http://www.cassation.tn

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل الحمد الله وحده

محكمــة التعقيــب

عـ59629.97ـدد القرار

تاريخه 1998/04/2

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الإطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت العدد59629

والمقدم من الأستاذ "م.ف" بتاريخ 1997/05/19

في حق : منوبته شركة السياحة والتنشيط **** في شخص ممثلها القانوني

ضد : "م.م" للبناء في شخص ممثلها القانوني

طعنا في الحكم المدني الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس تحت العدد16 بتاريخ 1996/10/16 والقاضي بقبول الطعن شكلا وأصلا وإبطال القرار التحكيمي المطعون فيه وإعفاء الطاعنة من الخطية وإرجاع مبلغها إليها وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليها

وبعد الإطلاع على مذكرة مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها بتاريخ 1997/06/16 وعلى جميع الوثائق التي يوجب الفصل 185 من م م م ت تقديمها وعلى ملحوظات النيابة العمومية والاستماع إلى شرح ممثلها بالجلسة وبعد التأمل من كافة أوراق الملف والمداولة طبق القانون صرح بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع أوضاعه وصيغه القانونية فهو مقبول شكلا

من حيث الأصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي إنبنى عليها قيام نائب الطالبة والمعقب ضدها الآن لدى محكمة الإستئناف عارضا أن منوبته تعاقدت مع خصيمتها على إنجاز أشغال بناء **** وذلك حسب عقد مسجل بتونس في 1993/09/19 إلا أنه بعد فترة من الزمن نشب خلاف بين منوبته وخصيمتها أدى إلى

/http://www.cassation.tn

إستصدار هذه الأخيرة حكما إستعجاليا يقضي بسحب الحضيرة منها وإبرام عقد مقاولة جديد مع غيرها وقد تضمن ذلك العقد أنه بإمكان الطرفين الإلتجاء إلى لجنة تحكيم لفض أي نزاع بينهما وقد كلف كل طرف محاميه ليكون عضوا في لجنة التحكيم ووقع تعيين المحكم الثالث بواسطة قرار إستعجالي وأن لجنة التحكيم عقدت أول اجتماعها بتاريخ 1994/06/21 ثم تلت ثلاث جلسات أخرى تحضيرية وبجلسة 1995/02/17 تخلى نائبها الأستاذ *** عن مهمته ورغم ذلك اتخذ المحكمان الآخران قرارا بمواصلة الأشغال بدعوى انهما مؤهلان قانونا لمواصلة النظر في الموضوع لوحدهما وهو ما تم فعلا وصدر القرار المراد إبطاله بإمضائهما فحسب بتاريخ 1995/06/18 وكان مخالفا لأحكام الفصلين 20 و 30 من مجلة التحكيم وبناءا على ذلك طلبت الحكم بإبطال القرار التحكيمي عدد13579 الصادر عن المحكمين "م.ف" و"م.خ" بتاريخ 1995/06/18 شكلا وموضوعا والتعهد بموضوع النزاع بين الطرفين وإصدار حكم مطابق للقانون .

