الجمهورية التونسية **الحمد لله،**
وزارة العدل
محكمة التعقيب
*** القضية عدد :79920.2019**
تاريخه: 11/12/2019

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 09/08/2019 تحت عدد 40929 من الأستاذ ***** المحامي لدى التعقيب، نيابة عن:

المعقب: ***** ينوبه الاستاذ ***** المحامي لدى التعقيب

ضــدّ المعقب ضدهم :

شركة *****

S. général société G" في شخص ممثلها القانوني، شركة اسبانية مقرها ***** *****.

2) شركة س أ " * ISA " في شخص ممثلها القانوني، شركة اسبانية مقرها *****

3) تجمع شركات س أ " Sai سأكواليا "F A SA»، ج س " GS SA "، منظمة حسب القانون الاسباني في شكل تجمع شركات ، في شخص ممثلها القانوني مقرها ***** ***** .

محل مخابرتهم جميعا بمكتب محاميهم الأستاذ ***** عن شركة المحاماة "* ***** *" الكائن مقرها ***** 1001، محاميهم الأستاذ ***** .

04) شركة ***** BEST " في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات مسؤولية محدودة، مرسمة بالسجل التجاي تحت عـــ 4225261 Bــدد، مقرها *****.

5/شركة ***** في شخص ممثلها القانوني، شركة ذات مسؤولية محدودة، مرسمة بالسجل التجاري تحت عـــ 2494332009 Bــدد، مقرها ***** وعند الاقتضاء بنهج ***** إقامة ***** *****.

طعنا في القرار الإستئنافي عــ 18012ــدد بتاريخ 26 مارس 2019. الصادر في قرار في مادة اكساء القرارات التحكيمية الدولية بالقبول . والقاضي بقضت المحكمة بإكساء القرار التحكيمي الدولي عدد ASM/JPA/21999 الصادر عن غرفة التجارة الدولية

بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** (Armindo Ribeiro Mendes) بتاريخ 11 أوت 2017 والملحق التكميلي الملحق به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بصيغة الاعتراف وإعفاء الطالبة من الخطية وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدهم.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدهم بتاريخ 23/08/2019 بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ ***** حسب محضره عدد 22716 المقدمة في 28/08/2019. وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق المقدمة في 28/08/2019 حسب

مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الأستاذ ***** عن المعقب ضدهم بتاريخ 20/09/2019 والرامية إلى رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا والنقض مع الإحالة.

1/ من جهة الشكل

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

2/ من جهة الاصل

حيث ثبت بالإطلاع على اوراق القضية وعلى المرافعات المتلقاة فيها أنه سبق للمعقب ضدهم الاولى والثانية والثالث (المدعون في الحكم المطلوب اكسائه) أنهم أبرموا مع شركة ***** – المعقب ضدها الخامسة ثلاث اتفاقيات موضوعها تقديم خدمات استشارية لفائدتها

الأولى بتاريخ 18 أفريل 2013 تقضي بتقديم خدمات استشارية في خصوص صفقة إنشاء محطة تحلية مياه البحر بجربة المتمّمة بمقتضى التحوير عدد 3 لاتفاقية جربة بتاريخ 1 جوان2015 الذي يقضي بإضافة خدمات استشارية جديدة تعهدت المعقب ضدّها القيام بها

(فيما بعد "اتفاقية جربة") واتفاقية ثانية لتقديم خدمات استشارية بتاريخ 23 اكتوبر 2013 فيما يتعلق بالمشاركة في طلب العروض الدولي بخصوص إحداث محطة لتحلية المياه ب***** (فيما بعد "اتفاقية *****") والثالثة بتاريخ 23 اكتوبر 2013 فتتعلق بخدمات

استشارية للمشاركة في طلب العروض الدولي بخصوص إحداث محطة لتحلية المياه ب***** ***** (فيما بعد "اتفاقية ***** ") وقد تضمّنت تلكم الاتفاقيات بالفصل 12 منها شرطا تحكيميا تمّ بمقتضاه إسناد الغرفة التجارية الدولية International Chamber of

Commerce مهمة تكليف محكّم واحد ليتولى فصل ما قد ينشب بين أطراف العقود سالفة الذكر من نزاعات. وعلى إثر نشوب نزاع بين أطراف الاتفاقيات تم عرض النزاع على التحكيم وكلفت الغرفة التجارية الدولية المحكّم البرتغالي السيد ***** Mr. Armindo

Ribeiro Mendes بالبت في النزاع القائم بين الأطراف المذكورة وعلى إثره أصدرت الهيئة التحكيمية حكمها لفائدة طلبات المدعيات في الأصل وقد كان الحكم الصادر موضوع طلب في اكسائه بالصيغة التنفيذية والاعتراف به طبق الفصل 79 م ت.

وبعد استيفاء الاجراءات قضت المحكمة بحكم الإكساء المبيّن أعلاه .

فتعقبه الطاعن بواسطة محاميه الاستاذ ***** ناسبا له :

1/ المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصل 175 سادسا من م م م ت بمقولة أن القرار المعقب قضى بما لم يطلبه الخصوم

قولا أنه يخلص من الفصل 175 سادساً أن صدور الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه سبب من أسباب الطعن بالتعقيب ولا خلاف في قضية الحال أن المدعيين لدى محكمة الاستئناف (المعقب ضدهم الآن) قد طلبوا في عريضة دعواهم الإذن بـ » "إكساء

القرار التحكيمي الدولي عدد ASM/JPA21999/ الصادر بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** (Armindo Ribeiro Mendes (عن غرفة التجارة الدولية بتاريخ 11 أوت 2017 والحكم التكميلي الملحق به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بالصيغة

التنفيذية «ويتبين بكل وضوح أن الطلب الأصلي يتمثل في : » الإذن بإكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية « وبالتالي لم يكن في » الإعتراف بالحكم التحكيمي «. إلا أن القرار المعقب قضى بقبول المطلب شكلاً وفي الأصل باكساء القرار التحكيمي الدولي عدد

ASM/JPA21999/ الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** (Armindo Ribeiro Mendes (بتاريخ 11 أوت 2017 والملحق التكميلي به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بصيغة الاعتراف وإعفاء الطالبة من الخطية وحمل

المصاريف القانونية على المحكوم ضدهم حال أن الإذن بالتنفيذ l'exéquatur يختلف اختلافا جوهرياً عن الإعتراف بالأحكام la reconnaissance des jugements. ذلك ان مؤسسة الإذن بالتنفيذ تهدف إلى الحصول على إذن من القضاء الوطني قصد تنفيذ

حكم أو قرار تحكيمي أجنبي حتى يتمكن العدل المنفذ المكلف من مباشرة أعمال التنفيذ كإجراء العقل على مكاسب المحكوم ضده وبيعها عند الإقتضاء لخلاص ما قضى به الحكم الأجنبي من مبالغ مالية في حين أن مؤسسة الإعتراف بالأحكام أو القرارات التحكيمية

الأجنبية هي مجرد إجراء ولائي يخول للطالب الإحتجاج والمعارضة أمام القضاء الوطني بالحكم أو القرار التحكيمي الأجنبي فقط بالبلاد التونسية دون أن يمكنه من ممارسة أعمال التنفيذ.

وورد بالمطعن أيضا أن المشرع في مجلة التحكيم يميّز بين دعوى الإذن بالتنفيذ ودعوى الإعتراف بالأحكام الأجنبية. ويتبين ذلك في الفصول التالية:

- الفصل 81 من مجلة التحكيم الذي نص على أنه » "لا يجوز رفض الإعتراف بأي حكم تحكيم أو رفض تنفيذه.. «. ذلك أن المشرع يفرق في مجلة التحكيم (قسم التحكيم الدولي) بين دعوى الإعتراف ودعوى الإذن بالتنفيذ لإستعماله حرف (أو) التي تفيد التمييز بين

أمرين مختلفين.

- الفصل 82 من مجلة التحكيم الذي اقتضى أنه »إذا قدم طلب إبطال حكم تحكيم ... جاز لمحكمة الإستئناف بتونس المقدم إليها طلب الإعتراف أو التنفيذ.. « الفقرة الأخيرة من الفصل 16 من مجلة القانون الدولي الخاص التي نصت على أنه : » ترفع الدعاوي المتعلقة

بطلب الإعتراف أو الإذن بتنفيذ الأحكام التحكيمية بتونس طبقاً لأحكام الفصل 80 من مجلة التحكيم« كما ان إتفاقية نيويورك المؤرخة في 10 جوان 1958 والتي صادقت عليها البلاد التونسية في 10 أفريل 1967 بمقتضى قانون عدد 12 لسنة 1967 تميز هي

الأخرى بين الدعويين أي دعوى الإعتراف بالقرارات التحكيمية الأجنبية ودعوى طلب اكسائها بالصيغة التفيذية علما أن هذه الإتفاقية هي جزء من المنظومة القانونية الوطنية وملزمة للجميع بالبلاد التونسية وعلى هذا الأساس يجب عدم الخلط بين الدعويين كما أن الفقه

يفرق بين دعوى الإكساء بالصيغة التفيذية ودعوى الإعتراف بالحكم التحكيمي مثلما جاء بـكتاب الأستاذ ***** (التحكيم الدولي في القانون التونسي والقانون المقارن ص 724 وما يليها) تحت عنوان "قسم ثاني : التفرقة بين الإكساء والإعتراف بأحكام التحكيم" وبكتاب

Traité de l'arbitrage commercial international تأليف الاستـــــــاذة ***** (طبعة Letic-Delta ص967) التي أقرّت أن الدعويين مختلفتان.وعليه فإن محكمة القرار المطعون أخطأت أولا في فهم موضوع الدعوى حين اعتبرت أن الطلب يهدف

إلى الاعتراف بالقرار التحكيمي الدولي .« و ثانيا حين حكمت بما لم يطلبه الخصوم إذ قضت بالإعتراف بالقرار التحكيمي الدولي عوضاً عن الإذن باكسائه بالصيغة التنفيذية مثلما طُلب منها ذلك وهو قضاء بما لم يطلبه المعقب ضدهم على معنى احكام الفصل 175

سادساً من م م م ت.

ويتبين إضافةً إلى ما سبق أن محكمة القرار المعقب قد حرفت الوقائع بأن اعتبرت أن المعقب ضدهم طلبت الإعتراف بالحكم التحكيمي موضوع الخلاف في حين أن طلبها هو الإذن بتنفيذه وأن تحريف الوقائع وتحريف طلبات الخصوم يحولان دون إجراء رقابة محكمة

التعقيب على صحة توصيف محكمة الأصل للطلب المرفوع إليها وسلامة السند القانوني أساس الطلب (Contrôle de la qualification) وحسن تطبيق القانون وإختيار النص الملائم (la loi appropriée) الواجب التطبيق في القضية مما يتجه معه القضاء

بالنقض.

المطعن الثاني : في سوء التعليل وخرق الفصول 1 و 3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم :

قولا أن الفصل 81 من مجلة التحكيم أجاز » رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه في الحالات التالية:

"أولا- بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده إذا قدم هذا الطرف إلى محكمة الاستئناف بتونس المقدم إليها طلب الاعتراف أو التنفيذ دليلا يثبت أحد الأمور التالية:...

