الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل **الحمـد للّـه وحده،**

محكمــة التعقيــب

***عـ29449/2015 ــدد القضية**

تاريخ القرار 02 فيفري 2016

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 10 اوت 2015 والمرسم لدى هذه المحكمة تحت عدد 29449 من الاستاذ "ع. ك. م" المحامي لدى التعقيب

نيابة عن "ش. آ" في شخص ممثلها القانوني محل مخابرتها بمكتب المحامي الاستاذ "ع. ك. م".

من جهة

ضد "م. أ. ت. ق. غ. آ" في شخص ممثلها القانوني مقرها الاجتماعي بفضاء ي محاميها الاستاذ "ح. ح"

من جهة اخرى.

طعنا في القرار الاستئنافي الاستعجالي عدد 53878 الصادر بتاريخ 2013/10/28 عن محكمة الاستئناف بـ والقاضي نهائيا استعجاليا بقبول الاستئناف شكلا واصلا ونقض الحكم الابتدائي والقضاء مجددا برفض المطلب واعفاء المستانفة من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن اليها.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "ن. ج" حسب محضره عدد 11768 بتاريخ 7 سبتمبر 2015 .

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات و الوثائق المقدمة في 7 سبتمبر 2015 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 6 اكتوبر 2015 من الاستاذ "ح. ح" نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا ان سلم شكلا

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة و الرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز

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

من حيث الشكل

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع اوضاعه و صيغه 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 الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل المعقبة لدى محكمة البداية عارضة بواسطة محاميها انها انفقت مع المطلوبة المعقب ضدها في سبتمبر 2008 لتزويدها بمعدات الية جانب القيام باعمال صيانة لمعمل الاجر التابع لها وقد وقع تمكين المدعي عليها من كافة مبلغ الصفقة الا انها ماطلت ولم تنفذ التزاماتها بالرغم من التنبيه عليها بواسطة عدل التنفيذ "ك. ع" بتاريخ 2009/08/15 تحت عدد 4537 الا انها لم تحرك ساكنا.

ونص الفصل 15 من عقد المقاولة الرابط بين الطرفين انه في حالة حصول خلاف عند تطبيق او تاويل مقتضيات هذا العقد فان الاطراف يلتجؤون الى فض النزاع عن طريق هيئة تحكيمية لذلك فانها تطلب الحكم استعجاليا بتعيين محكم عن المطلوبة في النزاع القائم بينها حول تاويل وتنفيذ العقد المحرر في سبتمبر 2008.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 20445 بتاريخ 2013/03/14 يقضي ابتدائيا استعجاليا بتعيين الاستاذ المبرز في القانون الخاص "م. ش" مقره كلية العلوم القانونية والسياسية والاجتماعية محكما عن المطلوبة للبت في النزاع القائم بين الطرفين موضوع العقد المؤرخ في سبتمبر 2008 والمسجل بتاريخ 17 ماي 2010.

وحيث استانفت المدعي عليها الحكم الابتدائي.

فاصدرت محكمة الدرجة الثانية حكمها المضمن نصه بالطالع

فتعقبته المدعية في الاصل بواسطة محاميها استنادا للمطعنين التاليين:

المطعن الاول مخالفة القانون و سوء تاويله

قولا ان حكم محكمة الدرجة الثانية اتسم بمخالفة القانون وسوء تاويله للاسباب التالية:

مخالفة احكام الفصل 18 من مجلة التحكيم

حيث اعتبرت محكمة الحكم المطعون فيه ان الاستئناف كان مرفوعا في الاجل و ممن لها الصفة و كان مستوجبا لجميع اجراءات وفقا للفصل 130 وما بعده من م م م ت و تعين التصريح بقبوله.

وعلى خلاف ما جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه بخصوص التصريح بقبول الاستئناف شكلا فان الطعن في الاحكام الاستعجالية الخاصة بتعيين محكم غير ممكن بصريح الفصل 18 من مجلة التحكيم و الذي جاء به

" ... وعند تعذر الاتفاق بين الاطراف او بين المحكمين فان رئيس المحكمة الابتدائية الذي يوجد بدائرتها مقر التحكيم يتولى بناء على طلب احد الاطراف تعيين المحكم بقرار استعجالي غير قابل لاي وجه من اوجه الطعن مراعيا في ذلك المؤهلات المطلوب توافرها في المحكم و الاعتبارات لاستقلالية و حياده ... وتبعا لذلك فان الاحكام الاستعجالية الخاصة بتعيين محكم لا تقبل أي وجه من اوجه الطعن بصريح الفصل 18 من مجلة التحكيم و ذلك نظرا لخصوصية اجراءات التحكيم وهي اجراءات استثنائية بالنسبة للاجراءات الخاصة بالقضايا الاستعجالية العادية نظرا لان الغاية من ارساء التحكيم في فصل النزاعات بين الاطراف المتنازعة في اقصر الاجال بايسر الاجراءات .