ورد نائب المطلوبة ملاحظا أن غياب المحكم "م.م" لا تأثير له على القرار الذي صدر بالأغلبية خصوصا وأن غيابه لا مبرر له وقد بلغه الاستدعاء للجلسة بصفة قانونية وأن جلسة المفاوضة قد تحددت وحضرها أغلبية الأعضاء وبما أن رأى المحكم الثالث حتى لو حضر لا تأثير له على القرار لأن الأغلبية متمثلة في المحكم المنتدب بواسطة القضاء والمحكم المعين من طرف منوبته أي بتوجه لتوفر الأغلبية المنصوص عليها بالفصل 30 من مجلة التحكيم وأن عدم إمضاء المحكم الثالث على القرار لا يعطل إصداره ولا تنفيذه طبقا لما أقره المشرع بمجلة التحكيم وطلب رفض الطلب شكلا وأصلا وبعد استيفاء الإجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها عدد 16 بتاريخ 1996/10/16 والسالف تضمين نصه بناءا على أنه ثبت من أوراق ملف القضية أنه أثناء جلسات الأعمال التحضيرية وقبل إتمامها والشروع في المرافعات تغيب المحكم الأستاذ "م" عن مهمته وأن مواصلة المحكمين الآخرين النظر في الموضوع بمفردهما و اصدارهما القرار المطعون فيه بإمضائهما فحسب فيه خرق للفصلين 20 و 30 من مجلة التحكيم وأن ما تدرع به المستأنف ضده بأن غياب الأستاذ "م" عن حضور آخر اجتماع لا تأثير له على قرار بالأغلبية خصوصا وأن غيابه لا مبرر له وقد بلغه الاستدعاء مردود عليه إذ أنه فضلا عن كونه لم يحتو ملف القضية

http://www.cassation.tn

على ما يفيد انتقاء المبرر فإن في التصريح بذلك ما يؤكد حصول التخلي التلقائي الذي يقتضي إتباع الإجراءات الواردة بالفصلين 20 و 30 من المجلة المذكورة وهو الأمر المنتفي في قضية الحال وترتب على ذلك أن القرار المطعون فيه أضحى باطلا فتعقبه الطاعن ناسبا له :

أولا : تحريف الوقائع قولا أن المحكم الثالث تغيب عن الجلسة الأخيرة التي تقرر فيها تحرير الاتفاق المجسم للقرار المتخذ والإمضاء عليه وأن هذا التغيب الفجئي إعتبره الحكم المطعون فيه تخليا ووصفه بأنه تلقائي دون أن يقدم على هذا التأويل دليلا خاصة وأن التخلي لم يأت على لسان أي طرف من الأطراف كما أن المحكم المتغيب لم يعلم المكتب التحكيمي الذي انضم له بموجب مصادقة كتابية بتغيبه وأن لتغيبه سببا معينا وأن اعتبار القرار المطعون فيه أن هذا التغيب هو من قبل التخلي الذي يفقد القرار القوة شرعية هو من قبيل التأويل المجرد الذي ليس له مبرر والذي يخرج الحكم عن وقائع وأسانيد ومثبتات القضية ويمثل تحريفا للوقائع

ثانيا : خرق الفصل 20 من مجلة التحكيم قولا أ ن الحكم المخدوش فيه استمد بطلان قرار التحكيم مباشرة من الفصل 20 المذكور والحال أن هذه المادة لم ترتب بالمرة جزاء البطلان على مخالفة أحكامها وأن موقف المحكمة إقتصر على التخلي وأن التخلي لابد أن ينحصر في شرطين إثنين .

1) باعتباره عملا إراديا فإنه كان على المحكمة البحث عن صدوره عن المعني بالأمر من عدمه خصوصا وأنه لا أثر بالملف يفيد قيام إرادة المحكم الثالث بالتصريح بالتخلي رغم تولي رئيس هيئة التحكيم استدعاء المعني بالأمر بواسطة عدل منفذ كما أن المعقب ضده لم يتمسك بهذا الدفع لدى محكمة الاستئناف ولم يثر تخلي نائبه عن القيام بأعماله صلب الهيئة التحكيمية وأن الحكم المتغيب لم يعلم البتة الهيئة المذكورة بعدم رغبته في مواصلة العمل وأنه طالما أن هذه الشروط غير متوفرة وغير ثابتة فإن الحكم بالإبطال على معني الفصل 20 المذكور يعد خرقا للقانون .

