ع/س

الجمهوريــة التونسيــة

وزارة العدل

محكمــة التعقيــب

***عـ24490.2020دد القضيــة**

تاريخــه :2020/08/24

أصـدرت محكمة التعقيـب القرار الاتي :

بعـد الاطـلاع علـى مطلـب التعقيـب المقـدم فـي 2019/06/29 مـن الأستاذ "الص. ه." المحامي لدى التعقيب .

نيابــة عـن المعقــب: بنـك فـي شـخص ممثلـه القـانوني الكـائن مقـره ... نائبـه الأسـتاذ "الـص. ه." المحـامي لدى التعقيب.

من جهة

ضد : المعقب ضدها: "ش. م " في شخص ممثلها القانوني مقرها ... محل مخابرتها لدى نائبها الأستاذ " س. الم." الكائن مكتبه ...

من جهة أخرى

طعنـا فـي القـرار الاسـتئنافي عـدد 37114 الصـادر بتـاريخ 2020/02/27 عن محكمة الاستئناف

والقاضـي نصـه: "قضـت المحكمـة نهائيـا بقبـول الاسـتئنافين الأصـلي والعرضـي شـكلا وفـي الأصـل بـاقرار الحكـم الابتـدائي المطعـون فيـه واجـراء العمـل بـه وتخطيـة المسـتأنف بالمـال المـؤمن وحمـل المصـاريف القانونيـة عليـه وتغريمـه لفائـدة المسـتأنف عليهـا بـ(600,000د) لقـاء أتعـاب وأجـرة محامـاة معدلة من المحكمة.

وبعد الإطلاع على مستندات التعقيب المبلغة للمعقب ضدها بتاريخ 2020/07/09 بواسطة عدل التنفيذ "الم. الب." بموجب رقيمه عدد 36509.

وعلى نسخة الحكم المطعون فيه وعلى بقية الوثائق الواجب تقديمها حسب الفصل 185 من م م م ت.

وبعد الإطلاع على الرد على مستندات التعقيب المقدم من الأستاذ "س. الم." الرامية إلى طلب رفض مطلب التعقيب أصلا.

وبعد الإطلاع على ملحوظات النيابة العمومية لدى هذه المحكمة والرامية إلى طلب قبول مطلب التعقيب شكلا ورفضه أصلا والحجز.

وبعد الاطلاع على أوراق القضية والمفاوضة بحجة الشورى صرح بما يلي:

المستندات

1/من حيث الشكل :

حيث كان مطلب التعقيب مستوفيا جميع أوضاعه وصيغة قانونية مما يتجه معه قبوله من هذه الناحية.

2/من حيث الأصل:

حيث يفيد موضوع الدعوى قيام المدعي في الأصل (المعقب ضدها حاليا) لدى المحكمة الابتدائية ضد المدعى عليها في الأصل (المعقبة الآن) في طلب الحكم بإلزام البنك المدعى عليه في الأصل بأنه يرجع لها المبالغ المالية التي لم يقم بتحويلها لحرفاء المحددين من المدعية في الأصل وهي:

1/ثلاثة وسبعون ألفا وثلاثمائة وثمانية وعشرون دولارا أمريكيا.

2/مائة وتسعة وثلاثون ألفا وثلاثمائة وتسعمائة وخمسون أورو

3/الفوائض القانونية بالنسبة التجارية المترتبة عن التأخير من تاريخ سحب المبالغ إلى تمام الوفاء.

4/مصروف رقيم الاستدعاء للجلسة

5/خمسة آلاف دينار لقاء مصاريف التقاضي وأجور الدفاع وحمل المصاريف القانونية عليها والإذن بالنفاذ العاجل وفقا لأحكام الفصل 125 م م م ت.

وبعد الاطلاع على الحكم الابتدائي الصادر فيها بتاريخ 2018/07/10 تحت عدد 49065 والقاضي ابتدائيا بإلزام المدعى عليه بأن يؤدي للمدعية كل في شخص ممثله القانوني المبالغ المالية التالية:

1/ما يعادل بالدينار التونسي يوم الخلاص مبلغ ثلاثة وسبعين ألف وثلاثمائة وعشرين دولار (73 328,00 دولار).

2/ما يعادل بالدينار التونسي يوم الخلاص مبلغ مائة وتسعة وثلاثين ألف وتسعمائة وخمسين أورو (139 950,00 أورو).

3/الفائض القانوني الجاري على المبلغين المذكورين من تاريخ التنبيه الموافق ليوم 2014/8/12 على تمام الوفاء.

4/ثمانية وأربعين دينارا و100 مليم (48,100د) لقاء أجرة رقيم الاستدعاء للجلسة.

5/ثلاثمائة وخمسين دينار (350,000د) لقاء أتعاب التقاضي وأجرة محاماة معدلة.

وحمل المصاريف القانونية على المحكوم عليه ورفض الدعوى فيما زاد على ذلك وقبول الدعوى المعارضة شكلا ورفضها أصلا.

وحيث استأنفت المحكوم ضدها الحكم الابتدائي فقضت محكمة الاستئناف بتونس بقرارها المبين نصه بالطالع.