وهذا النص صريح في ان القرار الاستعجالي القاضي بتعيين محكمة غير قابل لاي وجه من اوجه الطعن وقد وردت عبارته مطلقة بما يتجه الابقاء على

اطلاقها وكان على محكمة الاستئناف اصدار قرار برفض مطلب الاستئناف شكلا .

كما ان فقه قضاء محكمة التعقيب مستقر بخصوص عدم جواز الطعن في الاحكام الاستعجالية الخاصة بتعيين محكمة تكون محكمة الدرجة الثانية قد خالفت القانون في فصله 18 من مجلة التحكيم و اتجه طلب نقض حكمها لهذا السبب .

مخالفة احكام الفصل 242 من م م م ت والفصل 547 م ا ع

جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه ان " عبارات الفصل 15 من عقد المقاولة واضح في ترتيب المراحل التي يجب على طرفيها اتباعها عند نشاة خلافات بينهما بخصوص تاويل وتنفيذ العقد ففي مرحلة اولى يلتزمان بمحاولة فضها بصورة ودية واذا تعذر التوصل الى حل صلحي فالالتجاء الى التحكيم في مرحلة ثانية و في حالة تعذر الاتفاق على ذلك فان المحكمة الابتدائية تكون هذه المحكمة المختصة بالنظر في تلك النزاعات أي ان البداية تكون بطور صلحي فاذا تعذر ذلك فطور تحكيمي و اذا تعذر ذلك فطور قضائي ".

وجاء ايضا بحيثيات الحكم المطعون فيه ان " وحيث لم تدل المستانف ضدها بما يفيد احترامها للمراحل التي اتفقت عليها مع المستانفة اذ لا شيء بالملف يثبت لجوءها الى فض النزاع بصفة ودية كمرحلة اولى قبل اللجوء الى التحكيم بل بخلاف ذلك فقد ثبت من خلال ما حواه ملف القضية من مؤيدات عدم موافقتها على التحكيم و كانت تلتجئ مباشرة الى القضاء مخالفة بذلك لما اتفقت عليه ما معاقدتها وهو ما يمثل خرقا من جهتها لاحكام الفصل 15 من عقد المقاولة والفصل 242 من م ا ع.

ان ما عللت به محكمة القرار المطعون به حكمها فيه مخالفة للعقد شريعة الطرفين وسوء تاويل له باعتبار ان محكمة الحكم المطعون فيه قد تغاضت عن

وجود شرط اتفاق على التحكيم ملزم للطرفين وللقضاء العدلي كما تغاضت عن وجود حكم قضائي صادر عن المحكمة الابتدائية بتونس ضمن القضية عدد 26527 يقضي برفض الدعوى لوجود شرط تحكيمي كما تغاضت عن مطالبة المعقب ضدها ضمن القضية المذكورة بتطبيق الفصل 15 من عقد المقاولة و الفصل 19 من مجلة التحكيم.

ان محكمة الحكم المطعون فيه تغاضت عن كل ذلك واصبحت تبحث عن مدى تطبيق مراحل فض النزاعات المنصوص عليها بالفصل 15 من عقد المقاولة وخلصت الى ان منوبته هي من خالفت الفصل المذكور وبالتالي فانها قد اختارت القضاء العدلي دون التحكيم.

ونص الفصل 242 م ا ع انه " ما انعقد على الوجه الصحيح يقوم مقام القانون فيما بين المتعاقدين ولا ينص الا برضائهما او في الصور المقررة في القانون ".

