

الجمهورية التونسية

الحمد لله

وزارة العدل

محكمة التعقيب

\*ع2015.31351-32065دد القضية

تاريخه: 2016-03-09

أصدرت محكمة التعقيب القرار الآتي :

بعد الاطلاع على مطلبي التعقيب المقدمين في 2015/10/29 تحت عدد 26735 من الاستاذ "م. ل" المحامي لدى التعقيب وفي 2015/12/1 تحت عدد 26926 من الاستاذ "ن. ب" المحامي لدى التعقيب.  
نيابة عن: المعقب في القضية عدد 31351 "ش. ز. ص. ت" في حالة تصفية في شخص ممثلها القانوني.

2-المعقبين في القضية عدد 32065 "ع. ف" و"ح. ي".

ضد :

1-"ش. ع. ا. ت. د" في شخص ممثلها القانوني محاميها الاستاذة "ف. ح".

2-"ع. ف"

3- "ح. ي" (معقب ضدهما في القضية عدد 31351)

4- "ش. ز. ص. ت" في حالة تصفية في شخص ممثلها القانوني (معقب ضدها في

القضية عدد 32065)

طعنا في القرار الاستئنافي التجاري عدد 43230/43231 بتاريخ 2015/10/21 عن محكمة الاستئناف بتونس والقاضي بقبول الاستئنافين الاصيلي والعرضي شكلا وفي الاصل باقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطية المستانفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم وتغريمهم لفائدة المستانف ضدها الاولى باربعمائة دينار لقاء اتعاب التقاضي واجور المحاماة عن هذا الطور

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضددهم بواسطة عدل التنفيذ  
الاستاذ "ب.ق" حسب محضره عدد 16976 بتاريخ 2015/11/13  
وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في  
2015/11/20 حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت  
وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بواسطة عدلي التنفيذ  
الاستاذين "ع.م" حسب محضر عدد 69244 المؤرخ في 2015/12/28 و"و.م" حسب  
محضره عدد 4273 المؤرخ في 28 و2015/12/29  
وعلى نسخة الحكم المطعون فيه  
وعلى جميع الاجراءات والوثائق المقدمة في 2015/12/30 حسب مقتضيات الفصل  
185 من م م م ت  
وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على تلك المستندات المقدمة من الاستاذة "ف.ح" في  
القضية عدد 32065 نيابة عن المعقب ضدها "ش.ع.إ.ت.د" بتاريخ 2015/1/27  
والرامية الى رفض مطلب التعقيب اصلا  
وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية الى طلب  
قبول مطلبي التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه مع الاحالة  
وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح بما يلي :

### من حيث الشكل

حيث استوفى مطلبا التعقيب جميع اوضاعهما القانونية طبق احكام الفصل 175 وما  
بعده من م م م ت مما يتجه معه قبولهما من هذه الناحية

### من حيث الاصل

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام  
المدعية في الاصل (المعقب ضدها الاولى حاليا ) امام المحكمة الابتدائية بتونس عارضة ان  
"ش.أ.إ.م" ابرمت مع المعقبة الاولى حاليا ) عدد 3 عقود ايجار مالي لتمويل عمليات

بناء على ان تتولى هذه الاخيرة دفع مبالغ رمزية عند الشراء محددة بالعقود المذكورة الا انها رفضت سداد تلك المبالغ في اجالها الاتفاقية فتولدت عن ذلك فوائض التاخير التعاقدية والتي بلغت مبلغا قدره 85262.417 ديناراً تولت المطلوبة تسديد جزء منها في حدود 22663.619 ديناراً وان المدعى عليهما الثاني والثالث ( المعقب ضدهما الثاني والثالثة حالياً ) قد اسندا كفالة تضامنية لضمان ديون "ش. ز. ص. ت" لفائدة "ش. ا. م" والتي احوالت دينها للمدعية بموجب عقد احوالة وقع اعلام المطلوبين به لذا فهي تطلب الزام المدعى عليها الاولى بوصفها مدينة اصلية والمدعى عليهما الثاني والثالثة بوصفهما كفيلين بالتضامن بان يؤدوا اليها بالتضامن فيما بينهم :

1-54000.000د بعنوان المعلوم الرمزي عند الشراء

2-62598.797د باقي اصل الدين المستوجب بعنوان فائض عن التاخير في الدفع

3-الفائض القانوني عن المبلغين المذكورين بداية من تاريخ القيام الى تمام الوفاء

4-الف دينار اجرة محاماة واتعاب تقاضي وحمل المصاريف القانونية عليهم ومنها معلوم رقيم الاستدعاء مع الحكم بالنفاذ العاجل في خصوص باقي اصل الدين وبصفة احتياطية تكليف خبير في المحاسبة لاجراء الحساب بين الطرفين في خصوص القيمة العقارية الزائدة عند الشراء وفوائض التاخير اعتمادا على ما يملكه من وثائق محاسبية وعقود قانونية

