س*البيـ

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمــد لله**

محكمــة التعقيــب

***ع69555.98دد القضيــة**

تاريخــه :19-4-99

اصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عدد 69555 والمرفوع بتاريخ 24 نوفمبر 1998 من الاستاذ ******

نيابة عن شركة "ل" الحمامات في شخص ممثلها القانوني

ضــد:

"م.ع" بوصفه الممثل القانوني لمقاولات "ع"

طعنا في القرار التحكيمي الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت عدد 25 بتاريخ 10-2-1998 بقبول الطعن شكلا وفي الاصل بابطال القرار التحكيمي الصادر بتاريخ 18 أوت 1997 والمودع بكتابة المحكمة الابتدائية بتونس تحت عدد *** بتاريخ 2-9-1997 واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها ورفض الطلب فيما زاد على ذلك وحمل المصاريف القانونية على المحكوم ضده .

وبعد الاطلاع على القرار المطعون فيه وعلى مستندات التعقيب والرد عليها من الاستاذ "ع.بو" نيابة عن المعقب ضده وعلى بقية الوثائق التي أوجب تقديمها الفصل 185 م م م ت

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية والاستماع الى شرح ممثلها بالجلسة

وبعد التامل من كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب كافة أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا .

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كما أثبتها القرار المنتقد والاوراق التي اعتمدها ان الطرفين كانا أبرما بتاريخ 24 ديسمبر 1994 صفقة تعهدت بمقتاضاها المعقبة الان بتشييد نزل لفائدة المعقب عليها بمنطقة الحمامات الجنوبية

ونص الفصل 27 من العقد على ان كل نزاع أو خلاف يمكن ان ينشب في خصوص تأويل أو تنفيذ هذا الاتفاق تقع تسويته بطريقة ودية بين الاطراف فاذا لم يحصل اتفاق يلجأ الطرفان الى هيئة تحكيم تتركب من ثلاثة أعضاء يعين كل طرف واحد من أعضائها ويعين العضوان رئيس الهيئة فان تواصل الخلاف تكون محاكم تونس وحدها المختصة وتقضي هيئة التحكيم طبق القانون التونسي وتنفذ أحكامها حالا ودون استئناف وتحمل تكاليف التحكيم على الطرف الذي يثبت خطؤه

واثناء تنفيذ العقد نشأ خلاف بين الطرفين فقامت المطلوبة بتعيين الاستاذ "ه" كمحكم من جهتها في حين عينت الطالبة المدعو "آ.ت" وعين المحكمان الاستاذ "ع.ب" رئيسا لهيئة التحكيم وبتاريخ 30 نوفمبر 1996 قدمت المطلوبة دعواها الى هيئة التحكيم عارضة انها تعاقدت مع الطالبة لانجاز كامل اشغال بناء نزل "ل" بالحمامات الجنوبية بمقتضى عقد مؤرخ في 21-9-1994 ومسجل في 28-3-1996 خلال 12 شهرا بداية من تاريخ اصدار الامر بانطلاق الاشغال من طرف ممثل المطلوبة والذي صدر في 26-9-1994 فكان من المفروض ان تنتهي الاشغال في 25-9-1995 الا ان المدعى عليها تسببت في تعطيل الاشغال بداية من 18-8-1993 لعدم توفيرها للمواد الاولية اللازمة للتبليط في الاجال المحددة مثلما هو ثابت من محاضر الجلسات من عدد 34 الى عدد 42 بتاريخ 18-8-1995 الى 20-10-1995 اضافة الى عدم تحديد الخيارات المتعلقة بهندسة بعض خصائص غرف النزل حسبا يتضح من محاضر الجلسات أيضا الامر الذي حال دون انجاز العمل موضوع الصفقة ب172 في الاجال القانونية ورغم ذلك امتنعت المدعى عليها من خلاص المدعية في مستحقاتها منذ 26-2-1996 مما أدى الى عجزها عن خلاص العملة وعدم الايفاء بديونها والتزاماتها وامتناع المزودين من تمكينها من المواد الاولية ومن التسهيلات المعمول بها في قطاع نشاطه

وقد توقفت المطلوبة عن الخلاص بسبب الصعوبات المادية التي واجهتها من

طرف بنوك التمويل التي طالبتها بتسوية الوضعية القانونية للرسم العقاري موضوع الرهن قبل اتمام التمويل كما انكر الباعث على الطالبة بعض الاشغال التي لم تعد ظاهرة للعيان كالتغييرات أثناء الاشغال وسمك الخرسانات التحتية والاشغال الاضافية من تحويل نوافذ وابواب وهدم بعض الانجازات التي تقرر تغيير موقعها اثناء الاشغال كما رفض الاعتراف ببعض الاشغال الظاهرة للعيان بدعوى عدم اعطاء أمر اجرائها كتابة والحال انه وقع التنصيص عليها بمحاضر الجلسات الاسبوعية وقرر من تلقاء نفسه فسخ عقد المقاولة بدعوى التأخير في الانجاز ورفض اجراء الحساب بدعوى ان عمليات الكيل مازالت متواصلة واخرج العملة بالقوة من الحضيرة وحجز لديه معدات العمل منذ 25-7-1996

