الجمهورية التونسية

وزارة العدل **الحمـد لله**

محكمة التعقيب

عدد القرار 66763

تاريخه :2018/12/03

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2018/08/02 تحت عدد 37763 من

الأستاذ "س.ق" المحامي لدى التعقيب

نيابة عن البنك "ف.ت" في شخص ممثله القانوني

مقره بحي النسيم نهج *** مونبليزير تونس

ضد "د.ط.م.م" في شخص ممثله القانوني

مقره **** قرطاج محاميه الأستاذ "م.ي.ط"

طعنا في القرار الاستئنافي عدد 99213 الصادر بتاريخ2017/12/06 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي نهائيا بقبول الاستئنافين الأصلي و العرضي شكلا وفي الاصل بإقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به طبق نصه و تخطئة المستأنف بالمال المؤمن و حمل المصاريف القانونية عليه و تغريمه في شخص ممثله القانوني لفائدة المستأنف ضده بأربعمائة دينارا (400 د) لقاء اتعاب التقاضي وكلفة الدفاع

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "أ.ج" حسب محضره عدد 23629 بتاريخ 2018/08/28

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 2018/08/31 حسب مقتضيات الفصل 185 م م م ت.

وبعد الاطلاع على ملحوظات ممثل النيابة العمومية الرامية الى طلب الحكم بقبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز

وبعد الاطلاع على التقرير المقدم من الأستاذ "م.ط" بتاريخ 2018/09/25

وبعد المفاوضة القانونية صرح علنا بما يلي:

من حيث الشكل

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا لجميع 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 الحكم المنتقد و الاوراق التي انبنى عليها ان المدعي في الأصل المعقب ضده الان قام لدى المحكمة الابتدائية بتونس عارضا انه دائن تجاه المدعى عليه بمبلغ الضمان النهائي بناء على كونه ضمان لأول طلب يؤسس على كتب الضمان النهائي المؤرخ في 2007/01/22 المقدم من شركة "س" في اطار الصفقة عدد 2006/36 المبرمة بينهما

و بعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة تونس الابتدائية بتاريخ 2015/12/15 حكمها في القضية عـ33877دد و القاضي ابتدائيا بالزام المدعى عليه في شخص ممثله القانوني بان يؤدي للمدعي في شخص ممثله القانوني المبالغ المالية التالية :

1-55511.388 دينار بعنوان مبلغ الضمان النهائي

2-الفائض القانوني الجاري على المبلغ المذكور بالنسبة التجارية بداية من تاريخ 2013/12/18 الى تمام الوفاء

3-300.000 دينار بعنوان اتعاب التقاضي واجرة المحاماة وحمل المصاريف القانونية على المدعى عليه وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها اصلا

فاستانفه المحكوم ضده واصدرت محكمة الاستئناف قرارها السابق تضمين نصه وعدده وتاريخه بالطالع فعقبه ناعيا عليه :

1-سوء تطبيق الفصول 116 و242 و246 م ا ع المؤدي الى الخطا في تحديد طبيعة الكتب سند القيام بمقولة ان كتب الضمان سند القيام لا يشكل ضمانا لأول طلب وذلك استنادا لما تضمنه من شرط مخالف لخصوصيات خطاب الضمان لأول طلب وشروطه ضرورة ان كتب الضمان سند القيام قد تضمن صراحة انه كفالة شخصية تضامنية وهو ما يؤدي الى اعتباره التزاما تابعا للالتزام المدين المكفول ويتاكد أيضا من خلال تضمين الكتب لشرط اتفاقي صريح لتفعيله وهو انتهاء الاشغال وتقديم رفع يد في اجل شهر من تاريخ التسليم النهائي للاشغال او تقديم المعقب ضده لما يفيد تقاعس معاقدته شركة "س" عن انهاء الاشغال وانه خلافا لما ذهبت اليه محكمة الحكم المطعون فيه فان شرطي الكفالة الذاتية والاستحقاق الفوري الواجب توفرهما في الضمان لأول طلب غير متوفرة مع كتب الضمان سند الدعوى ضرورة ان استحقاق الدين المضمن به هو مرتبط بكل وضوح بعناصر خارجية متصلة بتنفيذ الالتزام الأصلي وان تضمين الكتب لشرط تعليقي لتفعيل كتب

الضمان ينفي عنه طبيعة الضمان عند اول طلب ويصبح مجرد كفالة تضامنية على معنى الفصل 1478 م ا ع

2-هضم حقوق الدفاع بمقولة ان المعقب الان سبق له التمسك بصدور قرار عن القاضي المراقب يقضي بتعليق كافة عقود توطين الصفقات الى حين البت في مطلب التسوية دون الادلاء بما يفيد مآل ذلك المطلب رغم مضي حيز زمني وهو قرار لازال ساري المفعول وان مطالبة المعقب بالادلاء بمآله دون المعقب ضده فان في ذلك هضما لحقوق الدفاع موجب للنقض

3-ضعف التعليل بمقولة ان المحكمة لم تناقش الدفوعات المثارة امامها من المعقب ولم تسع الى البحث في الأساس القانوني للمطالبة باسترجاع مبلغ التسبقة بعنوان الضمان وفي وضع التكييف القانوني لعقد الضمان عند اول طلب واختلافه عن عقد الضمان العادي كما تجاهلت المحكمة تسمية الكتب – كفالة شخصية تضامنية – والشرط التعليقي لتنفيذه وهو ما يشكل ضعفا في التعليل وعليه طلب قبول قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض مع الإحالة

وحيث جوابا على مستندات الطعن لاحظ الأستاذ "ط" ان محاولة المعقب اقحام كتب الضمان في اطار كتب كفالة وضمان شخصي لا شيء يؤيده وهو مخالف لمضمون الكتب ولطبيعة الكتائب التي تسلمها البنوك وان الفقرة الرابعة من كتب الضمان جاءت واضحة وغير قابلة للتاويل وتتعلق بالخلاص لأول طلب وعليه طلب رفض التعقيب أصلا ان قبل شكلا .

