*****

الجمهوريــة التونسيــة
وزارة العدل
محكمــة التعقيــب
***ع61304.2018دد القضيــة**
تاريخــه :16-01-2019
أصــدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعد الاطلاع على مطلب التعقيب المقدم في 2018/3/15 من الاستاذ ***** المحامي لدى التعقيب.

نيابة عن:شركة ***** في شخص ممثلها القانوني ***** مقرها ب*****.

ضد:شركة ***** في شخص ممثلها القانوني مقرها ***** ينوبها الاستاذ ***** .

طعنا في القرار الاستئنافي المدني 75571 الصادر بتاريخ 2016/6/22 عن محكمة الاستئناف ب***** والقاضي بقبول الاستئنافين الاصلي والعرضي شكلا ورفض اولهما موضوعا واقرار الحكم الابتدائي واجراء العمل به وتخطئة المستانفة بالمال المؤمن وحمل المصاريف القانونية عليها وتغريمها لفائدة المستانف ضدها باربعمائة دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة المحاماة عن هذا الطور.

وبعد الاطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بتاريخ 2018/3/30 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 تلك المستندات المقدمة من الاستاذ ***** نيابة عن المعقب ضدها والرامية الى طلب رفض مطلب التعقيب اصلا.

وبعد الاطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية اللا طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه اصلا والحجز.

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

من حيث الشكل:

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع اوضاعه وصيغه القانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

من حيث الاصل:

حيث تفيد وقائع القضية كيفما اوردها الحكم المنتقد والاوراق التي انبنى عليها قيام المدعية في الاصل (المعقبة في شخص ممثلها القانوني لدى المحكمة الابتدائية ب***** بواسطة محاميها عارضة انه بموجب عقد المناولة عـ001ـدد المبرم بينهما وبين المطلوبة في الاصل المعقب ضدها المؤرخ في 2009/08/06 تم التعاقد بينهما على ان تتولى العارضة توفير وتركيب التجهيزات الكهربائية لمحطة تصفية المياه بال***** الجزائر بثمن جملي قدره 610.857.000 اورو يتم خلاصه طبق الفصل 11 من العقد الذي يقتضي ان مبلغ القسط الاخير من الثمن المقدر ب10 بالمائة من الثمن أي 61.085.700 اور وتتولى المطلوبة خلاصه عند القبول الوقتي Reception provisoire من صاحب العمل ***** مقابل ضمان بنفس قيمة المبلغ يرفع بمضي 24 شهرا من تاريخ القبول الوقتي او بتاريخ القبول النهائي إذا ما طرا تاخير ناجم عن المعدات المسلمة من العارضة وبصريح لفظه :"10% à la réception provisoire

contre caution du même montant libérable 24 mois à partir de la date de la réception provisoire délivré par ***** ou à la réception définitive si cette dernière a été retardé a cause des équipements électriques par *****" وعرضت الطاعنة انها وفت بجميع التزاماتها وتم تحرير محضر القبول الوقتي بين المعقب ضدها وبين صاحب العمل ***** بتاريخ 2012/10/30، وسلمت المعقبة للمعقب ضدها اصل ضمان بنكي من لدن ***** مؤرخة في 2013/01/18 بقيمة 61.085.700 اورو لتتولى خلاصها في مبلغ القسط الاخير من الثمن، غير ان المعقب ضدها رفضت ذلك، مشترطة حسب مراسلاتها الموجهة للعارضة بواسطة البريد الالكتروني بتاريخ 2013/02/05، ثم بواسطة الفاكس بتاريخ 2013/3/27 تغيير نص الضمان البنكي وفق صيغة لا يتوافق مع الفصل 11 من عقد المناولة.

La caution devient caduque

/1 au plus tard à la réception définitve délivrée par/1 *****.