ب- أن الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع إعلامه على الوجه الصحيح بتعيين المحكم أو بإجراءات التحكيم أو أنه تعذر عليه لسبب آخر الدفاع عن حقوقه.

ج- أن حكم التحكيم يتناول نزاعا لا يقصده الاتفاق على التحكيم أو لا يشمله الشرط التحكيمي أو أنه يشتمل على الحكم في مسائل خارجة عن نطاق الاتفاق على التحكيم أو الشرط التحكيمي. على انه إذا كان من الممكن فصل نص الحكم المتعلق بالمسائل المعروضة على

التحكيم عن نصه المتعلق بالمسائل غير المعروضة على التحكيم فجزؤه القاضي بالحكم في المسائل المعروضة على التحكيم هو وحده الذي يجوز الاعتراف به وتنفيذه...

ثانيا- إذا رأت المحكمة أن الاعتراف بحكم التحكيم أو تنفيذه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص. «" وقد جاء بالفصل 1 من مجلة التحكيم أن » "التحكيم هو طريقة خاصة لفصل بعض أصناف النزاعات من قبل هيئة تحكيم يسند إليها الأطراف مهمة البت

فيها.. «وبالفصل 3 منها »ان الشرط التحكيمي هو التزام أطراف عقد بإخضاع النزاعات التي قد تتولد عن ذلك العقد للتحكيم«وبالفصل 6 أن اتفاقية التحكيم لا تثبت قانونا إلا بكتب يحمل توقيع الأطراف ويخلص من ذلك أنّه لا يجوز إخضاع أي شخص لم يكن طرفا في

الاتفاقات المتضمّنة لشروط تحكيمية لهيئات التحكيم ولا ينبغي أن تشمله قرارات المحكمين. وتأسيسا على ذلك لا يصح أن تسري آثار الالتزام على غير الأطراف المتعاقدة وهو ما استقر عليه فقه القضاء التونسي في العديد من القرارات التي من بينها القرار الاستئنافي

عـ9723ـدد الصادر عن محكمة الاستئناف بنابل في 16 افريل 2009 وقرارمحكمة الاستئناف بتونس في قرارها عـ12953ـدد الصادر في 22 فيفري 2011 وقد بيّن المحكم نفسه أن الطاعن ***** لم يكن طرفا في أي من الاتفاقيات التحكيمية شخصيا بل كان

بعنوان ممثل قانوني عن شركة ***** وذلك صلب الفقرات 227 و228 من الحكم التحكيمي حين أنه لا توجد أي إشارة في هذه الاتفاقيات الاستشارية إلى الشخص الطبيعي السيد ***** وبالفقرة 232 و236 وحيث تضمّن المطعن أيضا أنه تمّ التوسع في الشرط

التحكيمي ليشمل الطاعن ***** بناء على تعليل ضعيف وتأويل تعسفي اعتبرت بمقتضاه ثبوت "الصفة الاجرائية في الدعوى التحكيمية" ضد الطاعن باعتبار» أن مد الأثر للمدعي عليهما الأولى (شركة *****) والثالث (*****) الآن موضوعا كان بعد تسلط الدعوى

التحكيمية عليهما اجراءا أثناء رفعها وكنتيجة حتمية للالتزامات الناشئة عن عقد الخدمات الاستشارية«. ولا معنى أن تتسلط الدعوى التحكيمية إجرائيا ضد الطاعن والحال أنه لم يكن طرفا في تحكيم ولو كانت إرادة المعقب ضدهم متجهة إلى توسيع الشرط التحكيمي

لوقع الاتفاق بين الأطراف على إدماجه في هذه الاتفاقيات منذ البداية فلا بد من ضرورة توفر ركن الإيجاب ذلك ان مناط الإقرار باختصاص هيئة التحكيم لإصدار الحكم المطعون فيه ضد الطاعن يكمن في تحديد مدى اعتبار الشرط المذكور ماض في مواجهته وأن

الالتجاء إلى التحكيم مرتبط بوجود إرادة صريحة للإطراف لإخضاع ما قد ينشأ بينهما من نزاعات بخصوص مسألة معينة للتحكيم كطريقة خاصة لفصل النزاع بينهما ومن هذا المنطلق أوجب الفصل 6 من مجلة التحكيم أن يكون هذا الاتفاق ثابتا بكتب,وقد دفع الطاعن

منذ بداية النزاع التحكيمي بعدم اختصاص المحكم (قبل الخوض في أصل النزاع التحكيمي) وذلك في مراسلة الكترونية إلى المحكم بتاريخ 26 جويلية 2016 (فقرة 16 من القرار التحكيمي) معبرا "عن استغرابه من إقحامه في التحكيم معتبرا انه لم يمض على أي عقد

مع الأطراف المدعية و بالتالي لا يعتبر نفسه طرفا في التحكيم ".وأنه قد دفع بذلك ولم يصدر عنه أي تصرف مباشر أو غير مباشر يفيد بتنازله عن حقه في الدفع بعدم قبوله بتحكيم لم يرتضيه أصلا وأنه من التعسف إدماج أشخاص لا علاقة لهم بالاتفاقيات التحكيمية في

مجال الإجراءات التحكيمية وحرمانهم من قاضيهم الطبيعي بناء على ما أسمته بنظرية " تسلط الدعوى التحكيمية اجراءا" أو"الصفة الاجرائية في الدعوى التحكيمية" ومن ضعف التعليل وخرق منطوق الفصول 1 و 3 و6 و 81 من مجلة التحكيم والفصول 240 و242

م ا ع التوسع في الشرط التحكيمي ليشمل الطاعن على أساس أنه هو من قبيل » قيام المسؤولية الشخصية للمسير تجاه الشركاء أو الشركة في حال الخطأ في التسيير أو خرق العقد التأسيسي أو الغير وذلك صلب أحكام الفصول 117 و202 و207و220 و234 م ش

ت أو في حالة التفليس وغيرها من الحالات«"

المطعن الثالث : في تحريف الوقائع وخرق الفصول 13 و81 من مجلة التحكيم و 105 من الدستور:

قولا أن الحكم التحكيمي قضى بإلزام المعقب ***** بالمبالغ المشار إليها أعلاه وذلك بدون سماعه شخصيا أو تمكينه من الدفاع عن نفسه بواسطة محام ينوبه شخصيا في خرق لمنطوق الفصل 13 (الذي ينص على أن التحكيم يجب أن يراعي »المبادئ الاساسية

للمرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع «) ولمقتضيات الفصل 81 فقرة (ب) من مجلة التحكيم (الذي أجاز رفض الاعتراف بأي حكم تحكيمي أو رفض تنفيذه إذا تعذر على الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده الدفاع عن حقوقه مهما كان سبب ذلك

(""لسبب اخر") ولمقتضيات الفصل من مجلة التحكيم 81 في فقرته الأخيرة الذي يوجب على القرار التحكيمي احترام »"النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص«.ولقد استقر فقه القضاء التونسي على أن دور محكمة الاستئناف كمحكمة إبطال ينحصر في مراقبة

صور الإبطال الواردة على سبيل الحصر و "في التحقيق فيما إذا كانت الهيئة التحكيمية قد راعت المبادئ الأساسية للمرافعات وخاصة منها حق الدفاع" (قرار تعقيبي مدني عـ6699ـدد الصادر في 28 مارس 2007). وقد ثبت من خلال الوقائع أنه لم يتسن للطاعن

***** الدفاع عن نفسه بقطع النظر عن وجود محام ينوب شركة ***** قروب. وأكد المحكم في الفقرات 16 و 31 و 176 من الحكم التحكيمي رفض المعقب ***** القبول بفض النزاع عن طريق التحكيم حيث راسل المعقب ***** الهيئة التحكيمية في رسالة الكترونية

بتاريخ 26 جويلية 2016 (فقرة 16 من القرار التحكيمي) معبرا "عن استغرابه من إقحامه في التحكيم معتبرا انه لم يمض على أي عقد مع الأطراف المدعية و بالتالي لا يعتبر نفسه طرفا في التحكيم" واعتبرت محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عـ92116ـدد

الصادر في 26 جانفي 2010 " أن دفع نائب الطاعنة الآن بهضم حقوق الدفاع كان غير مبرر طالما ثبت تمثيلها بالطور التحكيمي من قبل محام تولى الجواب عنها و تناولت هيئة التحكيم النظر في ذلك" وحيث انه اعتمادا على مبدأ التأويل العكسي فان ثبوت عدم تمثيل

المعقب من قبل محام ينوبه شخصيا هو خلل جوهري من شانه إبطال الحكم التحكيمي. وقد قامت محكمة الأصل بتحريف الوقائع معتبرة أن هضم حق الطاعن في المواجهة والدفاع عن نفسه »مرده موقف مبدئي في عدم امتداد الشرط التحكيمي لصفته الشخصية...ولا

يمكن للصمت الاجرائي أو الموقف السلبي ذاك أن يمثل هضما لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة أو المعاملة على قدم المساواة طالما ثبت الاستدعاء كما يجب للغرض وتوجيه الخصومة التحكيمية على المدعى عليهما.. " والحال أن المحكم نفسه أقرّ بهضمه لحقوق

المعقب***** في الدفاع لا عن نفسه فحسب بل حتى عن حقه في التعبير والمواجهة كممثل قانوني لشركة *****. إذ يقر المحكم في الفقرة 254 من الحكم التحكيمي انه وقع التحرير على الخصوم والأخذ بأقوالهم في جلسة علنية ووقع حرمان الطاعن (رغم حضوره هذه

الجلسة) من الدفاع عن حقوق شركة ***** قروب (وإجباره على الحضور كمجرد متفرج) معللا هذا الخرق الصارخ لحقوق الدفاع بسوء الحظ في تحيز واضح وصارخ لفائدة المدعين في الاصل ولقد حرفت محكمة الأصل الوقائع حين اعتبرت أن عدم إدراج الطاعن

ضمن قائمة الشهود وحرمانه من حقه في الدفاع عن نفسه وعن الشركات التي يمثلها هو بمثابة "العزوف عن الجواب" والحال أن المحكم رفض يوم جلسة المرافعة الاستماع إلى الطاعن نزولا عند رغبة الخصوم وأنه كان من الحري بمحكمة الأصل أن تتثبت في مسألة

احترام المحكم لحق الدفاع من عدمه. إذ أن حق الدفاع هو حق جوهري يحميه الفصل 105 من الدستور التونسي ولا يمكن تجاهله لأسباب واهية وجاء فقه قضاء محكمة التعقيب في قرارها عـ26649ـدد الصادر في 5 جانفي 2004 مخالفا تماما لمنطوق القرار

المطعون فيه إذ اعتبرت محكمة التعقيب أن» إصرار المعقب ضدها على عدم الحضور وتمسكها بموقفها الرافض لفض النزاع عن طريق التحكيم وعدم إمضاءها لاتفاقية في الغرض ... يعتبر كاف لاعتبار اتفاقية التحكيم منعدمة ولا يعد عدولا غير مبرر عن التحكيم

بقطع النظر عن تلقيها للاستدعاء وللائحة الدعوى المنشورة أمام مركز التحكيم طالما أنها أجابت بعدم قبول تحكيم لم ترتضيه أصلا.

