ع/س

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***عـ37803.2016ـدد القضيــة**

تاريخــه :2017-02-15

أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فـي 2016/05/04 تحـت عـ28049ـدد من الأستاذ "ع.أ" المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن : "ف.ج"، ينوبها كذلك الأستاذ "م.ع"

ضد : "ه.ر"، ينوبه الأستاذ "ن.ط"

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي المـدني عــ73640ــدد الصـادر بتـاريخ 2016/01/26 عن محكمة الاستئناف بتونس.

والقاضي :"قضت المحكمة نهائيا بقبول مطلب الإبطال شكلا في الأصل بإبطال القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم المتركبة من رئيسها الأستاذ "ف.س"والمحكمين الأستاذين "ع.ع" و"ح.ق" بتـاريخ 2013/07/17 وإلغـاء مفعوله وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع المال المؤمن إليه وحمل المصـاريف القانونية على المطعون ضدها.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الأستاذ "م.ب" حسب محضره عـ18198ـدد بتاريخ 2016/05/27.

وعلـى نسـخة الحكـم المطعـون فيـه وعلـى جميـع الإجـراءات والوثـائق المقدمة في 2016/05/31 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 2016/06/23 من الأستاذ "ن.ط" نيابة عن المعقب ضده والرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإرجاع القضية لمحكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

من حيث الشـــــكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية طبق أحكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث لأصـــــل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام الطالب في الأصل (المعقب ضده حاليا) أمام محكمة الاستئناف بتونس بطلب إبطال القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 2013/07/17 عن هيئة التحكيم المتكونة من الأستاذ "ف.س" والأستاذين "ع.ع" و"ح.ق" محكمان والقاضي :

1)برفض الدعوى الأصلية المقامة من الطالب والرامية إلى الحكم بإلزام السيدة "ف.جو" بأن تمضي لفائدته وعد بالبيع للعقار موضوع التداعي.

2)برفض طلبه الرامي إل اعتبار الحكم التحكيمي يقوم مقام الوعد بالبيع.

3)بالقضـــاء بـــأن الاتفـــاق غيـــر القابـــل للرجـــوع فيـــه المـــؤرخ فـــي 2008/08/07 قد تم فسخه نهائيا بين الأطراف.

4)بالاستجابة لطلب المدعى عليها والحكم تبعا لذلك بإلزام الطالب بالخروج فورا من العقار موضوع النزاع.

5)بإلزام السيدة "ف.ج" بأن تؤدي لفائدة الطالب مبلغ 90.000 دينار لقاء عدم تنفيذ التزاماتها التعاقدية منها 40.000 دينارا تعويضا للضرر المعنوي و50.000 دينار تعوضا للضرر المادي.

6)برفض طلبات السيدة "ف.ج" المتعلقة بافتكاك العقار موضوع النزاع بالقوة لعدم اختصاص هيئة التحكيم.

7)بتحميل كل طرف لمصاريف التحكيم وأجرة المحاماة المدفوعة من قبله.

8)برفض كل الطلبات الأخرى للطرفين.

وقد استند الطالب في دعوه إلى مخالفة القرار المطعون فيه للنظام العام الاجرائي بتغيير وصف طبيعة التحكيم من دولي إلى داخلي رغم ثبوت أن مقر الطالب يقع بسويسرا وأن التكييف الخاطئ من هيئة التحكيم لا يقبل التصحيح من المحكمة بل يؤدي إلى إبطال الحكم التحكيمي لمخالفته النظام العام باعتبار مساسه بطرق الطعن والتنفيذ كما نعى عليه عدم مراعاة القواعد الأساسية للاجراءات والمتمثلة في فقدان التعليل وهضم حق الدفاع بخصوص انفساخ اتفاق 2007/08/07 وبخصوص طلب التنفيذ الجبري وتناقض التعليل مع ما قضت به ضد المطلوبة من غرامات لقاء عدم تنفيذ العقد.

وحيث أصدرت محكمة الاستئناف بتونس قرارها عـ56073ـدد بتاريخ 2014/02/18 والقاضي:"بقبول مطلب الإبطال شكلا ورفضه موضوعا وتخطئة الطاعن بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه".