وعلى خلاف ما جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه فان عبارات الفصل 15 من عقد المقاولة واضحة ولا يمكن الخروج بها عن مقصدها الحقيقي في جعل النزاع بين الطرفين من اختصاص الهيئة التحكيمية حتى وان قامت موكلته بتقديم قضية اصلية في تصحيح عقلة توقيفية انتهت بالرفض لعدم الاختصاص الحكمي فان ذلك لا يمنعها من تطبيق الفصل 15 شريعة الطرفين والالتجاء الى التحكيم لفض النزاع بينها و بين خصيمتها و يضيف دفاع المعقبة ان محكمة الحكم المطعون فيه عوض ان تطبيق العقد و تعتبر الشرك التحكيمي ملزما للطرفين و تقر عدم امكانية الحياد عن الالتزام التعاقدي بمشيئة احد الاطراف قامت بخرق العقد شريعة الطرفين و استبعدت تطبيقه بحجة ان احد الاطراف قد سعى الى نقض ما تم من جهته والحال ان ما يستخلص من جميع المؤيدات ان نية الاطراف متجهة لاعتماد التحكيم كسبيل لحل المشاكل المتاتية من تنفيذ او تاويل العقد الرابط بينهما وان من سعى في الاخير الى نقض ما تم من جهته وخرق العقد هي المعقب ضدها التي بعد ان طالبت بتطبيق الفصل 15 من عقد المقاولة تريد الان التفصي من الالتزام التعاقدي.

ان ارادة الاطراف تعززت من خلال مطالبة المطلوبة بتطبيق الفصل 15 من عقد المقاولة بمناسبة القضية عدد 26527 المرفوعة سابقا من قبل موكلته في اطار تصحيح عقلة توقيفية كما تعززت من خلال مطالبتها للمدعي عليها تعيين محكم تنفيذا للفصل 15 من عقد المقاولة وهو نفس طلب هذه الاخيرة الذي استجابت له المحكمة ورفضت القضية عدد 26527 المرفوعة سابقا من قبل موكلته في اطار تصحيح عقلة توقيفية و ذلك لوجود شرط تحكيمي كانت المطلوبة تمسكت به وطالبت بتطبيق احكام الفصل 19 من مجلة التحكيم بناء على وجود شرط تحكيمي بالعقد الرابط بين الطرفين أي ان الشرط التحكيمي بالنسبة لها موجب التطبيق وهو اقرار منها بان الاختصاص هو لهيئة تحكيمية و يلاحظ دفاع المعقبة ان موقف موكلته السابق لا يقيد الهيئة التحكيمية ولا منوبته التي بعد ان ارتات ان القضاء التحكيمي هو المختص قات بتقديم دعواها طبق اجراءات الفصل 15 من العقد شريعة الطرفين لذلك فانها لم تستانف الحكم المذكور خاصة وان رفع دعوى مدنية او جزائية سابقة لم يصدر في شانها احكام باتة في الاصل اتصل بها القضاء لا يمنع منوبته من اعادة القضية امام هيئة تحكيمية مختصة باقرار نفسها وهي لا تلزم الهيئة التحكيمية ولا رئيس المحكمة الابتدائية باعتبار ان الاختصاص الحكمي يهم النظام العام مع الملاحظة ان رفع دعاوي جزائية تتعلق بافعال موجبة لعقاب جزائي لا يمكن ان تكون من اختصاص هيئة تحكيمية و لا يمكن التعلل بها لاستبعاد تطبيق احكام الفصل 15 من عقد المقاولة الملزم للطرفين.

وقد كان موقف المطلوبة متناقضا اذ تتمسك مرة بالشرط التحكيمي المنصوص عليه بالفصل 15 من العقد صلب تقارير ضمن قضايا اخرى كانت منشورة بين الطرفين و في مرة اخرى تتمسك بموقف رافض للتحكيم يستند الى موقف موكلته ضمن قضية معينة لها خلفياتها و في ذلك تلاعب ايدته محكمة الحكم المنتقد.

ان اعتراض المطلوبة على عرض النزاع على هيئة تحكيمية وعلاوة على انه لا يمكن ان تكون له اثار باعتبار ان الشرط التحكيمي واضح فانه يعد

مخالفا لاقرارها الصريح بان الاختصاص هو لهيئة تحكيمية و تمسكها بذلك امام المحاكم العدلية وهو ما يجعل من قواعد مجلة التحكيم هي المنطبقة وهو ما دفع منوبته الى الالتجاء لتعيين محكم ثم هيئة تحكيمة وبالتالي لا مجال للتمسك بالمحاكم العدلية من محكمة الحكم المطعون فيه لان ارادة الاطراف واضحة في اختيار التحكيم لحل كل النزاعات التي ستحصل بينهما بخصوص تاويل و تنفيذ العقد الرابط بينهما لذلك صح القول ان محكمة القرار المطعون فيه خالفت باحكام الفصل 15 من عقد المقاولة شريعة الطرفين و بالتالي خالفت احكام الفصل 242 من م ا ع.

