س*البيـ
الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العـدل **الحمـد لله**
محكمــة التعقيــب

***عـ33171.2016ـدد القضيــة**
تاريخــه :2016-05-26

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المرفـوع فـي 5-1-2016 مــن طــرف الاســتاذة "ب.ف" المحاميــة لــدى التعقيب .

نيابة عن :

شركة "ب.ش.ص.ب" .

ضــد:

شركة "ب.ت.ا" ينوبها الاستاذ "ي.ح" .

طعنــا فــي القــرار الاســتئنافي المــدني عــدد 68558 الصــادر بتــاريخ 10-6-2015 عــن محكمــة الاســتئناف بتــونس فــي مــادة التحكــيم والقاضــي :"قضــت المحكمــة بقبــول مطلــب الابطــال شــكلا ورفضــه موضــوعا وتخطيــة الطاعنــة بالمــال المــؤمن وحمــل المصــاريف القانونيــة عليهــا وبقبــول الــدعوى المعارضــة شــكلا وفــي الاصــل بتغــريم الطالبــة للمطلــوب ب 300 دينــار اتعــاب تقاضــي واجــرة محاماة ."

وبعــد الاطــلاع علــى مســتندات التعقيــب المقدمــة فــي2-2-2016 والمبلغــة الــى المعقــب ضــدها بتــاريخ 1-2-2016 بواســطة عــدل التنفيــذ بتــونس الاســتاذ "ن.ع" حســب رقيمــه عــدد 50052 وبقيــة الوثــائق المقدمــة طبــق الفصل 185 من م م م ت .

وبعــد الاطــلاع علــى مــذكرة الــرد المقدمــة فــي 22-2-2016 مــن طــرف الاســتاذ "ي.ح" فــي حــق المعقــب ضدها .

وبعد الاطلاع على ملحوظات الادعاء العام المحررة في 7-4-2016 والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا مع الحجز .

من حيث الشكل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه وصيغه القانونية طبق احكام الفصول 175 و185 وما بعده من م م م ت مما يتعين قبوله من هذه الناحية .

من حيث الاصل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها القرار المنتقد والاوراق المظروفة بالملف قيام المدعية في الاصل والمعقب ضدها الان عارضة انها أبرمت عقد لزمه مع الدولة التونسية ممثلة في شخص "و.ت" تتعلق باشغال اجزاء من الملك العمومي البحري لبحيرة تونس الشمالية مصادق عليها وعلى كراس الشروط الملحقة بها الامر عدد 3332 المؤرخ في 23-12-2002 وتنفيذا لتلك الاتفاقية ابرمت العارضة مع المطلوبة بتاريخ 1-1-2003 عقد مناولة للصيد يتعلق باستغلال بحيرة تونس الشمالية وقد تضمنت بنود الاتفاقية بعهد المطلوبة لجملة من الالتزامات منها المحافظة على تشغيل أعوان الديوان القومي للصيد البحري وخلاص معين سنوي قدره 111.000.000بالنسبة للسنة الاولى بزيادة سنوية قدرها 5./. وعملا بالفصل 9 من الاتفاقية يتم خلاصها على ثلاثة مراحل وقد اخلت المطلوبة بالتزاماتها وذلك بتلددها عن خلاص معينات الكراء عن سنتي 2010 و2011 أي ما قدره 275.123.310د رغم التنبيه عليها حسب المحضر عدد 1828 كما امتنعت عن خلاص كراء سنة 2012 وباعتبار ان المطلوبة الحقت بالعارضة اضرارا جسيمة تتمثل في امكانية فسخ العقد مع الدولة لعدم تنفيذ موجبات كراس الشروط وخسارة في الدخل فان العارضة تطلب تسمية محكم لفسخ الاتفاقية المبرمة بين الطرفين كالزام

المطلوبة بان تؤدي لها معينات كراء غير الخالصة مع المصاريف .

وحيث تكونت هيئة التحكيم المتكونة من الحكم الغربي "ط.ع" فأصدر بتاريخ 13-5-2014 حكمه عدد 16 القاضي نهائيا بقبول الدعويين الاصلية والمعارضة شكلا وفي الاصل 1)بالتصريح بانعقاد الاختصاص لجهة هذه الهيئة 2) بمعاينة انفساخ الاتفاقية بين المدعية لشركة "ب.ت.ا.ا" وشركة "ب.ش.ص.ب" المؤرخة في 1 جانفي 2003 والزام هذه الاخيرة بارجاع البحيرة الشمالية للمدعية شاغرة من كل الشواغل فيه بالزام المدعى عليها بان يؤدي للمدعية المبالغ المالية التالية :

666.458.530د معينات كراء حالة عن سنوات 2010 و2011 و2012 و2013 دون اعتبار الاداء على القيمة المضافة .

16.000.000د اجرة الاختبار وفق الطلب .

20.000.000داجرة محاماة .

اعفاء المدعى عليها من اداء بقية المستحقات والمصاريف ومن بينها فوائض التاخير وغرم الخسارة والتعويض للمدعية بأي وجه كان .

وحيث طعنت المدعى عليها بالابطال في القرار التحكيمي عدد 16 الصادر بتاريخ 13-5-2014 لمخالفته احكام ومقتضيات الفصل 13و12 من م ت والزام الطعون ضدها باداء 5000 اجرة محاماة .

وحيث اصدرت محكمة القرار المطعون فيه حكمها المبين بالطالع اعتمادا على أنه استند طلب الابطال لاحكام الفصل 42 من م ت ح الذي اقتضى انه لا يجوز طلب ابطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائيا ولو اشتراط الاطراف خلاف ذل الا في الاحوال التالية :

1)اذا كان قد صدر دون اعتماد على الاتفاقية تحكيم وخارج عن نطاقها.

2)اذا صدر بناء على اتفاقية تحكيم باطلة أو خارج آجال التحكيم .
3)اذا شمل أمور لم يقع طلبها .
4)اذا خرق قاعدة من قواعد النظام العام .
5)اذا لم تكن هيئة التحكيم مرتكبة بصفة قانونية .
6)اذا لم تراع القواعد الاساسية للاجراءات .
7)ويؤخذ من الفصل 42 المذكور ان حالات الابطال جاءت بصفة حصرية لا يجوز التوسع فيها او الخروج عنها وبالتالي تعين على المحكمة النظر في المطاعن المقدمة بمناسبة المطعن الماثل لتبين مدى وقوعها في حدود الحالات الواردة بهذا الفصل .