/2 ou bien 24 mois à partir de la date de la réception provisoire /2 (notifié le 30/10/2012) libérable par main levée delvré par ***** (nommé précédemment) *****" وبتاريخ 2013/4/16 سلمت المعقبة للمعقب ضدها ضمان بنكي جديد من لدن نفس البنك مؤرخ في 2013/4/12 متوافق مع الفصل 11 من عقد المناولة ومستعملا لنفس عبارات المعقب ضدها التي استعملتها صلب مراسلاتها السابقة وخصوصا ما يلي:

/4 « En application de l’article 53 du décret n°2002-3158 du 17/12/2002 susvisé, la présente caution, qui vaut comme garantie contre le paiement du montant indiquée ci-dessus, devient caduque 24 mois à partir de la date de la réception provisoire (délivré par ***** à savoir le 30/10/2012) ou a la réception définitive si cette dernière a été retardé a cause des équipements électriques par ***** ».

وبتاريخ 2013/4/18 رفضت المعقب ضدها مجددا خلاص العارضة في القسط الاخير من الثمن مشترطة صلب مراسلتها الموجهة بالفاكس تغيير نص الضمان البنكي حسب الصيغة التي سعت لفرضها سابقا، واستمر رفضها في الخلاص رغم تكرار الطلب اخرها بتاريخ 2013/5/07 بواسطة عدل التنفيذ ***** رقيم عـ6316ـدد، وتمسكت المعقب ضدها بنفس طلباتها صلب محضر الرد على التنبيه بواسطة عدل التنفيذ ***** رقيم 3600 بتاريخ 2013/5/13 وملاحظا ان صيغة نص الضمان التي سعت المعقب ضدها لفرضها بارادتها المنفردة لا تتطابق مع بنود عقد المناولة ضرورة انها:

1/تقلب ترتيب تواريخ تفعيل الضمان المتفق عليها صلب الفصل 11 من عقد المناولة بتقديم تاريخ القبول النهائي وتاخير تاريخ القبول الوقتي.

2/ويضيف شروطا جديدة لرفع الضمان باشتراط شهادة في رفع اليد من المعقب ضدها (liberable par mainlevée délivré par *****) والحال انه لم يقع الاتفاق عليها مطلقا صلب عقد المناولة (الفصل 11 منه).