وحيث تعقب المحكوم ضده (طالب الإبطال في الأصل) القرار الاستئنافي السالف الذكر ناعيا عليه مخالفة أحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم وضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع بخصوص عدم تناول المسألة التوقيفية وعدم التعرض لأحكام الفصول 19 و27 و28 من مجلة التحكيم رغم أهميتها على وجه الفصل في النزاع كما نعى عليه كذلك خرق قواعد النظام العام والاجراءات الأساسية لتعلق مسألة بطلان الشرط التحكيمي بالاجراءات وقواعد الاختصاص وخرق أحكام الفصل 50 من مجلة التحكيم.

وحيث أصدرت محكمة التعقيب قرارها عـ13928/2014ـدد بتاريخ 2014/10/09 القاضي بالنقض والإحالة لمخالفة القرار المطعون فيه لأحكام الفصل 48 من مجلة التحكيم في خصوص تكييف صبغة التحكيم الداخلية من خلال مسائل اجرائية وامتناع المحكمة من التدخل لتكييف التحكيم وتطبيق نظامه على النزاع رغم تعلق الأمر بمسألة إجرائية تهم النظام العام كما أسست محكمة التعقيب قرارها القاضي بالنقض على ضعف التعليل بخصوص اعتبار محكمة الموضوع أن اختصاص الهيئة التحكيمية مستمد من إرادة الأطراف في حين أنه ليس لهذه الأخيرة أن تغير قواعد الاختصاص الحكمي وكذلك بخصوص ما اعتبرته المحكمة من عدم اثارة دعوى ابطال الشرط التحكيمي لجواز اثارته صلب قضية إبطال الحكم التحكيمي وخطئها في اعتبار أن مسألة إبطال الشرط التحكيمي تندرج ضمن التعسف حال أنها تتعلق بقواعد الاختصاص الماسة بالنظام العام. كما تأسس النقض على خرق أحكام الفصل 27 من مجلة التحكيم بخصوص المسألة التوقيفية وهضم حقوق الدفاع لعدم الجواب عن الإخلالات الشكلية التي أثارها الطاعن وللدفع بمخالفة الفصول 19 و27 و28 من مجلة التحكيم رغم اهميتها على وجه الفصل في النزاع فضلا عن تناقضها في خصوص اعتبار التحكيم داخليا في حين بررته بنظام التحكيم الدولي.

وحيث وبإعادة نشر القضية مجددا أمام محكمة الدرجة الثانية أصدرت هذه الأخيرة قرارها السالف تضمين نصه أعلاه.

وحيث تعقب المحكوم ضده (طالب الإبطال في الأصل) القرار الاستئنافي المشار إليه وقد نعى عليه نائبه الأستاذ "ع.أ" صلب مستندات طعنه:

أولا: هضم حقوق الدفاع ومخالفة الفصل 123 من م م م ت :

قولا بأن القرار المنتقد انبنى على هضم لحقوق الدفاع بعدم الجواب على دفوعات جوهرية لها تأثير على وجه الفصل في القضية منها أن عدم مراعاة القرار التحكيمي للقواعد الأساسية للاجراءات لعدم تحديدها طبيعة التحكيم مخالف لأحكام الفصل 61 من م. التحكيم الذي لا يبرر الإبطال ولا وجود لنص يوجب على هيئة التحكيم بيان طبيعة التحكيم (دولي أو داخلي) صلب حكمها. وكذلك الدفع المتعلق بعدم القدح في اختصاص هيئة التحكيم وأن مسألة تكييف التحكيم لا تمس النظام العام وأن القانون يوجب إثارة المسائل المتعلقة بالاختصاص قبل الخوض في الأصل وهو ما لم يقم به المعقب ضده ومن ذلك الدفع بأن صور ابطال قرار التحكيم محددة حصر ا بالفصل 78 من م. التحكيم وأيضا ما تمسك به من حسم القرار التعقيبي عـ17807ـدد قد أقر بأن رقابة محكمة الاستئناف على القرارات التحكيمية تنحصر في الجوانب الشكلية وخاصة الإجرائية منها وإن طرفي النزاع لم يثيرا بالطور التحكيمي موضوع طبيعة القرار التحكيمي ولم يقع تقديم مطلب مستقل في وصف طبيعة التحكيم كما يخوله له القانون.

