الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

عـ68287.98ـدد القضيــة

تاريخــه : 1998/11/6

اصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 68287 والمقدم من الاستاذ : "ع.ك" بتاريخ 1998/12/5

في حق : الشركة **** " س" في شخص ممثلها القانوني القاطن بمقرها *** تونس .

ضـــد : "م.ع" قاطن بنهج **** .

طعنا في القرار التحكيمي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 24 بتاريخ 1998/6/2 بقبول الطعن شكلا وفي الاصل باقرار القرار التحكيمي المطعون فيه وتخطئة الطاعنة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها .

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضده بتاريخ 1998/9/21 والرد عليها من الاستاذ "م.ع" نائب المعقب ضده .

وبعد الاطلاع جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة .

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى كافة اوراق الملف والمداولة طبق القانون

مــن حيــث الشكــل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع اوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا .

من حيث الاصـــل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام الطاعنة بابرام عقد نيابة تامين مع المعقب ضده في 2 جانفي 1969 وقد نص الفصل العاشر من العقد ان كل النزاعات التي قد تحدث بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتنفيذ هذه النيابة يقع فصلها بالحسنى وعند تعذر الوصول الى وفاق يتولى كل طرف تعيين محكم من جهته واذا لم يتوصل المحكمان الى وفاق فانهما يعينان محكما ثالثا معهما للبت في النزاع وانه لما اهنت الطاعنة عقد النيابة المذكور طلب الالتجاء الى التحكيم وفق الفصل العاشر مه عقد النيابة وقد تكونت هيئة التحكيم على النحو التالي : السيد "ح.س" عضو وقع تعينه من المعقب

السيد : **** " عضو" وقع تعينه بمقتضى حكم استعجالي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد 33313 بتاريخ 1996/3/16 محكما عن الطاعنة .

السيد : "ر.ص" " رئيس" وقع تعينه من طرف المحكمين .

وتبعا لذلك حكمت هيئة التحكيم في 1997/9/1 نهائيا بقبول كل من الدعوى الاصلية ودعوى المعارضة شكلا وفي الاصل بالزام الطاعنة بان تؤدي للمدعي

السيد : "م.ع" المبالغ التالية :

اولا : مبلغ ثلاثة وسبعين ألف وثمانمائة وثلاثة وثمانين دينار ا واربعمائة واثني عشر مليما 73883412 باقي المنحة التعويضية

ثانيا : مبلغ أربعة وخمسين ألف دينار 54000000 تعويضا عن الضرر المادي والادبي الناجمين عن التعسف في انهاء عقد النيابة .

ثالثا : مبلغ واحد وعشرين الف دينار 21000000 من جهة اجرة الاختبار واتعاب التحكيم والتقاضي والمحاماة وعدم سماع الدعوى الاصلية والمعارضة فيما زاد على ذلك وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليها فطعنت فيه المعقبة بالابطال استنادا الى أحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم تحت عدد 24 للاسباب التالية :

اولا : لان الحكم التحكيمي قد صدر دون الاعتماد على اتفاقية التحكيم وخارجا عن اطارها ذلك ان الفصل 10 من عقد النيابة نص على ان كل النزاعات التي قد تحدث بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتنفيذ هذه النيابة يقع فصلها بالحسنى وعند تعذر الوصول الى وفاق يتولى كل طرف تعيين محكم من جهته واذا لم يتوصل المحكمان الى وفاق فانهما يعينان محكما ثالثا معهما للبت في النزاع ويفهم من هذا النص ان لمحكمين الذين يقع تعينهما عن الاطراف سيتوليان ايجاد حل يرتضيه اطراف النزاع وهما في هذه الحالة لا يمكن ان يكونا الى مصالحين لانه لا يمكن تصور هيئة تحكيم مهمتها البت في النزاع متركبة من محكمين فقط لان عدد المحكمين يجب ان يكون وترا عملا بالفصل 18 من مجلة التحكيم وطالما اوجب الشرط التحكيمي المضمن بالفصل العاشر من عقد النيابة على المحكمين المعينين من الاطراف ان يقوما قبل تعيين المحكم الثالث بمحاولة صلحية وعند عدم التوفيق في ذلك يقع تعيين المحكم الثالث ولم يتضمن ملف القضية ما من شانه ان يثبت وقوع المحاولة الصلحية وعدم توصل المحكمين الى وفاق مما يكون معه الحكم التحكيمي قد صدر دون الاعتماد على مقتضيات الشرط التحكيمي وخارجا عن اطاره وهو ما يعد سببا من اسباب الابطال الواردة بالفصل 42 من مجلة التحكيم .

