س*البيـ

الجمهوريــة التونسيــة **الحمــد لله،**

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

***ع5139.2000دد القضيــة**

تاريخــه :20-02-2001

اصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 5139 والمقدم من طرف الاستاذ "ت.ن" بتاريخ 4 سبتمبر 2000 .

في حق : الشركة الافريقية **** في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بنهج *** مقرين الرياض .

ضــد: الشركة القومية ***** في شخص ممثلها القانوني الكائن مقرها بشارع فرحات حشاد عدد *** تونس –

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 2-11-1999 تحت عدد 43 والقاضي نهائيا بقبول مطلب الابطال شكلا ورفضه أصلا وتخطئة الطالبة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها .

وبعد الاطلاع على الحكم المنتقد وعلى مستندات الطعن .

وعلى جميع الوثائق المنصوص عليها بالفصل 185 م م م ت .

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة.

وبعد المداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من الناحية الشكلية :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه و صيغه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

من حيث الاصل :

حيث تفيد الوقائع كيفما اثبتها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المعقبة الان لدى محكمة استئناف تونس عارضة انها أبرمت مع المطلوب عقد صفقة

تحت عدد 7339 موضوعه تعهد الطاعنة ببناء ثلاثة عشر جسرا لفائدة المعقب ضدها على الخط عدد 6 الرابطة بين تونس وقعفور وتمت الاشغال في 13 جوان 1988 وفي 7 جوان 1990 وبمناسبة التسليم النهائي وعملا بالفصل 21 من كراس الشروط الادارية الخاصة وقع التفطن الى شروخ وشقوق بالسقوف والجدران فأقيم محضر حفظ وطلبت من معاقدتها تدارك العيوب في ظرف شهر ورجعت الى مكتب المراقبة الفنية لسلامة البناءات والتجهيزات (س) الذي قدم لها تقريرا بين تفصيل العيوب مع ثلاث مقترحات فردت عليها في جويلية 1991 بمكتوب يتبين احد المقترحات جزءا ضئيلا منها وبعد عدة مراسلات وجهت لها المطلوبة انذار لاتمام الاصلاحات خلال 15 يوما والا يعهد بالاطلاع على غيرها مع تحميلها الخسائر فاجابتها بانها لم تتمكن من الاطلاع لعدم توفر المعدات وتعهدت ببدء الاشغال في 19 سبتمبر 1994 الا انها لم تقم بذلك فعهدت المطلوبة بالاشغال *****التونسية وأعلمت خصيمتها بذلك وفي 16 جانفي 1995 طلبت من المدعى عليها اخلاء الحضيرة وبلغتها ذلك بواسطة عدل منفذ ثم انجزت اشغال الاصلاح التي بلغت تكفلتها حسب ذكر المطلوبة الان بدعوى امام المحكمين عملا بالفصل 23 من كراس الشروط الادارية الخاصة طالبة الزام المدعى عليها بان تؤدي لها:

1) كلفة الاصلاحات 50.826.456
2) الفائض التجاري عن المبلغ المرفوع بداية من تاريخ دفعه في جويلية 1995
3) مصاريف التحكيم
4) ألف دينار اجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها .

وعملا بالشرط التحكيمي عينت المطلوب الاستاذ "م.ه" حكما عنها وعينت العارضة المهندس "م.ع" محكما من جهتها ولما تعذر على المحكمين التوصل الى حل رضائي عينا السيد "ع.ه" رئيسا لهيئة التحكيم وبعد استيفاء الاجراءات قضت هيئة التحكيم لصالح الدعوى طبق ما سلف بيانه أعلاه وطعنت العارضة في القرار التحكيم المذكور طالبة ابطاله :

اولا : خرق القواعد الاساسية للاجراءات بخرق حقوق الدفاع :

قولا انه جاء بمستندات الابطال ان المتعارف عليه قانونا ضمن الفصل 14 من مجلة التحكيم ان المحكمين المصالحين يطبقون قواعد العدل والانصاف في قضائهم مالم

يطلب منهم الاطراف صراحة تطبيق القانون الموضوعي الا ان هذه الحرية ليست مطلقة ولكن تخضع لشروط يستوجب احترامها وذلك مناط الفصل 30 من نفس المجلة القائل بان الحكم يجب ان يشتمل على البيانات التي أوجبها الفصل 123 م م م ت وهي البيانات التي تتعلق بملخص مقالات الخصوم والاجابة عنها وهو ما يعرف بالمستندات الواقعية والقانونية للحكم .