وعرف فقه القضاء مفهوم النظام العام على معنى القانون الدولي الخاص "على انه يستعمل للدلالة على مجموعة من القواعد ذات الصبغة الدولية المحضة والمتفق عليها من طرف جل المعاهدات الدولية والدساتير والتشريعات وهي القيم التي تحمل صبغة كونية وواجبة

الاحترام من الجميع من ذلك المساواة ونبذ العنصرية وحقوق الدفاع ومبادئ النزاهة" (محكمة الاستئناف بتونس في قرارها عـ40438ـدد الصادر في 10 ديسمبر 2013).وأن إقحام الطاعن ***** في نزاع تحكيمي تولّد عن اتفاقيات لا تشمله ومن دون سماعه شخصيا

أو تمكينه من الدفاع عن نفسه بواسطة محام يمثل خرقا صارخا ليس لمفهوم النظام العام في القانون الدولي الخاص فحسب بل أن ذلك يتعارض مع المبادئ التي أقرها الدستور بالفصل 105 الذي يضمن لكل شخص الحق في محاكمة عادلة في أجل معقول وحق التقاضي

وحق الدفاع وبالتالي فإن القرار المعقب لما قضى بمثل ما قضى به يكون حكمه مبني على وقائع خاطئة تبرر القضاء بنقضه أصلا.

المطعن الرابع : خرق الفصل 123 م م م ت بسبب تحريف الوقائع

قولا ان تطبيق الفصل 81 من مجلة التحكيم تطبيقا سليما يستوجب اعتماد وقائع غير محرفة لتحقيق سلامة الرد على جميع المطالب المتعلقة بمقتضيات الفصل المذكور. وينص الفصل 123 م م م ت على أنه " يجب أن يضمن بكل حكم : ...خامسا : المستندات الواقعية

والقانونية..."."وان تعليل الأحكام شرط أساسي لاعتمادها، فالحكم لا يكون مستجيبا لذلك إلا متى كان شاملا لعناصر الدعوى ومجيبا عن الدفوعات الجوهرية التي لها تأثير على وجه الفصل دون خطأ او تحريف حتى تتمكن محكمة التعقيب من إجراء حقها في مراقبة

سلامة الأحكام وحسن تطبيق القانون.ومن الثابت قانونا انه يجب التعرض لوقائع القضية دون تحريف.ومسألة تعليل الأحكام وعدم تحريف الوقائع و بيان المستندات القانونية هي من الإجراءات الأساسية المحمولة على القاضي حتى يكون حكمه سليما وغير مستوجب

للنقض. ولقد حرّفت محكمة الاستئناف واقعتين اثنين في قضية الحال يمكن التعرض لهما على النحو التالي :

الواقعة المُحرّفة الأولى : حرّفت محكمة القرار المعقب الوقائع حين اعتبرت أن المعقب ضدهم طلبت الإعتراف بالحكم التحكيمي موضوع الخلاف في حين أن طلبها هو الإذن بتنفيذه ويتبين بكل وضوح من عريضة الدعوى التي قدمها المعقب ضدهم الى محكمة

الاستئناف أن طلب المعقب ضدهم يتمثل في : » الإذن بإكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية « وبالتالي لم يكن طلبها في "الإعتراف بالحكم التحكيمي ". ورغم أن طلب المعقب ضدهم كان واضحاً وصريحاً إلا أن القرار المعقب قضى بقبول المطلب شكلاً وفي الأصل

باكساء القرار التحكيمي الدولي عدد ASM/JPA21999/ الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** (Armindo Ribeiro Mendes (بتاريخ 11 أوت 2017 والملحق التكميلي به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بصيغة

الاعتراف وإعفاء الطالبة من الخطية وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضدهم.

الواقعة المُحرّفة الثانية : كما حرفت محكمة الأصل الوقائع حين اعتبرت أن عدم إدراج الطاعن ضمن قائمة الشهود وحرمانه من حقه في الدفاع عن نفسه وعن الشركات التي يمثلها هو بمثابة "العزوف عن الجواب" والحال أن المحكم رفض يوم جلسة المرافعة

الاستماع إلى الطاعن نزولا عند رغبة الخصوم وأنه كان من الحري بمحكمة الأصل أن تتثبت في مسألة احترام المحكم لحق الدفاع من عدمه. إذ أن حق الدفاع هو حق جوهري يحميه الفصل 105 من الدستور التونسي ولا يمكن تجاهله لأسباب واهية من قبيل "سوء

الحظ".وللتأكّد من ذلك يرجى التفضل بمراجعة ما جاء بالفقرة عـ258ـد من الحكم التحكيمي على لسان المحكم قوله : » "لسوء الحظ لم يتم إدراج السيد ***** كشاهد على الوقائع ولا يمكن استجوابه بشان بعض الجوانب الحاسمة المتعلقة بأدائه كمسؤول على المدعي

عليها عـ2ـدد« (المقصود بالطرف الثاني شركة *****). ويتضح تأسيسا على ما تقدّم أن محكمة الاستئناف حرّفت ما ورد بملف قضية الحال من مؤيدات ثابتة وقطعية و تبنّت استنتاجا لم يرد بها مطلقا و قضت بمقتضاه ضدّ الطاعن وحرّفت محكمة القرار المقدوح فيه

الوقائع و أصدرت حكمها بناء على واقعتين ليس لهما أصل ثابت بملف قضية الحال.ولا شكّ أنه يجب التعرض لوقائع القضية دون تحريف.

وورد في القرار التعقيبي عدد 102965 المؤرخ في 14/07/1999 انه " و لئن كان لقاضي الموضوع حرية الاجتهاد والتقدير في فهم الوقائع وتقدير الأدلة واستخلاص النتائج القانونية منها غير انه مطالب في ذات الوقت بتبرير رأيه على الوجه الصحيح ولا يكون

ذلك إلا إذا ركز قضاءه على ماله أصل ثابت في الملف وشمل نظره كافة عناصر القضية الواقعية والقانونية ولم يهمل ماله تأثير على وجه البت فيها ".وان تحريف الوقائع يؤدي حتما الى الخطأ في تطبيق القانون وهو ما اقرته محكمة التعقيب في العديد من قراراتها.وأن

من مهام محكمة التعقيب بوصفها محكمة قانون ان تراقب سلامة استنتاج محكمة الموضوع وتنظر هل ان الادلة التي اعتمدها الحكم تؤدي الى النتيجة التي انتهى اليها ام لا، فاذا تبين لها انتفاء التلازم المنطقي بين النتيجة التي انتهت اليها محكمة الموضوع وبين عناصر

الاستدلال الواقعية و القانونية فانها تنقض القرار المطعون فيه.ولا شك ان تحريف الوقائع موجب للنقض. لذا، فانه يتجه نقض القرار المطعون فيه من هذه الزاوية القانونية.

المطعن الخامس : خرق الفصل 81 من مجلة التحكيم نتيجة تناقض أجزاء القرار المطعون فيه طبق الفصل 175 م م م ت

قولا أن محكمة القرار المعقّب اعتبرت من جهة أن ليس طرفا في النزاع التحكيمي ثم تراجعت، من جهة أخرى، عن هذا الأمر وقضت بالزامه بالأداء باعتباره طرفا في النزاع دون تعليل مقنع.ومن الغريب أن تتبنّى محكمة الاستئناف تمشّيين مختلفين تماما. فمن جهة

تعتبر ان الطاعن ليس طرفا في الشرط التحكيمي ثم تتدارك لتقر أن الطاعن ملزم بالخلاص باعتباره طرفا في النزاع التحكيمي. فكأنّ محكمة الدرجة الثانية تبحث عن اقرار مسؤولية الطاعن بكلّ السبل و ان تعلّق الأمر بتبنّي تمشّيين متناقضين كليا. ويُستنتج من ذلك

أن القرار المعقّب اشتمل على أجزاء متناقضة اذ تعترف المحكمة بأن الطاعن ليس طرفا في التحكيم لكنها تلزمه بالدفع باعتباره طرفا فيه.ولقد اعترى التناقض حيثيات القرار المطعون فيه فيما بينها إضافة إلى تناقض الأسباب مع المنطوق وأن النتيجة التي انتهت إليها

محكمة الدرجة الثانية لا تنسجم والتمشي الذي سلكته في تسبيب قرارها وتناقض أجزاء الحكم يُعتبر سببا من أسباب الطعن بالتعقيب. وقد جاء بالفقرة السادسة من الفصل 175 م م م ت انه "يمكن الطعن بالتعقيب في الأحكام النهائية الدرجة وذلك في خصوص الحالات

التالية: إذا صدر الحكم بما لم يطلبه الخصوم أو بأكثر مما طلبوه أو اغفل الحكم الاستئنافي بعض الطلبات التي حكم فيها ابتدائيا أو كان الحكم مشتملا على أجزاء متناقضة" و لقد اعتبرت محكمة التعقيب في قرارها عدد 28065 المؤرخ في 26/3/2003 انه " ولئن

كانت لمحكمة الموضوع حرية الاجتهاد في فهم الوقائع وتقدير الأدلة واستخلاص النتيجة القانونية منها فإنها في ذات الوقت مطالبة بتبرير رأيها على الوجه الصحيح وتركيز قضائها على ماله اصل ثابت في الأوراق بدون تحريف أو تناقض وشمول نظرها كافة عناصر

القضية الواقعية منها والقانونية دون إهمال لماله تأثير على وجه البت فيها ".و أكدت محكمة التعقيب في قرار آخر " أن التناقض الواضح بين مستندات الحكم والنتيجة التي انتهى اليها يستوجب نقضه ". وان تناقض منطوق القرار المنتقد مع أسانيده بصفة جلية يحتّم

نقضه من هذه الزاوية القانونية.

المطعن السادس : خرق الفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت

قولا أنه من الثابت في قضية الحال ان الطاعن لم يُمض أية اتفاقية تحكيمية باسمه ولحسابه الخاص.وأن كل ما في الأمر هو أن الطاعن أبرم الاتفاقية التحكيمية موضوع قضية الحال في حق شركة ***** باعتباره ممثلها القانوني وليس في حق نفسه كشخص طبيعي ولقد

أقرّ المحكم نفسه (في تناقض صارخ مع مضمون الحكم التحكيمي) أن الطاعن ***** لم يكن طرفا في أي من الاتفاقيات التحكيمية شخصيا بل كان بعنوان ممثل قانوني عن الطاعن ة شركة ***** وذلك صلب الفقرات التالية من الحكم التحكيمي:

في الفقرة 227 من الحكم التحكيمي يقرّ المحكم بأن: »من المهم الرجوع إلى عبارات الاتفاقات الاستشارية الثلاثة. تعتبر أطراف هذه الاتفاقيات شخصيات معنوية، شركتان اسبانيتان و شركة تونسية. لا توجد أي إشارة في هذه الاتفاقيات الاستشارية إلى الشخص

الطبيعي السيد ***** رغم ما تدعيه الأطراف المدعية... «.

