدها بموضوع العزل ومدى توفر شروطه من عدمه.

*** خرق الفصل 24 من مجلة التحكيم:**

بمقولة انه خلافا لما ذهبت اليه محكمة القرار المنتقد فان انطلاق اجراءات التحكيم يوافق يوم 22/03/2004 تاريخ قبول المحكم الثالث لمهمته لا بتاريخ 04/05/2004 تاريخ القرار التحكيمي الاجرائي الذي بتت فيه هيئة التحكيم في

مسالة اختصاصها باعتبار انه لم يرد بالملف وبالخصوص محاضر الجلسات ما يفيد تعليق هيئة التحكيم لقبولها لمهمتها على شروط بل ان قبول المحكمين لمهمتهم كانت صريحة ولا غبار عليها. وقد ثبت من اوراق الملف ان هيئة التحكيم

عقدت اول اجتماع لها في 22/3/2006 وحررت محضر جلسة لم يرد فيه أي تعليق لقبولها مهمة التحكيم او أي شرط وان هيئة التحكيم لم تحترم اجل الستة اشهر الاولى طبق الفصل 24 من مجلة التحكيم اذ تم افتتاح الدعوى بتاريخ

22/3/2004 واصدرت القرار القاضي بالتمديد في اجل التحكيم يوم 29/10/2004 أي بعد انتهاء الاجل الاصلي للتحكيم فتعد مهمتها قد انتهت قانونا بتاريخ 22/9/2004 ورفعت يدها عن النزاع بحكم القانون وان اتخاذ قرار التمديد

في اجل التحكيم بعد ذلك الاجل لا يصحح الخلل المذكور. وقد استقر فقه القضاء على هذا الاتجاه باعتبار انطلاق اجراءات التحكيم توافق يوم قبول المحكم الثالث مهمته وهو ما نص عليه الفصل 24 من مجلة التحكيم.

*** خرق الفصلين 25 و27 من مجلة التحكيم:**

بمقولة ان اتخاذ هيئة التحكيم لقرار مواصلة النظر في الملف والفصل فيه رغم وجود نص قانوني آمر يجعل من القرار التحكيمي خارقا لاحكام الفصل 25 من المجلة ونصبت نفسها خصما وحكما في نفس الوقت ونظرت في مسالة ليست

من اختصاصها . وعلى عكس ما ذهبت اليه محكمة الحكم المنتقد فان المسالة المذكورة تعد ايضا مسالة توقيفية تخرج عن اختصاص هيئة التحكيم باعتبارها تعد مسالة تهم بطلان تعيين المحكم وعزله ومن اختصاص هيئة قضائية مستقلة

متمثلة في المحكمة الابتدائية بتونس التي تنظر في القضية المعروضة عليها وكان على هيئة التحكيم ايقاف النظر الى غاية البت في قضية العزل وذلك عملا باحكام الفصل 27 من مجلة التحكيم. وبذلك يصبح طلب الطاعنة في هذا

الخصوص هو طلب جدي تم طبق اجراءات مجلة التحكيم ومجلة المرافعات المدنية والتجارية.

2) سوء تطبيق القانون:

*** سوء تطبيق الفصل 19 من مجلة التحكيم:**

بمقولة ان الفصل 19 من مجلة التحكيم لا يجد له تطبيقا في مسالة رفض هيأة التحكيم ايقاف الاجراءات الى حين بت المحكمة الابتدائية بتونس في مطلب عزل احد المحكمين باعتبار انه يتعلق باختصاص هيئة التحكيم وباتخاذ الوسائل

الوقتية من طرفها فمحكمة الحكم المطعون فيه اساءت تطبيق القانون في هذه المسالة واتسم تعليلها بالضعف باعتبار ان الفصل المنطبق في مسالة ايقاف الاجراءات في حالة وجوب طلب عزل هماالفصلان 25 و27 من مجلة التحكيم

فإجراءات التحكيم بتوقف (بنص صريح) اذا قدم طلب في عزل المحكم او في التجريح فيه الى حين البت فيه وهذه المسالة هي مسالة توقيفية تخرج عن اختصاص الهيئة وبالتالي كان على هيئة التحكيم ايقاف النظر في الموضوع الى حين

قضاء محكمة الاصل المتعهدة بمسالة العزل بحكم بات خصوصا وان الاجل المحدد للحكم يتوقف تبعا لذلك والمقصود بحكم بات هو الحكم الذي لم يعد قابلا لاية وسيلة من وسائل المراجعة.

3) صدور الحكم بما لم يطلبه الخصوم وضعف التعليل:

بمقولة ان المعقبة دفعت لدى محكمة الحكم المنتقد بان هيئة التحكيم قضت بتمكين المعقب ضدها من أصل وثيقة الضمان البنكي وشهادة في رفع اليد في حين انه لم تقع المطالبة بها في أي طور من اطوار التحكيم او التقاضي.