لذلك طلبت المدعية الحكم بالزام المدعى عليها بان تؤدي لها ما يلي :

1) 207.514.782د لقاء باقي معين الاشغال موضوع العقد

2) 319.409.641دقيمة الاشغال الاضافية

3) 35.808.217د قيمة الاشغال الاضافية الفرعية

4) التعويض عن تعطيل وقدر ذلك 20.090.000د

5) 100.000.000د جبرا للضرر المعنوي

6) 3000.000د لقاء الاتعاب ونفقات التداعي

وبعد استيفاء الاجراءات اصدرت هيئة التحكيم الحر المذكورة بتاريخ 18-8-1997 قرارها بقبول الدعوى الاصلية شكلا وموضوعا وبعد تصفية الحساب بين الطرفين بالزام المدعى عليها شركة "ل" الحمامات في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي للمدعي "م.ع" بوصفه المذكور ما يلي :

1) مبلغ 275.353.588د مع فائض السوق النقدية المصرح به من طرف البنك المركزي التونسي في تاريخ 2-12-1996 وابتداء من هذا التاريخ الى تمام الخلاص

2) مبلغ 123.671.460د مع فائض السوق النقدية المصرح به من طرف البنك المركزي التونسي في 18-8-1997 وابتداء من هذا التاريخ الى تمام الخلاص

3) مبلغ 10500.000د بعنوان مصاريف التحكيم المدفوعة من المدعي

4) 2.000.000د أجرة محاماة معدلة

5) حمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها وبعدم سماع الدعوى الاصلية فيما زاد على ذلك وبقبول الدعوى المعارضة شكلا وعدم سماعها موضوعا

استنادا الى اقرار المدعى عليها باشغال قيمتها 1.536.836.050د وتصادق الطرفين على قبض المدعية لمبلغ 1.391702.766د والى ان طلب خصم 40.000.000 د بعنوان قيمة تنفيذ الامثلة عوضا عن المقاول لا يكون وجيها الا بعد القبول الوقتي وان الطرفين مسؤولان معا عن التاخير في الانجاز وان المدعى عليها هي التي فسخت العقد واخرجت المقاول من الحضيرة بسبب التاخير الذي تتحمل جزءا من مسؤوليته وانتقل حوز الحضيرة اليها منذ 25-7-1996 وأن الاشغال الاضافية احتسبت ضمن القيمة النهائية للاشغال المنجزة وان طلب تعويض الضرر اللاحق بالرئيس المدير العام للشركة المطلوبة خارج عن نظر الهيئة

فطعنت فيه المحكوم عليها بالابطال استنادا الى عدم قانونية تركيبه هيئة التحكيم خلافا للفصل 10 من مجلة التحكيم باعتبار ان المدعو "آ.ت" كان ينتسب الى الوظيفة العمومية قبل انطلاق أعمال التحكيم في 11-11-1996 والى صدور القرار التحكيمي خارج نطاق اتفاقية التحكيم لتولي الهيئة النظر في امور لا تعلق بتنفيذ العقد خلافا لاحكام الفصل 27 من عقد الصفقة والفصل 42 من مجلة التحكيم وان الهيئة قضت بما لم يطلب منها وخرقت قواعد النظام وحق الدفاع لعدم تمكين الطاعنة من مناقشة كشف قدمه خصمها بجلسة المرافعة واعتمدته الهيئة في قرارها كما أنها خرقت قواعد الاجراءات الاساسية باعتمادها المناقشة التي تمت مع الخبيرين حول كمية الردم الخارجي والحال ان محضر جلسة 10-6-1997 المتضمن لتصريحات الخبيرين لا يتضمن أثر النقاش حول تلك المسالة

وان القرار جاء متناقضا اذ اعتبر من جهة ان التسليم الوقتي قد تم وقضى بالزام الطاعنة بآداء مبلغ الضمان ثم رفض الطلب المتعلق بقيمة تنفيذ الامثلة بعلة ان القبول الوقتي لم يحصل بعد .

وبعد الترافع اصدرت محكمة الاستئناف حكمها بالابطال حسب منطوقه المبين بالطالع استنادا الى استيفاء المطلب لصيغه الشكلية والى انعدام صفة المحكم في جانب أحد أعضاء الهيئة وهو "آ.ت" وخرق القرار التحكيمي لحقوق الدفاع والاجراءات الاساسية

وتناقض اجزائه والقضاء بأكثر مما طلب والقضاء بآداء نفس المبلغ مرتين وبناءا كذلك على ان طالبة الابطال لم تطلب صراحة من المحكمة النظر في الدعوى وفق ما اقتضاه الفصل 43 من مجلة التحكيم الذي اشترط عند ابطال القرار التحكيمي ان لا تتعهد المحكمة بالنظر في النزاع موضوع عقد التحكيم الا اذا طلب منها الاطراف وان طلب طالبة الابطال الاذن لها بالقيام بقضية اصلية لا يقصد منه تعهيد المحكمة بالنظر في الدعوى لان القيام لدى القضاء لا يحتاج الى اذن وان المطالبة باجرة التحكيم من توابع قرار التحكيم المقضى بابطاله وكذلك اجرة المحاماة فهي راجعة بالنظر لهيئة التحكيم .

