ز / ز
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل وحقوق الإنسان **الحمـد لله**
محكمــة التعقيــب

***عـ13928.2014ـدد القضيــة**
تاريخــه :2014-10-09

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعــد الاطــلاع علــى مطلــب التعقيــب المقــدم فــي 2014/04/17 مــن طــرف الاســتاذ "ح.ق" المحــامي لــدى التعقيب

نيابة عن

"ه.ر.ا"المعـين محـل مخابرتـه بمكتـب نائبـه الاسـتاذ "ح.ق" الكـائن مكتبـه بعمـارة ***** نهـج اليابـان مـونبليزير 1073 تونس

ضد

"فـ.ج"

القاطنـة بعدد **** قمـرت تـونس و كـذلك لـدى مكتـب محاميها الاستاذ "م.ع" الكائن ***** تونس

ينوبها الاستاذ "م.ع"

طعنا فـي القـرار الاستئنافي عدد 56073 الصـادر عن محكمـة الاسـتئناف بتـونس بتـاريخ 18 فيفـري 2014والقاضـي بقبـول مطلـب الابطـال شـكلا ورفضـه موضـوعا وتخطئـة الطاعن بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليه.

و بعـد الاطـلاع علـى مسـتندات التعقيـب المبلغـة نسـخة منها للمعقب ضدها وعلى نسخة الحكم المطعون فيه.

وبعد الاطلاع على مذكرة الـرد علـى مسـتندات التعقيب المقدمة من طرف الاستاذ "م.ع".

وبعد الاطلاع على ملحوظـات النيابـة العموميـة الراميـة الـى قبـول مطلـب التعقيـب شـكلا وفـي الاصـل بـنقض القـرار المطعون فيه مع الاحالة .

و بعد المفاوضة القانونية صرح بما يلي

من حيث الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه و صيغه الشكلية بما يتعين قبول المطلب شكلا.

من حيث الاصل

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المطعون فيه أن طرفي الدعوى كانا قد أبرما اتفاقا غير قابل للرجوع فيه التزمت بمقتضاه المطلوبة المعقب ضدها الآن بأن تتولى تسوية الوضعية القانونية العقارات موضوع العقد و بيعها للطاعن كما التزمت تحفظيا التنازل له عن جميع الحقوق الراجعة لها و المتولدة عن الوعدين بالبيع المبرمين لفائدتها بتاريخ 1998/02/17 و 15 افريل 1998 كما قبلت تمكينه من التحوز بالعقارات المذكورة من تاريخ الامضاء على العقد و في المقابل التزم الطاعن بتمكين المطلوبة من ضمان بنكي لخلاص ثمن للبيع و قدره 4000.000 دينار يتم خلاصه فعليا عند ابرام الكتب النهائي للبيع و التزمت المطلوبة صراحة بإبرام وعد البيع لفائدة الطاعن بعد أن تبرم العقود النهائية لبيع العقارات موضوع التداعي إلا أنها تلددت في الوفاء بما التزمت به و طالبت بتفعيل الفصل 4 من اتفاق 2007/08/07 الذي ينص على انفساخ الاتفاق إن لم تتمكن من تسوية الوضعية القانونية للعقارات و يتم ذلك بإمضاء محضر في الغرض بين الطرفين ونظرا لتعنت المطلوبة قام الطاعن باللجوء إلى التحكيم لفض النزاعات عملا بالشرط التحكيمي المضمن بالفصل 8 من الاتفاق المذكور و تكونت هيئة التحكيم من رئيسها الاستاذ "ف.س" إثر تعويضه بالاتفاق المحكم المتخلي الاستاذ "ن.ع"و من المحكمين "ع.ع" و"ح.ق"