وان بيان اوجه الدفاع الجوهرية للخصوم وبيان مستندات المحكمة المشار اليها صراحة ضمن الفقرتين الرابعة والخامسة من الفصل 123 م م م ت تعكس مدى احترام الهيئة لحقوق الدفاع من عدم ذلك من جهة ومن جهة اخرى فان هاته البيانات تخول لمحكمة الطعن تسليط رقابتها على مدى احترام الاجراءات الاساسية المتعلقة باحترام حق الدفاع .

ذلك ان هيئة التحكيم لم تتعرض مطلقا الدفوعات العارضة الجوهرية وبذلك تكون قد خرقت احكام الفصل 23 م م م ت والفصل 30 من مجلة التحكيم وفي ذلك خرق الاجراءات الاساسية على معنى الفصل 42 من مجلة التحكيم .

الماخذ المتعلق بعدم قانونية تركيبة هيئة التحكيم :

ذلك ان الفصل 10 من مجلة التحكيم أوجب ان يكون المحكم متمتعا بالاستقلالية والحياد ازاء الاطراف وان الفصل 22 من مجلة التحكيم اوجب على المحكم التصريح بجميع الاسباب التي من شأنها أن تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاليته وذلك لان المحكم يجب ان يكون بعيدا عن كل الضغوطات كما ان الفصل 13 اوت احترام المبادئ الاساسية المتعلقة بحق الدفاع وأوجب الفصل 42 سادسا على ذلك بطلان القرار التحكيم اذا لم تكن هيئة التحكيم متركبة بصفة قانونية كما رتب نفس الجزاء في صورة خرق القواعد الاساسية وان المحكم عليه ان يكشف العلاقة التي تربطه احد اطراف النزاع مهما كان نوعها حتى يتسنى للعارضة القدح فيه وان المطلوبة عينت الاستاذ "م.ع" محكما من جهتها حال انه محاميها في القرار الاستئنافي عدد 24634 والقرار التعقيبي عدد 58764 ومن ثمة فلا يمكن ان تتوفر في المحكم المذكور شروط الحياد.

وان العارضة لم تتفطن لذلك الا بعد صدور القرار التحكيمي . لذلك فهي تطلب الحكم بإبطال القرار التحكيمي والزام المطلوبة بأداء 20 الف دينار اجرة محاماة .

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف حكمها عدد 43 المؤرخ في 26-10-1999 يقضي بقبول مطلب الابطال شكلا ورفضه أصلا وتخطئة المستانفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها .

فتعقبته الطاعنة ناسبة له ما يلي :

المطعن الاول : هضم حقوق الدفاع وتحريف الوقائع بخرق الفصول 10 و13 و22 و30و42 من مجلة التحكيم :

قولا انه يؤخذ من احكام الفصلين 10 و22 من مجلة التحكيم ان مبدأ الاستقلالية والحياد يفرض أن يكون المحكم بعيدا عن جميع أنواع الضغوطات من حيث اثبت لكي يتمكن من تقديم الحل المناسب وان مبدأ استقلالية المحكم تمثل اكبر ضمان للطرفين ومن ناحية اخرى فان الفصل 13 من مجلة التحكيم اقتضى في فقرته الاخيرة فانه وفي جميع الحالات فانه من الواجب احترام المبادئ الاساسية للإجراءات المدنية والتجارية وخاصة فيما يتعلق بحق الدفاع.

وان حق الدفاع يوجب مراعاة الحياد والاستقلالية من طرف المحكم تجاه الاطراف وانه بالرجوع الى احكام الفقرة الرابعة والفقرة السادسة من الفصل 42 من مجلة التحكيم فانه يتضح ان خرق قواعد النظام العام وخرق القواعد الاساسية للإجراءات توجب الحكم بإبطال القرارات التحكيمية .

وبالرجوع الى القرار التحكيمي المراد ابطاله يتضح ان المعقب ضدها عينت الاستاذ "م..ه" والحال ان هذا الاخير هو محامي المعقب ضدها ودافع عنها في العديد من القضايا وبناء على ذلك فان المحكم المذكور الذي عينته المعقب ضدها لا يمكن ان تتوفر فيه شروط الاستقلالية والحياد وانه بالرجوع الرسالتين المؤرختين في 4 جويلية 1997 و2 أفريل 1998 يتضح ان المحكم "م.ه" لم يحترم الفصل 22 ولم يضرب الاجل الذي نص عليه الفصل المذكور ولم يتحصل صراحة على موافقة الطاعنة.