وان المعقب ضدها طلبت فقط تسليم الكفالة البنكية وان هذا المطلب يخضع في الواقع لشروط تعاقدية تجاهلتها ولم تستجب لها . وان المعقب ضدها رفضت الوفاء بالتزاماتها التعاقدية التي تسبق تسليم الكفالة البنكية فإنها تصبح غير محقة

في مطلبها واتجه من هيئة التحكيم القضاء برفض طلبها جملة وتفصيلا وعند الاقتضاء الحكم بإجراء الاعمال الميدانية للقبول النهائي للأشغال بدون احترازات والتصريح بذلك بواسطة اهل الاختصاص لا بواسطة خبير في المحاسبة حتى

يبتدئ من ذلك التاريخ بداية احتساب المسؤولية العشرية، وهو ما لم يتم. وان تسليم المعقب ضدها شهادة رفع اليد كما اقرت بذلك محكمة الحكم المنتقد التي ايدت قرارها هيئة التحكيم يعد امر خطير باعتباره يخلي مسؤولية المقاول من أي

تتبع ويتم تسليمها له عند القبول النهائي للأشغال دون أي احتراز وبعد مرور الآجال القانونية المنصوص عليها بالعقد وبكل النصوص القانونية المنظمة لقطاع الاشغال العامة والبناء. وبناء على كل ما تقدم فهو يطلب النقض بدون احالة.

وحيث جاء بتقرير الرد المحرر من طرف الاستاذ ***** نائب المعقب ضدها بانه خلافا لما ذهبت اليه المعقبة فان هيئة التحكيم قد تالفت بصفة قانونية وان العضو المطعون في تعيينه بمقتضى القرار الاستعجالي عدد 18491 الصادر

عن المحكمة الابتدائية بتونس بتاريخ 29/1/2004 وان طعن المعقبة في القرار الاستعجالي المذكور ليس من اثاره ايقاف تنفيذ قرار التعيين وان الطاعنة قد اقرت بصحة تشكيل هيئة التحكيم ويتجلى ذلك من خلال المكتوب المؤرخ في

22/2/2005 الذي وجهته لهيئة التحكيم طالبة منها للاذن لها بتسديد باقي اجرة الخبيرين المنتدبين في النزاع التحكيمي مثلما هو ثابت من القرار الاجرائي التحكيمي الصادر عن الهيئة بتاريخ 25/2/2005 وقد تولت المعقبة خلاص

باقي اجرة الخبير السيد ***** وقدرها 6.800,000د . وبذلك يكون سعيها لخلاص اجرة الخبير الماذون به من طرف هيئة التحكيم وتوليها الخلاص بصفة فعلية يعد قبولا منها بالتحكيم وباجراءاته . ومن جهة اخرى فان قيام الطاعنة

بقضية في عزل المحكم ***** في غير طريقها لان الشروط التي تقتضيها احكام الفقرة الاولى من الفصل 21 من مجلة التحكيم غير متوفرة في النزاع الحالي اذ لا وجود لسبب قانوني او واقعي على معنى احكام الفقرة المذكورة يبرر

طلب عزل المحكم ***** . وان هيئة التحكيم قد تالفت بصفة قانونية مثلما هو ثابت من القرارات القضائية السالف بيانها وهي بالتالي مؤهلة للبت في جدية المسائل المطروحة امامها . وقد اصدرت الهيئة القرار الاجرائي المؤرخ في

19/4/2005 القاضي برفض مطلب تعليق اجراءات التحكيم وجاء قرارها معللا تعليلا شافيا وضافيا من ناحية اخرى فان ما ورد بمستندات الابطال بخصوص عدم صحة الشرط التحكيمي الوارد بالفصلين 61 و60 من عقدي الصفقتين

يعد تحريفا لموضوع الفصلين المذكورين الذين تضمنا شرطا تحكيميا يقضي بعرض كل نزاع ينشب بينهما بعد تعذر حسمه بصفة ودية على هيئة تحكيمية يعينها الطرفان . وقد سبق للطاعنة ان اقرت بوجود وبصحة الشرط التحكيمي

التعاقدي الوارد بالفصلين 60 و61 من عقدي المقاولة وتمسكت به في القضية الابتدائية الاستعجالية عدد 10411 صلب تقارير محاميها. كما تمسكت به في القضية الاستئنافية عدد 5157 الصادر الحكم فيها عن محكمة الاستئناف

