*****

الجمهوريــة التونسيــة
وزارة *** الحمــد لله**
محكمــة التعقيــب
عـ*57085.2017ـدد القضيــة
تاريخــه : 17 ماي 2018

أصــدرت محكمة التعقيب القرار الاتي :
بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 14 نوفمبر 2017.
مــن طرف الاستـــــاذ : ***** المحامي لدى التعقيب.
نيابـــة عـــن : ***** و***** و***** و***** و***** *****.
محل مخابرتهم جميعا بمكتب نائبهم الاستاذ ***** الكائن ***** ***** ***** ***** ***** ***** *****.
ضـــد :البنك ***** في شخص ممثله القانوني
مقره بحي ***** ***** ***** ***** *****.
ينوبه الاستاذ *****.
طعنا في القرار الاستئنافي المدني عـ84086ـدد الصادر بتاريخ 09 نوفمبر 2016 عن محكمة الاستئناف *****.
والقاضي : بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا وفي الاصل بنقض الحكم الابتدائي فيما قضى به بخصوص المستانفة الاولى شركة ***** في شخص ممثلها القانوني والقضاء من جديد برفض الدعوى في حقها واقراره فيما زاد على ذلك وتخطية بقية المستانفين بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليهم وتغريمهم متضامنين لفائدة المستانف ضده في شخص ممثله القانوني باربعمائة دينار (400,000د) لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة.
الواقع الاعلام به بتاريخ 06 نوفمبر 2017 بواسطة عدل التنفيذ *****.
وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضده بتاريخ 23 نوفمبر 2017 بواسطة عدل التنفيذ *****.
وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب مقتضيات الفصل 185 من م م م ت.
وبعد الاطلاع على مذكرة الرد على المستندات المقدمة من الاستاذ ***** نيابة عن المعقب ضده والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.
وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا والنقض والاحالة والاعفاء.
وبعد الاطلاع على اوراق القضية والمفاوضة بحجرة الشورى صرح علنا بما يلي :
مــن حيــث الشكــل :
حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع أوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

مــن حيــث الأصـــل :
حيث تفيد وقائع القضية كيفما أوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعي في الأصل (المعقب ضده) في شخص ممثله القانوني لدى المحكمة الابتدائية ***** بواسطة محاميه عارضا ان المطلوبة الاولى في الاصل قامت بفتح حساب جاري بدفتر المدعى في الاصل تحت عـ17470/6-00ـدد بضمان بقية المطلوبين الثاني والثالث والرابع والخامس والسادس في الاصل) والمعقبين وقد انتج حسابا جاريا مدينا بما قدره مائة وثلاثة وثمانون الف وثمانمائة وخمسة وثلاثون دينار و132 مليمات وقد تم قفله نهائيا بتاريخ 25 ديسمبر 2009 طبق احكام الفصل 732 من م.ت اضافة الى الفوائض القاونية المترتبة على المبلغ المذكور بداية من تاريخ القفل الى تمام الوفاء وهو دين ثابت وحال الاداء وقد امضى المطلوبون الثاني والثالث والرابع والخامس والسادس كفالة تضامنية وعينية ضمانا لخلاص الديون التي ستنشا للمطلوبة الاولى شركة ***** في حدود ثلاثة ملايين وخمسمائة الف دينار لكل واحد منهم بمقتضى كتائب كفالة وقد تم اعلام المطلوبين بوضعبة الحساب ثم انذار المدينة الاصلية وبقية الكفلاء بضرورة خلاص ما تخلد بذمتهم بواسطة عدل التنفيذ ***** حسب رقيمه عـ13207ـدد بتاريخ 30 مارس 2011 وبواسطة عدل التنفيذ ***** حسب رقيمه عـ13089ـدد بتاريخ 23 مارس 2011 لكنهم رفضوا الخلاص فتمسك المدعي في الاصل باحكام الفصول 732 من م.ت و421 و1479 و1478 من م ا ع ولاحظ المدعي في الاصل انه حسب منطوق الفصل 21 من قانون انقاذ المؤسسات التي تمر بصعوبات اقتصادية فانه لا تعلق الاجراءات في حق الكفيل او المدين المتضامن الا بالنسبة الى من رضي بذلك من الدائنين طالبا على ذلك الاساس وعملا باحكام الفصول 21 من م.ت و242 و421 و1479 من م ا ع الزام المطلوبين الثاني والثالث والرابع والخامس والسادس بوصفهم ضامنين شخصيين كل في حدود ضمانه بان يؤدوا بالتضامن للمدعي المبالغ التالية :
1)183.835,132 دينار بعنوان اصل الدين معين فاضل الحساب الجاري.
2)الفائض القانوني الناتج عن اصل الدين بداية من تاريخ القفل الى تمام الوفاء.
3)169,224 دينار بعنوان اجرة محضري الانذار بالدفع.
4)5 الاف دينار اجرة محاماة مع الاذن بالنفاذ العاجل.
وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة البداية حكمها عـ28338ـدد بتاريخ 19 نوفمبر 2011 يقضي ابتدائيا بالزام المدعى عليها بان يؤدوا بالتضامن للمدعي في شخص ممثله القانوني المبالغ المالية التالية :
1)183.835,132 دينار لقاء اصل الدين معين الحساب الجاري المدين.
2)الفائض التجاري الموظف على اصل الدين بالنسبة التجارية بداية من 26 ديسمبر 2009 الى تمم الوفاء.
3)193,124 دينار اجرة محضر الانذار بالدفع وللاستدعاء للجلسة.
4)300دينار اجرة محاماة وتعاب تقاضي وحمل المصاريف القانونية عليهم ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك.