وحيث تعقبت المحكوم ضدهما القرار الاستئنافي بواسطة نائبها ناعية عليه المطاعن التالية:

المطعن الأول:

*في الخطأ وسوء تطبيق القانون حيث اعتمدت المحكمة على القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال غير المنطبق البتة على قضية الحال:

قولا أنه أسست محكمة الاستئناف ومن قبلها محكمة البداية حكمها على أحكام القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال وخاصة على الفصل 07 منه.

وأن القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال لا علاقة له بقضية الحال ولا يمكن بأي حال من الأحوال اسقاط وقائع قضية الحال عليه والتعسف على فصوله ومجال انطباقه لجعله يستوعب موضوع قضية الحال.

وحيث أن اعتماد محكمة الاستئناف على القانون المذكور وخاصة على الفصل 07 منه أدى بها إلى قلب عبء الاثبات على المعقب.

وأن القانون المذكور ينطبق على عملية التحويل التي يقوم بها الحريف بطريقة الكترونية مستعملا في ذلك أداة تحويل الالكتروني، أي أن الحريف هو من يقوم بتنفيذ عملة التحويل ولا يقوم بها البنك الذي يقتصر دوره على تمكين الحريف من أداة التحويل الالكتروني ومن رمز سري للمنتفع ويضمن سرية العمليات ويعتمد نظاما خاصا يمكنه من التثبت من صحة العمليات المنجزة.

وأن عمليات التحويل الالكتروني هي التي يقوم بها بنفسه ولخاصة نفسه بواسطة البطاقات البنكية أساسا أو بواسطة آية وسيلة تحول الكتروني للأموال قابلة للشحن وتخزن عليها الكترونيا وحدات قيمية وهي أداة التحويل التي يسلمها البنك أو غيره ويضعها على ذمة المستفيد.

وحيث أن عمليات التحويل الكتروني كما عرفها الفصل 01 من القانون المذكور.

وأن عمليات التحويل الالكتروني للأموال حكرا على البنوك أو على المؤسسات المالية بل هو نشاط يمكن أن يقوم به أي شخص آخر تتوفر فيه الشروط القانونية الواردة بالقانون المذكور.

وأن عمليات التحويل الالكتروني كما عرفها الفصل 01 من القانوني المذكور هي جميع العمليات التي يقوم بها الحريف بنفسه ولا يقوم بها البنك أو غيره والتي تهدف إلى تحويل المبالغ المالية وسحبها وايداعها والنفاذ إلى الحساب واعادة شحن وسيلة قابلة للشحن أو تفريغها كل ذلك بواسطة أداة التحويل الالكتروني التي يتسلمها مسبقا من البنك طبق عقد كتابي في الغرض.

وأن عمليات التحويل الالكتروني على معنى القانون المذكور هي العمليات الالكترونية المتعارف عليها وهي خلاص المشتريات بواسطة البطاقات البنكية، وسحب الاموال من الموزعات البنكية، والاطلاع والولوج لحساب والقيام بعمليات السحب والايداع والتحويل كل ذلك بواسطة أداة التحويل الالكتروني التي يتسلمها مسبقا من البنك طبق عقد كتابي في الغرض.

وأن عمليات التحويل الالكتروني للأموال على معنى القانون المشار إليه أعلاه هي العمليات التي تنجز بواسطة بطاقة سواء كانت بنكية أو غيرها وتنطبق عليها العمليات البنكية من سحب وخلاص مشتريات بواسطة نفس تلك البطاقة، كما تنطبق عليها أيضا عمليات التحويل المنجزة بواسطة بطاقات شحن الهاتف الجوال التي يعدها ويسلمها للحريف مشغلو الاتصالات، كما تنطبق عليها عمليات التحويل المنجزة بواسطة البطاقات التي تعدها ادارة البريد والمعروفة بـe-dinars للقيام بخلاص الفاتورات أو معاليم الترسيم بمؤسسات التعليم، كما تنطبق عليها عمليات التحويل المنجزة

بواسطة بطاقات الخلاص التي تعدها شركات توزيع المحروقات قصد خلاص ثمن البنزين لدى محطات التوزيع التابعة لها.

وان جميع هذه العمليات تتطلب وجبا الوجود المادي لأداة تحويل الكتروني UN INSTRUMENT DE TRANSFERT ELECTRONIQUE يقم بتسليمها المصدر سواء كان بنكا أو مؤسسة أخرى للحريف أو للمنتفع الذي يقوم باستعمالها قصد انجاز عمليات التحويل الالكتروني للأموال ويكون المصدر ضامنا لسلامة تلك العملية باعتباره هو من صنع وسلم الحريف أداة التحويل الالكتروني.

ولا وجود في قضية الحال البتة لأية أداة تحويل الكتروني تسلمتها الخصيمة من البنك المنوب ولا وجود البتة لأي عقد كتابي مبرم بينهما قصد الاتفاق على عمليات التحويل الالكتروني للأموال، وتبعا لذلك فإن الشروط القانونية الشكلية منها والأصلية لانطباق القانون المشار إليه أعلاه غير متوفرة في قضية الحال.