وحيث قضت محكمة البداية بتاريخ 2014/3/11 بموجب حكمها عـ32267ـدد برفض الدعوى الاصلية وقبول الدعوى المعارضة شكلا وفي الاصل بتغريم المدعية لفائدة المدعى عليها ب300 دينار لقاء اتعاب التقاضي واجرة محاماة وحمل المصاريف القانونية عليها .
فاستانفته المدعية في الاصل بواسطة محاميها الاستاذ ***** استنادا الى توفر شروط استحقاق وخلاص القسط الاخير من الثمن وطلبت النقض والقضاء من جديد لصالح الدعوى.
وبعد استيفاء الاجراءات القانونية اصدرت محكمة الاستئناف ب***** قرارها عـ75571ـدد بتاريخ 2016/6/22 السالف تضمين نصه اعلاه.
فتعقبته المدعية في الاصل بواسطة محاميها الاستاذ ***** ناسبة له ما يلي:
المطعن الاول : تجاهل عبارة العقد وخرق احكام الفصل 242 م ا ع :
ان ما انتهت اليه محكمة الاستئناف من ان كتب الضمان الجديد "ورد بعد مرور اكثر من 24 شهرا من التسليم الوقتي و...يصبح له مفعول الابراء 24 شهرا بداية من تاريخ القبول او التسليم الوقتي...: لا يستقيم واقعا وقانونا ضرورة ان الفصل11 من عقد المناولة تضمن اتفاق الطرفين على تحديد اجلين بالخيار (OPTION) لتفعيل الضمان بصريح لفظ الخيار "ou" خيار الاجل الاول : 24 من تاريخ القبول من صاحب العمل « 24 mois à partir de la date de la réception provisoire délivré par ***** » .
خيار الاجل الثاني : تاريخ القبول النهائي إذا تاخرت هذه الاخيرة بسبب تجهيزات الطاعنة :
A la réception définitive si cette dernière a été retardé a cause des équipements électriques par *****.
وان محكمة الاستئناف قد تجاهلت واهملت اجل الخيار الثاني، ولتجعل من تفعيل الضمان مقتصرا ومنحصرا في اجل الخيار الاول الامر الذي يشكل تحريفا لاحكام الفصل11 من عقد المناولة، وتضييقا في تطبيقه وخرقا لاحكام الفصل 242 م ا ع، فضلا على ان اجل الخيار الثاني سيما القبول النهائي لم يتحقق بعد ولم تدلي المعقب ضدها لمحكمة الاستئناف بما يفيد وقوعه بينها وبين صاحب المشروع *****...
المطعن الثاني : تحريف الوقائع وخرق احكام الفصل 339 م ا ع:
بمقولة ان محكمة الاستئناف خلطت ايضا بين تاريخ تحرير كتب الضمان وبين تاريخ تفعيل الضمان، والحال ان تاريخ تحرير كتب الضمان ليس له مفعول الابراء ضرورة ان شروط تفعيل الضمان حددها الفصل11 من العقد القائم على خيار اجلين، ولا وجود مطلقا لتنصيص على البراءة بمثل هكذا شرط.
وهذا التعليل قائم على اقصاء المحكمة لاجل الخيار الثاني.
وان التنصيص صلب الكفالة على تاريخ القبول الوقتي كان بناء على ثبوت حصوله وتحرير المحضر حسب محضر قبول الاشغال المبرم مع صاحب العمل *****. بتاريخ 2012/10/30، فضلا عن اقرار المعقب ضدها بذلك صلب مراسلاتها بالبريد الالكتروني وبالفاكس سيما صلب صيغة الضمان الواردة بهما، ومحضرها في الرد على التنبيه بواسطة عدل التنفيذ ***** رقيم3600 بتاريخ 2013/5/13، ولا تاثير لذلك على تفعيل الكفالة في صورة قيام الموجب لذلك...
وأجل الخيار الثاني سيما القبول النهائي لم يتحقق بعد، ولم تدلي المعقب ضدها لمحكمة الاستئناف بما يفيد وقوعه بينها وبين صاحب المشروع *****.، ومن ثم يبقى الضمان قائما ونافذا ، ولا مجال للقول بسقوطه.

ان حالات انقضاء الالتزامات والابراء منها عددها الفصل 339 م اع بصفة حصرية، ولا يوجد ضمنها الحالة التي ابتدعتها محكمة الاستئناف وتكون فيما انتهت اليه قد حرفت الحقائق وخرقت احكام الفصل 339 م ا ع.

المطعن الثالث سوء فهم وتطبيق الفصل11 من عقد المناولة.

بمقولة ان تكييف محكمة الاستئناف للكفالة كضمان عند اول طلب لا يستقيم لعدة اعتبارات ذلك ان الفصل11 من العقد لم يشترط مطلقا تقديم "ضمان عند اول الطلب" واكتفى باشتراط مجرد "كفالة ننفس المبلغ" بل انه لم يشترط حتى ان تكون الكفالة بنكية!!! "caution bancaire" وتكون قد خرقت احكام الفصل 11 من عقد المناولة، وضيقت في مجال انطباقه بخلق شروط جديدة ليس لها اي سند تعاقدي.

وان هذا التعليل قائم على خلط المحكمة بين تقنية "الكفالة" موضوع الفصل 11 من عقد المناولة وبين تقنية "الضمان عند اول الطالب" والحال انهما يختلفان من حيث الشكل، والنظام القانوني، والاثار كيفما استقر على ذلك الفقه وفقه القضاء من ذلك القرار التعقيبي عـ47628ـدد الصادر بتاريخ 1995/06/28، والقرار التعقيبي عـ44234ـدد الصادر بتاريخ 2010/3/04.

