الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

***عـ31156.2015ـدد القضيــة**

تاريخــه : 2016/2/10

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 10/22/ 2015 تـــحت عدد 26689 من الاستاذ "ع. ر" المحامي لدى التعقيب

نيــابة عــن: "ش. ت. ب" في شخص ممثلها القانوني

ضــد: "ش. م. ي. ل" في شخص ممثلها القانوني

مــحاميها الاستاذ "ع. أ. ت"

طعنا في القرار الاستئنافي المدني عدد 34639 الصادر بتاريخ 2012/11/23 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي : " قضت المحكمة بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الامر بالدفع المطعون فيه والقضاء مجددا بالرجوع فيه واعفاء الطاعنة من الخطية وارجاع المال المؤمن اليها وحمل المصاريف القانونية على المستانف ضدها ورفض الاستئناف العرضي موضوعا.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بواسطة عدل التنفيذ الاستاذ "ع. ح" حسب محضره عدد 118624 بتاريخ 11/19/ 2015.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه

وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 11/20/ 2015 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة في 2015/12/14 من الاستاذ "ع. أ. ت" نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الاحالة.

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

مـن حيـث الشكـل :

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 حيـث الاصـل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام الطالبة في الاصل (المعقبة حاليا) امام السيد رئيس المحكمة الابتدائية بارياـنة باستصدار امر بالدفع تحت عدد 7432 بتاريخ 2012/2/11 في الزام المطلوبة بان تؤدي لها:

1- خمسون الف دينار معين اصل الدين

2- الفوائض القانونية بداية من 2011/12/28 الى تمام الوفاء

3- 62.293دينارا مصروف محضر انذار بالدفع

4- 200.000 دينارا اجرة محاماة

وذلك استنادا الى كتب ضمان لاول طلب مؤرخ في 2008/10/21 وصل تفعيل الضمان ومحضر انذار بالدفع ومكتوب مؤرخ في 2011/5/27.

وحيث استانفت المحكوم ضدها الامر بالدفع المذكور استنادا الى عدم تسجيل كتب الضمان وان السند المذكور هو مجرد عمل صادر عن مستصدرة الامر بالدفع ولعدم ثبوت مديونية المستانفة للمنتفعة بالضمان.

وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها السالف تضمين نصه اعلاه تاسيسا على عدم اثبات البنك لمديونية المستانفة لفائدة "ش. إ. ج. و".

وحيث تعقبت المحكوم ضدها الطالبة في الاصل القرار الاستئنافي السالف الذكر ونعى عليه نائبها صلب مستندات طعنه:

- اولا: خـرق القانون:

قولا بان سند الدفع هو الضمان لاول طلب والمنظم بموجب احكام اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة الصادرة بتاريخ 11 ديسمبر 1995

والمصادق عليها بمقتضى القانون عدد 67 لسنة 1998 المؤرخ في 4 اوت 1998 واكد ان الفقه قد عرف الضمان لاول طلب بانه تعهد كتابي صادر عن البنك بدفع مبلغ معين بمجرد طلب المستفيد وهو مستقل عن العقد الاصلي الرابط بين صاحب الصفقة والمقاول او المستفيد وان فقه القضاء التونسي والفرنسي اقرا مبدإ استقلالية الضمان عن العقد الاصلي اعتبار ان عقود الضمان تتضمن التزاما بالدفع حالا ولاول طلب وهو التزام غير قابل للرجوع فيه وانه ومتى وقع تفعيل الضمان وجب على الضامن (البنك) ان يذعن للطلب بدون منازعة ولو صدر عن المدين اعتراض عن الخلاص وان الحكم المطعون فيه قد جانب الصواب لخرقه احكام التشريع المتعلق بطبيعة الضمان لاول طلب كالتزام مستقل عن العقد الاصلي من خلال خوضه في مسالة ثبوت الدين من عدمه مما يجعل القرار حريا بالنقض.

- ثـانيا: تحريف الوقائع:

قولا بان محكمة القرار المطعون فيه قد حملت المعقبة التزاما بالتحري في ثبوت المديونية قبل تفعيل الضمان لفائدة المستفيدة وهو ما يكون تحريفا لكتب الضمان الذي جاء بالفقرة 3 منه ان البنك يلتزم بدفع المبالغ التي سيصير المكفول مدينا بها وذلك بعنوان ضمان الخلاص عند او طلب كتابي صادر عن "ش. إ. ج. و" دون حاجة لانذار او القيام باي اجراء اداري او قضائي اي ان البنك لم يحمل اي التزام بالتحري حول المديونية وهو ما يتماشى مع طبيعة الضمان لاول طلب وان ذلك يعد تحريفا من المحكمة الوقائع وهو موجب للنقض.