المطعن الثاني : ضعف التعليل ومخالفة احكام الفصلين 30و42 من مجلة التحكيم و123 م م م ت :

قولا انه من الغريب ان تصرح محكمة القرار المخدوش فيه لكونها غير مختصة للنظر في مسالة التعليل بوصفها محكمة ابطال والحال ان احكام الفصل 42 رابعا وسادسا من مجلة التحكيم توجب الابطال اذا كان هناك خرق لقاعدة من قواعد

النظام العام او اذا لم تقع مراعاة القواعد الاساسية للاجراءات وان عدم تعرض محكمة القرار المخدوش فيه لموقف الطاعنة الذي يتمثل في تمسكها بعدم الرد من طرف هيئة التحكيم على التقرير المؤرخ في 10-12-1998 الذي تمسكت فيه الطاعنة بدفوعات جوهرية لها تأثير على فصل النزاع يعد خرقا للقانون وخاصة لاحكام الفصلين 3 و42 من مجلة التحكيم والفصل 123 م م م ت وانه من الغريب ايضا ان تصرح محكمة القرار المطعون فيه بانها لا تراقب تعليل القرارات التحكيمية وقد ادى موقفها هذا الى هضم حقوق الدفاع وتلاشيها وجاء بالقرار التحكيمي المراد ابطاله .

حيث ان ممارسة هذا الحق يمكن ان تكون بطريقة التنفيذ المباشر او بطريقة الفسخ كما جاء بالفصل 49-2 وتستوجب في الحالتين ان تتم في نطاق القانون وبأقل قدر من التكاليف كما تقتضيه القواعد العامة (الفصل 275 م اع) وكما تضمنه النصوص المتعلقة بالصفات العمومية وهو ما أثار اشد الخلاف بين الطرفين بان استند كل طرف لمجموعة من النصوص وان الفصل 49-2 من كراس الشروط الادارية العامة الصادرة سنة 1999 لا ينطبق في قضية الحال اذ انه تتمه للفصل الذي يسبقه وهي حالة عدم امتثال المقاول لاحكام الصفقة او لمقتضيات أذون المصلحة وانه حسبما تفيده وقائع القضية ففي حالة المواصلة المباشرة للاشغال التي يمكن ان لا تكون الا جزئية وبالتالي فالفصل المنطبق هو الفصل 49-3 من نفس الكراس الذي ينص على حالة المواصلة الجزئية للاشغال فحسب هذا الفصل فان المواصلة المباشرة للاشغال التي يمكن ان لا تكون الا جزئية تتم بحضور المقاول اذ بعد توجيه الدعوة اليه بالطرق الرسمية لمعاينة الاشغال المنجزة وما تم التزود به من مواد وكذلك القيام بجرد وصفي لمعدات المقاول وما كان منها غير مقيد لانهاء الاشغال مباشرة اليه .

وان المعقب ضدها حرمت الطاعنة من امكانية استئناف الانجاز وذلك بتعمدها عدم اعلامها باسناد اكمال الانجاز لطرف آخر بل كل ما فعلته هو ارسال عدل التنفيذ للطاعنة لمطالبته باخلاء موقع العمل وان الفصل 275 م اع نص على انه اذا التزم احد بعمل شيء طولب بالخسارة عند عدم العمل فان كان الالتزام لا يتوقف اتمامه على ذات الملتزم جاز للملتزم له ان يجريه بواسطة غيره من مال المدين بغير ان يتجاوز القدر اللازم للتنفيذ فان تجاوز مائة فرنك لزم الدائن استئذان الحاكم ويتضح بناء على ذلك ان القرار المخدوش فيه جاء مخالفا للقانون وضعيفا للتعليل وهاضما لحقوق الدفاع .

لذلك فهو يطلب النقض والاحالة .

المحكمـــة

عن المطعن الاول :

حيث يؤخذ من احكام الفصلين 10و22 من مجلة التحكيم ان المحكم يجب ان يكون رشيدا و كفءا يتمتع بكامل حقوقه المدنية وبالاستقلالية والحياد ازاء الاطراف وزيادة في ترسيخ هذا الاتجاه يجب على المحكم التصريح بكل الاسباب التي من شأنها ان تثير شكوكا لها ما يبررها حول حياده واستقلاليته والزمته ومنذ تعيينه ومادامت اجراءات التحكيم متواصلة بان لا يتأخر عن اعلام اطراف النزاع بوجود أي سبب من هذا القبيل الا اذا كان سبق ا احاطهم علما فيضرب لهم اجلا للرد مع اشعارهم بانه لا يقبل المهمة او يتمادى فيها الا بعد موافقتهم الصريحة .