ثالثا : خرق الفصل 30 من مجلة التحكيم قولا أن الوضع في قضية الحال يتدرج صلب الحالة الثابتة إذ تغيب في آخر مرحلة أحد الأعضاء تغيبا عاديا مما جعل من العضوين الآخرين المكونين للهيئة التحكيمية يصدران القرار ويذيلانه بإمضائهما باعتبارهما يكونان الأغلبية والمشرع مصيب في ذلك لأن غياب الطرف الثالث لا

/http://www.cassation.tn

يمكنه أن يؤثر على صدور القرار طالما أن العضوين الباقيين متفقان على رأي واحد ويشكلان أغلبية ملزمة حتى وإن حضر العضو الغائب وعارضهما صراحة في رأيهما وإن هذه المادة أقرت على أساس ذلك مبدأ هاما صلبها في الفقرة الرابعة التي تؤكد على أنه يكون الحكم صحيحا إذا وقع الإمضاء عليه من طرف الاغلبية و إن القرار المطعون فيه لم يصرح بحل الهيأة التحكيمية كما أنه وجد نفسه أمام قرار ممضي ومصادق عليه من قبل أغلبية أعضائه يقر في شأنه القانون الصحة وأنه ورغم ذلك فإن القرار المطعون فيه تمسك بهذا النص بالذات ويحكم بالإبطال و أن في هذا التوجه خرقا صريحا لأحكام ومقتضيات الفصل 30 من مجلة التحكيم .

رابعا : ضعف التعليل : قولا أ ن الحكم المطعون فيه إعتمد على نقطة واحدة تتمثل في التخلي التلقائي لأحد المحكمين الثلاثة دون أن تثبت وجود التخلي بقطع النظر على كونه تلقائي كما أنها لم تعلل موقفها في خصوص مفهوم عبارة التخلي التلقائي وأن التخلي هو تعبير عن إرادة لا تكون إلا بالإثبات الفعلي لتوفره وأن الحكم المطعون فيه لم يتخذ موقفا في ذلك وإعتبر التخلي أمرا عاديا يتوقف عند حد الغياب وإن عدم تعليل هذه النقطة الهامة للغاية التي تأسس عليها القرار المطعون فيه موقفه القاضي بإبطال حكم تحكيمي سليم المبنى يعتبر خللا وطلب النقض .

عن المطعن الثالث :

وحيث إقتضى الفصل 30 من مجلة تحكيم أن هيأة التحكيم تصدر حكمها بأغلبية الآراء بعد المفاوضة كما يجب أن يقع الإمضاء عليه من طرف المحكمين وإذا رفض واحد منهما الإمضاء أو أكثر أو كان عاجزا عنه ينص بالحكم على ذلك ويكون الحكم صحيحا إذا وقع الإمضاء عليه من طرف أغلبيتهم .

وحيث يؤخذ من هذا النص القانوني ومن غيره من الفصول الواردة بمجلة التحكيم أن المحكمين ملتزمون بكل القواعد المحررة في هذه المجلة التي تسطر الضمانات الأساسية ومنها وجود بإصدار حكم المحكمين باشتراكهم جميعا وإن كان لا يلزم إلا اجتماع الأغلبية عليه لا يجوز أن يصدر من هذه الأغلبية في غياب الأقلية لما ينطوي عليه ذلك من مخالفة صريحة للقواعد الأساسية لإصدار الأحكام .

و حيث أنه متى ثبت ان أحد أعضاء هيئة التحكيم قد باشر عمله ثم انقطع عنه قبل إصدار الحكم فإنه يستحيل على الهيئة مواصلة النظر في القضية و تأسيسا على ذلك

فان القرار المخدوش فيه لما نحى هذا المنحى فإنه يكون قد طبق الفصل 30 من مجلة التحكيم تطبيقا سليما وهو ما يستوجب رد هذا المأخذ .

عن بقية المطاعن المجتمعة لتداخلها و اتحاد وجه القول فيها :

حيث ان التحكيم حق اقره القانون للأفراد يخول لهم الاتفاق على إحالة ما نشأ بينهم من نزاع بخصوص تنفيذ عقد معين او على إحالة اي نزاع نشأ بينهم بالفعل على واحد أو أكثر من الأفراد يسمون محكمين ليفصلوا النزاع بدل القضاء المختص وهو ما تقتضيه أحكام الفصل من مجلة التحكيم .

