الجـــمهـــورية التونـــسيـــة

محكمة التعقيب

قضية عدد 20918. 2015

تاريخ الحكم 2018/06/28

الحمد لله

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار التالي:

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم بتاريخ 05/12/2014 تحت عدد 20918 من الأستاذ ... المحامي لدى التعقيب.

في حـــق: شركة أ. في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقرها بـ ... تونس.

ضـــــد: شركة ن. ب. في شخص ممثلها القانوني، الكائن مقره بـــ... نائبها الأستاذ ... لدى التعقيب.

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 50668 بتاريخ 2013/06/25. والقاضي نصه "بقبول الابطال شكلا وفي الأصل بإبطال القرار التحكيمي الحر الصادر بتاريخ 2010/09/08 وبإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن اليها وحمل المصاريف القانونية على المطلوبة".

وعلى مذكرة مستندات الطعن المبلغة للمعقب ضدها بتاريخ 2014/12/18 والمقدمة لكتابة محكمة التعقيب في 2014/12/26

وعلى الوثائق التي أوجب تقديمها الفصل 185 من م م م ت.

وعلى مذكرة الرد المقدمة من محامي المعقب ضدها بتاريخ 2015/01/16

وعلى ملحوظات النيابة العمومية الكتابية المؤرخة في 2016/04/12 الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه دون إحالة وإعفاء الطاعنة من الخطية.

وعلى قرار الرئيس الأول لمحكمة التعقيب المؤرخ في 2015/12/07 القاضي بالإحالة على الدوائر المجتمعة وتكليف المستشار المقرر بإعداد الدراسات اللازمة لتهيئة القضية للفصل.

وعلى أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي:

من حيث الشكل:

حيث استوفي مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية لذا فهو حري بالقبول شكلا.

من حيث الأصل:

حيث تفيد وقائع القضية حسبما أثبتها القرار المنتقد والأوراق التي انبني عليها، أن المعقبة الآن استصدرت في مواجهة المعقب ضدها القرار التحكيمي الداخلي عدد 545 بتاريخ 2010/09/30 القاضي بإلزام شركة ن. ب. في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي للمدعية شركة أ. في شخص ممثلها القانوني

المبالغ المالية التالية: 1/خمسة عشر ألفا وأربعمائة دينار (15 400 ,000د) بعنوان مقابل قيمة المبالغ المتعلقة بإقامة الأشغال الكهرباء.

2/سبعة عشر ألفا وستمائة دينار (17 600 ,000د) مقابل أجرة أشغال أمثلة الإنجاز.

3/الفوائض القانونية عن المبلغين المذكورين من تاريخ التنبيه في 2006/12/01 إلى تمام الوفاء بالنسبة التجارية.

4/ أربعة آلاف دينار عن أجرة المحاماة.

5/أربعة عشر ألف دينارا (14000, 000) مقابل ثلثي أجرة التحكيم ورفض المطلب فيما زاد على ذلك وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها.

وذلك بعد أن عرضت الطالبة لدى هيئة التحكيم أن خصيمتها امتنعت عن خلاصها في مستحقاتها المتأتية من انجاز الأشغال الاضافية التي كلفتها بها والمتعلقة بمركز المعالجة بمياه البحر لخروجها عن نطاق الصفقة الأصلية المبرمة بينهما والمؤرخة في 2000/09/06 الخاصة بمشروع بناء "ن. ن."، علما وأنه سبق للطالبة أن قامت قضائيا للمطالبة بمستحقاتها المذكورة إلا أن المدعى عليها احتجت بأحكام الفصل 16 من كتب الاتفاق الذي يرجع الطرفين للتحكيم في صورة وجود نزاع حول تأويل بنود العقد، فقضى ابتدائيا برفض الدعوى لعدم الاختصاص الحكمي بمقتضى الحكم عدد 75606 الصادر بتاريخ 2007/10/01 والذي تأيد استئنافيا بتاريخ 2009/03/03 تحت عدد 80769

وقد قامت المعقب عليها راهنا لدى محكمة الاستئناف بتونس طالبة ابطال القرار التحكيمي المشار إليه بناء على الأسباب التالية:

1/ أن القرار التحكيمي صدر دون اعتماد اتفاقية تحكيم لأن المدعية لدى التحكيم ذكرت أن التوسعة الخاصة بمركز المعالجة بمياه البحر غير مدرجة بالملف الأصلي ولا بكتب الاتفاق وأن القرار التحكيمي يعد صادرا دون اعتماد أية اتفاقية إذ أن الاتفاق على أشغال المركز كان شفاهيا والحال أن اتفاقية التحكيم لا تثبت إلا بكتب.