ثانيا : ضعف التعليل:

قولا بأن القرار المطعون فيه لما اعتبر أن الإشكال الأساسي يتمثل في تحديد طبيعة التحكيم وما إذا كان داخليا أو دوليا قد جانب الصواب إذ أن الإشكال هو مدى اعتبار القرار التحكيمي باطلا أو صحيحا ومدى توفر صورة من صور

ابطاله وأنه في كل الحالات فإن المحكمة المختصة بإبطال القرار التحكيم دوليا كان أو داخليا هي محكمة الاستئناف مما يجعل الحديث عن تاثير طبيعة التحكيم على تحديد الاختصاص في غير طريقه. وفضلا عن ذلك فإن محكمة القرار المنتقد قد حرفت الوقائع بخصوص عدم تضمن الاتفاقية المبرمة بين الطرفين على ما يفيد توفقها على الحصول على الرخصة الإدارية رغم أن الفصل 4 تضمن التزام المعقب ضده بتقديم طلب للحصول على الرخصة الإدارة لدى ولاية نابل لاتمام البيع النهائي.

كما تضمن القرار المطعون فيه حيثية تتعلق بملكية الأجانب للعقارات وتعلقها بالنظام العام وهي مسألة غير مطروحة في قضية الحال.

ثالثا : سوء تطبيق الفصل 78 منه مجلة التحكيم:

قولا بأن شروط الفصل 78 المذكور لم تتوفر إذ أن تشكيل هيئة التحكيم في قضية الحال قد تم طبقا للفصل 8 من الاتفاقية ولا يمكن إبطال قرار التحكيم استنادا إلى الفقرة الفرعية "د" من العدد 2 من الفصل 78 المذكور. وأنه قد وقع احترام اتفاقية التحكيم بخصوص تشكيل هيئة التحكيم وأن تطبيق الفقرة "د" مرتبط بمخالفة متقضيات اتفاقية التحكيم وهو ما لم يتوفر في قضية الحال. ومن ناحية أخرى فإن القول بأن التحكيم دولي أمر متنازع فيه طالما أنه قد ثبت تسلم المعقب ضده للعقار من المعقبة وإقامته به وهو ما يجعل التحكيم داخليا. وأنه وعلى فرض الصيغة الدولية للتحكيم فإن تعيين هيئة التحكيم لم يكن مخالفا لأحكام الفصلين 55 و56 فقرة 4 و5 من م. التحكيم.

<u>رابعا : سوء تطبيق الفقرة 2 من الفصل 78 من مجلة التحكيم:</u>

قولا بأنه لا وجود لنص قانوني يفرض تحديد طبيعة التحكيم صلب القرار التحكيمي وأن الفقرة 2 من الفصل 78 التي اعتمدتها المحكمة لتبرير حكمها لا علاقة لها بطبيعة التحكيم إذ تتعلق بإبطال حكم التحكيم إذا رأت المحكمة أنه يخالف النظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وهو ما يجعل

تعليل القرار المنتقد عاما وغير واضح وأن مفهوم النظام العام هو مفهوم يرتبط بخرق احدى قواعد الاجراءات الأساسية او خرق نصوص قانونية آمرة أو عدم مراعاة القواعد الأساسية للإجراءات. وأن مجلة التحكيم لم تتعرض صلب الفصلين 42 و78 لبطلان الحكم التحكيمي لعدم التنصيص على طبيعة التحكيم وأنه لا بطلان بدون نص.

خامسا : هضم حق الدفاع وضعاف التعليل :

قولا بأن رد محكمة القرار المطعون فيه على الدفع بالفصل 50 من م. التحكيم غير وجيه لعدم جواز استعمال مفهوم النظام العام دون تحديده وبيان موطن مخالفته لا سيما مع اختلاف القواعد الخاصة بالتحكيم عن قواعد القضاء العادي.

طالبا قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه بدون إحالة.

وحيث رد نائب المعقب ضده على مستندات التعقيب بأنه وبخصوص المطعن الأول فأن الدفوعات التي نعت على محكمة القرار المطعون فيه عدم إثارتها تتعلق بوصف التحكيم وبقانونية تشكيل هيئة التحكيم وهي دفوعات تعرضت لها المحكمة وأجابت عنها بكل دقة منتهية لبطلان القرار التحكيمي لتوفر إحدى صور البطلان المنصوص عليها بالفصل 78 من م. التحكيم فضلا عن ان المحكمة ليست ملزمة بالرد على كافة الدفوعات لا سيما غير الجوهرية منها. وأن محكمة القرار المنتقد قد ردت على الدفوعات المثارة بصفة جملية. وعن المطعن الثاني فتمسك بأن الإشكال القانوني الذي طرحته المحكمة كان سليم المبنى لأهمية عملية التكييف للتحكيم ومساسها بالنظام العام وتحديدها لصور البطلان التي تختلف في التحكيم الداخلي عنها في التحكيم الدولي وبالتالي فلا يمكن للمحكمة إعمال رقابتها دون المرور حتما بعملية التكييف والوصف