اولا : عن المطعن المتعلق بصدور الحكم خارج آجال التحكيم :

حيث تأسس هذا الطعن على احكام الفصل 15 من نظام مركز تونس للمصالحة والتحكيم الذي نص على انه "يجب ان يصدر حكم التحكيم في اجل ستة أشهر بداية من تاريخ قبول آخر حكم لمهمته ويمكن التمديد في هذا الاجل باتفاق الاطراف او بطلب يوجهه احدهم أو هيئة التحكيم الى رئيس المركز ".

وقد تبين بالرجوع الى اوراق الملف انه بتاريخ 26-11-2012 تم اعلام المحكم الفرد من قبل مركز التحكيم والمصالحة بدفع التسبقة من قبل المدعية لامتناع المدعى عليها عن دفعها كمطالبته بصياغة وثيقة المهمة وعرضها على طرفي النزاع لامضائها وابداء رأيهما عند الاقتضاء واستنادا الى ذلك فان اجراءات التحكيم تكون قد انطلقت من تاريخ 26-11-2012.

واتفق الطرفان في مرحلة اولى على التمديد في المهمة مدة ستة أشهر أخرى بداية من 26 ماي 2012 وهو ما تم التنصيص عليه صلب القرار التحكيمي بالصفحة 38 والذي تضمن اجتماع الاستاذين "ه.ز" و"ي.ح" بمكتب هذا الاخير بحضور المحكم واتفاقهما

على التمديد في الاجراءت التحكيمية ستة اشهر اخرى بداية من 26-5-2013 وفي مرحلة ثانية على التمديد في المهمة بتاريخ 7 نوفمبر 2013 ستة اشهر اخرى ولذلك يكون آخر أجل لانقضاء المهمة التحكيمية في 26 ماي 2014.

وقد صدر القرار التحكيمي في 13 ماي 2014 قبل انقضاء المهمة التحكيمية في 26 ماي 2014 بما يكون معه صادرا في الاجال القانونية واتجه رد هذا المطعن لعدم وجاهته .

أما عن المطعن الماخوذ من عدم احترام الحكم التحكيمي للمبادئ الاساسية للتحكيم :

وحيث تمسكت الطاعنة ان المحكم قضى بالانفساخ والحال ان المطعون ضدها طلبت فسخ الاتفاقية.

وانه بمراجعة القرار التحكيمي يتبين انه تطرق بالصفحة 13 الى مرافقة الاستاذ "ي.ح" نائب المدعية الذي تمسك بتقاريره السابقة وركز خاصة على ان الاتفاق المبرم بين الطرفين شرعية الطرفين مؤكدا ان عدم خلاص معينات الكراء يترتب عليه آليا انفساخ العقد وينحصر دور المحكم حينئذ في مجرد معاينة لانفساخ لا غير مشيرا في ذلك الى الفصل 25 من الاتفاقية .

وكان طلب معاينة انفساخ العقد صادرا عن نائب الطالبة وتمسك به صلب مرافعته امام المحكم بما يكون معه المطعن بقضاء المحكم بأكثر مما طلب في غير طريقه واتجه رده .

وقد تمسكت الطاعنة ايضا بان القرار التحكيمي قد شمل أمورا لم يقع طلبها اذ قضى باخراج الطاعنة من محل النزاع والزامها بارجاع البحيرة للمدعية خالية من كل الشواغل وف يذلك مخالفة للفصل 42 مكن م ت ح الفقرة الثالثة .

ونص الفصل 336 من م اع انه "اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه ".

ويترتب عن الفسخ ارجاع الحالة الى ما كانت عليه قبل التعاقد .

كما وان التمكين من المركز ترتيبا لثر الانفساخ هو ننتيجة حتمية لذلك الجزاء ولا يمكن ان يعالج من قبيل الحكم باكثر مما طلب ان التمكين من المكرى وتسليمه شارغا من كل الشواغل معتبرا اثرا قانونيا حتميا لاجراء الانفساخ .

وبخصوص المطعن المتعلق بعدم جواب على الدعوى المعارضة للطاعنة الان فانه بالرجوع الى الصفحة 56 من القرار التحكيمي يتضح ان الحكم قد تناول وبإطناب كل فروع الدعوى المعارضة سواء ما تعلق منها بطلب عدم سماع دعوى الفسخ او في الفرع المتعلق بغرم الخسارة وفي طلب اعادة الاختبار واجرة المحاماة مما اضحى معه هذا المطعن غير مستساغ وافعا وقانونا وتعين رده .

وبالبينة للمطعن المتعلق بعدم الالتزام باتفاق الطرفين بخصوص القانون المنطبق وعدم اجراء الصلح بين الطرفين .

وحيث تبين بالرجوع الى القرا رالتحكيمي ان المحكم قد احسن التعاطي مع احكم الفصل 31 من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين والتي يتضح من خلاله ان ارادة الطرفين اتجهت من حيث المبدا الى تنطبيق القانون التونسي وبصفة استثنائية خيرت للمحكم في تجاوز القواعد القانونية بالاختيار الحل التوافقي بين لاطرفين يقع فيه اعمال قواعد العدل والانصاف .

وحيث بخصوص عرض اجراء الصلح على المطعون ضدها امام هذه المحكمة تطبيقا لاحكام الفصل

44 من مجلة التحكيم فان المطلوبة (المطعون ضدها) اكدت على عدم جدوى اجراء الصلح ضرورة ان السيد المحكم قد استوفى كل الجهود في تقريب وجهات النظر الا ان الطاعنة لم تبد جدية في استعدادها للصلح وخلاص معينات الكراء .

واتضح بالرجوع الى القرا رالتحكيمي ان السيد المحكم قد استوفى المحاولة الصلحية سواء بجلسة المرافعة الاولى او عند التحرير على الطرفين بتاريخ 25 نوفمبر 2013 دون ان يتوصل الى حل توافقي بين الطرفين مثلما ثبت بالرجوع الى الصفحة 39 من القرار التحكيمي مما يكون معه طلب اجراء الصلح امام هذه المحكمة غير ذي جدوى خاصة أن الطاعنة لم تدل بعرض جدي للصلح واتجه رد المطعن .