و كان من المتجه عدم الخلط بين الطاعن ، الشخص الطبيعي، باعتباره الممثل القانوني لشركة *****، والشركة المذكورة نفسها باعتبارها ذاتا معنوية مستقلة بالكامل عن الشخصية القانونية لممثلها القانوني. و جاء تأكيدا لذلك بالفصل 4 م ش ت ما يلي : " تنشأ عن كل

شركة تجارية شخصية معنوية مستقلة عن شخصية كل شريك فيها وذلك بداية من تاريخ ترسيم الشركة بالسجل التجاري، باستثناء شركة المحاصة. على أن تغيير شكل الشركة أو التمديد في مدتها لا يترتب عنهما إنشاء شخصية معنوية جديدة. وتسمى الشركة حسب

اسمها الاجتماعي أو تسميتها الاجتماعية ". و تأسيسا على ذلك لا يصح أن تسري آثار الالتزام على الممثل القانوني للشركة الذي لم يلتزم شخصيا بالاتفاقية التحكيمية وهذا ما استقر عليه فقه القضاء التونسي في العديد من القرارات التي من بينها القرار الاستئنافي

عـ9723ـدد الصادر عن محكمة الاستئناف بنابل في 16 افريل 2009 والذي جاء في حيثياته » أن سند النزاع التحكيمي لم تبرمه الطاعنة مع مورث المطعون ضدهم بل مع الشركة السياحية في شخص ممثلها القانوني أي بوصف هذه الأخيرة ذات شخصية معنوية

تتمتع باستقلال الشخصية القانونية و الذمة المالية وبذلك فان مورث المطعون ضدهم له ذات طبيعية لم يكن طرفا في كتب الاتفاق بصفته الشخصية بل إمضاؤه في حق الشركة السياحية بوصفه ممثلها القانوني ويكون بذلك ما تضمنه سند التحكيم لا يسري في حقه ولا

ينجر تبعا إليه للمطعون ضدهم عملا بمبدأ نسبية أثار العقد وانحصارها في طرفيه«. و جاء بالفصل 117 م ش ت في فقرته الأولى أنه " يكون الوكيل أو الوكلاء مسؤولين فرادى أو بالتضامن فيما بينهم بحسب الحالات، تجاه الشركة أو إزاء الغير سواء عن مخالفة

الأحكام القانونية الخاصة بالشركة ذات المسؤولية المحدودة أو عن خرق العقد التأسيسي أو عن أخطائهم في التصرف".و لم يثبت أن الطاعن خرق القانون أو القانون التأسيسي للشركة أو أنه أساء التصرف حتى يقع تحميله شخصيا بالتزامات الشركة التي يمثلها وديونها.

و يتضح تأسيسا على ما تقدم أن محكمة الاستئناف خرقت احكام الفصول 4 و117 م ش ت و81 م ت. لذا، فانه يتجه نقض قرارها من هذه الزاوية القانونية

وحيث رد المعقب ضدهم بواسطة بما يلي:

عن المطعن الأول المتعلق بخرق أحكام الفصل 175 سادسا من م م م ت بمقولة أن القرار المعقب قضى بما لم يطلبه الخصوم

فخلافا لما جاء في هذا المطعن، فإن الحكم المعقب لم يخرج عن نطاق طلب منوبيه الرامي إلى تنفيذ القرار التحكيمي الدولي عملا بأحكام الفصل 80 من مجلة التحكيم بغض النظر عن الصياغة المستعملة من طرف محكمة القرار المعقب. و أسباب الطعن على معنى

أحكام الفصل 175 سادسا غير متوفرة في قضية الحال على أساس أن القرار المعقب قد قضى بقبول طلب إكساء القرار التحكمي الدولي عدد ASM/JPA/21999 الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** بتاريخ 11 اوت 2017

والملحق التكميلي به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بالصيغة التنفيذية طبق ما جاء في مستندات القرار المعقب بالصفحة 31 وهو عين طلب المعقب ضدّهم. ولم يفرد المشرع التونسي الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بأحكام منفصلة بل جعل الإعتراف بالحكم

التحكيمي وتنفيذه مسألتين متلازمتين مرتبطتين بنفس الشروط بإعتبار أن الإذن بالتنفيذ يقتضي الإعتراف بالحكم التحكيمي في المنظومة القانونية التونسية وفي هذا الإطار نظم المشرع مسألة الإعتراف والإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي تحت نفس العنوان بالقسم الثامن من

الباب الثالث من مجلة التحكيم "الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها" وفي نفس الفصول إذ جاء بالفصل 79 من المجلة التحكيم ما يلي: "مع مراعاة قواعد التعامل بالمثل، تخضع لأحكام هذا القسم الأحكام التحكيمية الأجنبية كما تخضع لها الأحكام الصادرة في مجال التحكيم

الدولي، بصرف النظر عن البلد الذي صدرت فيه، وذلك لغاية الإعتراف والتنفيذ في تونس" و لم يفرد المشرع إجراءات خاصة بخصوص الإعتراف وتنفيذ الحكم التحكيمي إذ نصّ الفصل 80 من مجلة التحكيم على ما يلي: "على الطرف الذي يستند إلى حكم تحكيم أو

يقدم طلبا لتنفيذه أن يقدم الحكم الأصلي المشهود بصحته على الوجه الصحيح أو صورة منه مطابقة للأصل وإتفاقية التحكيم الأصلية المشار إليها في الفصل 52 من هذه المجلة ....". و لم يفرد المشرع الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بشروط مختلفة بل نصّ على

الحالات التي يجوز فيها رفض الإعتراف أو التنفيذ بالفصل 81 من مجلة التحكيم دون تمييز .و جرى عمل فقه القضاء على إستعمال عبارة "الإكساء" للدلالة على قبول الإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي وهي عبارة لم يرد ذكرها بمجلة التحكيم (سواء في الباب المتعلق بالتحكيم

الداخلي أو الدولي) بل تم إستعارتها من أحكام مجلة القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وخاصة الفصل 12 من تلك المجلة الذي ينص على ما يلي: "يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة

وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة". وأن القرار المعقب قد قضى بالإذن بتنفيذ القرار التحكيمي طبقا لطلب المعقب ضدّهم مثلما يتبين من عنوانه "قرار في مادة إكساء القرارات التحكيمية الدولية بالقبول" وصلب

نصّه "قضت المحكمة بإكساء القرار التحكيمي الدولي...بصيغة الإعتراف" وصلب مستنداته التي جاء بصفحتها 31 ما يلي: " و جاء الطلب والحالة تلك مطابق للموجبات الشكلية، خلوا من الخدش والخلل، متماشيا مع القواعد الإجرائية الجوهرية الأساسية المكفولة قانونا

المسوغة للإعتراف به وإكسائه بالصيغة التنفيذية المخولة له الولوج للنظام القانوني الوطني وإتجه الإستجابة له".

و قبول الإكساء مثلما إستقر عليه جريان عمل فقه القضاء هو الصياغة الدالة على الإذن بالتنفيذ وما الإشارة إلى الإعتراف بالحكم التحكيمي وإكسائه بالصيغة التنفيذية في الآن نفسه إلا تأكيد على أثر قبول الحكم التحكيمي الدولي في المنظومة القانونية التونسية بما في ذلك

إمكانية تنفيذه بالطرق القانونية.ولا يوهن أن الدفع المثار من طرف المعقب القرار المعقب بإعتبار عدم توفر سنده المتمثل في الحكم بما لم يطلبه الخصوم مما يتجه معه طلب الإلتفات عن هذا الدفع.

عن المطعن المتعلق بسوء تعليل وخرق الفصول 1 و3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم

تأسّس هذا المطعن على مقولة أن القرار المعقب قد جانب الصواب حين رفضت محكمة الإستئناف دفع المعقب ضدهم المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لأحكام الفصل 81 فقرة (ج) بإعتبار أنه شمل المعقب الذي لم يكن طرفا في الاتفاق على التحكيم.

يتجه الإشارة أن محكمة القرار المعقب قد أجابت في قرارها على جميع الدفوعات المثارة من قبل المعقب في هذا الخصوص من خلال تعليل مستساغ وتحليل سليم للنصوص القانونية وبناء على ما إستقرّ عليه الفقه وفقه القضاء المحلي والدولي في مادة التحكيم (يراجع في

ذلك الصفحات من 23 إلى 29 من القرار الإستئنافي المعقب). و بيّنت محكمة الإستئناف ردّا على دفع المعقب ضدهم بمخالفة الحكم التحكيمي للشرط التحكيمي الذي لم يكن المعقب طرفا فيه أن هيئة التحكيم تنظر في مسألة الإختصاص إجراء وموضوعا طبقا للقواعد

القانونية والإجرائية التي تم إختيارها من الأطراف صلب الشرط التحكيمي وليس بالرجوع إلى القانون التونسي الموضوعي والإجرائي. و ثبت في قضية الحال أن أطراف إتفاقية التحكيم قد عينوا القانون الإسباني كقانون منطبق على موضوع الخلافات التي قد تنشأ بينهم

وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لتنظيم سير الإجراءات التحكيمية. وما إنتهى إليه المحكم بخصوص إختصاصه بناء على أحكام القانون الإسباني موضوعا وقواعد غرفة التجارة التجارة الدولية بباريس إجراء لا يمكن أن يكون محلّ رقابة من طرف محكمة الإستئناف

بإعتبار أن نظرها لا يشمل مراقبة سلامة تطبيق القانون الأجنبي من طرف هيئة التحكيم عملا بأحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم وما إستقر عليه فقه القضاء.

وأنه فضلا عما سبق، فإن تطبيق الحكم التحكيمي نظرية التوسّع في الشرط التحكيمي لا يتعارض مع القانون التونسي الذي لا يتضمن في أحكامه ما يمنع صراحة هذا التوسع ويتماشى مع التوجه الفقهي وفقه القضائي في تونس الذي كرس إمكانية التوسع في الشرط

التحكيمي ليشمل أطرافا لم تمض على العقد المتضمن للشرط التحكيمي ولكن تداخلت في أعمال إبرامه أو تنفيذه أو فسخه ليعتبر تصرفها قبولا ضمنيا بالشرط التحكيمي. و بيّنت محكمة الإستئناف بتونس هذا التوجه الفقه قضائي في القرار عدد 6886 الصادر عنها بتاريخ

27 مارس 2017 والذي جاء فيه ما يلي: "وحيث لا جدال أن المشرع التونسي لم ينظم مسألة إمتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع عليه وإنما هي نتاج تطور فقه قضائي دولي تبناه كذلك فقه القضاء التونسي جاء للحدّ من مبدأ المفعول النسبي للعقود إزاء إتفاقات

التحكيم المكرس بالفصل 6 م ت وليجد حلولا خاصة إزاء تشابك المعاملات التجارية وتداخل أطراف متعددة فيها وقد تم تكريس قاعدة التمديد في الشرط التحكيمي أساسا في مجال تجمع الشركات وأحيانا أخرى على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد وذلك بناء على تأويل

موضوعي للإرادة الضمنية للأطراف كلما ثبت من الظروف المحيطة بالعقد أن الغير نسبيا كان في إطار تجمع للشركات أو مطلقا أجنبيا تماما قد ساهم بطريقة ما خلال مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدت إلى إبرام العقد في تحديد مضمونه وضبط

الصلاحيات المخولة لطرفيه أو ساهم في تنفيذه بما يخول الإحتجاج عليه بالشرط التحكيمي الذي لم يمض عليه صراحة وذلك إعمالا لنظرية الظاهر وحماية لمصلحة الغير".