و حيث إن إجراءات التحكيم و ان تعطي للطرفين الحق في اختيار قواعد الإجراءات إلا أنه مهما كان الأمر و حتى و إن استبعدت قواعد المرافعات المدنية و التجارية إلا أنه من المتعين مراعاة أصول التقاضي وفي مقدمتها مبدأ المساواة بين الطرفين و تهيئة فرصة كاملة لكل منهما لعرض وجهة نظره .

و حيث أن مبدأ المساواة هذا لا يكون متوفرا إلا إذا استمر كل المحكمين في القيام بالمهمة المنوطة بعهدتهم و لذلك فقد قرر الفصل 20 من مجلة التحكيم أن هيئة التحكيم تنحل بوفاة أحد المحكمين أو قيام مانع من مباشرة التحكيم أو تخلي أو عزل عنه كما اقتضى الفصل الموالي إذا أصبح المحكم غير قادر بحكم القانون أو الواقع على القيام بمهمته أو تخلف عن القيام بها في أجل ثلاثين يوما فإن هاته المهمة تنتهي بالتخلي عنها وإلا كان عرضه للعزل

و حيث أنه بمقارنة الفصلين المذكورين يتضح أن المشرع يجعل فرقا بين حالة التخلي و حالة التخلف عن القيام بالمهمة فالتخلي هو عمل إرادي يعبر به صاحبه عن عدم رغبته والإستمرار بالقيام بالمهمة التي قبلها أما التخلف عن القيام بالمهمة فإنه لا يكفي للتدليل على أن المتخلف لم يعد راغبا في القيام بالمهمة بل قد تكون له من الأعذار ما يبرر ذلك التخلف و لذلك أوجب المشرع التنبيه عليه و إعطائه أجل ثلاثين يوما و بعدها أما أنه يقع التخلي و إلا يكون عرضة للعزل .

و حيث أن محكمة القرار اعتبرت مجرد التغيب تخليا دون أن يقوم لديها دليل على ذلك و بذلك تكون قد أساءت بصورة واضحة تطبيق أحكام الفصل 20 الذي لا انطباق له على قضية الحال و كان عليها اعتماد الفصل الموالي .

وحيث أنه علاوة على ذلك فقد إقتضى الفصل 44 من نفس المجلة إنه إذا قررت

/http://www.cassation.tn

المحكمة المختصة قبول الطعن فإنها تقضي ببطلان الحكم أو إجراءات التحكيم كلا أو جزءا حسب الحال وعليها أن تحكم في موضوع النزاع إذا طلب منها ذلك الأطراف .

و حيث اتضح بالإطلاع على مستندات الطعن المقدمة لدى محكمة القرار إنها تهدف إلى إبطال القرار التحكيمي والتعهد لموضوع النزاع بين الطرفين وإصدار حكم مطابق للقانون والعدل والإنصاف .

وحيث أن هذا الطلب صريح في رغبة الطاعن في تطبيق الفقرة الثانية من الفصل 44 من مجلة التحكيم والتي جاءت بصيغة الوجوب(وكان عليها أن تحكم لموضوع النزاع إذا طلب منها ذلك الأطراف)

وحيث أن محكمة القرار غضت الطرف عن هذا الطلب وقصرت نظرها على دعوى الإبطال وبذلك تكون قد هضمت حقوق الدفاع وخرقت أحكام الفقرة الثانية من الفصل 44 الآنف الذكر فكان قرارها بمنأى عن الصواب من هذه الناحية فاستحق النقض.

لهـــذه الأسبـــاب

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

وقد صدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 1998/04/2 عن الدائرة المدنية الأولى المتركبة من رئيسها السيد الباشا البجار وعضوية المستشارين السيدين نوبة الجندوبي والشريف الشنيتي وبمحضر المدعي العمومي السيد محمد علي الشابي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة جميلة مسعود .

وحرر في تاريخـــه