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عدد 26234

بتاريخ 2011/12/24 يقضي ابتدائيا بالزام المدعى عليهم الاولى والثانية والثالث بالتضامن

فيما بينهم بان يؤدوا للمدعية في شخص ممثلها القانوني المبالغ المالية التالية :

1-125492.214د لقاء اصل الدين

2-الفوائض القانونية التجارية الجارية على اصل الدين بداية من تاريخ القيام الموافق

لغرة مارس 2010 الى تمام الوفاء

3-1200.000د لقاء اجرة الاختبار المعدلة

4-300.000د لقاء اجرة محاماة واتعاب تقاضي

225.605-5 ديناراً لقاء اجرة رقيم الاستدعاء للجلسة وحمل المصاريف القانونية عليهم ورفض الدعوى الاصلية فيما زاد على ذلك وفي حق من عداهم وقبول الدعوى المعارضة المثارة من طرف المدعى عليهم شكلاً وفي الاصل بالزام المدعية في شخص ممثلها القانوني بان تؤدي للمدعى عليه الرابع مبلغ 300.000د لقاء اجرة محاماة واتعاب تقاضي ورفض الدعوى المعارضة المثارة من طرف المدعى عليهم الاولى والثانية والثالثة موضوعاً

وحيث استأنفت "ش. ز. ص. ت" الحكم الابتدائي السالف الذكر ناعية عليه عدم الصفة في القيام نتيجة بطلان عقد احالة الدين وتجرد الدعوى تبعا لذلك وعدم وجاهة المطالبة بالقيمة المتبقية اصلاً وعدم التعليل وخرق مقتضيات قانون الايجار المالي كخرق مقتضيات الفصل 246 من م ا ع

وحيث استأنف المحكوم ضدهما ع"ع. ف" و"ح. ي" الحكم الابتدائي السالف الذكر ناعيين عليه خرق مقتضيات الفصين 242 و1512 من م ا ع فضلاً عن جميع المطاعن التي تضمنتها مستندات استئناف "ش. ز. ص. ت" السالف الالماع اليهما. وحيث اصدرت محكمة الدرجة الثانية قرارها السالف تضمين نصه اعلاه فتعقبته المحكوم ضدها "ش. ز. ص. ت" وقد نعى عليه محاميها الاستاذ "م. ل" صلب مستندات طعنه

#### اولاً : عدم توفر شروط المطالبة بالقيمة الرمزية

1-عدم التعليل وهضم حقوق الدفاع وخرق مقتضيات الفصول 242 من م ا ع و1 من قانون 1994/7/26 المتعلق بالايجار المالي والفصل 1 من كراس الشروط الخاصة بعقود الايجار المالي:

قولاً بانه من خلال الفصل 1 من قانون الايجار المالي فان عملية الاقتناء هي مجرد امكانية متاحة للطرفين وبالتالي فهي تخضع لاتفاقهما بعد مبادرة من احدهما وقد نص الفصل 7 من الشروط الخاصة لعقد الايجار المالي ان رفع خيار الشراء يتم من طرف المسوغ المالي بواسطة رسالة مضمونة الوصول توجه الى المتسوغ المالي في اجل ادناه 3 اشهر من فسخ الايجار المالي وهو ما يستنتج منه ان المطالبة يدفع معين القيمة المتبقية

من قبل المؤجر المالي تتوقف على شرطين الاول شكلي يتعلق بالاجراءات والاجال وهو غير متوفر في قضية الحال والثاني موضوعي ويتعلق بتصريح المؤجر باستعداده نقل الملكية وهو بدوره غير متوفر وهو ما يجعل عدم مناقشة محكمة القرار المطعون فيه لهذا الدفع يرتب هضما لحقوق الدفاع وعدم التعليل وخرق الفصلين 242 من م ا ع و 1 من قانون الايجار المالي.

## 2- عدم التعليل وخرق مقتضيات الفصل 246 من م ا ع :

قولا بان عقد الايجار المالي يخضع اطرافه للالتزامات متقابلة وبالتالي فان دفع القيمة المتبقية لفائدة "ش. ا. م" يكون مشروطا بالتزامها باحالة ملكية البناءات موضوع العقد الى معاقدها وان ملف الدعوى قد خلا مما يفيد عرض المؤجرة احالة ملكية العقارات والبناءات مما يجعل القرار المطعون فيه قد خرق مقتضيات الفصل 246 من م ا ع :