فاصدرت هيئة التحكيم بتاريخ 2013/07/17 حكمها الاتي قاضيا

1. برفض الدعوى الاصلية المقامة الرامية الى الحكم بالزام السيدة "ف.ج" بان تمضي لفائدته وعدا بالبيع للعقار موضوع التداعي.
2. برفض طلب المدعي الرامي الى اعتبار الحكم التحكيمي يقوم مقام الوعد بالبيع
3. بالقضاء بان الاتفاق غير القابل للرجوع فيه المؤرخ في 2007/08/07 قد تم فسخه نهائيا بين الاطراف
4. بالاستجابة لطلب المدعي عليها و الحكم تبعا بالزام المدعي بالخروج فورا من العقار موضوع النزاع
5. بالزام السيدة "ف.ج" بان تؤدي لفائدة المدعي مبلغ 90.000.000 د لقاء عدم تنفيذها التزاماتها التعاقدية منها 40.000.000 د تعويضا للضرر المعنوي و 50.000.000 د تعويضا للضرر المادي.
6. برفض طلب السيدة "ف.ج" المتعلق بافتكاك العقار موضوع النزاع بالقوة لعدم اختصاص هيئة التحكيم.
7. بتحميل كل طرف لمصاريف التحكيم واجرة المحاماة المدفوعة من قبله
8. برفض كل الطلبات الاخرى للطرفين

فتقدم الطاعن بعريضة طلب الابطال القرار التحكيمي المشار اليه اعلاه امام محكمة الاستئناف بتونس التي وبعد الترافع من الطرفين اصدرت قرارها المضمن نصه بالطالع.

فتعقبه الطاعن بواسطة محاميه الذي نسب للحكم المطعون فيه الاخلالات الاتي بيانها.

المطعن الاول

مخالفة احكام الفصل 48 من مجلة التحكيم

بمقولة ان محكمة القرار المنتقد استهانت بمسالة تكييف التحكيم وجعلتها خاضعة لمحض ارادة الطرفين بل و لمشيئة احد الاطراف بعد صدور القرار التحكيمي على الرغم من ان

الاثار المترتبة عن وصف التحكيم تهم النظام العام الاجرائي لتعلقها بمسالة الاختصاص الحكمي وطرف الطعن و اجاله.

المطعن الثاني

ضعف التعليل وهضم حقوق الدفاع

قولا ان محكمة القرار المطعون فيه لم تتناول المسالة التوقيفية بالتحليل ولم تتعرض الى احكام الفصول 19 و 27 و 28 من مجلة التحكيم رغم اهميتها على وجه الفصل في النزاع و رغم كونه يؤثر على اختصاص الهيئة التحكيمية وهو ما يشكل هضما لحقوق الدفاع وضعفا في التعليل.

المطعن الثالث

خرق قواعد النظام العام والاجراءات الاساسية

قولا وان محكمة القرار اعتبرت ان اثارة البطلان بخصوص الشرط التحكيمي امامها يندرج ضمن التعسف وهو موقف لا يجد له سندا في قانون للاجراءات ضرورة وان قواعد الاختصاص مشروعة لحماية مصالح كل الاطراف وهي قواعد مفروضة على الجميع و لا تخضع لمشيئة الاطراف حتى يستخلص وجود التعسف.

المطعن الرابع

خرق احكام الفصل 50 من مجلة التحكيم

قولا وان محكمة القرار المطعون فيه قد خالفت مقتضيات الفصل 50 من م ت لما اقرت امكانية التنازل الاعتباري عن الدفع باخلال مسلط على اجراء اساسي مما يصير حكمها معرضا للنقض.

وحيث رد نائب المعقب ضدها على مستندات الطعن ملاحظا ان القرار المطعون فيه تضمن جوابا مستفيضا في خصوص المطعن الاول وان بقية المطاعن تتعلق بتاويل خاص لمفهوم النظام العام الذي تبني فقه القضاء مفهوما ضيقا في شانه الذي اعتبر ان النظام العام لا يمثل سوى بابا

ضـيقا لمراقبـة القـرار التحكيمـي مـن ناحيـة الاصـل طالبـا فـي الاخير رفض مطلب التعقيب اصلا.

