الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العــدل
محكمـــة التعقيــب
القـــرار عـ76359ـدد
تــاريخـه : 2002/05/30

المبدأ :

يؤخذ من أحكام الفصل 21 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية أن اختبار المقيمين لعملة أجنبية في تعاملهم جائز استثناء ويستوجب ترخيصا غير أن المشرع لم يشترط في ذلك الترخيص صيغة خاصة أو شكلا معينا وبالتالي فان البنود النقدية المدرجة صلب عقود القرض تعد صحيحة طالما ثبت الترخيص فيها وأوكل إسناده الى السلطة النقدية المتمثلة في البنك المركزي بعد استشارة وزير المالية.

إن تحديد منحة خطر الصرف يتوقف على شهادة من البنك المركزي في قيمة العملة مصدر تلك التمويلات وهذه خاضعة في انخفاضها أو ارتفاعها لتقلبات السوق النقدية التي لا يتحكم فيها المعقب وبالتالي فان القول بأن بند خطر الصرف موضوع المنازعة هو من بنود الإذعان وان المعقب ضده طرف ضعيف فيه لا أساس له.

نص القرار :

الحمد لله وحده،

أصدرت محكمة التعقيب بدوائرها المجتمعة القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المضمن تحت عـ76359ـدد والمقدم من طرف الأستاذ ب.ب يحي بتاريخ 9 نوفمبر 1999.

في حـق : البنك ق. س في شخص ممثله القانوني.

ضــد : الشركة م. ل في شخص ممثلها القانوني مقرها ب الحكم التجاري الصادر عن محكمة الاستئناف بتونس بتاريخ 1997/7/9 تحت عـ32193ـدد والقاضي بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بإبطال اتفاق الطرفين موضوع عقد القرض

المسجل في 1979/2/26 وملحقاته وذلك في خصوص تحميل المستأنفة خطر الصرف وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده.

وبعد الاطلاع على مستندات الطعن المبلغة نسخة منها للمعقب ضدها.

وبعد الاطلاع على جميع الوثائق التي يوجب تقديمها الفصل 185 م م م ت وعلى ملحوظات النيابة العمومية الرامية إلى قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا.

وبعد الاطلاع على قرار الدائرة التاسعة القاضي بإحالة القضية على السيد الرئيس الأول للنظر في امكانية احالتها على الدوائر المجتمعة.

وبعد الاطلاع على قرار السيد الرئيس الأول المتضمن دعوة الدوائر المجتمعة للانعقاد للبت في المسألة القانونية المختلف في شأنها وتعيين جلسة اليوم موعدا لذلك.

وبعد المفاوضة القانونية صرح بما يأتي:

مـن حيــث الشكــل :

حيث استوفى مطلب التعقيب جميع أوضاعه وصيغه القانونية لذلك فهو مقبول شكلا.

مـن حيـث الأصــل :

حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والأوراق التي انبنى عليها قيام المعقب ضدها لدى ابتدائية تونس عارضة أنها افترضت مبلغ 500،000،000 دينارا من البنك ق س بموجب عقد مسجل بتونس في 1979/12/26 نص الفصل الثاني منه على فائض متغير تراجع نسبته حسب قيمة الليبور (أي نسبة الفائض المعمول به في بنوك – لدن) كل ستة أشهر وذلك اعتمادا على شهادة من البنك المركزي التونسي كما نص الملحق المسجل بتونس في 1979/12/26 على ان القرض الاصلي أساسه أموال عمومية وضعت على ذمة البنك وأن خطر الصرف أي الفرق بين قيمة الدينار التونسي والعملة الاجنبية (أي العملة التي اقترضت بها الدولة الأموال) يتحمله المقترض سواء ارتفعت العملة الاجنبية أو انخفضت وبمقتضى ملحق ثان لعقد القرض المذكور آنفا مؤرخ في 1982/2/22 أعلم البنك ق.س العارضة بأنه أبرم بدوره عقد قرض بالريال السعودي مع مؤسسة سعودية تدعى البنك ق.ت وأن شروط هذا القرض أيسر من شروط العقد الاصلي ونص الملحق الثاني على أن المال المقترض موضوع عقد القرض المبرم بين المطلوب والعارضة متأت من القرض الذي تحصل عليه المطلوب من البنك س المذكور ونتيجة لذلك يتم تقدير قيمة الدين المتخلد بذمة العارضين بالعملة السعودية كما تضمن الملحق السالف الذكر التزام العارضة بدفع فائض ثابت قدره 11% (عوضا عن الفائض المتغير المتفق عليه صلب العقد الأصلي) وعلى دفع نسبة قدرها 1% على أساس اصل الدين وذلك لتغطية خطر الصرف ودفع الفارق بين قيمة الريال السعودي زمن ابرام العقد وقيمته عند تنفيذ العقد أي تحمل خطر الصرف من قبل العارضين لذلك فهي تطلب الحكم ببطلان الاتفاق الحاصل بين الطرفين في