- ثـالثا: هضم حقوق الدفاع:

قولا بان المحكمة لم تجب عن الدفع الجوهري المتعلق بفحوى المؤيدات المدلى بها وخاصة اصل كتب الضمان وطبيعته القانونية وهو ما يعد قصورا في التعليل وهضما لحقوق الدفاع طالبا نقض الحكم المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاصل للنظر فيها مجددا واعفاء المعقبة من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها.

وحيث رد نائب المعقب ضدها عن مستندات التعقيب بان محكمة القرار المطعون فيه لم تخرق اي تشريع وضعي وان ما قضت به يراعي خصوصية الامر بالدفع الذي يضيف عن القيام بالاعمال الاستقرائية اللازمة للقول بصحة الدين وتمسك بان الدفع بتحريف الوقائع مردود على المعقبة ضرورة انه جاء بكتب الضمان ان البنك يقوم بدفع المبلغ المزعوم اذا توفرت لديه حجة في مديونية المعقب ضدها وانه لا شيء بالملف يفيد ان البنك تحرى في خصوص

المديونية واكد ان المحكمة اطنبت في تعديل قضائها في الاجابة عن دفوعات المعقبة طالبا رفض التعقيب اصلا.

المحكمة

عن جملة المطاعن لارتباطها ووحدة القول فيها:

حيث نعت المعقبة على محكمة القرار المطعون فيه خرقها لاحكام اتفاقية الامم المتحدة المتعلقة بالكفالات المستقلة وخطابات الاعتماد الضامنة المصادق عليها من قبل الجمهورية التونسية.

وحيث ان الاتفاقية المذكورة تنطبق على التعهدات الدولية بصريح فصلها الاول وتحديدا المادة الاولى منه فهي تتعلق بالممارسة الدولية في مختلف الدول المصادقة عليها ولا تنظم المعاملات الخاصة بالافراد سواء كانوا ذواتا معنوية او طبيعية واتجه رد الدفع بخرق احكامها.

وحيث انه لا جدال في ان سند الامر الدفع هو كتب ضمان لاول طلب.

وحيث ان الضمان لاول طلب هو تعهد من مؤسسة بنكية بدفع مبلغ معين او قابل للتعيين للمستفيد دون قيد او شرط اذا طلب منه ذلك خلال المدة المعنية في كتب الضمان .

وحيث ان مؤسسة الضمان لاول طلب تقوم على مبدإ اساسي وهو الوفاء لدى اول طلب من المستفيد دون التمسك بدفوع مستمدة من علاقات اخرى بما في ذلك علاقة المديونية بين المدين الاصلي والمستفيد من الضمان وهو ما استقر عليه فقه القضاء المقارن (قرار محكمة التعقيب الفرنسية بتاريخ 2 فيفري 1988) (قرار محكمة النقض المصرية عدد 1189 بتاريخ 13 فيفري 1984) واقره الفقه.

وحيث ان ما انتهت اليه محكمة القرار المطعون فيه من تحميل للبنك لواجب التحقق من ثبوت المديونية قبل تفعيل الضمان يناقض طبيعة الضمان لاول طلب كما سلف الالماع اليه ويخالف مقتضيات كتب الضمان بتحميل البنك بما لم يتضمنه الكتب المذكور والذي نص في فصله الثالث على التزام البنك بدفع مبلغ الضمان للمستفيدة عند اول طلب منها دون تحميله لاي واجب للتحقق من المديونية.

وحيث اضحى القرار المطعون فيه ينطوي على تحريف للوقائع نتج عنه سوء تطبيق للاحكام المنظمة للامر بالدفع بخصوص وجوب اجراء ابحاث واستقراءات للتحقق من علاقة

المديونية بين المدين الاصل والـمستفيد من الضمان بـما يـجعله مستهدفا للنقض والاحالة.

ولــهذه الأسبـــاب

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا وفي الاصل بنقض القرار المطعون فيه واحالة القضـية علـى محكمـة الاستئناف بتـونس للنظـر فيهـا مجـددا بهيئـة اخـرى واعفـاء الطاعنـة مـن الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليها.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 10 فيفري 2016 عن الدائرة المدنيـة السابعة برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضـوية المستشـارتين السيدتين عفـاف عالشيخ وزكيـة الماجري وبمحضـر المـدعي العـام السيد الطـاهر العبيـدي وبمسـاعدة كاتبـة الجلسـة السيدة سنية عبداوي.

وحرر في تاريخه -