ل/الح

الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله،**

وزارة العدل وحقوق الانسان

محكمــة التعقيــب

***عـ9301.2001ـدد القضيــة**

تاريخــه :2002/10/22

اصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على المطلب المقدم إلى كتابة المحكمة في 2001/4/13 من طرف الأستاذ "ن.غ" المحامي بتونس.

في حق موكله: شركة التنمية السياحية **** في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها : ******* لحلق الوادي.

ضــد : "م.ع" مقاول مقره بطريق ***** سيدي فتحي الله تونس.

نائبه الأستاذ "م.ه" بتونس.

طعنا في الحكم الاستئنافي الصادر في التحكيم عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عـ47ـدد بتاريخ 2000/5/9 والقاضي نصه بقبول طلب ابطال القرار التحكيمي الصادر عن هيئة التحكيم الحكم المترتبة من رئيسها السيد "ع.ع" ومن المحكمتين السيدين "م.د" و"خ.ع" بتونس في 1999/2/2 من الناحية الشكلية ورفضه أصلا.

وبعد الاطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة للمعقب ضده في 2001/5/8 بواسطة عدل التنفيذ بتونس "م.ا" حسب محضره عـ45654ـدد وعلى الحكم المطعون فيه الواقع وعلى بقية الوثائق التي أوجب الفصل 185 جديد م م م ت تقديمها وعلى تاريخ ايداعها بكتابة المحكمة يوم 2001/5/11.

وبعد الاطلاع على تقرير الرد المقدم في ميعاده القانوني من طرف الاستاذ "م.ه".

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع لشرح ممثلها بالجلسة والرامية إلى طلب النقض مع االحالة.

وبعد الاطلاع على أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل :

حيث استوفى التعقيب جميع شروطه وصيغته القانونية ولذلك فهو حري بالقبول شكلا.

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتها الحكم المنتقد والوثائق التي انبنى عليها قيام أن طرفي الدعوى كان أبرما عقد مقاولة ضمن تعهد المعقب ضده الآن (م.ع) بأن ينجز لحساب المعقبة الآن (طالبة ابطال التحكيم) اشغال انجاز الأسس العميقة لمشروع نزل *** Fondaton Profondes وكذلك الاشغال الكبرى للدهليز (gros oeuvres du sous sol) حسب البيانات الفنية الادارية والأمثلة المتفق إلى اعتماده وقد نشب بينهما خلاف حول تلك الاشغال أدى إلى إبرامهما لعقد صلح بتاريخ 1997/9/2 ثم اتفاقهما إثر ذلك على اللجوء إلى التحكيم طبق الفصل 27 من عقد الصفقة وذلك بمقتضى الاتفاق على التحكيم المبرم في 1998/6/2 وعملا بذلك الاتفاق تولت طالبة الابطال (المعقبة الآن) تعيين الخبير السيد "خ.ع" كمحكم من جهتها وعين المطلوب المعقب ضده السيد "م.د" كمحكم من جهته ثم اتفاق المحكان المذكوران على تعيين السيد "ع." كرئيس لهيئة التحكيم وقدمت طالبة التحكيم عريضته دعواها إلى هيئة التحكيم والتي تضمنت طلب إلزام المقاول المعقب ضده الآن بأن يؤدي لها التعويضات التالية:

1/مصاريف اعادة الدراسة المعمارية : أربعة عشر ألف دينار.

2/مصاريف إصلاح العيوب : 99167 دينارا.

3/مصاريف ناتجة عن توقيف المعدات لمدة 75 يوما : مائة واثنين وعشرون ألف وسبعمائة وعشرون دينار.

4/مصاريف إصلاح الطرقات المحيطة بحضيرة المعقب ضده أربعة عشرة ألفا وأربعمائة دينار.

5/مصاريف اعادة دارسة تزويق النزل خمسة وعشرون الف دينارا وجملة كل ذلك 275.287000د وهي قيمة رفع المضرة المطلوبة.