وذهب فقه قضاء محكمة التعقيب الى عدم اختصاص القضاء العدلي للتعهد بالنزاع طالما ان هنالك اتفاقية تحكيم فقد جاء مثلا بالقرار التعقيبي المدني عدد 7732 المؤرخ في 2006/03/30 ما يلي "عند وجود اتفاقية تحكيم فان هيئة التحكيم هي المختصة بالنظر ولا يتسنى للقضاء العدلي التعهد بالنزاع ما دامت هذه الاتفاقية غير واضحة البطلان الا في صورة عدم مباشرة هيئة التحكيم لاعمالها و ذلك فقط بالنسبة للامور المتاكدة التي تستوجب اتخاذ وسيلة وقتية طبق شروط الفصل 201 م م م ت".

ومن جهة اخرى فقد جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه "ان المستانف ضدها لم تدل بما يفيد احترامها للمراحل التي اتفقت عليها مع المستانفة اذ لا شيء بالملف يثبت لجوءها الى فض النزاع بصفة ودية كمرحلة اولى قبل اللجوء الى التحكيم.

وعلى خلاف ما جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه فان القيام بانذار المطلوبة بوجوب الايفاء بالتزاماتها وردها صلب محاضر تنبيه بانها نفذت التزاماتها يكفي للجوء الى التحكيم باعتبار ان ذلك يعني عدم وجود سبيل لحل الخلاف وديا الى جانب ذلك فان عديد القضايا الجزائية المرفوعة بين الطرفين تدل على عدم وجود حل ودي بين الطرفين.

وللجدل فقط فانه وبعد القيام بتعيين خبير لتحديد مدى تنفيذ المطلوبة لالتزاماتها من عدمه وفي اطار التوفيق بين الطرفين لايجاد حل ودي خلص

الخبير انه لا وجود لصلح بين الطرفين ما يؤيد ذلك صفحة 4 من الاختبار ومحضر الجلسة المؤرخة في 2009/10/13 ملحق بالاختبار بين صفحة 50 والصفحة 52 من الاختبار .

وقد خلص محضر الجلسة المؤرخ في 2009/10/13 الى عدم وجود حل ودي وقد صادق ممثلا الطرفين على ذلك.

وتبعا لذلك فقد كان على محكمة الحكم المطعون فيه ان تبحث عن ارادة الاطراف الحقيقية و ان تحكم باقرار الحكم الابتدائي القاضي بتعيين محكمة تطبيقا للعقد شريعة الطرفين ولطلبات الاطراف.

المطعن الثاني تحريف الوقائع و ضعف التعليل

قولا ان حكم محكمة الدرجة الثانية اتسم بتحريف الوقائع وضعف التعليل للاسباب التالية :

عللت محكم القرار المطعون فيه نقضها للحكم الاستعجالي عدد 20445 بان موكلته لم تدل بما يفيد احترامها للمراحل التي اتفقت عليها مع المستانفة و ان التجائها للقضاء العدلي يدل على نقضها الاتفاق وسعي الى نقض ما تم من جهتها تطبيقا للفصل 547 م ا ع

وعلى خلاف ما جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه ان القول ان منوبته هي من خالفت احكام الفصل 15 من عقد المقاولة والفصل 242 من م ا ع تحريف صارخ للوقائع و ضعف تعليل باعتبار ان المطلوبة هي من سعت الى نقض ما تعهدت به بموجب الفصل 15 من عقد المقاولة وما طالبت به امام المحكمة العدلية بموجب القضية عدد 26527 ذلك انها التزمت باللجوء الى التحكيم و طالبت به وادت طلباتها الى رفض دعوى منوبته المعقبة حاليا فقد استجابت المحكمة لطلب المدعي عليها ورفضت القضية وذلك لوجود شرط تحكيمي كانت قد اثارته وطالبت بتطبيق احكام الفصل 19 من مجلة التحكيم بناءا على وجود شرط تحكيمي بالعقد الرابط بين الطرفين أي ان الشرط التحكيمي بالنسبة لها موجب التطبيق و بالتالي يصبح محل اتفاق الان بين الطرفين و لم تستانف موكلته الحكم المذكور موضوع القضية عدد 26527 باعتبار تاكدها ان

القضاء العدلي غير مختص تبعا للشرط التحكيمي المنصوص عليه بالعقد شريعة الطرفين وهو اقرار منها بان الاختصاص هو لهيئة تحكيمية.