للتحكيم. وأنه خلافا لما دفعت به المعقبة فإن اختصاص المحكمة بابطال القرارات التحكيمية يتغير حسب وصف التحكيم فإن كان داخليا رجع الاختصاص لمحكمة الاستئناف التي يوجد بدائرتها مقر التحكيم أما إذا كان دوليا فإن الاختصاص يرجع لمحكمة الاستئناف بتونس. وأن الأمر يتعلق كذلك باختلاف الاجراءات المتبعة في التحكيم والمحكمين وخاصة عند الاختلاف في تعيين المحكمين بين التحكيم الداخلي والدولي وهي مسائل تتعلق بالاختصاص الذي يهم النظام العام. وبخصوص المطعن الثالث فإن التمسك بقرينة السكوت على معنى الفصل 50 من م. التحكيم محدد في الزمان ولا يتعلق إلا بما لم يقع إثارته أثناء إجراءات التحكيم وأن الدفع بخصوص تكييف التحكيم هو دفع لاحق لختم اجراءات التحكيم ولم يكن متوقعا لمنوبه أن تتغافل هيئة التحكيم على تكييف التحكيم عند إصدار قرارها. وبالتالي فلا يمكن الدفع بمبدأ النزاهة وأحكام الفصل 50 من م. التحكيم طالما أن تكييف التحكيم يكون عند ختم المرافعة كما أنه لا يجوز الدفع بأحكام الفصل المذكور يهم النظام العام هي صورة قضية الحال. وعن المطعن الرابع المتعلق بطبيعة التحكيم فقد حدد الفصل 48 من م, التحكيم معايير التحكيم الدولي وأن أحدها هو المقر أي محل العمل وإن وقوع مقر عمل طرفي اتفاقية التحكيم في دولتين مختلفتين يجعل التحكيم دوليا وأنه من الثابت أن منوبه مقيم بسويسرا زمن ابرام اتفاقية التحكيم ولا يزال مقيما بها وأن تسليم العقار له لا يقوم قرينة على الإقامة بالبلاد التونسية. وعن المطعن الخامس فإن بيع العقارات للأجانب تهم النظام العام وأن الفصل 7 من م. التحكيم لا يجيز التحكم في المسائل المتعلقة بالنظام العام وأن الفصل 78 من م. التحكيم يجيز ابطال كل قرار تحكيمي دولي يكون خارقا للنظام العام على معنى القانون الدولي الخاص. وعن المطعن المتعلق بسوء تطبيق أحكام الفصل 78 من م. التحكيم فإن الإجراءات المتفق عليها والمتبعة هي إجراءات تخص التحكيم الداخلي في حين أن طبيعته دولية وأن الأحكام الخاصة بإجراءات التحكيم تهم النظام العام ولا يمكن للأطراف الاتفاق على مخالفتها. وبالتالي فإن تمسك المعقبة بأن الإجراءات المتبعة في تشكيل هيئة التحكيم كانت مطابقة لإرادة الطرفين مردود

عليها لعدم جواز مخالفة الإدارة للقواعد الأخيرة وهو ما أصابت فيه محكمة القرار المعقب وبخصوص سوء تطبق الفقرة 2 من الفصل 78 فإنه بالنظر إلى الصبغة القضائية لقرار التحكيم ولعمل المحكمين فإنهم ملزمون بالالتزامات المحمولة على القاضي ومنها أحكام الفصل 123 من م م م ت وأن وصف القرار التحكيمي معادل للتنصيص على درجة الحكم القضائي وأن مجلة التحكيم تحيل إلى مجلة المرافعات في عدة مناسبات ومنها الفصل 30 الذي يحيل على أحكام الفصل 123 المشار إليه. وأن مسألة التكييف لها تأثير على القواعد الإجرائية وهي قواعد آمرة تهم النظام العام وأن ما ذهبت إليه محكمة القرار المنتقد في هذا الصدد سليم المبنى وأن القرار التحكيمي مستوجب الإبطال عملا بأحكام الفصل 178 فقرة "د" من م. التحكيم وتطبيقا كذلك لأحكام الفصل 7 من ذات المجلة والفصل 123 من م م ت لتوفر صور البطلان المنصوص عليها بالفصل 78 من م. التحكيم. طالبا قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الأصل الحكم بالرفض.