كما هو قائم على تجاهل المحكمة ان فقرة الفصل 11 من عقد المناولة المتعلقة بخصم الضمان كانت غاضمة ومبهمة في بيان ارادة المتعقادين : فهل ان مبلغ الضمان يحرر ويسلم آليا للمعقب ضدها بمضي 24 شهرا من القبول الوقتي او بتاريخ القبول النهائي حتى في صورة عدم وجود عيب؟؟ ام ان الضمان يرفع اليا بمضي كلا الاجلين حتى في صورة وجود عيب؟؟.

وحيث إذا ما جارينا التاويل الاول القاضي بان "مبلغ الضمان يحرر ويسلم آليا للمعقب ضدها بمضي 24 شهرا من القبول الوقتي او بتاريخ القبول النهائي حتى في صورة عدم وجود عيب" فإن ذلك يؤدي الى اثراء المعقب ضدها بدون وجه حق باسترجاعها آليا لمبلغ خصم الضمان بحلول اي الاجلين حتى في صورة عدم وجود عيب، ويكبد الطاعنة خسارة من خلال رجوع البنك عليها بالدرك، الامر الذي ياباه المنطق والذوق السليم، ويخل بالتوزانات التعاقدية والامانة في تنفيذ العقود.

وحيث إذا ما جارينا التاويل الثاني القاضي بان "الضمان يرفع اليا بمضي كلا الاجلين حتى في صورة وجود عيب" فإن ذلك يؤدي قطعا الى افراغ تقنية الضمان من كل جدوى سواء بالنسبة للمشتري الذي لا يملك من الضمان سوى الاسم او بالنسبة للبائع الذي سوف يتحمل مصاريف الكفالة البنكية دون ان تكون له ادنى حماية فعلية!!! الامر الذي ياباه المنطق والذوق السليم، فضلا عن اخلاله بالتوازنات التعاقدية، والامانة في تنفيذ العقود.

وحيث طالما ان عبارة الفصل11 على حالتها قاصرة عن بيان حقيقة ارادة الطرفين، بات من الضروري تاويل العقد والبحث عن الارادة الحقيقية للطرفين باعتبار ان "العبرة في التعبير بالمقاصد لا بظاهر الالفاظ والتراكيب" الفصل 515 م ا ع) بمعنى ان لا يقف القاضي في حدود المعاني الشكلية بل يبحث عن الارادة الحقيقية من وراء المعاني، ولا يقف في ذلك عند التاويل الداخلي للعقد intrinsèque بل يتعداه الى عناصر خارجية للبحث عن مراد الطرفين طبقا لاحكام الفصل514 م ا ع.

وحيث ان التاويل السليم لعبارة الفصل 11 من عقد المناولة يقتضي بان الكفالة ترفع اليا بمضي كلا الاجلين في صورة عدم وجود أي اعتراض من المعقب ضدها بين يدي البنك بناء على وجود عيب، وكيفما درج على ذلك على ذلك العمل والعرف، اما في صورة قيامها بالاعتراض المذكور فإن الكفالة لا ترفع الا بشهاد من المعقب ضدها في الغرض.

وحيث ان ما يعزز هذا التاويل ان ***** قد ادرك قصور عبارة الفصل 11 من عقد المناولة، لرفع الغموض عن هذه النقطة فقد احال صراحة في تفعيل الكفالة الى احكام الفصل 111 من الامر عـ1039ـدد المؤرخ في 2014/3/13 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، وان القاعدة الاصولية تقتضي انه "إذا تعذر الحكم بنص صريح من القانون اعتبر القياس"(الفصل 535 م ا ع).