اما عن المطعن المتعلق بالخلل الذي شاب اعمال الاختبار المجرى بواسطة الاستاذ "ع.ف":

وحيث اتضح بالرجوع الى القرار التحكيمي ان السيد المحكم قد استعرض باسهاب صلب الصفحات 50-51-52 من القرار الهنات التي تعلقت بالاختبار وتوصل الى نتيجة تمثلت في اسعاف الاختبار المجرى بواطسة "ع.ف" واعتماد الاختبار الثاني المجرى بواسطة الخبير "م.ر" برمته نظرا الى تمسك الطرفين بنتيجته ولم تأت بذل كالطاعن بما من شأنه ان يوهن القرار التحكيمي الذي كان مبنيا على معطيات واقعية وقانونية سليمة وثبت اخلال الطاعنة بواجب اداء معينات الكراء عن استغلال بحيرة تونس الشمالية منذ بداية سنة 2010 باقرارها الصريح المسجل عليها بواسطة وكيلها القانوني عند التحرير عليه مكتبيا من الحكم وما تضمنته تقارير محاميها واتجه لذلك رفض الطعن أصلا .

وحيث عقبت الطاعنة القرا رالمذكور بواسطة نائبتها ناسبة له ما يلي :

اولا : بخصوص صدور الحكم خارج آجال التحكيم :

حيث أقر الفصل 42 في فقرته الاولى ان القرا رالتحكيمي يكون باطلا اذا اصرد خارج آجال التحكيم .

وحيث اقتضى الفصل 15 من نظام مركز تونس للمصالحة والتحكيم على انه :" يجب ان يصدر حكم التحكيم في أجل ستة أشهر بداية من تاريخ قبول آخر محكم لمهمته ويمكن التمديد في هذا الاجل باتفاق الاطراف او بطلب يوجه أحدهم أو هيئة التحكيم الى رئيس المركز ".

وحيث وقع صدور الحكم بتاريخ 13-05-2014 مما يعرضه للابطال على هذا الاساس .

ثانيا : بخصوص الحكم اكثر مما طلب الطرفان :

حيث ومما لا جدال فيه بان هيئة التحكيم مهما كان شكلها فهي مطالبة اولا وآخرا تطبيق الشرط التحكيمي بحذافره دون اضافة او نقصان ومخالفة ذلك يؤدي الى التعدي الى ارادة الاطراف التي هي أساس الاجراءات التحكيمية .

وحيث اقتضى الفصل 42 من م ت ت في فقرته التالية بانه يجوز طلب ابطال حكم هيئة التحكيم الصادر نهائيا – ولو اشترط الاطراف خلاف ذلك في الاحوال التالية :

وحيث بالرجوع الى طلبات الطاعنة عبر جميع مراحل الدعوى انها تمحورت حول الزام الطاعنة بفسخ الاتفاقية المبرمة بين الطرفين واداء معينات الكراء الغير خالصة وفوائض التاخير ومصاريف الدعوى واجرة المحاماة .

وحيث يستخلص من الوثائق المظروفة بملف القضية خاصة تقارير الزميل "ي.ح" ان طلباته انحصرت في الفروع التالية

1- فسخ الاتفاقية .

2- الـزام الطاعنـة بـاداء معينـات الكـراء الحالـة بعـد أن وقع التوسع فيها .
3- فوائض التاخير .
4- خسارة في الدخل .
5- المصـــاريف القانونيـــة المضـــمنة بالعريضـــة الافتتاحية .
6- أجرة محاماة .
7- النفاذ العاجل .

وحيـث كـان علـى القـرار المطعـون فيـه ان يلتـزم ويحكـم القـانون (الفصـل 42 م ت ب) بـالنظر فـي هـذه الطلبات لا أكثر ولا أقل .

وحيـث بـالرجوع الـى حيثيـات القـرار المطعـون فيـه مـن ناحيـة (الصـفحة 54) ومـا انتهـى اليـه فـي حكمـه يلاحـظ ان المحكـم خـرج عـن طلبـات الطاعنـة ليقضـي بـاخراج الطاعنـة مـن محـل النـزاع دون ان يكـون هـذا الطلـب مـن طلبـات المطعـون ضـدها معلـلا رأيـه فـي الصفحة 54 من القرار التحكيمي كما يلي:

وحيـث أن مـن الاثـر الحتمـي للحكـم بانفسـاخ العقـد ودون ان يكـون ذلـك حكمـا بـاكثر ممـا طلـب الـزام المـدعى عليها بارجاع البحيرة لملدعية خالية من كل الشواغل ".

بالاضـافة الـى ذلـك فقـد قضـى القـرار المطعـون فيـه فـي نهايـة حكمه(الصـفحة 62) الـزام الطاعنـة بارجـاع ابحبيـرة الشـمالية للمطعـون ضـدها شـاغرا مـن كـل الشواغل .

وحيـث أن القـرا رالمطعـون فيـه لمـا قضـى بالصـورة المـذكورة قـد شـمل امـورا لـم يقـع طلبهـا خلافـا لمـا اورده الفصـل 42 مـن م ت ت الفقـرة 3 ممـا يعـرض القـرا رالمطعون فيه الى الابطال على هذا الاساس.

ثالثا : بخصوص الحكم بخلاف ما طلبه الضد :

حيث بالرجوع الى الوثائق المظروفة بملف القضية يتضح أن طلب المطعون ضدها الحصر في فسخ الاتفاقية المبرمة بين طرفي النزاع.

وحيث بالرجوع الى القرار المطعون فيه نلاحظ (الصفحة 53) انه غير طلب الطاعنة من فسخ الى انفساخ دون أن يكون ذلك طلبا صادرا عن المطعون ضدها .

وحيث راح المحكم تدعيما لهذا التعبير في الصفحة 53 من القرار ينظر قانونا في الاتجاه الذي اتخذ مبررا الفرق بين الفسخ والانفساخ من الناحية القانونية دون ان يطلب منه ودون أن يكون ذلك نقاش بين الطاعنة والمطعون ضدها .