وأثناء سير الدعوى أجرت معاينة بحضور الطرفين كما قدم المدعي عليه في الاصل المطلوب الآن دعوى معارضة طالبا رفض الطلبات الاصلية والتصريح بأن القبول الوقتي للاشغال جميعها تم يوم 1997/12/16 حسب المحضر الذي حررته شركة "م" ورفضت خصيمته بأداء معين الكشف النهائي الذي سلمته المقاولة لشركة "م" يوم 1997/12/16 بعد مراجعة الكميات من قبل الطرفين والذي مبلغه 502،104282 وهو المبلغ الذي تضمن معين 5 بالمائة الاولى من معلوم الضمان كالحكم عليها بأداء مبلغ الخمسة بالمائة المتبقية من معلوم حجز الضمان والذي قدره 615،د33315 وهي المبالغ التي تعهدت صاحبة المشروع كما بأدائها ضمن التحملات الملقاة على عاتقها والتي التزمت بأدائها ضمن الاتفاق المحرر في 1997/9/12 كما طلب الحكم على خصيمته بأداء الفوائض التجارية الموظفة على المبالغ المذكورة اعلاه نتيجة رفضها بخلاصه رغم مطالبتها عدة مرات بذلك مع أن احتساب الفوائض يكون بداية من تاريخ وجوب الخلاص التعاقدي وهو 1998/1/10.

وحيث قضت هيئة التحكيم لصالح الدعوى المعارضة وجزئيا لفائدة الدعوى الاصلية فطعنت المعقبة الآن (المدعية في الاصل) في قرارها لدى محكمة الاستئناف بتونس طالبة ابطاله لوقوع خرق أحكام الفصل 10 من مجلة التحكيم بحكم ان اثنين من المحكمتين عونان عموميان غير حاصلين على ترخيص إداري مما يجعل هيئة التحكيم متركبة بصورة غير قانونية على معنى الفصل 42 خامسا من مجلة التحكيم ولبطلان الاتفاق لعدم تعيينه لموضوع النزاع وعدم بيانه لأسماء المحكمين مما يصير القرار التحكيمي باطلا عملا بأحكام الفصل 42 أولا وثانيا ورابعا من مجلة التحكيم ولانتفاء النزاع بحكم إبرام الطرفين لعقد صلح قبل ذلك مما يصير اتفاقية باطلة طبقا لأحكام الفصل 42 رابعا من مجلة التحكيم ولعدم مراعاة

القواعد الأساسية للاجراءات وذلك باغفال النظر في بعض طلباتها مما يشكل خرقا لحق الدفاع.

وبعد استيفاء الاجراءات أصدرت محكمة الاستئناف بتونس حكمها المبين نصه بالطالع بناءا على أنه طالما أن الفصل 97 ثالثا من المجلة الجبائية والذي أضيف بالقانون 1988/5/23 والذي أوجب التوظيف مباشرين ومتقاعدين خلال الخمس سنوات الموالية لتاريخ تقاعدهم الحصول على رخصة ادارية حتى يتحقق لهم مباشرة نشاط له علاقة مباشرة بوظيفهم الاصلي لا يسري على المحكمين "م.ع" و"م.د"لا تسري على الاعمال التي تجرى قبل دخوله إذ أن هيئة التحكيم عقدت جلستها يوم 1998/5/23 بينما نفاذ ذلك الحكم يبدأ يوم 1998/5/24 لذلك فان الجزاء الوحيد المترتب على عدم احترام الفصل 10 من مجلة التحكيم إن هو تأديبي وهو ما قال به جل الشراح في تونس وفقه القضاء وان الطرفين لم يتخلى على الشرط التحكيمي المضمن بعقدة الصفقة وبأن الاتفاق المؤرخ في 1997/9/12 ليس صلحا وان هيئة التحكيم تناولت بالدرس جميع الطلبات والدفوع.