و بيّنت محكمة القرار المنتقد بإسهاب الجوانب القانونية لمسألة التوسّع في الشرط التحكيمي في القانون التونسي (على سبيل الجدل القانوني نظرا إلى أن القانون التونسي غير منطبق على النزاع المعروض على هيئة التحكيم) كما بينت النظريات الفقهية وفقه القضائية التي

أسست لنظرية التوسع في الشرط التحكيمي في القانون المقارن ومنها القانون الإسباني الواقع تطبيقه على النزاع من طرف المحكم على قضية الحال والذي يجيز التوسع في الشرط التحكيمي ليشمل طرفا لم يمض عليه وذلك "برفع ستار الشركة « le voile social »

إستنادا للتعسف في إستعمال الحق وإلتصاق الشخصية الطبيعية بالشخصية المعنوية وإستعمال هذه الأخيرة كستار لها « alter ego » بشرط إثبات التداخل في التسيير والتأثير في القرار وصورية الواجهة المعنوية إخفاء لحقيقة الشخصية الطبيعية مع نية الغش

والتحايل..."(الصفحة 27 من القرار الإستئنافي المعقب).كما بيّنت محكمة الإستئناف بناء على ما سبق أن الأمر لا يتعلق بـ"غير" عن الشرط التحكيمي وإنما بأطراف لم تمض على الشرط التحكيمي («parties non signataires de la convention

d'arbitrage ») "بإعتبار علمهم بالشرط ذاك وتدخلهم فيه إنشاء وتنفيذا للإلتزامات العقدية الأصلية المدرجة فيه وقبولهم ضمنا له وتأثيرهم فيه إيجابا سواء في الشرط التحكيمي أو العقد موضوع النزاع..." (الصفحة 27 من القرار الإستئنافي المعقب).

و قام المحكم في قضية الحال بتعليل حكمه مدّ الشرط الشرط التحكيمي إلى المعقب الآن إستنادا إلى الفقه وفقه القضاء الإسباني والمقارن وما توفر لديه في ماديات الملف والأعمال الإستقرائية التي قام بها (الفقرات 418 إلى 433 من الحكم التحكيمي). وأشار المحكم

صلب الصفحة 141 من الحكم التحكيمي إلى ما جاء في مؤلف الفقيهين السويسريين ***** اللذان أكدا أنه كثيرا ما يقع التوسّع في الشرط التحكيمي ليشمل الغير الذي لم يكن طرفا في العقد بناء على قبوله الضمني بالشرط التحكيمي. كما جاء في مؤلف هذين الفقيهين أن

مبدأ خرق حجاب الشركة (piercing the corporate veil) ومبدأ الألتر إيقو (alter ego) والإستوبال (estoppel) يقع الإلتجاء إليه في صور التعسّف الواضح والغشّ « in cases of manifest abuse, ie fraud » (الفقرة 425 من الحكم

التحكيمي). وبيّن المحكّم بالفقرة 427 من الحكم التحكيمي أن التصريح بمدى وجود تعسف واضح وغش من عدمه مرتبط بماديات كل قضية وذلك إستنادا إلى رأي الفقهاء ***** و ***** و ***** و *****. و أكّد المحكم بالفقرة 428 من الحكم التحكيمي بأن مبدأ خرق

حجاب الشركة "levantamiento del velo societario" تم قبوله في إسبانيا في التحكيم الدولي وفي قضايا تحكيمية لغرفة التجارة الدولية مشيرا إلى مؤلفات فقهاء إسبانيين *****.

كما بيّن المحكم بالصفحة 143 الفقرة 428 من الحكم التحكيمي الى أن فقه القضاء الإسباني قد ساند في هذا الإطار الفقه وتوجه التحكيم بغرفة التجارة الدولية ICC مستشهدا بقرارات صادرة عن المحاكم الإسبانية التي قامت بقبول مبدأ خرق حجاب الشركة و"الإستوبال"

للتوسع في الشرط التحكيمي ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة مقاطعة مدريد تحت عدد 227/2010 بتاريخ 15 أكتوبر 2010 وقرار المحكمة العليا بفلنسيا عدد 13/2015 بتاريخ 5 ماي 2015. و انتهى صلب الصفحة 143 من الحكم التحكيمي الى استنتاج انه

خلال السنوات الثلاث من مدة اتفاقية الاستشارات في جربة عمل السيد ***** كالمستشار الوحيد والفعلي وأن شركتي ***** وباست إنفستمنت قروب كانتا أداة فوترة فقط وأن سلوكه منذ عام 2013 يدلّ على أنه المالك الحقيقي لشركتيه المطلوبتين الأولى والثانية وأن

الطريقة التي تصرف بها باستمرار تسمح لهيئة التحكيم ان تعتبر بأنه كان الشريك التعاقدي الحقيقي للمطالبين ولا يمكن أن يختبئ وراء الشركات التي استخدمها لتحقيق عمولته.

ولئن كان دور محكمة الإستئناف لا يشمل مراقبة صحة تطبيق القانون من قبل هيئة التحكيم، فإن محكمة القرار المعقب قد تأكدت من تعليل المحكم لحكمه بخصوص مدّ الشرط التحكيمي إلى المعقب وذلك بما توفر في ماديات الملف من تداخل المعقب بصفته الشخصية

عند إمضاء العقد وتنفيذه والإستفادة منه والتأثير فيه وأن المعقب قد إستلم بصورة شخصية ثلاث شيكات على سبيل الوديعة قصد خلاص صاحب الأرض التي كان الطاعن ون يعتزمون شراءها لإنجاز المشروع ثم وعند عدم تحقق البيع قام المعقب بإرجاع شيكين ولم

يرجع الشيك الثالث بقيمة مليونين ومائة ألف دينار (2.100.000) بدعوى أنه يمثل مقابل أتعابه (بصفته الشخصية) في مساعدة المعقب ضدّهم (والحال أن عقد المساعدة قد أبرم مع شركته وليس معه شخصيا) وهو المبلغ الذي قضى الحكم التحكيمي بأن يؤديه المعقب

إلى المعقب ضدّهم.

و يتضح مما سبق أن القرار المعقب كان معللا تعليلا سليما ومطابقا للقانون لما قضى بعدم وجود خلل في الحكم التحكيمي من ناحية مد الشرط التحكيمي للمعقب بناء على القانون الموضوعي والإجرائي المختار من قبل الأطراف وعدم وجود مخالفة لأحكام الفصل 81

فقرة (ج) من مجلة التحكيم مما يتجه معه طلب رفض هذا المطعن.

عن المطعن الثالث المتعلق بتحريف الوقائع وخرق الفصول 13 و81 من مجلة التحكيم و105 من الدستور

فقد تمسّك المعقب صلب هذا المطعن بأن محكمة القرار الإستئنافي المعقب قد حرّفت الوقائع وخالفت القانون لما قضت برفض دفعه المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لحقوق الدفاع والنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص بإعتبار أن المعقب قد حرم من الدفاع عن

نفسه في القضية التحكيمية. فخلافا لما جاء في هذا المطعن، فإنه يتضح من تعليل محكمة الإستئناف لقرارها (الصفحات من 29 إلى 31) أنها تولت مراجعة سرد الحكم التحكيمي للوقائع والإجراءات وثبت لها أن المعقب قد تم إستدعاؤه لحضور إجراءات التحكيم ودعوته

لإنابة محام عنه والجواب عن الدعوى وإبداء ما له من دفوع إلا أن العزوف عن الجواب والدفاع مرده موقف مبدئي في عدم إمتداد الشرط التحكيمي لصفته الشخصية وإعتبرت محكمة الإستئناف عن صواب أنه "لا يمكن للصمت الإجرائي أو الموقف السلبي ذاك أن يمثل

هضما لحقوق الدفاع ومبدأ المواجهة أو المعاملة على قدم المساواة طالما ثبت الإستدعاء كما يجب للغرض وتوجيه الخصومة التحكيمية على المدعى عليهما الأولى والثاني (وهو المعقب) ودعوتهما للجواب وإبداء ما لهما من أوجه فيه" (الصفحة 30 من القرار الإستئنافي

المعقب). وأن تفحص وتقدير الأدلة والوقائع هو من إختصاص محكمة الموضوع دون رقابة عليها في ذلك من طرف محكمة التعقيب طالما كان حكمها معللا تعليلا مستساغا ومؤسسا على ما له أصل ثابت بأوراق القضية (القرار التعقيبي عدد 39227 بتاريخ 20

سبتمبر 1993، والقرار التعقيبي عدد 44839 بتاريخ 16 أفريل 1997). وقد علّل القرار المعقب حكمه تعليلا مستساغا بخصوص دفع المعقب بهضم حقه في الدفاع من الجهتين الواقعية والقانونية بناء على ما له أصل ثابت في الملف وبعد التأمل في سرد الحكم

التحكيمي للأحداث والمواقف والبتّ في الطلبات الشكلية والعارضة السابقة للخوض في الأصل (الصفحة 31 من القرار الإستئنافي). و من الثابت من خلال سرد المحكم لإجراءات الدعوى التحكيمية أن ***** (المعقب) قد تم إعلامه برفع الطاعن ين لقضية تحكيمية من

طرف غرفة التجارة الدولية تتعلق به شخصيا وبشركتي ***** وباست كونسلتينق (الفقرة 23 من الحكم التحكيمي) وأنه بتاريخ 29 ماي 2017 راسل ***** غرفة التجارية الدولية والمحكم بوصفه وكيل شركة ***** معلما إياهما بأن المحامي ***** لم يعد يمثل شركة

***** وأنه يتعين إعلامه شخصيا بجميع الإجراءات التحكيمية بعنوان مكتبه ب*****. و بتاريخ 27 جويلية 2016 قام محامي شركة ***** بتقديم مراسلة صادرة عن ***** يؤكد فيها عدم حاجته إلى أن يتلقي شخصيا نسخة من رد المدعي عليها شركة ***** وبأنه لن

يكون طرفا في القضية التحكيمية بإعتبار أنه لم يكن طرفا في أي شرط تحكيمي. و دفع المعقب ضدهم بهضم المحكم لحقه في الدفاع بدعوى أنه لم يقع إدراجه كشاهد ينطوي على تحريف للوقائع ومغالطة للقضاء بإعتبار أن إدراج الشهود في الإجراءات التحكيمية يكون

بطلب من الطرف الذي يروم تقديم شاهد لتأييد موقفه. كما لم تطلب أن الشركات المدعى عليها في الإجراءات التحكيمية والتي يملكها ويمثلها المعقب إدراج المعقب كشاهد ليقع سماعه في طور المرافعة طبقا للإجراءات التحكيمية وهو ما يفسر تعبير المحكم عن تأسفه عن

عدم إدراج المعقب كشاهد من طرف المدعى عليهم في القضية التحكيمية نظرا لدوره المركزي في موضوع النزاع.و يتضح مما سبق أن هذا المطعن جاء فاقدا لأي أساس واقعي وقانوني مما يتجه معه طلب رده.