## ثانيا : بطلان عقد احالة الدين وفقدان المدعية للصفة في القيام :

قولا بان منوبته سبق ان دفعت ببطلان عقد احالة الديون المبرم بين "ش. ا. م" والمعقب ضدها الاولى "ش. ع. ا. ت. د" لمخالفته احكام الفصل 10 من القانون عدد 4 المؤرخ في 1998/2/2 المتعلق بشركات استخلاص الديون بما يجعل القيام فاقد لشرط الصفة غير ان المحكمة اساءت تطبيق احكام النص المذكور على وقائع القضية

## 1- خرق مقتضيات الفصل 10 من قانون 1998/2/2 من حيث عدم ثبوت مقدار

الدين:

ضرورة ان الفصل 10 المذكور اشترط في الديون المحالة ان تكون محددة المقدار وهو شرط منتف في قضية الحال لاختلاف مقدار الدين بين ملحق عقد الاحالة ومحضر الاعلام بالاحالة وان هذا الاختلاف هو الذي جعل المحكمة تنتدب خبيرا لتحديد قيمة الدين من تلقاء نفسها وتمسك بان منوبته قد تولت تسديد الدين المتولد عن العقود الثلاثة

وان الدين المحال قد تضمن اقساطا سبق سدادها في خرق لاحكام الفصل 10 من قانون 1998

## 2-خرق مقتضيات الفصل 10 من قانون 1998/2/2 من حيث عدم حلول اجل احالة

**الدين :**

قولا بان الدين موضوع الاحالة قد سبق سداده ابرام العقد المذكور وهو ما يجعل من تعليل المحكمة بان الدين يشمل الفوائض الاتفاقية وفوائض التأخير يجعل الاحالة صحيحة في تاريخ ابرامها خارقا لاحكام الفصل 10 من قانون شركات استخلاص الديون ضرورة ان مبالغ القيمة المتبقية غير مستحقة لانتفاء شروط استحقاقها طبق ما سلف بيانه وانه في خصوص فوائض التأخير فان الفصل 10 قد اشترط توفر 3 شروط متلازمة وهي ان يكون الدين محدد المقدار وحالا وان ينقضي اجل 360 يوما من تاريخ حلوله وهي شروط لا تتوفر الا في اصل الدين اما الفوائض فهي متغيرة في مبلغها واجال حلولها وهو ما يجعل احالتها لا تتم الا مع الدين الاصلي وان محكمة القرار المطعون فيه قد اعتبرت الاحالة شملت اصل الدين وما انجر عنه من فوائض وغرامات ومصاريف كما اقرت في نفس الحكم بتعلق الدين المحال باصل التمويلات موضوع عقود الايجار الثلاثة والتي ثبت خلاص اقساطها وهو ما يعد تضاربا في التعليل موجبا للنقض

**ثالثا : انتفاء الوصف القانوني للعقود سند القيام بانها عقود ايجار مالي :**

قولا بان محكمة القرار المطعون فيه قد اعتبرت العقود سند القيام عقود ايجار مالي باعتبار ان نقل الملكية يهيم البناءات دون الارض وهو امر متوفر وهو تعليل غير سليم

### 1-بخصوص انحصار نقل الملكية في البناءات دون الارض:

باعتبار ان منازعة منوبته في تكبيف العقود على انها عقود ايجار مالي لاستحالة نقل ملكية البناءات نظرا لرجوع ملكية الارض للغير وان المالكة "ح.ي" اقتصر دورها على اسناد عقارها على وجه الرهن قصد ضمان خلاص الدين دون أي نية للتخلي عن ملكية عقارها وان تعليل محكمة القرار المطعون فيه بان نقل الملكية يهيم البناءات دون الارض مخالف لاحكام الفصل 4 من قانون 1994/7/26 الذي وضع شرطا وجوبيا يتمثل في ان تكون الارض التي تقام فوقها البناءات على ملك اما المؤجر او المستاجر

كما اشترط ان تكون نهاية عقد الايجار المالي تملك المستاجر بالبنائيات والارض المقامة عليها في حين ان الوضعية التي تكون فيها الارض على ملك غير طرفي عقد الايجار المالي كانت مؤسسة على احداث صورة لم يحدثها المشرع ولم ينص على جوازها وفي ذلك خرق لاحكام الفصل 4 من قانون الايجار المالي وان عقود الايجار المالي قد نصت في بنودها على نقل ملكية البناءات والارضية المقامة عليها للمستاجرة (الفصل 8 فقرة 2 الفصل 6 فقرة 1 من العنوان الاول لكراس الشروط العامة والفصل 7 من كراس الشروط الخاصة) وان ذلك يستخلص منه تلاعب "ش. ا. م" بالاطر القانوني للعقود بما يجردها من وصفها كعقود ايجار مالي لاستحالة نقل ملكية البناءات والارض للمستاجر المالي وان القرار المطعون فيه قد حرف بنود العقد بما يستوجب النقض .