هذا من جهة ومن جهة اخرى فان الفصل 10 منعقد النيابة نص على انه يقع اللجوء الى التحكيم في النزاعات التي قد تحدث بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتنفيذ العقد أي فيما يتعلق بتنفيذ بنوده ويعني ذلك اذا نشا خلاف يتعلق بصعوبة تنفيذ العقد او امتناع احد الاطراف عن التطبيق الحرفي له ففي هاته الحالة فقط تنظر هيئة التحكيم وبالرجوع الى قضية الحال يتضح ان هيئة التحكيم تجاوزت اطار الشرط التحكيمي ذلك انها استجابت لطلبات المعقب ضده في خصوص التعويض عن الضرر المعنوي والمادي الناتج حسب زعمه عن الصبغة التعسفية للعزل اضافة للمنحة التعويضية المنصوص عليها صلب عقد النيابة والتي قدرت ب73833412 وعللت هيئة التحكيم قرارها بالقول

" وحيث ان مخالفة الفصل 10 بالطريقة التي سلكتها المدعى عليها تعد خطا وتعسفا يمنعه عقد النيابة ويمنعه القانون ويترتب عليه وجوب التعويض عن

الأضرار التي تسبب فيها لا سيما الادبية الناجمة عنه " أي انها اسست قضاءها على الخطا والتعسف أي على أحكام الفصلين 103/82 من م اع مستجيبة في ذلك الى طلب المعقب ضده في حين ان موضوع النزاع هو تعاقدي واتفاقية التحكيم صريحة في تحديد مجالها وبالتالي اثارها عندما نصت على ان كل النزاعات التي قد تحدث بين الطرفين المتعاقدين فيما يتعلق بتنفيذ هذه النيابة يقع فصلها بالحسنى وعند تعذر الوصول الى وفاق يتولى كل طرف تعيين محكم ثم ان النزاع المعني بالاتفاقية هو النزاع المنحصر في تنفيذ العقد اما ما خرج عن ذلك كتعويض ضرر نشا عن تعسف في استعمال لحق والخطا أي الناتج عن المسؤولية التقصيرية فذلك يكون من انظار القضاء العدلي أي محاكم الحق العام وهو ما يوجب الحكم بابطال الحكم التحكيمي لخروجه

عن اطار اتفاقية التحكيم ويعد سببا من اسباب الابطال الواردة بالفصل 42 من مجلة التحكيم

ثانيـــا : بطلان اتفاقية التحكيم : قولا انه يؤخذ من نص الفصل 3 من القانون عدد 42 لسنة 1993 المؤرخ في 26 افريل 1993 والمتعلق باصدار مجلة التحكيم ان شروط صحة اتفاقية التحكيم المبرمة قبل دخول مجلة التحكيم حيز التطبيق تخضع للقانون المنطبق تاريخ ابرامها وطالما ان اتفاقية التحكيم وقع ابرامها بتاريخ 2 جانفي 1969 فانها تكون خاضعة في شروط صحتها الى مقتضيات مجلة المرافعات المدنية والتجارية وحينئذ ما دامت اتفاقية التحكيم لم تنص صراحة او دلالة على اسماء المحكمين فانها تعد باطلة وجوبا عملا باحكام الفصل 262 من م م م ت وبالتالي فان بطلان اتفاقية التحكيم هي سببت من اسباب الابطال الواردة بالفصل 42 من مجلة التحكيم .

ثالثـا : هيئة التحكيم غير متركبة بصفة قانونية لانه يتضح بالرجوع الى هيئة التحكيم انه من بين المحكمين عون عمومي وهو السيد : العميد "ح.س" المعين من طرف السيد : "م.ع" وهو استاذ جامعي والعميد سابقا لكلية الحقوق والعلوم السياسية بتونس وكان على السيد "ح.س" بصفته تلك وقبل القيام بانه مهمة في التحكيم ان يتحصل على ترخيص مسبق من السلطة المختصة أي وزارة الاشراف وهو ما لا يوجد له اثر بملف القضية وبالتالي فان هيئة التحكيم

التي تقبل التعهد بالنزاع بالصفة المذكورة تكون متركبة غير قانونية وذلك عملا بالفصل 10 فقرة 3 من مجلة التحكيم وهو ما يوجب ابطال القرار التحكيمي عملا بالفصل 42 من مجلة التحكيم .