فاستانفه المطلوبين في الاصل بواسطة محاميهم الاستاذ ***** استنادا الى عدم اختصاص الدائرة التجارية بالنظر لكون الكفلاء ليست لهم صفة التاجر ولعدم عرض الملف على النيابة العمومية كما ان المدين الاصلي تجاوز مرحلة التسوية القضائية وصدر في شانه حكم باقرار برنامج انقاذ وان الدائن وافق على جدولة دينه بما يجعل القيام خارج برنامج الانقاذ في غير طريقه وطلب النقض والقضاء من جديد برفض الدعوى.

وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف ***** قرارها عـ84086ـدد بتاريخ 09 نوفمبر 2016 السالف تضمين نصه اعلاه.

فتعقبه المطلوبين في الاصل الكفلاء بواسطة محاميهم الاستاذ ***** ناسبين له ما يلي :

المطعن الاول :تحريف الوقائع ومخالفة قواعد الاختصاص الحكمي والفصل 14 من م م م ت :

بمقولة انهم كانوا تمسكوا باختصاص الدائرة المدنية لكونهم ليسوا تجارا وان قواعد الاختصاص الحكمي تهم النظام العام ومخالفتها يسبب البطلان طبق الفصل 14 من م م م ت وقد تغاضت المحكمة عن مخالفة قواعد الاختصاص الحكمي وبررته بكون عقد الحساب الجاري بين الدائن والمدين الاصلي عقد تجاري واعتبرت ان الكفلاء يمنحهم كفالة يكونون تجار وفي ذلك تحريف للوقائع ومخالفة للقانون وان الكفلاء ليس لهم صفة التاجر واسنادهم كفالة للمدين الاصلي الذي هو تاجر لا يمكن ان يسحب عليهم صفة التاجر.