## 2- بخصوص ثبوت توفر صفة الايجار المالي في العقود لتوفر امكانية نقل ملكية

### البناءات لفائدة المستاجرة :

قولاً بان محكمة القرار المطعون فيه اعتبرت ان احالة ملكية البناءات ممكنة لثبوت حسن نية المؤجر وعلم المستاجر وصاحبة الارض والتنصيب العقود على انها لا تعارض ما يمكن ان يطرأ بخصوص العلاقة بين صاحب الارض والشركة المستاجرة وهو تعليل مجاني للصواب ضرورة ان ملكية الارض لغير طرفي العقود يطرح اشكالا بخصوص الحسم في نقل ملكية البناءات وان التعليل بحسن نية المؤجر المالي يتناقض واعداد العقود من قبله وتضمينه شرط الانتفاع برهن على الارض المعدة للمشروع لعلمه اليقيني بملكيتها من قبل المعقب ضدها "ح. ي" وهو ما يجزم بعلمه بعدم توفر شروط الايجار وتعدها خرقها سعياً لحصول منافع مادية فضلاً عن ان ما عللت به محكمة البداية من ان صاحبة الارض هي شريكة في راس مال الشركة المستاجرة وضامنة عينية لخلص ديونها وهي على علم بعقد الايجار المالي لا تاثير له على وجه الفصل في النزاع ضرورة ان موقع "ح. ي" هو ضامنة عقارية في خلاص ديون المستاجرة من حيث سداد القرض وتوابعه دون أي التزام من جهتها بنقل ملكية عقارها بموجب الايجار المالي وهو ما يجعل القرار المنتقد معيباً بضعف التعليل وخرق مقتضيات عقود الضمان .

**رابعاً : في خصوص تبني محكمة الاستئناف اختباراً مطعون فيه بالزور:**

قولاً بان منوبته نازعت في نتيجة الاختبار المنجز من قبل الخبير "ج. ب. ر" لانبنائه على المغالطة اذ ادلى لـ "ب. م" بمعلومات مغلوبة حول ملكية المستاجرة للارض المقامة عليها البناءات بما يتضمن تحريفاً للوقائع لعدم ملكيتها للارض المذكورة التي تعود للمدعوة حياة يعيش فضلاً عن عدم دراسته للوثائق المسلمة اليه والمضافة بتقريره وان اعتماد محكمة الاستئناف لتقرير الاختبار والقضاء بالزام منوبته باداء المعلوم الرمزي والحال انه ليس لـ "ش. ا. م" ما يمكن تفوت فيه سواء كان بناءات باسمها او تجهيزات والتي لم يثبت ملكيتها لاي عقار اقتنته ايجاره للمعقبة طالبا قبول مطلب التعقيب شكلاً واصلاً ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للبت فيه بهيئة اخرى

وحيث تعقب المحكوم ضدّهما "ع. ف" و"ح. ي" القرار الاستئنافية السالف الذكر وقد نعى عليه محاميها الاستاذ "ن. ب" صلب مستندات طعنه

**اولاً : خرق قواعد الاختصاص الحكمي واحكام الفصل 40 من م م م م ت :**

قولاً بان الفصل 40 من م م م م ت قد خص الدوائر التجارية بالنظر في الدعاوى بين التجار فيما يخص نشاطهم التجاري وهما شرطان متلازمان غير ان الشرط الاول غير متحقق في قضية الحال ضرورة ان صفة التاجر ولئن توفرت في كل من "ش. ز. ص" و"ش. ع. ا. د" و"ع. ف" فانها لا تتوفر في "ح. ي" وفي "ر. ش" الذي لم يقع القيام عليه بوصفه الممثل القانوني لـ "ش. ز. ص" بل بصفته الشخصية كما ان اسناد "ح. ي" للكفالة كان عملاً مدنياً ونفس الامر بالنسبة لـ "ع. ف" مما يجعل الدائرة التجارية غير مختصة حكماً بالنظر في الدعوى وهو ما يوجب نقض القرار المطعون فيه.

**ثانياً : خرق الفصل 1 من قانون 1994/7/26 المتعلق بالايجار المالي وضعف**

**التعليل :**

قولا بان الفصل 1 من قانون الايجار المالي منح المستاجر المالي الحرية الكاملة في رفع خيار الشراء الممنوح له مقابل دفع مقابل متفق عليه مسبقا وان محكمة القرار المطعون فيه قد الزمت المدينة الاصلية بان تدفع بالتضامن مع منوبيه اصل الدين الذي يشمل القيمة المتبقية في حين ان المدينة الاصلية لم تمارس خيار الشراء وان المبلغ المذكور يمثل ثمنا بصريح الفصل 1 المذكور وبالتالي فلا ثمن دون وجود بيع وانه فضلا عن خرق احكام الفصل 1 من قانون الايجار المالي فان محكمة القرار المطعون فيه لم تعلق موقفها من مسالة البيع