خصوص خطر الصرف وذلك عملا بالفصل 21 من القانون المؤرخ في 21 جانفي 1976 والفصول 56 و1452 و1453 و325 من م ا ع.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة الدرجة الأولى حكمها عـ18703ـدد بتاريخ 1988/3/24 بعدم سماع الدعوى وإبقاء مصاريفها محمولة على من سبقها.

فاستأنفته المدعية.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة الاستئناف عـ83602ـدد بتاريخ 1990/4/4 بقبول الاستئناف شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي والقضاء من جديد بإبطال اتفاق الطرفين موضوع عقد القرض المسجل بتونس في 1979/12/26 وملحقيه المسجلين في 1979/8/27 و1982/2/22 وذلك في خصوص البند المتعلق بتحمل الطالبة بخطر الصرف وإعفاء المستأنفة من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليها وحمل المصاريف القانونية على المستأنف ضده.

فتعقبه البنك المحكوم ضده ناسبا له خرق الفصول 1090 و1456 و514 و515 من م.ا.ع و12 من م م م ت والفصل 4 من القانون عـ109ـدد المؤرخ في 18 أكتوبر 1958 والفصل 21 من قانون الصرف.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت محكمة التعقيب قرارها عـ37208ـدد بتاريخ 1994/12/21 بالنقض والإحالة فأعيد نشر القضية من جديد تحت عـ32193ـدد.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية أصدرت تلك المحكمة حكمها عـ32198ـدد المشار إليه اعلاه فتعقبه الطاعن للمرة الثانية ناسبا له ما يلي:

أولا : خرق الفصل 21 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية:

بمقولة أن محكمة الحكم المنتقد اعتبرت الاتفاق المتعلق بخطر الصرف باطلا لعدم توفر الترخيص المسبق على معنى الفصل 21 من م ص ت خ والحال أن تلك الرخصة لا تنطبق على النزاع الحالي ضرورة أنها تخص عمليات تصدير رؤوس الأموال ومقايضة الديون مع الخارج أو انشاء التزام قد ينتج عنه تحويل ولئن كان عقد القرض المبرم بين الطرفين متأتيا من أموال مكتتبة لدى البنك القومي التجاري السعودي إلا أنه يتعلق بمقيمين ولم يكن أحد أطرافه أجنبيا ولم تنتج عنه احدى العمليات المذكورة.

ثانيا : مخالفا الفصل 21 من م ص ت خ:

قولا بأن محكمة القرار اعتبرت أن رسالة البنك المركزي المؤرخة في 1997/9/26 لا تعتبر ترخيصا على معنى الفصل 21 من م ص ت خ وعللت موقفها بعدم توفر الشكل القانوني للترخيص بالاستناد إلى الفصل الأول من نفس المجلة فوقعت في خلط بين الرخصة والترخيص لما اعتبرت ان عقد القرض من العقود الشكلية والحال أن الترخيص الوارد بالفصل 21 م ص ت خ لم يعتبره المشرع كشرط صحة وانتهت بالتالي إلى أن الترخيص اللاحق لا عمل عليه.