وحيث ان خلط محكمة الاستئناف بين تقنية "الكفالة"، وبين تقنية الضمان عند اول الطلب" كدفع اثارته من تلقاء نفسها والبذي يشكل لوحده سببا موجبا للنقض، وتجاهلها غموض وابهام وقصور عبارة الفصل 11 من عقد المناولة، وعدم اعمالها لقواعد التاويل للوقوف على الارادة الحقيقية للمتعاقدين ادى بها الى نتيجة تصب في حالة التاويل الاولى المذكورة اعلاه بما فيها من تحامل على الطاعنة الامر الذي يشكل تحريفا للحقائق وهضما لحقوق الدفاع وخرقا لاحكام الفصلين 514 و515 م ا ع.

المطعن الرابع : تحريف الوقائع والتعسف في استعمال السلطة:

بمقولة ان ما انتهت اليه محكمة الاستئناف من "...ان معالجة المستانفة للخلل الذي شاب مضمون كتب كفالة خصم الضمان... جعلها تتاخر عن الاجل المتفق عليه بغاية تحرير ذلك الضمان"لا يستقيم واقعا وقانونا ضرورة ان عقد المناولة لم يحدد مطلقا أي اجل لتقديم كتب الكفالة ! وانما ابقى للطاعنة الحرية بين الابقاء على مبلغ خصم الضمان بين يدي المعقب ضدها وبين تقديم كفالة لقبض المبلغ في المقابل.

وان محكمة الاستئناف قد اهملت ان كتب الضمان المؤرخ في 2013/4/12 (المقدم بالطور الابتدائي) قد اعتمد واستعمل نفس العبارات التي استعملتها المعقب ضدها صلب مختلف الصيغ التي سعت لاكراه الطاعنة عليها، وان القاعدة الاصولية تقتضي ان "من سعى في نقض ما تم من جهته فسعيه مردود عليه"الفصل 547 م ا ع).

كما اهملت ان التاخر في تقديم الكفالة كان ناجما بالاساس عن فعل المعقب ضدها ضرورة انها سعت بارادتها المنفردة لاكراه الطاعنة على صيغة كفالة لا تتطابق مطلقا مع بنود عقد المناولة ضرورة انها:

1/تقلب ترتيب آجال خيار الضمان المتفق عليها صلب الفصل 11 من عقد المناولة بتقديم تاريخ القبول النهائي وتاخير تاريخ القبول الوقتي.

2/ولتضيف شروطا جديدة لرفع الضمان باشتراط شهادة في رفع اليد من االمعقب ضدهاوالحال انه لم يقع الاتفاق عليها مطلقا صلب عقد المناولة (الفصل 11منه).

وحيث ان محكمة الاستئناف قد تجاهلت ان ما قامت المعقب ضدها اكراه الطاعنة على مثل هكذا صيغة من الضمان) من شانه ان يصعب على الطاعنة اجراء ما لها حقوق عند اتمام الشرط (خيار الاجلين) الامر الذي يشكل خطا في جانبها وخرقا لاحكام الفصل 134 م ا ع "ليس لمن التزم بشيء على شرط تعليق ان يجري قبل حصوله أي عمل يمنع الغريم او يصعب عليه اجراء حقوقه عند اتمام الشرط".

وان هذا التعليل قائم على تجاهل المحكمة للغموض الذي يكتنف عبارة وصياغة الفصل 11 من عقد المناولة ، والذي تسبب في الخلاف بين الطرفين في تحرير صيغة الكفالة/ والذي سعى ***** لرفعه صلب كتب الضمان المؤرخ في 2013/4/12 (المقدم بالطور الابتدائي) من خلال الاحالة الصريحة للفصل 53 من الامر عـ3158ـدد المؤرخ في 2002/12/17 المتعلق بتنظيم الصفقات العمومية، بما يرفع اللبس عن طرق تفعيل الكفالة حماية لمصالح كلا الطرفين.