وحيث والى جانب ذلك فان من قام بالقضايا الاستعجالية هو المطلوبة و ليس منوبته على خلاف ما جاء بحيثيات الحكم المطعون فيه و يضيف دفاع المعقبة ان مطالب الاذن على عريضة في اجراء اختبار او اختبار تكميلي لا يمكن ان يدلا على عدم اعتراف منوبته ببند الشرط التحكيمي تطبيقا لاحكام الفصل 19 نفسه باعتبار ان هيئة التحكيم لم تباشر اعمالها بعد كما ان رفع دعاوي جزائية تتعلق بافعال موجبة لعقاب جزائي لا يمكن ان تكون من اختصاص هيئة تحكيمة ولا يمكن التعلل بها لاستبعاد تطبيق احكام الفصل 15 من عقد المقاولة الملزم للطرفين .

وقد كان موقف المدعي عليها متناقضا اذ انه في مرة يتمسك بالشرط التحكيمي المنصوص عليه بالفصل 15 من العقد صلب تقارير ضمن قضايا اخرى كانت منشورة بين الطرفين وفي مرة اخرى يتمسك بموقف رافض للتحكيم و يستند الى موقف المنوبة ضمن قضية معينة لها خلفياتها وفي ذلك تلاعب ايدته محكمة الحكم المنتقد و بذلك ان الاعتراض على عرض النزاع على هيئة تحكيمية هو الذي يعتبر خرقا للفصل 15 من عقد المقاولة و للفصل 242 م ا ع باعتبار ان الشرط التحكيمي واضح وهو يعد كذلك مخالفا لاقرارها الصريح بان الاختصاص هو لهيئة تحكيمية وتمسكها بذلك امام المحاكم العدلية وهو ما يجعل من قواعد مجلة التحكيم هي المنطبقة وهو ما دفع منوبه الى الالتجاء لتعيين محكمة ثم هيئة تحكيمية والقول بخلاف ذلك فيه تحريف للوقائع وضعف في التعليل وبالعكس تماما فان قيام موكلته برفع الامر الى المحكمة سعيا منها لتكوين هيئة تحكيمية يعد التزاما للعقد وتكريسا لموقف القضاء الذي رفض البت في الاشكال الحاصل باعتبار وجود شرط تحكيمي واستجابة لطلبات المعقب ضدها نفسها .

وطلبت المعقبة في خاتمة المستندات النقض مع الاحالة .

وحيث رد الاستاذ "ح" المعقب ضدها على ما ورد بمستندات التعقيب كما يلي :

اولا سوء تاويل احكام الفصل 18 من مجلة التحكيم لعدم انطباق النص المذكور على دعوى الحال باعتبار ان النزاع لا يخص اختلاف الطرفين على تسمية المحكم وانما يخص النزاع حول مبدا اللجوء الى التحكيم او للقضاء العدلي لفض الخلاف تطبيقا لاحكام الفصل الخامس 05 من عقد الصفقة

اقتضى الفصل 18 من مجلة التحكيم انه " في صورة تعذر الاتفاق بين الاطراف او بين المحكمين على تسمية محكم فان رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها التحكيم يتولى تعيين محكم بقرار استعجالي غير قابل لاي وجه من اوجه الطعن".

و يؤخذ من هذا النص ان مجال تطبيق احكام الفصل 18 من مجلة التحكيم بخص الوضع الذي

1. يتفق الاطراف على اللجوء الى التحكيم ولا ينازعون في ذلك
2. يختلفون او يختلف المحكمون في تسمية المحكم الثالث

وبالنسبة للنزاع القائم بين الطرفين في دعوى الحال فيخص الخلاف في تاويل وتطبيق احكام الفصل 15 من عقد الصفقة من حيث مبدا اللجوء الى التحكيم في حد ذاته ولا يخص الاختلاف على اختبار شخص المحكم.

وقد نازعت منوبته في مبدا اللجوء الى التحكيم ورفضت تسمية محكم عنها منذ البداية وقبل نشر دعوى تسمية المحكم مع مبرراته و ذلك بمقتضى رقيم عدل التنفيذ "خ. ك" عدد 20882 بتاريخ 14 ديسمبر 2012.

ان تمسك المعقبة بعدم جواز الطعن في القرار الاستعجالي القاضي بتسمية محكم انبنى على سوء تاويل لاحكام الفصل 18 من مجلة التحكيم باعتبار ان النزاع القائم بين الطرفين يخص تاويل الفصل 15 من عقد الصفقة من حيث مبدا اللجوء الى التحكيم لفض الخلاف ولا يتعلق بنزاع حول اختبار شخص المحكم الذي لا يقبل أي طعن بالاستئناف.

ان محكمة الاستئناف حينما قضت بنقض الحكم الابتدائي تكون قد وقفت على حقيقة النزاع من كونه يتعلق بخلاف حول مبدا اللجوء الى التحكيم كاجراء لفض الخلافات ولا يتعلق بخلاف حول تعيين محكم من قبل موكلته التي نازعت بصفة ثابتة و قبل رفع المطلب في اللجوء الى اجراءات التحكيم و بات بالتالي قضاء محكمة الاستئناف في طريقه وانبنى على حسن تطبيق للقانون.