ونظرا لخطورة عمليات التحويل الالكتروني للأموال ونظرا لأن المشرع أوجب للقيام بها أن تكون بواسطة أداة للتحويل الالكتروني يقوم بصنعها وتسليمها للحريف البنك المصدر وفقا لعقد كتابي، فقد حمل القانون عدة التزامات على البنك ومن أهمها ضمان سلامة تلك العمليات عبر ضمان سلامة أداة التحويل الالكتروني الصادرة عنه وبالتالي وتبعا لذلك حمل المشرع البنك في صورة التنازع مسؤولية الخطأ في انجاز عملية التحويل الالكتروني كما حمله عبء اثبات وأنه قام بجميع الواجبات المحمولة عليه لضمان سلامة تلك العملية ولا يعفي من تلك المسؤولية إلا في صورة اثباته وأن الخطأ راجع إلى القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو إلى الخطأ المنتفع.

وأن تطبيق القانون المذكور على قضية الحال هو حجر الأساس في قضية الحال وهو السبب الرئيسي والمباشر الذي أدى بالمحكمة إلى الحكم على ذلك النحو حيث أنه ونظرا لخطورة عمليات تحويل الالكتروني

للأموال والمخاطر التي تحيط بها وامكانية تعرضها للقرصنة والسرقة أو ضياع أداة التحويل أفردها المشرع بنظام خاص وحمل البنك عدة التزامات لضمان شفافية وصحة وشرعية تلك العمليات.

وحيث أن أهم خاصية أتى بها خاصية اتى بها القانون هي وعلى عكس النظام العام في مادة الاثبات بأن البينة على من ادعى فإنه قلب عبء اثبات صحة العمليات على البنك وجعله مسؤولا على التثبت من صحة تلك العمليات ولا يعفى من تلك المسؤولية إلا إذا أثبت أن الأمر راجع إلى القوة القاهرة أو الأمر راجع إلى القوة القاهرة أو الأمر الطارئ أو إلى خطأ المنتفع.

وأن تأسيس محكمة الاستئناف تحكمها على ذلك القانون أدى بها ومن جهة أولى إلى تحميل المعقب عبء الاثبات والحال وأن الاثبات محمول على الخصيمة، كما أدى بها ومن جهة ثانية إلى اعتبار وأن البنك المنوب اخل بالتزاماته من حيث عدم احتفاظه بكشوفات في عمليات التحويل الالكتروني كما يفرضه القانوني من جهة ثانية.

لا يمكن بأي حال من الأحوال تطبيق القانون عدد51 لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال على وقائع قضية الحال.

وبالفعل فإن التحويلين المتنازع عليهما ليسا تحويلين الكترونيين هما تحويلين عاديين إلا أنه تم الاتفاق على تلقي البنك المنوب أمر التحويل بواسطة البريد الالكتروني VIA MAIL، حيث لا وجود البتة لأية أداة تحويل الكتروني تسلمتها الخصيمة من البنك المعقب ولا وجود البتة لأي عقد كتابي مبرم بينهما قصد الاتفاق على عمليات التحويل الالكتروني للأموال.

وأن التحويل الالكتروني للاموال يطلق عليه باللغة الفرنسية: LE TRANSFERT ELECTRONEQUE DE FONDS.

وأن التحويـل العـادي للأمـوال يطلـق عليـه باللغـة الفرنسـية: LE VIREMENT EN BANQUE.

وأن التحويـل الالكترونـي TRANSFERT ELECTRIQUE DE FONDS يقـوم بـه للحريـف بنفسـه ولا يشـترط وأن يكـون فيمـا بـين البنـوك فقـط بـل يمكـن وأن يكـون بـين أشـخاص آخـرين غيـر البنـوك، كمـا يجـب أن ينجـز وجوبـا بواسـطة أداة التحويـل الالكترونـي التـي يصـنعها البنـك ويسلمها للحريف بصفة مسبقة طبق عقد كتابي في الغرض.

وأن التحويـل العـادي LE VIREMENT EN BANQUE لا يمكـن أن يكـون سـوى فيمـا بـين البنـوك بصـفة حصـرية ويقـوم بتنفيـذه البنـك نفسـه عبـر منظومتـه الإعلاميـة تنفيـذا لأمـر بالتحويـل UN ORDRE DE VIREMENT يصـدر عـن الحريـف بصـفة صـريحة وكتابيـة طبقـا لا نمـوذج معد للغرض.

وان الفـرق شاسـع وكبيـر بـين النظـامين فلكـل واحـد منهمـا شـروطه ومجـال انطباقـه وكيفيـة إنجـازه وخاصـة لكـل واحـد منهمـا نظامـه القـانوني والقانون المنطبق عليه في صورة حصول نزاع بين المصدر والمستفيد.