وحيث من الغرابة بمكان ان تهمل وتعرض محكمة الاستئناف عن تعسف المعقب ضدها على الطاعنة من خلال الصيغة التي سعت لاكراهها عليها وما استغرقه ذلك من آجال ووقت مهدور، وتهمل وتعرض عن الحل المنطقي والمعقول والعادل الذي ورد في كتب الضمان المؤرخ في 2013/4/12 (المقدم بالطور الابتدائي) والذي يعكس حسن نية الطاعنة وسعها في ايجاد حل يضمن مصالح كلا الطرفين ويتماشى وروح المعاملة.

المطعن الخامس: الانحراف بالسلطة وهضم حقوق الدفاع وخرق احكام الفصل 246 م ا ع:

بمقولة ان ما انتهت اليه محكمة الاستئناف من رفض الطاعنة رفع التحفظات، وفضلا عما فيه من اهمال لجميع الدفوعات والمؤيدات المفصلة صلب تقرير محامي المعقبة المقدم بجلسة يوم 2015/6/03، وسلمت بصحة مزاعم المعقب ضدها الامر الذي يشكل هضما لحقوق الدفاع وموجب لوحده للنقض.

1/من حيث بطلان القول بوجود تحفظات:

1/أنه خلافا لما انتهت اليه محكمة الاستئناف فإنه لا وجود لاي تحفظات تحول دون خلاص الطاعنة لعدة اسباب.

*ان المعقب ضدها لم تزعم مطلقا صلب جميع مراسلاتها، ومحضرها في الرد على التنبيه بواسطة عدل التنفيذ ***** رقيم3600 بتاريخ 2013/5/13 وجود أي تحفظات او عدم تنفيذ لاشغال بل ان كامل الخلاف انحصر حول صياغة الضمان البنكي لا غير كيفما اقرت بذلك المعقب ضدها صلب محضرها رقيم 3600 المذكور، وتقرير محاميها بالطور الابتدائي.

*لا وجود لاي وثيقة صادرة عن صاحب المشروع ***** تفيد تحفظه على اشغال المعقبة.

*ان الطاعنة قد وفت بجميع الزاماتها وتولت القيام بالاصلاحات المطلوبة ورفع جميع التحفظات حسب ما هو ثابت بالمحاضر الممضاة والمختومة من طرف المعقب ضدها واللاحقة لمراسلتها المؤرخة في 2013/6/07 حسب ما هو ثابت بعـ4ـدد تقارير حول تنفيذ الاشغال المؤرخة تباعا في 2013/06/10 وفي 2013/6/11 و2013/6/12 وفي 2013/6/13 وفي 2013/6/14، وبمحضر قبول اشغال المؤرخ في 2013/6/14، وبتقرير حول تنفيذ الاشغال المؤرخ في 2013/7/22، ومحضر قبول اشغال المؤرخ في 2013/7/22 والتي تضمنت جميعها تنصيصا صريحا على رفع التحفظات المطلوبة.

2/أنه خلافا لما انتهت اليه محكمة الاستئناف فإن وثيقة التحفظات الالكترونية المبلغة في 2014/11/07 والمكتوب المبلغ بتاريخ 2014/12/19 لا عمل عليهما لعدة اعتبارات:

*مجرد وثيقة كونتها المعقب ضدها بنفسها ولنفسها ولا عمل عليها طبق الفصل 548 م ا ع سيما انها لا تحمل حتى ختم وامضاء صاحب المشرع ***** تفيد تحفظه على اشغال الطاعنة.

*ان التحفظات المزعومة صلبها وفضلا عن عدم تعلقها باشغال الطاعنة جاءت بعد انقضاء اجل الضمان التعاقدي المقدر ب24 شهر من تاريخ القبول الوقتي المجرى في 2012/10/30 كيفما تم الاتفاق على ذلك صراحة صلب محضر قبول الاشغال الوقتي المبرم بين المعقبة والمعقب ضدها بتاريخ 2012/10/30 الذي تضمن صراحة:

***** export s'engage, conformément à l'article 10 de contrat, à garantir ses fournitures et ses prestations (pièces et main d'œuvre) pendant une période de 24 mois a compter de présent PV".