2/أن القرار التحكيمي صدر خارج نطاق اتفاقية التحكيم لأن الطرفين حددا باتفاقهما مجال التحكيم وفقا لما تخوله لهما أحكام الفصل 2 من مجلة التحكيم بأن جعلاه مقتصرا على النزاعات المتعلقة بتأويل الاتفاقية المبرمة بينهما (الفصل 16 منها) ولم يطلقا نطاقه إلى جميع النزاعات التي يمكن أن تثار بينهما بمناسبة العقد تأويلا وتنفيذا.

3 /عدم مراعاة قواعد الاجراءات الأساسية، ذلك أن إعفاء المحكمين من التقيد بقواعد الاجراءات المدنية والتجارية لا تخول لهم إلا عدم تطبيق القانون موضوعا أما الاعفاء من قواعد الاجراءات فهو نافذ في حدود ما يتعلق منها بمصلحة الأطراف فقط دون جواز المساس بالقواعد الأساسية وهو ما حاد عنه القرار التحكيمي حين خرق المحكمون قاعدة سرية المفاوضات مناط الفصل 121 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية، فأبدى كل واحد منهم رأيه بانفراده. كما أن المحكمين لم يراعوا بيانات الفصل 123 من نفس المجلة التي أوجب الفصل 30 من مجلة التحكيم احترامها، فلم يعللوا رأيهم في خصوص الدفع الشكلي المثار

أمامهم ولا المطاعن الاصلية التي وقع التمسك بها، فضلا عن خلو الحكم التحكيمي من كل تنصيص على مرحلة المفاوضة قبل النطق بالحكم وفقا لأحكام الفصل 119 من م م م ت.

وحيث قضت محكمة الاستئناف بتونس في مادة التحكيم بتاريخ 2011/04/26 تحت 17357 "بقبول مطلب الابطال شكلا وفي الأصل بإبطال القرار التحكيمي الحر الصادر بتاريخ 2010/09/30 وإعفاء الطاعنة من الخطية و إرجاع المال المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المطلوبة"، بناء على أنه ولئن منح المتعاقدان بمقتضى الشرط التحكيمي المدرج بالاتفاق لهيئة التحكيم صفة المصالح فإن ذلك لا يعفي الهيئة من التقيد بالقواعد والإجراءات التي تهم النظام العام ولا يكون ذريعة لخرق القواعد الآمرة التي تطبق على سير إجراءات الخصومة التحكيمية وأنه من القواعد الاجرائية الأساسية التي تهم النظام العام ضرورة محافظة أعضاء الهيئة التحكيمية على سرية المفاوضة التي هي مبدأ عام ينطبق على سائر الهيئات القضائية على اختلاف درجاتها واختصاصاتها مثلما اقتضت ذلك أحكام الفصل 121 من م م م ت، وأنه تبين بالاطلاع على القرار التحكيمي محل الطعن أنه تضمن في عديد الصفحات استعراضا لمواقف أعضاء الهيئة التحكيمية من المسائل المطروحة بالنزاع التحكيمي المعروض على الهيئة وتم تدوين تلك المواقف ووجهات النظر بالقرار مع ذكر اسم عضو الهيئة، وهو أمر مخالف لأحكام الفصل 121 من م م م ت و خارق لإجراء أساسي يهم النظام العام.

