ح/ر
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل **الحمـد لله**
محكمــة التعقيــب

***عـ43055.2016ـدد القضيــة**
تاريخــه :2017-06-01

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فـي 2016/10/12 من الاستاذة اسماء بن عربية

نيابة عــن :

1)الشــركة الدوليــة للاســتثمارات الســياحية المحدودة في شخص ممثلها القانوني

2)احمد عبد الرحمان صالح بانافع

ضــد :

الشــركة الدوليــة للتنميــة والبنــاء فــي شــخص ممثلها القانوني

طعنــا فــي القــرار الاســتئنافي عــدد 25538 المــؤرخ فــي 2013/10/22 الصــادر عــن محكمــة الاستئناف بتونس

القاضــي باكســاء القــرار التحكيمــي الاجنبــي الصــادر بتــاريخ 2010/11/25 عــن هيئــة التحكــيم المتكونــة فــي المــادة البروفيســور علــي المزغنــي رئــيس هيئــة التحكــيم والــدكتور غالــب صــبحي محمصــاني والبروفيســور عــدنان امخــان محكمنــي بالصــيغة التنفيذيــة واعفــاء المســتانفة مــن المــال المــؤمن وارجــاع معلومــه اليهــا وحمــل المصــاريف القانونيــة علــى المحكــوم ضــدهما وتغــريم المطلوبــان لفائــدة الطالبــة فــي شــخص ممثلهــا القــانوني بثلاثمائــة دينار لقاء اجرة محاماة واتعاب تقاضي .

وبعــد الاطــلاع علــى مســتندات التعقيــب المبلغــة للمعقــب ضــده بواســطة عــدل التنفيــذ الاســتاذ الحبيــب

خميلة حسب رقيمه عدد 2513 المؤرخ في 2016/11/10.

وعلى نسخة القرار المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات القانونية والوثائق المقدمة في 2016/11/11 طبقا لاحكام الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على الطلبات الكتابية للنيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا .

وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي :

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصل 175 وما بعده من م م م ت مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام الطالبة (المعقب ضدها) عارضة لدى محكمة الاستئناف بتونس انه تبعا للبند التحكيمي الوارد بكتب الاتفاق الرابط بين طرفي النزاع ونشوب خلاف بينهما والمطلوبة افضى الى تطبيق هذا الشرط التحكيمي فصدر القرار التحكيمي المؤرخ في 2010/11/25 والذي بمقتضاه تعلن هيئة التحكيم :

أ- انها تتمتع بالصلاحية للنظر في الادعاءات التي قدمتها المدعية في هذا التحكيم.

ب- انها تتمتع بالصلاحية على المدعى عليها الاولى والمدعى عليه الثاني على حد سواء .

ت- تعلن ان المدعى عليه الثاني مسؤول بالتكافل والتضامن مع المدعى عليه الاولى فيما يتعلق بموجبات هذه الاخيرة ومسؤوليتها .

ث- تعلن ان المدعى عليهما خالفا احكام عديدة من العقد بالطريقة الموصوفة خلاصات محكمة التحكيم .

ج- تامر المدعى عليهما بان يدفعا للمدعية بالتكافل والتضامن مبلغ اجمالي قدره 6668699 دولارا امريكيا كمبلغ اساسي للادعاءات التالية :

- الفئة 2-5 الضرر الذي سببه تاخر راب العمل عن الدفع 1949673 دولارا امريكيا.

- الفئة 2-8 استعادة الدفعة المسبقة 39435 دولارا امريكيا.

- الفئة 2-70 الاضرار المقطوعة المقتطعة بصورة خاطئة 1056000 دولارا امريكيا .

- الفئة 2-75 الاقتطاعات غير الصحيحة على دفعات الشهادات 302 دولارا امريكيا.

- الفئة 2-98 تخفيضات خاطئة لكفالة الدفعة المسبقة 9341 دولارا امريكيا .

- الفئة 2-104 عدم تصديق البيان عند الانجاز 71156 دولارا امريكيا .

- الفئة 2-109 عدم المصادقة وعدم دفع النصف الثاني من الاموال المحتجزة 352627 دولارا امريكيا .

- الفئة 3-01 تصحيح التصميم 398944 دولارا امريكيا .

- الفئة 3-21 الجدران المستعرضة الاضافة 602670 دولارا امريكيا .