وحيث بانقضاء اجل الضمان التعاقدي للاعلام بالتحفظات للتدخل فيها تكون الطاعنة في حل من كل مسؤولية، فضلا عن بطلان مزاعم المعقب ضدها اصلا.

ان ما ضمن صلبها من تحفظات سيما المتعلقة بتركيب تجهيزات القيس (INSTRUMENTATION, OXYMETRIES et DEBITMETRES) لا تندرج ضمن الاشغال موضوع عقد المناولة ولم تنجزها الطاعنة ولا يمكن مطالبتها بالتدخل في شانها، او تحميلها تبعات اعمال الغير.

خرق المحكمة لاحكام الفصل 247 م ا ع:

بمقولة انه خلافا لماما انتهت اليه محكمة الاستئناف فإن الطاعنة تولت الرد على مطالب المعقب ضدها في ظرف الاجل الذي حددته هذه الاخيرة بارادتها المنفردة بموجب محضر عدل التنفيذ ***** رقيم 342 بتاريخ 2014/12/29 واعربت فيه عن استعدادها الصريح للتدخل بشان التحفظات المزعومة وذلك بعد ان تتولى المعقب ضدها المبادرة بتنفيذ شقها الاول من الالتزام بخلاصها في القسط الاخير من الثمن (محل النزاع) بصريح ما ورد بالنقطة 4 من خلاصة المحضر المذكورة.

وان الفصل 11 من عقد المناولة قد حدد شروط خلاص القسط الاخير من الثمن ولا نجد ضمنها مطلقا مسالة رفع التحفظات والتي تكون عند الاقتضاء محل نزاع مستقل عن قضية الحال سيما في ضمان العيوب ان صح وجودها، خصوصا ان حقوق المعقب ضدها مكفولة بكتب الضمان وباليات تفعيلة والا فما الغاية من كتب الضمان ان كانت الطاعنة ستحرم من قبض القسط الاخير من الثمن، والقول بخلاف ذلك يصير الامور عبثية ويفرغ الكفالة من كل جدوى.

وان ما يعزز ذلك ان محكمة الاستئناف نفسها فضت طلب المعقب ضدها تكليف خبير للتحقق من العيوب المزعومة مما يجعل حكمها مشتملا على اجزاء متناقضة والذي يشكل لوحده سببا موجبا لنقضه طبق احكام الفصل 175 م م م ت.

وانه خلافا لما انتهت اليه محكمة الاستئناف ان الفصل 246 م ا ع لا يجب ان يقرأ بمعزل عن الفصل 247 م ا ع الذي ضبط بدقة طريقة تنفيذ الالتزامات المتقابلة.

وانه طالما ان شروط خلاص القسط الاخير من الثمن محددة بالفصل 11 من عقد المناولة سيما القبول الوقتي للاشغال من طرف صاحب العمل *****، وتوفير كفالة بقيمة القسط الاخير من الثمن وخيار آجليها مفصل ومرتب (ordre) صلب نفس الفصل وطالما ان شروط خلاص القسط الاخير من الثمن متوفرة، فإن التزام المعقب ضدها بخلاص القسط الاخير يكون في مرتبة متقدمة عن غيره من الالتزامات ولا يحق لها الامتناع عن تنفيذه وجاز للطاعنة التمسك بعدم التنفيذ الى حين خلاصها في باقي ثمنها، كيفما استقر على ذلك فقه قضاء محكمة التعقيب صلب قرارها عـ47875ـدد الصادر بتاريخ 2011/5/14، وكذلك قرارها عـ60517ـدد بتاريخ 1998/12/07.