وحيث تعقبت شركة "أ" ذلك القرار ناعية عليه مخالفة القانون وإساءة تطبيقه وضعف التعليل، قولا بأنه رجوعا لمقتضيات البند التحكيمي المضمن بالفصل 16 من الاتفاق الرابط بين الطرفين يتضح أنه ينص صراحة بفقرته الثالثة على أن هيئة التحكيم معفاة من مراعاة قواعد الاجراءات المدنية والتجارية ومن آثار ذلك أنه يمكن للمحكمين التنصيص على رأي كل محكم دون الأخذ بعين الاعتبار لمسألة سرية المفاوضة التي جاءت بها أحكام الفصل 121 من م م م ت.

وحيث قضت محكمة التعقيب بموجب قرارها 2011/67965 الصادر بتاريخ 2012/11/06 بالنقض والإحالة بناء على أنه يستخلص من الفصلين 13 و42 من مجلة التحكيم أن قواعد ومبادئ الاجراءات الأساسية التي أوجب المشرع على هيئة التحكيم مراعاتها هي التي تدور حول مبدأ المساواة بين الخصوم و احترام حق الدفاع ومبدأ المواجهة بين الأطراف أثناء سير الخصومة و الحياد الأخلاقي للمحكمة واستقلاليتها، وأنه و خلافا لما انتهجته محكمة القرار المطعون فيه فلا مجال للتوسع في مفهوم تلك المبادئ بما يؤول معه إلى سحب تطبيق أحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية على اجراءات سير الخصومة التحكيمية ولو كانت آمرة، وبالتالي فإن اعتبار المحكمة تضمين آراء المحكمين صلب القرار التحكيمي يشكل خرقا للمبادئ الأساسية للإجراءات هو قول لا يتماشى مع الطبيعة الخاصة للتحكيم، إذ وخلافا للقضاء العدلي الذي يوجب حفظ سرية المفاوضة عملا بالفصل 121 م م م ت ويمنع على القاضي التصريح برأيه أو تدوينه بالحكم فإن الأمر مختلف في اطار التحكيم الذي ذهبت بعض الأنظمة وعملا بمبدأ الشفافية التي تتميز بها هذه العدالة الخاصة بالسماح لكافة المحكمين أو غير الموافقين منهم لرأي الأغلبية تدوين رأيه المخالف بالقرار التحكيمي و

تعليله، فضلا عن تنصيص بعض التشريعات صراحة على هذه الامكانية، وأن محكمة الاستئناف باستجابتها لطلب البطلان تكون قد انتهجت قراءة غير صحيحة لأحكام الفصلين 13 و42 من مجلة التحكيم وأساءت تطبيقهما.

وحيث بتعهد محكمة الاستئناف بتونس مجددا بالقضية بوصفها محكمة إحالة، تمسكت بنفس موقفها الأول وأصدرت حكمها المنتقد المضمن منطوقه بالطالع بإبطال القرار التحكيمي المطعون فيه، وذلك بناء على أن تدوين مختلف آراء المحكمين كل على حدة ضمن الحكم التحكيمي يعد مخلا بقواعد الاجراءات الأساسية لما في ذلك من نيل من مبدأ سرية المفاوضة وتأثير مباشر على حياد المحكمين واستقلاليتهم عن أطراف النزاع، وهو ما يجعله عرضة للإبطال وفقا للفقرة 6 من الفصل 42 من مجلة التحكيم.

وحيث تعقبت الطاعنة الحكم الاستئنافي المذكور ناسبة له مخالفة القانون وإساءة تطبيقه وضعف التعليل اعتبارا إلى أن ما ذهبت إليه محكمة الإحالة مخالف لإرادة المشرع في مجلة التحكيم وعلى ما دأب عليه فقه القضاء المقارن في بعض البلدان.

المحـــكـمـــــة

حيث انحصر الإشكال القانوني في معرفة مدى جواز إفشاء سرية المفاوضة بتضمين رأي كل محكم بالقرار التحكيمي على انفراده؟

وحيث تبين بالاطلاع على القرار التحكيمي محل الطعن أنه تضمن في عديد الصفحات استعراضا لمواقف أعضاء الهيئة التحكيمية من المسائل المطروحة بالنزاع، وتدوين تلك المواقف ووجهات النظر بالقرار مع ذكر إسم المحكم.