وحيث أكثر من ذلك فقد أصدر المحكم قراره بمعانية انفساخ العقد دون ان يكون ذلك موضوع طلب من المطعون ضدها (الصفحة 62).

وحيث أن هذا التوجه من قبل المحكم يعتبر خرقا لمقتضيات الفصل 42 الفقرة الثالثة منه مما يعرض القرار المطعون فيه للابطال على هذا الاساس .

رابعا : بخصوص خرق القواعد الاساسية للتحكيم وهضم حقوق الدفاع :

حيث اقتضى الفصل 13 من م ت ت انه بقطع النظر عن نوعية المحكم وطبيعته وفي جميع صورة لا بد ان تراعي المبادئ الاساسية للمرافعات المدنية والتجارية خاصة منها المتعلقة بحق الدفاع.

وحيث ان مخالفة هذا المبدأ رتب عليه المشرع التونسي على غرار التشاريع الاجنبية الاخرى دون استثناء بطلان القرا رالتحكيمي المخالف لهذه القواعد .

وحيث اقتضى الفصل 42 في فقرته 6 أن عدم مراعاة القواعد الاساسية للاجراءات تعرض القرار التحكيمي للابطال .

وحيث ومما لا نقاش فيه وحسبما استقر عليه فقه القضاء التونسي والدولي فان انعدام التعليل يعد من الاجراءات الاساسية التي لها علاقة بحق الدفاع .

وحيث بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح ان الطاعنة كانت أثارت عدة مستندات ودفعات اساسية وقع تجاهلها تماما من قبل المحكم نذكر من أهمها تجاهل القرا رالتحكيمي للحسم في فروع دعوى المعارضة المثارة من قبل الطاعنة .

وحيث بالرجوع الى تقارير الزميل الاستاذ "ه.ز" نسجل أنه كان قام بدعوى معارضة وقوع قبوله شكلا من المحكم الا انه بقراءة منطوق القرار (الصفحة 62) لم يقع الاشارة اليه بطريقة مباشرة أو غير مباشرة ولم يقع حسمها اذ انه بالرجوع الى طلبات الطاعنة نلاحظ أنها انحصرت في :

- اعادة الاختبار .
- طلب التعويضت المادية للخسارة الناتجة للطاعنة .
- رفض طلب الفسخ .
- اجرة محاماة
- .....

وحيث ان هذه الطلبات لم يقع حسمها في منطوق الحكم أي فصلها والحكم فيها (الصفحة الاخيرة) .

وحيث أن هذا التجاهل الكامل يعد انعداما في التعليل وخرقا صارخا لحقوق الدفاع مما يعرض القرار المطعون فيه للابطال على هذا الاساس .

خامسا : بخصوص ضعف التعليل:

حيث استقر فقه القضاء الداخلي والدولي على أن التناقض بين حيثيات القرا رالتحكيمي هو بمثابة انعدام التعليل .

وحيث وبناء نعلى ذلك فان الهيئة التحكيمية مطالبة ان ترد على جميع الدفوعات والمستندات المثارة

مـن قبـل الاطـراف بالشـكل الـذي تـراه صـالحا دون مراقبـة قضـائية لطريقـة التعليـل التـي انتهجهـا القـرار المطعـون فيـه .

كمـا أوجـب فقـه القضـاء الـداخلي والـدولي ان تكـون حيثيـات القـرار التحكيمـي متناغمـة ومتناسـقة دون وقوعهـا في أي تناقض كان.

وحيـث بـالرجوع الـى القـرار المطعـون فيـه تسـجل ان بعـض حيثياتـه جـاءت متناقضـة فميـا بينهـا ذكـر مـن اهمها :

فمـن جهـة طالبـة الطاعنـة اسـتبعاد مـا انتهـى اليـه السـيد الخبيـر المنتـدب السـيد "ع.ف" واعتبـار اعمالـه باطلة .

وحيـث اسـتبعد القـرار المطعـون فيـه مـا انتهـى اليـه الخبيـر المنتـدب الاسـتاذ "ع.ف" معتبـرا ان مـا قـام بـه مخالفـا للقـانون طبـق الحيثيـة التاليـة : " وحيـث أضـحى بالتـالي دفـع المـدعى عليهـا فـي هـذا الخصـوص وجيهـا " (يراجع في ذلك الصفحة 52).

وحيـث ومـن جهـة اخـرى يقـر القـرار المطعـون فيـه صـراحة انـه يمكـن الاسـتئناس بـه حسـب مـا جـاء بالحيثيـة التاليـة :"وحيـث ولـئن كـان كـذلك فـان لا شـيء يمنـع مـن الاسـتئناس بـبعض مـا احتـواه الاختبـار خاصـة فيمـا تلقـاه الخبيـر مـن تصـريحات الخصـوم لمـا لـذلك مـن تـأثير علـى وجـه الفصـل فـي القضـية مـع أقصـاه كـل مـا فيـه خـرق لقواعـد الاجـراءات الاساسـية ومـا تجـاوز نطـاق النـزاع كاعتمـاده الاختبـار الثـاني المجـرى بواسـطة "م.ر" برمتـه بالنظر الى تمسك الطرفين بنتيجته .

هـذا مـن جهـة ومـن جهـة اخـرى فانـه بـالرجوع الـى الشـرط التحكيمـي حـول القـانون المنطبـق نلاحـظ أنـه ذكـر بصـراحة ان القـانون المنطبـق فـي قضـية الحـال هـو القـانون التونسـي كمـا يمكـن للمحكمـة ان ينتصـب محكمـا مصالحا ويصدر حكمه بالاتفاق .

وحيث تفريعا على ذلك فان تاويل الشرط التحكيمي لا يمكن ان يتحمل الا التاويل التالي :

1- أن القانون المنطبق هو القانون التونسي .

2- ان المحكم بمكنه ان يكون محكما مصالحا في حالة اصداره حكما باتفاق الطرفين .

ونتيجة لذلك فان تطبيق قواعد العدل والانصاف على الاجراءات لا يمكن ان تكون الا في حالة استصدار حكم توافقي او بالوفاق .