وحيث أضاف نائب المعقبة الأستاذ "م.ع" أن للمعقب ضده مقر عمل بتونس طبقا لما تضمنه طلبه المقدم **** والموجه للبنك المركزي من أنه صاحب عدة مشاريع استثمارية بتونس منها شركتين خفيتي الاسم فضلا عن ثبوت لإقامته بتونس وذلك بموجب البحث الجزائي المجرى في القضية التحقيقية عـ30097/2ـدد وتمسك بالنقض بدون إحالة.

المحـــكمة

<u>عن جملة المطاعن لتداخلها ووحدة القول فيها:</u>

حيث أن محكمة القرار المطعون فيه وإن سايرت التمشي الذي ارتأته محكمة التعقيب في ضرورة وصف القرار التحكيمي (بأنه تحكيم داخلي أم دولي) فإن حكمها اتسم بضعف تعليل فادح مواز لانعدامه إضافة إلى تحريف الوقائع لما لم يبين أوجه الخلل التي أسس عليها بطلان قرار هيئة التحكيم (والذي وصفته عن صواب بأنه تحكيم دولي) خاصة وأن اعتبارها أن هذا القرار يتسم

بخلل موجب للإبطال بحكم مخالفته للفقرة الفرعية "د" من العدد 2 من الفصل 78 من مجلة التحكيم قد تم دون تحديد لمكمن الخلل.

وحيث وأن النقطة "د" من العدد 2 الفصل 78 المذكور تجعل من قرار هيئة التحكيم صحيحا إذا صدر مطابقا ومقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة إذ أن صياغتها باستعمال المشرع لعبارة "أو" عند تعداده لصور الاخلالات في اجراءات التحكيم يدل على الخيار والتفاضل بينهما بحيث أن مطابقة اجراءات التحكيم لمقتضيات اتفاقية تحكيم بصفة عامة يجعل من غير الضروري مطابقتها لقواعد أحكام الباب الثالث من مجلة التحكيم المتعلقة بتشكيل هيئة التحكيم.

وحيث أنه وفيما يتعلق بتحريف الوقائع فقد تبين بتمحص مستتندات القرار المنتقد، أن المحكمة مصدرته قد اعتبرت أن التحكيم تسلط على التزام يستوجب تطبيق قواعد قانونية آمرة تتمثل في التنصيص على الحصول على الرخصة الإدارية المستوجبة في بيع العقارات للأجانب مما يجعل الشرط التحكيمي في شأنها باطلا هو تسبيب مناف للواقع من جهة لأن الاتفاق تضمن بصريح عباراته التقيد عند البيع بالحصول على الرخصة الإدارية المستوجبة ومن جهة أخرى لأن التحكيم لم يتسلط في موضوعه على هذه النقطة.

وحيث أن اعتبار القرار التحكيمي باطلا لعدم وصفه بداخلي أو دولي فيه سوء تطبيق لمقتضيات الفصل 78 من مجلة التحكيم الذي حدد موجبات البطلان وخرق لمقتضيات الفصل 75 من ذات المجلة التي لم تور د من بين التنصيصات الوجوبية واجبة الاحترام في قرار التحكيم وصفه بداخلي أو دولي.

وحيث تبين من القرار المنتقد كذلك أن المحكمة قد اعتبرت دفع المعقبة أمامها القائل بأن خصمها قد تنازل عن حقه فيما كان له من الدفوع التي يجوز له التمسك بها بقوة الفصل 50 م ت لا يمكن الأخذ به في صورة بطلان حكم التحكيم إذا كان مخالفا للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص وذلك دون بيان أوجه اختلال قرار الهيئة ومخالفته للنظام العام المشار إليه أو حتى بيان مفهوم النظام العام المذكور حتى يتسنى لهذه المحكمة إجراء رقابتها لسند حكمها والتثبت من صحته من عدمها.

وحيث أنه واعتبارا لكل ما تقدم من أسباب، فإنه يتجه نقض القرار المطعون فيه مع الإحالة.

لهذه الأسبـــــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض القرار المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها.

صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الإربعاء 15 فيفري 2017 عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدتين عفاف عالشيخ وهالة البجار وبمحضر المدعي العام السيد محرز الزواوي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.

وحـــرر في تاريخه