-الفئة 3-95 اسمنت التكفيف الاضافي 17892 دولارا امريكيا .
-الفئة 4-2 رفض رمل معارب 9663 دولارا امريكيا .
-الفئة 4-3 انهيار واجهة الحفر 22134 دولارا امريكيا .
-الفئة 7-31 اشكال الخشب الرقائقي 132170 دولارا امريكيا .
-الفئة 8-4 زيادة سعر النفط 36369 دولارا امريكيا.
-الفئة 9-9 الاعفاءات الجمركية الناقصة 75000 دولارا امريكيا .
-الفئة 10-13 الزجاج 80311 دولارا امريكيا.
-الفئة 10-85/54 اوامر التغيير لاشغال الالمنيوم 232723 دولارا امريكيا.
-فئة 6310 تنمية "واجهة بالالوكومات " على 14/15 W 1477 دولارا امريكيا.
-فئة 10-64 الزجاج المكسور في حائط الستر في المنطقة 3: 11304 دولارا امريكيا .
-الفئة 10-84 طلاء البتيومين على الواجهة وراء الغرنيت : 21548 دولارا امريكيا .
-الفئة 10-87 نزع الملاط من خلف طبقة الغرانيت الثانية 22320 دولارا امريكيا.
-الفئة 10-92 الحز الخرخرفي على واجهة الغرانيت 134434 دولارا امريكيا .
-الفئة 11-73 الحجر المحلي الطبيعي 123761 دولارا امريكيا .
-الفئة 2-75 الاقتطاعات غير الصحيحة على دفعات الشهادات 302 دولارا امريكيا .

-الفئة 2-98 تخفيضات خاطئة لكفالة الدفعة المسبقة 9341 دولارا امريكيا.
-الفئة 2-104 عدم تصديق البيان عند الانجاز 71156 دولارا امريكيا.
-الفئة 2-109 عدم المصادقة وعدم دفع النصف الثاني من الاموال المحتجزة 352627 دولارا امريكيا .
-الفئة 3-01 تصحيح التصميم 398944 دولارا امريكيا .
-الفئة 3-21 الجدران المستعرضة الاضافة 602670 دولارا امريكيا.
-الفئة 3-95 اسمنت التكيف الاضافي 17892 دولارا امريكيا .
-الفئة 4-2 رفض رمل معارب 9663 دولارا امريكيا .
-الفئة 4-3 انهيار واجهة الحفر 22134 دولارا امريكيا .
-الفئة 7-31 اشكال الخشب الرقائقي 132170دولارا امريكيا .
-الفئة 8-4 زيادة سعر النفط 36369 دولارا امريكيا .
-الفئة 9-9 الاعفاءات الجمركية الناقصة 75000 دولارا امريكيا .
-الفئة 10-13 الزجاج 80311 دولارا امريكيا.
-الفئة 10-85/54 اوامر التغيير لاشغال الالمنيوم 232723 دولارا امريكيا.
-الفئة 10-63 تكسية الواجهة بالالوكومات على WT14/15 1477 دولارا طالبة طبقا للفصل 80 من مجلة التحكيم اكساؤه بالصيغة التنفيذية وهو القرار التحكيمي الصادر عن الهيئة

المتكونة من السادة علي المزغني رئيس هيئة التحكيم والدكتور غالبا صبحي محمصاني والبروفسير عدنان امخان وفقا لاجراءات الهيئة الدولية للتحكيم وتغريم المطلوبة بعشرة الاف دينار .

وحيث وجوابا عن الدعوى تمسك نائب المطلوبة الشركة الدولية للاستثمارات السياحية ان حكم التحكيم كان مخالفا لصريح احكام الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص لعدم احترام حقوق الدفاع بالنسبة للطرف الثاني احمد بانافع لعدم استدعائه واختلال استدعائها فمكتب الوزير للمحاماة اشار عليها بانه لا يمثل المجيبة لكونه مستشار قانوني وليس ممثلا قانونيا وهو خرق لاحكام الاجراءات الاساسية فيما تمسك نائب الطالبة بان مكتب الوزير للمحاماة يقر بتوصله بوثائق التحكيم وان تعمد المدعى عليها التخلف عن الجواب خلال سير التحكيم رغم بلوغ الاستدعاءات اليها لا تاثير له على سلامة التحكيم .