**ثالثا : خرق احكام الفصول 4 من قانون 1994/7/26 المتعلق بالايجار المالي و4 من**

**قانون الشركات التجارية و240 من م ا ع :**

قولا بان "ش. ز. ص. ت" قد نازعت في تكييف العقود على انها عقود ايجار مالي باعتبار ان هذه العقود تستوجب في نهاية امد الايجار انتقال ملكية الارض وما عليها للمستاجر المالي الامر المستحيل في قضية الحال وانه بالرجوع للفصل 4 من قانون الايجار المالي فان المشرع لما نظم مسالة احالة البنائات المنجزة في اطار عقد ايجار مالي عقاري فرق بين وضعيتين لا غير : فاما ان تكون الارض على ملك المؤجر المالي فتنتقل ملكية كامل العقار للمستاجر المالي تنفيذا للوعد بالبيع الاحادي الجانب او ان تكون الارض على ملك المستاجر المالي فان اكتساب ملكية البنائات بموجب الالتصاق وان الارض في قضية الحال هي على ملك الغير وهي "ح. ي" والتي اسندتها كضمان فقط لديون "ش. ز. ص. ت" وان وضعية هذه الاخيرة كمساهمة في راس مال الشركة المستاجرة لا تاثير له على قضية الحال لاستقلال الشخصية المعنوية للشركة عن شخصية الشركاء فيها طبقا لاحكام الفصل 4 من م ش ت وان هذه المحكمة قد رتبت على ملكية الارض المقام فوقها البناء موضوع الايجار المالي للغير انقضاء عقد الايجار وتكييفه عقد قرض عادي صلب القرار عدد 64031 الصادر بتاريخ 2012/3/26 وان الاستحالة القانونية للالتصاق واستقلالية شخصية الشركة عن شخصية الشركاء والمفعول النسبي للعقد يجعل الحكم المطعون فيه خارج دائرة المنطق القانوني وخارقا للنصوص القانونية مما يعرضه للنقض

رابعاً : خرق احكام الفصل 10 من القانون عدد 4 المؤرخ في 1998/2/2 المتعلق

بشركات استخلاص الديون والفصل 19 من م م م ت :

قولاً بان الفصل 10 من قانون شركات استخلاص الديون يشترط في الديون التي يمكن لهذه الشركات شراءها ان تكون حالة ومحددة المقدار وقد بين منوباه ان الدين المتعلق بالقيمة المتبقية هو دين وهمي امام عدم ثبوت رفع المدينة الاصلية لخيار الشراء فضلا عن اختلاف قيمة الدين من وثيقة الى اخرى بما يجعل قيمته غير مقدرة وهو ما يجعله غير قابل للاحالة تطبيقاً لاحكام الفصل 10 المذكور مما يترتب بطلان عقد الاحالة بطلاناً مطلقاً وان محكمة القرار المطعون فيه لم ترد على هذا الدفع مما يتجه معه نقض القرار المطعون فيه .

خامساً : خرق احكام الفصول 2 و64 و325 من م ا ع والفصل 19 من م م م ت :

قولاً بان الفصل 64 من م ا ع قد رتب بطلان العقد اذا تعلق بشيء او عمل غير ممكن من حيث طبيعته او من حيث القانون وهو بطلان مطلق يحق لكل ذي مصلحة التمسك به وان مبلغ الدين المضمن بعقد الاحالة يختلف عما ضمن بمحضر الاعلام بالاحالة كما يختلف عن المبلغ الذي حدده الخبير المنتدب كما انه تعلق بدين سبق خلاصه بالكامل بما يجعل منه ديناً وهمياً وبخصوص القيمة المتبقية فان المستاجر المالي لا يكون مديناً بها الا في صورة ابرام عقد البيع النهائي وعدم سدادها من قبل هذا الاخير وهو ما خلاصته ملف القضية بما يجعل "ش. ع. ا. ت. د" فاقدة للصفة في القيام طالما ثبت بطلان عقد احالة الدين بطلاناً مطلقاً لعدم وجود الشيء المتعلق به

سادساً : خرق احكام الفصل 1099 من م ا ع :

قولاً بان محكمة القرار المطعون فيه خلطت بين اصل الدين والفوائض فاقحمت الثانية في الاول والزمتم المدينة الاصلية بدفع الفوائض على الفوائض وهو ما لا يتم الا اذا اشترط صراحة وكتابة بموجب احكام الفصل 1099 من م ا ع وان العقود الثلاثة لم يشترط بها رسملة الفوائض وان هذه المسألة تهم النظام العام الاقتصادي ويجوز اثاره هذا الدفع ولو لأول مرة امام محكمة التعقيب اذ ان الخلط بين اصل الدين والفوائض ودمجها يترتب عنه خرق احكام امرة موجب للنقض