المحكمة

عن المطعن الاول

حيث استخلصت محكمة الحكم المطعون فيه ان التحكيم بين الطرفين له صبغة داخلية بناء على ما استنتجته من خلال اولا اللجوء الى رئيس المحكمة الابتدائية لتعيين رئيس الهيئة التحكيمية عند تعذر تسميته من الاطراف وثانيا من خلال اكساء القرار التحكيمي للصبغة التنفيذية من طرف رئيس المحكمة الابتدائية والحال ان المسالة هي اجرائية بحتة تتعلق بالاختصاص اولا و بتحديد القواعد المنطبقة ثانيا وهي مسائل لا تاخذ بالظن و الاجتهاد او مما سلكته الاطراف المتنازعة من اجراءات كتلك المتعلقة بتسمية رئيس الهيئة.

وحيث خلافا لما استخلصته محكمة الحكم المطعون فيه فان مسالة تحديد الاختصاص تنبني على اليقين فلا يتحدد الاختصاص بالاستنتاج وانما باليقين من خلال تصريح الطرفين و في مغيبه يتم تطبيق القواعد الاجرائية بحسب المعايير و المعطيات المتوفرة بملف القضية كما هو الشان في دعوى الحال .

وحيث ان مسالة تكييف النزاع في مادة الاجراءات بوجه عام تظل من اختصاص القاضي المتعهد بالنزاع لان التكييف هي مسالة قانونية تختص بها الهيئة القضائية ولا تتقيد فيها الوصف الذي يصيغه الاطراف على النزاع القائم بينهم و ينطبق ذلك على فض النزاعات عن طريق التقاضي الوطني المؤسساتي او عن طريق القضاء الحر الموازي أي التحكيم و ما دام تكييف التحكيم له ارتباط بالنظام العام فان قاضي الابطال ملزم باثارة طبيعة التحكيم ان كان دوليا ام داخليا ولو من تلقاء نفسه دون ان يتقيد التكييف الذي اعتمده الاطراف اوالذي خلصت اليه الهيئة التحكيمية فلا يجوز خلافا لما انتهت اليه محكمة القرار المطعون فيه للقول بان كل المسالة الاجرائية في التحكيم موكولة الى اتفاق الاطراف بل هي محددة بضوابط اجرائية ذلك ان حرية التحكيم تكون في اختيار التحكيم كوسيلة لفض الخلاف و لا بمضي ذلك فيما يتعلق بمسائل الاختصاص و في الاجراءات بصفة عامة فعلى المحكمة ان تبحث في التكييف الصحيح للتحكيم اعتبارا و ان التكييف عملية ذهنية يجب اجراؤها بصفة اولية بغاية تطبيق النظام القانوني المناسب و هي مطالبة باعتماد التكييف الصحيح حتى وان لم يتوصل اليه الاطراف او الهيئة التحكيمية ضرورة ان تصحيح الوصف لا يمس أي

عنصر من عناصر الدعوى بل يؤدي الى تحديد الاطار القانوني الصحيح الواجب التطبيق اذ يؤول القول بالحرية المطلقة الى تفويض كامل المنظومة الاجرائية التي نظمها المشرع سواء في التحكيم الداخلي او في التحكيم الدولي وفق ما تم ضبط صورة بالفصل 48 من مجلة التحكيم التي تنص على ان التحكيم له صبغة دولية "اذا كان محل عمل اطراف عملية التحكيم زمن انعقادها واقعا في دولتين مختلفين واضافت الفقرة الثانية من نفس الفصل " يحدد محل العمل على النحو التالي:

أ- اذا كان لاحد الاطراف محل عمل فالمعتبر هو محل العمل الاوثق صلة باتفاقية التحكيم

ب- اذا لم يكن لاحد الاطراف محل عمل فالمعين هو محل اقامته المعتاد .