وحيث تعقبت المدعية في الاصل شركة التنمية السياحية بحلق الوادي في ش م ق ذلك الحكم طالبة نقضه للأسباب الآتي تفصليها:

أولا : خرق أحكام الفصل 42 ثالثا والفصل 17 من مجلة التحكيم:

قولا بأنه يخلص من الفصل 42 ثالثا من مجلة التحكيم أنه من الجائز طلب ابطال حكم هيئة التحكيم إذا كان قد صدر على اتفاقية تحكيم باطلة ولا خلاف في أن الشرط التحكيمي مؤرخ في 1996/4/17 والذي حدد موضوع النزاع كما من الثابت أيضا انه بتاريخ 1997/9/12 وقع التصالح بين طرفي النزاع في شأن موضوع الشرط التحكيمي كما لا خلاف في أن عقد الصلح يعد تجديدا للالتزام السابق والمتمثل في الشرط التحكيمي على معنى الفصل 357 م ا ع وانه على خلاف ما ذهبت إليه محكمة الحكم المنتقد فانه طالما ان النزاع موضوع الشرط التحكيمي هو نفسه النزاع الذي انبنى عليه كتب الصلح وطالما ان من أثار الاخير

رفع كل نزاع وقطع دابر الخصومة على معنى 1476 م ا ع فان التجديد بكون بذلك قد استجمع كل شروطه واضحى التجديد صريحا ولا يدع محالا للشرك والضن.

وانه لا نزاع أيضا أن إبرام اتفاق تحكيم لاحق عن اتفاق الصلح دليل قاطع على إيمان طرفي النزاع بأن الشرط التحكيمي المؤرخ في 1996/4/17 لم يعد له وجود قانوني وإلا فيما يفسر إبرام الطرفين لاتفاق التحكيم رغم الوجود الفعلي للشرط التحكيمي ومن خلال ما سبق يتبين ان الشرط التحكيمي أضحى باطلا بمقتضى كتب الصلح ولا أثر قانوني له وبالتالي فان قرار التحكيم قد صدر على أساس اتفاق التحكيم ولم يكن مؤسسا على الشرط التحكيمي الذي لم يعد له وجود قانوني وانه على فرض أن الصلح لا يبطل اتفاق التحكيم اللاحق عنه فانه لا بد من التذكير بأن الفصل 17 م تحكيم قد نص على وجوب تعيين موضوع النزاع في الاتفاق على التحكيم مع بيان اسماء الحكمين صراحة أو دلالة وإلا كان الاتفاق باطلا ومن الثابت أن الاتفاق على التحكيم لم يبين هذه المعطيات بما يكون معه قرار أن هيئة التحكيم باطلا لاعتماده على اتفاقية تحكيم باطلة وبالتالي جاء الحكم المطعون فيه مخالفا للقانون.

ثانيا : خرق أحكام الفصل 42 خامسا من مجلة التحكيم:

قولا بأن الفصل 42 خامسا من المجلة المذكورة أجاز ابطال القرار التحكيمي "إذا لم تكن الهيئة متركبة بصفة قانونية وأوجبت الفقرة الثالثة في الفصل 42 من مجلة التحكيم على العون العمومي ان يتحصل على ترخيص من الجهة الادارية ذات النظر قبل القيام باي مهمة في التحكيم وقد ثبت لمحكمة الحكم المنتقد ان المحكمتين *** و***** موصفان متقاعدان إلا انها ذهبت للقول بانه لا يعقل ان يكون جزاء غياب الرخصة بطلان قرار التحكيم وبمقتضى الجزاء على المؤاخذة التأديبية وهذا قول لا يستقيم إذ أن عدم احترام الشروط المنصوص عليها بالفقرة الأولى من الفصل 10 من مجلة التحكيم يترتب عليه بطلان قرار هيئة التحكيم لعدم شرعيته تركيبتها كما هو الشأن في صورة مخالفة أحكام الفقرة الثانية من الفصل رغم استقلالية الفقرتين وانه لا وجود لاي سند قانوني وجيه يبرر التفرقة بين الآثار المترتبة عن الاخلال بالفقرة الأولى والثانية والاخلال بين الفقرة الثالثة والرابعة