وأن التحويـل العـادي يفتـرض تنقـل صـاحب الحسـاب الأمـر بالتحويـل إلـى فـرع البنـك والاسـتظهار بوثيقـة هويتـه وقيامـه بتعميـر مطبوعـة الأمـر بالتحويـل المعـدة للغـرض بكـل دقـة ثـم يقـوم بتسـليمها للموظـف بالبنـك المتعهـد بتلـك العمليـات الـذي يقـوم بالتثبـت فـي المعطيـات المضـمنة بوثيقـة الامـر بالتحويـل ثـم يقـوم بتنفيـذ عمليـة التحويـل بصـفة فعليـة عبـر المنظومـة الإعلاميـة المخصصة للغرض ويعطى الحرف وصلا في ذلك.

وأن بعـض الحرفـاء يفضـلون عوضـا عـن التنقـل إلـى الفـرع بـأن يقومـوا بعمليـة اعطـاء الأمـر بالتحويـل بطريقـة ارسـال ذلـك الأمـر بالبريـد الالكترونـي VIA MAIL وهـي صـورة قضـية الحـال، أي أن الحريـف

يفضل عدم التنقل شخصيا للبنك قصد اعطاء الأمر بالتحويل للبنك، والقيام بذلك عن بعد A DISTANCE وهي صورة قضية الحال.

وأن محكمة الاستئناف بتأسيس حكمها على القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال اعتبرت وأن الـMAIL يقوم مقام أداة التحويل الإلكتروني والحال والـ MAIL ليس بأداة تحويل يقوم البنك يصنعها وتسليمها للحريف.

وحيث أن التحويلين المتنازع عليهما في قضية الحال ينطبق عليهما النظام العام للتحويل طبق أحكام الفصل 678 وما بعده من المجلة التجارية.

وأن مجرد الاتفاق بين المنوب والخصيمة على شكل وطريقة إرسال وتلقي الأمر بالتحويل L'ORDRE VIREMENT بأن تم الاتفاق على ارساله من طرف الخصيمة وتلقيه من طرف البنك المنوب بواسطة الـ ـ MAILليس له أي تأثير على طبيعة التحويل ولا يغير من طبيعة ذلك التحويل أو من نوعه فلا ينقلب التحويل العادي إلى تحويل الكتروني، باعتبار وأن الـMAIL يقوم مقام التنقل الفعلي والشخصي للحريف بصفة مادية لدى شبابيك البنك قصد إعطاء الأمر بالتحويل فقط لا غير.

وأن احتكام محكمة الاستئناف للقانون عـ51ـدد المؤرخ في 2005/06/27 المتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال له تأثير كبير جدا على وجه الفصل في قضية الحال وهو احتكام غير موفق بالمرة باعتبار وأن موضوع قضية الحال هو تحويل عادي وليس تحويلا الكترونيا.

وتكون بذلك محكمة الاستئناف قد طبقت قانونا لا علاقة له بوقائع قضية الحال وأدى هذا التطبيق إلى الحكم على المنوب بمبالغ مالية كبيرة.

ويتجه والحالة تلك القضاء بنقض الحكم الاستئنافي المطعون فيه لهذا السبب الأول.

***المطعن الثاني: في الخطأ وسوء تطبيق الفصول 420 و421 و548 من م ا ع:**

قولا أنه لا نزاع بين الطرفين في الوقائع التالية:

-لا نـزاع فـي اتفـاق الطـرفين المسـبق علـى إرسـال وتلقـي أوامـر التحويل بواسطة الـMAIL .

-كمـا لا نـزاع فـي اتفـاق الطرفـان المسـبق علـى إرسـال وتلقـي أوامـر التحويل بواسطة الـ MAIL .

-كما لا نزاع في تاريخ إرسال أمري التحويل المتنازع عليهما.

-كما لا نزاع في المبالغ المطلوب تحويلها.

-كمـا لا نـزاع فـي أرقـام الحسـابات المطلـوب سـحب الأمـوال منهـا موضوع التحويلين.

-كما لا نزاع في قيام المنوب بتنفيذ عمليتي التحويل.

وانحصر النزاع بين الطرفين المستفيدين من التحويلين.

وتمسـك المعقـب بأنـه تلقـى الامـر بالتحويـل الأول بالـدولار الامريكـي USD لفائـــدة شـــركة CHONGQOING WEIMA AGRICULTURAL MACHINERY COLTD صـاحبة الحسـاب المفتـوح لـدى بنـك BANK OF CHINA CHONGQIND BRANCH

وتمسـك أيضـا المعقـب بأنـه تلقـى الامـر بالتحويـل الثـاني بـالأورو EUR لفائـدة شـركة CARINT GMBH صـاحبة الحسـاب المفتـوح لـدى بنك RAIFFEISEN BANK FRECHEN/HURTH.

واثباتـا لـذلك قـدم المعقـب الصـيغة الورقيـة للتحـويلين كمـا وردا عليـه مـن صـندوق الرسـائل الالكترونيـة BOITE MAIL ومـن العنـوان الالكترونـي التـابع للخصـيمة والمتفـق عليـه مسـبقا بـين الطـرفين واللـذين يحمـلان خـتم وامضـاء الخصـيمة، كمـا قـدم المنـوب الصـيغة الورقيـة لـ السـويفت SWIFT التـابع للتحـويلين المـذكورين واللـذان يثبتـان وقـوع تنفيـذ أمـري التحويـل طبقـا نصهما.