فالفصل الأول نظم التعامل مع الخارج والرخصة المستوجبة بموجبه تتعلق بالعقد الذي يكون أحد طرفيه أجنبيا أو يكون موضوعه معاملة تستوجب تحويلا بينما الفصل 21 وأن تعلقت الفقرة الأولى منه بمكان انجاز الدفع بين المقيمين (البلاد التونسية) فان الفقرتين الثانية والثالثة منه قد اهتمتا بإنشاء الالتزام وطريقة الدفع واعتبرتا –مبدئيا- الدينار التونسي نقد التعامل في نشأة الالتزام وتنفيذه بدون ازاحة اختيار نقد آخر غير الدينار التونسي كعملة للتعامل بين المقيمين بشرط ترخيص البنك المركزي بعد استشارة وزير المالية.

وبالرجوع إلى عقد القرض يتبين أن طرفيه مقيمان وان النقد المتعامل به هو الدينار التونسي إذ أن منح المبالغ المقترحة تم بالدينار التونسي وتعهد المعقب ضده بموجب عقد القرض والملاحق التابعة به بإرجاع الاصل وتسديد الفوائض وتحمل خطر الصرف الناجم عن الفارق بين قيمة الدينار التونسي نقد التعامل والريال السعودي(مصدر القرض الممنوح له) بالدينار التونسي مما يجعل المعاملة خارجة عن إطار التحجير الوارد بالفقرة 2 من الفصل 21 من م ص ت خ وعلى الافتراض جدلا ان المعاملة التي تمت بين الطاعن والمعقب ضده تخضع لمقتضيات الفقرة الثانية من الفصل المذكور فإنها سليمة من كل العيوب الشكلية ضرورة أنه اشترط توفر الترخيص في التعامل المالي بين المقيمين كلما تعلق الامر باختيار نقد غير الدينار التونسي لكنه لم يحدد شكل الترخيص ولا مضمونه ولا حتى ان كان يجب أن يكون سابقا أو لاحقا بل اكتفى فقط بتحديد السلطة التي تصدر الترخيص وهي البنك المركزي وان استعانة محكمة القرار المنتقد بالفصل الأول من م ص ت خ لضبط مفهوم الترخيص الوارد بالفصل 21 لا يستقيم قانونا للاختلاف الهيكلي والوظيفي للسلطة التي يصدر عنها الترخيص والرخصة في كل من الفصلين الأول و21 من م ص ت خ وبالتالي فان تأسيس البطلان على أن تراتيب الصرف من متعلقات النظام العام أمر يدحضه القانون ضرورة أنه من المستقر في فقه وقضاء قانون المرافعات أنه لا بطلان بدون نص قانوني.

وخلافا لما انتهجته محكمة القرار المطعون فيه فان الفصل 21 من م ص ت خ لم يقيد البنك المركزي بفترة زمنية معينة لإصدار الترخيص وبذلك تكون الرسالة الصادرة عن البنك المركزي في 1987/9/4 ترخيصا يصادق على صحة الاتفاق المتعلق بخطر الصرف ضرورة أن البنك المركزي لما أصدر المكتوب المذكور اعتبره مصادقة على ما ورد بالمكتوب المؤرخ في 1977/9/26 وترخيصا على معنى الفصل 21 من م ص ت خ خاصة وأن المشرع قد أوكل له مهمة السهر على حسن تنفيذ السياسية النقدية للبلاد وأوكل الفصل 21 من قانون الصرف مهمة اصدار التراخيص لهذه المؤسسة وأطلق سلطتها دون أن يقيدها بشكل ولا محتوى ولا فترة زمنية معينة.