وحيث بالرجوع الى القرار المطعون فيه خلاف ما أقره الشرط التحكيمي والمثبت في المهمة التحكيمية نلاحظ أنه طبق قواعد العدل والانصاف في جانب من القرار كما طبق القانون التونسي في جانب آخر .

وحيث خلافا لما ذهب اليه القرار المطعون فيه فان المحكم ليس من حقه ان طبق في نفس الوقت القانون التونسي وقواعد العدل والانصاف على اجراءات القرار المطعون فيه .

وحيث بالرجوع الى القرار المطعون فيه يتضح ان المحكم جز بنفسه في تناقض صريح مع الشرط التحكيمي اذ طبق هذا الاخير في جانب من القرار (قواعد عدل وانصاف) في خصوص الفروع الاساسية لطلبات الطاعنة حول نتائج الاختبار (يراجع في ذلك الصفحة 59) وغرم الخسارة (يراجع في ذلك الصفحة 57) في حين انه طبق القانون التونسي في العنوان المتعلق بالدعوى الاصلية حول الفرع المتعلق بالانفساخ (يراجع في ذلك الصفحة 53) وكذلك في الرد على ما اثتره الطاعنة حول القوة القاهرة والامر الطارئ .

وحيث أكثر من ذلك فقد جاء بالقرار المطعون فيه صراحة انه طبق القانون التونسي بقوله:" وحيث لا بد من عرض موقف القانون التونسي باعتباره القانون المنطبق لتحديد مدى امكانية تطبيق نظرية الظروف

الطارئة على نزاع الحال (يراجع في ذلك الصفحة 58) ."

وحيث يستخلص من كل ذلك :

إن الشرط التحكيمي في الفصل 31 من عقد المناولة كان واضحا كل الوضوح اذ ان القانون المنطبق هو القانون التونسي على ان يخول للمحكم ان كون محكما موافقا ومصالحا ويصدر حكما بمني على اتفاق الطرفين بعبارة اخرى فان الشرط التحكيمي خول للهيئة التحكيمية تطبيق قواعد العدل والانصاف في حالة اصدار حكم توافقي وبالتالي فان تطبيق قواعد العدل والانصاف تكون في نظرنا الا عند ادصار حكم توافقي .

وان في ذلك خروج عن نطاق الشرط التحكيمي وخرق صارخ لمقتضيات الفصل 42 من م بحكم و عليه فان القرار التحكيمي جاء باطلا مما يتجه معه النقض مع الاحالة .

وحيث رد نائب المعقب ضدها .

عن المطعن الاول المتعلق بصدور الحكم التحكيمي خارج آجال التحكيم :

حيث نص الفصل 24 من مجلة التحكيم على أنه " اذا وقع تحديد اجل للبت في الخصومة فان سريان ذلك الاجل يبتدئ من تاريخ قبول المحكم أو آخر المحكمين لمهمته .

واذا لم يحدد اجل وجب البت في الخصومة في أسرع وقت وعلى كل حال في ظرف لا يتجاوز ستة اشهر . على أنه يمكن لهيئة التحكيم بقرار ان تمدد مرة أو مرتين في أجل التحكيم اذا تعذر البت في الخصومة في الاجال المذكورة بالفقرتين المتقدمتين وقرار التمديد غير قابل لاي وجه من أوجه الطعن وهذه الاجال يمكن التمديد فيها باتفاق الاطراف او عملا بنظام تحكيم .

وحيث تطبيقا للنص المذكور عللت محكمة الحكم المنتقد حكمها بخصوص الدفع بصدور القرار التحكيمي خارج الاجال بالقول ان اجراءات التحكيم "انطلقت ... من تاريخ 26-11-2012 تاريخ استيفاء آخر اجراء وفق موافقة المحكم بعد حصوله على الترخيص الاداري من وزارة العدل واعلامه بدفع التبقة من قبل المدعية وان الفصل 15 من نظام مركز التحكيم والمصالحة نص على امكانية التمديد في آجال التحكيم مرتين خاصة باتفاق الطرفين واتفق الطرفان على التمديد في المهمة مدة ستة أشهر بداية من 26-5-2012 وعلى فترة ثالثة بتاريخ 7 نوفمبر 2013 ستة اشهر اخرى وعليه تنقضي المهمة التحكيمية بتاريخ 26-5-2014 بما يجعل القرار التحكيمي في الاجال القانونية."

وحيث ان محكمة الحكم المنتقد عللت قرارها التعليل السليم طالما ان سير اجراءات التحكيم كانت وفق ما اشير اليه بتلك الحيثية دون زيادة أو نقصانا اذ ان الاجراءات فعلا وفق ما هو ثابت من ملف القضية كانت كالاتي :

بتاريخ 28-08-2012 تمت مراسلة مركز التحكيم والمصالحة من قبل المحكم الفرع وقد تضمنت المراسلة ونفي علاقته بالنزاع وبقبول المهمة بشرط استيفاء بقية الاجراءات ومراسلته لسلطة الاشراف للحصول على الترخيص الاداري في الاجال المعقولة ومن ضمن استيفاء بقية الاجراءات دفع التسبقة .

في 08-09-2012 تمت مكاتبة الوزارة من قبل المحكم الفرد .

صدر الترخيص الاداري عن وزارة العدل بتاريخ 17-09-2012 وضمن تحت عدد 03/1701 وفي نفس اليوم تم اعلام مركز التحكيم والمصالحة بذلك عبر الفاكس .

في 26-11-2012 تم اعلام المحكم الفرد من قبل مركز التحكيم والمصالحة بدفع التسبقة من قبل المدعية لامتناع المدعى عليها عن دفعها كمطالبته بصياغة وثيقة المهمة وعرضها على طرفي النزاع لامضائها وابداء رأيهما عند الاقتضاء .

وحيث واستنادا الى كل ما سبق فان اجراءات التحكيم تكون قد انطلقت من تاريخ 26-11-2012 تاريخ استيفاء آخر اجراء وفق موافقة المحكم الفرد المشروط بذلك سلفا أعلاه .

وحيث تمسكت الطاعنة بتجاوز اجل الستة اشهر مستندة في ذلك فقط للفقرة الاولى من الفصل 15 من نظام مركز التحكيم والمصالحة والحال ان بقية النص تنص على امكانية التمديد في آجال التحكيم مرتين خاصة باتفاق الطرفين .