وحيث لم تنكر الخصيمة المعقب ضدها ختمها وامضائها على أمري التحويل اللذان قامت المعقبة بتنفيذهما كما لم تطعن فيهما لا بالزور المدني ولا بالزور الجزائي.

وفضلا عن عدم طعن الخصيمة في ختمها وإمضائها فإن نفس ذلك الختم والإمضاء هما متطابقان تمام الانطباق على ختم وامضاء الخصيمة الممضيين على أمري التحويل اللذان تزعم الخصيمة بأنهما الصادرين عنها بصفة فعلية واللذان لم يقع تنفيذهما من المعقب وهو تطابق أثبته تقرير الاختبار.

وأنكرت الخصيمة المعقب ضدها أي علاقة تجارية لها بالشركتين المستفيدتين من أمري التحويل كما وردا على المعقبة وقامت بتنفيذهما كما أنكرت بأنها أرسلت أمري التحويل لفائدتهما.

وتمسكت الخصيمة المعقب ضدها بانها أرسلت الأمر بالتحويل الأول بالدولار الأمريكي USD لفائدة شركة

صاحبة الحساب المفتوح لدى بنك

.

وتمسكت الخصيمة المعقب ضدها أيضا بأنها أرسلت الأمر بالتحويل الثاني بالأورو EUR لفائدة شركة صاحبة الحساب المفتوح لدى بنك .

واثباتا لذلك قدمت الخصيمة المعقب ضدها من جهتها الصبغة الورقية للتحويلين اللذين زعمت ارسالها إلى المعقبة واللذين يحملان ختمها وامضائها فقط، كما قدمت الصيغة الورقية لـ التابع للتحويلين المذكورين واللذان يثبتان وقوع تنفيذ أمري التحويل طبق نصهما ادعت بأنهما سلما لها من المعقبة.

وأذنت محكمة البداية بإجراء اختبار عدلي في الغرض.

وانجز الخبيرين المنتدبين أعمال الاختبار والمضمنة في تقرير هما المشترك المضاف أصله بملف القضية.

وتوصل الخبيران إلى النتائج التالية:

-لم يتمكن الاختبار من التثبت بصفة جازمة من إرسال أمري التحويل بواسطة الـMAIL من طرف الخصيمة باعتبار خلو البريد الالكتروني التابع للخصيمة في خانة الرسائل المرسلة BOITE D'ENVOI من تلك الرسالة والذي لم تقدم الخصيمة تبريرا مقنعا لفقدانها.

-لم يتمكن الاختبار أيضا من التثبت بصفة جازمة من تلقي أمري التحويل بواسطة الـMAIL من طرف المنوب باعتبار خول البريد الالكتروني التابع له أيضا في خانة الرسائل المتلقاة BOITE DE RECE¨PTION من تلك الرسالة والذي بررره المنوب بضخامة حجم الرسائل التي ترد عليه والتي تقوم المنظومة الإعلامية بفسخها تبعا بعد أن يقوم بطباعة الأمر بالتحويل.

-بأن كل طرف متحوز على الصبغة الورقة لأمري بالتحويل الذي يتمسك بصحته وبأن جميع الـ04 أوامر تتضمن ختم وإمضاء الخصيمة وبأن جميع الأختام والإمضاءات متطابقة تمام انطباق.

-بأنه وبالاطلاع على البريد الالكتروني التابع للخصيمة لم يعثر الخبيران على أية رسالة لها علاقة بالنزاع.

-أثبت الخبيران وبمراجعة البرمجية الخاصة بالأرشيف التابعة للمعقبة وجود ما يفيد إصدار وأرشفة السويفت المسلم من المنوب والخاص بالتحويلين الذين قام بتنفذهما.

-اثبت الاختبار بأن منظومة البنك المنوب الالكترونية بكافة جوانبها محصنة ولا وجود لأي خلل يمكن إثارته.

-أثبت الاختبار بأن الإجراءات المتبعة من الخصيمة المعقب ضدها واعتمادها على البريد الالكتروني « YAHOO » غير كاف لحمايتها من

عمليات قرصنة محتملة ولا يوفر الحماية اللازمة للمراسلات الالكترونية الواردة والمرسلة.

وأن موضوع قضية الحال انحصر في مسألة الاثبات.

وأن عبء الاثبات محمول على المدعي حسب صريح الفصل 420 من م ا ع، ولا ينقلب عبء الاثبات إلا إذا أثبت المدعي دعواه حينئذ يكون على المدعى عليه اثبات عكس ذلك الادعاء.

وعجزت الخصيمة المعقب ضدها عن اثبات وجود الامرين بالتحويل اللذان تتدعي ارسالهما إلى المعقبة في صيغتهما الأصلية أي الصيغة الرقمية والالكترونية المرسلة والواردة عبر البريد الالكتروني وتحوزت بالصيغة الورقية فقط لنفس الامرين واللذان لا يحملان أي أثر لتلقيهما من المعقبة.