## سابعا : خرق احكام الفصل 1103 من م ا ع

قولاً بان العقود الثلاث سند الدعوى قد تضمنت تحديد نسبة فائض التأخير 1.75./ شهرياً أي 21./ سنوياً بما يفوق النسبة التجارية المحددة بالفصل 1100 من م ا ع والتي لا تتجاوز عموماً 13./ وهو ما يؤكد استغلال حاجة المستأجرة المالية لتمويلات ضخمة لتمير مثل هذه الشروط المجحفة وهو ما يعاقب عنه الفصل 1103 من م ا ع ولو تغير طلب المدين بحط الفائض المشترط ورجوع المدين بما اذاه زائداً عن القدر الذي تعينه المحكمة للفائض وان النص المذكور يجيز ابطال الشروط والاتفاقات المحررة خلافاً لما ذكر وهو بطلان مطلق يجوز لكل ذي مصلحة المتمسك به مما يعد موجبا لنقض القرار المطعون فيه .

### ثامناً : هضم حقوق الدفاع :

قولاً بان منوباه قد اثاراً عدة دفوع جوهرية خلال الطور الاستئنافي ومنها بطلان عقد الاحالة الا ان المحكمة لم تجب عن هذه الدفوعات مما يورث قضاءها هضماً لحقوق الدفاع موجبا للنقض طالبا قبول مطلب التعقيب شكلاً واصلاً ونقض القرار الاستئنافي المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف بتونس للنظر فيها مجدداً بهيئة اخرى واعفاء منوبيه من الخطية

وحيث ردت نائبة المعقب ضدها "ش.ع.إ.ت.د" الاستاذة "ف.ح" على مستندات التعقيب بانه وبخصوص بطلان عقد الاحالة فان الاختلاف في المبلغ بين عقد الاحالة والاعلام بها مرده قيام المدينة بخلاص جزئي كما ان منوبتها قد تلافت الخطأ المادي في محضر الاعلام بمحضر لاحق واكدت على ان مبلغ الدين كان محدد المقدار اثناء امضاء كتب الاحالة وبعده وان الفصل 10 من قانون شركات استخلاص الديون لم يرتب البطلان للاخلال بشرط الاقديمة بسنة وان الاحالة تمت سنة 2009 في حين ان اخر قسط من الدين حل في 2007/6/1 وان من له اثاره هذا الدفع هم مراقبوا الحسابات ومصالح المراقبة بـ "ب.م" وان القيمة المتبقية تشكل جزءاً لا يتجزأ من اصل الدين يدفع في نهاية مدة الايجار ويخصص لرفع خيار الشراء تطبيقاً لقاعدة الفصل 1 من قانون الايجار المالي وهي الفاصل بين فترة الايجار وتملك المستأجر للمكرى وبدون

خلاصها لا تنتقل الملكية .وبخصوص القرح في الخبير والشكايات الجزائية فان الاختبار لا يقيد القاضي بشرط التعليل القانوني هو ما قامت محكمة القرار المطعون فيه وان الشكايات المقدمة ضد الخبير لا يمكن اعتمادها باعتبارها لاحقة للنزاع وانه لا يجوز تقديم مؤيدات جديدة في هذا الطور

وبخصوص بطلان عقد الایجار المالي فتمسكت بان عملية نقل الملكية ستتم على البناءات فقط وان "ش. ا. م" كانت عن حسن نية وقد احدثت البناءات برضا مالكة الارض وان المعقبة في كل ذلك تسعى الى نقض ما تم من جهتها اذ انها صرحت صلب عقود الایجار المالي بانها تتحمل كل المخاطر الناجمة عن عمليات الایجار وتعفي المؤجر من كل مسؤولية او ضمان سواء في فترة الایجار او عن نقل الملكية للمستاجر وهو ما تنطبق عليه احكام الفصل 642 من م ا ع وانه ومن باب الجدل القانوني فان وقائع قضية الحال تدخل ضمن طائلة الفصل 65 من م ا ع وانه كان على المستاجر المالي وصاحبة الارض الاتفاق على تنظيم علاقتهما بخصوص قطعة الارض علما بان القواعد العامة للثبات تنقلص في المسائل التي تهم العلاقة بين الزوجين وانتهت الى ان احالة ملكية البناءات ممكنة وان شروط البيع متوفرة والتمن محدد والتسليم حاصل مؤكدة على ان الحكم المطعون فيه قد جاء معللا تعليلا قانونيا مستخلصا نتيجته مما له اصل ثابت بملف القضية طالبة رفض مطلب التعقيب اصلا وقرار الحكم الاستئنافي واجراء العمل به وحيث قررت المحكمة ضم ملف القضية عدد 32065 للقضية عدد 31351 لاتحادهما اطرافا وموضوعا وتعلمها بنفس الحكم المطعون فيه للبت فيهما بقرار واحد