ثالثا : الخطأ في فهم الفصل 19 من القانون عـ51ـدد المؤرخ في 1967/12/7:

بمقولة أنه ترآى لمحكمة القرار المنتقد أن مخالفة الطاعن لتراتيب البنك المركزي وبالتالي خرقه لأحكام الفصل 19 من قانون 1967/12/7 تكمن في عدم التقيد بمحتوى الرسالة الصادرة

بتاريخ 1977/9/26 التي أوضح بمقتضاها البنك المركزي ووزير المالية للبنك المعقب أنه عليه أن يأخذ منحة لتغطية خطر الصرف فسوت بين منحة خطر الصرف ومنحة التأمين واعتبرت انه كان على البنك المعقب أن يبرم عقد تأمين لتغطية خطر الصرف حسبما هو معمول به دوليا ورأت ان الطاعن قد توسع في الشرط الذي أقرته سلطة الاشراف (البنك المركزي) ضمن رسالته الصادرة في 1977/9/26 كما توسع في تأويل كلمة منحة مما أدى بالبنك المذكور إلى عدم احترام محل العقد والحال أنه لا يمكن التسوية بين خطر الصرف ومنحة التأمين باعتبار أن الأول يخضع للتقلبات التي تطرأ على قيمة العملة بمفعول الظروف الاقتصادية العالمية والمحلية بينما منحة التأمين تحدد مسبقا من المتعاقدين فتكون محكمة الحكم المنتقد لما اعتبرت أن البنك المعقب قد توسع في منحة الخطر قد أخطأت في فهم رسالة البنك المركزي ذاتها باعتبار أنه يستحيل قانونا ضبط خطر الصرف في شكل منحة لتعذر تحديده والتنبؤ بمبلغه مسبقا.

وان الفصل 19 من القانون المؤرخ في 1967/12/7 الذي يلزم البنوك باحترام التراتيب المتخذة من البنك المركزي التونسي لا يمكن أن يكون إلا سندا للقضاء بصحة اتفاق خطر الصرف خاصة وأن البنك المركزي قد اعتبر برسالته المؤرخة في 1987/9/4 ان اتفاق خطر الصرف جائز وان الرسالة المذكورة تعتبر تصديقا لرسالة 1977/9/26 وان البنك الطاعن محق في استخلاص مبلغ خطر الصرف بالنسبة المتفق عليها.

رابعا : الخطأ في تأويل رسالة البنك المركزي الصادرة في 1987/9/4:

بمقولة أن محكمة القرار المخدوش فيه اعتبرت أن رسالة البنك المركزي الصادرة في 1987/9/4 جاءت لاحقة لتاريخ عقد القرض ونزعت عنها صبغة الترخيص الوارد بالفصل 21 من م ص ت خ والحال ان تلك الرسالة قد تضمنت توضيحا وتأكيدا لمحتوى الرسالة المؤرخة في 1977/9/26 وان التوضيح يأخذ حكم الاصل المراد توضيحه.

خامسا : الخطأ في تطبيق الفصل 117 م ا ع:

قولا أن محكمة الحكم المنتقد رأت أنه على فرض اعتبار رسالة البنك المركزي الصادرة في 1987/9/4 ترخيصا فان ذلك مخالف لأحكام الفصل 117 م ا ع دون أن تبين مظاهر المخالفة وبالرجوع إلى الفصل المذكور يتبين أن الاستحالة الواردة به لا تنطبق على نزاع الحال لأن خطر الصرف ليس من المحال التعاقد في شأنه خاصة وقد أقر القانون بذلك (21 م ص ت خ) وأكدت سلطة الاشراف المتمثلة في البنك المركزي ووزير المالية صحة الاتفاق عليه سيما وقد أقر الفصل 21 م ص ت خ امكانية التعاقد حول خطر الصرف وأوجب فقط توفر ترخيص البنك المركزي دون شرط شكلي أو موضوعي وقد رخص البنك المركزي اشتراط خطر الصرف بموجب الرسالة المؤرخة في 1977/9/26 وصادق على ذلك بالرسالة المؤرخة في 1987/9/4 واعتبر أن الاتفاق على خطر الصرف الحاصل بين الطرفين مرخص فيه على معنى الفصل 21 من م ص ت خ وبالتالي فان ما انتهجه البنك المركزي وهو السلطة المؤهلة قانونا بمفردها لإصدار التراخيص

يعتبر اجازة لتعاقد طرفي التقاضي المتعلق بخطر الصرف يدحض استحالة الفصل 117 م ا ع وينفي مخالفة القانون.