عن المطعن الرابع المتعلق بخرق الفصل 123 م م م ت بسبب تحريف الوقائع

حيث تمسك المعقب صلب هذا المطعن بتحريف محكمة الإستئناف للوقائع بخصوص طلب المعقب ضدّهم في عريضة الدعوى وبخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود. ولقد سبق وأن أثار المعقب هذين الدفعين صلب مطعنه الأول والثالث ولاحظ

المعقب ضدّهم في ردهم على هذين المطعنين أن محكمة الإستئناف لم تحرف طلبات الطاعن ين وأن إختلاف الصيغة المستعملة في الحكم لا يشكل تحريفا لطلبات المعقب ضدّهم لا سيما أن القرار الإستئنافي قد نصّ صراحة صلب مستندات المحكمة أنه يتجه القضاء

بـ"إكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية" و بخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود، فإن محكمة الإستئناف قد بيّنت في تعليلها أن تأويل المعقب لا أساس له من الصحة بالنظر إلى تعليل الحكم التحكيمي وسرده للأحداث والمواقف لا سيما وأنه

بالإطلاع على حيثيات الحكم تبين أن عدم إدراج المعقب كشاهد كان مرده موقف المدعى عليهم الذين لم يطلبوا سماع المعقب كشاهد خلال جلسة المرافعة.و عللت محكمة الإستئناف موقفها بخصوص هذا الدفع بصفة واضحة بالإستناد إلى ملف القضية وما جاء بالحكم

التحكيمي وبناء على ما سبق فإن المعقب ضدّهم يطلبون ردّ هذا المطعن.

عن المطعن الخامس المتعلق بخرق الفصل 81 من مجلة التحكيم نتيجة تناقض أجزاء القرار المطعون فيه طبق الفصل 175 م م م ت

تمسك المعقب صلب هذا الدفع بتناقض أجزاء القرار المطعون فيه نتيجة إعتبار أن المعقب ليس طرفا في النزاع التحكيمي من جهة ثم إعتباره ملزما بالخلاص من جهة أخرى. وهذا الدفع يفتقر للجدية بإعتبار أن محكمة الإستئناف لم تعتبر أن المعقب ليس طرفا في النزاع

التحكيمي كما أنها لم تحكم بأنه ملزم بالأداء بإعتبار أنه ليس من إختصاصها أن تبتّ في مسألة الأداء. وأن مركز المعقب في النزاع التحكيمي كان موضوع تعليل مطول صلب الحكم التحكيمي وكذلك صلب القرار الإستئنافي المعقب وبالتالي فإن إعادة مناقشة هذا الأمر

صلب هذا المطعن لا طائل من ورائه سوى إعادة مناقشة ما تم التعرض إليه صلب المطعن الثاني من مستندات التعقيب والواقع الرد عليه أعلاه. ويرمي هذا المطعن في النهاية إلى مناقشة إجتهاد الهيئة التحكيمية وحكمها في موضوع النزاع التحكيمي المتعلق بطلب أداء

المال وهو أمر خارج عن إطار دعوى الإكساء بالصيغة التنفيذية ولا يمكن أن يكون من باب أولى وأحرى من أنظار محكمة القانون مما يتجه معه طلب ردّ هذا المطعن.

عن المطعن السادس المتعلّق بخرق الفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت

إنبنى هذا المطعن على مخالفة القرار الإستئنافي للفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت نتيجة الخلط بين صفة المعقب الشخصية وصفته كممثل قانوني للشركة المدعى عليها. ويرمي هذا المطعن في الحقيقة إلى الخوض في أصل النزاع التحكيمي الذي هو من أنظار هيئة

التحكيم على ضوء القانون الإسباني المنطبق على النزاع. وعلّل المحكم قراره بتوفر الصفة في المدعي عليه (المعقب) من الناحية الواقعية والقانونية بناء على ما توفر لديه في ماديات الملف وعملا بالقانون الإسباني المنطبق على النزاع التحكيمي. ولا خلاف أن الرقابة

التي تجريها محكمة الإستئناف في إطار قضايا الإكساء لا تشمل مراقبة مدى صحة تطبيق القانون من طرف هيئة التحكيم. ولا جدال أن القانون المنطبق على النزاع التحكيمي في قضية الحال هو القانون الإسباني وبالتالي فلا مجال لأن يدفع المعقب بمخالفة الحكم

التحكيمي أو القرار الإستئنافي لأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة الشركات التجارية لعدم إنطباقها على موضوع قضية الحال.و إجراء رقابة على الحكم التحكيمي الأجنبي في إطار المنظومة القانونية التونسية ينحصر في الحالات التي نص عليها الفصل 81 من مجلة

التحكيم ولا يمكن التوسع في ذلك للدفع بمخالفة القانون الموضوعي أو الإجرائي التونسي طالما أن الحكم التحكيمي لا يتعارض مع أحكام القانون التونسي التي تهم النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وكان بالتالي التمسك بأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة

الشركات التجارية في غير محله. و يتجلى من التأمل في الحكم المنتقد أن المحكمة عللت قرارها وقانونا اعتمادا على ما له أصل ثابت صلب أوراق القضية دون تحريف أو تضارب. و لم يثبت المعقب توفر أي مانع من الموانع المنصوص عليها حصرا بالفصل 81 من

مجلة التحكيم مما يجعل من مطاعنه واهية وحرية بالرفض.

المحكمة

عن المطعن الاول المتعلق بخرق أحكام الفصل 175 سادسا من م م م ت بمقولة أن القرار المعقب قضى بما لم يطلبه الخصوم

حيث تأسس المطعن على أحكام الفصل 175 سادسا على أساس أن القرار المعقب قد قضى بقبول طلب إكساء القرار التحكمي الدولي عدد ASM/JPA/21999 الصادر عن غرفة التجارة الدولية بواسطة المحكم المنفرد السيد ***** بتاريخ 11 اوت 2017 والملحق

التكميلي به الصادر بتاريخ 11 ديسمبر 2017 بالصيغة التنفيذية وهوما طلبه المدعون في الاصل – المعقب ضدهم – ولم يكن طلبهم في الاعتراف بالحكم التحكيمي حال أن الإذن بالتنفيذ l'exéquatur الذي يرمي إلى الحصول على إذن من القضاء الوطني لتنفيذ

الحكم وتتبع مكاسب المدين يختلف عن الإعتراف reconnaissance des jugements الذي لا يستهدف سوى تخويل طالبه الإحتجاج والمعارضة بالحكم أمام القاضي الوطني.

وحيث وفي خصوص المصطلحات فإن الاعتراف بالحكم التحكيمي يختلف عن طلب تنفيذه فالأول يرجى منه سوى البحث عن حجية الحكم كأثر دولي كالاحتجاج به مثلا للدفع باتصال القضاء بينما طلب الإذن بالتنفيذ يستهدف تنفيذ الحكم التحكيمي أي جعله قابلا للتنفيذ

الجبري وأما من حيث تنظيمه قانونيا في التشريع الوطني فمن الجدير البيان أن المشرع التونسي لم يفرد الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بأحكام منفصلة بل جعل الإعتراف بالحكم التحكيمي وتنفيذه مسألتين متلازمتين مرتبطتين بنفس الشروط بإعتبار أن الإذن بالتنفيذ

يقتضي الإعتراف بالحكم التحكيمي في المنظومة القانونية التونسية وقد نظم المشرع مسألة الإعتراف والإذن بتنفيذ الحكم التحكيمي تحت نفس العنوان بالقسم الثامن من الباب الثالث من مجلة التحكيم "الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها" وفي نفس الفصول إذ جاء بالفصل

79 من المجلة التحكيم أنه " مع مراعاة قواعد التعامل بالمثل، تخضع لأحكام هذا القسم الأحكام التحكيمية الأجنبية كما تخضع لها الأحكام الصادرة في مجال التحكيم الدولي، بصرف النظر عن البلد الذي صدرت فيه، وذلك لغاية الإعتراف والتنفيذ في تونس".

وحيث أن المشرع كذلك لم يفرد الإعتراف بأحكام التحكيم وتنفيذها بشروط مختلفة بل نصّ على الحالات التي يجوز فيها رفض الإعتراف أو التنفيذ بالفصل 81 من مجلة التحكيم دون تمييز.وحيث أن القرار المطعون فيه قد قضى بالإذن بتنفيذ القرار التحكيمي طبقا للطلب

مثلما يتبين من عنوانه "قرار في مادة إكساء القرارات التحكيمية الدولية بالقبول " ومن منطوقه "قضت المحكمة بإكساء القرار التحكيمي الدولي...بصيغة الإعتراف" وقد ثبت من خلال أسانيد الحكم المطعون فيه أن المحكمة أكدت بأن الطلب قد تحوّز على مقوماته الشكلية

والجوهرية " المكفولة قانونا المسوغة للإعتراف به وإكسائه بالصيغة التنفيذية المخولة له الولوج للنظام القانوني الوطني واتجه الإستجابة له " وحيث أن قبول الإكساء مثلما إستقر عليه جريان عمل فقه القضاء هو الصياغة الدالة على الإذن بالتنفيذ وما الإشارة إلى

الإعتراف بالحكم التحكيمي وإكسائه بالصيغة التنفيذية في الآن نفسه إلا تأكيد على أثر قبول الحكم التحكيمي الدولي في المنظومة القانونية التونسية بما في ذلك إمكانية تنفيذه بالطرق القانونية.

زيادة عن كون عبارة "الإكساء" لم يرد ذكرها بمجلة التحكيم (سواء في الباب المتعلق بالتحكيم الداخلي أو الدولي) وهي عبارة مستعارة من أحكام مجلة القانون الدولي الخاص المتعلقة بتنفيذ الأحكام والقرارات القضائية الأجنبية وخاصة الفصل 12 من تلك المجلة الذي

تضمن أنه "يؤذن بتنفيذ الأحكام وكذلك القرارات الولائية الصادرة عن سلطة أجنبية مختصة وتكسى بالصيغة التنفيذية متى سلمت من الموانع المنصوص عليها بالفصل 11 من هذه المجلة".

وحيث أن تجاوز طلبات الخصوم على معنى الفقرة السادسة من الفصل 175 من م م م ت يتمثل في النظر في مسائل لم تعرض على القاضي والقضاء لأحد الأطراف بحقوق اكثر من تلك التي طالب بها والنظر في دفوع لم يتمسك بها يعتبر خرقا للإجراءات الأساسية

وهي غير صورة الحال ذلك أن تضمين منطوق الحكم إكساء القرار التحكيمي بصيغة الإعتراف لا تمثل تعدّيا على حقوق الطاعن أو المعقب ضدّهم لأن الإعتراف لا يزيد ولا ينقص في الحق في التنفيذ بموجب الإكساء فالإكساء بالصيغة التنفيذية تحتوي في ذاتها على

الإعتراف فلا يمكن إكساء قرار تحكيمي غير معترف به في النظام القانوني التونسي وبذلك فإن تضمين منطوق الحكم " صيغة الإعتراف " إلى جانب الإكساء لا يشكل تضاربا في مرمى الحكم وغايته ولا تمثل حكما بغير ما طلب في قضية الحال ولا تجاوزا للطلبات أو

تحريف للوقائع ولا للمهمة المنوطة بعهدة القضاء. كما أن تجاوز طلبات الأطراف الموجبة لإبطال القرار التحكيمي تتمثّل على سبيل الذكر في الحكم بفسخ عقد والحال أن الأطراف لم يطلبوا ذلك أو الحكم بالتعويض بمبالغ أكثر ممّا طلبه الأطراف أو الحكم بالصلح في

غياب طلب صريح من الأطراف كما لا يعدّ تجاوزا من الهيئة التحكيمية في تطبيق القواعد الواجبة على أصل النزاع ولا في تحديد القواعد المنطبقة عليه .