كما اجاب نائب المطلوب الثاني بان منوبه لم يقع استدعاؤه لحضور اعمال التحكيم طالبا طبقا للفصلين 78 و81 من مجلة التحكيم ابطال الحكم التحكيمي او رفض الاعتراف به او تنفيذه لعدم حضور المطلوبان وخرق مبدا المواجهة.

وحيث وبعد تبادل التقارير اصدرت دائرة الوكيل الاول بمحكمة الاستئناف بتونس المنتصبة للقضاء في مادة التحكيم قرارها المبين نصه بالطالع والذي طعن فيه المحكوم ضدهما بالتعقيب

بواسطة نائبتهما التي نسبت للقرار المطعون فيه المطاعن التالية:

-خرق احكام الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص والفصل 81 من مجلة التحكيم :

لان اكساء الاحكام الاجنبية الصادرة عن محكمة اجنبية بالصيغة التنفيذية لا تتم الا اذا توفرت فيها شروط معينة واردة بالفصل 11 وان عدم احترام هذه المبادئ يؤدي الى رفض تنفيذ القرار التحكيمي وان الطلب المتعلق بالنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص تثيره المحكمة من تلقاء نفسها وكدليل على تعذر اجراءات التبليغ مطلب الطرح المقدم من نائب المعقب ضدها بتاريخ 2012/2/14 ومطلب الرجوع في مطلب الاكساء المقدم بجلسة يوم 2012/2/28 لتعذر بلوغ الاستدعاء بالنظر للاوضاع الامنية باليمن بسبب الحرب ولم تاخذ محكمة الحكم المطعون فيه مطلب الطرح والرجوع ولا حتى صعوبة وتعذر التبليغ حال الحرب هي من قبيل القوة القاهرة .

-مخالفة الفصل 78 اولا من مجلة التحكيم في فقرته "ب" لانه يحوز ابطال الحكم التحكيمي او رفض الاعتراف به او تنفيذه اذا لم يقع اعلامه على الوجه الصحيح بتعيين احد المحكمين او باجراءاته او انه تعذر عليه السبب او لاخر الدفاع عن حقوقه فتعذر التبليغ للسيد احمد عبد الرحمان صالح بانافع وان مبدا المواجهة ينطبق على كامل الاجراءات التحكيمية وان القرار التحكيمي لم يحترم حقوق الدفاع خاصة وان الاستاذ قسيم صرح انه لا يمثل شخصيا ايا من المدعى عليهما وانه مستشار قانوني للشركة الدولية للاستثمارات

وليس ممثلا لها وهو ما جاء بالقرار التحكيمي وعلى ذلك لم يشارك المدعى عليهما في اجتماع 2008/9/13 طالبة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل النقض واحالة الملف من جديد على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيه بدائرة اخرى.

من حيث القانون

عن المطعن المتعلق بخرق احكام الفصل 11 من مجلة القانون الدولي الخاص والفصل 81 من مجلة التحكيم لكفابة القول فيه :

حيث عملا باحكام الفقرة الاخيرة من الفصل 11 مجلة القانون الدولي الخاص لا يؤذن بتنفيذ القرارات التحكيمية الاجنبية الا حسب الشروط التي جاءت بها احكام الفصل 81 من مجلة التحكيم .

وحيث عملا باحكام الفصل 81 من مجلة التحكيم "لا يجوز رفض الاعتراف باي حكم تحكيمي او رفض تنفيذه بقطع النظر عن البلد الذي صدر فيه الا في الحالتين التاليتين :

اولا : بناء على طلب الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده ان اقدم هذا الطرف الى محكمة الاستئناف بتونس المقدم اليها طلب الاعتراف او التنفيذ دليلا يثبت احد الامور التالية :

أ-....ان هذه الاتفاقية غير صحيحة في نظر القانون الذي اخضعها له الاطراف او انها عند عدم الاشارة الى مثل هذا القانون غير صحيحة في نظر قواعد القانون الدولي الخاص ."

ب-ان الطرف المطلوب تنفيذ الحكم ضده لم يقع اعلامه على الوجه الصحيح بتعيين الحكم او

بـاجراءات التحكـيم او انـه تعـذر عليـه لسـبب اخـر الدفاع عن حقوقه .

ج- ان حكـم التحكـيم تنـاول نزاعـات يقصـده الاتفـاق علـى التحكـيم او لا يشـمله الشـرط التحكيمـي ....