سادسا : الخطـأ في تفسير العقد:

قولا بأن محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت ان الطاعن قد خرق مبدأ حسن النية لما سعى في تنفيذ التزامه حسبما اقره هو دون موافقة الطرف الآخر في حين ان المعقب قد وفى بالتزامه المتمثل في منح مبلغ القرض أما خطر الصرف فان ضبطه خارج عن ارادة المتعاقدين لأنه وليد الظروف الاقتصادية والتقلبات التي تطرأ على قيمة العملة وبالتالي فان الحديث عن حسن النية في غير محله لأنه ذاتي يتعلق بإرادة الاطراف بينما تنفيذ الالتزام المتعلق بمبلغ خطر الصرف خاضع للظروف الاقتصادية خاصة وأن التعاقد تم بإرادة الطرفين وقد كانت ارادة المقترض سليمة من كل اكراه أو تهديد ولا يمكن للمعقب ان يحدد خطر الصرف مسبقا وكان على المقترض ان يكون حريصا على مصالحه.

المحكمة

عـن المطعنين الأول والثـاني:

حيث يؤخذ من احكام الفصل 21 من مجلة الصرف والتجارة الخارجية ان المعاملات النقدية بين المقيمين بالبلاد التونسية محجرة اذا تمت بغير الدينار التونسي الذي يتحتم ان يكون في تلك المعاملات وحدة للحساب والدفع إلا ان اختبار المقيمين لعملة اجنبية في تعاملهم جائز استثناء ويستوجب ترخيصا غير ان المشرع لم يشترط في ذلك الترخيص صيغة خاصة أو شكلا معينا وإنما أوكل إسناده إلى السلطة النقدية المتمثلة في البنك المركزي بعد استشارة وزير المالية وبالتالي فان البنود النقدية المدرجة صلب عقود القرض و التي يلتزم بمقتضاها المقيم المقترض بتحمل خطر الصرف تعد بنودا صحيحة طالما ثبت الترخيص فيها.

وحيث اتضح من الوثائق المظروفة بالملف ان عملية الاقتراض تمت بين مقيمين بتمويلات اجنبية وقد التزم المعقب ضده بتسديد منحة خطر الصرف" التي يعتمد في تقديرها العملة الاجنبية مصدر تلك التمويلات بعد ان تم الترخيص مسبقا في تلك العملية من البنك المركزي في 1977/9/26 وحصلت المصادقة عليه منه لاحقا بالمكتوب المؤرخ في 1987/9/4 والذي اوضح فيه ان ذلك الترخيص كان على معنى الفصل 21 من م ص ت خ مما يستخلص منه ان البند النقدي المتعلق بخطر الصرف كان مرخصا فيه من السلطة المؤهلة قانونا في اطار الاستثناء الوارد بالفصل المذكور وتكون محكمة القرار لما قضت بخلاف ذلك قد اساءت تطبيق القانون و اتجه قبول المطعنين.

عـن المطعنين الثـالث والـرابع :

حيث يتضح من الحكم المنتقد ان المحكمة التي اصدرته قد استخلصت ان الطاعن خالف تراتيب البنك المركزي لما اشترط منحة خطر الصرف" عوضا عن توظيف منحة تامين حسبما هو مأذون به .

وحيث بالرجوع الى المكتوب المؤرخ في 1977/9/26 والمبين لكيفية اسناد القرض وأدائه ان البنك المركزي قد رخص بموجبه صراحة للطاعن استخلاص منحة خطر الصرف من المقترض الذي ارتضى الشرط المتعلق بذلك و امضى عليه وبالتالي فان المعقب لما اشترط تلك المنحة على المقترض صلب العقد يكون قد تقيد بما جاء بذلك المكتوب واحترم التراتيب الصادرة له من سلطة الاشراف ولم يخالف أحكام الفصل 19 من القانون المؤرخ في 1967/12/9.