وحيث انطلقت الاجراءات في 26-11-2012.

وحيث أن كل التمديدات في الاجال تمت باتفاق طرفي النزاع لا بارادة المحكم .

وحيث اتفق الطرافن على التمديد في المهمة مدة ستة أشهر أخرى بداية من 26 ماي 2012.

وحيث اتفق الطرفان في مرحلة ثانية ثم ثالثة على التمديد في المهمة بتاريخ 07 نوفمبر 2013 ستة اشهر اخرى وعليه تنقض المهمة التحكيمية بالضرورة بتاريخ 26 ماي 2014 مما يجعل القرار التحكيمي في حدود الاجال القانونية ومن سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عملا بالفصل 548 من مجلة الالتزامات والعقود فتعين رد هذا المطعن لعدم وجاهته .

عن المطعن الثاني المتعلق بالحكم بأكثر مما طلب الطرفان :

حيث تمسكت الطاعنة بان المحكم قضى باكثر من الطلب حين مكن المطعون ضدها من المكرى خال

من كل الشواغل والحال ان الطلب انصب على إنهاء العلاقة بالفسخ او الانفساخ لا غير .

وحيث اجابت محكمة الحكم المنتقد على هذا الدفع بالقول إن الطاعنة :"تمسكت ... أيضا بان القرار التحكيمي قد شمل امورا لم يقع طلبها اذ قضى باخراج الطاعنة من محل النزاع والزامها بارجاع البحيرة للمدعية خالية من كل الشواغل وفي ذلك مخالفة للفصل 42 مكن من م ت ح الفقرة الثالثة .

وحيث نص الفصل 336 من م اع انه " اذا فسخ الالتزام عاد الطرفان الى ما كانا عليه عند التعاقد ويجب حينئذ على كل منهما ان يرد لصاحبه ما قبضه منه بموجب العقد المذكور أو من جرائه ".

وحيث يترتب عن الفسخ ارجاع الحالة الى ما كانت اليه قبل التعاقد .

وحيث ان التمكين من المركز ترتيبا لاثر الانفساخ هو نتيجة حتمية لذلك الجزاء ولا يمكن ان يعد من قبيل الحكم باكثر مما طلب طالما ان التمكين من المكرى وتسليمه شاغرا من كل الشواغل معتبرا اثرا قانونيا حتميا لجزاء الانفساخ ".

وحيث ان تعليلا مستساغا ومنطقيا كهذا لا يوجد في مطعن الضد ما يوهنه .

وحيث أجمع فقه القضاء والفقه على ان التمكين من المكرى او المبيع ترتيبا لاثر الفسخ او الانفساخ او البطلان هو نتيجة حتمية لذلك الجزاء ولا يمكن ان يعد من قبيل الحكم باكثر من الطلب وللتدليل فقط يراجع فضلا :

القرار المبدني الصادر برئاسة المرحوم "ع.ق" تحت عدد 5032 مؤرخ في 09-10-1980 نشرية محكمة التعقيب عدد 2سنة 1981 والذي جاء فيه :

حيث ان تصريح المحكمة باخراج الطاعن من المخبزة بعد انقضاء بفسخ الشركة انا هو نتيجة حتمية

لحكمها بالفسخ نفسه ولا يعتبر قانونا قضاء منها بما لم يقع طلبه ... بل أن طلب الخروج يتضمن ضمنيا طلب الفسخ وهو ما ورد بالقرار التعقيبي الصادر برئاسة المرحوم "ع.ب" بتاريخ 06 ماي 1976 تحت عدد 620 نشرية محكمة التعقيب عدد 2 سنة 1977 والذي جاء فيه :" حيث أن الدعوى المرفوعة من المعقب عليها وان كانت في طلب الخروج من المكرى المدعى بشأنها الا انها تتضمن بصفة ضمنية طلب فسخ الكراء ضرورة ان طلب الخروج من المكرى انما يكون نتيجة لفسخ عقد الكراء بحيث يعتبر طلب الفسخ في صورة قضية الحال مطلوبا ضمنيا وتأسيسا على ذلك فان القرار المنتقد لما قضى فسخ الكراء وبالخروج من المكرى لا يعتبر أنه قد قضى بما لم يطلب منه ..."

وحيث فات الطاعنة ان من حسن تطبيق القانون ونجاعة الاحكام سواء القضائية او الخاصة ان ينفذ الحكم القضائي أو القرار التحكيمي انهاء للنزاع وهو ما أجمعت عليه كل التشريعات والاجتهادات الفقهية باعتبار ان العبرة بفصل النزاع لا بفصل الدعوى لان القرار التحكيمي الذي لا ينهي الخصومة ويحسم النزاع يعد في حكم المعدوم فهل يعقل حينئذ ان يحكم المحكم في الفسخ ثم تلجأ المنوبة للقضاء او لمحكم آخر لطلب الخروج وتسليم العين الماجورة خالية من كل الشواغل.

عن المطعن الثالث المتعلق بالحكم بخلاف ما طلبه الضد :

حيث تمسك الضد بان المنوبة طلبت فسخ العقد فقضى المحكم بانفساخه .

وحيث من المغالطة الواضحة ان تدعي الطاعنة ان المحكم قضى بالانفساخ والحال ان المطعون ضدها لم تطلب ذلك .

وحيث تكفي مراجعة تقاريرنا سواء صلب عريضة افتتاح الدعوى او الملحوظات اللاحقة للتاكد من

أن المنوبة تمسكت كامل اطوار التداعي بطلب تفعيل نص العقد شريعة المتعاقدين والذي أشار صراحة صلب فصله 25 على انفساخ العقد في صورة الاخلال باداء معينات الكراء وقد اكدنا ذلك حرفيا صلب مواقعاتنا بالقول بان "عدم خلاص معينات الكراء يترتب عليه آليا انفساخ العقد وينحصر دور المحكم حينئذ في مجرد معاينة الانفساخ لا غير ".