وإلا فما هي الجدوى من إيراد أحكام الفقرتين الثالثة والرابعة بالفصل 10 إذ أن الفقرتين الأولى والثانية كافيتان طالما أن الشروط الواجب توافرها في الحكمين والواردة بالفقرتين الثالثة والرابعة لا تأثير لها على القرار الذي تصدره هيئة التحكيم وإن محكمة الحكم المنتقد أخطأت تأويل الفصل 10 وأغفلت أهميته وجردته من كل أثر حال أنه اجراء أساس لكون شرط الترخيص المسبق يرتبط بصحة الاجراء وان أحكام الفصل 10 المذكور بجميع فروعه يهم النظام القانوني للمحكم وليس تتعلق بالوظيفة العمومية وبتأديب الموظف العمومي ولما أغفلت المحكمة المذكورة أهمية هذا الاجراء تكون عرضت حكمها للنقض.

ثالثا : خرق أحكام الفصل 42 رابعا من مجلة التحكيم:

قولا بأن هذه الأحكام تخول ابطال القرار التحكيم اذا ما خرق قاعدة من قواعد النظام العام.

وانه لا خلاف من ان الطرفين المتنازعين قد توصلا الى ابرام صلح بتاريخ 1997/9/2 تضمن بفقرته الاخيرة التزام كل طرف ودون تحفظ على عدم مطالبة الآخر باي منحة كانت أو غرامة تأخير أو غيرها باي عنوان كان وقد جاء الصلح لاحقا للشرط التحكيمي وانه لا خلاف من كون الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويترتب عنه سقوط الحقوق والدعاوي التي انعقد عليها الصلح ولا رجوع في الصلح ولو باتفاق الجانبين ان لم يكن بمعني المعارضة وذلك عملا بأحكام الفصلين 1458 و1467 م ا ع وترتيبا على ذلك فهو يبطل الشرط التحكيمي السابق عن الصلح والوارد بعقد المقاولة ويترتب على وجود الصلح انقضاء النزاع وبالتالي صيرورة اتفاقية التحكيم اللاحقة لعقد الصلح والتي صدر القرار التحكيمي على أساسها بغير موضوع وفاقدة لمحلها وباطلة بطلانا مطلقا على معنى أحكام الفصل 325 م ا ع.

وبناء على ذلك فان قرار هيئة التحكيم قد استند إلى اتفاقية تحكيم باطلة لافتقادها لمحلها وانه بناءا على أحكام الفصل 1467 المتضمنة لسقوط الدعاوي والحقوق التي انعقد الصلح عليها فانه من غير الممكن أثاره نزاع أمام محاكم الحق العام إذا وقع التصالح ومن باب أولى عدم جواز آثاره النزاع من جديد أمام هيئة

التحكيم وقد اتفق الفقه والقضاء على أن أحكام الفصل 1458 و1467 تهم النظام العام وبناء على ذلك وطالما عاينت هيئة المحكمة وجود صلح بين الطرفين فانه كان عليها ختم الاجراءات على معنى أحكام الفصل 15 م التحكيم ولما هي لم تفعل فانها تكون قد خرقت قاعدة لها مساس بالنظام العام وعرضت حكمها للابطال على معنى أحكام الفصل 42 رابعا.

رابعا : خرق أحكام الفصل 42 سادسا من م تحكيم:

قولا بأنه بالرجوع إلى قرار هيئة التحكيم بالصفحة 34 وتحديدا "المطلب الرابع" فانه يتسن وان المعقب ضده قد طلب في هيئة التحكيم إلزام المعقبة بدفع معين الكشف النهائي وقدره 104.282.502د الذي قدمه لهيئة التحكيم فقضت له بذلك دون استعراض دفوعات المعقبة ومقارنتها بطلبات خصمها مقتصرة على تبني محتوى الكشف دون مناشته وتبرير سبب اقتناعها بصحة محتواه ومصداقيته ومطابقته للواقع وقد سبق للمعقبة ان أثارت هذه الدفوعات لدى محكمة الحكم المنتقد إلا أنها لم تعره الاهتمام اللازم وهو ما تعرض حكمها للنقض في هذه الوجهة أيضا.