وحيث لا وجاهة تبعا لذلك للقول بالحكم بما لم يطلبه الخصوم وتحريف الوقائع بما يتجه معه رد هذا المطعن .

عن المطعن الثاني المتعلق بسوء تعليل وخرق الفصول 1 و3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم

حيث تأسّس هذا المطعن على مقولة أن القرار المعقب قد جانب الصواب حين رفضت محكمة الإستئناف دفع الطاعن المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لأحكام الفصل 81 فقرة (ج) بإعتبار أنه شمل المعقب الذي لم يكن طرفا في الاتفاق على التحكيم وقد دفع بعدم أحقية

إدخاله في اتفاقية التحكيم التي لم يرتضيها ولم يقبلها وان محكمة الحكم المطعون لما قبلت بمد الشرط التحكمي تكون قد خرقت 1 و3 و6 والفصل 81 فقرة (ج) من مجلة التحكيم

وحيث كانت بيّنت محكمة الحكم المطعون فيه في هذه المسالة بان الدفع بمخالفة الشرط التحكيمي الذي لم يكن المعقب طرفا فيه أن هيئة التحكيم تنظر في مسألة الإختصاص إجراء وموضوعا طبقا للقواعد القانونية والإجرائية التي تم إختيارها من الأطراف صلب الشرط

التحكيمي وليس بالرجوع إلى القانون التونسي الموضوعي والإجرائي. وقد ثبت أن أطراف إتفاقية التحكيم قد عينوا القانون الإسباني كقانون منطبق على موضوع الخلافات التي قد تنشأ بينهم وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس لتنظيم سير الإجراءات التحكيمية ولذلك

فإن ما انتهى اليه القرار المطعون فيه بخصوص إختصاص المحكم بناء على أحكام القانون الإسباني موضوعا وقواعد غرفة التجارة الدولية بباريس هو من الأجراءات التي لا يمكن أن يكون محلّ رقابة من طرف محكمة الإكساء باعتبار أن نظرها لا يشمل مراقبة سلامة

تطبيق القانون الأجنبي من طرف هيئة التحكيم عملا بأحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم وإنما مدى احترام شكليات المواجهة واحترام حق الدفاع كما بيّنت المحكمة أن تطبيق الحكم التحكيمي نظرية التوسّع في الشرط التحكيمي لا يتعارض مع القانون التونسي الذي لا

يتضمن في أحكامه ما يمنع صراحة هذا الإمتداد ويتماشى مع التوجه الفقهي وفقه القضائي في تونس الذي كرس إمكانية التوسع في الشرط التحكيمي ليشمل أطرافا لم تمض على العقد المتضمن للشرط التحكيمي ولكنها تداخلت في أعمال إبرامه أو تنفيذه أو فسخه ليعتبر

تصرفها قبولا ضمنيا بالشرط التحكيمي. وقد كانت على صواب في ذلك خلافا لما ورد بالمطعن لأنه وإن كان المشرع التونسي لم ينظم مسألة إمتداد الشرط التحكيمي للغير الذي لم يوقع عليه وأنه نتاج تطور فقه قضائي دولي وتونسي للحدّ من مبدأ المفعول النسبي

لإتفاقيات التحكيم وليضع حلولا حيال تدخل بعض الاطراف في اتفاقية التحكيم إبراما وتنفيذا دون أن تكون قد أمضت على الإتفاقية أو على الشرط وهو تكريس لقاعدة التمديد في الشرط التحكيمي على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد كلما ثبت من الظروف المحيطة بالعقد

أن الغير قد ساهم في التفاوض الذي أدى إلى إبرام اتفاقية التحكيم أو العقد الذي تضمن الشرط وتحديد مضمونه وضبط الصلاحيات المخولة لطرفيه أو أنه ساهم في تنفيذه بما يجيز مدّ الشرط التحكيمي عليه دون التوقف على الامضاء .

وحيث لا تثريب على هذا التحليل السليم للمسألة القانونية المطروحة إذ أن نظرية امتداد الشرط التحكيمي أخذت فعلا بتطوّر فقه القضاء الوطني والدولي وأعمال الفقه في مجال التحكيم الدولي وسواء تعلق النزاع بتجمع شركات أو خارج هذه الصورة ، بما أضفى على

الحل المعتمد الإستقرار والتواتر والثبات تماما كما ذكّر به القرار المطعون فيه الآن وذلك سواء فيما تعلق بتأصيل النظرية وبيان منهجها (التأويل الموضوعي لإرادة الأطراف المبرمة لإتفاق التحكيم) أو فيما تعلق بمجال انطباقها (تجمع شركات أو على الغير المطلق) أو

في ما تعلق بالشروط المبيحة للإحتجاج بالشرط على الغير مطلقا الأجنبي عن التعاقد (مساهمته في مرحلة ما قبل التعاقد وأثناء المفاوضات التي أدّت إلى إبرام العقد المتضمن للشرط التحكيمي وتحديد مضمونه وضبط الصلوحيات المخولة لطرفيه) أي بعبارة واضحة

ثبوت علم الغير المطلق بوجود الشرط التحكيمي ومضمونه، أو فيما تعلق بأساس النظرية وتأصيلها (إعمال نظرية الظاهر وحماية مصلحة الغير)وحيث تبنّى فقه القضاء التونسي مسالة مد الشرط التحكيمي في تجمع الشركات وغيرها وهناك استقرار نظرية الإمتداد وطنيا

ودوليا قضاء وفقها وممارسة تحكيمية، تتجه الإشارة أولا وبالذات إلى القرارين الصادرين عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 13421 و14752 الصادرين في نفس اليوم، 8 مارس 2011 ورأت فيها تلك المحكمة ما يلي : "وحيث إن اشتراط المشرع شكلية الكتابة

لإثبات وجود الشرط التحكيمي لا يتعارض مع فكرة أن تنسحب آثاره على غير الأطراف المتعاقدة أو الممضية على الشرط المذكور متى تبين من خلال معطيات ثابة ووقائع دامغة أن الطرف المحتج ضده بمضمون ذلك الشرط كان عالما به" (القرار الإستئنافي التحكيمي

الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 14752 بتاريخ 8 مارس 2011)"وحيث وخلافا لما تسمك به نائب طالبة الإبطال فإنه يتبين بالإطلاع على مظروفات الملف أن منوبته تدخلت بصفة مباشرة وإيجابية أثناء المفاوضات التي سبقت إمضاء العقد وتقدمت بعدة

مقتراحات ثم أخذه بعيه الإعتبار في صياغته النهائية الأمر الذي يجعلها عالمة بوجود الشرط التحكيمي، وهو ما انتهت إليه هيئة التحكيم بقولها "إن الأطراف التي وقع إدخالها بصفتها مدعى عليها هي أطراف في العقد وهي تعرف الشرط التحكيمي وقد وافقت عليه ضمنيا

بواسطة منسقها المشترك محامي المجموعة الطاعن صراحة لهذا الغرض" (القرار الإستئنافي التحكيمي الصادر عن محكمة الإستئناف بتونس عدد 14752 بتاريخ 8 مارس 2011).كما تتجه الإشارة إلى القرار التعقيبي عدد 12318/2014 بتاريخ 5 جوان 2014

(قضية جاست اوتال كومبني) والذي بينت فيه محكمة القانون أنه ولئن كان المبدأ العام في اتفاقية التحكيم أنها تنطبق على أطرافها دون الغير فإن إمكانية التوسع لإنسحاب اتفاقية التحكيم على الغير بوجه عام واردة في بعض الصور من خلال البحث في إرادة الأطراف

عند إبرام إتفاقية التحكيم كالبحث في مدى تدخل الغير في تكوين العقد أو تنفيذه أو إنهائه "فهي (الشركة الغير) تكون تعلم بالعقد وناقشت بنوده ورضيت به لأنها تدخلت في محتواه وأملت توجهاتها". وأما دوليا فالنظرية ثابتة منذ سنوات طويلة في التحكيم الحر

والتحكيم المؤسساتي والقضاء المقارن فقد بدأت النظرية مع القرار المبدئي Dow Chemical (قرار Isover Saint-Gobain/Dow Chemical الصادر عن الغرفة التجارية الدولية تحت عدد 4131 في 23 سبتمبر 1982(Rev. Ab. 1984, p. 137)

La clause compromissoire…, doit lier les autres sociétés qui par » le rôle qu'elles ont joué dans la conclusion, l'exécution ou la ,résiliation des contrats contenant les dites clauses

apparaissent selon la commune volonté de toutes les parties à la procédure, comme ayant été de véritables parties à ces contrats, ou comme étant concernées au véritables parties à ces

contrats, ou comme étant concernées au premier chef, par ceux-ci « et par les litiges qui peuvent en découler

وحيث بيّنت محكمة الحكم المطعون فيه زيادة عما سبق أن الأمر لا يتعلق بـ"غير" عن الشرط التحكيمي وإنما بأطراف لم تمض على الشرط التحكيمي («parties non signataires de la convention d'arbitrage ») "بإعتبار علم الطاعن بالشرط وتدخله

فيه إنشاء وتنفيذا للإلتزامات العقدية الأصلية المدرجة فيه وقبوله ضمنا له وتأثيره فيه إيجابا سواء في الشرط التحكيمي أو العقد موضوع النزاع وقد قام المحكم في قضية الحال بتعليل حكمه مدّ الشرط الشرط التحكيمي إلى المعقب الآن إستنادا إلى الفقه وفقه القضاء

الإسباني والمقارن وما توفر لديه في ماديات الملف والأعمال الإستقرائية التي قام بها مستندا في ذلك الى الفقه وفقه القضاء فقد بيّن موقف الفقه بالإشارة إلى مؤلف الفقيهين السويسريين ***** اللذان أكدا أنه كثيرا ما يقع التوسّع في الشرط التحكيمي ليشمل الغير الذي لم

يكن طرفا في العقد بناء على قبوله الضمني بالشرط التحكيمي وينطبق ذلك في الشركات التجارية بناءا على أن مبدأ خرق حجاب الشركة (piercing the corporate veil) ومبدأ الألتر إيقو (alter ego) والإستوبال (estoppel) يكون منطبقا ويقع الإلتجاء إليه

في صور التعسّف الواضح والغشّ « in cases of manifest abuse, ie fraud » خاصة وأن مبدأ خرق حجاب الشركة "levantamiento del velo societario" تم قبوله في إسبانيا في التحكيم الدولي وهو القانون الذي ينطبق في النزاع الحالي وفي

قضايا تحكيمية لغرفة التجارة الدولية مثلما بيّنه الفقه الإسباني من ذلك :

ويتبناه فقه القضاء الإسباني بقرارات صادرة عن المحاكم الإسبانية التي قبلت مبدأ خرق حجاب الشركة و"الإستوبال" للتوسع في الشرط التحكيمي ومن ذلك القرار الصادر عن محكمة مقاطعة مدريد تحت عدد 227/2010 بتاريخ 15 أكتوبر 2010 وقرار المحكمة

العليا بفلنسيا عدد 13/2015 بتاريخ 5 ماي 2015.