ولم تثبت الخصيمة المعقب ضدها ارسالها للأمرين اللذين تدعي صحتهما والمضمن بهما المستفيدين الحقيقين لخلو بريدها الالكتروني من عملية الارسال كما خلى نفس البريد الالكتروني من السويفت الذي أرسلته المعقبة.

وتبقى الخصيمة مطالبة بالاثبات بأي وسيلة كانت بأنها أرسلت تلك الاوامر للمنوب.

وأن عجز الخصيمة عن اثبات هذا الامر لا يؤدي البتة إلى قلب عبء الاثبات لتصبح المعقبة مطالبة باثبات وأنه لم يتلقى تلك الاوامر وهو أمر سلبي لا يمكنه اثباته.

ولا يمكن تحميل المعقبة تبعات ونتائج الاخطاء والتقاعس والتهاون الذي قامت به الخصيمة من حيث عدم حرصها على ضمان سلامة بريدها الالكتروني.

ولا يمكن قانونا لأي شخص الانتفاع بنتائج خطئه أو تلوثه NUL NE SE PEUT PREVALOIR DE SA PROPRE TURPITUDE.

وأثبت المعقب وجود الامرين بالتحويل اللذان قام بتنفيذهما وذلك بتحويزه بالصيغة الورقية منهما واللذان يحملان ختم وإمضاء الخصيمة.

وحتى أمام عجز الخصيمة عن الاثبات فقد قامت المعقبة من جهته باثبات وأنه قام بالتحويل طبق الأمرين بالتحويل اللذان يتحوز بهما في صيغتهما الورقية.

وأن الصيغة الورقية للأمرين بالتحويل اللذان تتحوزان بهما الخصيمة لا يحملان أي أثر للمعقب وبالتالي فهما يعتبران من قبيل الحجة التي أعدتها الخصمية بنفسها ولمصلحتها وهي حجة لا يمكن وأن تستفيد منها حسب صريح الفصل 548 م ا ع الذي اقتضى بأنه: "ما يصدر من شخص لا يكون حجة له".

وإن كان المعقب أيضا لم يثبت تلقيه للأمرين بالدفع عبر البريد الالكتروني لخلوه أيضا من عملية التلقي إلا أنه أثبت بأن منظومته خالية تماما من السويفت الذي تدعي الخصيمة ارساله لها من المعقب بخصوص المستفيدين الحقيقين ولم تتضمن نفس المنظومة إلا السويفت التابع للتحويلين الذين قام المنوب بالفعل بتنفيذهما، هذا بالإضافة إلى تحوزه بالصبغة الورقية للأمرين بالتحويل اللذان قام بتنفيذهما والمتضمنين لختم وإمضاء الخصيمة.

وتكون المعقبة بذلك قد أثبتت انقضاء الالتزام في جانبها وعدم لزمه له طبق الفصل 421 من م ا ع.

وبالرغم من أن جميع هذه الوقائع ثابتة بملف قضية الحال إلا أن محكمة الاستناف حادت عن القواعد العامة للاثبات حيث حملت المعقبة عبء اثبات واقعة غير مطالبة باثباتها بل أن ذل الاثبات محمول على المدعية بقوة القانون وفي ذلك خرق وسوء في تطبيق القانون وفي تأويله وخاصة الفصول 420 و421 و548 من م ا ع.

وقلبت محكمة الاستئناف ومن قبلها محكمة البداية عبء الاثبات على المعقبة حيث أصبحت المعقبة وفي ظل عجز الخصيمة عن اثبات

مسـؤولية البنـك عـن الخطـأ فـي التحويـل لفائـدة المسـتفيدين الحقيقـين مطالبـا باثبات شرعية العمليات التي قام بها.

وبـالرغم مـن أن المحكمـة عاينـت عجـز الطـرفين علـى اثبـات وجـود الامـرين بالتحويـل ضـمن أرشـيف البريـد الالكترونـي للطـرفين إلا أنهـا سـلطت عقابـا قاسـيا علـى المعقبـة بـأن حملتـه عـبء اثبـات شـرعية التحـويلين اللـذان قـام بهما.

وأوقعـت محكمـة الاسـتئناف نفسـها فـي ذلـك الخطـأ فـي تطبيـق وتأويـل قواعـد الاثبـات مـن البدايـة لمـا اعتمـدت عـل القـانون عـدد 51 لسـنة 2005 المـؤرخ فـي 2005/06/27 المتعلـق بالتحويـل الاكترونـي للأمـوال غيـر المنطبـق علـى قضـية الحـال مثلمـا تـم بيانـه أعـلاه والـذي بالفعـل يقلـب عـبء الاثبات على البنك.

ويتجـه والحالـة تلـك القضـاء بـنقض الحكـم الاسـتئنافي المطعـون فيـه لهـذا السب الثاني.

المطعـن الثالـث: فـي تحريـف الوقـائع والخطـأ فـي تكييفهـا ممـا جعـل النزاع يأخذ وجهة مغلوطة:

قـولا أن محكمـة الاسـتئناف فـي تمشـيها الـذي أوصـلها للحكـم علـى ذلـك النحـو قمـت بتحريـف الوقـائع تحريفـا صـارخا كمـا قامـت بالخطـأ فـي تكييـف تلـك الوقائع ولم تعتمد على ما هو له أصل ثابت بالملف.