د- ان تشـكيل هيئـة التحكـيم او مـا وقـع اتباعـه فـي اجـراءات التحكـيم كـان مخالفـا لمقتضـيات اتفاقيـة تحكـيم بصـفة عامـة او لنظـام تحكـيم مختـار او لقـانون دولـة وقـع اعتمـاده او لقواعـد احكـام هـذا الباب المتعلقة بتشكيل هيئة تحكيم .

ثانيـا : اذا رات المحكمـة ان الاعتـراف بحكـم التحكـيم او تنفيـذه يخـالف النظـام العـام فـي مفهـوم القانون الدولي الخاص .

حيـث عمـلا باحكـام هـذا الفصـل فانـه لا يجـوز للمحكمـة ان تـرفض الاعتـراف بـالقرار التحكيمـي او الاذن بتنفيـذه الا فـي صـورة اثبـات الطـرف المطلـوب تنفيـذ الحكـم ضـده ان اتفاقيـة التحكـيم غيـر صـحيحة فـي نظـر قواعـد القـانون الـدولي الخـاص او مجلـة التحكـيم او القـانون الـذي خضـعت لـه اتفاقيـة التحكـيم او اذا لـم يقـع احتـرام الاجـراءات الواجـب اتباعهـا عنـد تشـكيل هيئـة التحكـيم او خـلال اجـراءات التحكـيم او اذا لـم يقـع اعـلام الطـرف المطلـوب التنفيـذ ضـده بتعيـين هيئـة التحكـيم او باجراءاتـه او اذا تعـذر عليـه الـدفاع عـن حقوقـه او اذا مـا تـم ابطـال قـرار التحكـيم او ايقـاف تنفيـذه مـن احدى محاكم البلد الصادر فيه ذلك الحكم .

وحيـث ان احكـام الفصـل 81 المـذكور جـاءت لتـدعم احكـام الفصـل 11 مـن مجلـة القـانون الـدولي الخـاص الـذي اوجـب علـى المحكمـة ان لا تـاذن بتنفيـذ القـرار التحكيمـي الا متـى ثبـت لهـا احترامـه لجميع الشروط الواردة بالفصل 81 المتقدم .

واضاف ان لا يؤدن بتنفيذ القرار او الحكم التحكيمي في صورة مخالفته للنظام العام في مفهوم القانون الدولي الخاص التونسي او كان صدر وفق اجراءات لم تحترم حقوق الدفاع او قواعد المعاملة بالمثل .

وحيث تبين من خلال مظروفات ملف الدعوى ان الطاعنين وهما الطرفين المطلوب تنفيذ قرار التحكيمي ضدهما قد سبق لهما التمسك بعدم احترام اجراءات التبليغ لهما عند تعهد هيئة التحكيم بالنظر في الدعوى التحكيمية باعتبار انه قد تم استدعاؤهما لدى مكتب الوزير للمحاماة والذي تمسك صلب تقريره بانه ليس ممثلا قانونيا لهما انما هو مستشار للشركة في بعض النزاعات واضافا بان لم يقع تمثيلهما طبق القانون خلال الدعوى التحكيمية فضلا على عدم حصول التبليغ لهما خلال طلب اكساء القرار التحكيمي بالصيغة التنفيذية مما ادى الى طلب طرح المطلب وطلب الرجوع فيه لتعذر تبليغ الاستدعاء للمطلوب الثاني بالنظر للاوضاع الامنية باليمن.

وحيث ان ارساء الفصل 81 من مجلة التحكيم مبدا عدم جواز رفض الاعتراف بحكم تحكيمي او رفض تنفيذه كان لغاية منع القضاء من الانتصاب كمحكمة رقابة في الاصل او درجة طعن مقنعة بما يخل من تحقيق الهدف من الالتجاء الى التحكيم واهمها عدم اطالة امد النزاع الا ان هذا المبدا لا يمكن التوسع فيه حتى لا يكون ذريعة للاخلال بالمبادئ القانونية التي كرستها مجلة التحكيم ومجلة القانون الدولي الخاص على غرار احترام مبدا المواجهة بين الاطراف والذي من اهم

تطبيقاته تكريس حق الدفاع واحترام اجراءات التبليغ كضمانة اساسية للمبداين السابقين ضرورة انه اذا لم يقع استدعاء المطلوب كما يجب قانونا فانه يتعذر عليه مناقشة خصمه فيما قدمه من مؤيدات وطلبات وفي هذا الاطار تتنزل الاستثناءات التي وضعها المشرع صلب الحالتين الواردتين به .