رابعا : هضم حقوق الدفاع

لان القرار التحكيمي لم يعتمد بعض الوثائق التي قدمتها الطاعنة لاثبات مخالفة المعقب ضده لتعليماتها والمتمثلة في الرسالة المؤرخة في 1993/9/13 التي بعثت بها الطاعنة للوكيل العام لتذكره بانها سبق ان طلبت منه الامتناع عن اكتتاب عقود تامين كفالة وذلك لعدم جدوى ومردودية هذا النوع من العقود وما سببه للشركة من خسارة مادية وقد تجاهل الخبير هذه الرسالة ولم يعتمدها في تقريره في حين انها تثبت بصورة واضحة جدية الاسباب التي دفعت بالطاعنة الى عزل المعقب ضده كما ان الحكم التحكيمي تجاهل هذه الرسالة أيضا ولم يعلل ذلك كما لم يعتمد الخبير قوائم استرجاع الوثائق الراجعة للطاعنة والممضى عليها من طرف المطعون ضده وذلك دون تعليل أيضا وهو ما يعتبر هضما لحقوق الدفاع وفيه مخالفة لاحكام الفصل 13 والفصل 30 من مجلة التحكيم وكذلك الفصل 123 من م م م ت والذي يقتضي ايراد المستندات الواقعية والقانونية

وحيث بناء على ذلك طلب نائب الطاعنة الحكم بقبول مطلب الابطال شكلا واصلا والقضاء بابطال القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 1997/9/1 عن هيئة التحكيم المتكوتنة من السادة : "ر.ص " رئيسا " وح.س" " عضوا" وا.م" عضوا

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية قررت محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 1998/6/2 تحت عدد 24 اقرار القرار التحكيمي السالف الالماع كيفما يتضح من نصه المضمن اعلاه

فتعقبته الطاعنة ناسبة له ما يلي :

1 سوء تاويل الفصل 18 من مجلة التحكيم والفصل 10 من عقد النيابة :

قولا انه ولئن اوجب الفصل 18 من مجلة التحكيم ان يكون عدد المحكمين وترا فهذا لا يهم الا الهيئة التي ستظهر في اصل النزاع والبت فيه وتطبق في هذه الحالة اما القواعد القانونية أي تحكيم بالقانون او قواعد العدل والانصاف اذا ما طلب منها ذلك اطراف اتفاقية التحكيم وبالنسبة للهيئة التي تعهد لها مهمة التوفيق فدورها يقتصر على القيام بمحاولة صلحية وايجاد حل يرتضيه اطراف النزاع ولا البت في اصل النزاع كما هو الشان بالنسبة لهيئة التحكيم وليس من الضروري في الصورة الاولى ان يكون عدد المحكمين وترا ذلك انه لا وجود في مجلة التحكيم لنص يفرض هذا العدد الوتر بالنسبة للموفقين ثم ان الشرط التحكيمي المضمن بالفصل 10 من عقد النيابة اوجب المرور بمحاولة صلحية وايجاد حل يرتضيه اطراف النزاع وفي صور ة مثل هذه المحاولة يقع اللجوء الى بتعيين محكم ثالث للبت في اصل النزاع الا ان ملف القضية لم يتضمن ما من شانه ان يثبت وقوع المحاولة الصلحية وعدم التوصل الى وفاق بل على عكس ذلك وقع تعيين محكم ثالث مباشرة للبت في اصل النزاع دون مرور بالمرحلة الاولى المشروطة هذا من جهة ومن جهة اخرى فان التعويض عن الضرر المعنوي والمادي المحكوم به صبرة واحدة دون تحديد لقيمة كل ضرر لفائدة المعقب ضده كان مؤسسا على التعسف في استعمال الحق ان وجد أي على الاحكام المنظمة للمسؤولية التقصيرية وتكون بالتالي هيئة التحكيم قد تجاوزت اطار اتفاقية التحكيم ذلك ان النزاع المعني بالاتفاقية منحصر في تنفيذ العقد وقد حدد هذا العقد نوعية التعويض المستحق اما ما خرج عن ذلك التعويض كالضرر المتمسك به في قضية الحال فيكون من انظار القضاء العدلي وبالتالي فان محكمة الحكم المنتقد لما قضت على ذلك النحو فانها تكون قد خرجت عن نطاق اتفاقية التحكيم وخرقت قواعد المسؤولية المدنية في التعويض لما قضت زيادة عن المنحة التعويضية المنصوص عليها بعقد النيابة بغرامات اخرى صبرة واحدة تعويضا عن الضرر المعنوي والمادي .