وحيث و زيادة عن كل ذلك فان المشرع بين الحالات التي يمكن فيها ابرام الاتفاق او اقصاء بعض الاجراءات من التفعيل كمسالة الطعن بالاستئناف اذ يمكن الاتفاق بموجب النص على عدم تفعيله و هذه المسائل الاختيارية او تلك التي ترك فيها المشرع الحرية للاطراف لم ترد في احكام الفصل 48 من مجلة التحكيم بما يجعل المعايير التي اختارها المشرع تظل ملزمة وعلى الهيئة التحكيمية اثارتها من تلقاء نفسها بمناسبة نظرها في النزاع و عليها البت في مدى اختصاصها من عدمه وفقا للفصل 1/61 من مجلة التحكيم الذي ينص على ان تبت هيئة التحكيم في اختصاصها ..." و على هذا الاساس و خلافا لتوجه محكمة الاستئناف لامكن للاطراف تجاوز كل القيود والموانع في اللجوء الى التحكيم دون تفريق بين ما هو خاضع لقواعد التحكيم الدولي و بين ما هو خاضع للتحكيم الداخلي فالاتفاق جائز في مبدا التحكيم وفي الشرط التحكيمي وباقي شروطه الا انه لا يمكن تفعيله بصفة مطلقة فلا يجوز خرق قواعد الاختصاص او قواعد النظام العام وعلى هذا الاساس فان الهيئة التحكيمية مدعوة الى التثبت في اختصاصها طبقا للفصل 61 المذكور دون انتظار ان يدفع به الاطراف فلا يمكنها مثلا البت في مسائل تهم الدولة او النظام العام دون اثارتها من تلقاء نفسها بدعوى انه لم يقع الدفع بها من الاطراف ولا يجوز لها تجاوز هذه المسالة و البت فيها ويجب اثارتها من تلقاء نفسها لتعلقها باجراءات اساسية.

وحيث ان تمشي محكمة الحكم المطعون فيه ينطوي على خلط بين اختبار التحكيم كوسيلة لفض النزاع وبين اجراءات التحكيم فلئن كان للاطراف الحرية التامة على اختبار التحكيم فانه ليس لهم التوافق على خرق القواعد الاجرائية وخاصة منها مسالة الاختصاص كما ان ما انتهت اليه لا يخلو من اثار لانها تؤدي الى ترك نظام الطعن الذي هو من النظام العام الاجرائي لا يؤول الى ارادة الاطراف .

وحيث ان ما انتهت اليه في تبرير الصبغة الداخلية للتحكيم من خلال اكساء القرار الصبغة التنفيذية بالرجوع الى رئيس المحكمة الابتدائية

لا يصحح الخلل في الاختصاص فهو امر جاء لاحقا للقرار التحكيمي ولا يمكن لاجراء لاحق ان تصحح ما سبقه في هذه المسالة و ان قول بخلاف ذلك يمثل خرقا للقواعد الاجرائية و لمبادئ التحكيم الذي اراده المشرع التونسي ان يكون ثنائيا يفرق بين التحكيم الداخلي والدولي اللذين رغم اشتراكهما في بعض القواعد العامة حسب مجلة التحكيم فان المشرع جعل لكل منها نظاما خاصا ولا يجوز تبعا له الانتصاب بهيئة تحكيمية داخلية للبت بقواعد التحكيم الداخلي في تحكيم له صبغة دولية سيما و ان القانون التونسي ميز بين صنفين من التحكيم وهما التحكيم الداخلي والتحكيم الدولي وجعل لكل منهما نظاما خاصا به وقواعد قانونية منطبقة عليه وعليه فان تحديد طبيعة التحكيم في نظام يقر بالازدواجية ضروري لتحديد القواعد المنطبقة من حيث الاجال و طرق الطعن والمحاكم المختصة في تعهيد الهيئة التحكيمية او المراقبة لقراراتها وان محكمة الحكم المطعون فيه لما امتنعت عن التدخل لتكييف التحكيم وتطبيق نظامه على النزاع تكون قد اخطات في مراقبة الناحية الشكلية للتحكيم بما يجعل قرارها موجبا للنقض.