المطعن الثاني : هضم حقوق الدفاع المتضمن مخالفة الفصل 357 من م ا ع :

بمقولة انهم كانوا تمسكوا بان الدائن منح المدين الاصلي اجلا جديدا للوفاء بالدين المتخلد بذمته وهو ما يعتبر تجديد الالتزام على معنى الفصل 397 من م ا ع ويصبح الدين غير حال الا بانقضاء الاجل الجديد وعدم الوفاء به من المدين الاصلي وانه قبل انقضاء الاجل الجديد فان القيام على الكفلاء يكون سابقا لاوانه وغير قائم على اساس من القيام لان شرط القيام على الكفيل هو عدم الوفاء من المدين وهو ما لا محل له ضمن الوقائع وقد اهملت محكمة الحكم المطعون فيه ذلك العنصر ولم تبحث فيه ولم ترد عليه بما يشكل هضما لحقوق الدفاع موجب للنقض.

المطعن الثالث : مخالفة قانون 17 افريل 1995 والاحكام الخاصة بالكفالة في القانون المدني :

بمقولة ان المدين الاصلي صدر لفائدته حكم بالتسوية القضائية تايد استئنافيا ومحكمة الاستئناف اعتمدت الفصل 21 من قانون انقاذ المؤسسات حال ان الفصل المذكور يتعلق فقط بالتسوية الرضائية والتي تم تجاوزها في قضية الحال بصدور حكم استئنافي في حق المدين الاصلي يحدد مقدار الديون وكيفية خلاصها وجدولتها بما لا يصح معه التمسك بالاحكام الخاصة بفترة المراقبة...وانه بانتهاء عمل الاستثناء الوارد بالفصل 21 المتعلق بالتسوية الرضائية فانه يقع الرجوع للقاعدة العامة التي تقتضي انه لا يمكن مطالبة الكفيل بالدين متى وقع منح اجل للمدين الاصلي طبق الفصل 1519 من م ا ع وبذلك فان صدور حكم ابتدائي واستئنافي

يحدد مقدار الدين وكيفية خلاصه وطريقة جدولته يعتبر تسوية للدين وبداية خلاص من المدين الاصلي تمنع على الدائن القيام من جديد من اجل نفس الدين سواء كان على المدين الاصلي وعلى الكفيل الذي يمكنه ان يحتج بان الدين بصدد الخلاص فمن الثابت ان التزام الكفيل هو التزام تبعي ينقضي بانقضاء التزام المدين ويبطل ببطلانه ويترتب عن ذلك انه يجوز للكفيل ان يتمسك في مواجهة الدائن بما يستطيع المدين ان يتمسك به فكل ما يؤثر في التزام المدين من حيث صحته او انقضائه او تعليقه لمهلة يؤثر في التزام الكفيل والقول بكون اسعاف المدينة باجراءات التسوية لا تؤثر على قضية الحال ولا تمنع الدائن من التوجه الى الكفيل فيه خرق القانون 17 افريل 1995 ولما اقره المشرع من قواعد في باب الكفالة المضمنة بالمجلة المدنية وهو ما ذهب اليه القرار التعقيبي عـ52593ـدد المؤرخ في 10 جوان 2010 وقد اجمع شراح قانون انقاذ المؤسسات بانه اذا كان الحكم بالمصادقة على مواصلة المؤسسة لنشاطها بنفسها وجدولة ديونها كما هو حال المدينة الاصلية فانه لا يجوز للدائن تتبع الكفيل اذا صادقت المحكمة على صيغة للخلاص فبموجب المصادقة على التسوية ينتهي تتبع المدين خارج منطوق ومقتضى حكم المصادقة على التسوية ويصبح من غير الجائز ممارسة دعوى الاستخلاص ضد الدخيل على اساس ان تسوية الدين تقتضي الالتزام بتلك التسوية وينتفع الكفيل بالتقسيط ولا يمكن التنفيذ عليه وهو ما تبنته محكمة التعقيب في القرارين عـ481 و482ـدد واكدت على عدم تتبع الكفيل اذا صدر حكم بالتسوية القضائية بمواصلة المؤسسة لنشاطها وجدولة ديونها طبق احكام الفصلين 340 و1519 من م ا ع وطلب قبول التعقيب شكلا واصلا او النقض مع الاحالة.