2- خرق احكام الفصل 262 من م م م ت

قولا ان محكمة الحكم المنتقد اعتبرت ان مراد المشرع المصطلحي من مدلول عبارات الفصل 262 من م م م ت انما هو اتفاق التحكيم لا الشرط

التحكيمي هو تاويل مؤسس على النص الفرنسي للفصل المذكور حال ان القاعدة تقتضي ان النص العربي هو الذي تغليبه اذا ما حصل تضارب اواختلاف بين النصين العربي والفرنسي وذلك اعتمادا على الفصل 1 من الدستور التونسي وامر 1995/9/8 والقانون عدد 44 لسنة 1993 المؤرخ في 1993/7/5 وكذلك فقه قضاء محكمة التعقيب وبالرجوع الى النص العربي للفصل 262 من م م م ت يتضح انه يتعلق صراحة باشتراط التحكيم ولا الاتفاق على التحكيم كيفما وقع تعريفهما بالفصل 258 من نفس المجلة وطالما لم تنص اتفاقية التحكيم الواردة بالفصل 10 من عقد النيابة صراحة او دلالة على اسماء المحكمين فانها تكون بذلك باطلة عملا باحكام النص العربي للفصل 262 من م م م ت سيما وان مجلة التحكيم ليس لها اثر رجعي لتصحيح اتفاقيات تحكيم باطلة عملا باحكام القانون المنطبق تاريخ ابرامها وهو ما يوجب نقض القرار التحكيمي من هذه الناحية .

3 – خرق وسوء تاويل أحكام الفصل 10 من مجلة التحكيم :

قولا ان الترخيص المسبق هو شرط اضافي تواجب تحققه بالنسبة للعون العمومي لاكتساب صفة المحكم هذا الى جانب الشروط الاخرى الواردة بالفقرة 1 من الفصل 10 والتي تهم كل محكم مهما كانت صفته وان المشرع لما اوجب على العون العمومي ان يتحصل على ترخيص مسبق قبل القيام باية مهمة في التحكيم فانه لم يفرق بين حالة الجمع وحالة عدم الجمع اذ ان عبارة العون العمومي الواردة بالفصل 10 من مجلة التحكيم جاءت مطلقة ولا يمكن بالتالي الاحتجاج بحق الجمع بين التدريس والمحاماة لاقصاء الشرط الواجب توفره بالنسبة للعون العمومي لاكتساب صفة المحكم والمتمثل في الترخيص المسبق لان عبارة الفصل 10 كما ذكر سابقا جاءت مطلقة وما دامت عبارة القانون مطلقة جرت على اطلاقها وذلك عملا بالفصل 533 من م اع وعندئذ فان غياب الترخيص المسبق بالنسبة لاحد اعضاء هيئة التحكيم يجعل من هذه الاخيرة غير متركبة بصفة قانونية ويؤدي الى الحكم بالابطال عملا بالفصل 42 خامسا من مجلة التحكيم

4 – هضم حقوق الدفاع

قولا انه خلافا لما ذهبت اليه المحكمة فان المعقبة بينت ضمن مستندات مطلب ابطالها اوجه تاثير الرسالة والوثائق التي تمسكت بها على مال البت في النزاع لكن هيئة التحكيم لم تعتمد هذا الدفع ولا تلك الوثائق والرسالة .

وحيث بناء على طلب نائب المعقبة النقض والاحالة .

المحكمـــة

1 / سوء تاويل الفصل 18 من مجلة التحكيم والفصل10 من عقد النيابة

حيث ثبت من الاطلاع على عقد النيابة الرابط بين الطرفين ان الفصل العاشر منه لم يتضمن اتفاقا صريحا يوجب الرجوع الى هيئة توفيقية تكون مهمتها البحث عن حل يرتضيه الاطراف وانه عند عدم الاتفاق فحسب يصار الى هيئة تحكيمية تبت في النزاع القائم وغاية ما في الامر ان الفصل العاشر المشار اليه تضمن تصورا لكيفية مجابهة الاشكال عند قيام النزاع والتنازع وهو تصور غير ملزم لطرفيه ضرورة انه اقتضى انه عند الاختلاف ولما لا يقع فض النزاع توفيقيا فان الشان يوجب الشروع في اتخاذ اجراءات التحكيم على النحو الذي اتخذه مسار النزاع في الخصومة الحالية هذا من جهة ومن جهة اخرى فان المرحلة التوفيقية غير واردة في صورة الحال طالما ان المعقبة نفسها ارتات منذ البداية توجيه تنبيه بانهاء النيابة وعزل المعقب ضده ونازعت مبدا التحكيم ورفضت الاحتكام اليه وبالتالي فان النعي على الحكم المطعون فيه بسوء تاويل الفصل 18 من مجلة التحكيم يكون إلى غير اساس من القانون يسنده .