بتونس بتاريخ 15/9/2003 وبذلك يعد اقرارها بوجود وبصحة الشرط التحكيمي التعاقدي اقرارا حكميا طبقا لاحكام الفصل 428 م ا ع. وما دامت هيئة التحكيم قد اقرت باختصاصها في النزاع واتخذت جميع الاجراءات لسير التحكيم

فانه لا يمكن للقضاء العدلي اتخاذ اية وسيلة حتى ولو كانت وقتية طبقا لاحكام الفصل 19 من مجلة التحكيم. واخيرا وبخصوص الدفع المتعلق بصدور القرار التحكيمي خارج الاجال القانونية هو دفع في غير طريقه ذلك ان انطلاق

اجراءات التحكيم يوافق يوم 4/5/2004 تاريخ القرار التحكيمي الاجرائي الذي بتت فيه هيئة التحكيم في مسالة اختصاصها بالنظر في النزاع التحكيمي. وقد قررت الهيئة بتاريخ 29/10/2004 التمديد في اجل التحكيم الى موفى فيفري

2005 وذلك حسب محضرها المؤرخ في 29/10/2004 ثم بتاريخ 25/2/2005 قررت الهيئة التمديد للمرة الثانية في اجل التحكيم الى موفى اوت 2005 وذلك حسب محضرها المؤرخ في 25/2/2005 وقد اصدرت الهيأة الحكم

التحكيمي المطعون فيه بالابطال بتاريخ 09 جويلية 2005 أي قبل انقضاء اجل التحكيم وبناء على كل ما تقدم فهو يطلب رفض مطلب الابطال موضوعا.

المحكمـــــة

عن المطعن الاول:

في الدفع المتعلق بمخالفة الفصل 27 من مجلة التحكيم:

حيث ان القول بعدم استجابة محكمة القرار المنتقد الى طلب ايقاف اجراءات التحكيم الى حين البت في الطعن في القرار الاستعجالي عدد 18481 الذي عين الاستاذ ***** محكما عنها هو دفع يتعين تجاوزه لوقوع البت فيه بصدور

القرار التعقيبي عدد 5471 بتاريخ 31 اكتوبر 2005 بالرفض اصلا وذلك في تاريخ سابق لتاريخ صدور القرار المطعون فيه ما لم تبق معه اية جدوى لاعادة اثارة هذا الدفع من جديد فتعين رده.

في خصوص المطعن المتعلق بسوء تطبيق الفصل 24 م ت:

حيث اقتضى الفصل 24 م ت انه اذا لم يقع تحديد اجل للبت في الخصومة وجب البت فيها في اسرع وقت وعلى كل حال في ظرف لا يتجاوز ستة اشهر.

وحيث طالما انه لم يقع الاتفاق بين الطرفين على تحديد اجل للتحكيم فان انطلاق اجل الستة اشهر الذي يوجبه الفصل 24 المذكور لا يبتدئ من تاريخ قبول المحاكم او اخر المحكمين لمهمته وانما يكون وفق ما يقتضيه الفصل 9 م ت

وبذلك فان محكمة القرار المطعون فيه لما اعتبرت ان اجراءات التحكيم انطلقت بداية من تاريخ صدور القرار المتعلق بالتصريح باختصاص هيئة التحكيم تكون قد جانبت الصواب لعدم مراعاتها لمقتضيات الفصل 9 المشار اليه الذي

ينص على ابتداء اجراءات التحكيم في نزاع ما في اليوم الموالي الذي يسلم المدعى عليه طلبا باحالة ذلك النزاع الى التحكيم ما لم يتفق الاطراف على خلاف ذلك. الامر الذي لم يقع الاتفاق بشانه طبق مقتضيات الفقرة الثانية من الفصل

24 من نفس المجلة وهو ما لم تراعه محكمة القرارالمنتقد فجاء قضاؤها مخالفا لاحكام الفصلين 9و24 المذكورين وجعلت بالتالي قرارها عرضة للنقض من هذه الناحية.

في خصوص المطعن المتعلق بمخالفة الفصل 25 م ت:

والمطعن الثاني: المتعلق بسوء تطبيق الفصل 19 م ت:

حيث نص الفصل 25 م ت على ان اجراءات التحكيم تتوقف اذا قدم طلب في غزل المحكم الى حين البت في الطلب.

وحيث انه لا خلاف بين الطرفين في وجود قضية منشورة في الغرض يتعلق بعزل احد المحكمين وكان على هيئة التحكيم التقيد بمقتضيات الفصل 25 المذكور وتوقف إجراءات التحكيم إلى حين صدور حكم بات بشأنه وليس لها ولا

لمحكمة القرار المنتقد تقدير جدية مطلب العزل من عدمه والحلول محل المحكمة المتعهدة به للنظر فيه خاصة وان القضية المتعلقة به لازالت على بساط النشر تحت عدد 58817 ولم يصدر في شانها حكم بات مما يجعل مواصلة النظر

استنادا الى احكام الفصل 19 م ت ينطوي عن سوء فهم لهذا النص القانوني لان عزل المحكم تبقى مسالة خارجة عن اختصاصها اذ هي ليست من المسائل الوقتية الموكولة اليها بالنظر وفي ذلك خرق لاحكام الفصل 25 م ت موجب

للنقض من هذه الناحية.