وحيث انتهى القرار المطعون فيه إلى تفعيل شرط امتداد التحكيم بناءا على ما انتهى اليه المحكم الذي استنتج انه خلال السنوات الثلاث من مدة اتفاقية الاستشارات في جربة عمل الطاعن الان كالمستشار الوحيد والفعلي وأن شركتي ***** وباست إنفستمنت قروب كانتا

أداة فوترة فقط وأن سلوكه منذ عام 2013 يدلّ على أنه المالك الحقيقي لشركتيه المطلوبتين الأولى والثانية وأن الطريقة التي تصرف قد أجازت له اعتباره بأنه الشريك التعاقدي الحقيقي للمطالبين ولا يمكن أن يختفي وراء الشركات التي استخدمها لتحقيق عمولته.

وحيث ولئن كان دور محكمة الإكساء لا يشمل مراقبة صحة تطبيق القانون من قبل هيئة التحكيم، فإن المحكمة قد تأكدت من سلامة التعليل بخصوص مدّ الشرط التحكيمي إلى المعقب بما توفر في ماديات الملف من تداخل المعقب بصفته الشخصية عند إمضاء العقد وتنفيذه

والإستفادة منه والتأثير فيه وهو إستلم بصورة شخصية ثلاث شيكات على سبيل الوديعة قصد خلاص صاحب الأرض التي كان المعقب ضدهم يعتزمون شراءها لإنجاز المشروع ثم وعند عدم تحقق البيع قام بإرجاع شيكين ولم يرجع الشيك الثالث بقيمة مليونين ومائة ألف

دينار (2.100.000) بدعوى أنه يمثل مقابل أتعابه (بصفته الشخصية) في مساعدة المعقب ضدهم حال أن عقد المساعدة قد أبرم مع شركته وليس معه شخصيا .

وحيث من المعلوم قانونا أن أهم أثر تحدثه اتفاقية التحكيم بأنها كأي عقد آخر هو انشاء رابطة بين طرفين يتولد عنها لكليهما حقوق وواجبات ولا يكون لأحدهما غيرهما دائن ومدين الا أن الرابطة تلك تنشأ التزامات موضوعية و إجرائية بعينها يمكن أن تمتد آثارها الى

غيرهما سواء عند انشاء الاتفاق أو عند تنفيذه كما يمكن أن تنشأ صفة إجرائية لطرفي الاتفاق أو للغير بحسب الحالات سواء أكان غيرا اجرائي أو لاحق متأخر نتيجة تنفيذ العقد أو عند انشائه وهو ما يحصل عند توسع أثر اتفاقية التحكيم لوجود تحكيم متعدد الأطراف أو

عند تداخل أطراف في تنفيذه

عن المطعن الثالث المتعلق بتحريف الوقائع وخرق الفصول 13 و81 من مجلة التحكيم و105 من الدستور

حيث تضمن هذا المطعن بأن محكمة القرار المطعون فيه قد حرّفت الوقائع وخالفت القانون لما قضت برفض دفعه المتعلق بخرق الحكم التحكيمي لحقوق الدفاع والنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص بإعتبار أن المعقب قد حرم من الدفاع عن نفسه في القضية

التحكيمية.إلاّ أنه وخلافا لما ورد بالمطعن، فإنه يتبيّن أن محكمة الحكم المطعون فيه تولت مراجعة سرد الحكم التحكيمي للوقائع والإجراءات وثبت لها أن المعقب قد تم إستدعاؤه لحضور إجراءات التحكيم ودعوته لإنابة محام عنه والجواب عن الدعوى وإبداء ما له من

دفوع إلا أنه لم يجب عن ذلك على أساس عدم جواز امتداد الشرط التحكيمي لشخصه ولا يمكن للتشبث بالصمت الإجرائي أو الموقف السلبي أن يمثل هضما لحقوق الدفاع وخرقا لميدأ المواجهة طالما ثبت الإستدعاء كما يجب للغرض ذلك ان مبدا المواجهة بين الخصوم

يقتضي الاستدعاء للحضور يتم تبليغه للمطلوب في شخصه في مقره الاصلي أو المختار وتوجيه الدعوى عليه وهو ما جرى عليه العمل في الدعوى التحكيمية فتم إبلاغ الطاعن ومن معه ودعوتهما للجواب وإبداء ما لهما من أوجه فيه وهو صنف من الاقرار فالتزام

الصمت أمام القضاء – الوظيفي أو الخاص – يعتبر اعترافا بصحة الدعوى على معنى الفصل 429 من م ا ع ومن الثابت من خلال سرد المحكم لإجراءات الدعوى التحكيمية أنه قد تم إعلام الطاعن برفع المعقب ضدهم لقضية تحكيمية من طرف غرفة التجارة الدولية

تتعلق به شخصيا وبشركتي ***** وباست كونسلتينق وأنه بتاريخ 29 ماي 2017 راسل هذا غرفة التجارية الدولية والمحكم بوصفه وكيل شركة ***** معلما إياهما بأن المحامي ***** لم يعد يمثل شركة ***** وأنه يتعين إعلامه شخصيا بجميع الإجراءات التحكيمية

بعنوان مكتبه ب***** وأنه بتاريخ 27 جويلية 2016 قام محامي شركة ***** بتقديم مراسلة صادرة عن الطاعن يؤكد فيها عدم حاجته إلى أن يتلقي شخصيا نسخة من رد المدعي عليها شركة ***** وبأنه لن يكون طرفا في القضية التحكيمية بإعتبار أنه لم يكن طرفا

في أي شرط تحكيمي وعليه فإن دفعه بهضم المحكم لحقه في الدفاع غير وجيه

وحيث يتضح مما سبق أن هذا المطعن جاء فاقدا لأي أساس واقعي وقانوني مما يتجه معه طلب رده.

عن المطعن الرابع المتعلق بخرق الفصل 123 م م م ت بسبب تحريف الوقائع

حيث عرض الطاعن في هذا المطعن بتحريف محكمة الحكم المطعون فيه للوقائع بخصوص طلب المعقب ضدهم في عريضة الدعوى وبخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود وأنه خلافا لذلك ووفق ماتم بيانه في تناول المطعن الاول فإن محكمة

الإستئناف لم تحرف طلبات المعقب ضدهم وأن إختلاف الصيغة المستعملة في منطوق الحكم لا يشكل تحريفا للطلبات خاصة وأن القرار قد نصّ صراحة صلب مستندات المحكمة أنه يتجه القضاء بـ"إكساء الحكم التحكيمي بالصيغة التنفيذية" ووفقا لما تم بيانه في المطعن

الاول وأما بخصوص مسألة عدم إدراج المعقب ضمن قائمة الشهود ، فإن محكمة الحكم بيّنت أن عدم إدراج المعقب كشاهد كان مرده موقف المدعى عليهم الذين لم يطلبوا سماع المعقب كشاهد خلال جلسة المرافعة ويتجه بناء على ما سبق ردّ هذا المطعن.

عن المطعن الخامس المتعلق بخرق الفصل 81 من مجلة التحكيم نتيجة تناقض أجزاء القرار المطعون فيه طبق الفصل 175 م م م ت

حيث تمسك المعقب صلب هذا المطعن بتناقض أجزاء القرار المطعون فيه نتيجة إعتبار أن الطاعن ليس طرفا في النزاع التحكيمي من جهة ثم إعتباره ملزما بالخلاص من جهة أخرى. وهو دفع غير وجيه بإعتبار أن محكمة الحكم المطعون فيه لم تعتبر أن المعقب ليس

طرفا في النزاع التحكيمي ولم تقض بإلزامه بالأداء لأن ذلك خارج عنها بصفتها محكمة إكساء لا غير وقد كان المركز القانوني للمعقب في النزاع التحكيمي موضوع تعليل صلب الحكم التحكيمي وكذلك صلب القرار المطعون فيه المعقب وأن إعادة مناقشة في الاصل لا

يرمي سوى مناقشة إجتهاد الهيئة التحكيمية وحكمها في موضوع النزاع التحكيمي المتعلق بطلب أداء المال وهو أمر خارج عن إطار دعوى الإكساء بالصيغة التنفيذية ولا يمكن أن يكون من باب أولى وأحرى من أنظار محكمة القانون مما يتجه معه طلب ردّ هذا المطعن.

عن المطعن السادس المتعلّق بخرق الفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت

حيث إنبنى هذا المطعن على مخالفة القرار االمطعون فيه للفصول 81 م ت و4 و117 م ش ت نتيجة الخلط بين صفة المعقب الشخصية وصفته كممثل قانوني للشركة المدعى عليها. وهو في الحقيقة غير وجيه لكونه أولا يرمي إلى الخوض في أصل النزاع التحكيمي

الذي هو من أنظار هيئة التحكيم على ضوء القانون الإسباني المنطبق على النزاع وليس من أنظار محكمة الإكساء فالرقابة التي تجريها محكمة الإستئناف في إطار قضايا الإكساء لا تشمل مراقبة مدى صحة تطبيق القانون من طرف هيئة التحكيم وهو القانون الإسباني في

النزاع الحالي ولا مجال تبعا له بأن يدفع الطاعن بمخالفة الحكم التحكيمي أو القرار المطعون فيه لأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة الشركات التجارية لعدم إنطباقها على موضوع قضية الحال زيادة عن كون إجراء رقابة على الحكم التحكيمي الأجنبي في إطار المنظومة

القانونية التونسية ينحصر في الحالات التي نص عليها الفصل 81 من مجلة التحكيم ولا يمكن التوسع في ذلك للدفع بمخالفة القانون الموضوعي أو الإجرائي التونسي طالما أن الحكم التحكيمي لا يتعارض مع أحكام القانون التونسي التي تهم النظام العام في مفهوم القانون

الدولي الخاص وكان بالتالي التمسك بأحكام الفصلين 4 و117 من مجلة الشركات التجارية في غير محله وثانيا فإنه لا يصح للمحامي أن يتمسك بصفته ممثل قانوني لشركة تجارية بالشكل ولا بصفته وكيلا للشركة التجارية لأن الفصل 23 من المرسوم عدد 79 لسنة

2011 المؤرخ في 20 /8/2011 المتعلق بتنظيم مهنة المحاماة يمنع ذلك صراحة .

ولهــذه الأسبـاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية.وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 11/12/2019 عن الدائرة المدنية والتجارية عدد 4 المتركبة من رئيسها السيد ***** وعضوية المستشارين السيدة ***** والسيد *****

بحضور المدعي العام السيد ***** وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة *****.

وحــرر فـي تاريخـه