ويتحصحص مما سبق ان طعن المعقبة في الحكم الاستئنافي على اساس احكام الفصل 18 من مجلة التحكيم وتمسكها بعدم قابلية القرار القاضي بتسمية محكم لاي وجه من اوجه الطعن يكون مؤسسا على سوء تاويل لاحكام الفصل المذكور لعدم انطباقه على النزاع ومؤسس على تحريف فاضح لحقيقة الخلاف القائم بين الطرفين والذي يتعلق حول مبدا اللجوء الى التحكيم من عدمه ولا علاقة له بخلاف حول تسمية محكم.

ثانيا وجاهة الحكم المعقب لحسن تطبيقه لاحكام الفصلين 242 و 547 م ا ع و حسن تاويله لاحكام الفصل 15 من عقد الصفقة لانعقاد الاختصاص الحكمي لمحكمة الابتدائية بالنظر في النزاعات التي قد تنشا بين الطرفين لعدم اتفاق الطرفين على اللجوء الى التحكيم واقرار المعقبة بذلك بمناسبة الدعوى المدنية المرفوعة من طرفها موضوع القضية عدد 26527 السابق نشرها امام محكمة الابتدائية.

لقد علل القرار المعقب قضاءه بما يلي

"... وحيث اسست المستانفة طلبها هذا على خرق محكمة البداية احكام الفصلين 242 م اع و 15 من عقد المقاولة بمقولة عدم اتفاق الاطراف على اللجوء الى التحكيم.

وحيث يتضح من اوراق القضية ان المدعية في الاصل قامت امام محكمة البداية عارضة انه نشب خلاف بينها وبين المدعي عليها بخصوص تاويل وتنفيذ عقد المقاولة الرابط بينهما و فض هذا الخلاف قامت بتعيين محكم من جهتها وطلبت تعيين محكم عن المدعي عليها مستندة في ذلك الى احكام الفصل 15 من العقد الرابط بينهما.

وحيث نص الفصل 15 المشار اليه ان البائع و المشتري يلتزمان بتسوية الخلافات التي قد تنشا بينهما بخصوص تاويل و تنفيذ العقد بصفة ودية و في صورة عدم الاتفاق على ذلك فان الطرفين يلتجئان الى التحكيم و اذا تعذر الوصول الى اتفاق فان محكمة تونس الابتدائية تكون هي المختصة بفض النزاعات.

وحيث ان العقد متى نشا صحيحا يكون ملزما لطرفيه تطبيقا لاحكام الفصل 242 م ا ع التي اقتضت ان ما انعقد على الوجه الصحيح يكون مقام القانون بين طرفيه.

وحيث ان عبارات الفصل 15 من عقد المقاولة واضح في ترتيب المراحل التي يجب على طرفيه اتباعها عند نشاة خلافات بينهما بخصوص تاويل وتنفيذ فيف مرحلة اولى يلتزمان بمحاولة فضها بصورة ودية و اذا تعذر التوصل الى حل صلحي فالالتجاء الى التحكيم في مرحلة ثانية و في حالة تعذر الاتفاق على ذلك فان المحكمة الابتدائية بتونس هي المختصة بالنظر في النزاعات أي ان البداية تكون بطورصلحي فاذا تعذر ذلك فطور تحكيمي واذا تعذر فطور قضائي.

وحيث لم تدل المستانف ضدها بما يفيد احترامها للمراحل التي اتفقت عليها مع المستانفة اذ لا شيء بالملف يثبت لجوءها الى فض النزاع بصفة ودية كمرحلة اولى قبل اللجوء الى التحكيم بل بخلاف ذلك فقد ثبت من خلال ما احتواه ملف القضية من مؤيدات عدم موافقتها على التحكيم و كانت تلتجئ مباشرة الى القضاء مخالفة بذلك لما احتواه ملف القضية من مؤيدات عدم موافقتها على التحكيم و كانت تلتجئ مباشرة الى القضاء مخالفة بذلك لما انفقت عليه مع معاقدتها وهو ما يمثل خرقا من جهتها لاحكام الفصل 15 من عقد المقاولة والفصل 242 م ا ع.

وحيث ان من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه طبقا لما اقتضته احكام الفصل 547 م ا ع.