وحيث وخلافا لما دفعت به الطاعنة فان المحكم المخدوش في استقلاليته وحياده كان صرح كتابيا بما يربطه بالشركة *** من علاقة عمل بوصفه محاميا لها الا ان الطاعنة لم تبد أي احتراز على الرسالة الاولى والرسالة الثانية ولم تثر أي احتراز امام هيئة التحكيم في موضوع حياد المحكم .

وحيث وترتيبا على ما ذكر فان الحكم المعقب قد اصاب المرمى لما اعتبر ان هيئة التحكيم قانونية بناء على ان ما دفعت به الطاعنة من عدم حياد المحكم من غير طريقه طالما ان الطاعنة اعرضت عن التجريح فيه طيلة فترة التحكيم وبالتالي تكون قد قبلت بتحكيمه .

وحيث والحالة ما ذكر فان محكمة الحكم المعقب تكون قد احسنت تطبيق الفصلين 10و22 من مجلة التحكيم مما يتعين معه رد هذا المطعن .

عن المطعن الثاني :

حيث ان احترام حقوق الدفاع هو المبدأ الاساسي في الاجراءات القضائية سواء منها المعتمدة من قبل قضاء الدولة او من قبل القضاء الخاص (التحكيم) بدليل ما اورده الفصل 13 من مجلة التحكيم من انه يجب على هيئة التحكيم ان تحترم الاجراءات الاساسية وخاصة منها المتعلقة بحق الدفاع .

وحيث ان احترام حق الدفاع يوجب على هيئة التحكيم ان تمكن كل طرف من

الاطلاع على ما قدمه خصمه من اسانيد ومؤيدات وتقديم ما له من وسائل دفاع والجواب في الآجال القانونية .

كما يتعين على هيئة التحكيم ان تعلل قضاءها وذلك بالرد على جميع ما اثاره اطراف النزاع وبيان الاسانيد القانونية المؤسس عليها حكمها عملا بالفصلين 30 و75 من مجلة التحكيم.

وحيث ولئن نصت الفقرة الثانية من الفصل 30 من مجلة التحكيم على اشتمال حكم هيئة التحكيم على جميع البيانات التي اوجبها الفصل 123 م م م ت فان الفصل 42 من مجلة التحكيم اورد على سبيل الحصر تعداد اسباب الابطال التي لا يمكن اتخاذ غيرها سندا للابطال بما في ذلك احكام الفصل 30 المشار اليه اعلاه وهو ما انتهجته محكمة الحكم المعقب في قضائها بتحديد مجال نظرها على نحو يتفق واحكام الفصل 42 المذكور بكونها لا تراقب محتوى تعليل هيئة التحكيم بقرارها او مدى وجاهته ومدى حسن تطبيق القانون او مدى تحريفه للوقائع فان ذلك يخرج عن نطاق اختصاص محكمة الابطال فيكفي التاكد من ان هيئة التحكيم ردت على النقاط المثارة وناقشتها وابدت رايها فيها ولم تخرق قواعد النظام العام ومع ذلك فان الحكم المعقب قد ابرز بصورة واضحة وجلية ان هيئة التحكيم قد ردت على جميع الدفوعات المثارة من طرف طالبة الابطال وخلافا لما دفعت به الطاعنة ايضا فان عدم تضمين هيئة التحكيم لتقرير طالبة الابطال المؤرخ في 10-12-1998 لا يعيب حكمها في شيء طالما ان الفصل 123 م م م ت يشير في فقرته الرابعة الى تضمين ملخص لمقالات الخصوم وليس ايرادها بصورة حرفية .

وحيث ان الحكم المنتقد قد تولى بيان المستندات الواقعية والقانونية التي اقام عليها قضاءه من خلال الدفوعات المثارة في التقرير المؤرخ في 10-12-1998 وبغيره من الدفوعات الاخرى التي تناولها بالمناقشة والتحليل بدون تحريف أوتقصير .

وحيث اضحى المطعن المثار في هذا الصدد والحالة ما ذكر قاصرا عن تحقيق الغاية التي قصدها وتعين رده .

لهاته الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز .

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الثلاثاء 20 فيفري 2001 عن الدائرة

المدنيـة الثالثـة المتألفـة مـن رئيسـها السـيد محمـد مشـرية وعضـوية المستشـارين السـيدين محمـود بـن جماعـة ونائلـة المظفـر وبمحضـر الادعـاء العـام السـيدة بشـرى بـن نصـر ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود .

وحرر في تاريخه -