حيث رد المعقب ضده على تلك المستندات بواسطة محاميه الاستاذ ***** بان المدينة الاصلية لها صفة التاجر والنزاع بينها وبين المعقب ضده له صبغة تجارية بما يجعل رفع الدعوى ضد المدينة الاصلية والكفلاء امام الدائرة التجارية لا يتعارض مع احكام الفصول 40 و12 و69 من م م م ت وان المدينة الاصلية تمر بصعوبات اقتصادية وصلت حالة للاعسار والعجز عن تسديد الديون مما استوجب اخضاعها للتسوية القضائية ووفقا للفصل 1519 من م ا ع فان الانذار لم يعد له جدوى ولا ينسحب على الكفلاء وقد خول القانون للدائن حق القيام على الكفلاء طالما ان المدين الاصلي ويمر بصعوبات وهو لا يتنافى مع مبادئ الكفالة فرجوع الدائن على الكفلاء لا يتنافى وبرنامج الانقاذ ولا مخالفة فيه للقانون فيجوز للدائن مطالبة الكفيل اذا توقف المدين الاصلي عن الدفع وخضع لاجراءات التسوية وطلب رفض التعقيب اصلا.

المحكمـــــــة :

عن المطعن الاول الماخوذ من تجريف الوقائع ومخالفة قواعد الاختصاص الحكمي والفصل 14 من م م م ت :

حيث تاسس المطعن على عدم اختصاص الدائرة التجارية بالنظر لكون الكفلاء ليسوا تجارا.

وحيث وخلافا لما ورد بالمطعن فان الكفالة في الحساب الجاري تتبع الالتزام الاصلي بما يعني ان الكفالة تكون تجارية بقطع النظر عن صفة الكفيل الشخصية لان صبغتها التبعية تضفي عليها صبغة الالتزام المكفول فهي وان كانت في طبيعتها عقدا مدنيا فانها تاخذ الصبغة التجارية بحسب طبيعة الالتزام المكفول فمن يكفل خلاص اوراق تجارية مثلا او حسابا جاريا بنكيا كما هو في دعوى الحال يكون التزامه تجاريا استثناءا للقاعدة العامة للكفالة وعليه فان محكمة الحكم المطعون فيه قد احسنت تطبيق القانون لما اقرت باختصاص الدائرة التجارية تبعا لطبيعة الالتزام الاصلي التجارية والكفالة التابعة له في ذلك.

وحيث ومن جهة اخرى فقد دفع الطاعنون بان المحكمة خرقت قواعد الاختصاص الحكمي لما واصلت النظر في النزاع والحال ان الدائرة التجارية لا تمثل محكمة ينعقد لها اختصاص حكمي وانما هي تظل تشكيلة داخل المحكمة الابتدائية تتخصص في النزاعات ذات الصبغة التجارية فالامر يتعلق بتخصص داخل المحكمة الابتدائية وليس باختصاص حكمي للدائرة التجارية فهي ليست محكمة مستقلة عن اطار الجامع لها وهي المحكمة الابتدائية ويتجه لما سبق رد المطعن المذكور.

عن المطعن الثاني الماخوذ من هضم حق الدفاع لمخالفة الفصل 357 من م ا ع :

حيث دفع الطاعنون بان المحكمة اهملت الرد عن الدفع بان الدائن المعقب ضده قد منح المدين الاصلي اجلا جديدا للوفاء وهو ما يعتبر تجديدا للدين لا يخول القيام على الكفيل الا بعد ثبوت عدم الوفاء بالدين من طرف المدين الاصلي.