وحيث ان محكمة البداية و لما قضت بتعيين محكم عن المستانفة دون التثبت من مدى مطابقة ذلك لارادة الطرفين المنصوص عليها صلب العقد واحترام المستانف ضدها لما كانت الزمت به تكون قد اساءت فهم الوقائع و تطبيق القانون بما يتعين معه نقض حكمها والقضاء مجددا برفض المطلب.

وهكذا كان القرار المعقب وجيها لحسن تاويله لاحكام الفصل 15 من عقد الصفقة و لحسن تطبيقه لاحكام الفصلين 242 و 547 م ا ع ولانعقاد الاختصاص الحكمي لمحكمة الابتدائية للنظر في النزاعات التي قد تنشا بين الطرفين.

حسن تاويل وتطبيق القرار الاستئنافي لاحكام الفصل 15 من عقد الصفقة و لاحكام الفصلين 242 و 547 م ا ع

اقتضى الفصل 15 من عقد الصفقة الرابط بين الطرفين الاتي نصه

"يلتزم البائع والمشتري على فض الصعوبات التي قد تنشا عن تاويل او تنفيذ العقد وديا وفي صورة استحالة الاتفاق الودي فانه يقع اللجوء الى التحكيم و في صورة عدم الاتفاق فان المحكمة الابتدائية بتونس هي التي تكون مختصة بالنظر."

وقد احسن القرار الاستئنافي في تاويل الفصل المذكور حيث اكد ان عباراته واضحة في ترتيب المراحل التي يجب على الطرفين اتباعها عند الخلاف بينهما وهي مراحل ثلاثة

1. المرحلة الاولى يلتزم الطرفان بمحاولة فض النزاع وديا
2. المرحلة الثانية في صورة تعذر التوصل الى حل صلحي يقع الالتجاء الى التحكيم
3. المرحلة الثالثة في حالة تعذر الاتفاق على التحكيم فان المحكمة الابتدائية بتونس هي المختصة بالنظر في تلك النزاعات.

كما اكد القرار المذكور ان المعقبة لم تحترم المراحل التي وضعها الفصل 15 من عقد المقاولة و التي هي ملزمة به وفقا لاحكام الفصل 242 م ا ع

خالصا الى انه من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه طبقا لما اقتضته احكام الفصل 547 م ا ع.

سبق اقرار المعقبة بانعقاد الاختصاص الحكمي للقضاء العدلي لفض النزاع القائم بين الطرفين تاسيسا على احكام لفصل 15 من عقد الصفقة

سبق للمعقبة ان رفضت اللجوء الى التحكيم وتمسكت بالاختصاص الحكمي للمحاكم العدلية و لمحكمة الابتدائية على وجه الخصوص و اقرت ذلك اقرارا صريحا ذلك بمناسبة القضية التجارية عدد 26527 وثيقة 11 حسب العريضة المبلغة بواسطة عدل التنفيذ "ن. ج" موضوع رقيمه بتاريخ 08 ماي 2010 متمسكة بان المحكمة الابتدائية بتونس هي وحدها المختصة للنظر في النزاع طبقا لمقتضيات الفصل 15 من عقد الصفقة كيفما جاء بتقرير محاميتها الاستاذة "م. ع" المؤرخ في 17 جوان 2010 والمقدم بجلسة يوم 22 جوان 2010 حيث اكدت

"وحيث علاوة لذلك فان الفصل 15 من العقد المذكور قد اشترط وجود اتفاق بين الطرفين والا فانه يقع الالتجاء الى القضاء العدلي لحل النزاع القائم بين الطرفين

وحيث ان الضد رفض الصلح و لم يكن هنالك أي اتفاق بين الطرفين

وحيث يتبين والحالة تلك ان شروط التحكيم غير متوفرة باعتبار بطلان شرط التحكيم لتنافيه مع احكام الفصل 17 من مجلة التحكيم وعدم وجود اتفاق بين الطرفين سلمنا جدلا بصحة الشرط التحكيمي

وحيث تكون محكمة الجناب مختصة للنظر في دعوى الحال".

ان موقف المعقبة كان واضحا وجليا منذ البداية ذلك انها تعتبر ان محكمة تونس الابتدائية هي المختصة وحدها للنظر في النزاع و ذلك لعدم الاتفاق على اللجوء للتحكيم عملا باحكام الفصل 15 من عقد الصفقة و انه في كل الاحوال فان الشرط التحكيمي بطل عملا باحكام الفصل 17 من مجلة التحكيم لعدم تحديد صراحة او دلالة على اسماء المحكمين وعلى تعيين موضوع النزاع.