فتعقبته الطاعنة ناسبة له :

خرق احكام الفصل 44 من مجلة التحكيم :

قولا بان الشرطين المنصوص عليهما بالفصل المذكور قد تحققا ذلك ان الطاعنة طلبت من المحكمة ان تاذن لها بالقيام بقضية اصلية امامها كما ان المعقب عليها طلبت ايضا من المحكمة ان تتعهد بالنظر في اصل النزاع وان الطاعنة لما طلبت من محكمة الاستئناف ان تأذن لها بالقيام امامها بقضية اصلية كان ذلك على معنى الفصل 44 ولم تقصد بذلك ان تقوم بقضية اصلية مستقلة عن قضية الابطال وانما طلبت فقط الاذن لها بتقديم طلباتها في أصل النزاع وطلب نائب الطاعنة لذلك النقض .

المحكمـــة

عن المطعن الوحيد:

حيث ان من أدق المسائل التي يثيرها الطعن بالتعقيب التمييز بين الوقائع والقانون ومصدر هذه الدقة ان محكمة الموضوع تفصل في امور واقعية وقانونية ولكن محكمة التعقيب يحكم وظيفتها لا تمارس رقابتها الا فيما يتعلق بالامور القانونية فحسب

وحيث ان محكمة الموضوع عندما تفصل في النزاع تقوم بفحص الوقائع من الناحية المادية ثم تجرى التكييف القانوني لهذه الوقائع حتى تقوم بانزال حكم القانون على مقتضى هذا التكييف

وحيث ان التكييف أي إضفاء الوصف القانوني على الوقائع الثابتة في الدعوى

وتسميتها باسمها القانوني هو بهذه المثابة عملية قانونية تخضع فيها محكمة الموضوع لرقابة محكمة التعقيب

وحيث ان العبرة في تكييف طلبات الخصوم هي النية التي اتجهت اليها رغبة صاحب الطلب دون الاعتداد بالالفاظ التي صيغت بها هذه الطلبات فعلى محكمة الموضوع ان تكيف الطلب حسب الغرض المقصود منه وتضفي عليه الوصف المقرر له قانونا

وحيث اتضح بالاطلاع على الوقائع الثابتة التي اعتمدها القرار المخدوش فيه ان الطاعنة بالابطال طلبت على لسان نائبها الاذن لها بالقيام بقضية اصلية امام نفس المحكمة التي تنظر في النزاع للنظر في موضوعه عملا بالفقرة الثانية من الفصل 44 من مجلة التحكيم بينما طلب خصمها احتياطيا على لسان نائبه الحكم في موضوع النزاع بين الطرفين طبق الطلبات

وحيث اقتضت الفقرة 2 من الفصل 44 الآنف الذكر ان على المحكمة المختصة بالطعن ان تحكم في موضوع النزاع اذا طلب منها ذلك الاطراف ويكون لها صفة المحكم المصالح ان توفرت هذه الصفة في هيئة التحكيم .

وحيث أنه متى كان طلب الاذن برفع قضية اصلية يستند صراحة الى احكام الفقرة 2 من الفصل 44 المذكور فانه كان على المحكمة ان تتقصي من تلقاء نفسها الحكم القانوني الواجب تطبيقه وان تنزله على الوقائع المطروحة عليه وطالما أن احد الاطراف طلب صراحة الحكم في الموضوع احتياطيا واستند الثاني الى احكام الفقرة 2 المشار اليها ولما لم تعتبر محكمة القرار ان هذين الطلبين بمثابة طلب الحكم في الاصل فانه يجوز لكل من له مصلحة من الخصوم ان يطعن في الحكم بالتعقيب باعتبار ان المحكمة التي اصدرته استمدت فهمها من الطلب المعروض عليها بما هو مناقض للثابت في الدعوى وخالفت الاساس الذي استند اليه الخصوم في طلباتهم وقضت من تلقاء نفسها على أساس آخر فاستحق قضاءها النقض.

<u>ولهذه الاسباب :</u>

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجددا بهيئة اخرى واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 19-4-1999 عن الدائرة المدنية الاولى المتالفة من رئيسها السيد الباشا البجار وعضوية المستشارين السيدين النوري القطيطي ونور الدين بن رمضان وبحضور ممثل النيابة العمومية السيد محمد المنصف السباولجي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود .

وحرر في تاريخه -