وورد بنسـخة الحكـم الاسـتئنافي المطعـون فيـه بالصـفحة 12 منهـا علـى لسـان المحكمـة حرفيـا مـا يلـي: "....وانتهيـا الخبيـران إلـى التأكيـد علـى أن كـلا الطـرفين يمسـك منظومـة الكترونيـة سـليمة محصـنة بتـدابير السـلامة والسـرية المعمول بها في هذا المجال ونفيا تعرض الحسابات للقرصنة".

وأن هـذا التأكيـد مـن المحكمـة لا وجـود لـه البتـة بتقريـر الاختبـار بـل علـى العكـس مـن ذلـك تمامـا فقـد اكـد الخبيـر أن بالصـفحة 72 حرفيـا مـا يلـي:

"التحقق من مدى اتخاذ الطرفين ما يلزم من الاحتياطات لضمان سلامة تنفيذ الأذون بالتحويل: وأكد الاختبار في خصوص:

-المدعية:

يتبين من خلال ما توفر من معطيات أن المدعية تستعمل البريد « YAHOO » بالعنوان التالي: hosseinadeliansadehy@yahoo.com. علما أن هذا البريد حر « FREE » لا يوفر الحماية اللازمة للمراسلات الالكترونية الواردة وكذلك المرسلة وخاصة عندما يتعلق الامر بارسال أوامر بتحويل لمبلغ هامة. كما أنعدم احتفاظ الشركة المدعية بالنسخ الرقيمة لمختلف المراسلات المتبادلة مع الشركة المدعى عليها رغم أهميتها القصوى يحول دون الجزم اتخاذها ما يلزم من احتياطات لضمان سلامة معاملاتها.

-المدعى عليه:

إن المنظومة الإعلامية للبنك توفر الحماية لضمان عمل برمجياتها إلا أن كان عليها رفض التعامل مع بريد الكتروني حر « FREE » لا يوفر الحماية اللازمة كبريد المدعية رغم اتفاقها مسبقا مع الشركة المدعية على وجوب إضافة قن سري « CODE » يضمن على وثيقة أمر بالتحويل عن الشركة المدعية والمتمثل في رقم 1972".

وتكون بذلك محكمة الاستئناف قد حرفت الوقائع الثابتة لديها بما له أصل ثابت بالملف واعتبرت وأن المنظومة الإعلامية التابعة للخصيمة سليمة توفر الحماية اللازمة وهي أبعد ما تكون عن ذلك كما أثبته تقرر الاختبار.

ومن جهة ثانية قامت محكمة البداية بارتكاب خطأ فادح في تكييفها للوقائع المتنازع عنها حيث اعتبرت المحكمة كما ورد بالصفحة 12 من الحكم بأنه وكما ورد على لسانها حرفيا: "وحيث طالما ثبت وكما سلف بسطه أن النظام المعمول به في خصوص تحويل الأموال بين البنك الطاعن وحريفته المستأنف ضدها هو نظام تحويل الكتروني فإنه لا بد هنا من

الاحتكام لقواعد القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 والمتعلقة بالتحويل الالكتروني للأموال".

وأن هذا التكييف الخاطئ هو الذي جعل النزاع يأخذ وجهة مغلوطة.

وأن واقعة قضية الحال هي تحويل عادي ليس تحويلا الكترونيا.

وأن تكييف العملة المتنازع عليها بأنها تحويلا الكترونيا في حين وأنه أبعد ما تكون عن ذلك بل هي لا تعدو أن تكون سوى تحويلا عاديا يخضع للقواعد العامة للتحويل ولا يخضع القانون عـ51ـدد لسنة 2005 المؤرخ في 2005/06/27 والمتعلق بالتحويل الالكتروني للأموال الذي يحمل البنك عبء الاثبات.

ومن جهة ثالثة حرفت محكمة الاستئناف الوقائع لما اعتبرت المعقب ضدها وأن الحساب الالكتروني للمعقب ضدها تعرض للقرصنة والحال وأنه لا وجود لحساب الكتروني بل أن حسابات المفتوحة لدى المعقبة هي حسابات عادية وليست حسابات الكترونية والذي تعرض للقرصنة هو البريد الالكتروني MAIL التابع للمعقب ضدها وهذا التحريف في الوقائع هو الذي أدى بالمحكمة إلى تطبيق القانون المشار إليه أعلاه.

وتكون بذلك محكمة الاستئناف قد حرفت الوقائع كما أخطأت في تكييفها كما أنها حادث عن ما له أصل ثابت بالملف مما يتجه والحالة تلك ارجاع الأمور إلى نصابها من طرف محكمة الجناب والقضاء بنقض الحكم الاستئنافي المطعون فيه لهذا السبب الثالث.

***المطعن الرابع: في الافراط في السلطة:**

قولا أن محكمة الاستئناف تجاوزت جميع الاختصاصات والسلطات الممنوحة لها قانونا.