وحيث لا جدال في ارتباط المفاوضة بجوهر القضاء، فهي مرحلة أساسية من مراحل إصدار القرار، وتتجسد عمليا في تبادل وجهات النظر بين أعضاء الهيئة بغية الوصول إلى حسم النزاع، وتتويج ذلك بتسجيل لائحةً تتضمن نص الحكم ومستنداته.

وحيث نظم القانون شروط هذا التشاور وتبادل الرأي بالفصل 121 من م م م ت، والذي ينطبق في مجال التحكيم بموجب إحالة الفصل 46 من مجلة التحكيم إليه.

وحيث نص الفصل 121 المذكور على ما يلي: "تكون المفاوضة سرية دون أن يحرر فيها أثر كتابي ولا يشارك فيها غير القضاة الذين تلقوا المرافعة..."

وحيث يؤخذ من النص المتقدم أن من بين شروط المفاوضة هي السرية، ومقتضى ذلك عدم جواز إفشائها ممن شارك فيها أو الإصداع برأيه المخالف علنا.

وحيث إن سرية المفاوضة ولئن كانت قاعدة أساسية، إلا أن صبغتها الآمرة متغيّرة زمنيا، إذ يجب التمييز حسب ما إذا تم إفشاء سرية المفاوضة أثناء سير الخصومة التحكيمية أو عند إصدار القرار التحكيمي.

وحيث إن المفاوضة في مادة التحكيم تمتد من بداية عمل الهيئة التحكيمية إلى تاريخ إصدار القرار التحكيمي، أي أنها تستغرق كامل زمن سير إجراءات الخصومة، وهي فترة يجب أن يلتزم المحكمون فيها بسرية المفاوضة احتراما لمبدأ المساواة بين الأطراف باعتباره من مستلزمات المحاكمة العادلة. ذلك أن تعمد أحد المحكمين إعلام أحد أطراف النزاع دوريا بآخر تطورات آراء المحكمين يختل معه مبدأ المساواة بين الخصوم، ضرورة أن الطرف المستفيد من العلم بتطور توجّه، وتفكير الهيئة يمكنه ملائمة استراتيجية دفاعه وتطويع ردوده على ضوء ذلك.

وحيث وبصدور القرار التحكيمي تنتهي الصبغة الآمرة لسرية المفاوضة لتنقلب إلى قاعدة حمائية للمحكم لا غير. فالمحكم عندما يصدع برأيه المخالف في هذا الطور، إنما اختار التخلي عن الحماية التي تمنحها له سرية المفاوضة، وأعمل بالتالي إمكانية خوّلها له القانون ولا يترتب عنها أي ضرر للأطراف.

وحيث بناءً على ما تقدم فإن تدوين مختلف آراء المحكمين كل على حدة ضمن الحكم التحكيمي لا يُعَدّ إخلالا بقواعد الاجراءات الأساسية ولا ينال من مبدأ سرية المفاوضة، كما ليس من شأنه أن يكون له تأثير مباشر على حياد المحكمين واستقلاليتهم على أطراف النزاع.

وحيث من جهة أخرى، فقد نص الفصل 30 من مجلة التحكيم:" تصدر هيئة التحكيم حكمها بأغلبية الآراء بعد المفاوضة [...]

كما يجب أن يقع الإمضاء عليه من طرف المحكمين.

وإذا رفض واحد منهم أو أكثر الإمضاء، أو كان عاجزا عنه، ينص بالحكم على ذلك.

يكون الحكم صحيحا إذا وقع الإمضاء عليه من طرف أغلبيتهم.

وإذا لم تتكون الأغلبية فإن رئيس هيئة التحكيم ينص على ذلك ويصدر الحكم طبق رأيه. ويكتفي في هذه الصورة بإمضائه على الحكم".

وحيث يؤخذ من الفصل المتقدم أنه خلافا لأحكام مجلة المرافعات المدنية والتجارية التي توجب حفظ سر المفاوضة، بحيث لا يجوز للقاضي أن يصرح بأنه لم يوافق على الحكم المصرّح به، فإن الأمر على خلاف ذلك في مجال التحكيم أين تبلغ الشفافية درجة يجوز معها للمحكم أن يكشف عن عدم موافقته لرأي الأغلبية عن طريق التنصيص بالقرار التحكيمي على رفض الإمضاء. أما عند عدم حصول الأغلبية أي أن يكون لكل واحد من المحكمين نظرته الخاصة للنزاع ووجه الفصل فيه، فيقضي الرئيس وفق رأيه وينص على ذلك في حكم التحكيم.