## المحكمة

### عن المطعن المتعلق بالاختصاص الحكمي

حيث انه لا جدال في ان الاختصاص الحكمي يهم النظام العام لمساسه بالاجراءات الاساسية ويجوز بالتالي اثارته في كل طور من اطوار التقاضي بما في ذلك اثارته لاول مرة امام محكمة التعقيب

وحيث ان دعوى الحال هي دعوى شخصية مبناها التزام تعاقدي بين المدينة "ش. ز. ص" و"ش. ع. ا. ت. د" الحالة محل الدائنة الاصلية "ش. ا. م" وحيث انه لا نزاع في ان كلا من الدائنة والمدينة يتمتعان بصفة التاجر وان الدين محل المطالبة هو دين تجاري لتعلقه بالنشاط التجاري لكل منهما . وحيث ان القيام على الكفيلين "ح. ي" و"ع. ف" قد تم بصفة تبعية للمدينة الاصلية طالما ان الكفالة هي التزام تبعي وان التضامن بين المدينة الاصلية وكفيلها يخول للدائنة القيام عليهم مجتمعين او منفردين وحيث ان الاختصاص الحكمي يتحدد بمقتضى طبيعة الدعوى وهي دعوى تجارية بحكم صفة طرفيها الاصيلين والدين المطالب به وان القيام على الكفيل المتضامن في اطار نفس الدعوى لا ينال من طبيعة الدعوى ولا المحكمة المختصة التي تتحدد من خلال طبيعة الالتزام الاصيلي وطرفيه وحيث اضحى هذا الدفع في غير طريقه وتعين رده

**عن المطاعن المتعلقة ببطلان عقد الاحالة وانتفاء الصفة في القيام وضعف التعليل لارتباطها :**

حيث اشترط الفصل 10 من القانون عدد 4 المؤرخ في 1998/2/2 المتعلق بشركات استخلاص الديون في الديون القابلة للاحالة للشركات المذكورة ان يكون الدين حالا ومعين المقدار وان تتجاوز مدة التاخير في السداد اصلا وفائضا 360 يوما من تاريخ الحلول بالنسبة للديون البنكية

وحيث ان القانون عدد 4 لسنة 1998 لم يشترط ان يكون الدين ثابتا مجيزا بذلك احالة الديون المتنازع في شأنها وهو ما يجعل الدفع بالصبغة الوهمية للدين اوجزء منه لا تعيب عقد الاحالة في شيء فضلا عن ان هذه المسالة لا تمس باركان عقد الاحالة طالما ان محله مال معين يجوز التعاقد عليه كما اقتضته احكام الفصل 2 ثالثا و62 من م ا ع وحيث ان اشتراط ان يكون الدين المحال محدد المقدار في تاريخ الاحالة لا يتعارض مع سداد جزء منه بصفة متزامنة مع ابرام عقد الاحالة طالما ان المبلغ المتبقي كان محددًا

ومعلوم المقدار كما ان تعلق جزء من الدين بالفوائض الاتفاقية المترتبة عن التأخير في الدفع لا يمس بصفة الدين كدين محدد ضرورة ان الفصل 11 من القانون عدد 4 لسنة 1998 كرس القاعدة المنصوص عليها صلب الفصل 210 من م ا ع معتبرا ان احالة الدين تشمل توابعه المتممة لذاته بما في ذلك الفوائض التي حل اجلها ولم تؤد وان هذه الفوائض تحتسب وتضاف لاصل الدين لتكون الدين المحال

وحيث ان التجاء محكمة الموضوع للوسائل الاستقرائية للتحقق من علاقة المديونية وتحديد قيمة الدين المستحق لا علاقة له بتحديد الدين المطالب به من قبل الدائن فهذا الاخير يتولى حصر قيمة الدين المتخذ بذمة المدين فيما تتولى المحكمة البحث في مدى ثبوت المديونية وقيمة ما ثبت من دين وبالتالي فان انتداب خبير في هذا الاطار لا يقيم قرينة على عدم تحديد الدين المحال

وحيث ان محكمة القرار المطعون فيه قد احسنت تطبيق القانون حين انتهت الى صحة عقد الاحالة وتمتع الطالبة في الاصل بصفة القيام للمطالبة بالدين وكان تعليها سليما ومستساغا ومؤديا منطقا الى النتيجة التي انتهت اليها  
وحيث يتجه ترتيبا على ما ذكر رد جملة هذه المطاعن لعدم وجاهتها

**عن المطعنين المتعلقين ببطلان عقد الايجار المالي وخرق احكام الفصلين 1 و4 من القانون عدد 89 المؤرخ في 1994/7/26 المتعلق بالايجار المالي لارتباطهما ووحدة القول فيهما :**