المحكمة

عن كل الطاعن لوحدة القول فيها

حيث إنحصر النزاع بين طرفي التداعي حول تحديد طبيعة كتب الضمان سند الدعوى

وحيث تضمن كتب الضمان سند الدعوى تصريح البنك المعقب بإسناده كفالة شخصية تضامنية لفائدة المعقب ضده "د.ط.م.م" وان الضمان الصادر عنه ينتج آثاره عند اول طلب كتابي من المؤسسة المتعاقدة دون ضرورة توجيه انذار مسبق او أي تمشي اداري او قضائي من أي نوع

وحيث يقتضي الامر ابتداء التأكيد على ان الضمان عند أوّل طلب هو من التطبيقات التي إبتكرها العرف المصرفي لإيجاد ضمانات ناجعة موثوقة للخلاص وكرسه الفقه وفقه القضاء ويمكن تعريفه على أساس انه عقد تتعهد بموجبه مؤسسة بنكية بخلاص مبلغ مالي محدد لفائدة مستفيد عند أوّل طلب منه بالرجوع إلى كتب الضمان دون سواه مع عدم إمكانية تأجيل الدفع أو المنازعة فيها لأي سبب كان ، ومؤدى هذا التعريف هو أن خطاب الضمان لأوّل طلب يختلف عن الكفالة في مفهومها العام واحكامها الواردة بالفصول 1478 وما بعده م ا ع

وحيث لا خلاف في أنّ تكييف العقود وتحديد طابعها القانوني يتطلب من المحكمة التقيد بعبارات العقد وبمدلول معاني عباراته وبطبيعة موضوعه والسبب الذي يقوم عليه العقد ،وان التزام محكمة الأصل بهذه الموجبات يجعل قضاءها في منأى عن رقابة محكمة القانون

وحيث ثبت رجوعا الى مستندات الحكم المطعون فيه ان المحكمة كيفت كتب الضمان محل التداعي باعتماد المقاييس المبينة أعلاه واحكام الفصل 517 م ا ع التي اقتضت ان "فصول الكتب تؤول ببعضها بأن يعطى لكل منها المعنى الذي يقتضيه جملة الكتب وإذا تناقضت الفصول كان العمل بالمتأخر في نسق الكتابة " فتكييف كتب الضمان على أساس انه ضمان عند اول طلب يبرره ما تم التنصيص عليه بفقرته الرابعة منه ان دفع مبلغ الضمان يكون عند اول طلب كتابي من المؤسسة المتعاقدة دون ضرورة توجيه انذار مسبق او أي تمشي اداري او قضائي من أي نوع ، وهو ما يجعله بالضرورة خارج عن احكام الكفالة في مفهومها العام والواردة بفصول مجلة الالتزامات والعقود ويشكل كفالة من نوع خاص

وحيث ومن جهة أخرى فان اعتبار تنفيذ كتب الضمان سند الدعوى معلق على شرط تقديم شركة "س" رفع يد في اجل شهر من تاريخ انتهاء الاشغال ، لا يتعارض مع التكييف المسند من محكمة الحكم المطعون فيه للكتب المذكور ضرورة ان هذا المعطى يتعلق بإنقضاء الضمان الذي يصبح دون موضوع بعد وفاء صاحب الصفقة بكل التزاماته لا سيما وان الضمان الممنوح من البنك المعقب صدر في إطار صفقة عمومية تلزم البنك الضامن بالأداء وهو ما برر الإشارة الى اعتماد أحكام الفصلين 50 و53 من الأمر عدد 3158 لسنة 2002 المؤرخ في 2002/12/17 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية .

وحيث وبخصوص المطعن المتعلق بصدور قرار عن القاضي المراقب يقضي بتعليق كافة عقود توطين الصفقات فقد عللت محكمة الحكم المطعون

فيه عدم توقفها على هذا المعطى تعليلا مستساغا فكانت في منأى عن رقابة محكمة القانون وان قولها بان الطاعن المعقب الان محمول على الادلاء بمآل ذلك المطلب مبرر طالما انه الطرف الذي استدل به

وحيث يستروح من كل ما تقدم ان العبرة في تكييف العقد ليس عنوانه أو ما إتفق المتعاقدين على تسميته وإنما مضمون بنوده التي كانت واضحة الدلالة في كتب الضمان موضوع النزاع بانه كتب ضمان لاول طلب ، وان تكييفه على هذا النحو من قبل محكمة الحكم المطعون فيه كان على هدي من صحيح الواقع والقانون ولم يثبت انها انزلت بحكمها غير ذلك وعليه كان قضاؤها في منأى عن رقابة محكمة القانون واتجه لذلك رد كل المطاعن

ولهاته الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا و رفضه اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمن

صدر هذا القرار بحجرة الشورى بتاريخ **03 ديسمبر 2018** عن الدائرة المدنية الاولى المتركبة من رئيستها **السيدة نازك كادة** وعضوية المستشارتين **السيدتين هندة العلاقي ومريم البكوش** و بحضور المدعي العام **السيدة فيروز العباسي** و بمساعدة كاتبة الجلسة **السيدة عاندة البرقاوي.**

وحرر في تاريخه