وحيث إن تمكين المحكّم الأقلّي من الإمتناع عن الإمضاء مع بيان ذلك، أو في صورة الشقاق الكلي تخويل رئيس الهيئة التحكيمية إصدار القرار طبق رأيه مع الإشارة باللائحة إلى ذلك أيضا، يُعد وجه من وجوه السماح بإفشاء المفاوضة.

وحيث إن محكمة القرار المنتقد لما استجابت لطلب بطلان القرار التحكيمي عدد 545 بتاريخ 2010/09/30، تكون قد انتهجت قراءة غير مستندة على أساس سليم من القانون بما يوجب معه نقض القرار المطعون فيه بدون إحالة لانتفاء أي موجب لإعادة النظر من محكمة الحكم المطعون فيه، والتصدي للأصل طالما أن موضوع النزاع مهيأ للفصل فيه تطبيقا لأحكام الفصلين 176 و177 من م م م ت، وذلك برفض مطلب الإبطال المذكور أصلا.

في الدعوى المعارضة

-من حيث الشكل:

حيث استوفت الدعوى المعارضة جميع صيغها وأوضاعها الشكلية لذلك فهي مقبولة من هذه الناحية تطبيقا لأحكام الفصلين 226 و227 من م م م ت.

-من حيث الأصل:

حيث كان التماس شركة "أ" في شخص ممثلها القانوني بواسطة نائبها الحكم لها بغرم الضرر المتسبب عن المنازعة في طريقه وتعين الاستجابة له، وذلك بإلزام الطالبة شركة "ن. ب." في شخص ممثلها القانوني بأن تؤدي لها غرامة معدلة من المحكمة قدرها خمسمائة دينار (500،000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة.

وحيث تحمل المصاريف القانونية على من تسلط عليه الحكم تطبيقا لأحكام الفصل 128 من م م م ت.

ولهذه الأسباب

قررت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه بدون إحالة والتصدي للأصل والقضاء بقبول مطلب الإبطال شكلا ورفضه أصلا وقبول دعوى المعارضة شكلا وأصلا وتغريم الشركة الطالبة للشركة المطلوبة في شخص ممثليهما القانوني بخمسمائة دينار (500د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية عليها.

وصدر هذا القرار عن الدوائر المجتمعة بحجرة الشورى يوم الخميس 28 جوان 2018 **برئاسة السيد الهادي القديري الرئيس الأول لمحكمة التعقيب.**

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

الهادي العياري، نازك كادة، البشير المطوي، ماجدة بن غربية، رجاء الفخفاخ، وسيلة الكعبي، الحبيب بالحاج، نعيمة رحيم، عادل الأندلسي، لمياء الحمامي، شادية الصافي، كمال مصطفى العلاني، كوثر السعدي، جمال المستيري، منيرة النحالي، جميل بن عياد، المنصف الكشو، محمد عماد بن عبد الجليل، لطيفة البغدادي، سلوى النهدي، المنجي شلغوم، روضة أوبيش، محمد كمال دويك.

والمستشارين السادة:

حاتم بن جماعة، بديع بن عباس، مفيدة الصولي، راضية المنتصر، آمال عباسي، ماجدة الفهري، ريم منية البحري، عبد الباسط خالدي، إبراهيم الحرباوي، زينب لغلوغ، عفاف عالشيخ، رجاء بوسمة، سعاد شبار، آمال العرفاوي، ثريا الداهش، سامي الداهش، آسيا العياري، إيمان الشرفي، مفيدة الطلحاوي، بلقاسم كعوان، سميرة الحويوي، بسمة بودن، سنية الدبابي وسهام الشاهد.

وبمحضر السيد شكري التريكي مساعد وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب ومساعدة **كاتبة الجلسة السيدة** عفاف الحاجي.

وحرر بتاريخه