وحيث لا خلاف في ان الحكم التحكيمي ينظر اليه من ناحية احترام الاجراءات الاساسية كوحدة اجرائية وان خرقها يعرض كل حكم اخل بها للابطال وقد استندت محكمة القرار المنتقد الى ان المعقب كلف مكتب الوزير للمحاماة بانابته حال ان هذا الاخير دفع بانه لا ينوب أي من الطاعنين وبالتالي كان على محكمة القرار المنتقد ان تتفحص اجراءات التبليغ لدى هيئة التحكيم تحقيقا للغاية منها وهو تمثيل اطراف النزاع تمثيلا قانونيا احتراما لمبدا المواجهة وتكريسا بما لحق الدفاع فهيئة التحكيم لا تنتصب للبت في النزاع الا اذا اما وقع تحديد المحكمين الذين يمثلون اطراف النزاع ومتى تم اعلامهم بجلسات التحكيم ليحضروها ويقدموا ما لديهم من وسائل دفاع وهو ما لم تراقبه محكمة القرار المنتقد.

وحيث تبين ايضا من خلال القرار المطعون فيه ان التبليغ للمعقب الثاني قد تعذر في عدة مناسبات ما جعل المحكمة تاذن في كل مرة لاعادة الاستدعاء بالطريقة الديبلوماسية وبجلسة يوم 14 فيفري 2012 قدم نائب الطالبة تقريرا طلب على ضوئه طرح القضية باعتبار ان تعهد المحكمة في اطار الاختصاص الحصري والاصلي لرئيس

محكمة الاستئناف وبنفس الحلسة قررت المحكمة تاخير القضية لجلسة 2012/2/28 ليتولى الاستاذ الكناني بيان موقفه بصفة مدققة وبالموعد المذكور قدم نائب الطالبة تقريرا طلب على ضوئه تسجيل مطلب الشركة رجوعها في مطلب الاكساء بالصبغة التنفيذية والحكم طبق ذلك وبنفس الجلسة قررت المحكمة تاخير القضية لجلسة يوم 2012/6/26 ليتولى نائب الطالبة اتمام اجراءات الاستدعاء بناء على طلبه الاحتياطي في تمكينه في اجل متسع لاعادة الاستدعاء .

وحيث عملا باحكام الفصل 80 من مجلة التحكيم يكون لحكم التحكيم نفوذ الامر المقضي به على معنى الفصل 32 من مجلة التحكيم بناء على طلب كتابي يقدم الى محكمة الاستئناف بتونس وبالتالي فان المحكمة تتعهد بالنزاع بناء على طلب كتابي وتواصل النظر فيه ما لم يتقدم الطالب بطلب في الرجوع فيه طبقا للفصل 143 من م م م ت.

وحيث ان محكمة القرار المنتقد تلقت من طالبة الاكساء بالصبغة التنفيذية مطلبا في الطرح بتاريخ 2012/2/14 كما تلقت عقب الحكم التحضيري الصادر عن المحكمة في بيان موقفها مطلبا في الرجوع في طلب الاكساء بالصبغة التنفيذية بجلسة يوم 2012/6/26 ومع هذا واصلت النظر في النزاع وباشرت الحكم فيما لا تملك حق النظر فيه بناء على طلب الرجوع في المطلب مخالفة بذلك احكام الاجراءات الاساسية ضرورة ان حق التقاضي ملك لصاحبه فيمكنه تحرير الدعوى او الزيادة فيها وحتى العدول عنها

فالعبرة بالطلبات النهائية طبقا للفصل 21 من م م م ت وان عدم التفات المحكمة لكل هذه المعطيات التي لها تاثير على وجه الفصل يجعل قرارها عرضة للنقض.

ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر في الدعوى من جديد بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع المال المؤمن اليهما.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم 2017/6/1 عن الدائرة الرابعة المتالفة من رئيسها السيد المنصف الكشو وعضوية المستشارتين السيدتين نجوي الغربي ولبني الرقيق وحضور ممثل الادعاء السيد لطفي البدوي ومساعدة كاتبة الجلسة السيدة زينب السبوعي.

وحرر في تاريخه