المحكمـــــــة

عن المطعن الثاني المأخوذ من خرق أحكام الفصل 42 خامسا من مجلة التحكيم:

حيث يتضح من الأوراق أن هذا المطعن سبق اثارته لدى محكمة الحكم المنتقد وتولت الرد عليه بمقولة أنه لا يعقل ان يكون جزاء عدم حصول المحكم على ترخيص مسبق إذا ما كان موظفا بطلان القرار التحكيمي وانه طالما وان الفصل 97 ثالثا من المجلة الجنائية المضاف قانون 23 ماي 1998 لا يسري على محكمي دعوى الحال فان الجزاء الذي يترتب على أحكام الفصل 10 من مجلة التحكيم المنظم للشروط الواجب توافرها في المحكم هو تأديبي وهو تعليل سليم ينسجم وروح الفصل 10 المومى إليه وتعين رد هذا المطعن.

عن المطعن الرابع المأخوذ من خرق احكام الفصل 42 سادسا من مجلة التحكيم:

حيث أن هذا المطعن تضمن أسباب موضوعية جديدة لم يسبق عرضها على محكمة الموضوع.

وحيث ليس من علائق محكمة التعقيب التطرق لبحث الوقائع إذ هي ليست درجة من درجات التقاضي لذلك تعين رد هذا المطعن أيضا.

عن المطعنين الأول والثالث المأخوذين من خرق أحكام الفصل 42 ثانيا ورابعا والفصل 17 من مجلة التحكيم:

حيث اقتضت أحكام الفصل 1458 من مجلة الالتزامات والعقود ان الصلح عقد وضع لرفع النزاع وقطع الخصومة ويكون ذلك بتنازل كل طرف عن شيء من مطالبة وحقوقه واقتضت أحكام الفصل 1467 من نفس المجلة انه يترتب على الصلح سقوط الحق والدعاوي التي انعقد عليها وانه لا رجوع في الصلح ولو باتفاق الطرفين ان لم يكن بمعنى المعاوضة.

وحيث يؤخذ بالاطلاع على اتفاق الطرفين المؤرخ في 1997/9/12 انهما ابرما صلحا جاءت بنوده فاصلة للنزاع بدليل ما تضمنه البند الأخير منه من أن الطرفين يلتزمان بدون تحفظ على عدم مطالبة أي منهما الآخر بتعويض أو غرامات تأخير أو غير ذلك باي عنوان .

وحيث إن قول محكمة الحكم المنتقد بعد ذلك "إن الطرفين لم يسموا اتفاق 1997/9/12 صلحا بل سموه اتفاقية وانه لا يفهم منها أن أحدا من الأطراف تخلي عن بعض حقوقه ومطالبة حال كون ذلك عنصرا ضروريا لوصف العقد بانه صلح طبق الفصل 1458 منى ومن ثمة فانه ليس من المحقق ان العقد المستند إليه شكل صلحا "يتضمن تحريفا لمضمون ذلك الصلح يكفي لجعل حكمها عرضة للنقض وتعين لذلك قبول الطعن من هذه الوجهة.

ولهـذه الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة أخرى واعفاء الطاعنة من الخطية.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 2002/10/22 عن الدائرة المدنية الثالثة المتألفة من رئيسها السيد محمد مشرية والمستشارين السيدين منير الصريدي وبلقاسم البراح بمحضر المدعي العام السيد بوراوي سلامة ومساعدة كاتبة المحكمة السيدة عزيزة المزاتي.

وحـــرر في تاريخـــه