عن بقية المطاعن لوحدة القول فيها

حيث اثار الطاعن مسالة اجرائية اساسية تتعلق بطبيعة التحكيم وانه تحكيم دولي ولا يجوز ان يكون تحكيما داخليا و ذلك باعتبار ان جنسية احد طرفيه سويسري وليس له مقر اقامة بتونس و قد تبين ان الهيئة التحكيمية لم تصف التحكيم بانه دولي و سكتت عنه وهو ما يشكل خرقا للاجراءات ورغم الدفع بذلك امام محكمة القرار المطعون فيه فانها اعتبرت ان اختصاص الهيئة التحكيمية مستمد من ارادة الاطراف و بصفة خاصة من اتفاقية التحكيم غير ان ارادة الاطراف ليس لها ان تغير من قواعد الاختصاص الحكمي لتعلقه بقواعد التقاضي و سير الخصومة وهو ينطبق على القضاء بوجه عام او بوجه خاص فكل ما هو غير جائز للتحكيم لا يمكن اسناده لهية تحكيم و كذا لا يمكن تعهيد هيئة تحكيم داخلي بتحكيم دولي لصفة اسباب اهمها اختلاف الاجراءات و اختلاف طرق الطعن اذ تكمن اهمية تكييف التحكيم بكونه دوليا او داخليا في تحديد النظام القانوني المنطبق عليه وخصوصا في تحديد الطرق المخولة للطعن في الحكم الصادر في شانه والجهة القضائية المختصة بالنظر فيه واجل التقدم بالطعن.

وحيث ردت محكمة الحكم المطعون فيه على هذا الدفع بانه لم تقع اثارة دعوى ابطال الشرط التحكيمي وهذا الموقف يخالف القانون اذ يجوز اثارة البطلان في قضية اصلية او بطريقة الدفع وهو ما دفع به الطاعن فقد تمسك ببطلان الشرط التحكيمي امام محكمة الحكم المطعون فيه لانه يهم النظام العام للاجرائي او لا ولانه يمكن اثارته مثل هذه الطعون الاجرائية باي طور حتى امام التعقيب و ذلك خلافا لما تتضمنه القرار

المطعون فيه بعدم جواز اثارة بطلان الشرط التحكيمي لديها لثبوت التزام هيئة التحكيم بالشرط التحكيمي وعدم مخالفتها لارادة الاطراف المضمنة به معتبرة ان اثارة ابطال الشرط التحكيمي امامها يندرج في التعسف وهو موقف لا يجد له سندا في قانون الاجراءات فقواعد الاختصاص مشرعة لحماية مصالح كل الاطراف وهي قواعد لا تخضع لمشيئة طرف بذاته فالمبدا في الاجراءات هو شكليتها و ليس رضائيتها و بالتالي فان التعليل الذي انتهجته المحكمة بخرق قواعد النظام العام والاجراءات الاساسية بما يوجب نقض قرارها.

وحيث و بخصوص المسالة التوقيفية التي اثارها الطاعن امام محكمة الاستئناف فان التاويل الذي انتهجته المحكمة في ذلك يخالف ارادة المشرع لانه ولئن كان الطعن بالابطال لا يجيز للمحكمة مراجعة القرار التحكيمي لان دور القضاء في هذه المرحلة يقتصر على مراقبة صحة القرار من الوجهة الشكلية فالقاضي المتعهد لا ينتصب كمحكمة استئناف تعيد النظر في وقائع النزاع ولا كمحكمة تعقيب تراقب مدى سلامة تاويل القانون وتطبيقه و انما تسلط رقابة شكلية على الحكم الصادر عن هيئة التحكيم ووفق الحالات المنصوص عليها بالفصل 42 من القانون التي يتاكد من تاملها انها تتعلق بمسائل شكلية كسلامة تركيبة الهيئة و مدى احترام الاجال و قواعد النظام العام و انه من النظام العام ان لا تتضارب الاجراءات الخاصة مع الاجراءات العامة و خاصة في المسائل الجزائية و من المفروض ان يتم الاحتكام فيها الى