وحيث أن تفعيل بند انفساخ العقد تنقضي به العلاقة التعاقدية حتى وان تم عرض معينات الكراء اخرى وان المعقب ضدها امتنعت عن ذلك (قرار تعقيبي مدني عدد 11026 مؤرخ في 09-05-1974) نشرية محكمة التعقيب عدد 2سنة 1975 " اذا تضمن عقد الكراء شرط فسخيا يقتضي الفسخ تلقائيا من اجل عدم الوفاء بمعين الكراء وماطل المتسوغ فعلا انفسخ العقد تلقائيا بمجرد المماطلة وعرضهم الكراء باحدى جلسات الحكم لا يجد به نفعا لان العقد انفسخ بمجرد المماطلة .

وحيث أضحى المطعن من هذه الناحية في غير طريقه وتعين رده كذلك .

عن المطعن الرابع المتعلق بخرق القواعد الاساسية للتحكيم وهضم حقوق الدفاع :

وحيث اتصالا بالمطعن المتعلق بالحكم بعدم الجواب على دعواها المعارضة فانه بالرجوع فقط الى الفرع الثاني من القرار التحكيمي بداية من الصفحة 56 يتضح وانه تمتن أو لكل فروع الدعوى المعارضة بإسهاب سواء ما تعلق منها بدعوى الانفساخ أو غرم الخسارة أو الاعفاء من الالتزامات تطبيقا لنظرية القوة القاهرة والامر الطارئ وةالعقد الرابط بين الطرفين أو طلب اعادة الاختبار .

وحيث أن المطالبة بالتنصيص على كل ما تناوله المحكم بخصوص جوابه على الدعوى المعارضة صلب

منطـــوق الحكـــم لا يقبلـــه أي منطـــق طالمـــا ان القـــرار التحكيمـــي لا يختلـف بخصـوص هـذا المعطـى عـن تحريـر لائحة الحكم القضائي .

وحيـث أضـحى المطعـن مـن هـذه الناحيـة غيـر وجيـه وتعين رده.

عن المطعن الخامس المتعلق بضعف التعليل :

بخصوص الاختبار :

حيـث أجابـت محكمـة الحكـم المنتقـد علـى هـذا المطعن قولا :

وحيـث اتضـح بـالرجوع الـى القـرار التحكيمـي ان السـيد المحكـم قـد اسـتعرض باسـهاب صـلب الصـفحات 50-51-52 مـن القـرار الهيئـات التـي تعلقـت بالاختبـار وتوصـل الـى نتيجـة تمثلـت فـي اسـتبعاد الاختبـار المجـرى بواسـطة "ع.ف" واعتمـاد الاختبـار الثـاني ا لمجـرى بواسـطة الخبيـر "م.ر" برمتـه نظـرا الـى تمسـك الطـرفين بنتيجته .

وحيـث لـم تـأت المطـاعن بمـا مـن شـأنه أن يـوهن القـرار التحكيمـي الـذي كـان مبنيـا علـى معطيـات واقعيـة وقانونيـة سـليمة وثبـت اخـلال الطاعنـة بواجـب اداء معينـات الكـراء عـن اسـتغلال بحيـرة تـونس الشـمالية منـذ بدايـة سـنة 2010 باقرارهـا الصـريح المسـجل عليهـا بواسـطة وكيلهـا القـانوني عنـد التحريـر عليـه مكتبيـا مـن المحكم وما تضمنته تقارير محاميها .

وحيـث أن محكمـة الحكـم المنتقـد تكـون قـد عللـت حكمهـا التعليـل السـليم خاصـة وان مـا افـرزه الاختبـار المطعـون فـي صـحته تضـمنه اقـرار الخصـيمة فـي مواضـع اخـرى مـن خـلال تقـارير نائبهـا وكـذلك مـن خـلال تقريـر الاختبار الثاني الذي تمسكت به المعقبة نفسها .

وحيـث فضـلا عمـا ذكـر فـان المنوبـة تسـجل ان هـذا المطعـن يكتسـي طابعـا موضـوعيا ولا يـدخل ضـمن اسـباب الطعـن بـالبطلان وفـق الـنص المتمسـك بـه مـن الطاعنـة

نفسه وحتى على فرض التسليم جدلا بقبول المطعن شكلا فانه من تعسف الخصمية بمكان على النص القانوني ان تعتبر تعليل المحكم بخصوص الاختبار خرقا للفصل 42 من مجلة التحكيم قولا بعدم اعتماد اتفاقية التحكيم او خروجا عن نطاقها طالما تقيد المحكم بطلبات المنوبة وبما خوله الشرط التحكيمي وبما تضمنته ملحوظات الخصيمة نفسها واقرار ممثلها القانوني بل وطلبته .

بخصوص القانون المنطبق على النزاع ومخالفة الشرط التحكيمي :

حيث عللت محكمة الحكم المطعون فيه حكمها بالقول أنه :" تبين بالرجوع الى القرار التحكيمي ان المحكم قد احسن التعاطي مع احكام الفصل 31 من الاتفاقية الرابطة بين الطرفين والتي يتضح من خلاله ان ارادة الطرفين اتجهت من حيث المبدأ الى تطبيق القانون التونسي وبصفة استثنائية خيرت المحكم في تجاوز القواعد القانونية بالاختيار الحل التوافقي بين الطرفين يقع فيه اعمال قواعد العدل والانصاف .

وحيث بخصوص عرض اجراء ا لصلح على المطعون ضدها امام هذه المحكمة تطبيقا لاحكام الفصل 44 من مجلة التحكيم فان المطلوبة (المطعون ضدها) اكدت على عدم جدوى اجراء الصلح ضرورة ان السيد المحكم قد استوفى كل الجهود ف يتقرير وجهات النظر الا ان الطاعنة لم تبد جدية في استعدادها للصلح وخلاص معينات الكراء .

وحيث اتضح بالرجوع الى القرار التحكيمي ان السيد المحكم قد استوفى المحاولة الصلحية سواء بجلسة المرافعة الاولى او عند التحرير على الطرفين بتاريخ 25 نوفمبر 2013 دون ان يتوصل الى حل توافقي بين الطرفين مثلما ثبت بالرجوع الى الصفحة 39 من القرار التحكيمي مما يكون معه طلب اجراء الصلح امام هذه

المحكمة غير ذي جدوى خاصة أن الطاعنة لم تدل بعرض جدي للصلح واتجه رد المطعن .