وحيث أن محكمة القرار لما نحت عير هذا المنحى تكون قد خالفت ما له أصل ثابت بالملف وأخطأت فهم الفصل المذكور.

عـن المطـعن الخـامس:

حيث ان البند الذي يتحمل بموجبه المقترض خطر الصرف لا يعد قبولا لالتزام بمستحيل أو غير اخلاقي مخالف للقانون لان المشرع اجاز العمل بمثل هذا النوع من الاتفاقات صلب الفصل 21 من مجلة الصرف بشرط الترخيص فيها من سلطة الاشراف المتمثلة في البنك المركزي ووزير المالية خاصة وان معين خطر الصرف قابل للتقدير وفق قواعد السوق النقدية الدولية مما يجعل الشرط القاضي بتحمله من قبل المقترض صحيحا وغير مخالف لأحكام الفصل 117 م ا ع و يكون قضاء محكمة الاصل على غير هذا المنحى مجانبا للصواب.

عن المطـعن السـادس:

حيث بالرجوع الى مظروفات الملف يتضح ان البنك الطاعن قد وفى بالتزامه مع تمام الأمانة ووفر التمويلات لمعاقده المعقب ضده ولا شيء يثبت أنه كان عند التعاقد يعلم شيئا عن خطر الصرف وكتمه عن معاقده فضلا عن أن تحديد منحة خطر الصرف يتوقف –عند العمل بذلك البنك- على شهادة من البنك المركزي في قيمة العملة مصدر تلك التمويلات وهذه خاضعة في انخفاضها أو ارتفاعها لتقلبات السوق النقدية التي لا يتحكم فيها المعقب وبالتالي فان القول بأن بند خطر الصرف موضوع المنازعة هو من بنود الاذعان وان المعقب ضده طرف ضعيف فيه لا أساس له.

وحيث يستخلص من ذلك ان محكمة الحكم المنتقد لما انتهت الى ابطال بند خطر الصرف بناء على تنفيذ الطاعن له دون اعلام معاقده المقترض الطرف الضعيف فيه تكون قد اقامت قضاءها على غير اساس من الواقع أو القانون وتعين لذلك نقض قضائها وإحالة القضية على نفس المحكمة لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى غير تلك التي أصدرت الحكم المنقوض.

لهـاته الأسبـــاب

قررت المحكمة بدوائرها المجتمعة قبول مطلب التعقيب شكلا وأصلا ونقض الحكم المطعون فيه وإحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس لإعادة النظر فيها بهيئة أخرى وإعفاء الطاعن من الخطية وإرجاع معلومها المؤمن إليه.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 30 ماي 2002 عن الدوائر المجتمعة برئاسة السيد :

مبروك بن موسى الرئيس الأول لمحكمة التعقيب .

وعضوية رؤساء الدوائر السادة:

أحمد الجندوبي

مبروك السالمي

محمد الغربي الخزامي

مصطفى خنشل

المنجي الاخضر

الشريف الشافعي

فرج العبيدي

أحمد شبيل

حنيفة المعزون

محمد رؤوف المراكشي

محمد بن عبد الغفار

ناجية بالحاج علي

محمد مشرية

صالح السرسي

فتحي بن يوسف

جمال التركي

حمدة الشواشي

والمستشارين السادة :

اسماعيل أورير

نبيهة الكافي

محمد النفيسي

البشير الاحمر

عبد اللطيف الحنفي

هند الشريف

عربية البحري

علي العكرمي جاء بالله

البشير بن سعد

ليلى بربيرو

نائلة المظفر

رابح شيبوب

هشام الظريف

محمد بوبكر

الشريف الشنيتي

الهادي بن خضر

التيجاني عبيد

عمر المستيري

الصادق الشنوفي

فاطمة الشيخ علي

بمحضر السيد الطاهر المنتصر وكيل الدولة العام لدى محكمة التعقيب وبمساعدة كاتب الجلسة السيد جلول العرفاوي.

وحـــرر في تاريخـــه