وحيث ان الدفع بتجديد الدين على معنى احكام الفصل 357 من م ا ع يمثل دفعا جديدا يثار لاول مرة امام نظر محكمة التعقيب حال انه من المسلم به فقها وقانونا ان الطعن بالتعقيب ليس امتدادا للخصومة الصادر فيها الحكم المطعون فيه حتى يتسنى للاطراف ان يثيروا لديها ما لهم من مطاعن بمعنى ان محكمة التعقيب ليست درجة ثالثة من درجات التقاضي فهي محكمة قانون تراقب مدى حسن تطبيقه من محاكم الاصل وليس للاطراف ان يثيروا لديها اوجه دفوع لم يسبق التمسك امام محكمة الموضوع الا ما كان منها ماسا بالنظام العام فلا يطرح امام محكمة التعقيب الا العيوب القانونية التي تعيب الحكم المطعون فيه وتعين لذلك رد المطعن.

عن المطعن الثالث الماخوذ من مخالفة قانون 17 افريل 1995 والاحكام الخاصة بالكفالة في القانون المدني :

حيث تاسس المطعن على صدور حكم بالتسوية حدد مقدار الدين وكيفية خلاصه وطريقة جدولته بما يمنع على الدائن القيام من اجل نفس الدين.

وحيث انه بصدور حكم بالمصادقة على مواصلة المؤسسة لنشاطها بنفسها وجدولة ديونها على اقساط لا يجوز للدائن تتبع المدين خارج منطوق مقتضيات حكم المصادقة ويصبح من غير الجائز تبعا لذلك ممارسة دعوى الاستخلاص ضد الكفيل على اساس انه لا يحق للدائن ممارسة دعويين في دين واحد ضد طرفين في نفس الوقت وعلى اساس ان تسوية الدين تقتضي الالتزام بتلك التسوية وينتفع الكفيل بذلك التقسيط ولا يمكن التنفيذ عليه خلافا لما ذهبت اليه محكمة الحكم المطعون فيه

فالدين اصبح موضوع تسوية بحكم قضائي في تيسير خلاصه وهو موقف تبنته محكمة التعقيب في قرارات سابقة واوضحت انه وان كان المبدا واضحا اثناء سير اجراءات التسوية فان الاشكال يطرح في تتبع الكفيل بعد صدور الحكم القاضي بالتسوية الذي مكن المدين من جدولة معينة للخلاص مثلما جرى عليه نزاع الحال والتي تعتبر صيغة لتسوية الدين لذلك لا يجوز للدائن تتبع الكفيل اذا صادقت المحكمة على صبغة معينة للخلاص كتقسيط الدين وفق جدولة مضبوطة اذ بموجب المصادقة على التسوية ينتهي تتبع المدين بصغة فردية خارج منطوق ومقتضيات حكم المصادقة ويعتبر ان اشكال عدم الخلاص قد زال ويصبح من غير الجائز ممارسة دعوى الاستخلاص ضد الكفيل على اساس ان تسوية الدين تقتضي الالتزام بتلك التسوية وفق الفصل 340 من م ا ع وعليه لا يحق مطالبة الكفيل بعد ان رسم الدين ضد المدين وتمت تسويته بحكم لخلاصه في جدولة معينة والتي تمضي على الكفيل وفق ما يقتضيه الفصل 1519 من م ا ع الذي ينص على انتفاع الكفيل بالامهال ان امهل الدائن المدين الاصلي وهو ما خالفته محكمة الحكم المطعون فيه وجانبت الصواب وعرضت قضائها للنقض.

ولهــذه الأسبــاب :

قررت المحكمة قبول مطلب التعقيب شكلا واصلا ونقض القرار المطعون فيه واحالة القضية على محكمة الاستئناف ***** لاعادة النظر فيها من جديد بهيئة اخرى واعفاء الطاعنين من الخطية وارجاع معلومها المؤمن اليهم.

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الخميس 17 ماي 2018 عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيستها ***** وعضوية ***** و***** وبمحضر المدعي العام ***** وبمساعدة كاتبة الجلسة *****.

وحــرر في تاريخـــه