وحيث وفي خصوص تقرير التعويض عن الضرر الحاصل للمعقب ضده زيادة عن المنحة التعويضية فانه لا يعد خروجا عن اتفاقية التحكيم وليس في حكم به خرق لقواعد المسؤولية المدنية المتعلقة بالتعويض عن الأضرار لان الشان انما يتعلق بالحكم بتوابع الطلب الاصلي ولان تحديد مامورية المحكم وتفويضه الحكم تجاء بصفة عامة لا تخصيص فيها بما يجعل اصدار هيئة التحكيم لحكمها على ذلك النحو في خصوص ما يتسحقه المعقب ضده ليس فيه خروج عن المشارطة ولا يعد ذلك قضاء بما لم يطلبه المتعاقدان وهو ما يستوجب رد المطعن بجميع مستنداته .

2 – خرق أحكام الفصل 262 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية

وحيث ولئن كانت الغاية من بيان اسماء المحكمين تقوم على فكرة تسهيل الالتجاء الى التحكيم وعلى ان التحكيم قضاء خاص يخضع لارادة منشئية فان ذلك يظل له اعتباره ويوجب العمل بمقتضاه في حال قيام اتفاق على التحكيم لان التحكيم في هذه الحالة تعلق بنزاع قائم فعلا بين اطرافه فيكون تعيين موضوعه وبيان اسماء المحكمين مسبقا ولو دلالة امرا مستساغا ومطلوبا بحكم الضرورة اما اذا لم يوجد النزاع بعد وكان الشان مداره الشرط التحكيمي فان الامر لا يكون كذلك لتعلق الحال بنزاع مستقبلي يصعب معه التعرض تحديدا لاسماء المحكمين سلفا .

وحيث بالاضافة الى ذلك فان الشان لا تعلق له بالنظام العام وحينئذ فان عدم ذكر اسماء المحكمين لا ينهض مبررا للطعن بالابطال بدعوى مخالفة أحكام الفصل 262 من مجلة المرافعات المدنية والتجارية وهو ما يتعين معه رد هذا المطعن كسابقه لعدم جديته .

3 – خرق وسوء تاويل أحكام الفصل 10 من مجلة التحكيم

حيث ولئن كان اللجوء الى التحكيم هو طريق استثنائي اباحه المشرع لفض النزاعات اساسه الخروج على طرق التقاضي المالوفة وما تكفله من ضمانات الا ان المشرع ارتاى تحديد صور البطلان وعددها على سبيل الحصر ضمن أحكام الفصل 42 من مجلة التحكيم ولم تكن من ضمنها مسالة الترخيص المسبق من سلطة الاشراف بالنسبة للمحكم الذي باشر التحكيم دون الحصول على تلك الرخصة سيما وان الفصل العاشر السالف الذكر لم يقتض البطلان ولم يرتب جزاء عن تخلف الرخصة علاوة على ان المحكم المعني بها هو استاذ جامعي مرخص له بمباشرة المحاماة مما لا يجوز معه للطاعنة التحدي بهذه المنازعة للدفع ببطلان اجراءات التحكيم ويتعين تبعا لذلك رد هذا المطعن .

4 –هضم حقوق الدفاع

حيث انه طالما تبين بالرجوع الى القرار المنتقد والاسانيد التي انبنى عليها ان طرفي النزاع حددا طلباتهما في مواجهة الاخر وان القرار التحكيمي التزم في قضائه حدود الطلبات وكان ذلك يتماشى مع ما ورد بمشارطة التحكيم وطبق بما وقع عليه الاتفاق وتم الترافع في شانه امام هيئة التحكيم فان منازعة الطاعنة القائمة على هضم حقوق الدفاع لكونها كانت بينت ضمن مستندات مطلب ابطال القرار التحكيمي اوجه تاثير

الرسالة والوثائق التي تمسكت بها على مال البت في النزاع وان هيئة التحكيم لم تعتمد هذا الدفع ولا تلك الوثائق انما لا تؤلف في حقيقة الامر منازعة جدية ولا تقوم تعلى اساس قانوني سليم وان رد محكمة الحكم المنتقد الوارد بحيثيات حكمها لا يعد قصورا مبطلا له الامر الذي يتعين معه رد هذا المطعن أيضا .

ولهذه الاسباب وعملا بما تقدم

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الجمعة 1998/11/6 عن الدائرة التاسعة المتركبة من رئيسها السيد مبروك السالمي والسيدين المستشارين محمد العفاس ويوسف الزغدودي بمحضر السيد المدعي العام فرحات الراجحي بمساعدة كاتب المحكمة السيدة عزيزة مزاتي . المزاتي

وحرر في تاريخه