ونصبت محكمة الاستئناف نفسها مدافعا شرسا على مصالح الخصيمة المعقب ضدها.

وتعسفت المحكمة على وقائع قضية الحال من حيث فهمها ومن حيث تكييفها القانوني السليم,

وتعسفت أيضا المحكمة على المعقبة بأن حملتها التزامات لم يأت بها ا لقانون.

وتعسفت المحكمة في اختيار القانون المنطبق عل قضية الحال فاعتمدت على قانون لا علاقة له بقضية الحال وقامت باسقاطه بصفة مجانية على وقائع قضية الحال متجاهلة في ذلك جميع ما قدمه المعقب ومتجاهلة لما له أصل ثابت في الملف,

وتكون بذلك المحكمة قد أفرطت في السلطة المخولة لها قانونا وتعسفت على حقوق المعقب الواضحة والجلية وحملته مسؤولية خطا لا دخل له فيه بل أن كامل المسؤولية عن تحويل وجهة الأموال المتنازع عنها محمولة بكاملها على المعقب ضدها التي لم تأخذ الاحتياطات ا للازمة لحماية معطياتها الشخصية طالبا على أساسه نقض القرار المطعون فيه.

المحـــكمة

***عن المطعن الأول والثالث والرابع لترابطها واتحاد القول فيها: تحريف الوقائع، خرق القانون، والافراط في السلطة:**

قولا أن محكمة القرار قد خرقت القانون وأفرطت في السلطة لما طبقت القانون المتعلق بالتحويل الالكتروني دون تطبيق النص العام وهو الفصل 678 م ت ع 51 ـــدد لسنة 2005 والمؤرخ في 2005/06/27 والحال أن النظام العام للتحويل البنكي هو المنطبق أي الفصل 678 من م التجارية.

وحيث تبين من أسانيد القرار المطعون فيه أن هذا الدفع لم يثره المعقب لدى محكمة الموضوع وأثاره لأول مرة لدى محكمة التعقيب ولم تقع مناقشته لدى محكمة الأصل وأنه لا يمكن لأطراف النزاع إثارة مطاعن لأول مرة لدى محكمة التعقيب لأن نظرها مقصور على اجراء رقابة على

الـدفوعات التـي سـبق التمسـك بهـا لـدى محكمـة الموضـوع واتجـه معـه رد المطعـن لعـدم وجاهتـه قانونـا خاصـة وأن المعقـب قـد تمسـك ضـمن مسـتندات استئنافه بقانون التحويل البنكي.

عــن المطعــن الثــاني: ســوء تطبيــق الفصــول 420 و421 و548 م ا ع:

قـولا أن محكمـة القـرار المطعـون فيـه قـد خرقـت قواعـد الاثبـات بـأن قلبـت عـبء الاثبـات علـى المعقبـة عوضـا تحميلـه للمعقـب ضـده ممـا يجعـل مـن قرارها موجبا للنقض.

وحيـث وخلافـا لمـا تمسـكت بـه المعقبـة فـإن محكمـة القـرار المطعـون فيـه لـم تخـرق قواعـد الاثبـات لمـا حملـت عـبء الاثبـات علـى المعقبـة البنـك بوصـفها مطالبـة طبـق الفصـل 5 مـن القـانون عـ51ـدد سـنة 2005 المـؤرخ فـي 2005/06/27 المتعلـق بعمـلات التحويـل الالكترونـي بحفـظ الوثـائق المثبتـة للعمليـات الالكترونيـة علـى كشـوفات الحسـابات لمـدة لا تقـل عـن عشـر سـنوات بدايـة مـن تنفيـذ العمليـة ولـم تقـدم المعقبـة الوثـائق المـذكورة للخبيـر المنتـدب اثـر اجـراءه لعمليـة الاختبـار وتكـون المعقبـة محمـول عليهـا عـبء اثبـات التحويـل المـالي والمسـتفيد منـه وبـذلك فـإن محكمـة القـرار المطعـون فيـه قـد أحسـنت تطبـق القـانون وكـان قضـاءها سـليم المبنـى واتجـه معـه رد هـذا المطعـن لعـدم وجاهته قانونا.

وحيـث تأسـس القـرار المطعـون فيـه علـى أسـانيد قانونيـة سـليمة ولـم تـأت مستندات الطعن بما من شأنه أن يوهنها واتجه رفض مطلب التعقيب أصلا.

وحيـث خابـت المعقبـة فـي تعقيبهـا واتجـه معـه حجـز معلـوم الخطيـة المؤمن.

لذا ولهذه الأسبـــاب

وعملا بما سبق شرحه،

قـررت المحكمــة قبـول مطلــب التعقيــب شــكلا ورفضــه أصــلا وحجــز معلوم الخطية المؤمن.

وصــدر هــذا القــرار بحجــرة الشــورى برئاســة الســيدة

وعضـوية المستشــارين السـيد والسـيد بحضـور

ممثـل الادعـاء العـام السـيد وبمسـاعدة كاتـب الجلسـة السـيد

وحـــرر في تاريخه