- اجراء واحد
- قاعدة ان الجزائي يوقف المدني
- ان التتبع الجزائي تجريه للنيابة العمومية لاتصاله بالنظام العام الاجتماعي

و تبعا لذلك فان محكمة القرار المطعون فيه لما لم ترتب النتائج عن ذلك ولم تعتبر للمسالة التوقيفية تكون بدورها قد خرقت القواعد الاجرائية المنصوص عليها بالفصل 27 من مجلة التحكيم بخصوص المسالة التوقيفية .

وحيث اثار الطاعن هذه الدفوعات امام محكمة الاستئناف و دفع صراحة لديها بخرق المسالة التوقيفية وخاصة الفصول 19 و 27 و 28 من مجلة التحكيم واثار لديها ايضا تناقض الحكم التحكيمي عند قضائه في جزء من الطلبات و بتعليل متناقض الا ان المحكمة اوردت جوابا نظريا لم يجب عن الاخلالات الشكلية التي اثارها الطاعن فلا هي تناولت المسالة التوقيفية بالتحليل والجواب ولا تعرضت الى احكام الفصول 19 و 27 و 28 من مجلة التحكيم رغم تاثيرها على وجه الفصل في القضية و رغم كونه يؤثر على اختصاص الهيئة التحكيمية فانه لم يتم تناولها باي شكل

وهو هضم لحق الدفاع الذي هو من المبادئ الاساسية الاجرائية ومحورها وعمادها الرئيسي وهو ما كرسه الفصل 63 من مجلة التحكيم الذي اكد على مبدا المساواة و احترام حق الدفاع و بتعليل ضعيف بررت موقفها يوجب نقض القرار المطعون فيه.

وحيث وزيادة عما سبق فقد دفع الطاعن بان اجراء التصحيح من شانه ان يحول دور المحكمة من الرقابة الشكلية الى رقابة تشمل اجتهاد هيئة التحكيم حال ان فقه القضاء مستقر على ان دور محكمة الابطال بحصر في مراقبة الشكليات والاجراءات.

وحيث ايدت محكمة الحكم المطعون فيه للتصحيح الذي انتهجته القرار التحكيمي وهو توجه مخالف للقانون فلا يجوز تصحيح الخطا الاجرائي في مسائل الاختصاص الحكمي و في طبيعة التحكيم ان كان دولي او داخلي فليس للاجتهاد ان كان دولي او داخلي فليس للاجتهاد هو الذي يصحح و انما القانون هو الذي يضبط القواعد والاجراءات و ذلك تاكيدا لمسالة هامة وهي الامن القانوني اذ لا يجوز اخضاع الحكم التحكيمي الى نظامين مختلفين اذ يخلق التباسا اجرائيا في ذهن اطراف التحكيم يؤدي بالضرورة الى ابطاله وهو ما خالفته محكمة الحكم المطعون فيه وهي زيادة عن ذلك فقد وقعت في نفس الخطا فقد ايدت اعتبار التحكيم داخلي و بررته بنظام التحكيم الدولي و بالتالي فان قرارها يصبح معرضا للنقض ومن المتجه التصريح بذلك.

ولهذه الاسباب

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

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 9 اكتوبر 2014 عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارين السيدين شادية الصافي و نجوى الغربي بحضور المدعي العمومي السيد محمد بن حميدة وبمساعدة كاتب(ة) الجلسة السيد(ة) امال بن نصر.

وحرر في تاريخه