بخصوص المطعن المتعلق بعدم وجود اتفاقية تحكيم (خرق الفصلين 60 و61 عقدي المقاولة):

حيث اقتضى الفصلان 60 من عقد اشغال الكهرباء و61 من عقد اشغال البناء وانه في صورة نزاع بين الطرفين فانهما يسعيان الى فضه بالتراضي وفي صورة تعذر ذلك فان النزاع يرفع اما الى هيئة تحكيم يتم تعيينها من الطرفين وفي

صورة عدم اتفاق على التحكيم يتم التقاضي لدى المحاكم.

وحيث يؤخذ من هذين النصين انهما حددا اليات لفض النزاعات التي قد تنشأ بين الطرفين يتمثل اولا في القيام بالمساعي التوفيقية بينهما وفي صورة تعذر الصلح يقع اللجوء الى التحكيم وعند عدم الاتفاق عليه يقع اللجوء اخيرا الى

التقاضي لدى المحاكم العدلية.

وحيث يستنتج من ذلك ان الالتجاء الى القضاء العدلي لا يمكن حصوله الا في صورة عدم توصل الطرفين الى اتفاق بينهما للاحتكام الى التحكيم وهو ما حصل الخلاف بشانه في قضية الحال لمعرفة ما اذا كانت ارادتي الطرفين قد التقتا

بخصوص اللجوء الى التحكيم اثر تعذر الصلح بينهما وطبق ما يقتضيه الفصل 6 من مجلة التحكيم الذي ينص على اعتبار اتفاقية التحكيم ثابتة بكتب اذا وردت في وثيقة موقعة من الاطراف او تبادل رسائل او تلكسات او برقيات او

غيرها من وسائل الاتصال التي تثبت وجود الاتفاقية او في تبادل ملحوظات الدعوى وملحوظات الدفاع التي يدعى فيها احد الاطراف وجود اتفاق ولا ينكره الأخر.

وحيث أن إثبات الاتفاق بهذه الوسائل الواردة بالفصل 6 المذكور لا تكون عاملة في نفس الدعوى ولا يمكن استنتاجها من قضايا اخرى كما ذهبت اليه المحكمة بما يجعل دفع المعقبة في القضايا السابقة بالشرط التحكيمي والتمسك به في

القضايا عدد 1/10411 وعدد 5157 لا يمكن سحبه على النزاع موضوع قضية الحال. فضلا على ان المعقب ضدها بالتجائها الى القضاء العدلي عند قيامها بالقضيتين المذكورتين يجعل ما استنتجته المحكمة من حصول اتفاق الطرفين

على التحكيم لا يستقيم قانونا مما يتعين معه الاخذ بالمطعن.

عن المطعن الثالث:

حيث تبين بالرجوع الى القرار التحكيمي ان الهيأة التي اصدرته لما استجابت لطلب المدعية لديها الرامي الى المطالبة بمبلغ الكفالة النهائية لاشغال الكهرباء وقدره (19.500,000د) ومبلغ الكفالة النهائية لاشغال البناء وقدره

(196.500,000د) والزمت المطلوبة (الطاعنة الان) باداء المبلغين عند امتناعها من تمكين المدعية من اصل وثيقة الضمان البنكي المتعلقة بهذه الكفالة مع شهادة في رفع اليد في اجل شهر من صيرورة حكمها قابلا للتنفيذ. وهو ما يفهم

منه ان الهيئة التحكيمية لم تستجب للطلب بصفة مطلقة وانما جعلته متوقفا على شرط الامتناع من التمكين من اصل الكفالة وشهادة رفع اليد والتي اذا وفرتها الطاعنة تصبح في حل من اداء تلك المبالغ وبهذا المنظور فان محكمة القرار

المنتقد كانت على صواب لما اعتبرت ان هيئة التحكيم لم تتجاوز طلبات الخصوم وليس في ذلك أي خرق لاحكام الفصل 42 م ت في فقرته الثالثة مما يتعين معه رد المطعن .

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها.

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 21 فيفري 2007 عن الدائرة المدنية الخامسة برئاسة السيدة ***** وعضوية المستشارين السيدين ***** و***** وبمحضر المدعي العام السيدة ***** وبمساعدة كاتب المحكمة السيدة *****.

وحـــرر في تاريخـــه،

وحـــرر في تاريخـــه،