وان محكمة الاستئناف تكون بهذا التمشي اضافت شروطا جديدة، وضيقت في مجال تطبيق الفصل 11 من عقد المناولة، وقبلت ترتيب الالتزامات التعاقدية، وحرمت الطاعنة من التمسك قانونا بالدفع بعدم التنفيذ "exception d'inexécution" للتصدي لامتناع المعقب ضدها عن خلاص القسط الاخير من الثمن رغم توفر شروطه التعاقدية، فضلا عما الحقه بالمعقبة من ضرر جراء تراكم مصاريف الكفالة التي ما تنفك تتحملها الامر الذي يشكل خرقا صارخا لاحكام الفصل 242 م ا ع وافراطا في استعمال السلطة,

وطلب على هذا الاساس قبول التعقيب شكلا واصلا والنقض مع الاحالة.

وحيث ردت المعقب ضدها على تلك المستندات بواسطة محاميها الاستاذ ***** بان الكفالة البنكية الجديدة منتهية الصلوحية وان الطاعنة تقاعست عن رفع التحفظات موضوع المراسلات والتنابيه كما اخلت بالخيارين المتفق عليهما بالفصل 11 من العقد وان تقاعسها عن رفع

التحفظات يجعلها لا تستحق المال المتبقي كما انها اخلت بواجب التنفيذ بتمام الامانة وقد تولت المعقب ضدها لاستعانة الغير لانجاز الاشغال موضوع التحفظات بعد تخلف المعقبة عن القيام بذلك وزال بذلك موضوع التعاقد وطلب رفض التعقيب اصلا.

المحكمـــــــــة

عن جملة المطاعن لترابطها واتحاد القول فيها:

حيث يؤخذ من جملة المطاعن المثارة واسانيد القرار المنتقد ان كلا الطرفين ينسب للاخر مخالفة الفصل 11 من العقد الرابط بين الطرفين والفصول 242 و23 و247 م ا ع ويقتضي بذلك من المحكمة مزيد الاستقراء والبحث وفقا للفصل 114 من م م م ت والبحث عن ارادة الحقيقية سيما وانه من الثابت من خلال القرار المطعون فيه ومستندات الطعن والردود عليها انه لم يقع خلاص الجزء من المال موضوع الضمان البنكي وهو يقتضي ذلك منها حسن قراءة الوقائع وتكييفها وهو ما لم تجتهد فيه المحكمة حال انه كان لزاما على محكمة الموضوع البحث في ارادة المتعاقدين بخصوص تفعيل رفع الكفالة وفق الفصل 11 من العقد طالما كانت عبارات الفصل قاصرة عن بيان ارادة المتعاقدين فإنه على المحكمة البحث عن تلك الارادة من خلال التاويل السليم للعقد ويقتضي ذلك ان يقع رفع الكفالة اليا بمضي كلا الاجلين في صورة عدم وجود اعتراض بين يدي البنك لوجود عيب اما في صورة الاعتراض فلا توضع الكفالة الا بشهادة في الغرض ومحكمة الموضوع مدعوة للبحث في مدى وجود التحفظات من عدمها وان كانت تحول دون الخلاص من عدمه واعراض المحكمة عن ذلك يشكل خرقا للقانون سيما وانه تبين من اسانيد الحكم المنتقد ان محكمة الموضوع جعلت من تفعيل الضمان مقتصرا ومنحصرا في اجل الخيار الاول وهو 24 شهرا من تاريخ القبول الوقتي من صاحب المشروع واهملت اجل الخيار الثاني المحدد بتاريخ القبول النهائي وهو ما يشكل تحريفا منها لاحكام الفصل 11 من عقد المناولة خاصة وان القبول النهائي يقتضي التحقيق من وقوعه وفي غياب ذلك لا مجال للقول بسقوط الضمان الذي يظل قائما خلافا لما انهتجته محكمة الحكم المنتقد بما يعرض قضائها للنقض.

ولهذه الاسباب

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

وصدر هذا القرار بحجرة الشورى يوم الابعا 16 جانفي 2019 عن الدائرة المدنية الرابعة المتركبة من رئيسها ***** وعضوية المستشارتين ***** وبمحضر المدعي العام ***** وبمساعدة كاتبة الجلسة *****.

وحـــرر في تاريخـــــه