و يتضح و الحال ما سبق انه طالما اختلف الطرفان على اللجوء الى التحكيم فان القضاء العدلي هو الذي يكون مختصا للتعهد بالنزاع عملا باحكام الفصل 15 من عقد الصفقة مضيفا ان اتفاء اختصاص التحكيم بين موكلته و المعقبة لا يمكن ان يكون محل خلاف سوى من حيث مبدا الالتجاء اليه او اجراءاته او من حيث اختبار محكمين.

و بذلك ان حكم البداية حينما قضى لصالح المطلب و اقر اللجوء الى اجراءات التحكيم يخالف ارادة الطرفين كيفما اتفق عليه صلب الفصل 15 من عقد الصفقة من وجود اتفاق مسبق بين الطرفين و يعبر عن رضاها بالالتجاء الى التحكيم و يتعارض كذلك مع احكام الفصل 242 باتفاق الطرفين اللذين عقدا اختصاص المحاكم العدلية لفض النزاعات والخلافات التي قد تنشا في صورة عدم الاتفاق على اللجوء الى التحكيم فان القرار المطعون فيه يكون قد اساء تطبيق القانون و الاتفاق واضحى بالتالي عرضة للنقض.

وان ما ورد بمستندات طعن المعقبة قد انبنت على تحريف صارخ للوقائع مما يجعلها على هذا الاساس لا تصلح لتوهن الحكم المنتقد الذي احسن تقدير الوقائع و اتجه رفض التعقيب.

المحكمة

عن المطعن الاول

حيث جاء بالفصل 18 من مجلة التحكيم انه "في صورة تعذر الاتفاق بين الاطراف او بين المحكمين على تسمية محكم فان رئيس المحكمة الابتدائية التي يوجد بدائرتها التحكيم يتولى تعيين محكم بقرار استعجالي غير قابل لاي وجه من اوجه الطعن ".

وحيث يؤخذ من هذا النص انه يتعلق بصورة اختلاف الاطراف او المحكمين في تعيين رئيس لهياة التحكيم ففي هذه الحالة يتم رفع طلب لرئيس المحكمة ممن له مصلحة و يكون قراره غير قابل للطعن اما صورة قضية الحال فتتعلق

بتعيين محكم عن احد الاطراف وهي غير الصورة الواردة بالفصل 18 المشار اليه لذلك تعين تجاوز هذا المطعن.

عن المطعن الثاني

حيث ان ما انعقد على الوجه الصحيح بين الطرفين يقوم مقام القانون بينهما عملا بالفصل ؤ242 من م ا ع.

وحيث انه من الثابت ان عقد المقاولة الرابط بين الطرفين حدد مراحل طريقه حل الخلافات والنزاعات بينهما اولها المرحلة الودية فان تعذر فالتحكيم فان تعذر فالقضاء .

وحيث ان ما جاء بالحكم المنتقد من ان ملف القضية حال مما يفيد استنفاذ المرحلة الصلحية في غير طريقه ذلك ان سلوك الطرفين التقاضي اسلوبا لفض النزاعات المتعددة بينهما يعد تجاوز منهما للمرحلة الصلحية الواردة بالفصل الخامس عشر من عقد المقاولة.

وحيث وزيادة على ذلك فقد ثبت بالرجوع الى اوراق الملف ان المعقب ضدها حاليا كانت قد تمسكت في القضية المرفوعة ضدها من المعقبة الان تحت عدد 26527 بالتحكيم لفض النزاع مع معاقدتها مما يؤكد تجاوزها للمرحلة الصلحية .

وحيث يؤخذ من ذلك ان الطرفين عدلا فعليا في احكام الفصل 15 من عقد المقاولة بما يسمح بالقول انهما اتفاقا على المرور مباشرة الى التحكيم متجاوزين بذلك المرحلة الصلحية.

وحيث ان محكمة الحكم المنتقد وباصرارها على حرفية الفصل 15 من عقد المقاولة تكون قد تجاوزت دون مسوغ مقنع لما اتجهت اليه ارادة الطرفين من مرور مباشر الى التحكيم وغض النظر عن المرحلة الصلحية فجاء حكمها خارقا للفصل 242 لذلك تعين نقضه مع الاحالة.

ولهاته الأسبـاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا و نقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف لاعادة النظر فيها مجددا بهيئة أخرى و اعفاء الطاعنة من الخطية و ارجاع معلومها المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى بجلسة يوم 2016/02/02 عن الدائرة المدنية الثانية المتالفة من رئيسها السيد ة و عضوية المستشارين السيدين و و بحضور المدعي العام السيد و بمساعدة كاتبة الجلسة السيدة .

وحرّر في تاريخــه