حيث عرف الفصل 1 من القانون عدد 89 لسنة 1994 الايجار المالي بانه عملية ايجار تجهيزات او معدات او عقارات مقتناة او منجزة للاستعمال في نشاط مهني او تجاري او صناعي من قبل المؤجر الذي يبقى مالكا لها وقد حددت الفقرة 2 من نفس الفصل شروط صحة الايجار المالي اذ اوجبت تحرير عقد كتابي وتحدي مدة الايجار ومعينه  
وحيث ان اقتناء المستاجر للتجهيزات او العقارات المؤجرة هو مجرد خيار متاح لهذا الاخير وبالتالي فهو ليس ركنا من اركان عقد الايجار المالي ولا شرط صحة له كما ان

ملكية العقار المقام عليه البناء محل الايجار المالي لغير المتعاقدين لا يؤثر على صحة العقد لعدم مخالفته احكام الفصل 1 من قانون 1994/7/26

وحيث ان الفصل 4 من قانون الايجار المالي لم يتضمن التنصيص على شرط من شروط عقد الايجار المالي بل تعلق بحكم قانوني نظم وضعية تعد استثناء للفصل 1 الذي ينص على ملكية المؤجر المالي للتجهيزات او العقارات فنظم الفصل 4 الوضعية التي يكون فيها البناء منجزا على ارض المستاجر مقرا انتقال ملكية البناء في نهاية العقد بموجب الالتصاق على معنى الفصل 27 من م ح ع .

وحيث طالما ان قضية الحال تتعلق ببناء انجز في اطار الايجار المالي على عقار ليس على ملك المؤجرة فانه لا يعتد في هذه الصورة برفع خيار الشراء من قبل المستاجر طالما ان الوضعية العقارية تنطبق عليها احكام الالتصاق اذ ان البناء لا ينفصل عن الارض المقام عليها وبالتالي فان هذه الوضعية تكون مماثلة للوضعية التي نظمها الفصل 4 من قانون الايجار المالي في فقرته الثانية وتاخذ حكمها القانوني

وحيث ان محكمة القرار المطعون فيه قد احسنت تطبيق القانون حين قضت بثبوت تعبير ذمة المدينة الاصلية وكفيلها المتضامنين بالدين لقاء القيمة المتبقية مع توابعه ولا تثريب عليها في قضائها مما يتجه معه رد هذين المطعنين

#### **عن المطعن المتعلق باعتماد اختبار مطعون فيه بالزور:**

حيث انه ولئن قدمت المعقبة "ش. ز. ص. ت" بالطور الاستئنافي مالها من مأخذ على اعمال الخبير المنتدب الا انها لم تثر مسالة الطعن في الاختبار بالزور الجنائي والتي تثار لأول مرة امام محكمة التعقيب في حين انه ليس للاطراف ان يطعنوا امامها الا بما سبق لهم التمسك به امام محكمة الموضوع عدى ما كان ماسا بالنظام العام وهو ما لا يندرج ضمنه مسالة الطعن في الاختبار بالزور مما يتجه معه رد هذا المطعن

#### **عن المطعنين المتعلقين بخرق احكام الفصلين 1099 و1103 من م ا ع :**

وحيث ان النصوص الواردة بمجلة الالتزامات والعقود والمتعلق بالفوائض لا تهم النظام العام طالما انها تتعلق بالتزامات تعاقدية بدليل ورودها صلب الكتاب الثاني من المجلة المتعلقة بالعقود وشبهها .

وحيث ان اثاره مسائل رسملة الفوائض وتوظيف فائض على الفائض واستغلال حاجة المعاهد لتوظيف نسبة فائض مشطه لاول مرة بالطور التعقيبي يتعارض مع دور محكمة التعقيب الرقابي والمسلط على حسن تطبيق محكمة الموضوع للقانون وكيفية تناولها للدفع المثارة امامها والرد عليها

وحيث ان الطور التعقيبي ليس طورا ثالثا للتقاضي وبالتالي فانه لا يجوز اثاره المسائل السالف الالماع اليها لاول مرة بهذا الطور واتجه رد كلا المطعين

### ولهذه الاسباب

قررت المحكمة قبول مطلبي التعقيب شكلا ورفضهما اصلا وحجز معلوم الخطية المؤمنين

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الاربعاء 9 مارس 2016 عن الدائرة السابعة برئاسة السيدة ماجدة بن جعفر وعضوية المستشارتين السيدتين عفاف الشيخ وزكية الماجري وبمحضر المدعي العام السيد الطاهر العبيدي وبمساعدة كاتبة الجلسة السيدة سنية عبداوي.  
**وحرر في تاريخه**