وحيث فضلا على سلامة هذا التعليل فان المنوبة تلفت نظر الجناب الموقف ان الشرط التحكيمي المضمن بالفصل 31 من العقد أعطى من خلال صياغته المرنة والمرنة جدا اليد الطولي للسيد المحكم تطبيق القانون التونسي والعدل والانصاف او اصدار حكم بالتوافق .

وحيث إضافة لما سبق فان تطبيق القانون التونسي على مثل واقع الحال لا يمنع من اعمال قواعد العدل والانصاف لان القانون التونسي يقتضي ذلك عملا بالفصل 243 من مجلة الالتزامات والعقود الذي ينص على انه "يجب الوفاء بالالتزامات مع تمام الامانة ولا يلزم ما صرح به فقط بل يلزم كل ما ترتب على الالتزام من حيث القانون او العرف او الانصاف حسب طبيعته "بمعنى ان تطبيق القانون التونسي يستتبعه ضرورة تطبيق قواعد العدل والانصاف ولا تعارض في ذلك مع الاجراءات التحكيمية ولا تناقض في حيثيات القرار التحكيمي بل أننا نتحدى الخصيمة ان كان بامكانها تحديد مدى يمكن للسيد المحكم تطبيق القانون التونسي ومتى يمكنه تطبيق الانصاف وفي أي موضع يمكنه اصدار حكم بالتوافق بمعنى ان النص أبقى على سلطته واجتهاده المطلق في فهم وتطبيق الشرط التحكيمي حسب عناصر وتطور النزاع وحيث لا رقابة عليه في ذلك طالما كان قراره معللا التعليل المفرط في الاسهاب وعليه نطلب من الجناب رد هذا المطعن كذلك .

وحيث يتبين من كل ما سبق ذكره وان الحكم المطعون فيه احسن تكييف الوقائع وتطبيق القانون ولم تات المعقبة صلب مستندات تعقيبها بما يوهن هذا الحكم واتجه رفض التعقيب أصلا .

المحكمة

عن المطعن الاول :

حيث انه بالرجوع الى احكام الفصل 24 من مجلة التحكيم الذي حددا اجلا اقصى للبت في النزاع وخول في نفس الوقت امكانية التمديد في ذلك الاجل اتفاقا ورجوعا الى الصفحة 38 من القرار التحكيمي فان الطرفان اتفقا على التمديد في الاجل مرتين طبق مقتضيات الفصل 24 المذكور وصدر القرار في الاجل القانوني وقبل انقضاء الاجل الممدد فيه واضحى هذا المطعن واهيا ولا أساس له من الصحة .

عن المطعن الثاني :

حيث لا خلاف وان المعقبة تستغل البحيرة بموجب عقد واذا ما تقرر فسخ العقد سواء بالرضاء او بالقضاء فان الطرفان يعود الى الحالة التي كانا عليها قبل العقد فالحكم بالزام المعقبة بتسليم البحيرة بعد حصول الفسخ هو نتيجة حتمية ولا يمكن اعتبار ذلك من قبيل الحكم باكثر مما طلبه الخصوم لان ذلك متماشيا واحكام الفصل 336 من مجلة الالتزامات والعقود لان الحكم او القرار لا بد ان تكون له قوة النفاذ وبالتالي فان هذا المطعن لا اساس له من القانون واتجه رده .

عن المطعن الثالث :

حيث ان إثارة هذا المطعن انما هو دليل على عدم مراجعة القرا رالتحكيمي كما يجب ضرورة انه رجوعا الى الصفحة 13 من القرار تبين بكل جلاء ان نائب المعقب ضدها الان تمسك بكون عدم خلاص معينات الكراء يترتب عليه آليا انفاسخ العقد وعليه فلا يحق القول بان الحكم قضى بما لم يطلبه الخصوم لان في ذلك تحريف للقرار التحكيمي الذي جاء براء من هذه المخالفة القانونية وتحتم استبعاد هذا المطعن ايضا .

عن المطعن الرابع :

حيث اذا جاز جدلا لهذه المحكمة القول وان المحكم قد أجاب عن الدعوى المعارضة اكثر مما جاب به عن الدعوى الاصلية بما انه خصص لها عدة

صفحات من قراره وتمعين فيها شكلا واصلا واطنب فيها فعلا فكان قراره جامعا مانعا لها والقول بخلافه يعد لغوا قانونيا يتحتم رده .

عن المطعن الخامس :

حيث سبق لهذه المحكمة بقرارها عدد 68 المؤرخ في 12 جوان 2001 ان بينت انه بالرجوع الى احكام الفصل 42 من مجلة التحكيم الذي حدد أسباب الابطال بصفة حصرية ان ضعف التعليل لا يعتبر سببا موجبا لإبطال القرار التحكيمي ولا يندرج تحت طائلة أي سبب من الاسباب الواردة بالفصل المذكور (يراجع الجديد في فقه القضاء منشورات مجمع الاطرش للكتاب المختص ص 80).

وحيث أن القرار الصادر عن الحكم الفرد لم يكن متناقضا في اجزائه ولم يتوصل الى حل اتفاقي لان المعقبة رفضت ذلك .

وبالتالي فانه لا وجود الى تضارب بين قواعد العدل والانصاف والشرط التحكيمي لان المحكم لجزء عن الوصول الى التوافق بين الطرفين .

وحيث يخلص مما سبق أن القرار التحكيمي لم يأت به ما يمكن ابطاله طبق احكام الفصل 42 من مجلة التحكيم وان القرار المطعون فيه الان قد علل قضاءه تعليلا سليما واقعا وقانونا ورد على كل المطاعن لجميع تفاصيلها وكان رده سليما ومستساغا مما بات لزاما معه على هذه المحكمة التصريح برفض التعقيب أصلا .

لذا ولهذه الاسباب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن .

وصدر هذا القرار يوم الخميس 26-5-2016 عن الدائرة المدنية الواحدة و العشرون متألفة من

رئيسها السيد عبد الحفيظ بوريقة والمستشارين السيد محمد لطفي الصيد والسيدة خولة قويدر بحضور المدعي العام السيد لطفي البدوي وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلال الدين العنتير .

وحرر في تاريخه -